

ISSN 1678-2593

PRIM@ FACIE

International Journal

Direito, História e Política

América Latina

SEÇÃO CORPUS

**Direitos sociais e políticas
públicas no contexto de
crises**

jan a abr, 2017

v. 16, n. 31

Universidade Federal da Paraíba - PPGCJ

Consultor: Jailton Macena de Araújo

Jailton Macena de Araújo, UFPB, Brasil

Fernando Joaquim Ferreira Maia, UFPB, Brasil

Maria Creusa Borges, UFPB, Brasil

Organizadores

NEGO

Expediente

Prim@ Facie, v. 16, n. 31, jan./abr. 2017

A revista quadrimestral eletrônica Prim@ Facie, UFPB, online, ISSN 1678-2593, QUALIS B1, é um periódico da área de Direito com interfaces voltadas para Direitos Humanos, Direito de Cidade, Desenvolvimento e História do Direito. Visa propiciar debates atualizados sobre problemas do Brasil e do mundo contemporâneo com a participação de pesquisadores de diversas universidades nacionais e estrangeiras. A perspectiva jurídica está em constante diálogo com a dimensão temporal e política da vida em sociedade. Não é possível compreender o direito em separado dos interesses sociais e econômicos. Cabe trazer à mesa de discussões a compreensão aprofundada de temas como: desenvolvimento, direitos humanos, meio ambiente, justiça e direito na história, criminalidade, globalização e trabalho. As instituições públicas, mas igualmente as relações e os sujeitos privados constituem polos de produção normativa e de tensões de interesses.

Endereço: Revista Prim@Facie - Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba - Campus I, Castelo Branco 58051900 - João Pessoa, PB - Brasil.

Telefone: (83) 32167627

URL da Homepage: <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie>

Consultor:

Jailton Macena de Araújo - UFPB, Brasil

Organizadores:

Jailton Macena de Araújo - UFPB, Brasil

Fernando Joaquim Ferreira Maia - UFPB, Brasil

Maria Creusa Borges - UFPB, Brasil

EXPEDIENTE DESTE NÚMERO

Consultor:

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo - UFPB, Brasil

Editor de área:

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo

Organizadores:

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo - UFPB, Brasil

Prof. Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia - UFPB, Brasil

Profa. Dra. Maria Creusa Borges - UFPB, Brasil

Editor Gerente:

Prof. Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia

Diagramação:

Emmanuel Luna

Assistente Editorial:

Rafaela Patrícia Inocência da Silva

PRIM@ FACIE

International Journal

Direito, História e Política

América Latina

SEÇÃO CORPUS

**Direitos sociais e políticas
públicas no contexto de
crises**

jan a abr, 2017

v. 16, n. 31

Universidade Federal da Paraíba - PPGCJ

Consultor: Jailton Macena de Araújo

Jailton Macena de Araújo, UFPB, Brasil
Fernando Joaquim Ferreira Maia, UFPB, Brasil
Maria Creusa Borges, UFPB, Brasil
Organizadores

Catálogo na Publicação
Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB
Bibliotecária Vânia Maria Ramos da Silva - CRB 15/0243

P953 *Prima Facie*: Direito, História e Política [Recurso eletrônico] / Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba; Organizadores: Jailton Macena de Araújo, Fernando Joaquim Ferreira Maia, Maria Creusa Borges – João Pessoa: PPGCJ, v.16, n. 31, jan./abr. 2017.
Online.

Quadrimestral.

Seção Corpus: América Latina - Direitos sociais e políticas públicas no contexto de crises.

Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/index> >
ISSN 1678-2593

1. Direito – Periódicos. 2. América Latina. 3. Crise. 4. Direitos Sociais. 4. Políticas Públicas. I. Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas – CCJ/UFPB. II. Araújo, Jailton Macena de. III. Maia, Fernando Joaquim Ferreira. IV. Borges, Maria Creusa.

BSCCJ/UFPB

CDU – 34(05)

SUMÁRIO

Editorial

AMÉRICA LATINA - Direitos Sociais e políticas públicas no contexto de crises..... 6

JAILTON MACENA DE ARAÚJO

Reconfiguração dos espaços e do tempo e alteração do fundamento de legitimidade do Direito no primeiro quartel do século XIX brasileiro 11

DAVID FRANCISCO LOPES GOMES

Transformações do Estado, Novos Rumos para a Tutela Jurisdicional e a Proteção dos Direitos Fundamentais: do Legalismo ao Ativismo 46

ALEXANDRE LUNA DA CUNHA

MÔNICA BONETTI COUTO

O Trabalho na Pós-Modernidade 79

GRACE LADEIRA GARBACCIO

DANIELLE MENDES THAME DENNY

RODRIGO DE FARIAS JULIÃO

Responsabilidade Civil das Mineradoras por Inobservância de Medidas Cautelares de Evacuação de Zonas Urbanas em Caso de Rompimento de Barragens de Rejeitos..... 109

VICTOR VARTULI CORDEIRO E SILVA

ELCIO NACUR REZENDE

Sociedade Global e Movimentos Sociais em Rede: Expansão da Democracia? 137

JOSÉ ALBERTO ANTUNES DE MIRANDA

MOISÉS NOÉ DE FRAGA

A Medida Provisória N° 746 de 2016 e a Validade Estrutural Democrática no Modelo de Estado Brasileiro: Reforma da Educação e a Ocupação ee Escolas 164

RENATO HORTA REZENDE

EDUARDO MARTINS DE LIMA

A Medida Provisória N° 746 de 2016 e a Validade Estrutural Democrática no Modelo de Estado Brasileiro: Reforma da Educação e a Ocupação ee Escolas 165

RENATO HORTA REZENDE

EDUARDO MARTINS DE LIMA

O “Direito” dos Agrotóxicos e a Soberania Alimentar entre Saúde, Economia e Escolhas Políticas 199

THIAGO HENRIQUE COSTA SILVA

JOÃO DA CRUZ GONÇALVES NETO

Direito Fundamental ao Transporte: uma Análise a partir da Constitucionalização Simbólica e das Consequências Decorrentes da Fundamentalidade Do Direito 230

RUAN CARLOS PEREIRA COSTA

CÂNDICE LISBÔA ALVES

EDITORIAL

AMÉRICA LATINA - Direitos Sociais e políticas públicas no contexto de crises

A *Prim@Facie* - Direito, História e Política, revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, PPGCJ, da Universidade Federal da Paraíba, UFPB, inicia o ciclo de publicações dos artigos que formarão o dossiê **América Latina**, volume n. 16, do ano de 2017.

O dossiê será composto por três números temáticos, com foco nos debates e nas discussões acerca da contemporaneidade latino-americana, no contexto hodierno de crises e de complexidades, de modo a fortalecer as linhas editoriais e as linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, especialmente relacionadas aos Direitos Humanos e ao Desenvolvimento.

O número 31, intitulado “Direitos Sociais e Políticas Públicas no Contexto de Crises”, trata da atual realidade latino-americana, especialmente brasileira, avaliando como o contexto hodierno de crise(s) tem posto em evidência a necessidade de realização de ações voltadas à promoção dos direitos humanos e do desenvolvimento, como forma de superar os declives econômicos e os retrocessos sociais.

As sociedades latino-americanas, que, nas últimas décadas, passavam por uma ampliação da proteção e promoção dos direitos sociais, têm sofrido expressiva guinada em direção à contrarreforma da questão social, focalizada na precarização dos direitos, com a redução de investimentos em políticas públicas de promoção

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

JOÃO PESSOA, PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS



social e inclusão dos sujeitos, especialmente os mais pobres. Nessa medida, deve-se corroborar o entendimento de que as liberdades e o desenvolvimento social podem e devem ser conjugados com políticas, projetos e ações de desenvolvimento econômico que permitam a superação da crise, promovendo a inserção socioeconômica.

Múltiplas são as abordagens teórico-metodológicas capazes de analisar a elaboração, a implementação e a avaliação das políticas públicas, sendo escopo desse número fomentar e amadurecer a produção acadêmica e as pesquisas que possam provocar uma compreensão mais ampla dos processos sociais pelas quais passam os Estados latino-americanos. Deste modo, sob o crivo do conselho editorial, foram selecionados, pelo processo de avaliação *double blind peer review*, trabalhos que intentam estabelecer as conexões entre as novas formas de representação democrática, as esferas sociais de resistência e a necessária atuação estatal mediante a adoção de políticas públicas de inserção social.

O trabalho que abre a seção *Corpus* do presente número é intitulado “Sociedade Global e Movimentos Sociais em Rede: Expansão da Democracia?”, de autoria de José Alberto Antunes de Miranda e Moisés Noé de Fraga. São apresentados no texto o panorama hodierno dos movimentos sociais no seio de uma sociedade globalizada, os quais buscam promover suas necessidades e prioridades utilizando-se de mecanismos contemporâneos como as redes sociais. Através das redes sociais, os movimentos sociais multiplicam o seu campo de atuação para difundir suas premissas democráticas e evidenciar os problemas locais, regionais ou mundiais.

O trabalho “A Medida Provisória nº 746 de 2016 e a Validade Estrutural Democrática no Modelo de Estado Brasileiro: Reforma da Educação e a Ocupação de Escolas”, de Renato Horta e Eduardo Martins de Lima, trata da implantação da reforma do ensino médio

no Brasil, especificamente diante da grande repercussão social que as mudanças provocaram. No trabalho os autores investigam, sob a concepção habermasiana, a tensão entre a facticidade e validade no que se refere à legitimidade formal normativa da MP e a mitigação democrática estrutural, contrária ao texto constitucional.

“Transformações do Estado, Novos Rumos para a Tutela Jurisdicional e a Proteção dos Direitos Fundamentais: do Legalismo ao Ativismo”, de Monica Bonetti Couto e Alexandre Luna da Cunha, analisa as transformações pelas quais passaram os modelos de Estado no cenário contemporâneo, tendo em vista a atuação do Poder Judiciário. Para os autores a atividade jurisdicional relaciona-se com a configuração atual do Estado Democrático de Direito brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, na qual a dicotomia entre a positivação de direitos fundamentais e a sua não efetivação leva ao protagonismo judiciário na implementação de políticas públicas.

Grace Ladeira Garbaccio, Danielle Mendes Thame Denny e Rodrigo de Farias Julião apresentam o artigo “O Trabalho na Pós-Modernidade”, analisando as relações de trabalho no período compreendido pela pós-modernidade – marcado por constante evolução das relações econômicas, acompanhada também por mudanças jurídicas, sociais e políticas. O texto adota uma abordagem transdisciplinar analisando as novas formas de contratação, a nova forma de produção econômica focada em cadeia global de valor, as possibilidades de governança privada de aplicação da *compliance* e as negociações coletivas, os quais, enquanto novos desafios à seara laboral, funcionam como propulsores de adequações para o Direito do Trabalho.

O trabalho “O ‘Direito’ dos Agrotóxicos e a Soberania Alimentar: entre Saúde, Economia e Escolhas Políticas”, de Thiago Henrique Costa Silva e João da Cruz Gonçalves Neto, aborda o alinhamento entre o aumento da produção de alimentos e o consumo e utilização de agrotóxicos. Os autores apontam que em razão da

força do agronegócio no Brasil, já somos apontados como um dos maiores consumidores de agrotóxicos no mundo. A conjugação de interesses governamentais – de alguns dos agentes do Estado – e privados – de indústrias químicas multinacionais – delinea uma rede de proteção aos agrotóxicos, em contraponto ao conceito de soberania alimentar e a agroecologia, apontados como alternativas para a realização de políticas públicas que promovam o direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Cândice Lisbôa Alves e Ruan Carlos Pereira Costa discutem no artigo “Direito Fundamental ao Transporte: Significado, Implicações e Embates em sua Concretização” a inserção do direito ao transporte entre os direitos fundamentais sociais estabelecidos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, por intermédio da Emenda Constitucional nº 90 de 2015. Dada a sua manifesta natureza de direito social, o direito ao transporte é avaliado sob a perspectiva de sua efetividade e fundamentalidade, partindo-se da premissa de que aconteceu mais um exemplo de constitucionalização simbólica, uma vez que embora tenha havido, à época de sua inserção no texto constitucional, promessas de mudanças significativas, oriundas da pressão exercida pelos movimentos populares em junho de 2013, elas ainda não ocorreram.

Compondo também o dossiê **América Latina**, na seção *Artigos*, o trabalho “Reconfiguração dos Espaços e do Tempo e Alteração do Fundamento de Legitimidade do Direito no Primeiro Quartel do Século XIX Brasileiro”, de David Francisco Lopes Gomes, aborda as transformações históricas na estrutura dos espaços públicos e na configuração formal do tempo no primeiro quartel do século XIX no Brasil. Ainda nesta seção, fecha o número, o trabalho “Responsabilidade Civil das Mineradoras por Inobservância de Medidas Cautelares de Evacuação de Zonas Urbanas em Caso de Rompimento de Barragens de Rejeitos”, de Victor Vartuli Cordeiro

e Silva, Elcio Nacur Rezende, no qual é analisada a efetividade da aplicação da responsabilidade civil ambiental quando da inobservância do plano de ação de emergência em caso de rompimento de barragens de rejeitos.

Al fim, o corpo editorial da *Prim@Facie* agradece a todos os autores que submeteram suas contribuições à chamada de trabalhos para composição deste primeiro número do dossiê América Latina, especialmente àqueles que tiveram seus trabalhos selecionados. Agradece também o empenho e o dedicado labor dos atentos avaliadores.

A todas e todos, desejamos uma ótima leitura e reiteramos a abertura do espaço a fim de inserir renovadas colaborações voltadas à difusão do pensamento e da reflexão crítica, objetivos caros ao fortalecimento e continuidade da *Prim@Facie*.

João Pessoa, Paraíba, 31 de junho de 2017.

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo

Editor

Reconfiguração dos espaços e do tempo e alteração do fundamento de legitimidade do Direito no primeiro quartel do século XIX brasileiro

DAVID FRANCISCO LOPES GOMES

Email: david.gomes@dir.ufla.br

Resumo: Este artigo aborda as transformações históricas na estrutura dos espaços públicos e na configuração formal do tempo no primeiro quartel do século XIX no Brasil. Para tanto, discute-se o uso de conceitos como “opinião pública”, “liberal”, “liberalismo”, “federal”, “federalismo”, “nação”, “república”, “republicanos”, bem como as mudanças na estrutura e nos sentidos desses conceitos. A tese de fundo é que essas transformações são cruciais para a alteração do fundamento de legitimidade do Direito na transição para a Modernidade. De um ponto de vista metodológico, a metodologia histórica é oferecida pela história dos conceitos (*Begriffsgeschichte*) e pelo contextualismo de Cambridge. As principais fontes históricas são escritos de Frei Joaquim do Amor Divino Caneca e panfletos manuscritos e impressos publicados entre 1820 e 1823, além de documentos oficiais e fontes secundárias.

Palavras-chave: Espaços Públicos; Temporalidade; Legitimidade do Direito.



Reconfiguração dos espaços e do tempo e alteração do fundamento de legitimidade do Direito no primeiro quartel do século XIX brasileiro

DAVID FRANCISCO LOPES GOMES

1 INTRODUÇÃO

Uma das principais mudanças, senão a principal, na passagem de um Direito pré-moderno para um Direito moderno diz respeito a seu fundamento de legitimidade. Em linhas gerais, a impossibilidade de seguir recorrendo a uma fundamentação transcendente – fosse ela divina ou não – torna inelutável o recurso a uma nova fonte de legitimidade: a autodeterminação da comunidade política regida por tal ou qual conjunto de normas jurídicas. A centralidade dessa ideia de autodeterminação para a política e para o Direito na Modernidade fez com que ela recebesse formulações as mais diversas no campo filosófico – da vontade geral rousseauiana, e mesmo antes, até o princípio da democracia habermasiano, e ainda depois. Tal ideia, porém, não consiste em uma mera abstração vazia, em uma espécie qualquer de construto teórico destinado simplesmente a tentar suprir artificialmente a ausência de um fundamento absoluto perdido. Ao contrário, como conceito operativo no mundo, ela resulta de uma série de transformações históricas, transformações cujos resultados passam a integrar internamente esse conceito e que, portanto, passam a constituir-se como elementos indispensáveis de uma fundamentação moderna do Direito.

No presente texto, abordo dois conjuntos dessas transformações históricas¹: o primeiro refere-se às alterações que terão lugar na

1 Em outras palavras, o objeto deste texto não é diretamente a alteração do fundamento de legitimidade do Direito na passagem à Modernidade, mas sim dois conjuntos de transformações históricas que integram internamente esse profundo processo de alteração. Para o processo de alteração em si, conferir GOMES, 2016.

configuração dos espaços; o segundo, às alterações que terão lugar na configuração da temporalidade. Quanto aos espaços, é necessário desde logo esclarecer que os tomo em um sentido não físico-geográfico ou físico-territorial, mas em um sentido especificamente social: como os espaços de sociabilidade foram sendo alterados a ponto de se poder falar em uma esfera pública emergente? Em que sentido, no bojo dessas alterações, o próprio sentido de publicidade foi mudando e a distinção entre público e privado foi tornando-se mais nitidamente possível? Quanto à temporalidade, por sua vez, o que está em jogo é o modo como a experiência temporal, a percepção vivida do tempo, passará por uma transformação profunda na medida em que se alteram as relações entre passado e futuro, entre espaço de experiência e horizonte de expectativas (KOSELLECK, 2006, p. 21-40; 267-304; 305-327).

Toda essa discussão estará situada em um quadro específico: o primeiro quartel do século XIX brasileiro. Em se tratando de história do Brasil – e, mais diretamente, de história do Direito no Brasil – é principalmente nesse período que as transformações acima mencionadas alcançarão uma estatura suficiente para forçar a passagem de uma pré-modernidade jurídica a uma modernidade jurídica, o que se materializará primeiramente na Constituição de 1824 (GOMES, 2016).

No que tange às fontes históricas utilizadas, valho-me principalmente de panfletos impressos e manuscritos que foram escritos e circularam entre 1820 e 1823. No que tange à teoria e à metodologia históricas para análise e interpretação desse material, apoio-me basicamente na História dos Conceitos de matriz koselleckiana (KOSELLECK, 2006, p. 61-78; 97-118; 119-132; 191-232) e no Contextualismo de Cambridge, também conhecido como Enfoque Collingwoodiano (FERES JÚNIOR, 2009a; POCOCK, 2003; SKINNER, 1985).

2 ESPAÇOS TRANSFORMADOS

Para iniciar, gostaria de resgatar o célebre panfleto de Cailhé de Geine², responsável por inaugurar o debate em torno da Independência do Brasil após a Revolução do Porto. Escrito anonimamente e em francês, sua argumentação destina-se precipuamente a tentar salvar o Antigo Regime, a tentar salvar as velhas práticas e tradições que o formavam. Para tanto, Cailhé de Geine vem a público, por meio de um panfleto impresso, posicionar-se sobre o caminho que o rei e a família real deveriam seguir. A ambiguidade aqui presente reside no fato de, para defender a manutenção das práticas e tradições antigas, o informante da Intendência Geral de Polícia da Corte do Rio de Janeiro precisar recorrer a um mecanismo totalmente novo: o texto impresso, destinado a um conjunto relativamente amplo de potenciais leitores.

Essa ambiguidade não será algo exclusivo de Cailhé de Geine. Em todo o período que vai de 1820 a 1823, ela se manifestará com bastante frequência tanto em Portugal quanto no Brasil. O veículo imediato para que se pudessem combater as novidades do século em favor da permanência do velho era aquele mesmo veículo que atuava como um dos principais canais, se não o principal, para a difusão daquelas novidades. Quando, porém, uma prática generaliza-se a tal ponto, transcendendo eventuais particularidades da atuação desta ou daquela pessoa para caracterizar a forma de atuação de todo um

2 Le Roy et la Famille Royale de Bragance doivent-ils; dans les circonstances presentes, Retourner en Portugal, ou bien Rester au Brésil?, (1820) 2014, p. 38-47. Dada a especificidade das fontes históricas, a referência a elas será feita da seguinte forma ao longo do texto: quando não se tratar de textos anônimos, o nome e/ou o pseudônimo do autor ou da autora aparece(m) conforme figuraram na publicação original ou nas coletâneas consultadas; em seguida, é colocado o título do documento; logo após, aparecem a data da publicação original entre parênteses e a data e as páginas das coletâneas consultadas para a citação. A referência completa vem ao final do texto. Por sua vez, as referências a textos que não constituem fontes históricas seguem o padrão autor-data, estando também dispostas, em sua completude, ao final do texto.

grupo social, é porque essa prática consubstancia, na verdade, um sintoma de processos sociais mais profundos que estão em curso. E quando a opção para defender o antigo é recorrer aos meios oferecidos pelo novo, esse sintoma revela que o antigo encontra-se, no fim das contas, irremediavelmente perdido.

Para complementar esta primeira aproximação ao tema, gostaria de trazer à colação o trecho seguinte:

O quarto é indiretamente recolonizar o Império, deixando-lhe o nome, que tem. Quando no Brasil devem haver Portos francos, é que o tal sujeitinho se lembra de fazer Lisboa interposto do nosso comércio!!! Querem que nós vendamos os nossos gêneros só aos Portugueses, e a mais ninguém, e que vamos por força a Lisboa depositá-los, e deixemos de os vender nas nossas praias a quem quisermos, e como bem nos parecer!!! Lisboa interposto do nosso comércio!!! Isto é bom, ótimo, isto é maravilhoso, para enriquecer os negociantes de Portugal, e empobrecer os do Brasil. O Brasil não precisa de interposto na Europa. O Brasil só precisa de si, e todos precisam dele.³

O que se lê nesse trecho é claramente uma crítica ao sistema colonial e às pretensões recolonizadoras portuguesas. No presente artigo, todavia, importa menos o conteúdo desse trecho do que a assinatura do panfleto em que ele se encontra inserido: tal panfleto é assinado por alguém que – na linha, comum à época, do uso de pseudônimos – chama a si mesmo de “*O Ultra Brasileiro*”. Esse “ultra brasileiro” era ninguém mais, ninguém menos que Pedro – àquela altura, em 1823, já Pedro I do Império do Brasil.

Esses dois pontos de análise – o recurso à imprensa para combater as novidades das quais ela, imprensa, era tanto um dos elementos axiais quanto a grande difusora dos demais elementos; e a participação do imperador, valendo-se de um pseudônimo, no debate político impresso – dão uma pequena amostra do que foi a

³ *O Ultra Brasileiro*, [Carta artigo ao redator de *O Espelho* em cujo n. 6 foi anexada], (1823) 2014, p. 825-826.

discussão política do primeiro quarto do século XIX brasileiro, ou, levando-se em conta as peculiaridades da situação de Brasil e Portugal naquele momento histórico, primeiro quarto do século XIX luso-brasileiro.

A compreensão da imprensa como o espaço de destaque para essa discussão não é somente uma compreensão teórica retrospectiva. Aos olhos dos contemporâneos, ela aparecia descrita da seguinte maneira:

Desde a época em que a *arte de imprimir* se inventou já não é por discussões verbais, nem por teses, ou sermões que se as nações podem iluminar e instruir. As palavras passam, e esquecem: só a escritura as fixa e lhes dá uma duração permanente. Além disso, as discussões verbais só chegam a pouca gente, e só a escritura impressa é que pode ser geral, e por conseguinte ser capaz de esclarecer um povo inteiro. Por melhor que certas verdades se discutam em conferências particulares, nestas nunca podem entrar senão poucos indivíduos, quer como racionadores, quer como juizes: têm demais um tempo limitado; e acabado este, pode-se dizer que tudo está conhecido. Mas não é assim que operam as palavras, ou discursos impressos: estas, e estes são lançados, por assim dizer, dentro de uma vasta *estacada*, onde a todo o cidadão é lícito entrar e combater, tendo por juiz a Nação inteira que pode sentenciar livremente⁴.

Como aquele era um momento de mudanças sociais extremamente relevantes, momento no qual as pretensões de novidade conviviam face a face com as resistências do há séculos estabelecido, não só elogios havia, por suposto. A crítica à expansão do debate político via textos impressos era bastante ferrenha: “(...) desgraçadamente nestes últimos tempos têm aparecido entre nós não

4 Quaes são os bens e os males que podem resultar da liberdade da Imprensa; e qual he a influencia que elles podem ter no momento em que os Representantes da Nação Portuguesa se vão congregar?, (1821) 2014, p. 205-206, destaques do original.

um, mas muitos Escritores, que pela sua mordacidade, e ignorância são o opróbio, e a ignomínia da Nação, em que vivemos”⁵.

Esse diagnóstico daria origem, no bojo da retórica e da ironia que tanto marcaram aquele debate, à definição do que seria uma verdadeira “peste periodiqueira” ou “periodical”, em referência a um “enxame de Impressos, mais prejudiciais do que a Peste”⁶:

A razão, e a verdade formam um corpo de tropas que se podem chamar Cavalaria pesada (...). Com estes dois aguerridos corpos da Razão, e da Verdade, eu vou formar um Cordão, para vedar a entrada à Peste Periodical nos ingênuos, pacíficos, e sofreadores ânimos dos Portugueses, desassombrando o seu belo país, e belo clima desta negra nuvem de Periódicos prenhe de tanta parvoíce.⁷

A necessidade de um “cordão” contra a peste advinha de sua capacidade de se espalhar de modo exponencial, sobretudo com a citação recíproca entre periódicos diferentes e a proliferação de cartas sendo publicadas em e fazendo alusão a periódicos:

Ora, à medida que se multiplicam tais Folhetos, e tais Periódicos, os costumes se corrompem, e os ódios se multiplicam. Para prova disto, basta dizer, que, se um Periodiqueiro é citado, porque inseriu uma carta; este mesmo Periodiqueiro cita, e escreve contra outro porque exorcismou o seu Periódico. Após tais chicanas, vêm as chufas, os ódios, o ridículo, de que se cobrem tais Escritores, e suas obras.⁸

(...) uma das chagas mais pestilenciais, e que mais faz espalhar o contágio atormentador: A correspondência Periodiqueira.⁹

5 O Mestre Periodiqueiro, Carta do Novo Mestre Periodiqueiro ao author da resposta à segunda parte do Mestre Periodiqueiro, (1821) 2014, p. 194.

6 Já fui Carcunda, ou a zanga dos periódicos, (1821) 2014, p. 152.

7 José Agostinho de Macedo [?], Cordão da peste, ou medidas contra o contagio periodiqueiro, (1821) 2014, p. 71.

8 Já fui Carcunda, ou a zanga dos periódicos, (1821) 2014, p. 153.

9 José Agostinho de Macedo [?], Cordão da peste, ou medidas contra o contagio periodiqueiro, (1821) 2014, p. 79.

Diante desse quadro, não faltava quem interpretasse a situação dando a ela um ar mais grave: “A segurança do sistema Constitucional exige, que se acabe por uma vez essa impolítica guerra civil, em que as penas de Escritores públicos servem de espadas para levar a dor até o coração de tantos Portugueses beneméritos (...)”¹⁰.

Se esse era o tom das coisas em Portugal, no Brasil não era diferente (LUSTOSA, 2000, p. 16), dando margem para que o padre Perereca rotulasse o debate impresso no país como uma “guerra literária”:

E como pelo axioma, que diz *tot capita quot sententia*, de necessidade as opiniões de uns se encontram opostas diametralmente às de outros, daqui a origem de uma guerra literária, que tem inundado todo o Portugal, e Brasil de panfletos, e folhas volantes; e oxalá, que todos fossem escritos com decência, e moderação, e que alguns não assoprassem a discórdia, e a desunião, e excitando rivalidades, ódios, espíritos de vertigem, e de vingança não só entre indivíduos, e corporações, mas também entre as partes integrantes do Reino Unido Português!¹¹

Não obstante a acidez de todas essas críticas, elas não faziam, porém, mais do que corroborar a constatação de uma ampliação nunca antes vista das possibilidades de discussão da política e da centralidade do papel impresso para essa ampliação. Afinal, conforme afirmado acima, era pelo mesmo canal da imprensa que seus críticos mais atrevidos dirigiam-se a ela. Num jogo de palavras com o que chama de “zanga dos periódicos”, em sentido semelhante ao da expressão “peste periodiqueira” ou “periodical”, o autor

10 Hipolyto Gamboa, *A Corcundice explicada magistralmente, ou resolução de dois problemas interessantes a respeito dos corcundas*. I. Que cousa seja hum Corcunda? II. Quem são os verdadeiros Corcundas? (1822) 2014, p. 430.

11 Luís Gonçalves dos Santos, *Justa Retribuição dada ao Compadre de Lisboa em desagravo dos Brasileiros offendidos por varias asserções, que escreveo na sua Carta em resposta ao Compadre de Belem, pelo filho do Compadre do Rio de Janeiro, que a offerece, e dedica aos seus patrícios*. Segunda edição correcta, e augmentada, (1822) 2014, p. 742.

anônimo de um panfleto publicado em 1821 confessa: “Eu mesmo, que não costumo *zangar-me* pelo que dizem, ou fazem os outros, não me pude conter que não escrevesse contra tais abusos do humano entendimento, e mesmo da paciência Nacional”¹².

A difusão, entretanto, da imprensa poderia não significar, imediatamente, uma real abertura do debate político para além dos muros palacianos. Uma vez que essa difusão tinha lugar em uma sociedade caracterizada por um contingente imenso de analfabetos, de que valia a circulação dos periódicos e dos panfletos impressos se pouquíssimas pessoas poderiam ter de fato acesso ao que estava escrito? A resposta a essa pergunta revela, mais do que a própria constatação da ampliação do uso da imprensa, o sentido profundo de mudança da esfera pública em Portugal e no Brasil no início do século XIX.

Concomitantemente à expansão da palavra impressa, surgia naquele contexto a prática de leituras públicas, em pequenos encontros realizados, fosse na casa de alguém, na rua ou em algum estabelecimento comercial: “Vossa mercê nas horas, que lhe ficam vagas do assíduo trabalho inseparável da sua honorífica ocupação, aí lerá na forma do seu louvável costume em alta voz (...). (...) achando-me eu em certa casa, onde se lia Carta, e Retribuição (...).”¹³

Essa prática era facilitada pelo conteúdo tanto quanto pela forma que muitos dos materiais impressos assumiam. O uso de personagens populares, como o aldeão e o alfaiate, para as tramas textuais apontava já de partida certa preocupação em tornar os textos compreensíveis para a população mais pobre. Essa preocupação continuava ganhando corpo na construção do texto: panfletos e periódicos de cunho explica-

12 Já fui Carcunda, ou a zanga dos periódicos, (1821) 2014, p. 154, destaques do original.

13 Theodoro José Biancardi, Reflexões sobre alguns sucessos do Brasil, (1821) 2014, p. 248.

tivo, discorrendo acerca de palavras e expressões da moda, argumentos apresentados sob a forma de diálogo, cartas, versos e paródias (NEVES, 2003, p. 40-41), tudo isso revelava uma intenção, interna à escrita impressa, de ultrapassar os limites do público capaz de ler.

Para além das rodas de leitura, outros espaços também se ofereciam a fazer a mediação entre informações e opiniões escritas, de um lado, e população analfabeta, de outro. Sermões religiosos cumpriam bem esse papel. Festividades em homenagem a fatos significativos da história do país ou da biografia da família real igualmente o desempenhavam. Finalmente, os bandos – pregões que rodavam pelo território originalmente com a finalidade de tornar públicos ordens ou decretos reais – completavam o cenário (NEVES, 2003, p. 48, 98-99, 104, 108-109). Esses espaços – a Igreja, as festividades, os bandos – eram típicos do Antigo Regime. Em sua apropriação para a nova tarefa de projetar o alcance da palavra escrita para lá das fronteiras do público leitor, todavia, mostra-se outra das facetas do debate político dos primórdios do Oitocentos: ao mesmo tempo em que emergiam novos espaços onde esse debate se podia realizar, espaços já existentes eram reapropriados com uma perspectiva nova.

Qualquer que seja o caso, o que fica claro é que, na medida em que a textualidade impressa ganhava terreno, ela trazia consigo a intermediação da oralidade (NEVES, 2003, p. 39, 103, 107) para cumprir o propósito que ela, textualidade escrita, colocava para si mesma – qual seja, o propósito de ensejar um debate em princípio aberto à participação de todos os cidadãos. Partindo dessa intermediação da oralidade, as notícias, informações, opiniões, posições as mais diversas, iam sendo reproduzidas num círculo cada vez mais amplo: “(...) tanto nesta cidade, como em outras do Brasil, se fala... E fala... O que se fala, não o sei; mas sei que se fala (...)”¹⁴.

14 Carta de hum habitante da Bahia sobre o levantamento do Porto, e miseravel estado do Brazil. Num. Das obras constitucionaes de Portugal depois de terem jurado a Constituição na cidade do Porto em 24 de agosto de 1820, (1821) 2014, p. 119.

Essa dinâmica assumida pela discussão política não pode ser lida, contudo, como se uma elite letrada conduzisse, de cima para baixo, os rumos que se iam tomando, cabendo aos setores marginalizados da sociedade oitocentista nada mais do que a absorção pura, passiva e acrítica, do que era formulado nos altos escalões de uma sociedade ainda cindida estamentalmente. Uma boa prova da insuficiência de interpretações como essa é fornecida pelos panfletos manuscritos que circularam amplamente à época. Sem condições econômicas de aceder ao campo das manifestações impressas, e também sem os pré-requisitos culturais – domínio relativo da língua conforme a gramática padrão – para tanto, esses manuscritos, no formato de cartas anônimas, avisos, proclamações, folhas volantes ou cartazes afixados em postes, casas ou estabelecimentos comerciais (MOREL, 2005, p. 229), davam vazão a pontos de vista elaborados dentro dos e pelos grupos sociais marginalizados.

Complementarmente à redação de manuscritos inéditos, notava-se também naquele contexto a prática da cópia de manuscritos já divulgados, aumentando com isso sua órbita e seu impacto (MOREL, 2005, p. 225). Se a redação e a cópia desses manuscritos continuavam a exigir uma alfabetização mínima, o que não deixava de ser um distintivo social sobremaneira no Brasil da década de 1820, essa exigência não se repetia para os desenhos e caricaturas – que também costumavam aparecer afixados em locais à vista de todos – nem para os cantos, gritos, gestos e sinais que tomavam as ruas e que punham em alerta autoridades internacionais que aqui se encontravam (MOREL, 2005, p. 230-232). Também nesses casos, a população de brancos e pardos pobres, negros libertos e até escravos colocavam-se ativamente como sujeitos, não meros objetos, da trama política que ia sendo costurada.

Dois manuscritos – um da Bahia, outro do Rio de Janeiro – são bastante exemplificativos de como as várias possibilidades de

comunicação abertas se mesclavam para dar à discussão política a maior amplitude possível, numa estrada de múltiplas mãos. No primeiro deles, é possível verificar como também a população negra estava em alguma medida incluída na incipiente esfera pública que se formava:

Meu amigo se V E^a é amante do melhor dos Soberanos como creio veja com tristeza como por cá Desfazem o poder estes brejeiros patenteando os seus sentimentos até aos Negros que souberem ler: assim principiou a de Pernambuco e Deus queira que do mesmo modo acabe a daqui o que não me parece pela audácia do ranchinho de que é capataz o mais rico dos Inspetores (...).¹⁵

No segundo, pode-se ver como as rodas de leitura e conversa sobre matérias políticas da mais alta relevância pareciam ser algo cotidiano:

Participa-se A V. M. em como na loja de Custódio Francisco se trata sobre a Constituição e que ondem [andem?] fazer uma proclamação para de mão em mão ir dispondo os ânimos de muitos. É na rua [de] trás do Hospício na Travessa da Candelária.¹⁶

Outros dois espaços complementam o mosaico do debate político nos horizontes da Independência: as sociedades secretas e o teatro. Em relação às primeiras, um dos tópicos mais estudados da historiografia brasileira, boa parte dos principais atos que se encadeiam para configurar a Independência jurídico-política do Brasil terá lugar, primeiramente, dentro delas. Assumindo expressamente, em geral, uma finalidade moral, distante da política, elas acabarão, aqui e alhures, por se tornar peças centrais do jogo político (KOSELLECK, 1999, p. 63-88). Quanto aos segundos, neles se desenvolverão – por meio de vozes, gestos e palavras de ordem durante os espetáculos – uma série de lutas simbólicas que tanto

15 Panfleto 14, 2012, p. 109.

16 Panfleto 21, (1821) 2012, p. 146.

ressoavam os enfrentamentos que ocorriam mais acirradamente em outros espaços quanto retroalimentavam esses enfrentamentos.

Se as sociedades secretas eram caracteristicamente fechadas à participação de membros que não pertencessem em algum grau às elites letradas, os teatros eram um espaço razoavelmente aberto. Não que os espetáculos em si fossem de fácil acesso, mas, em momentos políticos de maior importância, uma multidão aglomerava-se em torno do prédio onde se encenavam as peças, tanto ecoando do lado de fora gritos e manifestações que ouviam vir lá de dentro como respondendo a esses gritos e manifestações e repercutindo, assim, no que se desenrolava entre as paredes do recinto (MOREL, 2005, p. 233-236). Mas, mesmo que as sociedades secretas permanecessem restritas e organizadas segundo a lógica dos arcanos, em si, e em sua atuação política, elas já representavam uma propagação da política na direção de ultrapassar seus marcos definitórios tradicionais.

Imprensa (periódicos, panfletos, correspondências), rodas de leitura e conversa, sermões religiosos, festividades, bandos, manuscritos, cópias, desenhos, caricaturas, ruas (gritos, cantos, gestos), sociedades secretas, teatro: todos eles podem ser definidos como espaços sociais, como espaços de sociabilidade, no sentido de que no interior deles pessoas encontravam-se, presencial ou virtualmente, para buscarem compreender aquilo que acontecia na sociedade de sua época. Se essa sociedade era o todo – ainda que esse todo mudasse, ora sendo Portugal, ora o Reino Unido, ora apenas o Brasil – que dava noção de unidade, esse todo se difratava em inúmeros espaços que procuravam compreendê-lo e nele intervir.

Sobre esses espaços, alguns pontos merecem destaque. Em primeiro lugar, como colocado acima, alguns deles existiam desde longa data, ao passo que outros faziam parte do rol de novidades do século. Em relação àqueles, no entanto, sua permanência não era a permanência de mais do mesmo, pois, conquanto seguissem como um

espaço de publicidade, eram agora apropriados em um sentido moderno. Em segundo lugar, em todos esses espaços a própria distinção entre público e privado não era suficientemente nítida. Na imprensa, por exemplo, onde se poderia talvez esperar com maior expectativa um entendimento tipicamente moderno de tal distinção, essa expectativa é quebrada seja pelo tom agressivo (LUSTOSA, 2000, p. 16), seja pela estrutura da construção argumentativa de muitos dos textos, que transportam para a linguagem escrita e submetida à divulgação pública palavras de baixo calão específicas – conforme um entendimento moderno – de rixas privadas, assim como operam uma transliteração do falado ao escrito sem nenhuma mediação gramatical adequada. Não obstante essa indistinção inicial, era no interior desses espaços e em meio ao sem-número de tensões que ali tinham lugar que se ia aos poucos construindo a delimitação entre privado e público. Em terceiro lugar, por conseguinte, a transformação desses espaços e a distinção que por intermédio deles se vai fazendo mais clara entre público e privado propiciavam a vivência de processos formativos – processos de aprendizagem – cujo resultado será uma redefinição completa do sentido da publicidade: se antes, até o Antigo Regime, a publicidade dizia respeito ao aparecer da nobreza perante um público interpretado como plateia – logo, como objeto da publicidade –, pouco a pouco publicidade passa a se referir a um público tornado sujeito de si mesmo, de maneira que somente é digno do adjetivo “público” aquilo que advém desse público feito sujeito e que a ele presta contas (HABERMAS, 2014, 87-93).

A “opinião pública” será a síntese perfeita de todo esse processo. “Rainha do Mundo”¹⁷, sua força vislumbra-se em passagens como esta:

17 O Militar Brasileiro, Carta de hum Militar Brasileiro a hum Solitario do Amazonas, e officio derigido pela Junta Provisoria do Governo do Para, ao Soberano Congresso em Portugal, (1821) 2014, p. 134.

A conservação própria é de Direito Natural, e tão interessante a sua defesa a qualquer Cidadão quando é atacado pelo lado da honra, que se torna um dever imperioso conservá-lo no maior auge de pureza. É debaixo destes princípios que João Marcos Vieira de Sousa Pereira, pretende justificar-se com o Público judicioso (a quem unicamente se dirige) (...).¹⁸

E escancara-se quando a distância em relação a ela passa a ocupar o lugar de motivo de crítica áspera aos deputados brasileiros presentes às Cortes de Lisboa:

Mas oxalá que ao menos tivessem eles sempre clamado a bem dos interesses dos seus Constituintes! Uma triste experiência nos tem feito conhecer o contrário. Uns lá residentes, e estabelecidos pouca, ou nenhuma lembrança conservam do País, que os viu nascer: outros ou aliciados pela aura dos aplausos, ou receosos de desagradar a seus Colegas; todos enfim colocados a uma imensa distância da Opinião Pública, que deveria dirigi-los, ainda mesmo com as intenções as mais puras, ou se calam, ou apoiam, propostas funestas para o Brasil, e só servem de selar com o seu nome a Carta da nossa escravidão.¹⁹

Reconhecida essa força, porém, um novo foco de tensões explodia: se se devia deixar reger pela opinião pública, quem devia, por seu turno, regê-la? E em que consistiria esse ato de regê-la? Se essa era uma questão inafastável, não era senão no interior do debate público e dos espaços em que ele se dava que ela podia encontrar resposta:

Quando se trata, Senhor Compadre, de reger a opinião pública de uma Nação, e conduzi-la a um mesmo fim, é preciso começar por mostrar-lhe os seus verdadeiros interesses, de que o primário de todos é unirem-se em um mesmo voto, como em centro comum, todos os indivíduos que a compõem.²⁰

18 João Marcos Vieira de Sousa Pereira, Resposta a hum annuncio de Lucio Manoel de Proença publicado no Diario de 30 de Agosto desta Côrte, (1822) 2014, p. 277.

19 E. C, Carta ao Sachristão de Tambi, sobre a necessidade da reunião de cortes no Brasil, (1822) 2014, p. 479-480.

20 J. J. do C. M. [Joaquim José da Costa de Macedo], Carta do Compadre do Rio S. Francisco do Norte, ao Filho do Compadre do Rio de Janeiro, na qual se lhe queixa do paralelo, que faz dos indios com os cavalos, de não conceder aos homens

Não havia um momento prévio que pudesse definir o que era a opinião pública, quem a deveria guiar e como deveria proceder: era tão-só no jogo de tensões internas à opinião pública que essas indagações constitutivas dela mesma poderiam ser tratadas. Daí, e tendo em vista a relevância que ela adquirira e o contexto político de então, era apenas um curto passo até que a ela fosse atribuída uma inelutável dimensão normativa: “TODO o Cidadão livre por princípios, e amante de uma justa liberdade, deseja a todo o custo promover a felicidade da sua Pátria, e tem rigorosa obrigação de patentear pela imprensa suas opiniões”²¹.

Essa normatividade não dizia respeito exclusivamente à participação por meio da escrita. Característico de um público que se faz sujeito de si mesmo era o fato de a ação de ler o que era escrito por outras pessoas ganhar igualmente um peso normativo:

COMO sou Brasileiro, e Constitucional, (com licença dos Senhores Deputados Miranda, e Margiorchi) tenho muito cuidado em que me não escape papelinho algum impresso, sobretudo esses, cuja edição é periódica, e que se considera como órgãos da opinião pública, só a fim de ver em que alturas vai o nosso Sistema Constitucional, e a dignidade e honra do Brasil.²²

Degrau por degrau, opinião pública e legitimidade política vão dando-se as mãos:

Por pouco, que se assemelhem aos de São Paulo os votos dos mais Pachalikados, eu não dou quatro vinténs pela popularidade, que neles a seu favor tenham as Cortes. Os atuais Legisladores perderam portanto um Tesouro,

pretos maior dignidade, que a de reis do Rozario e de asseverar, que o Brasil ainda agora está engatinhando. E crê provar o contrario de tudo isso, (1821) 2014, p. 162-163.

21 O *Ultra Brasileiro* (Pedro I), [Carta artigo ao redator de O Espelho em cujo n. 6 foi anexada] (1823) 2014, p. 823, destaques do original.

22 T. F. X. B., [Carta ao] Senhor Redactor da Verdade Constitucional, pelo Constitucional Inimigo da Impostura, (1822) 2014, p. 484, destaques do original.

que ninguém se gabou jamais de achar depois de havê-lo perdido - A Opinião.²³

Logo, era possível ameaçar até o ainda príncipe com sua perda: “Que diremos nós da sem cerimônia com que se escreveu a Carta a Sua Alteza Real para se ganhar terreno; e nem era para outra coisa que se tomou o expediente de querer amedrontar o Príncipe com a perda da opinião pública”²⁴.

Se assim o era, nada mais natural do que também o governo disputar aquela tarefa de reger a opinião pública:

Não direi se isto era uma felicidade, ou desgraça; posso porém afirmar, que foi um novo embaraço para o Governo, que necessitando entregar-se todo ao estabelecimento da força pública - dar nova ordem às Finanças - levantar uma milícia, e abrir novos condutos à marcha geral dos negócios, via-se constrangido a volver os olhos para o interior das Províncias, a conter a ambição desvairada de seus partidos, a ilustrar a opinião pública, e a distrair-se, por fim do que parecia ser de maior urgência, qual era estabelecer um novo sistema, e preparar-se a defendê-lo energicamente.²⁵

Todas essas passagens dão prova, para bem ou para mal, de uma quase unanimidade ao redor do valor positivo da opinião pública. Mas, uma vez mais, naquele cenário de tensões entre o novo e o velho, as críticas dirigidas a ela serão contundentes:

Esta chusma é amassada de pobretões, nascidos em o esterquilínio, do outro mundo a maior parte; de ladrões, matadores, homens de fortuna mal segura, e alguns aventureiros; que havendo falado eles sós aos Povos de viva voz, e por escritos, tais como este vosso, bem semelhante a sua carta de um arrogante alfaiate, pedindo

23 Correspondencia Turca interceptada á hum Emissario Secreto da Sublime Porta, residente na Corte do Rio de Janeiro, (1822) 2014, p. 715.

24 O Patricio observador, O Pelotiqueiro desmascarado, ou Carta sobre o N.º 62 do Correio do Rio de Janeiro dirigida aos Habitantes d’esta Provincia, a fim de se acautelarem, e premunirem contra os que se inculcão para serem seus Deputados, (1822) 2014, p. 771.

25 Golpe de vista sobre a situação politica do Brasil independente traduzido d’um manuscrito hespanhol Feito em Junho do Corrente Anno, (1823) 2014, p. 701.

à pessoa de alta Hierarquia, o preço dos vestidos, que lhe havia consumido; havendo falado, digo, aos Povos rudes, os tem levado ao engano, e feito abraçar a linguagem Libertina; fazendo por esta arte aparecer, numerosa a chusma imunda, e grande a soma dos bandalhos ou bandarras, com adição dos inocentes, e Portugueses Povos; e aparecer uma voz pública, que os charlatões, ou pedantísimos chamam ruidosamente: *opinião pública, público espírito*.²⁶

Também novamente, contudo, a crítica das novidades necessita utilizar os meios trazidos por elas e, ao tentar denunciá-las, não consegue evitar o efeito contrário, terminando por reforçar a constatação do patamar que a opinião pública houvera alcançado.

A moldura até aqui estabelecida para os espaços públicos na alvorada do século XIX luso-brasileiro não deve, por certo, ser idealizada. Continuava existindo, de um lado e do outro do oceano Atlântico, uma sociedade marcada por traços estamentais, extremamente desigual e com arranjos sociais típicos do Antigo Regime. Mas não se pode aceitar sem fortes ressalvas o velho mito da Independência outorgada de cima para baixo, simples acordo de elites com ausência total de participação popular nas contendas que definiriam o destino futuro de Brasil, Portugal e da relação entre ambos²⁷. E isso pelo motivo básico de que aos olhares dos contemporâneos não era essa a leitura que se fazia: “As ideias políticas estão hoje mui vulgarizadas por todas elas [as províncias] (...)”²⁸.

Sem dúvida, a pretensão de uma cidadania generalizada e de uma política domada por um público tornado sujeito de si

26 Philodemo [J. P. C. M.], Sedativo contra a Malagueta ou obcervasoens sobre este papel, (1822) 2014, p. 645, destaques do original.

27 Para uma crítica a esse mito, conferir GOMES, 2015; GOMES; CATTONI DE OLIVEIRA, 2012.

28 B. J. G. [Bernardo José da Gama], Memoria sobre as principaes cauzas, por que deve o Brasil reassumir os seus direitos, e reunir as suas provincias offerecidas ao principe real, (1822) 2014, p. 562.

mesmo e composto indistintamente de toda e qualquer pessoa só conseguia manter-se por uma elevada dose de contrafaticidade. Mas essa pretensão vinha inscrita como tendência interna segundo a autocompreensão dos novos espaços que se formavam e dos velhos espaços que se transformavam – sem exagero ou figuras de linguagem, de escravos a imperador, todos intervieram e se manifestaram em alguma medida nesses espaços.

Se não houve já naquele momento a consolidação de uma ampla esfera pública, totalmente modernizada, liberta das antigas amarras e caracterizada pela livre troca argumentativa entre pessoas universalmente compreendidas como iguais, isso tampouco aconteceu em lugar algum do mundo²⁹. Todavia, no bojo dos espaços transformados, os processos de aprendizagem que ali encontravam curso traziam já em si essa expectativa especificamente moderna, traziam, como idealidade imanente, a pretensão formal de uma igualdade que se chocava frontalmente com a brutalidade da história empírica, mas que nesse choque tanto encontrava a resistência à sua realização quanto oferecia a possibilidade da resistência àquela história.

Timidamente que fosse, começava a vir a lume a crença no uso público da razão:

Verdade é que este juiz supremo tem por muitas vezes sido iludido em suas decisões, mas por os mesmos meios que foi induzido a errar pode vir também a conhecer a verdade; porque o lugar do combate está sempre aberto, e nele os combatentes nunca faltam. Assim, se o erro algumas vezes triunfa é por um momento: não há superioridade de talento que possa fazer tributar eternamente à mentira as honras que competem à

²⁹ Em relação ao processo histórico correspondente no continente europeu, J. Habermas afirma: “As normas constitucionais são, portanto, fundadas no modelo de uma sociedade civil que não corresponde à sua realidade. As categorias que são derivadas do processo histórico do capitalismo, mesmo de sua fase liberal, têm elas mesmas um caráter histórico: caracterizam tendências sociais, mas nada mais do que tendências” (HABERMAS, 2014, p. 231). Conferir, no mesmo livro, todo o trecho que vai da página 230 até a página 237.

verdade. Esta pode mui bem por um pouco sofrer um eclipse, porém os eclipses na ordem física e moral só podem ter duração limitada.

Eu tenho pois por princípio incontestável que a liberdade de discussão é o único meio que há para dar a conhecer a verdade; e considero esta máxima como a base fundamental de toda a permanência da liberdade civil e política.³⁰

Em outro texto:

Diga-me ainda Vossa Excelência, quem será mais suspeito de má-fé, serei eu, apresentando francamente ao Público minhas reflexões, exposto a ser suplantado pelo império da razão, e da verdade, ou Vossa Excelência, exigindo da Assembleia Geral uma sessão secreta, para furtar o seu projeto à luz do dia, o ao juízo da pública opinião?³¹

E se os “inermes escritores (...), com fatos e razões, apelam para o Testemunho dos Céus e Terra, e para a Razão Pública”³², era ao uso público da razão, por fim, que cabia o ônus de assegurar um futuro melhor: “Nas Monarquias Constitucionais, executam-se as Leis dos Supremos Senados, enquanto não se revogam; mas é livre a todo o Cidadão contradizer, e discutir as decisões, e ainda mais as opiniões e falácias dos seus Membros; o que contribui à progressiva melhora de tudo”³³.

Futuro e progresso. Com isso, chega-se ao segundo conjunto de transformações históricas que eu gostaria de abordar.

30 Quaes são os bens e os males que podem resultar da liberdade da Imprensa; e qual he a influencia que elles podem ter no momento em que os Representantes da Nação Portuguesa se vão congregar?, (1821) 2014, p. 206.

31 Gervásio Pires Ferreira, [Carta á Manoel Jacintho Nogueira da Gama], (1823) 2014, p. 821.

32 Glosa a ordem do dia, e manifesto de 14 de janeiro de 1822, do ex-general das Armas Jorge de Avillez, (1822) 2014, p. 499.

33 Glosa a ordem do dia, e manifesto de 14 de janeiro de 1822, do ex-general das Armas Jorge de Avillez, (1822) 2014, p. 502.

3 MUDANÇAS NA DIMENSÃO DA TEMPORALIDADE VIVIDA

O debate político que ganhava corpo nos espaços recém-transformados tinha como seu vetor todo um novo vocabulário. Tal como ocorria em relação aos espaços, palavras antigas passavam por um processo de ressignificação. Paralelamente, novas palavras surgiam. Esse vocabulário – um dos temas mais explorados da recente historiografia brasileira e latino-americana (FERES JÚNIOR, 2009b; SEBASTIÁN, 2009, 2014) – permite entreverem-se as questões prementes com que a política tinha de lidar e as variadas posturas assumidas em torno delas por grupos distintos. Mais do que isso, entretanto, esse novo vocabulário permite compreenderem-se as mudanças que aconteciam no tempo como “forma da experiência” (GUMBRECHT, 2008, p. 11-15) de todos esses grupos, as mudanças na temporalidade histórica, no modo como se articulam passado, presente e futuro e como essa articulação é experienciada por agentes humanos.

Valdei Lopes de Araújo fornece um bom ponto de partida para o tema. Debruçado sobre a obra de José Bonifácio, V. Araújo afirma que, até o início do século XIX, a experiência luso-brasileira era caracterizada por concepções cíclicas do tempo – isto é, por concepções nos termos das quais o futuro tende a repetir o passado, ainda que eventualmente o presente figure como um interstício nessa identidade. Essa temporalidade cíclica revelava-se, como sua primeira face, no conceito de “restauração”. A tarefa que colocara para si a geração do final do século XVIII era a de restaurar Portugal, fazê-lo sair do estado de decadência em que se encontrava e retornar à grandeza de outrora.

À medida que aquela tarefa via-se confrontada com a permanência dessa decadência, e diante de uma Revolução Francesa que abalara os alicerces da Europa e materializara a possibilidade

de ruptura com o continuísmo do passado, o tempo cíclico ia adquirindo uma nova face. Se a restauração implicava uma noção estática de circularidade – retornar à mesma grandeza antiga – um novo conceito precisava dar conta de uma circularidade temporal aberta à dinamicidade que o tempo vinha mostrando: retornar à grandeza dos séculos áureos não tinha de significar necessariamente restaurar o mesmo Portugal; poderia significar regenerar o velho Portugal em um novo Portugal. É o conceito de “regeneração”, índice de um segundo momento de uma concepção ainda circular da temporalidade, que estará subjacente à esperança depositada na força de um único império transatlântico – o Reino Unido entre Brasil e Portugal (ARAÚJO, 2008, p. 50-55).

Se as concepções cíclicas da temporalidade histórica marcam o fim do século XVIII e o início do século XIX, a Independência representará um desafio-limite para essas concepções (ARAÚJO, 2008, p. 20). A marcha dos acontecimentos ia desgastando gradualmente a possibilidade de um tempo concebido como regeneração – como a volta do velho em trajes novos. Quanto mais se esgotava a hipótese de uma unidade imperial luso-brasílica, quanto mais se tornava concreta e irreversível a separação entre a antiga metrópole e a antiga colônia, mais o tempo se acelerava, mais o “horizonte de expectativas” futuras afastava-se do “espaço de experiências” passadas. A temporalidade cíclica dava lugar a uma temporalidade linear e progressiva (ARAÚJO, 2008, p. 124), cuja metáfora mais exata segue sendo a da flecha do tempo. Mais do que a regeneração, e diferente radicalmente da restauração, a nova tarefa era a da “construção” de um novo império.

Em manifesto à população brasileira, Pedro dizia:

Brasileiros, está acabado o tempo de enganar os homens.
Os governos, que ainda querem fundar o seu poder sobre
a pretendida ignorância dos povos, ou sobre antigos

erros, e abusos, têm de ver o colosso da sua grandeza
tombar da frágil base, sobre que se erguera outrora.

(...)

Encarai, habitantes do Brasil, encarai a perspectiva
de glória e de grandeza, que se vos antolha, não vos
assustem os atrasos da vossa situação atual; o fluxo
da civilização começa a correr já impetuoso desde os
desertos da Califórnia até o estreito de Magalhães.³⁴

Os ares de novidade difundiam-se por toda parte. Em panfleto
manuscrito afixado na Bahia em 1822, pode-se ler: “A Cidade com o
Recôncavo incomunicável, e no maior auge de anarquia; e todos os
dias aparecem novidades de parte a parte, isto é da Cidade contra
aquele e etc.”³⁵. Em outro panfleto, igualmente manuscrito, mas
desta vez afixado no Rio de Janeiro em 1821, vem escrito: “Cada vez
mais novidades Deus nos tenha da Sua parte Agora sem ódios que
Felisberto, J^e M^a da Polícia, Intendente da mesma Targine, Luiz Joze,
Tomaz Antonio, e outros foram presos esta noite para a Lage &”³⁶.
Era a experimentação dos “modernos tempos”, na definição de Frei
Joaquim do Amor Divino Caneca³⁷.

Como sintomas do tempo, essas mudanças em sua percepção
- na percepção que se tinha dele, o tempo - repercutiriam nos
conceitos políticos usados naquele contexto. A novidade da
temporalidade vivida, ou seja, o sentido de ineditismo do presente e
a consequente possibilidade de um futuro rompido com o passado,
expressava-se nas palavras, novas ou reapropriadas, que inundaram
o debate político no começo do século XIX luso-brasileiro (NEVES,

34 Príncipe Regente, Manifesto do Príncipe Regente aos brasileiros sobre os conflitos com Portugal e a expectativa de independência, (1822) 2002, p. 619 e 624, respectivamente.

35 Panfleto 10, (1822) 2012, p. 87.

36 Panfleto 20, (1821) 2012, p. 87.

37 Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, O Typhis Pernambucano, (1823-1824) 2001, p. 319.

2003; FERES JÚNIOR, 2009b): “absolutismo”, “liberal”, “liberalismo”, “jacobinismo”, “federal”, “federalismo”, “cidadão”, “nação”, “corcunda”, “corcundismo”, “pés-de-chumbo”, “chumbismo”, “pés-de-cabra”, “república”, “republicanos”, “pátria”, “patriotas”, “constituição”, e tantas outras.

A comprovação do caráter inédito que essas palavras detinham é feita pela quantidade expressiva de textos devotados a explicá-las, fazendo delas mais do que palavras, verdadeiros conceitos político fundamentais (KOSELLECK, 2006, p. 108, 109). Era esse o caso, por exemplo, da “[Carta dirigida a Cassiano Spiridião de Mello e Mattos pedindo definição de corcunda, ou constitucional, datada de 17 de dezembro de 1821]”³⁸, ou da “Carta de André Mamede ao seu amigo Braz Barnabé, na qual se explica o que são corcundas”³⁹, ou ainda do panfleto intitulado “O liberalismo desenvolvido, ou os chamados liberais desmascarados e conhecidos como destruidores da nossa Regeneração, o que tudo serve de resposta a huma carta que corre impressa contra o P. José Agostinho de Macedo”⁴⁰. Em “A Corcundice explicada magistralmente, ou resolução de dois problemas interessantes a respeito dos corcundas. I. Que cousa seja hum Corcunda? II. Quem são os verdadeiros Corcundas?”, Hipolyto Gamboa parece antecipar o que só bem mais tarde, em meados do século XX, a *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck viria teorizar:

(...) até se renova a linguagem dos homens, já com a invenção de novos termos assaz delicados, já com a redução de outros a tom mais harmonioso, já com uma

38 Francisco Garcia Adjuto, [Carta dirigida a Cassiano Spiridião de Mello e Mattos pedindo definição de corcunda, ou constitucional, datada de 17 de dezembro de 1821], (1821) 2014, p. 140-141.

39 André Mamede, Carta de André Mamede ao seu amigo Braz Barnabé, na qual se explica o que são corcundas, (1821) 2014, p. 109-115.

40 O liberalismo desenvolvido, ou os chamados liberais desmascarados e conhecidos como destruidores da nossa Regeneração, o que tudo serve de resposta a huma carta que corre impressa contra o P. José Agostinho de Macedo, (1822) 2014, p. 510-531.

prodigiosa extensão de significado há muitos concedida. Por esta novidade de nomes, ou recém-nascidos, ou reformados, é de primeira necessidade a publicação de um novo vocabulário para o uso dos Portugueses.⁴¹

Mas não apenas a quantidade de novos conceitos dava-se a ler como sintoma das alterações na vivência do tempo. A própria estrutura desses conceitos também confessa uma temporalidade reconfigurada. Em muitos deles, junta-se à raiz o sufixo “-ismo” (KOSELLECK, 2006, p. 297; NEVES, 2003, p. 115-126), a indicar precisamente a inserção de um índice temporal dinâmico internamente à construção do conceito. Não se trata somente de “corcundas” ou de “pés-de-chumbo”, mas de “corcundismo” e de “chumbismo”, de conceitos que se referiam ao próprio movimento de vir-a-ser de uma possibilidade, fosse ela interpretada como positiva ou como ameaçadora: a existência de “corcundas” pode resultar no “corcundismo”; a existência de “pés-de-chumbo”, no “chumbismo”; de “republicanos”, no “republicanismo”; de “liberais”, no “liberalismo”; e assim por diante.

Inscrita a abertura ao futuro na estruturação conceitual, esses conceitos passavam, por conseguinte, a poder referir-se a uma ordem de coisas ainda não presente, ainda não realizada. Logo, sem ponto de apoio firme no “espaço das experiências”, não fazia sentido contra eles a acusação de erro ou mentira, ao passo que sua abstração em demasia tornava-os suscetíveis de apropriação por grupos políticos de tendências e orientações variadas, muitas vezes opostas (KOSELLECK, 2006, p. 301-303). Na “Carta de André Mamede ao seu amigo Braz Barnabé”, a definição de “corcunda” é esta:

41 Hipolyto Gamboa, *A Corcundice explicada magistralmente, ou resolução de dois problemas interessantes a respeito dos corcundas*. I. Que cousa seja hum Corcunda? II. Quem são os verdadeiros Corcundas?, (1822) 2014, p. 421, destaques do original.

Corcunda meu amigo quer dizer pela nomenclatura moderna, o mesmo que homem Anticonstitucional, ou homem satélite do Despotismo; estes não perdem a ocasião, não poupam trabalho algum para desviar a opinião pública do verdadeiro espírito do bem, são sujeitos sem vergonha, revolucionários, e pela maior parte criminosos (...).⁴²

Não obstante, indo outra vez a “A Corcundice explicada magistralmente, ou resolução de dois problemas interessantes a respeito dos corcundas. I. Que cousa seja hum Corcunda? II. Quem são os verdadeiros Corcundas?”, a definição nela apresentada surpreende: “os chamados *Corcundas* são os verdadeiros *Constitucionais*.”⁴³

Nesse uso, pois, dos conceitos – em que grupos rivais apropriavam-se deles de maneira diferente e acusavam-se reciprocamente com os mesmos termos – mostra-se, tanto quanto em sua proliferação e em sua estrutura, a sintomática de um tempo que se acelera, de um futuro que se descola do presente e do passado, de um tempo que, de cíclico, vai passando a linear e progressivo.

Do mesmo modo que em relação aos espaços públicos, essa temporalidade emergente, todavia, não se consolidará em um único ato. Concepções circulares acerca da experiência do tempo permanecerão ativas, numa clara manifestação da simultaneidade do não-contemporâneo (KOSELLECK, 2006, p. 293): “(...) sim, tudo nasce, chega ao estado de perfeição, e decai”⁴⁴.

42 André Mamede, Carta de André Mamede ao seu amigo Braz Barnabé, na qual se explica o que são corcundas, (1821) 2014, p. 111.

43 Hipolyto Gamboa, A Corcundice explicada magistralmente, ou resolução de dois problemas interessantes a respeito dos corcundas. I. Que cousa seja hum Corcunda? II. Quem são os verdadeiros Corcundas?, (1822) 2014, p. 421, destaques do original.

44 P. L. Veiga Cabral – Amigo da Philantropia, Analyze dos direitos naturaes do homem inculto, e selvagem, deduzidos do mesmo direito que rege toda a natureza creada, de que elle he parte. Direitos de Convenção, em que os homens dão principio ao Corpo Moral das Sociedades, seguindo na sua Organização o Systema dos Corpos fizicos sobre os Direitos da Soberania como Ordem natural Do Systema Universal, (1823) 2014, p. 694-695.

Contudo, se a simultaneidade do não-contemporâneo é, em conjunto com o descolamento entre “espaço de experiência” e “horizonte de expectativa” e com a conseqüente aceleração do tempo, o que define a Modernidade de um ponto de vista da temporalidade experienciada (KOSELLECK, 2006; FERES JÚNIOR, 2009a, p. 16), não há outra conclusão possível: o Brasil é, no início do século XIX, um país cuja arquitetura formal do tempo é já tipicamente moderna.

4 CONCLUSÃO

Unindo as duas partes principais deste texto, o que se faz possível afirmar é que a Independência do Brasil corresponde a um ponto de inflexão na passagem do país à Modernidade. É impossível em história datar exatamente quando começa uma época e quando termina outra. Mas, em que pese esse obstáculo, ou melhor, em respeito a ele, não há como não reconhecer que, no momento da Independência, o Brasil que se separa de Portugal possui, naquilo que diz respeito aos espaços públicos e à percepção da temporalidade, estruturas caracteristicamente modernas ou ao menos em vias avançadas de modernização.

No que se refere ao fundamento de legitimidade do Direito, a reconfiguração dos espaços e do tempo será um fator axial para que se possa assentar, como o novo *locus* de referência para uma legitimação que não podia mais ocorrer ao modo tradicional, a autodeterminação da comunidade política regida por tal ou qual conjunto de normas jurídicas. Por um lado, sem uma esfera pública minimamente constituída, no interior da qual o público se faz sujeito de si mesmo, não há base material alguma que dê a sustentação necessária à abstração contida nessa nova fundamentação do Direito. Por outro lado, sem uma concepção de temporalidade na qual esteja inscrita a abertura ao futuro, tal fundamentação não teria condições de fazer frente às fundamentações tradicionais com todo

seu apego à suposta autoridade do passado; paralelamente, não se poderia projetar como referencial de legitimidade que formalmente permanece ativo tanto para as gerações presentes quanto para as gerações vindouras, justificando-se também em face destas e afirmando-se, pois, como fonte de legitimidade do Direito não neste ou naquele momento privilegiado da Modernidade – o que entraria em contradição com a ideia mesma de autodeterminação –, mas no transcurso da Modernidade como um todo.

Como afirmado logo de partida, os dois conjuntos de transformações históricas aqui abordados não esgotam as mudanças que resultarão em um Direito especificamente moderno: transformações, por exemplo, na estrutura e na dinâmica da produção econômica serão fundamentais para que esse direito venha a ser forjado. Por outro lado, esse Direito propriamente moderno não estará completamente forjado antes que uma nova estrutura emerja, uma nova estrutura com um velho nome: a Constituição. A discussão desenvolvida nas páginas anteriores, na medida em que diz respeito ao surgimento do Direito moderno, diz respeito mais diretamente ainda ao surgimento de sua estrutura apical representada pela Constituição moderna. Em outras palavras, o objeto do presente texto pode ser lido como um fragmento de história constitucional, e pode ser mais bem compreendido quando cotejado com os demais desenvolvimentos pelos quais vem passando no Brasil, nos últimos anos, esse campo de intersecção entre o Direito e a História.

Data de Submissão: 15/11/2016

Data de Aprovação: 04/05/2017

double blind peer review

Editor Geral: Fernando Joaquim Maia

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Diagramação: Emmanuel Luna

5 REFERÊNCIAS

DOCUMENTOS

André Mamede. Carta de André Mamede ao seu amigo Braz Barnabé, na qual se explica o que são corcundas. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1821) 2014, p. 109-115.

B. J. G. [Bernardo José da Gama]. Memoria sobre as principaes cauzas, por que deve o Brasil reassumir os seus direitos, e reunir as suas provincias offerecidas ao principe real. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, p. 541-565.

Carta de hum habitante da Bahia sobre o levantamento do Porto, e miseravel estado do Brazil. Num. Das obras constitucionaes de Portugal depois de terem jurado a Constituição na cidade do Porto em 24 de agosto de 1820. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1821) 2014, p. 116-128.

Correspondencia Turca interceptada á hum Emissario Secreto da Sublime Porta, residente na Corte do Rio de Janeiro. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, p. 685-735.

E. C. Carta ao Sachristão de Tambi, sobre a necessidade da reunião de cortes no Brasil. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, p. 477-483.

Francisco Garcia Adjuto. [Carta dirigida a Cassiano Spiridião de Mello e Mattos pedindo definição de corcunda, ou constitucional, datada de 17 de dezembro de 1821]. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1821) 2014, p. 140-141.

Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. O Typhis Pernambucano. In: CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. Frei Joaquim do

Amor Divino Caneca. Org. e int. Evaldo Cabral de Mello. Coleção Formadores do Brasil. São Paulo: Ed. 34, 2001, p. 301-533.

Gervásio Pires Ferreira. [Carta á Manoel Jacintho Nogueira da Gama]. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1823) 2014, p. 817-822.

Glosa a ordem do dia, e manifesto de 14 de janeiro de 1822, do ex-general das Armas Jorge de Avillez. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, p. 498-504.

Golpe de vista sobre a situação politica do Brasil independente traduzido d'um manuscrito hespanhol Feito em Junho do Corrente Anno. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1823) 2014, p. 698-704.

Hipolyto Gamboa. A Corcundice explicada magistralmente, ou resolução de dois problemas interessantes a respeito dos corcundas. I. Que cousa seja hum Corcunda? II. Quem são os verdadeiros Corcundas? In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, p. 413-430.

J. J. do C. M. [Joaquim José da Costa de Macedo]. Carta do Compadre do Rio S. Francisco do Norte, ao Filho do Compadre do Rio de Janeiro, na qual se lhe queixa do paralelo, que faz dos indios com os cavalos, de não conceder aos homens pretos maior dignidade, que a de reis do Rozario e de asseverar, que o Brasil ainda agora está engatinhando. E crê provar o contrario de tudo isso. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1821) 2014, p. 160-173.

Já fui Carcunda, ou a zanga dos periódicos. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1821) 2014, p. 151-154.

João Marcos Vieira de Sousa Pereira. Resposta a hum annuncio de Lucio Manoel de Proença publicado no Diario de 30 de Agosto desta Côrte. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, p. 277-279.

José Agostinho de Macedo [?]. Cordão da peste, ou medidas contra o contágio periodiqueiro. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1821) 2014, p. 69-84.

Le Roy et la Famille Royale de Bragance doivent-ils; dans les circonstances presentes, Retourner en Portugal, ou bien Rester au Brésil? In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1820) 2014, p. 38-47.

Luís Gonçalves dos Santos. Justa Retribuição dada ao Compadre de Lisboa em desagravo dos Brasileiros offendidos por varias asserções, que escreveo na sua Carta em resposta ao Compadre de Belem, pelo filho do Compadre do Rio de Janeiro, que a offerece, e dedica aos seus patrícios. Segunda edição correcta, e augmentada. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, p. 739-764.

O liberalismo desenvolvido, ou os chamados liberais desmascarados e conhecidos como destruidores da nossa Regeneração, o que tudo serve de resposta a huma carta que corre impressa contra o P. José Agostinho de Macedo. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, p. 510-531.

O Mestre Periodiqueiro. Carta do Novo Mestre Periodiqueiro ao author da resposta à segunda parte do Mestre Periodiqueiro. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1821) 2014, p. 193-220.

O Militar Brasileiro. Carta de hum Militar Brasileiro a hum Solitario do Amazonas, e officio derigido pela Junta Provisoria do Governo do Para, ao Soberano Congresso em Portugal. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1821) 2014, p. 129-139.

O Patricio observador. O Pelotiqueiro desmascarado, ou Carta sobre o N.º 62 do Correio do Rio de Janeiro dirigida aos Habitantes d'esta Provincia, a fim de se acautelarem, e premunirem contra os que se inculcão para serem seus Deputados. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos

da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, p. 765-772.

O Ultra Brasileiro. [Carta artigo ao redator de O Espelho em cujo n. 6 foi anexada]. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1823) 2014, p. 823-827.

P. L. Veiga Cabral - Amigo da Philantropia. Analyze dos direitos naturaes do homem inculto, e selvagem, deduzidos do mesmo direito que rege toda a natureza creada, de que elle he parte. Direitos de Convenção, em que os homens dão principio ao Corpo Moral das Sociedades, seguindo na sua Organização o Systhema dos Corpos fizicos sobre os Direitos da Soberania como Ordem natural Do Systhema Universal. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1823) 2014, p. 685-697.

Panfleteo 10. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello. Às armas, cidadãos! - Panfletos manuscritos da independência do Brasil (1820-1823). São Paulo: Companhia das Letras; Belo Horizonte: Editora UFMG, (1822) 2012, p. 85-88.

Panfleteo 14. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello. Às armas, cidadãos! - Panfletos manuscritos da independência do Brasil (1820-1823). São Paulo: Companhia das Letras; Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 107-109.

Panfleteo 20. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello. Às armas, cidadãos! - Panfletos manuscritos da independência do Brasil (1820-1823). São Paulo: Companhia das Letras; Belo Horizonte: Editora UFMG, (1821) 2012, p. 139-142.

Panfleteo 21. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello. Às armas, cidadãos! - Panfletos manuscritos da independência do Brasil (1820-1823). São Paulo: Companhia das Letras; Belo Horizonte: Editora UFMG, (1821) 2012, p. 143-146.

Philodemo [J. P. C. M.]. Sedativo contra a Malagueta ou obcervasoens sobre este papel. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, p. 641-647.

Príncipe Regente. Manifesto do Príncipe Regente aos brasileiros sobre os conflitos com Portugal e a expectativa de independência. In: BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. Textos Políticos da História

do Brasil. v. 1. 3a. ed. Brasília: Senado Federal, (1822) 2002, p. 619-626.

Quaes são os bens e os males que podem resultar da liberdade da Imprensa; e qual he a influencia que elles podem ter no momento em que os Representantes da Nação Portuguesa se vão congregar? In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1821) 2014, p. 205-210.

T. F. X. B. [Carta ao] Senhor Redactor da Verdade Constitucional, pelo Constitucional Inimigo da Impostura. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, p. 484-491.

Theodoro José Biancardi. Reflexões sôbre alguns successos do Brasil. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1821) 2014, p. 240-261.

LIVROS, CAPÍTULOS DE LIVROS, ARTIGOS

ARAÚJO, Valdei Lopes. A experiência do tempo: conceitos e narrativas na formação nacional brasileira (1813-1845). São Paulo: Aderaldo e Rothschild, 2008.

FERES JÚNIOR, João (org.). Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009b.

FERES JÚNIOR, João. Reflexões sobre o Projeto Iberconceptos. In: FERES JÚNIOR, João (org.). Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009a, p. 11-24.

GOMES, David F. L. *A Constituição de 1824 e O Problema da Modernidade: O Conceito Moderno de Constituição, A História Constitucional Brasileira e A Teoria da Constituição no Brasil*. Tese (doutorado). Belo Horizonte: UFMG, 2016.

GOMES, David F. L.; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Independência ou sorte?: ensaio de história constitucional do Brasil. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 55, p. 19-37, 2012.

GOMES, David. *“Houve mão mais poderosa”?: Soberania e Modernidade na Independência do Brasil*. Belo Horizonte: Initia Via, 2015.

GUMBRECHT, Hans Ulrich. Prefácio. In: ARAÚJO, Valdei Lopes. A experiência do tempo: conceitos e narrativas na formação nacional

brasileira (1813-1845). São Paulo: Aderaldo e Rothschild, 2008, p. 11-15.

HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Trad. Denílson Luís Werle. São Paulo: Unesp, 2014.

KOSELLECK, Reinhart. Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Trad. Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

KOSELLECK, Reinhart. Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad. Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira; rev. trad. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-RJ, 2006.

LUSTOSA, Isabel. Insultos impressos: a guerra dos jornalistas na independência (1821-1823). São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

MOREL, Marco. As transformações dos espaços públicos: imprensa, atores políticos e sociabilidades na Cidade Imperial (1820-1840). São Paulo: Hucitec, 2005.

NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das. Corcundas e constitucionais: a cultura e política da independência (1820-1822). Rio de Janeiro: Revan.: FAPERJ, 2003.

POCOCK, John G. A. Linguagens do ideário político. Org. Sérgio Miceli; trad. Fábio Fernandez. São Paulo: EDUSP, 2003.

SEBASTIÁN, Javier Fernández (dir.). Diccionario político y social del mundo iberoamericano. 2 t. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - Universidad del País Vasco, 2009-2014.

SKINNER, Quentin. Los fundamentos del pensamiento político moderno. Trad. Juan José Utrilla. 2v. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

Reconfiguration of spaces and time and the change in the legitimacy's foundation of Law in the first quarter of the 19th Century in Brazil

David Francisco Lopes Gomes

This paper approaches the historical transformations in the structure of public spaces and in the time's formal configuration in the first quarter of the 19th Century in Brazil. To do this, it discusses the usages of concepts like "public opinion", "liberal", "liberalism", "federal", "federalism", "nation", "republic", "republicans", as well as the changes in the structure and in the meanings of these concepts. The background thesis is that these transformations are crucial to the change of the legitimacy's foundation of Law in the transition to the Modernity. From a methodological point of view, the historical methodology is offered by conceptual history (*Begriffsgeschichte*) and by the Cambridge contextualism. The main historical sources are texts of Friar Joaquim do Amor Divino Caneca and the manuscripts and printed pamphlets published from 1820 to 1823, apart from official documents and secondary sources.

Keywords: Public Spaces; Temporality; Legitimacy of Law.

Transformações do Estado, Novos Rumos para a Tutela Jurisdicional e a Proteção dos Direitos Fundamentais: do Legalismo ao Ativismo

ALEXANDRE LUNA DA CUNHA

Doutor e Mestre pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisador e Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho.

Email: lunadacunha@yahoo.com.br

MÔNICA BONETTI COUTO

Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Pesquisadora e Professora Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho.

Email: monicabonetticouto@yahoo.com.br

Resumo: Este artigo tem por escopo analisar as transformações pelas quais passaram os modelos de Estado no cenário contemporâneo, tendo em vista, em especial, a atuação do Poder Judiciário, relacionando-a, também, com a configuração atual do Estado Democrático de Direito, ocorrido, no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988. Essa reflexão se debruçará na dicotomia existente entre a positivação de direitos fundamentais e a não efetivação destes direitos. Para tanto, o estudo será dividido em três partes principais. Inicialmente, realizar-se-á uma breve contextualização histórica dos modelos de Estado do cenário contemporâneo, com foco na atuação do Poder Judiciário, para, em um segundo momento, proceder ao exame específico da recente produção do Poder Judiciário Brasileiro e das circunstâncias que levaram ao desenvolvimento do fenômeno do ativismo judicial. Por fim, serão analisados os reflexos do protagonismo do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, bem como suas consequências em toda estrutura de poder.

Palavras-chave: Tutela Jurisdicional; Direitos Fundamentais; Políticas Públicas.



Transformações do Estado, Novos Rumos para a Tutela Jurisdicional e a Proteção dos Direitos Fundamentais: do Legalismo ao Ativismo

Alexandre Luna da Cunha¹

Mônica Bonetti Couto²

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual foram garantidos os direitos fundamentais da pessoa humana, em um cenário de Estado Democrático de Direito, surgiu a necessidade de concretizar tais direitos. Diante disso, foi notada uma acentuada atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, “com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” e inevitáveis reflexos no sistema de repartição de competências, bem como no orçamento econômico financeiro do país.³

Nesse sentido, o propalado “ativismo judicial” é resultado prático de um novo constitucionalismo, mais pautado na efetivação dos anseios (sociais e de justiça) delineados no texto constitucional,

1 Doutor e Mestre pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisador e Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho. E-mail: lunadacunha@yahoo.com.br.

2 Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pesquisadora e Professora Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho. E-mail: monicaboneticouto@yahoo.com.br

3 Nessa perspectiva, “A crítica que procura refrear essa nova perspectiva hermenêutica está justamente na oposição à **ampliação da jurisdição**, sendo comum que a doutrina, a mídia e a sociedade discutam a atividade jurisdicional questionando se o judiciário está tomando para si a determinação de políticas públicas, passando a legislar e a impor a ação executiva onde anteriormente residia a discricionariedade administrativa e legislativa dos representantes eleitos.” TORRENS, Haradja. A hermenêutica jurídica na perspectiva pós-positivista: A judicialização das relações sociais. In: ZOVICO, Marcelo Roland (organizador). *Filosofia do Direito: Estudos em Homenagem a Willis Santiago Guerra Filho* – São Paulo: Editora Clássica, 2012. p.154 (grifamos).

associado, portanto, a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

As origens do ativismo judicial, segundo Barroso (2007, p. 105), remontam à jurisprudência norte-americana. É de se destacar, que os primórdios do ativismo judicial foram de natureza conservadora, sendo que a atuação mais proativa da Suprema Corte se dava na busca de amparo para a segregação racial e invalidação de leis locais em geral.

Tendo em vista o fortalecimento deste fenômeno no Brasil, o presente trabalho tem por escopo analisar a relação entre corte constitucional, jurisdição constitucional e ativismo judicial, refletindo acerca da atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais e, por consequência, na determinação e implementação de políticas públicas. Em termos pragmáticos, pretende-se responder à seguinte indagação: Como o ativismo judicial surge no contexto da corte constitucional e da aplicação da jurisdição constitucional em termos de efetivação dos direitos sociais e, por consequência, na determinação e implementação de políticas públicas?

A fim de atingir os objetivos supramencionados, a pesquisa está desmembrada em três partes principais. Em um primeiro momento, realizar-se-á uma breve contextualização história da atuação judicial, desde os primórdios legalistas até os tempos atuais. Na segunda parte do trabalho, far-se-á uma ponderação do sistema judiciário brasileiro, tendo em vista os fatores que acabaram por culminar no fortalecimento do fenômeno do ativismo judicial nas cortes nacionais. Por fim, serão analisadas as consequências e implicações que essa prática traz para o país, visando as políticas públicas e a lógica de legitimidade democrática.

Nesse sentido, por meio de pesquisa jurídico-teórica, dissertar-se-á sobre o tema proposto, destacando implicações doutrinárias e jurisprudenciais, analisando o papel ativo e autônomo dos juízes

e tribunais na elaboração do direito, buscando demonstrar se a atuação do Poder Judiciário resta conformada com os postulados de legitimidade democrática.

1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA ATUAÇÃO JUDICIAL.

Inicialmente, imperioso averiguar qual a relação entre corte constitucional, jurisdição constitucional e ativismo judicial, a fim de possibilitar importante reflexão acerca da atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, bem como sua consequência na determinação e implementação de políticas públicas.

Para tanto, faz-se necessária a análise da atuação da corte constitucional e da jurisdição constitucional, assim como da atuação do Poder Judiciário em cada um dos Estados de Direito: o Liberal, o Social e o Democrático. O propalado “ativismo judicial”, é resultado prático de um novo constitucionalismo, mais pautado na efetivação dos anseios (sociais e de justiça) delineados no texto constitucional.

A teoria jurídica clássica e hegemônica nos países de Direito codificado propugna pela ideia de que o Direito e sua aplicação devem ser fundados na subsunção do fato à norma, erigida e proclamada pelo Poder Legislativo como o Direito (positivo) de uma nação. Esta é uma concepção do Direito presente em nosso cotidiano jurídico e que tem seus precedentes históricos no Estado Liberal, implementado na Europa e América do Norte após as revoluções burguesas. Inicialmente, para fins metodológicos, teremos como base de análise a Revolução Francesa e os modelos jurídicos adotados nos países da Europa central, já que o Direito Brasileiro se consolidou a partir destes últimos.⁴

⁴ Em especial, baseado em BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 7.ed. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 37.

É necessário destacar, em especial, a análise de Tocqueville (1998, p. 82) acerca de estruturação de poderes na República dos Estados Unidos da América, que assim se manifestou:

O que o estrangeiro com maior dificuldade compreende nos Estados Unidos é a sua organização judiciária. Por assim dizer, não há ocorrência política para a qual não ouça ele ser chamada a autoridade do juiz; e conclui, à vista disso, naturalmente, que o juiz é, nos Estados Unidos, uma das primeiras forças políticas. Depois, quando passa a examinar a constituição dos tribunais, só descobre nela, a princípio, atribuições e hábitos judiciários. Aos seus olhos, o magistrado nunca parece introduzir-se nos negócios públicos a não ser por acaso; mas esse mesmo acaso repete-se todos os dias.

Em um primeiro momento, cumpre-nos levantar a explanação de Tocqueville (1998, p. 89) sobre a perplexidade de um estrangeiro sobre o modo de estruturar e organizar o Estado e o Poder Judiciário nos Estados Unidos.

Assim, utilizando os ensinamentos de Hart (1994, p. 12) sobre a posição do intérprete no sistema jurídico, para estudar como são tomadas as decisões judiciais nas cortes superiores, Ponthoreau (2012, p. 7-8) demonstram que há uma oposição epistemológica entre os sistemas da *common law* e da *civil law*. Consequentemente, há dois contextos diferenciados para se chegar a uma resolução de conflito: o da tomada de decisão, propriamente dita, e o da descoberta de justificação e racionalidade da dita decisão, com a argumentação utilizada para a motivação da sentença.

Isso porque os sistemas da *common law* por um lado, e o romano-germânico, por outro, dependem da tradição e culturas jurídicas dos respectivos sistemas, que podem gerar formas muito diferentes de atuação de um juiz, pois o método indutivo, empírico-prático (pragmático) é típico dos Estados anglossaxônicos. Isso acarreta uma natural diferenciação na atuação do magistrado.

Por outro lado, o método dedutivo e sistemático, que busca reproduzir uma certa lógica, racionalidade e coerência é típico do chamado sistema romano-germânico⁵.

O Brasil, por exemplo, como Estado cujo Direito (positivo) é estruturado num sistema jurídico fechado, legalista e codicista, tipicamente romano-germânico, está disposto num acervo pretendidamente intemporal, que culmina em proposições gerais que se manipulam dedutivamente. Nesses sistemas, há uma certa pretensão de totalidade em sua positivação – cuja tarefa deverá ser desenvolvida, precipuamente, pelo Poder Legislativo, a quem incumbe como função típica a inovação da ordem jurídica, por meio das leis.

A formulação clássica (e liberal) do Poder Judiciário foi delineada pela ideia de neutralidade política deste poder, isso porque na modernidade, com o monopólio estatal da criação e da aplicação do Direito, a decisão judicial deriva da aplicação de uma norma preexistente a um caso concreto, conforme Abrão (2000, p. 135):

Se o Estado surge como um terceiro mediador dos conflitos para o estabelecimento da paz, essa leitura de neutralidade frente aos conflitos é repassada para o Poder Judiciário, a quem caberá julgá-los em nome do poder estatal. A neutralidade do juiz é uma consequência da neutralidade do Estado, ou melhor, o sistema de tribunais afirma a neutralidade estatal na vida social.

5 Josef Esser, há quase sessenta anos, ao trabalhar a questão do uso de princípios e normas na elaboração jurisprudencial da *common law*, ensina que se reconhece aos tribunais a autoridade legal para criação de princípios e regras, em que os conceitos jurídicos são desenvolvidos de modo puramente heurístico de forma que, uma vez fixados os precedentes judiciais, assumem estes a condição de paradigmas, chaves, para a compreensão jurídica do problema e a elaboração de uma solução justa sobre o caso. Na *common law*, portanto, o processo de descobrimento do sistema pode ser assim descrito: um método de formação de normas afiançado pela tradição, onde o princípio forma o ponto de partida de um desenvolvimento jurisprudencial aberto, método que, graças à existência de um acervo de regras técnicas sobre a elaboração de uma norma, parte de precedentes obrigatórios e garante a continuada concreção das máximas, em uma estrutura linear, uma instrução exata. ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. p. 24.

Esta neutralidade do Judiciário e a predominância do Legislativo é fruto dos princípios da legalidade e o da subsunção racional-formal. Montesquieu (2004, p. 202), um dos principais teóricos da separação dos poderes, demonstra sua preocupação com o excesso de poder concentrado nas mãos dos magistrados do Antigo Regime, afirmando que:

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Assim, o Poder Judiciário foi concebido sob a perspectiva deste direito pretensamente completo, coerente e hierárquico, com princípios bem delineados para a resolução de (possíveis) antinomias.

Aos juízes, portanto, caberia um simples raciocínio silogístico: cuja premissa maior, universal, está constituída pelo enunciado da lei; a premissa menor, particular, pelo enunciado dos fatos, do qual se infere como conclusão um enunciado que aplica ao descrito na premissa menor a qualificação jurídica contida na maior, em outras palavras, a subsunção dos fatos às normas legais. Logo, “com a força lógica do silogismo se afiançava a ideia de que a atividade jurisdicional não constituía obstáculo para a realização dos ideais de certeza e segurança jurídica”, conforme Ramóncapella (1997, p. 145).

Assim, como verifica Faria (1995, p. 29-30), a atividade judicial era entendida:

Como simples administração da lei por uma instituição tida como ‘neutra’, ‘imparcial’ e ‘objetiva’, ficando o intérprete/aplicador convertido num mero técnico do direito positivo. Como o que importa não é a explicação, a compreensão e a orientação dos comportamentos jurídicos, e sim a tipificação e sistematização de situações normativas hipotéticas, ao agir de modo técnico, isto é,

sem preferências valorativas e imune às paixões políticas, o juiz não se limita a atuar tendo em vista apenas a consecução das garantias formais, da certeza jurídica e do império da lei, postulados fundamentais do modelo/paradigma liberal burguês do Estado de Direito; ele também desempenha o papel profissional 'competente' na integração dos atores considerados 'disfuncionais' da vida social. Sua neutralidade e sua imparcialidade, conjugadas com uma hermenêutica positivista que o obriga a interpretações restritivas e objetivas dos códigos, convertem-se em condição básica para a legitimação de uma concepção específica de ordem e segurança. Trata-se, pois, de uma **concepção passiva de** instituição judicial. (grifo nosso)

A teoria da separação dos poderes “foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação. Mas a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado”, conforme assevera Dallari (2010, p. 186). E, dentre as consequências de tais transformações, especificamente, houve mudanças no papel que o Poder Judiciário deveria desempenhar. Se, nas primeiras configurações dos Estados de Direito não havia interferência estatal nos assuntos privados, a vinda do Estado Social caracterizar-se-ia pelo intervencionismo do Estado nas relações sociais.⁶

As transformações próprias do período do Estado Social exigiram, de certa forma, algumas modificações na postura dos operadores jurídicos, o que não ocorreu de forma tranquila, tendo em vista que «o primado básico do Estado Liberal se mantém, a despeito de o Estado ter-se transformado em Intervencionista, qual seja: a separação entre os trabalhadores e os meios de produção”, como destacam Streck e Moraes (2000, p. 58).

6 Importante ressaltar a formulação feita por Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan Moraes quanto ao não intervencionismo do Estado Liberal: “o grau zero de intervenção é ideal nunca alcançado, pois sempre houve políticas estatais de algum tipo ou, porque, como se percebe o Estado liberal requer qualidades e pressupostos igualitários, além de uma competição equilibrada”. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 49.

As lutas sociais foram decisivas para a aceleração da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, como bem destaca Santos (1995, p. 165): a “igualdade dos cidadãos perante a lei passou a ser confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos”, forçando o delineamento de um Estado: “ativamente envolvido na gestão dos conflitos e concertações entre classes e grupos sociais, e apostado na minimização possível das desigualdades sociais”.

Neste contexto, a lei passa a ser a possibilidade concreta de intervenção estatal, o que levou à uma modificação do equilíbrio na correlação de forças dos poderes estatais. Se, no período anterior, o Poder Legislativo assumia uma certa preponderância sobre os demais, no Estado Social a preponderância será assumida pelo Poder Executivo, como destacam Streck e Moraes (2000, p. 65): “o Princípio da Legalidade e o da Separação de Poderes foram mantidos tão somente sob o aspecto formal, tendo sido, na prática, ab-rogados em razão da intensa atividade legislativa praticada pelo Executivo”.

Portanto, verifica-se que o Princípio da Legalidade, neste período, foi mantido apenas formalmente, abrindo brechas para que o Poder Judiciário assumisse uma postura mais independente, em detrimento de sua neutralização, própria do Estado Liberal. Santos (1996, p. 35-44) descreve o dilema vivido pelo Poder Judiciário neste período:

Se continuassem a aceitar a neutralização política vivida no período anterior, preservando no mesmo padrão de desempenho clássico, reativo, de microlitigação, poderiam certamente continuar a ver reconhecida pacificamente pelos outros poderes do Estado a sua independência, mas fa-lo-iam correndo o risco de se tornarem socialmente irrelevantes (...) se aceitassem a sua cota-parte de responsabilidade política na atuação promocional do Estado (...) corriam o risco de entrar em competição com os outros poderes e de, como poder mais fraco, começar a sofrer as pressões do controle externo, quer por parte do Poder Executivo, quer por parte do Poder Legislativo.

O Estado Social passou a exercer o papel de fomentador das garantias sociais, assumindo assim, “a gestão da tensão que ele próprio cria, entre justiça social e igualdade formal; dessa gestão são incumbidos, ainda que de modo diferente, todos os órgãos e poderes do Estado”, conforme afirma Santos (1996, p. 35-44). Nesse aspecto, o Poder Judiciário, após a consagração dos direitos sociais (de segunda dimensão) em textos constitucionais, passou a exercer uma prestação positiva, ou seja, um papel mais interventivo junto às necessidades sociais. Diferentemente do que ocorria no Estado Liberal, que cumpria o papel de garantidor dos direitos civis (de primeira dimensão), por intermédio da sua não-intervenção junto à sociedade.

Nos anos de 1970, o Estado Social passa a ser alvo de diversas crises, inicialmente pautadas pelas discussões acerca da questão do financiamento do Estado - incapacidade da arrecadação dos impostos pelo Estado para a realização das demandas sociais crescentes e pungentes, com a estagnação das economias mundiais, gerando uma crise econômica de produção por um lado e, por outro, o conseqüente aumento das despesas sociais, desequilibrando a relação de despesas e receitas das contas públicas. Em continuidade, já nos anos 80, torna-se clara a complexidade da crise, que passa a atingir outros dois aspectos do Estado Social: o ideológico e o filosófico.

A crise ideológica pode ser entendida como a crise da legitimação do Estado Social, na medida em que a relação existente entre Estado e sociedade civil é tão distante que esta não participa da execução das atividades daquele, criando uma situação de oposição entre as duas esferas. A sociedade espera a resolução de seus problemas, por meio de políticas do Estado, mas ao mesmo tempo, não reconhece as medidas governamentais como suficientemente legítimas para suas necessidades, como bem ensina Rosanvallon (1997, p.15 e p. 30, respectivamente):

A dúvida sobre o Estado-Providência não pode, portanto, ser entendida tão somente do ponto de vista da regulação dos equilíbrios econômicos que o regem. Não é apenas a extensão do Estado ou o peso das despesas sociais que está em causa. Esta dúvida manifesta um abalo muito mais profundo: são as relações da sociedade com o Estado que são questionadas. Assim, os impostos aumentaram sem que ocorresse o mínimo elemento simbólico de reformulação do compromisso social. A redução das desigualdades revela-se, assim, menos legítima: não foi acompanhada por uma vontade ou por uma palavra da sociedade sobre si mesma.

A crise filosófica é entendida como consequência natural da crise ideológica como destaca Moraes (1999, p. 61):

Atinge exatamente os fundamentos sobre os quais se assenta o modelo do bem-estar. Esta crise aponta para a desagregação da base do estado de Bem-Estar, calcada na solidariedade, impondo um enfraquecimento ainda maior no conteúdo tradicional dos direitos sociais, característicos deste Estado a partir de uma relação clientelista que irá se construir entre o cidadão e o Estado.

Na busca de possíveis soluções à crise, ganha destaque, nos mesmos anos 80, o projeto *neoliberal*, que diante da incapacidade de reformulação do Estado Social, propõe um retorno à não intervenção estatal. Uma das mais severas consequências desta crise no âmbito dos poderes estatais é a perda do monopólio de suas funções: o monopólio de produção do Direito é quebrado pelo surgimento de outros focos de elaboração legislativa (surgimento da *lex mercatoria*, por exemplo), que desembocam numa espécie de caos normativo ou perda de unidade do sistema. Para Santos (1996, p. 37), a perda de unidade do sistema é decorrência do projeto neoliberal de desregulamentação da economia, e este é um processo contraditório na medida em que:

Depois de décadas de regulação, a desregulamentação só pode ser levada a cabo mediante uma produção legislativa específica e por vezes bastantes elaborada. Ou seja, a desregulamentação significa em certo sentido uma re-regulamentação e, portanto, uma sobrecarga legislativa adicional.

No âmbito do Judiciário, a crise do monopólio estatal da resolução dos conflitos é sentida, em parte, pelo excesso de litígios judiciais, pois o aumento da litigância engendra uma queda do desempenho jurisdicional, como apontado por Santos (1996, p. 38):

A massificação da litigação dá origem a uma judicialização rotinizada, com os juízes a evitar sistematicamente os processos e os domínios jurídicos que obrigassem a estudo ou decisões mais complexas, inovadoras ou controversas.

Diante das dificuldades do Poder Judiciário, a própria sociedade tende a buscar outras formas mais rápidas e eficazes de resolução dos conflitos e, conseqüentemente, de acesso à justiça. Na realidade, os novos focos de produção legislativa institucionalizam os modos alternativos de resolução de conflitos.

Além disso, várias outras situações agravam o desempenho dos tribunais junto à sociedade, como por exemplo o surgimento de litígios complexos – a partir da revolução tecnológica e do aparecimento dos direitos de terceira geração, em especial nas áreas de direito do consumidor e meio-ambiente. Essas situações demandam um maior aprofundamento teórico e prático que não foi alcançado, como assevera Santos (1996, p. 38): “a impreparação dos magistrados, combinada com a sua tendência de se refugiarem nas rotinas e no produtivismo quantitativo, fez com que a oferta judiciária fosse, nesses litígios, altamente deficiente”.

Se, no início do Estado Social os tribunais tiveram que decidir entre uma política de maior intervenção junto à sociedade, opondo-se muitas vezes aos outros poderes, ou uma postura mais de neutralidade, como no Estado Liberal; na crise do Estado Social, o dilema vivido pelos tribunais é muito mais profundo. Isto porque, da sua interferência junto aos casos mais complexos depende a sobrevivência da confiança no Judiciário, e não mais apenas um

debate sobre as definições das políticas sociais as serem adotadas, conforme destaca Abrão (2000, p. 364):

O fato é que onde houver direito a ser reivindicado, haverá de existir alguém ou algum mecanismo que o distribua. Com a perda de espaço do Estado, o Poder Judiciário, como uma instituição deste Estado, pode ver suas funções originais readequadas ou abolidas, isso dependerá da própria (re)ação de seus membros. Pois, na medida em que o Poder Judiciário deixa-se enfraquecer, corrobora no enfraquecimento do Estado e isto, por sua vez, aprofunda a crise do Poder Judiciário, num vicioso círculo. Cada vez que o Poder Judiciário não cumpre seu papel no Estado Democrático de Direito, colabora com sua própria crise. Cada vez que deixa de assegurar um direito alegando a ordem econômica internacional, cada vez que se autodenomina incapaz de defender a Constituição, cada vez que abre mão de barrar as investidas do Executivo e do Legislativo, cava sua própria cova.

Este aspecto da atuação do Poder Judiciário também é analisado por Maus (2000, p. 190):

A Justiça aparece então como uma instituição que, sob a perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa. O infantilismo da crença na Justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC) uma retificação da própria postura em face das questões que envolvem a cidadania. As exigências de justiça social e proteção ambiental aparecem com pouca frequência nos próprios comportamentos eleitorais e muito menos em processos não institucionalizados de formação de consenso, sendo projetada a esperança de distribuição desses bens nas decisões da mais alta corte.

Assim, a crença de que o Poder Judiciário seria capaz, com seus julgamentos, de resolver toda a sorte de conflitos existentes na sociedade, cria o ambiente que a doutrina identificou como o ativismo judicial. Passa-se a perceber a imensa repercussão das decisões judiciais acerca destas situações limites que não resolvidas pelos outros poderes ou pela própria sociedade em outras arenas de poder, empurra ao Poder Judiciário essa imensa responsabilidade.

2. O JUDICIÁRIO BRASILEIRO E O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL.

O Direito nos países da Europa Central sofreu muitas modificações importantes, ocorridas principalmente após a implementação do Estado Social. Entretanto, nos países periféricos, como o Brasil, onde a cultura herdada dos regimes ditatoriais ainda está muito enraizada, deparamo-nos com práticas que negam o crescente protagonismo do Judiciário no Estado Democrático de Direito.

Ao falar-se de América Latina, especificamente o Brasil, fala-se de um país de imensas desigualdades sociais, com péssima distribuição de renda e com forte tradição de regimes autoritários. Após um longo período de regime militar ditatorial, buscou-se, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou uma série de direitos e garantias fundamentais, o processo de implementação da democracia.

Entretanto, a simples existência de uma Constituição calcada em bases democráticas não é a garantia da implementação de um modelo democrático. É preciso levar em consideração, também, a ressalva de Santos (1996, p. 44) de que os “países periféricos e semiperiféricos se viram na contingência de consagrar constitucionalmente ao mesmo tempo os direitos que nos países centrais tinham sido consagrados sequencialmente, ao longo de um período de mais de um século”.

Para além dos aspectos de ordem cultural, a inefetividade de diversos dispositivos em nossa Constituição tem seus principais motivos na política implementada em nosso país desde o período de redemocratização. Ao levar em consideração o fato de não ter existido, substancialmente, no Brasil, um “Estado Social”, é possível compreender que a abertura para um regime democrático de garantia dos direitos fundamentais só poderia ter existido mediante um Estado forte, interventor.

Entretanto, o que se assistiu nos últimos tempos é justamente o contrário, ou seja, a adoção de políticas neoliberais de diminuição do Estado e enfraquecimento de sua capacidade de intervenção em nome da liberdade de mercado. A minimização do Estado, com o neoliberalismo, consolidou-se como um modelo econômico-social, principalmente após a crise do Estado Social.

A questão principal é destacada por Streck e Moraes (2000, p. 24) que afirmam: “a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem consequências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado Social”.

O Direito, que deveria ser visto como um instrumento de transformação social, não consegue ter um papel mais interventor no sentido de assegurar a efetividade de nossa Constituição. Muito pelo contrário, a inefetividade constitucional não parece afetar/preocupar a maior parte de nossos operadores jurídicos. Muitas causas podem ser atribuídas a essa apatia, Santos (1996, p. 45) elencou seis delas, segundo o autor, as mais significativas para a caracterização deste quadro.

Inicialmente, o conservadorismo dos magistrados, incubados em faculdades de Direito intelectualmente anquilosadas, dominadas por concepções retrógradas da relação entre direito e sociedade; depois, o desempenho rotinizado assente na justiça retributiva, politicamente hostil à justiça distributiva e tecnicamente despreparado para ela; em terceiro plano, uma cultura jurídica “cínica” que não leva a sério a garantia dos direitos constitucionais, vendo nelas meras declarações programáticas de conteúdo utópico; em quarto, uma organização judiciária deficiente com carências de recursos humanos, técnicos e materiais, com um Poder Judiciário tutelado por um Poder Executivo e, por fim, um direito processual hostil e antiquado.

Essas características configuram uma crise vivida pelo Direito (e sua teoria) em nosso país, como ressalta Moreira (2008, p. 261), no qual “ocorre uma desfuncionalidade do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei. O Direito brasileiro e a dogmática jurídica que o instrumentaliza está assente em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa desfuncionalidade”.

O Direito e sua teoria sofreram muitas modificações importantes, ocorridas principalmente após a implementação e posterior decadência do Estado Social, que acabaram por distanciá-lo das propostas de teorias de direito tradicionais, as quais não são suficientes para dar conta da complexidade teórica e das novas práticas jurídicas que se desenvolveram.

Nas palavras de Moreira (2008, p. 277):

Em primeiro lugar, é oposto ao positivismo, naquilo que este mais se apoiava. Como todos sabem a estrutura do positivismo se sustentava pela separação do direito com a moral e a política (e porque não em relação à economia, que não ocupava o papel que ocupa hoje). Em segundo lugar, também se afasta das inconsistências do jusnaturalismo e nos poucos pontos que poderia ser confundido com ele, pois o neoconstitucionalismo é fundado em propostas de incremento de racionalidade, como a festejada ponderação. Finalmente e em terceiro lugar, o realismo jurídico e a sua dimensão sociológica não ficam descurados em uma proposta que age sobre o direito útil.

A politização da justiça⁷, entendida como *ativismo* coordenado na realização de políticas públicas, não representava uma realidade premente antes da atual Constituição Brasileira, sendo esporádica e não significativa, a intervenção do Judiciário nas temáticas respeitantes à comunidade.

⁷ Utilizando o conceito de FERREIRA FILHO, “*entende-se por judicialização da política a tendência a atribuir, ou submeter, aos tribunais judiciários a decisão de mérito a respeito de ações administrativas ou normas obrigatórias. Ou seja, decisões ‘políticas’, porque concernentes ao interesse da comunidade*”. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a judicialização da política. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 12, p. 189-197, 1996.p. 189.

O judiciário, como visto, mantinha-se inerte, ligado à justiça retributiva. Apenas algumas decisões em ações populares (com o alargamento dos conceitos de patrimônio e de lesividade por parte dos juízes) e na nascente ação civil pública (já na década de 1980) permitiam falar em uma atividade judiciária distributiva no Brasil.⁸

Assim, e talvez de maneira não intencional, numa busca da superação do quadro delineado acima, ensina Zaneti Junior (2014, p. 140) que a Constituição brasileira de 1988 potencializou e implementou ao máximo o papel do Judiciário e do direito, fundando um novo paradigma: o do Estado Democrático de Direito:

Trouxe para a nossa realidade institutos como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, desvinculou o Ministério Público Federal das tarefas de defesa dos interesses da União (art. 129, IX, da CF/88), criando a Advocacia Geral da União, e subdividiu as competências dos tribunais, de forma a garantir ao Supremo Tribunal Federal a defesa “precípua” do Texto Constitucional. E continua o autor: “com aumento da legitimidade nas ações de controle de constitucionalidade das normas, criação de novos writs e recepção das ações coletivas para a tutela dos direitos coletivos lato sensu”. Essas radicais mudanças transformaram o papel do Judiciário que, de espectador passivo no paradigma legalista, passou a ser chamado a opinar em questões de dimensão política e social antes jamais imaginadas, quer em razão dos novos direitos materiais surgidos no quadro da nova Carta Magna, quer em razão da própria dimensão alargada dos instrumentos processuais postos à disposição da cidadania para garantir a efetividade desses direitos.

Nesse novo paradigma, num giro de importância, o Judiciário tem sua função reformulada e sua influência se sobressai à do

8 Ressalta-se a afirmação de FERREIRA FILHO de que “incontestavelmente [...] foi a Constituição de 1988 que, consciente ou inconscientemente, determinou ampla e visível judicialização da política”. Antes da Constituição de 1988, era negligenciável a judicialização da política no Brasil, embora nalguns pontos ela já aparecesse. Não por obra do Supremo Tribunal Federal que, no tocante ao controle de constitucionalidade, sempre assumira uma posição de contenção, mas devido à atuação de juízes e tribunais estaduais”. A Constituição de 1988 e a judicialização da política. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 12, p. 189-197, 1996. p. 191.

Executivo e à do Legislativo. Não se pode negar que o princípio da legalidade perdeu força em face da Constituição. A ideologia imanente ao atual paradigma não se sustenta naquele princípio, já que ele cedeu espaço aos enunciados constitucionais, os quais, aliás, condicionam a própria legitimidade da lei. Relativiza-se o princípio da legalidade e atinge-se, na sua plenitude, o princípio da constitucionalidade, como destacam, Delfino e Rossi (2008, p. 4).

Não faltam críticos da discricionariedade judicial exacerbada, que se distingue, nitidamente, das discricionariedades legislativa e administrativa, correspondendo à liberdade de escolha que se defere ao juiz diante de possibilidades exegéticas consistentes. Floresce ela no espaço em que os balizamentos normativos autorizam o julgador a se movimentar, porém com a sensível diferença de que o controle, nesse caso, compete ao próprio órgão ao qual foi deferido o poder discricionário, o que não significa que possa, em harmonia com o sistema, tudo fazer.

Para Ramos (2010, p. 310), há o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento, o qual incumbiu, institucionalmente, ao Poder Judiciário, atuar na resolução de litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Se no positivismo clássico a interpretação se submete à vontade do legislador, dando ensejo ao fenômeno do passivismo judiciário, a consequência do pragmatismo e do moralismo jurídico é o ativismo subjetivista do intérprete-aplicador; amplo e explícito no primeiro caso, circunscrito e implícito, no segundo.

Em sentido contrário, no positivismo moderado ou renovado, o que prevalece é a vontade da lei, não no sentido de um pressuposto prévio, pronto e acabado, que o juiz tenha que meramente aderir, mas no de que o texto normativo objeto de exegese contém algo de objetivo, que não pode ser desconsiderado, embora constitua apenas um limite no trabalho de construção da norma de decisão, em que também conta (embora não com o mesmo peso) a vontade do intérprete.

Se as decisões judiciais não são elaboradas livremente e se, tampouco, a discricionariedade do juiz é tão ampla quanto a do legislador, é nos limites substanciais que o próprio direito a aplicar lhe impõe (e não nos procedimentos formais que deve seguir para fazê-lo – *due process of law*) que se hão de buscar os critérios para a aferição da existência ou não de ativismo judiciário.

Essa preocupação também é destacada por Lima (2013, p. 108):

E isso envolve uma discussão paradigmática que está presente a todo o momento nas presentes reflexões (afinal, o Estado Democrático de Direito é um paradigma constitucional e o que dele menos se pode dizer é que dá guarida a ativismos e decisionismos judiciais).

Para Carbonnel (2005, p. 197) diversos fenômenos podem ser observados desde o início do século XX, contudo, quando há a junção de três em especial, concomitantemente, acaba-se por constituir o que se denomina “neoconstitucionalismo”: o primeiro é a inserção de diversos direitos fundamentais nos textos constitucionais, com mandados substantivos, que imponham a concretude material dos mesmos; o segundo é o surgimento de uma nova forma de agir judicial, entendida como “ativismo judicial”, em que as cortes superiores buscam consolidar, materialmente, os ditames constitucionais e, por terceiro elemento, a criação de um arcabouço teórico, com a teorização de uma hermenêutica constitucional, que além de procurar compreender o texto constitucional e a fundamentar as novas práticas jurisprudenciais, ajudam a criá-las:

Es obvio que ya existían textos con mandatos constitucionales sustantivos desde principios del siglo XX (por ejemplo, la Constitución mexicana de 1917 o la alemana de la Weimar de 1919). También es verdad que las prácticas jurisprudenciales anteriores a la Segunda Guerra Mundial habían desplegado ciertas dosis de activismo judicial que se parecen a las que actualmente observamos en países con incipientes tradiciones neoconstitucionalistas. Probablemente se pueden rastrear postulados neopositivistas desde los años 30 del siglo XX. Son elementos que sin duda alguna se encuentran en la raíz histórica y política del neoconstitucionalismo; pero lo que resulta interesante del cuadro neoconstitucional que tenemos a la vista en los primeros años del siglo XXI es el conjunto, la combinación de los tres elementos que he mencionado. Y todavía más que eso: lo novedosos son sus efectos, es decir, la observación del Estado constitucional de derecho en funcionamiento.

Para Guerra Filho (1997, p. 37):

Do Judiciário de hoje, não é de se esperar uma posição subalterna frente a esses outros poderes, a quem caberia a produção normativa. O juiz não há de se limitar a ser apenas, como disse Montesquieu, *la bouche de la loi*, mas sim *la bouche du droit*, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito.

Considerando o cenário atual no qual se encontra a justiça brasileira, mostra-se importante, a partir deste momento, analisar, de forma específica, como o desenvolvimento da atuação do Poder Judiciário na realização de direitos sociais, impacta na implementação de políticas públicas e na efetivação de direitos sociais.

3. AS CONSEQUÊNCIAS DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

É recorrente a constatação de uma excessiva busca da efetivação de direitos fundamentais pela via do Poder Judiciário, o que gerou a atual situação, ademais descrita e deveras problemática, em especial por decorrência (i) do impacto das decisões judiciais

na implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo, ante a repercussão financeira que causam e (ii) da impossibilidade de a decisão judicial ser veículo para a implementação de verdadeira política pública, dada as características do Poder Judiciário e das próprias políticas públicas.

Para tanto, busca-se analisar a (im)possibilidade de efetivação de direitos sociais mediante políticas públicas a partir da atuação do Poder Judiciário, debatendo a excessiva judicialização e os problemas inerentes à realização de direitos sociais pela via, atualmente preponderante, de acesso pelo Poder Judiciário.

Pode-se afirmar que a judicialização de direitos fundamentais decorre do fato de que muitos destes direitos previstos na Constituição Federal de 1988 ainda padecerem de falta de efetividade. Assim, cotidianamente novas demandas individuais são distribuídas ao Poder Judiciário pleiteando a efetividade destes direitos por intermédio de ações judiciais.

O debate acerca da efetivação de direitos fundamentais não é novo⁹. A Constituição Federal de 1988, enquanto marco da redemocratização do país, é prova inequívoca do objetivo de repelir o sistema jurídico de exceção, instaurado pelo regime militar de 1964. Esse momento histórico do país demandava uma constituição que assegurasse democracia e direitos – como destaca Dallari (2010). Exatamente o que fez a Constituição.

Some-se a todo o já exposto, a relativa conscientização do cidadão acerca de seus direitos, novos procedimentos judiciais e a criação e organização das Defensorias Públicas, que caracterizam o movimento de facilitação de acesso à justiça referido por Cappelletti e Garth (1988, p. 32).

⁹ É possível citar alguns exemplos de referências que baseiam a afirmação: Calabresi; Bobbitt, 1978 / Reich, 1965 / Comparato, 1998/ Chiefi e Barata, 2010.

Além deste quadro, há um reforço destacado por Maus (2000, p. 190) que agrava essa situação:

Para o crescente *animus litigandi* contribuem até mesmo os movimentos sociais de base democrática que não renunciam a seus pontos devista morais em favor do aparato estatal, procurando desenvolver-se autonomamente e em oposição a ele.

Na área da saúde, por exemplo, este quadro criou as condições ideais para o que Ferraz (2011, p. 76) chamou de *“judicialization of health – the large and growing volume of claims involving the right to health that reach the courts on a daily basis across Brazil – has achieved significant (and for many, worrying) proportions.”*¹⁰

Os impactos sociais e econômicos que decorrem da judicialização de direitos não foram percebidos apenas pela doutrina estrangeira – embora nesta haja um interessante viés de análise calcado no direito estrangeiro que permite ampliar interpretações e projetar soluções¹¹. A doutrina nacional também não aprofundou estes impactos.

A situação é grave. Seja pelos altíssimos valores orçamentários envolvidos, como destaca Yoshinaga (2011, p. 11), o que pode importar no desatendimento a direito de outrem, seja pela necessária crítica à atuação do Estado enquanto gestor de políticas públicas de concretização de direitos sociais, como destaca Ferraz Junior (1994, p. 13).

10 O trecho citado e referenciado pode ser traduzido livremente como: “judicialização da saúde - o grande e crescente volume de ações judiciais envolvendo o direito à saúde que chegam aos tribunais diariamente em todo o Brasil - alcançou significativo (e para muitos, preocupante) proporções”.

11 Dentre várias referências existentes, destacamos: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri. *Litigating health rights: can courts bring more justice to health?* Massachusetts: Harvard University Press, 2011. GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

A situação é de tamanha urgência e gravidade que tramita na Câmara dos Deputados projeto de lei de número 8.058 de autoria do Deputado Paulo Teixeira (SP) que tem por objetivo instituir processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. Este projeto de lei é duramente criticado por Lima (2015, p. 1) que afirma:

Causa espanto que o Poder Legislativo, responsável pela elaboração das chamadas políticas públicas por intermédio do debate entre a heterogeneidade das tensões sociais, tenha tido a iniciativa de tal Projeto de Lei. Para sermos bem simples: O projeto nada mais é do que o próprio Legislativo reconhecendo sua incapacidade de debater, de formular, de cumprir a tarefa que a Constituição lhe impôs. Votar para quê, se o Legislativo transfere seu poder ao Judiciário?

Há ainda um último vértice desta análise: a manifestação do Poder Judiciário em termos de judicialização de direitos sociais e políticas públicas. Para tanto, tem-se por base, por exemplo, as decisões paradigmáticas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em especial aquelas relacionadas à Audiência Pública nº 4, que inovou em matéria de julgamento pela corte suprema acerca da matéria¹²¹³.

12 ADPF 45 MC/DF: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

13 AG. REG. NA STA 175/CE: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat).

Isto porque é fundamental refletir se os parâmetros determinados pelo STF neste julgamento contribuem ou não para a solução do problema. É recorrente na doutrina nacional a análise acerca da atuação do Judiciário no que toca à efetivação de direitos fundamentais, dentre tantas obras dedicadas a esta análise, destacamos as obras integrais: Comparato (1998), Barroso (2007), Grinover e Watanabe (2011).

A análise de aludidos julgados paradigmáticos, seja pela repercussão que causam, seja pela inovação com que tratam do tema, permite identificar que o Judiciário tem se mostrado *favorável* à satisfação de interesses individuais via ações judiciais.

Ademais, na sociedade brasileira atual, é fácil verificar o aumento diuturno do grau de complexidade das relações sociais e jurídicas, e o Poder Judiciário, como um dos poderes do Estado, tem que enfrentar o crescimento dos desafios que lhe são impostos sem que haja proporcional desenvolvimento da construção teórica que permita a superação desses desafios.

Se há um constante clamor por reforma no Poder Judiciário, é porque há crise(s) no/do Poder Judiciário. E há o agravamento dessa crise quando as análises, desde as diversas perspectivas adotadas para tal, ao invés de trabalharem suas causas, acabam por escamotear a temática por detrás dessas questões: se o Poder Judiciário é responsável por “dizer o direito” e, com isso, “realizar justiça” - o que se entende por justiça?

Definir como seria o Judiciário ideal implica em procurar entender o que seja “justiça” que ele busca concretizar. As teorias positivistas tentaram separar o Direito, considerado objetivo, do ideário de “justiça”, que é, por essência, axiológico, subjetivo e, por

Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravamento regimental a que se nega provimento.

isso, não deveria ser trabalhado pelo Direito. Já as teorias críticas postulam que, se a justiça é um valor, ela acaba por refletir o valor de um determinado grupo (que esteja no poder).

Os sintomas da crise podem ser verificados em diversos planos: administrativo, com a organização de um aparato burocratizado, moroso e com crescimento constante de demandas; estrutural, com a falta de instalações, pessoal, equipamentos, alto custo operacional e má qualificação de parte de seus técnicos; procedimental, decorrente de uma relação conflituosa com os demais poderes, oriunda também da não consolidação de uma identidade de corpo, mas, principalmente, há uma crise cultural, ou, uma crise de paradigmas do Poder Judiciário que, frente a demandas complexas, que envolvam direitos transindividuais e impliquem na ponderação de princípios, muito mais do que na mera subsunção de regras, o magistrado ainda se oriente alguma concepção de direito liberal, normativa e individualista.

Neste sentido, a crise do Poder Judiciário é uma crise no modelo jurisdicional forjado sob o fundamento da Separação de Poderes, em especial as seguintes obras integralmente consideradas Montesquieu (2004), Santos (1996), Bonavides (2004) e Temer (2017) e Cavalcanti (2015).

E, mais que as diversas vertentes da crise apresentada, há duas outras questões, muito mais profundas e de difícil análise: a primeira diz respeito à definição de justiça (ou qual justiça), e a segunda, implícita na problemática anterior, permeia a questão do paradigma adotado para se alcançar esse valor (subjetivo) de justiça.

No real Estado Democrático de Direito, a sujeição do magistrado à norma legal somente deveria ser realizada quando esta estivesse em consonância com os imperativos constitucionais.

Assim, o Poder Judiciário, que antes produzia decisões alicerçadas em códigos binários (lícito ou ilícito), hoje busca

uma jurisprudência fundamentada em princípios, os quais, necessariamente, são dotados de maior vagueza e amplitude terminológica.

A jurisprudência atual, voltada à consecução de determinados princípios, acaba por provocar uma certa tensão, especialmente quando assume contornos de decisões que usurpam as competências de outros poderes, ou, mais precisamente, quando judicializam a política - decidindo uma questão de forma a, possivelmente, gerar uma crise institucional.

Isso acontece, especialmente, quando a sociedade, face à inércia e omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, passa a atribuir aos magistrados a função ativa de afirmação-concretização dos mais diversos direitos.

Isso acaba por gerar maior visibilidade ao Poder Judiciário (ou, ainda, a personificar essa incumbência em alguns de seus membros), do qual se espera que adote a postura de desempenhar uma função transformadora. Deseja-se que a atividade jurisdicional não se reduza a mera aplicação formal da lei ao caso concreto, mas que, se necessário, corrija seus defeitos, suprima ausências e omissões legislativas, concretizando e buscando a consolidação de direitos econômicos, sociais e culturais, efetivando os objetivos traçados na Constituição especialmente no que tange à justiça social, redução da pobreza e da desigualdade.

Portanto, no cenário atual, o Poder Judiciário está frente a um dilema: ou traz para si a incumbência de assegurar estes direitos, sob o risco de sofrer forte pressão dos outros poderes e ser criticado pelo aumento do ativismo e (conseqüentemente) da judicialização, ou mantém o padrão clássico liberal, da mera aplicação do subjuntivo da norma ao caso, e termine sendo criticado por ser um poder sem relevante papel social e subserviente aos demais poderes.

4. CONCLUSÕES.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, vislumbrou-se um conjunto de transformações políticas, sociais e econômicas profundas que acabaram por consubstanciar na formação do Estado Constitucional de Direito, o qual consagrou definitivamente a força normativa de uma constituição.

Por meio da superação dos ideais liberais, surgiram constituições que não mais se limitavam a estabelecer a distribuição de competências e separação dos poderes públicos, na medida em que se consolidava um largo arcabouço de direitos fundamentais, normas de alto nível material, que condicionam a atuação do Estado na busca de seus fins e objetivos.

No campo filosófico, o sobrepjamento do positivismo jurídico refletiu na aproximação entre direito e moral, o que corroborou para o novo movimento de constitucionalização do direito, nomeado de neoconstitucionalismo. Por óbvio, a estabilização do neoconstitucionalismo não se absteve de críticas, ao passo que trouxe consigo cartas constitucionais com elevado conteúdo axiológico, permeadas por direitos e garantias abstratos, os quais necessitam de concretização para ser usufruídos pelos cidadãos.

Nesse contexto, o Poder Judiciário ganhou ainda mais relevância, na medida em que a interpretação realizada pelos órgãos judiciais é capaz de revestir de aplicabilidade e eficácia os direitos fundamentais trazidos pelo Constituinte. Todavia, a expansão da atuação do Poder Judiciário originou uma crise, no qual os postulados legislativos perdem espaço, na mesma proporção em que o ativismo judicial ganha protagonismo diante dos julgamentos de juízes e Tribunais.

Isso porque, a ineficiência do Estado na implementação e execução de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos

sociais leva o administrado a provocar a tutela jurisdicional para ver satisfeitos tais direitos, estabelecendo-se verdadeira judicialização dos direitos fundamentais e promovendo o desenvolvimento de uma postura ativa e criativa do Poder Judiciário.

Por óbvio, há riscos inerentes ao ativismo judicial, tais como legitimidade democrática ou falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir sobre determinadas matérias, por exemplo. No entanto, tais riscos podem ser diminuídos, na medida em que os juízes e tribunais se pautem, em suas decisões, no conteúdo determinado pela constituição e leis, pois que o magistrado somente deve agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico.

Provocado a se pronunciar sobre tais questões, em especial quanto ao direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal exteriorizou entendimentos baseados na teoria substancialista, defendendo a pertinência da atuação do Poder Judiciário para determinar o cumprimento de políticas públicas já estabelecidas e não efetivadas pelo Poder Executivo, rechaçando a alegação de violação ao princípio da separação dos Poderes e da limitação orçamentária como impossibilidade de atendimento da ordem judicial.

Nestes termos, permitimo-nos concluir que a atuação proativa do Poder Judiciário ainda é necessária para garantir o acesso das minorias marginalizadas ao “mínimo existencial” que o Estado Brasileiro se comprometeu a assegurar na Constituição Federal de 1988, sendo tal postura legítima, ressalte-se, quando a matéria em discussão for a efetivação de direitos sociais fundamentais objeto de políticas públicas implementadas e não executadas a contento.

Isso porque, o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes.

Data de Submissão: 03/04/2017

Data de Aprovação: 10/04/2017

double blind peer review

Editor Geral: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Diagramação: Emmanuel Luna

REFERÊNCIAS.

ABRÃO, Paulo. *O Poder Judiciário em busca do Estado Democrático de Direito: crise (diagnóstico e versões) e transição paradigmática*. Dissertação de Mestrado: Unisinos, 2000. Texto cedido pelo autor.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Vol. 31. n. 66. p. 89-114. jul/dez 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices - The Conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: W.W. Norton & Company, 1978.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas*. Salvador, Juspodivm, 2015.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Revista de Saúde Pública*, vol.44, no.3, p. 421-429, São Paulo, junho de 2010.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *In: Revista de Informação Legislativa*, a. 35, nº 138, p. 39-48, abr/jun. 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando. *Interpretação Jurídica e Ideologias: o Escopo da Jurisdição no Estado Democrático de Direito*, 2008. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/64-artigos-jun-2008/5972-interpretacao-juridica-e-ideologias-o-escopo-da-jurisdiacao-no-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 19 mar. 2017.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?, *Revista USP*, no. 21, p. 12-21, março/abril/maio de 1994.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Brazil: Health inequalities, rights and courts: the social impact of the judicialization of health. In: YAMIN, Alicia Ely, GLOPPEN, Siri. *Litigating health rights: can courts bring more justice to health?* Harvard University Press, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a judicialização da política. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 12, p. 189-197, 1996.

GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (orgs.). *O controle judicial de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna. Introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; STECK, Lênio Luiz. Lei das Políticas Públicas é 'Estado Social a golpe de caneta?'. *Consultor Jurídico* (São Paulo. Online), v. 1, p. 1-1, 2015.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista Gestão e Controle*, v. 1, p. 97-132, 2013.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 185-202, nov. 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan. As funções do Estado Contemporâneo. In: *Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação*. In:

MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org). *20 Anos Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PONTHOREAU, Marie-Claire. L'enigme de la motivation encore et toujours L'eclairage comparatif. In: HOURQUERBIE, Fabrice; PONTHOREAU, Marie-Claire (orgs.) *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*. Bruxelles: Bruylant, 2012.

RAMÓN CAPELLA, Juan. *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho e del estado*. Madrid: Trotta, 1997.

RAMOS, ELIVAL. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REICH, Charles A. Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues. *The Yale Law Journal [online]*. Vol. 74, No. 7 (Jun. 1965), p. 1245-1257. ISSN 3246.130102.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado Providência*. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UnB, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 30, ano11, p. 35-44, fev, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2^a. ed. Salvador: *Juspodivm*, 2017.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América. Leis e Costumes*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TORRENS, Haradja. A hermenêutica jurídica na perspectiva pós-positivista: A judicialização das relações sociais. In: ZOVICO, Marcelo Roland (org). *Filosofia do Direito: Estudos em Homenagem a Willis Santiago Guerra Filho*. São Paulo: Editora Clássica, 2012.

YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri. *Litigating health rights: can courts bring more justice to health?* Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

YOSHINAGA, Juliana Yumi. *Judicialização do Direito à Saúde: A Experiência do Estado de São Paulo na Adoção de Estratégias Judiciais e Extrajudiciais para lidar com Esta Realidade*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, n 24, p. 1-21,dez/jan/fev, 2011.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2^a edição. Atlas, 2014.

Transformations of the State, new Routes for Jurisdictional Activity and Protection of Fundamental Rights: from Legalism to Activism

Alexandre Luna da Cunha

Mônica Bonetti Couto

Abstract:The purpose of this present article is to analyze the transformations that the State models have undergone in the contemporary scenario, especially in view of the Judiciary Power, also relating it to the current shape of the Brazilian Democratic State of Law, that established itself at Brazil since the Federal Constitution of 1988. This reflection will focus on the dichotomy between the positivization of fundamental rights and the non-effectiveness of these rights. Therefore, the study will be divided into three main parts. Initially, a brief historical contextualization of the judicial power action will be carried out, in a second moment, to proceed with the specific examination of the Brazilian Judiciary Power and the circumstances that led to the development of the phenomenon of judicial activism. Finally, the reflexions of the role of the Judiciary in the implementation of public policies, as well as their consequences in any power structure, will be analyzed.

Keywords:Jurisdictional Protection; Fundamental rights; Public policy.

O Trabalho na Pós-Modernidade

GRACE LADEIRA GARBACCIO

Doutora e mestre em Direito pela Universidade de Limoges/ França

Email: glgarbaccio@hotmail.com

DANIELLE MENDES THAME DENNY

Doutoranda pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS). Professora na Fundação Armando Álvares Penteado e na Universidade Paulista.

Email: danielle.denny@gmail.com

RODRIGO DE FARIAS JULIÃO

Doutorando e Professor da UNISANTOS

Email: danielle.denny@gmail.com

Resumo: O presente artigo visa analisar a relação do trabalho no período da pós-modernidade, pois em um contexto de constante evolução das relações econômicas, os aspectos jurídicos, sociais e políticos não podem permanecer estáticos. Para tanto, o texto adota uma abordagem transdisciplinar relacionando os campos de estudo: Direito, Economia, Política e Psicanálise. O resultado é uma análise dialógica das novas formas de contratações, da nova forma de produção econômica focada em cadeia global de valor, das possibilidades de governança privada de aplicação da *compliance* e das negociações coletivas. A conclusão desse esforço investigativo é que os novos desafios também podem ser encarados como mecanismos propulsores de avanço e de adequação do Direito do Trabalho, seja ele nacional e internacional. O artigo segue o método hipotético-dedutivo, tendo como base a análise de referências bibliográficas e documentais.

Palavras-chave: Organização Internacional do Trabalho; *Compliance*; Mercado Globalizado; Padrão Privado; Cadeia de Valor



O Trabalho na Pós-Modernidade

GRACE LADEIRA GARBACCIO¹

DANIELLE MENDES THAME DENNY²

RODRIGO DE FARIAS JULIÃO

INTRODUÇÃO

A efetiva proteção dos trabalhadores no mundo pós-moderno não pode se limitar aos empregados que estão, oficialmente, sob o manto de proteção do Direito do Trabalho. A reestruturação produtiva do capital no mundo globalizado criou e disseminou várias formas de relações de trabalho, como as temporárias, terceirizadas e especialmente muito distribuídas em redes pelo mundo todo.

Situa-se o direito do trabalho frente ao novo paradigma da pós-modernidade, ou seja, o período pós-industrial, uma vez que as relações trabalho e o setor econômico sofreram mudanças significativas com a passagem de uma economia produtora de bens para uma economia de serviço. A produtividade passou a ter como peças motoras a geração de conhecimento como fonte de inovação e a perspectiva de controle a partir da valorização tecnológica.

Assim, o processo de produção e de acumulação do capital, com as transformações ocorridas a partir do emprego da tecnologia e das novas formas de reorganização do trabalho, têm gerado, como

1 Gestora de sustentabilidade das empresas Vallourec, Saint-Gobain, Vallourec&Sumitomo, Anglo American e Votorantim Energia.

2 Integrante dos grupos de pesquisa: “Energia e Meio Ambiente”; “Direito Econômico Internacional e Meio Ambiente”; e “Direito Marítimo” na UNISANTOS. Membro das Comissões de Mídia e Entretenimento do Instituto dos Advogados de São Paulo e da Ordem dos Advogados de São Paulo.

consequências da globalização, o desmoronamento das proteções laborativas. O Direito do Trabalho é visto, por muitos, como um empecilho ao desenvolvimento e à criatividade, incapaz de se adequar às necessidades dinâmicas da produção menos hierárquica, auto gerida, em tempo real e transfronteiriça.

O desafio para o Direito do século XXI é oferecer proteção normativa com efetividade prática, de acordo com as necessidades das organizações estruturadas em cadeias globais de valor. Nesse contexto difuso e global, iniciativas de governança e *compliance* podem vir a ter muito mais efetividade que o tradicional comando e controle legislativo e punitivo dos Estados. Mesmo porque, da maneira que a produção se estrutura atualmente, o próprio contexto regulatório dos Estados é encarado como custo e acaba impactando a cadeia produtiva, migrando a indústria para onde a regulação é mais conveniente e em última análise tirando vantagem concorrencial a custa de dumping social e ambiental.

As negociações coletivas dentro das empresas atuantes no mercado global e o sindicalismo atuante em escala global podem ser uma das alternativas para exigir conformidade da produção com os interesses socioambientais. O universo brasileiro está muito aquém para atender a essas demandas. A classe trabalhadora muitas vezes não se sente representada pelos sindicalistas e a influência da política da administração pública na organização sindical brasileira ainda é muito evidente.

A relação de trabalho, prevista na Consolidação das Leis do Trabalho, fundamenta-se principalmente na hierarquia de poder, pela subordinação do empregado ao poder de mando do empregador. O emprego é uma relação personalíssima, portanto com forte laço subjetivo entre empregado e empregador, partes do contato de trabalho. Se esse vínculo fazia sentido no início da modernidade e da industrialização, enquanto o trabalho não era

altamente especializado e técnico como é hoje, a partir do século XX, eles se tornaram meramente funcionais, gerando inclusive uma coisificação do trabalhador que é tratado pelo empregador como se fosse uma máquina.

Este texto articula Direito, Economia, Política e Psicanálise para propor uma análise dialógica da dimensão social da globalização. Ela cria novas formas de contratações necessárias para a produção econômica focada em cadeia global de valor. Modelos pensados para estruturas hierárquicas passam a ser mais flexíveis e em rede. Organizações internacionais como a OIT, os movimentos sindicais e também as empresas em suas políticas de responsabilidade socioambiental precisam abarcar essa nova realidade. Possibilidades de governança privada de aplicação da *compliance* e negociações coletivas são algumas alternativas para tanto.

2 A GLOBALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS NO DIREITO DO TRABALHO

A dimensão social da globalização é acima de tudo subverter a estrutura hierárquica de organização da produção. Nesse sentido, contudo, a autoridade, o discurso do mestre, manifestado na subordinação tradicional empregador-empregado, ficam subvertidos. Uma nova forma de relação de trabalho orientada pelo líder, horizontalmente posicionado na hierarquia da estrutura produtiva, dinâmica e instável, passa a ser a regra geral. Esse modelo se por um lado gera criatividade e desburocratização, por outro enfrenta o desafio do vazio de orientação permanente e previsibilidade.

Um paralelo pode ser apontado entre as teorias psicanalistas de Freud com a hierarquia da industrialização e o discurso do mestre; da mesma forma entre Lacan, com a pós-modernidade, substituindo o discurso do mestre pelo do analista, conforme explica Dorothee Susanne Rüdiger:

Para Lacan, a quem interessa esclarecer o jogo entre o exercício do poder e a revolta, por sinal tão presente nos conflitos trabalhistas, o capitalismo repousa no “discurso do mestre” [...]. Nas relações de trabalho fica evidente o discurso do capitalismo como sendo um dos discursos do mestre. Como foi visto, a figura do capitalista empreendedor se fez indispensável ao longo da história da industrialização, não por último porque conseguiu extrair dos trabalhadores o conhecimento sobre a produção de mercadorias. Figura indispensável na sociedade capitalista, é seu verdadeiro “significante mestre”. Ele aparece no art. 2º da CLT como quem dirige a prestação pessoal de serviços. O direcionamento da produção e o exercício do poder de mando parecem indispensáveis para o funcionamento da empresa. Além disso, estamos, no capitalismo, diante de uma estrutura, isto é, o mercado e seu regulamento jurídico, na qual há a troca de equivalentes. A mais-valia é produzida como algo que não aparece nos cálculos de equivalências econômicas e jurídicas. O trabalhador é um verdadeiro sujeito dividido, no sentido lacaniano: cidadão pela sua condição política e, portanto, aparentemente autossuficiente, é subordinado ao mando do capital. [...] A proposta lacaniana não é a revolta contra o mestre, mas uma mudança ética a partir do “discurso do analista”, o avesso do discurso do mestre. No cerne desse discurso estão as incongruências, as faltas, as crises. A partir da compreensão delas, temos chances de pôr em cheque o que até agora parece óbvio. Posto em questão o óbvio, podemos reinventar o mundo, pois o “significante mestre” que, no discurso do mestre, domina a cena, é também “a lei”. Esta pode ser questionada e transformada constituindo outros laços sociais no trabalho (RÜDIGER, 2012, p.19).

A relação de emprego tradicional é caracterizada pelo poder de direção do empregador e a subordinação da pessoa do empregado, sendo fruto de um processo histórico que marcou a construção social hierárquica que se manifestou em diversos aspectos desde a família patriarcal até a estrutura de governo e poder seguindo a pirâmide kelseniana de hierarquia das leis.

Desde a Revolução Industrial, os trabalhadores tornaram-se dependentes das máquinas e subjugados ao mando patriarcal do patrão. Esse discurso capitalista serviu de alicerce psíquico inconsciente que alude à figura do pai.

O empresário-patrão conta, do ponto de vista freudiano, com o trabalho de homens e mulheres que introjetaram a autoridade paterna no inconsciente. Para Freud, o superego é uma tentativa de resolver o conflito entre pulsão de querer gozar a própria vida, para a qual o pai é um estorvo e a culpa pelo desejo de sua morte. Ao lado da lei do patrão, há o contrato que deve ser honrado em nome da convivência pacífica. Mais do que uma figura paterna, o empresário patrão tornou-se um paradigma do pensamento, um “significante” mestre do inconsciente. O chefe da empresa parece indispensável para dar um direcionamento de seus rumos diante das surpresas e incertezas do mercado. Por outro lado, a figura do “patrão” indispensável é ponto de partida para um discurso autoritário que encobre a produção de mais-valia e sua apropriação pelo capital (RÜDIGER, 2012, p. 20).

As normas jurídicas trabalhistas surgidas no final do século XIX e XX, são limites ao poder do empregador e à desapropriação do empregado. Em alguns países como na Europa foram fruto de lutas e negociações coletivas e em outros como o Brasil foram outorgadas pelo próprio governo de modo a orientar uma economia antes escravocrata para as bases do capitalismo. Mesmo assim, a relação de trabalho intrínseca é o contrato que implica dependência e desigualdade. Uma modernização dessas normas trabalhistas para o contexto pós-moderno passa pela criação de outros laços não autoritários e capazes de proteger o trabalhador não o emprego.

A regulação do século XXI passa pela uniformização das regras e por padrões públicos e privados, obrigatórios e voluntários, que façam com que as empresas tenham segurança jurídica para empreender e proporcionar o desenvolvimento econômico, mas sem se desvencilhar de suas responsabilidades ambientais e sociais. Sem dúvida é um desafio complexo de compartilhar ganhos entre os opressores e os oprimidos pelo sistema de produção globalizado. Mas não cabe aplicar regulações próprias de outros modelos de globalização, conforme aponta Richard Baldwin, o modelo do séc. XIX quando:

[...] o vapor e a paz internacional baixaram os preços da comercialização mercadorias móveis através das fronteiras. Isto provocou um ciclo que automático de aglomeração industrial e crescimento que impulsionou a supremacia atualmente gozadas pelas nações ricas de hoje. Aquela época foi a da Grande Divergência. A nova globalização movida pela tecnologia da informação, que reduziu radicalmente o preço da circulação das ideias através das fronteiras. Isso propiciou que multinacionais migrassem a produção intensiva em mão de obra para países em desenvolvimento. Mas para garantir a sincronia do processo produtivo essas empresas transmitiram junto com a internacionalização da produção, suas capacidades técnicas de marketing, gestão e conhecimentos técnicos. A nova possibilidade de combinar alta tecnologia com salários baixos gerou a industrialização rápida de alguns países em desenvolvimento, e a desindustrialização simultânea de nações desenvolvidas, ao mesmo tempo que favoreceu um superciclo de commodities que só se esgota agora. O resultado é a Grande Convergência de hoje. [...] essa nova globalização traz tanto para países em desenvolvimento como para os desenvolvidos desafios de política sem precedentes para manter o crescimento constante e a coesão social (BALDWIN, 2016, p.12).³

Em última análise, a globalização funciona pelo simples fato de que produtos ou serviços serem mais baratos em alguns países que em outros. O custo da mão-de-obra responde por grande parte dessas diferenças, mas, de maneira geral, há uma grande resistência política à liberalização do fluxo de pessoas.

3 Tradução livre do texto: "In the 1800s, globalization leaped forward when steam power and international peace lowered the costs of moving goods across borders. This triggered a self-fueling cycle of industrial agglomeration and growth that propelled today's rich nations to dominance. That was the Great Divergence. The new globalization is driven by information technology, which has radically reduced the cost of moving *ideas* across borders. This has made it practical for multinational firms to move labor-intensive work to developing nations. But to keep the whole manufacturing process in sync, the firms also shipped their marketing, managerial, and technical know-how abroad along with the offshored jobs. The new possibility of combining high tech with low wages propelled the rapid industrialization of a handful of developing nations, the simultaneous deindustrialization of developed nations, and a commodity supercycle that is only now petering out. The result is today's Great Convergence. Because globalization is now driven by fast-paced technological change and the fragmentation of production, its impact is more sudden, more selective, more unpredictable, and more uncontrollable. As *The Great Convergence* shows, the new globalization presents rich and developing nations alike with unprecedented policy challenges in their efforts to maintain reliable growth and social cohesion."

A migração em massa é vista como ameaça, porém, com os avanços tecnológicos, é crescente a possibilidade de se trabalhar remotamente, sobretudo quando forem acessíveis e disseminadas as formas de tele robótica e tele presença, denominadas por Baldwin como *virtual offshoring* ou *telemigration*. Essa realidade, não muito distante, pressiona ainda mais por novas formas de regulação, nacionais e internacionais.

2.1 Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada em 1919, pelo Tratado de Versalhes, exerce uma função normativa importante. Tem uma estrutura tripartite, composta de representantes de governos e de organizações de empregadores e de trabalhadores e é responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho (convenções e recomendações).

As suas convenções, quando são ratificadas seguindo a regulamentação própria de cada Estado para incorporação de tratados, passam a fazer parte de seu ordenamento jurídico. O Brasil está entre os membros fundadores da OIT e participa da Conferência Internacional do Trabalho desde sua primeira reunião, realizada no mesmo ano.

Nessa oportunidade outras seis convenções foram adotadas pela OIT: limitando a jornada de trabalho a 8 diárias e 48 semanais, protegendo a maternidade, combatendo o desemprego, definindo a idade mínima de 14 anos para o trabalho na indústria e proibindo o trabalho noturno de mulheres e menores de 18 anos. Em 1926, para supervisionar a aplicação das normas, foi criada a Comissão de Peritos, composta por juristas independentes, encarregada de examinar os relatórios enviados pelos governos sobre a aplicação de Convenções por eles ratificadas

Em 1944, foi adotada a Declaração de Filadélfia que constitui a carta de princípios e objetivos da OIT e reafirma o princípio de que a paz permanente só pode estar baseada na justiça social sendo o trabalho fonte de dignidade, não pode, portanto, ser uma mercadoria, que a pobreza, em qualquer lugar do mundo, ameaça a prosperidade de todos e que todos os seres humanos tem o direito de perseguir o seu bem estar material em condições de liberdade e dignidade, segurança econômica e igualdade de oportunidades.

Em 1998, a OIT adota a Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, incluindo o respeito à liberdade sindical e de associação além do necessário reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, também são incluídos entre os princípios a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, a erradicação do trabalho infantil e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Dez anos depois é adotado um dos mais importantes documentos da OIT: a Declaração sobre Justiça Social para uma Globalização Equitativa. Os dados da época contabilizavam, 195 milhões de desempregados e cerca de 1,4 bilhões de pessoas ocupadas ganhando menos de 2 dólares por dia (linha da pobreza) sendo que 20% delas ganhava menos de um dólar ao dia (extrema pobreza). Além disso, oito em cada 10 pessoas não tinha previdência social (OIT, 2007). Esses números são resultados de um processo de globalização injusto e iniquitativo, que resultou numa distribuição crescentemente desigual dos benefícios entre os países e dentro deles entre as classes sociais. Dessa forma o aumento das desigualdades de renda, escalonou geometricamente na maioria dos países.

No Brasil, as Convenções Internacionais do Trabalho são consideradas tratados de direitos humanos⁴. Segundo Francisco

4 As Convenções são tratados multilaterais abertos à ratificação dos Estados-membros da OIT, embora sua vigência internacional dependa do número de ratificações demandado pelo próprio texto (SÜSSEKIND, 2000. p. 189).

Rezek (REZEK, 2010. p. 14), “tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público e destinado a produzir efeitos jurídicos”. Tal interpretação também pode ser extraída do artigo 2º, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, segundo o qual “ tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica (BRASIL, 2009)”. E a tutela destes direitos passou por um processo de internacionalização, tendo como necessidade incrementar sua observância e seu respeito por todos.

Por mais que essas normas de Direito Internacional não sejam coercitivas, mesmo quando introjetadas no ordenamento jurídico dos Estados, elas orientam a construção de normas de modo a cumprir as orientações e assim contribuir para garantir dignidade ao trabalhador.

Embora de difícil aplicação, uma vez que carecem de sanções no caso de serem infringidos, os tratados internacionais elaborados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), as convenções internacionais do trabalho, constituem, desde 1919, uma base normativa para um direito do trabalho mundial. Ao lado de suas convenções, suas recomendações e a declaração de seus princípios são plataformas políticas que visam um mínimo de dignidade para os trabalhadores. E, embora a OIT não possua meios jurídicos para fazer valer suas normas, ela é uma instância política importante no cenário mundial, não por último, pelo seu banco de dados sobre o trabalho no mundo, pelas análises que faz desses dados e pela sua militância (RÚDIGER, 2008, p. 161)

Nesse sentido de inspirar políticas, desde 2006, o Brasil segue a Agenda Nacional de Trabalho Decente (ANTD), cujas prioridades são: a geração de mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades e de tratamento; “a erradicação do trabalho escravo e eliminação do trabalho infantil, em especial em suas piores formas;

e o fortalecimento dos atores tripartites e do diálogo social como um instrumento de governabilidade democrática”.

Em termos de paradiplomacia, o Brasil é pioneiro no estabelecimento de agendas subnacionais. O Estado da Bahia lançou sua agenda de Trabalho Decente em 2007 e Mato Grosso em 2009. Ano em que também foi lançado o Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente coordenado pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e com a assistência técnica da OIT. Cada vez mais esse tipo de auxílio se agrega às funções tradicionais da OIT de elaboração, adoção, aplicação e promoção das Normas Internacionais do Trabalho, sob a forma de convenções, protocolos, recomendações, resoluções e declarações.⁵

Além do foro multilateral capitaneado pela OIT, em um contexto de integração regional normas trabalhistas passam a ter eficácia dentro dos blocos como é o caso da União Europeia, do Tratado de Livre Comércio da América do Norte, do Mercado Comum do Sul. Já no contexto dos mega acordos regionais como Tratado Trans-Pacífico (TPP, em inglês) e o *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP), que representarão mais de 60% do PIB

5 A definição da OIT para esses instrumentos é a seguinte: “Convenções e Protocolos - São tratados internacionais que definem padrões e pisos mínimos a serem observados e cumpridos por todos os países que os ratificam. A ratificação de uma convenção ou protocolo da OIT por qualquer um de seus 187 Estados-Membros é um ato soberano e implica sua incorporação total ao sistema jurídico, legislativo, executivo e administrativo do país em questão, tendo, portanto, um caráter vinculante.

Recomendações - Não têm caráter vinculante em termos legais e jurídicos. Uma recomendação frequentemente complementa uma convenção, propondo princípios reitores mais definidos sobre a forma como esta poderia ser aplicada. Existem também recomendações autônomas, que não estão associadas a nenhuma convenção, e que podem servir como guias para a legislação e as políticas públicas dos Estados-Membros.

Resoluções e Declarações - As resoluções representam pautas destinadas a orientar os Estados-Membros e a própria OIT em matérias específicas. Já as declarações contribuem para a criação de princípios gerais de direito internacional. Ainda que as resoluções e declarações não tenham o mesmo caráter vinculante das convenções e dos protocolos, os Estados-Membros devem responder à OIT quanto às iniciativas e medidas tomadas para promover seus fins e princípios.” (OIT, 2016)

mundial, as parcerias liberais tendem a flexibilizar e se omitir de buscar ampliação e uniformização das garantias dos trabalhadores.

Historicamente, a Organização Mundial do Comércio (OMC) compartilhava essa mesma visão liberal, defendendo os interesses das grandes empresas. Contudo, dada a nova organização econômica toyotista em redes, cada vez mais os pequenos e micro negócios são os responsáveis pelo comércio global. O presente relatório da OMC apontou vai aumentar 66% o número de empresas pequenas e médias com quase metade da sua receita decorrente do comércio internacional, ou seja, cresce expressivamente o número de micro multinacionais. (OMC, 2016). Em virtude disso, cada vez mais a OMC volta suas atenções para esse novo mercado e assume o desafio de promover, assim, o comércio inclusivo.

3 CADEIA GLOBAL DE VALOR

A globalização do final do século XX, com o barateamento da transferência de informações, possibilitou a produção distribuída em redes transnacionais, o que alterou, drasticamente, os meios de produção e as relações de trabalho. Antes as grandes empresas eram instituições organizadas e administradas, hierarquicamente, em grandes estabelecimentos produtivos com a presença física do corpo diretivo na fábrica (modelo fordista).

Com o tempo, esse modelo foi se transformando na produção de acordo com a demanda, usando o mínimo de insumos, instalações e mão de obra, geridos, detalhadamente, para evitar desperdícios, e usando, para tanto, parcerias com outras empresas. Conforme haja a necessidade, as mesmas são, rapidamente, inseridas no processo produtivo (modelo toyotista). Diferente das grandes empresas fordistas, as toyotistas não se prendem ao local, são pequenos estabelecimentos produtivos conectados em rede com a empresa principal.

Com essa transformação gerencial, o trabalho instável abundante das grandes produções é substituído por um grupo mínimo de trabalhadores polivalentes e, quando necessário, são contratados serviços terceirizados, temporários para suprir a demanda. Como não estão mais localizados em um único estabelecimento, nem convivem com grandes grupos de colegas, os trabalhadores do modelo toyotista experimentam o enfraquecimento de suas organizações de classe, bem como a flexibilização das relações individuais e coletivas de trabalho.

A organização em redes, se por um lado tem o potencial de gerar isolamentos, também tem a possibilidade de instigar novas formas de organização, independentemente do espaço e do contato físico entre as pessoas em busca de objetivos comuns o que Manuel Castells chama de "paradoxo entre a rede e o ser" (CASTELLS, 1999, p.12). As empresas líderes, estrategicamente privilegiadas no mercado, são as que exercem poder de controle. Não são mais os controladores, acionistas, investidores. Mas sim os contratantes, com poder de estipular as cláusulas contratuais que regem as relações jurídicas da produção em rede.

A designação de um processo produtivo como sendo cadeia global de valor vem do fato da produção se realizar em diversas etapas que vão agregando valor aos produtos. A cada estágio o produtor adquire insumos e emprega meios de produção. O pagamento desses fatores vai determinar o valor agregado ao produto. O mesmo processo é repetido a cada novo estágio e o passado passa a ser considerado custo de valor agregado para o próximo produtor na cadeia. De acordo com Thorstensen e Ferraz (2014, p. 12), esse conjunto de etapas pode ser realizado por uma ou muitas empresas dentro ou fora de um determinado país e cria uma cadeia produtiva.

Dispondo da vantagem da tecnologia de comunicação, do barateamento dos transportes e das possibilidades de teletrabalho,

a organização do trabalho nessas redes não se limita mais a locais específicos passam a se distribuir em redes mundiais. E com alianças estratégicas mitigam e externalizam os riscos trabalhistas. Não representam mais a contratação de trabalhadores, e sim a contratação de funções, trabalhos, tarefas, refinando a mão de obra. E esse contexto de produção em rede, horizontalizada, distribuída e difusa, passa a ser importantes formas de verificação e controle de modo a garantir a qualidade do produto e serviço, inclusive em relação ao cumprimento das responsabilidades socioambientais.

3.1 *Compliance*

O termo *compliance*, empregado nacional e mundialmente, pode ser entendido como o conjunto de métodos e disciplinas utilizados para fazer cumprir regras externas (leis, normas) e diretrizes internas (procedimentos, regimento, política interna, regulamentos, dentre outras) de uma instituição, corporação.

A *compliance* não se limita à disciplina, aos processos engessados, estáticos, restrito aos seus agentes diretos, criando, por si só, regras sem justificativa, fundamentação e aplicabilidade. É um sistema dinâmico, que deve ser compreendido, que deve evoluir em consonância com as alterações da legislação.

As afirmações acima podem ser confirmadas por Santos (2011), que estabelece que o sentido geral de *compliance* é agir de acordo com uma regra, um pedido, um comando, ou seja, é o dever de cumprir, estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da organização.

A mesma pode ser interpretada como um processo preventivo, cujas ações/processos/procedimentos/capacitação devem ser implementados, junto aos empregados, em tempo hábil, de forma precedente. E esta implementação não se limita à relação de trabalho

tradicional, mas também aquela horizontal, terceirizada cuja vinculação é distribuída e difusa.

De acordo com Candeloro, Rizzo e Pinho (2012, p. 30), *compliance* “é um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários”. Será o instrumento responsável pelo controle dos riscos legais ou regulatórios⁶ e de reputação, devendo tal função ser exercida por um *Compliance Office*⁷, o qual deve ser independente e ter acesso direto ao Conselho de Administração⁸.

Caracterizada como por um sistema educativo, pedagógico, a mesma visa ao processo de ensino, de aprendizagem, de gestão do comportamento humano de forma a conduzi-lo ao cumprimento de regras pré-estabelecidas, pré-acordadas entre as partes envolvidas. Contudo, todo processo de aprendizagem, de ensino de gestão devem ser monitorado, visando à verificação de sua eficácia e eficiência.

6 “Risco legal ou regulatório relaciona-se a não conformidade com leis, regulações e padrões de compliance que englobam matérias como gerenciamento de segregação de função, conflitos de interesse, adequação na venda dos produtos, prevenção à lavagem de dinheiro etc. Este arcabouço regulatório tem como fonte leis, convenções do mercado, códigos e padrões estabelecidos por associações, órgãos regulatórios e códigos de conduta” (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 2).

7 “A International Organization of Securities Commissions - IOSCO, Organização Internacional da Comissão de Valores - OICV, em documento de outubro de 2003, *The Function of Compliance Officer - Study on what the Regulations of the Compliance Officer* identifica o Compliance Officer como o agente responsável por aconselhar todas as linhas de negócios da instituição, bem como todas as áreas de suporte, no que diz respeito à regulação local e às políticas corporativas aplicáveis à indústria em que atua a organização, sempre zelando pelos mais altos padrões éticos de comportamento comercial. Além disso, o Compliance Officer coordena, com outras áreas de controle, a efetiva comunicação com reguladores e facilita a estruturação de produtos, o desenvolvimento de negócios, buscando encontrar soluções criativas e inovadoras para questões tanto regulatórias como internas” (CANDELORO; RIZZO, 2012, p. 31).

8 Para saber mais sobre a definição e o objetivo de Compliance ver Coimbra e Manzi (2010); Rodrigues (2005); Norma AS 3806, Programas de Compliance - Série Risk Management, 2006; e Gonçalves (2012).

Não se limitando a um livro de regras ou a uma norma de conduta, a *compliance* é um organismo vivo e, como tal, dinâmico, em constante evolução. Deve ser aplicada em constante atualização dos empregados de uma organização, que vai desde o presidente ao nível inferior da hierarquia.

E esta relação não se limita aos empregados e empregadores. Deve também ser estendida aos clientes e fornecedores, todos em sinergia com a *compliance* da organização com a qual se relacionam. Busca-se, desta forma, a manutenção de uma imagem e de uma reputação de credibilidade da organização, sendo considerada uma estrada/via de sentido único, cujas transações, sejam elas financeiras, operacionais, negociais, dentre outras conduzem ao mesmo objetivo/meta positiva e podem impactam todas as partes envolvidas.

E é neste contexto que as relações trabalhistas, a partir da aplicação de diretrizes externas – normas nacionais e internacionais –, bem como das internas da organização, são criadas e são mantidas como ação de todos, como um vínculo social, que se fundamenta na prevenção de conflitos e riscos para todos. Os custos materiais e morais, face ao descumprimento destas diretrizes, podem afetar ambos os lados, no que tange à perda de reputação e imagem perante seus *shareholders* (investidores, acionistas etc.) e *stakeholders*⁹: poder público, funcionários, clientes, sociedade civil, fornecedores etc.

Não podemos deixar de mencionar a possibilidade do empregado em geral ser submetido a condição de vulnerabilidade. Todavia, com a previsão de regras internas claras e precisas, bem como o conhecimento das regras externas, a *compliance* passa a ser um instrumento protetivo que perpetua a equidade jurídica.

9 Podemos apresentar que um dos maiores riscos externos que a *Compliance* pretende mitigar é a queda da reputação, pois a sua perda provoca “publicidade negativa, perda de rendimento, litígios caros, redução da base de clientes e, nos casos mais extremos, até a falência” (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 2).

4 PADRÃO PRIVADO

Instituições podem direcionar os limites que uma sociedade estabelece para disciplinar as suas interações. Esses limites não são formados somente por leis e regras formais, mas abrangem um conjunto de recomendações, costumes e padrões. Certamente as instituições variam, enormemente, de um país para outro e também mudam bastante ao longo do tempo, para melhor ou pior. Ainda assim, têm um potencial de representar os interesses da sociedade de maneira muito mais democrática, haja vista a atual implosão dos atores formais do diálogo internacional e da proliferação indiscriminada de agentes disputando relevância, muitas vezes, dissimulando interesses velados de financiadores.

Nesse contexto é crescente a necessidade de padrões privados (também chamados de padrões de mercado ou padrões de sustentabilidade, a fim de qualificar o produto ou serviço e distingui-los da concorrência, fazendo jus a preço maior em virtude de qualidade superior. Apesar de serem oficialmente voluntários, uma vez que nenhuma entidade governamental ou internacional exige seu cumprimento, podem, na prática, ter muita aplicabilidade e chegam a representar um tipo de barreira a entrada em mercados mais regulados como o europeu e o americano. Essa característica é identificada por Terence C. Halliday e Gregory Shaffer, (2005, p.17) como se houvesse uma obrigatoriedade por força de norma transnacional.

Dada essa importância, seria importante que houvesse uma meta-regulação amplamente negociada pelos agentes interessados a fim de dar transparência e legitimidade ao processo de escolha dos parâmetros a serem mensurados e, portanto, como os produtos e serviços vão ser qualificados e hierarquizados no mercado internacional. Nesse sentido as autoras Thorstensen, Kotzias e Vieira fazem algumas proposições:

1) Proposição de uma nova terminologia para os padrões privados - “padrões de mercado” -, com o objetivo de diferenciá-los de outras normas internacionais privadas, elaboradas no âmbito de órgãos reconhecidos, como a ISO. Apesar da falta de consenso em torno da definição de “padrão privado”, deve-se compreender que os padrões privados são padrões internacionais e que seu caráter não governamental não os exclui do sistema multilateral de comércio. Pelo contrário, podem ser acomodados dentro dos Acordos sobre TBT e SPS, tendo em vista que, apesar de sua natureza voluntarista, tais padrões são *de facto* obrigatórios e sempre que forem adotados por governos poderão ser submetidos à análise dos Comitês sobre TBT e SPS. 2) Proposição para a negociação de uma meta-regulação, com o intuito de focar nos problemas globais relacionados à proliferação de padrões privados e lidar com a sua complexidade. É imperativo criar uma meta-regulação, possibilitando a construção de uma meta-estrutura que permita a negociação de princípios básicos, regras e instrumentos de implementação, conformidade, fiscalização e resolução de conflitos. [...] Acredita-se que uma estrutura multilateral capaz de reunir partes interessadas - tais como a ISO, o UNFSS e o Centro Internacional do Comércio (ITC, sigla em inglês) - conseguiria reunir um maior número de partes interessadas e poderia ter maior legitimidade sobre a fixação da meta-regulação em padrões de mercado. Isso permitiria a diminuição de problemas como “*greenwashing*”, práticas anticoncorrenciais e irregularidades nas atividades de definição dos referidos padrões. (THORSTENSEN, KOTZIAS, VIEIRA, 2015, p. 4)

Padrões privados se mostram eficientes para articular a nova institucionalização, focada na governança. Exercem três papéis simultaneamente: substituir regulação pública inadequada, ser uma resposta a uma regulamentação cada vez mais rigorosa em áreas como a ambiental, por exemplo, e ser uma forma para superar as regulamentações públicas e fornecer bases sistematizadas para a diferenciação dos produtos (THORSTENSEN, 2016, p. 6).

Em grande parte a escalada de desenvolvimento de normas privadas é uma resposta às medidas regulatórias implementadas pela Europa. Porém fazem parte de tendências mais amplas de coordenação da cadeia de valor no contexto das mudanças em curso nos controles regulatórios, da demanda do consumidor, e da

governança multi *stakeholder* e pragmática que vem sendo necessária no âmbito do comércio internacional.

Os padrões privados são uma de quatro combinações possíveis no esquema de regulação público/privado e obrigatória/voluntário: a) padrões públicos obrigatórios: denominados regulamentos; b) normas públicas voluntárias: padrões que são criados por organismos públicos, mas cuja adoção é voluntária; c) normas desenvolvidas pelo setor privado que são, em seguida, tornadas obrigatórias pelo poder público e normas privadas voluntárias: desenvolvidos e aprovados por organismos privados. (HENSON e HUMPHREY, 2010, p. 1630).

Por sua vez, Henson e Humphrey (2010, p. 1631) explicam que normas privadas voluntárias têm cinco funções a desempenhar: a) formular os procedimentos operacionais de um padrão; b) decidir sobre a adoção ou não de um padrão; c) implementar a regra prevista a partir de procedimentos de adequação, d) avaliação de conformidade para verificar se aqueles que afirmam cumprir a norma podem fornecer provas documentais para comprovar o cumprimento das normas; e) certificação, recomendação de medidas corretivas ou descreditação caso não haja conformidade.

Além disso, existe uma notória divisão temática: a) padrões relacionados a segurança alimentar; b) regulações exigindo o cumprimento de normas ambientais e sociais; c) padrões técnicos e de qualidade; e, por último, d) quadro normativos meta regulatórios, a respeito de melhores práticas para serem elaboradas as normas privadas voluntárias.

Dessa forma, os padrões privados tendem a ser mais restritivos que as regulações do próprio Estado, podendo inclusive dissimular um tipo de barreira não tarifária ao comércio internacional. Podendo, portanto, influenciar, tanto de maneira positiva, quanto de maneira negativa, o sistema internacional do comércio. Mas esses padrões

só se submetem a regulação internacional de comércio se algum governo dos Estados membros os adotar, convalidar ou exigir, passando a ser, nesses casos, abarcados pelos tratados de barreiras técnicas ou de medidas sanitárias e fitossanitárias.

4.1 Negociação coletiva

Diante deste cenário difuso e privatista, os atores coletivos globais merecem destaque como sujeitos capazes de articular novos laços sociais na sociedade contemporânea. Redes empresariais, organizações internacionais, organizações não governamentais (ONGs) e sindicatos mundiais têm maior legitimidade e visão global, para articular interesses transnacionais e difusos que escapam às instâncias legislativas e políticas tradicionais.

A negociação coletiva de trabalho é resultado da autonomia privada, representa os interesses gerais e difusos dos grupos representados. Então desde que não afronte a ordem pública deve ser respeitada. Segundo Teixeira Filho:

A negociação coletiva de trabalho [...] é efeito decorrencial daquela (autonomia privada) e sua manifestação concreta. A autonomia privada coletiva é o poder social dos grupos representados autoregularem seus interesses gerais e abstratos, reconhecendo o Estado a eficácia plena dessa avença em relação a cada integrante dessa coletividade, a par ou apesar do regramento estatal – desde que não afronte norma típica de ordem pública. (*sic.* TEIXEIRA FILHO, 2005, p. 1189).

Além disso, a negociação coletiva tem a função social de estimular a participação do trabalhador na decisão dos rumos tomados pela gestão empresarial, contribuindo, portanto, para o engajamento e com a educação sobre os princípios da sustentabilidade em todos os níveis da empresa. O trabalhador que se envolve na determinação do futuro de seu ambiente de trabalho está mais capacitado e intitulado para defender seus interesses e

assumir as responsabilidades exigidas pelo modo de produção em rede.

Cumpra ainda (à negociação coletiva) uma função social de garantia de participação dos trabalhadores no processo de decisão empresarial, em proveito da normalidade das relações coletivas e de harmonia no ambiente de trabalho, dela se valendo inclusive a lei, que transfere para a negociação a solução de inúmeras questões de interesse social. (NASCIMENTO, 2002, p. 565).

Adequada ao contexto de produção em rede, segundo Nascimento, é a própria natureza do contrato de convenção coletiva que traz efeitos além das partes envolvidas na negociação de forma obrigacional e normativa.

[...] há uma diferença entre o contrato do direito comum e as convenções coletivas do direito do trabalho, porque aqueles obrigam apenas os contratantes, que são as partes que diretamente os ajustam. As convenções coletivas têm um campo de aplicação que não se limita aos sindicatos. Projetam-se sobre todas as pessoas que os sindicatos representam: os empregados que pertencem à categoria de trabalhadores e as empresas que integram a categoria econômica dos empregadores. (...). É necessário distinguir entre cláusulas obrigacionais e cláusulas normativas. Aquelas não se incorporam pela sua natureza e estas sim. Obrigacionais são as cláusulas que, como o nome indica, fixam obrigações diretamente entre as entidades estipulantes, os sindicatos e as empresas, como o compromisso de criar uma comissão para determinado fim. Normativas são as cláusulas sobre normas e condições de trabalho, com o adicional de horas extras. (NASCIMENTO, 2002, p. 575-576)

Os acordos coletivos transnacionais possuem um caráter menos institucionalizado, mas criam normas exigíveis e exequíveis, como por exemplo:

Os acordos coletivos transnacionais têm um caráter menos declaratório e podem estatuir normas exigíveis e exequíveis. Um exemplo histórico de um acordo coletivo transnacional do trabalho é o acordo coletivo firmado, no ano de 2000, entre a Volkswagen, de um lado, e os Sindicatos dos Metalúrgicos de Santo André, São Bernardo do Campo, São Caetano do Sul,

Diadema, Mauá, Ribeirão Pires e Rio Grande da Serra, do Brasil, e de Córdoba, da Argentina. O acordo é mais importante por seu aspecto teórico-jurídico do que por suas consequências práticas, uma vez que se trata do primeiro acordo coletivo do gênero que prevê o direito dos trabalhadores à estabilidade no emprego e a instituição de comissões de fábrica nos estabelecimentos da Volkswagen em Córdoba e no ABC paulista. O acordo contém, portanto, cláusulas normativas que regem diretamente os contratos individuais de trabalho e relações coletivas no local de trabalho (RÜDIGER, 2008, p.165).

Contudo, o Direito brasileiro ainda não recepciona esse novo tipo de representatividade de organizações coletivas internacionais. Além disso, os sindicatos brasileiros estão muito aquém de representar os interesses dos trabalhadores.

Por outro lado, ao menos no que tange o direito brasileiro, os sindicatos mundiais não têm representatividade, uma vez que a Constituição Federal, em seu artigo 8.º VI, obriga à participação dos sindicatos na negociação coletiva, além de, no art. 8.º III, colocar na mão destes a autonomia privada coletiva, isto é, o poder de estatuir normas nas convenções coletivas e nos acordos coletivos do trabalho. A lei magna brasileira prevê que as convenções ou acordos coletivos de trabalho sejam circunscritos à categoria ou à empresa no âmbito local, regional ou, no máximo, nacional. A validade de um acordo coletivo transnacional só se produz quando a empresa, de um lado, e o sindicato, de outro, têm representatividade no Brasil, tal como circunscrita pelo próprio art. 8.º da Constituição Federal (RÜDIGER, 2008, p.166).

O próprio conceito de categorias previsto na legislação brasileira está ultrapassado. Pelo contrário a mão de obra polivalente e atuando em escala internacional precisa de sindicatos que superem a segmentação e as fronteiras para defender as bandeiras de luta em comum com seus colegas de outros Estados. E os sindicatos contemporâneos têm de preparar para carregar essas bandeiras.

Conflitos, como a exploração da mão de obra na China por multinacionais, pressionando um decréscimo dos salários no resto do mundo, só podem ser tratados por uma articulação coletiva entre

os trabalhadores do mundo. Todavia, o governo chinês e sua mão de obra não terão interesse em resolver esse problema. Mas podem ser levados à adequação, por meio de pressões da cadeia produtiva, do cumprimento padrões de sustentabilidade, inclusive com relação ao tratamento de sua mão de obra e pela união dos trabalhadores no resto do mundo visando garantir seus interesses. Neste sentido, Rudiger apresenta:

A atuação das federações internacionais sindicais, a fusão das centrais sindicais mundiais numa única grande central, a organização de trabalhadores das mais diversas nacionalidades nos sindicatos alemães e franceses, para citarmos dois exemplos, e a solidariedade dos sindicatos norte americanos com os trabalhadores imigrantes clandestinos oriundos dos quatro cantos do mundo evidenciam, talvez mais do que nunca, que é possível realizar o que, há 160 anos, dois jovens alemães, Karl Marx e Friedrich Engels sonharam para um dia se realizar, ou seja: "Proletários de todos os países, associem-se!" (RÜDIGER, 2008, p.167)

Desta forma, podemos indicar o sindicalismo internacional e as negociações coletivas, exigindo obrigação de compatibilidade normativa das esferas de menor responsabilidade públicas ou privadas, como sendo, assim, a esperança para o atual contexto Direito do Trabalho, bem como do Direito Internacional do Trabalho.

5 CONCLUSÃO

Face à dimensão social da globalização, à realidade das cadeias globais de valor e da *compliance*, as relações jurídicas, sobretudo aquelas relativas ao Direito Internacional do Trabalho, implicam cada vez mais em problemáticas decorrentes da interação entre pessoas públicas e privadas de diferentes nacionalidades, tendo em vista o contexto pós-moderno de constante mudança destas relações. A demarcação entre o Direito Nacional e o Direito Internacional está cada vez mais obscura. E é dessa intersecção nacional-internacional,

público-privado que, possivelmente, não de se desenvolver metodologias mais bem sistematizadas de análises próprias para tratar de um Direito sob um aspecto transnacional.

Um novo paradigma jurídico está em gestação para lidar com as radicais transformações econômicas, sociais e culturais em curso. São elas, principalmente: inovações revolucionárias em todos os âmbitos da sociedade; presença cada vez mais persuasiva de tecnologias da informação; enorme mobilidade de capital, acompanhada da utilização de instrumentos financeiros de risco; e, principalmente, a construção de cadeias produtivas integradas globalmente. Essas tendências pós-modernas possibilitam a atuação de novas potencialidades no cenário político para inflexão da balança de poder, fundamentalmente impactando as relações de trabalho. Além disso, fazem com que preocupações dos consumidores (principalmente os do norte global) passem a influenciar políticas governamentais.

Basicamente, o multilateralismo está sendo confrontado pelo plurilateralismo dos negócios e das relações de trabalho pós-modernas. Isso, principalmente, porque a regulação precisa ser ágil e pragmática para ser eficaz em um ambiente comercial fundado em cadeias globais de valor. Na mesma, ganhos decorrentes de convergência, coerência e cooperação regulatória são essenciais para garantir competitividade.

Com esse contexto de globalização, diversos processos têm sido impulsionados, em termos de governança econômica, e dois são extremamente relevantes. Primeiro a celeridade e amplitude do comércio internacional, agora, inclusive, regulado por meio de acordos, fora do âmbito da Organização Mundial do Comércio. E segundo a difusão de atores internacionais, com interesses na criação de medidas reguladoras e regulamentadoras nos mais diversos setores, especialmente no que concerne à *compliance*, à padronização,

à regulação e à regulamentação técnicas e sanitárias de produtos para facilitar a efetivação das cadeias globais de valor. A finalidade é garantir a manutenção do livre comércio e evitar imposição de barreiras técnicas, sanitárias e fitossanitárias infundadas cuja existência arbitrária tem como objetivo um protecionismo e/ou uma ação danosa à livre concorrência.

Dessa forma, os padrões privados podem ser mais restritivos que as regulações do próprio Estado, podendo dissimular um tipo de barreira não tarifária ao comércio internacional. Assim podem influenciar, tanto de maneira positiva, quanto negativa, o sistema internacional do comércio. E o foro multilateral tem pouca atuação para condicionar a aplicação da maneira positiva. Isso porque esses padrões somente serão inclusos no sistema multilateral do comércio, abarcados pelos tratados de barreiras técnicas ou de medidas sanitárias e fitossanitárias, caso algum governo os adote, convalide-os ou exija-os.

Diante dessa realidade, percebe-se que padrões privados são aplicáveis e exigíveis das cadeias produtivas internacionalmente. Mas podem ficar imunes das regulações nacionais e multilaterais, denotando, mais uma vez, a tendência de dissolução da linha divisória entre o Direito do trabalho nacional e internacional.

O desafio jurídico transnacional, possivelmente mais complexo, é viabilizar que esses agentes assimétricos consigam lidar com as situações práticas, decorrentes da fragmentação das regras de comércio – com a proliferação dos mega acordos preferenciais – a alteração das relações trabalhistas, a guinada produtiva para um modelo de cadeias globais de valor, a profícua criação de normas por agentes privados, que visam ao atendimento das necessidades das empresas transnacionais e de entidades não governamentais, refletindo interesses consumeristas. Estes poderão estar ou não baseados no princípio da precaução e estabelecer impasses ideológicos a respeito do que se entende por sustentabilidade.

Por sua vez, o desafio jurídico, político e social é a busca de uma nova ética, e de novas ferramentas de aplicação dos valores éticos, independente do recurso às instâncias oficiais de poder ou de autoridades externa (presente no aparato punitivo do Estado). Tampouco a autoridade internalizada pelo inconsciente, denominada por Sigmund Freud de superego, é suficientemente efetiva na contemporaneidade. O indivíduo, ético pós-moderno, assume responsabilidades difusas, com as gerações futuras, diante do desconhecido, enfim, diante do que Jacques Lacan, denomina o real.

Nesse contexto, mais importante que os discursos, são os diálogos. Da mesma forma, as negociações coletivas permanentes são instrumento de flexibilização do Direito do Trabalho, adaptando-o às contingências da globalização. E se, por um lado, os trabalhadores gozam de mais liberdade, são mais qualificados, podendo tornar-se autônomos, chefes de si mesmos. Por outro lado, a competição feroz em escala global, poderá ameaçar o terceiro princípio da Revolução Francesa de 1789, a fraternidade.

Dessa forma, as preocupações sociais correm o risco de serem ignoradas na reorganização do mercado de trabalho, com o esfacelamento das modernas relações de trabalho. Em virtude disso, os sindicatos têm a necessidade de buscar novas propostas de organização e de lutar pelos interesses da classe trabalhadora em escala global. Essa unidade dos trabalhadores na diversidade, frente às mais variadas formas de exercício do trabalho no século XXI, é indispensável para fazer frente às novas formas de valer o interesse do capital. Assim como a produção está organizada em rede global, a defesa do trabalhador também deverá seguir a mesma estruturação.

Data de Submissão: 22/03/2017

Data de Aprovação: 17/05/2017

double blind peer review

Editor Geral: Fernando Joaquim Maia

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente de Edição: Rafaela Patrícia Inocência

Diagramação: Emmanuel Luna

REFERÊNCIAS

BALDWIN, Richard. **The Great Convergence: Information Technology and the New Globalization**. London: Belknap Press, 2016

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Nelson Mannrich. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 dez. 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 23 jan. 2017.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Coleção: A era da informação: economia, sociedade e cultura. Vol 1, 23.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010.

FREUD, Sigmund. **O mal estar na civilização**. Rio de Janeiro: Imago, 2004.

HALLIDAY, Terence C. e SHAFFER, Gregory. **Transnational Legal Orders**, Cambridge: University Press, 2015.

HENSON, S.; HUMPHREY, J. Understanding the Complexities of Private Standards in Global Agri Food Chains, Vol: 46. **Journal of Development Studies**, 2010.

LACAN, Jacques. **O seminário, Livro 17: O avesso da psicanálise (1969 - 1970)**. Rio de Janeiro: Zahar, 1992.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 37. ed. São Paulo: LTr, 2012.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Declaração da OIT sobre a Justiça social para uma Globalização Equitativa**. Genebra: OIT. 2008. Disponível em: < http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336918.pdf. Acesso em: 20 jan. 2017.

OMC, Organização Mundial do Comércio. **Inclusive Trade WTO Public Forum 2016**. Genebra: WTO. 2016. Disponível em: < https://www.wto.org/english/forums_e/public_forum16_e/public_forum16_e.htm. Acesso em: 23 jan. 2017.

OMC, Organização Mundial do Comércio. **World Trade Report 2016: Levelling the trading field for SMEs**. Genebra: WTO. 2016. Disponível em: < https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/world_trade_report16_e.pdf. Acesso em: 20 jan. 2017.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010

RÜDIGER, Dorothee Susanne. “As Origens da Relação de Emprego e a Família Patriarcal: Psicanálise de um Vínculo Jurídico”. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 11, n. 20, ano 11, jan-jun, 2012, p. 9-22

RÜDIGER, Dorothee Susanne. “Direito dos atores globais coletivos”. **Boletim de ciências económicas** LI Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, pp. 149-171

RUDIGER, Dorothee Susanne. “O direito do trabalho brasileiro no contexto da globalização”. **Comunicações**. Piracicaba, vol.5, n.o 2 (Jan. 2001), 165-170.

RUDIGER, Dorothee Susanne. “Sindicatos como atores globais: um desafio para o direito sindical brasileiro”. In: LEAL, Mônica Clarissa Hennig *et alii*. **Constitucionalismo social: o papel dos sindicatos na realização dos direitos sóciais em tempos de globalização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

RUDIGER, Dorothee Susanne. “Transformações do direito do trabalho na pós-modernidade: o exemplo Brasil”. In: LINDGREN ALVES J.A. *et alii*. **Direito e cidadania na pós-modernidade**. Piracicaba: Editora UNIMEP, 2002.

SANTOS, R. A. **Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional**. Controladoria Geral da União, 2011. 6º Concurso de Monografias. Disponível em http://www.cgu.gov.br/concursos/Arquivos/6_ConcursoMonografias/2-Lugar-Profissionais.pdf. Acesso em: 15 mar. 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000, v. 1 e 2.

THORSTENSEN Vera Helena, KOTZIAS, Fernanda. VIEIRA Andreia. "A ameaça dos padrões privados à OMC", **Pontes**, VOLUME 11 - NUMBER 5. 2015. Disponível em < <http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/a-ameaca-dos-padroes-privados-a-omc>. Acesso em: 20 jan. 2017.

THORSTENSEN, Vera Helena. FERRAZ, Lucas **Citizens and the Future of Multilateralism in a Polycentric World at 2030**. The perspectives of Emerging Countries for the Trading System: the impasse of WTO, the trends of mega agreements, the logic of value chains and the advent of consumers' concerns on international trade. CCGI - FGV, 2014.

THORSTENSEN, Vera Helena. VIEIRA, Andreia Costa. **Regulatory Barriers to Trade: TBT, SPS and Sustainability Standards**; São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2016. Disponível em < <http://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/file/Publicacoes/Ebook-Regulatory%20Barriers%20to%20Trade.pdf> > Acesso em: 20 jan. 2017.

ZIMMERMANN NETO, Carlos F.. **Direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

The Work in Post-Modernity

Grace Ladeira Garbaccio
Danielle Mendes Thame Denny
Rodrigo de Farias Julião

Abstract: This article aims to analyze the relation of work in the period of postmodernity. In a context of constant evolution of economic relations, legal, social and political aspects can't remain static. For that, the text adopts a transdisciplinary approach relating the fields of study: Law, Economics, Politics and Psychoanalysis. The result is a dialogical analysis of the new forms of contracting, of the new form of economic production focused on global value chains, private standards, the application of compliance and collective bargaining. The conclusion of this investigative effort and that the new challenges can also be seen as mechanisms for advancing and adapting Labor Law, be it national and international. The article follows the hypothetical-deductive method, based on the analysis of bibliographical and documentary references.

Keywords: International Labor Organization; Compliance; Globalized Market; Private Standard; Value Chain

Responsabilidade Civil das Mineradoras por Inobservância de Medidas Cautelares de Evacuação de Zonas Urbanas em Caso de Rompimento de Barragens de Rejeitos

VICTOR VARTULI CORDEIRO E SILVA

Mestrando em Direito Ambiental e desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara

Email: victorvartuli@gmail.com

ELCIO NACUR REZENDE

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara

Email: elcionrezende@yahoo.com.br

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar a efetividade da aplicação da responsabilidade civil ambiental quando da inobservância do plano de ação de emergência em caso de rompimento de barragens de rejeitos. Utiliza-se da metodologia dedutiva no tocante à pesquisa bibliográfica e análise doutrinária. O trabalho passa pela conceituação de barragem bem como análise da lei 12.334/2010 no que concerne a elaboração do plano de ação de emergência. Posteriormente trata dos princípios da responsabilidade civil ambiental e de sua aplicação nos casos de rompimento de barragens. Tem como resultado a necessidade de se aplicar normas capazes de persuadir o empreendedor minerário a cumprir com a obrigação de implementar medidas cautelares para evacuação de zonas urbanas em caso de rompimento de barragens de rejeito.

Palavras-chave: Mineração. Barragem de Rejeito. Responsabilidade Civil.



Responsabilidade Civil das Mineradoras por Inobservância de Medidas Cautelares de Evacuação de Zonas Urbanas em Caso de Rompimento de Barragens de Rejeitos

VICTOR VARTULI CORDEIRO E SILVA
ELCIO NACUR REZENDE

INTRODUÇÃO

A economia brasileira tem na exploração mineral um de seus pilares (INSTITUTO BRASILEIRO DE MINERAÇÃO, 2015, p.14). Contudo, o desenvolvimento dessa atividade por sua natureza extrativista acarreta em um grande passivo ambiental, reconhecido inclusive pela Constituição Federal que previu de forma destacada a obrigação do minerador em recuperar o meio ambiente.

Entre os danos ambientais provocados pela mineração, têm papel destacado as barragens para contenção de rejeitos, principalmente pelo grande risco que delas provêm.

Frente a rompimentos recentes em que ficaram evidenciadas falhas na adoção de medidas cautelares de evacuação da população que se encontrava na zona de inundação, na qual há uma obrigação do proprietário ou controlador da barragem em providenciar mecanismos eficientes de comunicação para o aviso dos riscos e conjuntamente a adoção de práticas e cuidados quando da ocorrência de rompimentos ou outros desastres que visem à locomoção das pessoas para zonas seguras.

A comunicação do risco tem um papel importante na informação, motivação e preparação da população e no enquadramento do respectivo comportamento na participação dos processos públicos de tomada de decisão, na informação das medidas mitigadoras e na participação em ações de avaliação e de exercícios. (ALMEIDA, A., 2003, p. 10)

Ocorre que, diante dos altos custos e de fatores sociais que poderiam levar a não aceitação do risco pela população a que a ele seria exposto, muitos empreendimentos deixam de adotar efetivamente as práticas previstas na lei 12.334/2010.

A partir dessas ponderações questiona-se acerca de organismos jurídicos capazes de proteger e preservar a vida e o meio ambiente.

Encontrando na própria legislação ambiental, através da responsabilidade civil objetiva e da aplicação dos *punitive damages* uma provável solução.

Diante de uma sociedade altamente capitalista se vê na responsabilização civil um instituto capaz de prevenir a ocorrência de danos, “na verdade a responsabilidade se tem elevado ao primeiro plano da atualidade judiciária e doutrinária: a grande sentinela do direito civil mundial; é a primeira entre todas.” (JOSSERAND, 1941, p. 52)

Será utilizado o método dedutivo, no que diz respeito à pesquisa bibliográfica e análise doutrinária, com conclusões objetivas acerca da responsabilidade civil das mineradoras pela inobservância de medidas cautelares de evacuação de zonas urbanas em caso de rompimento de barragens de rejeito.

O presente trabalho inicialmente trata da conceituação das barragens de rejeitos, passando para análise de suas normas de segurança e é discutido sobre as formas de mitigação do risco dela proveniente, para em um segundo momento explanar sobre os contornos da responsabilidade civil ambiental e propor solução para os casos em que não são observadas as medidas cautelares de evacuação.

1. CONCEITO DE BARRAGENS DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Barragem é “qualquer estrutura em um curso permanente ou temporário de água para fins de contenção ou acumulação

de substâncias líquidas ou de misturas de líquidos e sólidos, compreendendo o barramento e as estruturas associadas” esta é a definição do artigo 2º inciso I da lei 12.334/2010 que “estabelece a política nacional de segurança de barragens”.

Existem no Brasil inúmeros barramentos de diversas dimensões e destinados a diferentes usos, tais como barragens de infra-estrutura para acumulação de água, geração de energia, aterros ou diques para retenção de resíduos industriais, barragens de contenção de rejeitos de mineração, entre outros. (DUARTE, 2008, p.1)

A construção das barragens, em regra, não são atividades fim, pois “qualquer barragem é apenas um meio para se atingir o objetivo principal do empreendimento: a criação de um reservatório.” (BARRETO, 1983, p. 158) com isso em diversos casos sua construção é vista apenas como gasto, sem trazer nenhum retorno financeiro, nestes casos sua idealização é renegada ao segundo plano, trazendo riscos a segurança da própria barragem, dos que nela trabalham e daqueles localizados a jusante da mesma.

Com o avanço tecnológico “[...] o desenvolvimento dos projetos de engenharia vem permitindo a construção de barragens com alturas cada vez maiores e conseqüentemente, permitindo maiores volumes a serem armazenados” (DUARTE, 2008, p.14).

Contudo, quanto maior a extensão do reservatório criado pela barragem, mais danos ao meio ambiente são causados quando do seu enchimento. Entre esses estão a destruição da flora e fauna e realocação de populações que se encontrem dentro do perímetro de inundação da represa criada. Ainda caso a barragem seja construída em curso hídrico preexistente, se não adotada técnicas específicas pode interromper o ciclo migratório de animais aquáticos.

Esses grandes reservatórios também trazem diversas alterações ao meio ambiente que o circunda, causando modificações ao clima local pelo maior contato água-ar e água-solo, aumento da umidade

relativa do ar pelo acréscimo nas taxas de evaporação, formação frequente de neblina e o risco causado por cheias que podem colocar em perigo a região e a própria barragem (BARRETO, 1983, p. 159).

Neste último aspecto, as intensas chuvas que ocorrem anualmente tem provocado aumentos rápidos no nível de água das barragens o que leva à abertura das comportas. Entretanto, ao se preservar a barragem, prejudica-se a população e as atividades ribeirinhas à jusante da mesma devida à rápida inundação das áreas circunvizinhas, sem contar os danos causados à fauna e flora da região atingida. (BARRETO, 1983, p. 159)

Entretanto de forma geral os maiores danos decorrem do rompimento da barragem, uma vez que grande parte do material acumulado em seu reservatório irá “vazar” gerando uma grande onda que destrói tudo por onde passa. “Além da possibilidade da perda de vidas humanas, a ruptura de uma obra hídrica resulta em destruição de patrimônio, danos ao meio ambiente e interrupção de serviços públicos” (MENESCAL et al, 2005, apud DUARTE, 2008, p. 50). Daí a importância de se adotar as melhores técnicas e os mais altos índices de segurança no momento de sua construção.

1.1 Barragem de rejeito e mineração

Na mineração existem primordialmente dois tipos de barragens as para contenção de sedimentos e as de rejeitos, sendo:

As barragens de contenção de sedimentos são estruturas construídas com o objetivo de conter sedimentos carreados em períodos de chuva, garantindo a qualidade do efluente final. De maneira geral, tais barragens estão localizadas a jusante das áreas operacionais e das pilhas de estéril, sendo em passado recente, pela sua função principal, denominadas “barragens ecológicas”. (DOMINGUES; BOSON; ALÍPAZ, 2006, p. 95)

As barragens de rejeitos têm como objetivo a formação de bacia de acumulação dos rejeitos gerados nas instalações de beneficiamento de minério e a acumulação da água a ser reutilizada no processo industrial. Essas barragens

são construídas em vales a jusante das operações e normalmente têm também a função de contenção de sedimentos (finos). (DOMINGUES; BOSON; ALÍPAZ, 2006, p. 95)

Diferentemente do que acontece com as barragens convencionais, que são construídas de uma única vez, ou em poucas etapas, as barragens de rejeito são “[...] executadas em estágios, na medida em que os rejeitos são gerados, diluindo custos da construção e operação.” (DUARTE, 2008, p.1). Diante dessa forma de construção, que ocasiona em mais riscos, é que se justifica um estudo mais detalhado das barragens de rejeito das mineradoras.

“Rejeito de mineração é todo o material resultante de processos químicos e físicos envolvidos na extração dos metais.” (ARAÚJO, 2006, p. 4) “Inerente à atividade de mineração, está a geração de enorme quantidade de rejeitos. Desta forma, as mineradoras necessitam, em seu planejamento a longo prazo, incorporar ao seu plano diretor alternativas de disposição de rejeitos de forma mais segura e econômica.” (ARAÚJO, 2006, p. 1)

“A disposição desses rejeitos, à semelhança daqueles resultantes de atividades industriais, urbanas ou de pesquisas nucleares, é, na atualidade, um contratempo à indústria mineral.” (LUZ; SAMPAIO; FRANÇA, 2010, p. 831)

As barragens construídas para a contenção dos rejeitos são determinadas como improdutivas, pois não trazem benefícios imediatos para os seus proprietários, portanto são vistas como perda de dinheiro. Ocasionalmente uma grande defasagem entre as técnicas aplicadas na construção dessas frente à tecnologia existente no processo minerário, como também na empregada na construção das barragens convencionais. A consequência da junção desses fatores é a negligência na construção das barragens tendo os esforços da atividade mineira voltados para outras áreas e não para o gerenciamento dos rejeitos. (DUARTE, 2008, p.15; LUZ; SAMPAIO; FRANÇA, 2010, p. 832)

A maioria das barragens de contenção de rejeitos é operada pela própria companhia de mineração e supervisionada pelas autoridades de mineração do Estado. Por isso, a segurança destas barragens muitas vezes fica em segundo plano, já que estas autoridades têm outras tarefas a cumprir, como avaliar a produção, o meio ambiente e a segurança no trabalho, dentre outras. (DUARTE, 2008, p. 21)

Contudo, perante recentes desastres ocasionados pelo rompimento de barragens de rejeito e com a evolução da legislação ambiental “atualmente a disposição de rejeitos tem sido um aspecto muito focalizado nos estudos e investimentos de uma empresa de mineração. A segurança e o perfeito funcionamento destes sistemas são fundamentais para a contínua realização das atividades minerais.” (ARAÚJO, 2006, p. 1)

Tais estruturas devem atender às exigências de proteção ambiental e de segurança, além de inserir-se como parte integrante do processo produtivo, atendendo, por exemplo, as necessidades de recuperação e introdução da água no circuito da mina e da usina de concentração. Deve-se também ter como horizonte a possibilidade de, no futuro, reaproveitar este rejeito como um bem mineral, pois o avanço tecnológico e a escassez de bens minerais poderão viabilizar este empreendimento. (LUZ; SAMPAIO; FRANÇA, 2010, p. 831)

A partir disso, com a disposição planejada e segura dos rejeitos esses poderão se tornar no futuro um ativo das mineradoras.

1.2 Legislação

Ante a ocorrência de desastres de grandes proporções advindos do rompimento de barragens o Estado se viu obrigado a agir. O resultado dessa ação é a lei 12.334/2010 que “Estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais”. Tal lei trouxe normas mais rigorosas referentes à segurança e distribuiu a competência de regulamentação e fiscalização das barragens.

A fiscalização da segurança das barragens na mineração caberá “à entidade outorgante de direitos minerários para fins de disposição final ou temporária de rejeitos” “sem prejuízo das ações fiscalizatórias dos órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama)” conforme o disposto no *caput* do artigo 5º e seu inciso III da lei 12.334/2010.

Segundo o que especifica a Política Nacional de Segurança de Barragens, essas serão qualificadas por categoria de risco (CRI), pelo dano potencial associado (DPA) e pelo volume, podendo ser exigido um plano de ação de emergência (PAE), conforme as características do empreendimento.

Dentre as modalidades de classificação, a do DPA é a mais importante, pois ela é quem considera o risco a vida humana e os possíveis danos ambientais com o rompimento como fatores para determinar se o dano é alto, médio ou baixo.

O PAE poderá ser exigido pelo órgão fiscalizador em função do CRI e do DPA, mas será obrigatório quando o dano potencial associado for alto. Ele tem como objetivo garantir processos de segurança em todas as etapas da barragem, do planejamento a desativação. Os requisitos mínimos do PAE são determinados no art. 12 da lei 12.334/2010:

Art. 12. O PAE estabelecerá as ações a serem executadas pelo empreendedor da barragem em caso de situação de emergência, bem como identificará os agentes a serem notificados dessa ocorrência, devendo contemplar, pelo menos:

I identificação e análise das possíveis situações de emergência;

II procedimentos para identificação e notificação de mau funcionamento ou de condições potenciais de ruptura da barragem;

III procedimentos preventivos e corretivos a serem adotados em situações de emergência, com indicação do responsável pela ação;

IV estratégia e meio de divulgação e alerta para as comunidades potencialmente afetadas em situação de emergência.

Parágrafo único. O PAE deve estar disponível no empreendimento e nas prefeituras envolvidas, bem como ser encaminhado às autoridades competentes e aos organismos de defesa civil.

As principais causas que podem levar ao rompimento de uma barragem passam por problemas de análise do solo, projeto, fundação, monitoramento, falhas no controle e inspeção pós-fechamento e ausência de acompanhamento da segurança ao longo de sua existência. (DUARTE, 2008, pp.16 - 17) Por isso a importância de adoção de medidas de segurança durante todas as etapas da vida útil da barragem.

A resolução 143 de julho de 2012 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos determinou em atendimento ao disposto no art. 7º da Política Nacional de Segurança de Barragens, os “critérios gerais de classificação de barragens por categoria de risco, dano potencial associado e pelo volume do reservatório” e de forma acertada definiu que em regra, a existência de pessoas ocupando de maneira permanente a zona afetada por um possível rompimento da barragem ocasionara em um DPA alto e consecutivamente na necessidade de se realizar o PAE.

1.3 A análise de risco e a importância do plano de ação de emergência

“Barragens de contenção de rejeitos geralmente retêm materiais sólidos e água que podem ser considerados contaminantes, se liberados para o meio ambiente.” (DUARTE, 2008, p.16) Ainda a onda de ruptura criada pela quebra de uma barragem tem poder devastador, arrasando tudo aquilo que encontra em seu caminho.

As medidas de segurança visam reduzir os riscos de rompimento para níveis aceitáveis, as empresas adotam esse método

tendo em vista uma relação custo/benefício dos mecanismos a serem adotados e sua efetividade em evitar o dano. Podem-se dividir as medidas de segurança em estruturais que são adotadas quando da construção, no monitoramento e manutenção da barragem; e as medidas não estruturais que passam pela elaboração de mapas de enxurrada, o tempo provável que leva para a onda de ruptura chegar a diversos locais, o tempo de duração da inundação e a adoção e manutenção de processos e sistemas para se comunicar a população dos casos de emergência. (DUARTE, 2008, pp. 47 - 48)

A adoção de medidas cautelares de evacuação de zonas urbanas é forma de mitigação dos riscos que tem como base a diminuição da exposição ao perigo e aos possíveis danos causados pelo rompimento.

Com os riscos inerentes a existência de uma barragem advém à importância de se adotar medidas de segurança para o caso de seu rompimento. E diante desses riscos é de suma importância à participação da população afetada na tomada de decisões.

Com os avanços da tecnologia alguns autores passaram a nos denominar como uma Sociedade de Risco este conceito “pretende indicar um tipo de sociedade com mais incertezas, alterações mais frequentes, menores garantias e maiores oportunidades, mais exigente e menos segura.” (ALMEIDA, A., 2003, p. 4) “A causa essencial, a mais tangível e que mais toca ao espírito, é ao mesmo tempo de ordem social e mecânica, científica e material; deve ser procurada na multiplicidade dos acidentes, no caráter cada vez mais perigoso da vida contemporânea”. (JOSSERAND, 1941, p. 53)

Esse conceito se desdobra na admissibilidade de certos riscos para se atender as necessidades da sociedade. Sendo a mineração uma das atividades que se encontram dentro dessa aceitação, seja pela dependência econômica de seus trabalhadores, seja para propiciar bens de consumo oriundos do beneficiamento dos

minerais. E com a mineração quase sempre vêm as barragens de rejeito e seus perigos.

Dessa forma a participação da população na assunção dos riscos criados pelas barragens tem papel primordial na valoração subjetiva dos riscos a que se encontram expostos. (ALMEIDA, A., 2003, p. 6)

A comunicação do risco tem um papel importante na informação, motivação e preparação da população e no enquadramento do respectivo comportamento na participação dos processos públicos de tomada de decisão, na informação das medidas mitigadoras e na participação em ações de avaliação e de exercícios. (ALMEIDA, A., 2003, p. 10)

Planos de resposta à emergência necessariamente exigem que as comunidades potencialmente afetadas compreendam o que fazer em caso de acidente. A ansiedade pública depois de um derramamento de rejeito é reduzida se antes do acidente forem compreendidas as reais conseqüências. Este entendimento é impossível de alcançar depois de um incidente porque a capacidade de aprender diminui com altos níveis de ansiedade, e com baixo nível de confiança do momento. (DUARTE, 2008, p. 47)

Diante disso o plano de ação de emergência no caso de rompimento de uma barragem de rejeito além das medidas cautelares a serem adotadas pela mineradora deve ter obrigatoriamente a participação popular desde o início de sua criação.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

O termo responsabilidade nasce da forma pela qual o devedor assumia ter com o credor uma obrigação, como expressão de garantia de pagamento de uma dívida (STOCO, 2014, p. 179).

A responsabilidade civil acompanhou as mudanças advindas do processo de modernização do mundo, pois com a nova forma das pessoas se inter-relacionarem, bem como a nova dinâmica

nas estruturas de trabalho, comércio, tecnologia e locomoção, ela precisou se modernizar para atender as novas demandas da sociedade.

De frente a essa nova realidade “o tronco primitivo, o tronco romano, desdobrou-se numa porção de ramos e a responsabilidade tornou-se todo um mundo jurídico, mundo em movimento, em incessante gestação, sempre a começar [...]” (JOSSERAND, 1941, p. 53).

No mesmo ritmo evolucionista a responsabilidade se dividiu entre a contratual que é aquela que decorre de um contrato e do conseqüente descumprimento por uma das partes, que gere o dever de reparação para com a outra, portanto necessário um negócio jurídico anterior ao dano.

E a responsabilidade extracontratual ou aquiliana que é a incumbência atribuída “[...] funda-se na inobservância de um dever legal preexistente a qualquer ato privado, a qualquer manifestação de vontade das partes diretamente envolvidas” (ANTUNES, 2014, p. 493)

A reparação do dano, segundo o artigo 944 do Código Civil de 2002, se limita a extensão do mesmo, esse artigo ainda prevê, em seu parágrafo único, a possibilidade de redução do valor indenizatório caso exista “desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”.

O intuito da indenização é se restabelecer a situação prévia, fazer com que as coisas retornem ao *statu quo ante*. “A responsabilidade civil prestigia o princípio da reparação integral, que deve servir como direção fundamental para a correta avaliação dos prejuízos e quantificação da indenização, buscando colocar o lesado em uma situação, ao menos, próxima daquela anterior ao dano.” (WESENDONCK; ETTORI, 2017 p.731)

Entretanto, por vezes a responsabilidade civil também é utilizada para prevenir danos futuros, desestimulando o propenso

causador de uma lesão pela certeza de sanção a sua conduta. (MIRAGEM, 2015, p.87)

Inicialmente a responsabilidade civil se escorou na regra da culpa ao ponto de, pela crença de muitos juristas nesse preceito, surgir à expressão “nenhuma responsabilidade sem culpa”. (MIRAGEM, 2015, p.82)

Então a vítima dum acidente, mais geralmente dum dano qualquer, devia, para obter indenização, oferecer uma tríplice prova; precisava estabelecer, antes de tudo, que sofrera um dano; depois, que seu adversário cometera um delito; enfim que o dano decorria do dito delito; dano, culpa, relação de causa entre esta e aquele, tais eram os três pontos sensíveis ao processo, as três posições que a vítima, autora no feito, devia assumir de viva força; sem o que era a derrota, isto é, a recusa de qualquer indenização. É com efeito ao autor que incumbe tradicionalmente o chamado ônus da prova: *actori incumbit probatio.*” (JOSSERAND, 1941, p. 54)

Essa abordagem é denominada como responsabilidade subjetiva, sendo ela a regra do nosso ordenamento jurídico, insculpida no caput do art. 927 do Código Civil Brasileiro.

Entretanto por muitas vezes esperar que aquele que sofreu o dano dê “[...] demonstrações dessa natureza equivale, de fato, a recusar-lhes qualquer indenização; um direito só é efetivo quando a sua realização, a sua praticabilidade é assegurada: não ter direito, ou tendo-o, ficar na impossibilidade de fazê-lo triunfar, são uma coisa só.” (JOSSERAND, 1941, p. 54)

“A teoria do risco, nesse sentido, surge para resolver questões que a teoria da culpa, em face da complexidade da vida moderna, não tem o condão de fazer [...]” (MIRAGEM, 2015, p.85), parte-se então para a responsabilidade objetiva, a qual independe da culpa. Sendo que nessa modalidade por vezes não se questiona nem mesmo se o ato é ilícito, bastando que a atividade desenvolvida acarrete em riscos a outrem e dela provenha o dano, conforme podemos depreender do parágrafo único do art. 927 do Código Civil vigente.

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta-se na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo o autor do fato causador do dano é o responsável. (STOCO, 2014, p. 237)

Entretanto a responsabilidade civil subjetiva somente dá espaço para a objetiva quando da existência de determinação expressa da lei, tornando essa uma exceção no ordenamento jurídico. (SANTIAGO; CAMPELLO, 2015, p.178)

2.1 *Punitive damages*

Conforme já tratado o direito brasileiro, tem como regra para a fixação do quantum indenizatório a extensão do dano, mas em algumas obrigações se observa a existência de um dever de indenizar com caráter punitivo (como exemplo artigos. 773, 935 e 1.259 do Código Civil), que seria uma forma de responsabilização exemplar, para que o propenso autor de um dano não o cometa tendo em vista que seria obrigado não somente a reparar o dano causado bem como despende um valor maior como punição.

“Em tradução livre a expressão significaria “danos punitivos”, sendo perceptível uma falha semântica eis que na verdade não se trata de “danos”, mas sim de uma indenização com o propósito de sancionar o infrator.” (ALMEIDA, L. 2005)

Conhecidos também como *exemplary damages*

[...] consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído

com objetivo de ressarcir o prejuízo. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 16)

Apesar de não ser completamente aceita pelos doutrinadores brasileiros, a jurisprudência em alguns casos já vem aplicando a indenização punitiva. Como é observado no Supremo Tribunal Federal que proferiu decisão no Agravo de instrumento 455846, condenando o Poder Público a pagar indenização por erro médico ocorrido em hospital público.

2.2 Responsabilidade Civil Ambiental.

O meio ambiente tem como expressão máxima, no ordenamento jurídico brasileiro, de sua importância e proteção o contido art. 225 da Constituição Federal que garante que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

“Nessa Carta de Princípios consagrou-se e tornou-se definitiva a opção pela preservação do meio ambiente e assegurou-se a sobrevivência no milênio que se iniciou em 2001.” (STOCO, 2014, p. 1.154)

O § 3º do dispositivo Constitucional de proteção ao meio ambiente em conjunto com o que dispõe o § 1º do art.14 da lei 6.938/81 impõe como objetiva a responsabilidade civil daquele que causar dano ao meio ambiente. Tal previsão se justifica pela importância do bem tutelado.

A responsabilidade civil por dano ao meio ambiente não se fundamenta na proteção de interesses particulares no estreito espaço da autonomia privada, concebida como uma área de proteção a um indivíduo isolado, mas tem em vista a exigência de uma fundamentação intersubjetiva das normas de proteção, recuperação e melhoria do meio ambiente. É claro que isso não importa

em supressão da autonomia privada, mas em sua redefinição em face das exigências de se demonstrar sua conexão com os direitos difusos (BARACHO JR., 2000, pp. 294 - 295)

A reparação civil no ramo ambiental tem como princípios básicos o da prevenção, o da precaução, o do poluidor-pagador e o da reparação integral.

Os princípios da prevenção, talvez o mais relevante de todos, e da precaução por vezes são tratados como um único princípio, entretanto Albergaria (2009, p.100) diferencia:

Pelo princípio da prevenção, o perigo é concreto, a atividade exercida é considerada perigosa, ou seja, já há o conhecimento dos riscos, ou pelo menos, de que há um risco possível e eminente. A precaução, por sua vez, lida com a possibilidade abstrata do risco, sem saber ao certo se tal atividade causará ou não dano ambiental.

Porém ambos partem da premissa de que quando ocorrer incerteza quanto ao risco a que está exposto o meio ambiente, deve-se evitar o perigo e optar pela preservação ambiental, devido ao caráter inibitório desses princípios.

Quanto ao princípio do poluidor-pagador Stoco (2014, p. 1156) explica que:

Talvez a expressão “princípio do poluidor-pagador”, ao ensejar falsamente que qualquer um pode poluir ou degradar o meio ambiente desde que pague, não seja a melhor ou mais adequada, pois a ninguém se permite poluir, ainda que se proponha pagar o prejuízo que causar. Contudo, se infringir as regras postas no ordenamento jurídico, responderá por seu ato, como todo e qualquer infrator.

A adoção do princípio da reparação integral acarreta que o dano ambiental deve ser reparado em sua integralidade e que qualquer norma jurídica, acordo ou decisão judicial que versar de outra forma, deverá ser considerada *contra legem*. (MILARÉ, 2014, p. 435) Portanto a previsão do parágrafo único do art. 944 do Código

Civil não se aplicaria nos danos ambientais até mesmo por não se falar em culpa, por ser a responsabilidade civil objetiva.

Seguindo os princípios norteadores do direito ambiental, principalmente aqueles ligados a responsabilidade civil não podemos deixar de adotar a teoria integral quando tratarmos do risco, pois:

[...] em termos de dano ecológico, não se pode pensar em outra colocação que não seja a do risco integral. Não se pode pensar em outra malha senão a malha realmente bem apertada que possa, na primeira jogada da rede, colher todo e qualquer possível responsável pelo prejuízo ambiental. É importante que, pelo simples fato de ter havido a omissão, já seja possível enredar agente administrativo e particulares, todos aqueles que de alguma maneira possam ser imputados ao prejuízo provocado para a coletividade. (FERRAZ, 1977, p.38; apud BARACHO JR., 2000, p.320).

Decorre também da responsabilidade objetiva a solidariedade entre os atores que causarem dano ambiental, uma vez que não se poderia deixar de buscar a reparação do meio ambiente por não se poder individualizar a conduta dos degradadores. Em matéria ambiental tanto os causadores diretos como os indiretos irão responder pela reparação em virtude do que dispõe o artigo 3º inciso IV da lei 6.938/81.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA INOBSERVÂNCIA DE MEDIDAS CAUTELARES DE EVACUAÇÃO

A responsabilidade civil, além de sua característica tradicional de reparação, ao se adentrar no Direito Ambiental assume um caráter preventivo que é a base principiológica da proteção do meio ambiente, pois uma vez que lhe ocorra um dano é por vezes impossível o seu retorno ao *statu quo ante*.

O que se espera é que a certeza do dever de reparar iniba aqueles mal intencionados e que a partir disso os mineradores observem todas as normas de segurança e adotem as melhores técnicas quando da construção de uma barragem.

“A prevenção nesta matéria – aliás, como em quase todos os aspectos da sociedade industrial – é a melhor, quando não a única solução.” (MILARÉ, 2014, p. 329).

Infelizmente isso nem sempre ocorre, muitos empreendedores ao selecionar as medidas de segurança que serão adotadas fazem uma análise de custos versus benefícios e optam por assumir riscos mais altos quando do rompimento ocasionar menores danos ao meio ambiente e um reduzido número de perda de vidas (FONTENELLE, 2007 apud DUARTE, 2008, p. 49).

Entretanto esse tipo de pensamento deve ser combatido, uma vez que a preservação do meio ambiente e a salvaguarda das vidas humanas não devem ser mensuradas monetariamente se tendo o simples intuito de se aumentar os lucros, por fim, seja o possível dano grande ou pequeno, as medidas de segurança das barragens sempre devem ser máximas, pois os mineradores serão [...] “traídos ao pensar que, pequena barragem, é sinônimo de pequenos problemas.” (MEDEIROS, 2005, p.3)

Contudo ainda estamos sujeitos a ocorrência de ruptura dessas barragens, devendo nesses casos a responsabilidade civil socorrer os lesados.

3.1 Responsabilidade civil ambiental pelo rompimento de barragem de rejeito

Como anteriormente dito o rompimento de uma barragem de rejeito tem como uma de suas principais conseqüências, causar danos ao meio ambiente, pode-se até caracterizar esse evento como um desastre ambiental.

Dos danos surge a necessidade de reparação, e é preciso identificar aqueles que serão responsáveis por fazê-lo. A responsabilidade civil ambiental calcada na teoria do risco integral acredita que:

[...] o poluidor, na perspectiva de uma sociedade solidarista, contribui - nem sempre de maneira voluntária - para a composição do dano ambiental, ainda que presentes quaisquer daquelas excludentes, em ordem de assumir todo o risco que sua atividade acarreta: o simples fato de existir a atividade produz o dever de indenizar ou reparar, uma vez provada a conexão causal entre dita atividade e o dano dela advindo. (MILARÉ, 2014, p.440)

Dessa forma ao analisarmos a quem incube a responsabilidade pela segurança das barragens percebemos que essa é compartilhada “[...] por diferentes atores, tais como proprietários, operadores, projetistas (e construtores), legisladores e entidades envolvidas.” (DUARTE, 2008, p. 50 - 51)

Assim se pode concluir que a responsabilidade é solidaria, pois:

Em termos de preservação ambiental, todas as responsabilidades se somam; nenhuma pode excluir a outra. E esta colocação abre realmente perspectivas extraordinárias, no sentido da solidarização do risco social, em termos de dano ecológico. Exatamente aquilo que dizia Savatier: solidariedade nos prejuízos sim, mas também solidariedade nas responsabilidades. (FERRAZ, 1977, p.39. apud BARACHO JR., 2000, p.320)

Como desdobramento da solidariedade entre os responsáveis pelo dano, vem se aplicando a teoria do *deep pocket* (tradução livre: bolso profundo) “segundo esta, a onerosidade dos custos de acidentes será ainda mais reduzida se eles forem diluídos entre as pessoas menos favoráveis a sofrerem desarticulações econômicas como resultado de arcarem com tais custos - isto é, os mais afortunados” (BACHA, 2011, p. 33). Na questão ambiental isso se reverte na possibilidade de se acionar, dentre os diversos responsáveis pelo dano, aquele com as melhores condições financeiras de arcar com a reparação.

Portanto é possível responsabilizar o empreendedor minerário por todos os danos ocasionados pelo rompimento da barragem, mesmo que esse tenha como causa o dolo ou culpa de terceiros, bem como em casos fortuitos ou de força maior.

3.2 Responsabilidade civil ambiental e o risco à vida

A norma constitucional garante um meio ambiente ecologicamente equilibrado que é condição *sine qua non* para o exercício do direito fundamental a vida, portanto existe uma ligação umbilical entre a proteção ao meio ambiente e a defesa da vida.

O reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade dessa existência – a qualidade de vida –, que faz com que valha a pena viver (MILARÉ, 2014, p. 260).

Ao não se seguir as normas de segurança concernentes ao plano de ação de emergência para a evacuação da população que se encontra no perímetro de cheia causado pela onda de ruptura, se coloca em risco a vida dessas pessoas.

O artigo 3º, inciso III da lei 6.938/81 demonstra que a proteção decorrente do direito ambiental se estende a salvaguardar “a saúde, a segurança e o bem-estar da população” bem como o § 1º do artigo 14 da mesma lei prevê que o dever de reparar do poluidor se estende além dos danos ambientais, ficando ele também obrigado a indenizar terceiros, que forem lesados por sua atividade.

Já código civil em seus artigos 948, 949 e 950 dispõe sobre a indenização quando da perda da vida humana ou quando da lesão acarretar danos a saúde do ofendido.

Em análise hermenêutica dos artigos se pode inferir que frente à ocorrência de um dano ambiental e se dele provir um cerceamento a fruição do direito à vida há de se aplicar os princípios concernentes ao direito ambiental para se buscar a reparação civil do prejuízo causado.

Então, por isso devem-se utilizar os preceitos da responsabilidade civil ambiental quando da inobservância das medidas cautelares de evacuação pelo rompimento de barragem.

3.3 A quantificação dos danos e o plano de ação de emergência

Apesar de estar bem definida, pela aplicação da Teoria do Risco Integral a quem responsabilizar, é preciso realizar uma análise mais profunda no quantum indenizatório conjugado com o princípio da prevenção.

“Não existe ‘risco zero’ ou ‘segurança absoluta’ ou ‘falha zero’ em sistemas com o grau de complexidade de uma barragem.” (MEDEIROS, 2003, p.21), assim sendo é necessária a adoção de medidas que visem mitigar os danos.

Daí surgem os planos preventivos que “[...] caracterizam-se por agirem diretamente sobre as consequências a serem geradas, quando do registro de acidentes com a barragem, e não por impedirem a ocorrência do evento, através de medidas reconhecidamente não estruturais.” (SILVEIRA; MACHADO, 2005, p.6)

Entretanto, é forçoso concluir que não existem mecanismos, de que quando na ocorrência do rompimento de uma barragem caso não se cumpra o dever de evacuação, diferenciem a responsabilidade que já adviria desse rompimento daquela proveniente da não adoção das medidas cautelares, uma vez que o direito brasileiro prevê tão somente a reparação na exata extensão do dano.

O que em última análise resulta que ao se observar ou não o preceito da evacuação o dano seria em regra o mesmo, em seu efeito qualitativo. Dessa forma há a desestimulação do empreendedor minerário para que invista em estudos e equipamentos que proporcionem o efetivo cumprimento da determinação legal e acima de tudo de defesa da vida que é o bem tutelado mais importante.

Diante desse cenário devem-se criar normas que demonstrem àqueles que têm uma visão de apenas custos e benefícios, mesmo perante o direito a vida, de que se é mais viável cumprir a

determinação legal e se implantar um sistema realmente efetivo de comunicação e evacuação da população em caso de rompimento de uma barragem, do que arcar com as conseqüências de se não cumprir a totalidade das normas de segurança.

“Afirma-se como necessário um instituto apto a coibir ou a desestimular certos danos particularmente graves cuja dimensão é transindividual, ou comunitária, sendo certo que a pena pecuniária é eficiente fator de desestímulo.” (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 16) Sendo que a possibilidade de se aplicar os *punitive damages* nesses casos dissuadiria os empreendedores de não cumprir com a lei.

Pois com a aplicação de uma indenização punitiva os proprietários das barragens de rejeito não diminuiriam os investimentos em sua construção e na observância das normas de segurança, em especial nas medidas cautelares de evacuação, uma vez que qualquer economia obtida seria no mínimo igualada no momento em que fosse condenado a reparar os danos causados acrescentados dos *punitive damages*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um mundo dominado pelo capital, por vezes medidas de segurança não são seguidas ou quando implantadas o são de forma ineficiente, tudo isso em virtude do aumento do lucro e da produtividade.

A exploração minerária tem destaque na economia brasileira que é calcada no setor primário e por sua importância, durante muito tempo se manteve quase que intocável para os ambientalistas.

Entretanto, com o desenvolvimento da consciência ambiental, novas regras vêm sendo paulatinamente impostas para as atividades degradadoras. A implementação da política nacional de segurança de barragens é um dos marcos desse novo pensamento

voltado para a proteção do meio ambiente e, por conseqüência, da vida.

O plano de ação de emergência é medida não estrutural para a segurança das barragens e tem como objetivo a mitigação dos riscos provenientes do rompimento de uma barragem.

A não implantação de um plano adequado é falta grave, pois coloca em risco a vida, um bem, por um ponto de vista ético, não suscetível de valoração econômica.

Quando do rompimento de uma barragem tem a responsabilidade civil ambiental o papel de tentar reparar o dano causado da maneira mais implacável possível, uma vez que dificilmente seria possível o retorno ao *statu quo ante* devido à gravidade da lesão. Mas, por vezes, a reparação calcada na extensão do dano não será suficiente, como naqueles casos em que ficar demonstrada a negligência dos mineradores ao não empreender as melhores técnicas para a evacuação dos que se encontram a jusante em caso de rompimento de barragem de rejeitos. Nesse caso, sustentamos uma majoração na indenização, para punir os infratores e desestimular que outros os sigam.

Diante da negligência deve o Estado se posicionar firmemente e demonstrar que é inaceitável prestigiar o lucro em detrimento de vidas ou da preservação ambiental, razão pela qual sustentamos a aplicabilidade dos *punitive damages*, inclusive, como instrumento inibitório de condutas que assumam o risco ou potencialmente possam causar tragédias.

Por fim, constata-se que a legislação, doutrina e jurisprudência em matéria ambiental evoluíram muito nos últimos anos, contudo é preciso dar um novo passo à frente e passarmos a adotar teses jurídicas que promovam a consciência ambiental ainda que, secundariamente, sejam utilizadas como instrumentos inibitórios de condutas lesivas.

Data de Submissão: 05/05/2016
Data de Aprovação: 05/04/2017
Processo de Avaliação: double blind peer review
Editor Geral: Fernando Joaquim Maia
Editor de Área: Jailton Macena de Araújo
Assistente de Edição: Rafaela Patrícia Inocêncio
Diagramação: Emmanuel Luna

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Bruno. **Direito ambiental e a responsabilidade civil das empresas**. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ALMEIDA, A. B. A gestão do risco em sistemas hídricos: Conceitos e metodologias aplicadas a vales com barragens. **Actas do 6º Simpósio de Hidráulica e Recursos Hídricos dos Países de Língua Oficial Portuguesa**, p. 647-661, 2003. Disponível em: <<http://www.civil.ist.utl.pt/~joana/artigos%20risco%20ABA/pub-2003/a%20gest%C3%A3o%20do%20risco%20em%20sistemas%20h%C3%ADricos%20-%20SILUSBA03.pdf>> Acesso em: 21 de abril 2016.

ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. A repetição do indébito em dobro no caso de cobrança indevida de dívida oriunda de relação de consumo como hipótese de aplicação dos punitive damages no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 54, 2005. Disponível em: <<http://fdc.br/Artigos/..%5CArquivos%5CArtigos%5C10%5CArt42CDC.pdf>> Acesso em: 21 abr. 2016.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 16 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

ARAÚJO, Cecília Bhering de. **Contribuição ao Estudo do Comportamento de Barragens de Rejeito de Mineração de Ferro**. 2006. Tese de Doutorado. UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <http://www.poc.ufrj.br/teses/mestrado/geotecnia/2006/Teses/ARAÚJO_CB_06_t_M_geo.pdf>. Acesso em: 21 abr. de 2016

BACHA, Maria Gabriela Castanheira. Nova Zelândia: uma análise jurídica e econômica sobre seu sistema indenizatório de danos acidentais. **Revista Discente DIREITO GV**, v. 1, n. 1, p. 27-38, 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdiscentegv/article/view/23910/22674>> Acesso em: 21 abr. 2016.

BARACHO JR., José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade Civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARRETO, Maria José Rezende; STACIARINI, Elza Maria. As barragens e os problemas decorrentes de sua construção. **Boletim Goiano de Geografia**, v. 3, n. 1, p. 157-160, 1983. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4785748.pdf>> Acesso em: 21 abr. 2016.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 18 abr. 2016.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do**. Congresso Nacional, Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 18 abr. 2016.

BRASIL. **Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e da outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 18 abr. 2016.

BRASIL. **Lei n. 12.334 de 20 de setembro de 2010**. Estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens e altera a redação do art. 35 da Lei no 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e do art. 4o da Lei no 9.984, de 17 de julho de 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 18 abr. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de instrumento nº455846. Agravante: União. Agravado: Daniel Felipe De Oliveira Netto. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 11 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo364.htm>> Acesso em: 21 abr. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS. **Resolução nº 143**, de 10 de julho de 2012. Estabelece critérios gerais de classificação de barragens por categoria de risco, dano potencial associado e pelo seu volume, em atendimento ao art. 7º da Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnrh.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=1922&Itemid=9> Acesso em: 21 abr. 2016.

DOMINGUES, A. F. (Org.); BOSON, P. H. G. (Org.); ALÍPAZ, S. (Org.). **A gestão dos recursos hídricos e a mineração**. Brasília: ANA, 2006

DUARTE, Anderson Pires. **Classificação das barragens de contenção de rejeitos de mineração e de resíduos industriais no estado de Minas Gerais em relação ao potencial de risco.** Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://www.smarh.eng.ufmg.br/defesas/502M.PDF>> Acesso em: 21 abr. 2016.

FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil por dano ecológico. *Revista de Direito Público*, v. 49, n. 50, p. 38, 1979. In: BARACHO JR., José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade Civil por dano ao meio ambiente.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

INSTITUTO BRASILEIRO DE MINERAÇÃO. **Informações sobre a economia mineral brasileira 2015**, 2015. Disponível em <<http://www.ibram.org.br/sites/1300/1382/00005836.pdf>> Acesso em: 26 abr. 2016.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista forense**, v. 86, n. 454, 1941.

LUZ, Adão Benvindo da (Ed.); SAMPAIO, João Alves (Ed.); FRANÇA, Silvia Cristina Alves (Ed.). **Tratamento de minérios.** 2010. Disponível em: <<http://livroaberto.ibict.br/handle/1/949>> Acesso em: 21 abr. 2016.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). **Revista CEJ**. Brasília, n. 28, p.15-32, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/24060852/2080058302/name/artigo02.pdf>> Acesso em: 21 abr. 2016.

MEDEIROS, Carlos Henrique de A. C. Segurança e auscultação de barragens. **XXV Seminário Nacional de Grandes Barragens**, p. 13-50, 2003. Disponível em: <<http://www.cbdb.org.br/documentos/site/92/92re1.pdf>> Acesso em: 28 abr. 2016

MEDEIROS, Carlos Henrique de A. C. Segurança de barragens: o que fazer para convergir teoria e prática. **XXVI Seminário Nacional de Grandes Barragens**, 2005. Disponível em: <<http://www.cbdb.org.br/documentos/site/95/A25.doc>> Acesso em: 28 abr. 2016.

MENESCAL, R. A. et. al. Prevenção de acidentes envolvendo barragens: Projeto de diagnóstico da segurança de barragens no Brasil. In: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE RECURSOS HÍDRICOS, 16., 2005. João Pessoa. Anais. João Pessoa-PG, 2005. In: DUARTE, Anderson Pires. **Classificação das barragens de contenção de**

rejeitos de mineração e de resíduos industriais no estado de Minas Gerais em relação ao potencial de risco. Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://www.smarh.eng.ufmg.br/defesas/502M.PDF>> Acesso em: 21 abr. 2016.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente:** a gestão em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 9. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil:** Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO Livia Gaigher Bósio. A responsabilidade civil por atividade de risco e o paradigma da solidariedade social. **Veredas do Direito.** Belo Horizonte, v.12, n.23, p.169-193, Jan./Jun. 2015.

SILVEIRA, João Francisco Alves; MACHADO, José Augusto de A. A importância da implementação de planos emergenciais para as barragens a montante de centros urbanos. . **XXVI Seminário Nacional de Grandes Barragens,** 2005. Disponível em: <<http://www.cbdb.org.br/documentos/site/95/A01.doc>> Acesso em: 28 abr. 2016

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil** - doutrina e jurisprudência. 7 ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

WESENDONCK, Tula; ETTORI, Daniella Guimarães. Pretium Mortis: questões controvertidas acerca da responsabilidade civil em decorrência do dano morte - um estudo comparado entre o direito brasileiro e o português. **Revista Jurídica Luso-Brasileira.** Lisboa, ano 3 (2017), n. 1. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/1/2017_01_0729_0761.pdf> Acesso em: 07 abr. 2017.

Mining's Liability of Failure to Comply the Precautionary Measures of Evacuation to Urban Zones in Case of Breach of Tailings Dams

Victor Vartuli Cordeiro e Silva

Elcio Nacur Rezende

Abstract:

The purpose of this article is to analyze the effectiveness of the implementation of the environmental liability when the failure of the emergency action plan in case of disruptions tailings dams. It uses the deductive method, which concerns to literature and doctrinal analysis. This work involves the dam of conceptualization and analysis of the law 12234/2010 regarding the preparation of the emergency plan. Later, deals with the principles of environmental liability and this application in case of dam break. Resulting in the need to implement standards able to persuade the entrepreneur mining to comply with the obligation to implement protective measures for evacuating urban areas in case of disruption of tailings dams.

Keywords: Mining. Tailings Dams. Civil responsibility.

Sociedade Global e Movimentos Sociais em Rede: Expansão da Democracia?

JOSÉ ALBERTO ANTUNES DE MIRANDA

Doutor em Estudos Estratégicos Internacionais pela UFRGS

Email: jose.miranda@unilasalle.edu.br

MOISÉS NOÉ DE FRAGA

Mestrando em Direito pela Unilasalle/Canoas-RS

Email: moisesfraga@hotmail.com

Resumo: Os movimentos sociais, no seio de uma sociedade globalizada, buscam promover suas necessidades e prioridades, utilizando-se de mecanismos contemporâneos para difundir suas premissas democráticas. O objetivo deste artigo é examinar as reivindicações dos movimentos sociais em rede a partir da consolidação da globalização no final do século XX e início do século XXI, diante do contexto de um mundo cada vez mais interconectado e democrático, mas fragmentado. O estudo demonstrou que os movimentos sociais se manifestam em redes sociais, multiplicando seu campo de atuação. Os mesmos também contribuem para uma democracia mais abrangente e que se utiliza das manifestações em rede na luta por questionamentos locais, regionais ou mundiais. Conclui-se que as redes de movimentos sociais adquiriram mais proeminência, mas há dúvidas e questionamentos quanto aos reflexos e a importância da atuação desses movimentos na promoção e expansão da democracia. A influência da globalização nos movimentos sociais condensou a realidade atual por meio de uma nova plataforma de expansão de atividades denominada hoje de internet, concomitantemente com as investidas de ordem física e humana como passeatas e ocupações.

Palavras-chave: Democracia. Globalização. Movimentos Sociais.



Sociedade Global e Movimentos Sociais em Rede: Expansão da Democracia?

JOSÉ ALBERTO ANTUNES DE MIRANDA
MOISÉS NOÉ DE FRAGA

1. INTRODUÇÃO

A globalização tem sido elencada como a responsável pelas grandes evoluções e revoluções do mundo moderno, embora tenha concepções já pretéritas de grande importância, necessárias à sua análise no contexto atual ou de surgimento de novos atores sociais.

Buscar elementos que possam embasar o surgimento da globalização e os movimentos sociais é tarefa difícil, mas existem inúmeras interpretações e referências quanto a exemplos norteadores que podem delinear tais assertivas. Diante de um cotidiano maleável e de uma sociedade totalmente conectada, podemos descrever a importância desta concepção de coletivo organizado.

Os movimentos sociais em âmbito global denotam uma busca por melhorias sociais, sejam elas no campo social ou na implementação de elementos jurídicos fundamentais. É uma luta constante, frente às intempéries do cotidiano e à velocidade da informação.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo examinar as reivindicações dos movimentos sociais em rede, a partir da consolidação da globalização no final do século XX e no início do século XXI, diante do contexto de um mundo cada vez mais interconectado e democrático, mas fragmentado.

Nesse fluxo de mobilidade em rede, os movimentos sociais se alicerçam para buscar mais amplitude em sua temática proposta, visando explicitar necessidades e propagar lutas, embates,

questionamentos, busca por melhorias sociais, culturais, políticas, dentre tantas outras.

A dicotomia da globalização reflete a dinâmica de atores e ações em uma escala mundial. A principal visão sobre globalização está fortemente centrada na visão econômica de capitais e ampliação dos mercados. Entretanto, tendo uma visão mais volátil e móvel, podemos afirmar hoje que vivemos em um ambiente em constante processo de globalização nas relações sociais (VIEIRA, 1997; ARNAUD, 2005; BAUMANN, 1999).

Para Boaventura dos Santos, a globalização é um fenômeno de diferentes aspectos e com divisões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e também jurídicas conectadas por uma estrutura complexa. Haveria uma eliminação das fronteiras tradicionais no âmbito nacional, particularizando a diversidade local, étnica, regredindo ao comunitarismo¹ (SANTOS, 2011).

Já para HELD e MCGREW, a globalização nasceu da mente de intelectuais entre o século XIX e início do século XX, os quais interpretavam a modernidade como algo pertencente ao mundo. Entretanto, na década de 60, a expressão “globalização” começou a ser utilizada como um resultado de muitos reflexos mundiais, os quais tinham consequências locais de forma rápida, justificando a denominação da globalização como mecanismo de transformação das inter-relações (HELD, MCGREW, 2001).

Nada pode escapar da influência da globalização, não havendo como mensurar as suas consequências, sejam elas permanentes ou temporárias (JULIOS-CAMPUZANO, 2008). Bauman (1999, p. 9)

1 Em sua obra *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*, Boaventura dos Santos apresenta a Globalização como conjuntos diferenciados de relações sociais, pois, segundo o autor, os diferentes conjuntos de relações sociais dão origem a diferentes fenômenos de globalização. A definição de globalização para Boaventura é um processo que determina a condição ou a entidade local que estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designer como local, outra condição social ou entidade rival.

afirma que o significado mais intrínseco da expressão globalização seria o seu viés “indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais”, tudo sem um responsável ou comandante.

Interpretar a globalização é fator complexo, conforme assinala Julios-Campuzano (2008). O autor elenca expressão similar a Vieira (1997) no que se refere a uma sociedade global, descrevendo também uma teoria de hegemonia compartilhada, quando uma sobreposição social restaria horizontalmente compartilhada com as demais. Uma revolução de formas produtivas, através do desenvolvimento do capitalismo, demonstra as diferenças das interpretações dadas à globalização.

Sob o olhar marxista, a globalização seria uma forma de expansão do capitalismo, através do modo de produção e um processo civilizatório (IANNI, 1999). No século XIX, houve a construção das principais matrizes teóricas que traziam análises sobre os movimentos sociais, utilizando-se de aspectos históricos para sua compreensão. A base analítica citada por Marx teve o perfil do proletariado como um idêntico movimento social concreto, permeado pela luta sindical do movimento operário (GOHN, 2014).

Entretanto, na década de 1970, sofreu sua importância pormenorizada, pois a maioria dos autores contemporâneos entendem que a complexidade dos conflitos atuais, envolvendo raça, gênero, classes e etnias, não perfaz uma leitura objetiva como base conceitual de uma classe trabalhadora e proletária, contemplando fatores adversos e desvinculados a uma visão Marxista.

A sociedade civil organizada demonstra ser a alternativa necessária ao engajamento social de todos, interpretada por alguns como “sociedade global” ou “sociedade globalizada” (JULIOS-CAMPUZANO, 2008; VIEIRA, 1997; ARNAUD, 2007). Se faz necessário o entendimento de que todos pertencemos a um conglomerado de ideias, de pensamentos, de objetivos,

independentemente das dimensões que tais assertivas globalizadas venham a influenciar.

De acordo com Bringel e Echart, o que se verifica é um limitador das possibilidades de interpretação das relações entre os movimentos sociais e a democracia. O ponto inicial para avaliar a democracia seria a sociologia, seguindo para a história e, por fim, a ciência política. Porém, diante da complexidade das sociedades atuais, as ferramentas não são suficientes para analisar o mapa atual das ações coletivas (BRINGEL; ECHART, 2008).

Há uma dimensão global dos movimentos sociais que não se pode olvidar e sua integral relação com a democracia, observados os impactos da globalização, os quais se tornam item fundamental para elucidação. Desse modo, há uma intenção de atuação dos movimentos sociais no campo internacional, cujas relações internacionais decorrem da democratização destas relações. Elas podem sofrer mudanças quando ocorrem união em movimentos e redes transnacionais, junto à “estrutura clássica” (BRINGEL; ECHART, 2008).

Nesse sentido, observamos a importância de se compreenderem os movimentos sociais no âmbito global e sua influência, no sentido de fortalecimento da democracia em um mundo globalizado.

2. A SOCIEDADE GLOBAL E OS MOVIMENTOS SOCIAIS EM REDE

Os movimentos sociais são considerados atores internacionais não estatais, que emergem neste novo século como novos movimentos sociopolíticos e culturais. A sociedade internacional que se formou a partir da década de 90 e o modelo de associativismo que vem se intensificando e tomando espaço desde a década de 2000 estão caracterizados pelas tendência dos movimentos sociais de se organizarem e se articularem em redes (GOHN, 2013, p.11).

A sociedade internacional é formada por vários atores internacionais, que protagonizam o atual cenário por meio de sua atuação em ações sociais coletivas na busca de atingir os mais variados objetivos. Como exemplo de atores estão as associações civis, as organizações não governamentais e os movimentos sociais. Nesse sentido, os movimentos sociais se manifestam no domínio internacional, através de ações coletivas realizadas na luta da garantia de direitos, defesa da cidadania, proteção social e participação política.

Hoje, os movimentos sociais virtuais em rede estão altamente acelerados e globalmente dispersos. Essas comunidades virtuais, facilitadas pelas redes virtuais, são milhares espalhadas pelo mundo. A questão a se identificar é se esses grupos revitalizam as instituições civis por meio da comunicação ou se apenas criam a ilusão de ação sem um impacto real.

A internet e sua arquitetura promoveram a expansão da comunicação por meio de acessos facilitados de baixo custo dispersa pelo globo, o que permitiu a circulação e o acesso a uma quantidade muito grande de informações. Espaços descentralizados pelas redes de comunicação são facilmente criados, construídos e espalhados para espaços públicos desterritorializados, como os salões cibernéticos, os cafés e outras salas de encontros no ciberespaço, onde pessoas e informação se interconectam em comunidades virtuais (WELLMAN, 1999, 2003).

As comunidades que estão organizadas no ciberespaço são tão reais para os participantes quanto as relações face a face. Nesses espaços, as pessoas podem ganhar ou fornecer informações, bem como debater e negociar interpretações da realidade e críticas aos seus ambientes sociais. Essas interações promovem e reconhecem novas formas de identidade, cujas expressões performativas incluem organizar ações e usar a Rede para coordenar com outros grupos.

O ciberespaço tem sido facilmente adaptado e abraçado como um aspecto essencial das lutas de resistência, começando com fóruns de notícias, sites interativos e blogs pessoais.

A Tunísia e a Islândia, em 2009 e 2011, foram os países que deram destaque aos movimentos sociais em rede no mundo². No caso da Tunísia, a população não se sentiu vitoriosa com apenas a troca de comando e a saída do ditador Ben Ali do governo, mas também buscou liberdade política, de imprensa, além da busca por eleições democráticas, através de uma nova legislação eleitoral. A população buscou, ainda, o afastamento de políticos corruptos, especuladores financeiros, policiais violentos e uma mídia tendenciosa (CASTELLS, 2013).³

As redes sociais foram bem utilizadas como mecanismo de divulgação pelos grupos e movimentos sociais, demonstrando organização e alicerce para novas demandas. O estopim da revolta iniciada pela internet na Tunísia, embora não tenha trazido um futuro positivo sobre os caminhos do país, demonstrou a força da população, que serviu como exemplo para outras regiões semelhantes.

Castells trata a Revolução das Panelas na Islândia como sendo também um marco importante para uma visão de mundo, através

2 Na Cidade de Sidi Bouzid, na Tunísia, Mohamed Bouazizi, o vendedor ambulante de 26 anos ficou gravado na história daquele país, mudando o destino do mundo árabe. No dia 17 de dezembro de 2010, às 11h30min, diante do prédio do governo, sua autoimolação por fogo culminou no seu último grito de protesto contra a humilhação, oriundo das multas e confiscos de sua banca de frutas e verduras, após recusa de pagar propina. Tal registro do protesto foi veiculado pela internet, o que motivou outras demonstrações espontâneas por todo o país (CASTELLS, 2013).

3 Tais conflitos serviram de elemento inicial para o debate político e democrático, através de uma nova problemática, que explicita não apenas uma luta em apreço, mas sim os pedidos subjacentes à demanda principal. A divulgação de vídeos de protestos e da violência policial pela internet ramificou-se por todo o país. todo o país via Facebook, Youtube e Twitter. A divulgação tornou-se um híbrido de espaço urbano e físico, incentivando movimentos em outros países. A luta não foi apenas virtual, mas no campo prático de mobilizações de acampamento, gritos em várias línguas (CASTELLS, 2013).

das redes e seus movimentos. Em 2007, a renda média na Islândia era a quinta mais alta do mundo. Os islandeses ganhavam 160% mais que os americanos. A economia básica era oriunda da indústria pesqueira, responsável por 12% do PIB e 40% das exportações. A questão econômica foi o principal estopim para o início das discussões populares, pois afetava diretamente grande parte da sociedade que, de forma organizada, buscou contrapor a proposta econômica, maximizada também pelo efeito da globalização (CASTELLS, 2013).

No dia 11 de outubro de 2008, o cantor Hordur Torfason sentou-se com sua guitarra em frente ao prédio do Althing (o Parlamento Islandês), em Reykjavik e, em música, expressou sua contrariedade aos banqueiros e políticos. Poucas pessoas o acompanharam, mas alguém registrou a cena e a divulgou na internet. Em apenas alguns dias, centenas e depois milhares de pessoas apresentaram seu protesto na histórica praça Austurvollur. Foi de extrema importância a internet, pois a grande maioria dos islandeses está conectada à rede mundial de computadores (CASTELLS, 2013).

Em 20 de janeiro de 2009, na data em que o Parlamento voltava ao trabalho após um mês de férias, milhares de pessoas de todas as idades reuniram-se em frente ao prédio para culpar o governo por administrar equivocadamente a economia. Foram utilizados tambores, panelas e frigideiras como instrumentos de percussão, ganhando o apelido de “Revolução das Panelas” ou “Revolução das Panelas e Frigideiras”. Exigiam a renúncia do governo e a realização de novas eleições (CASTELLS, 2013).

A Tunísia e a Islândia, trazidas na análise de Castells, são exemplos iniciais de movimentos sociais em rede que se espalharam de forma surpreendente por diversos países do mundo árabe como Argélia, Líbano, Jordânia, Mauritânia, Sudão Omã, Iêmen, Bahrein, Líbia, Kuwait, Marrocos, Saara Ocidental, Arábia Saudita, Síria dentre outros.

Castells salienta que esses movimentos sociais se originaram de uma crise nas condições de vida, tornando insustentável a existência cotidiana para a maioria das pessoas. O descrédito e a insatisfação coletiva demonstram a necessidade de uma ampliação de ação, não desvinculando as ocupações e manifestações (CASTELLS, 2013).

É importante identificar que esses movimentos sociais que se expandiram pela Internet não promoveram a desmobilização na ocupação de espaços urbanos. O debate sobre os movimentos sociais em rede permeou e se expandiu através da veiculação de mídias nas redes sociais e na internet, possibilitando a sua abrangência.

Diante da ineficácia da sociedade, através de suas administrações estruturais, se fazia necessária a busca por alternativas. A internet foi um desses caminhos que os movimentos sociais buscaram para explicitar e expandir suas prerrogativas de lutas e necessidades desde o local até a escala mundial. Esses movimentos contribuíram para o estabelecimento de agendas de políticas públicas.

O fenômeno da participação cidadã e dos movimentos sociais em escala global será facilitado e potencializado por um conjunto de transformações que vão redefinir a geometria da ordem mundial, estruturados em torno dos eixos do conflito Leste-Oeste e da oposição norte-sul. Globalização econômica e mundialização de problemas, redução do poder dos Estados nacionais e redefinição das estratégias de desenvolvimento social são fenômenos que, na sua interpenetração, explicam a configuração, sobretudo após 1989, de um ambiente internacional que dava mais protagonismo ao cidadãos⁴ (OLIVEIRA, 1999).

4 O protagonismo no plano internacional dos cidadãos e dos movimentos sociais e de sua organização foi tributário de dois fenômenos: o extraordinário crescimento e diversidade da participação cidadã nos planos local e nacional, combinado com o reconhecimento de que a grande maioria dos problemas que afeta a humanidade neste fim de século não só transcende as barreiras e competências dos

A mundialização dos problemas não se manifesta somente pelo lado negativo quando se destaca a exclusão de parte da sociedade global. As últimas três décadas são marcadas pela emergência de uma opinião pública internacional, portadora de uma consciência planetária, cada vez mais interdependente e de fenômenos transnacionais que requerem uma abordagem planetária.

É importante lembrar que, desde a década de 1940, as ciências sociais assimilaram a interpretação e a utilização dada à noção de Rede como polissêmica. Diferentes áreas do conhecimento vêm se apropriando do termo para designar uma forma de organização, relação ou prática social. Na geografia, aparece referindo-se às redes técnicas e redes de produção; na administração, para exprimir as redes empresariais; e, na economia, para especificar as redes de consumo. A antropologia utiliza o conceito para falar de redes de vizinhança, parentesco; e a sociologia usa a ideia de redes como articulação política, ideológica e simbólica. Transitando por diferentes campos, as abordagens sobre as redes se tornam cada vez mais multidisciplinares (SILVA, GOMIDE, WANDELY, PAZ E DINIZ, 2012).

A noção de rede vem sendo muito utilizada pelos movimentos sociais como conceito propositivo para referir-se a uma estratégia de ação coletiva, baseada numa cultura solidarista, cooperativa, horizontalizada e mais democrática, para uma nova forma de organização da sociedade.

Segundo Scherer-Warren, as articulações em rede têm propiciado a formação de outro tipo de ativismo, diferente da militância “revolucionária” das décadas anteriores, que se fundamenta nos valores da democracia, da solidariedade e da cooperação e vem protagonizando ações para os excluídos,

estados nacionais, como não pode ser resolvida apenas por ações de governo ou mecanismos de mercado (OLIVEIRA, 1999).

discriminados, carentes e dominados (SCHERER-WARREN, 2006, p. 120).

Os movimentos sociais em rede, pressupõem a conformação de relações mais horizontalizadas. Entretanto, as redes, como qualquer relação social, estão permeadas por relações de conflito, de poder, mas também por solidariedade, reciprocidade e compartilhamento. Assim, o que interessa é como se processa o equilíbrio entre as diferentes tendências, como se regulam as tensões, como interagem solidariedade e conflito, como superar a fragmentação dos movimentos sociais e como desenvolver práticas que levem à equação das diferenças.

Os movimentos sociais, são, portanto, atores coletivos, “que compreendem a si mesmos de terem interesses comuns e pelo menos alguma parte significativa de sua existência social”. Importa salientar que, apesar de serem coletividades, os movimentos sociais distinguem-se dos demais atores coletivos, especialmente aqueles ligados à mobilização em massa, detentores de influência e poder (SCOTT, 1990, p.6).

Os movimentos sociais em rede não têm objeção ao princípio da democracia representativa, mas denunciam a prática dessa democracia tal como se dá hoje e não reconhecem sua legitimidade. Para o autor, a batalha pela mudança social é decidida na mente das pessoas e, nesse sentido, os movimentos sociais em rede têm feito grande progresso no plano internacional (CASTELLS, 2013).

Peter Mair salienta que a crise de representação se agrava com a oligarquização dos partidos, dominados por grupos políticos que se perpetuam no poder e usam a estrutura da sigla não para canalizar demandas e valores das pessoas que pretendem representar, mas como trampolim para outros cargos e posições. O autor ainda salienta que a era da democracia de partidos teria passado e que, embora ainda permaneçam, se tornaram tão desconectados da

sociedade mais ampla que parecem ser mais capazes de sustentara democracia na sua forma

parecem ser mais capazes de sustentar a democracia na sua forma presente. E, por isso, estaria acontecendo o esvaziamento da democracia representativa (MAIR, 2007).

O grande legado dos movimentos sociais em rede é a mudança cultural que a ação provocou na sociedade, assim como a busca pela democracia, através de uma nova forma de democracia. Verifica-se que estamos diante de cenários diversos, onde a participação popular organizada postula primazias mínimas necessárias, invocando indagações e melhorias sociais, muitas vezes limitadas por interesses políticos, enfraquecendo o teor democrático necessário. Os movimentos sociais não se restringem ao ambiente físico, mas também buscam, através de novos mecanismos e de uma nova plataforma de atuação, sempre debater sobre direitos coletivos e fatores que venham ao encontro da democracia.

3. OS MOVIMENTOS SOCIAIS NA REGIÃO LATINO-AMERICANA

No espaço latino-americano, os movimentos sociais em rede tiveram o mesmo impacto dos presenciados em outras partes do mundo com suas especificidades. Allan Touraine salienta que a primeira década deste século trouxe, de forma bastante contraditória, o retorno do ator social nas ações coletivas que se propagaram na maioria dos países da América Latina.

Em alguns países latino-americanos, houve a retomada do processo democrático e o ressurgimento de lutas sociais tidas décadasatrás como tradicionais, a exemplo de movimentos étnicos – especialmente dos indígenas na Bolívia e no Equador, associados ou não a movimentos nacionalistas como o dos bolivarianos, na Venezuela. Algumas se fundamentam em ideias como o *bienvivir*

dos povos andinos da Bolívia e do Equador e vem transformando-se em propostas de gestão do Estado – um Estado considerado plurinacional, porque é composto por povos de diferentes etnias, que ultrapassam os territórios e fronteiras do Estado-nação propriamente dito (TOURAINÉ, 1984).

Os movimentos sociais na região foram um reflexo positivo pela busca do benefício do coletivo. As lutas locais se tornam searas internacionais e globais, facilitadas pelas redes de comunicação como celulares e internet.⁵ Na América Latina, por exemplo, as mobilizações na Argentina em 2001 e 2002, cuja política nacional de Kirchner obteve articulação popular, obteve muita força. De igual sorte, também a política nacionalista de Evo Morales, em que os recursos naturais como o gás foram conquistas das mobilizações populares de vários movimentos sociais de 2005 e 2006. Da mesma forma, as mobilizações populares da Venezuela deveram a Hugo Chavez manutenção da política externa (VANDEN, 2009).

A luta emancipatória na América Latina possui sua origem na resistência e reivindicações, que se originam nas origens dos sistemas sociais, apontando para profundas desigualdades sociais históricas e atuando com práticas discriminatórias em relação a uma grande parcela da população. Inicialmente, as discussões populares no período colonial culminaram pela negação e o conseqüente afastamento dos movimentos, sejam messiânicos, separatistas, quilombolas e indígenas.

No início do século XX, ocorreram as primeiras ações coletivas de caráter reivindicatório, quando a luta era por direitos sociais disponíveis pelo Estado, antes mesmo de uma estrutura de direitos

5 Um exemplo é o MST como movimento social. É considerado o maior e mais amplo movimento da América Latina, possuindo mais de 1 milhão de associados, tendo alta capacidade de mobilização, incluindo organização interna. Possui ainda a consciência de que a sua luta está delineando as conjunturas internacionais (VANDEN, 2009). OU Possui ainda a consciência de que a sua luta está delineada pelas conjunturas internacionais (VANDEN, 2009).

políticos e civis da população. Em meados do mesmo século, os debates foram se politizando e alcançaram ações coletivas organizadas, culminando na década de 70 e 80 na formação dos “novos movimentos sociais” (SCHERER, 2008).

Durante a segunda metade do século XX, dois tipos de manifestações de resistência se destacavam: manifestações clandestinas e as manifestações cívicas públicas contra o poder autoritário e a perda de direitos. Tais movimentos lutavam pela estruturação de novos direitos civis, nos seus inúmeros segmentos.⁶

Com o tempo, as sociedades organizadas, agrupadas com os movimentos sociais enalteciam a valorização pela participação institucional através de situações de discussões públicas e o exercício de um maior controle social da cidadania. Havia movimentos que buscavam atribuir mais força às ações, através de ocupação de terras, bloqueio de estradas, operando com uma concepção ativa para um novo “projeto de nação” (SCHERER, 2008).

Através das transformações das representações simbólicas de carências de determinados grupos, fomentando pautas reivindicatórias na busca por melhorias sociais, verifica-se o surgimento de uma ação coletiva social. O aspecto salutar da luta por uma formatação de demandas e pautas políticas enseja a criação de articulações, através da formação de redes de movimento.⁷

6 Com o tempo, as sociedades organizadas, agrupadas com os movimentos sociais, enalteciam a valorização pela participação institucional através de situações de discussões públicas e o exercício de um maior controle social da cidadania. Havia movimentos que buscavam atribuir mais força às ações, através de ocupação de terras, bloqueio de estradas, operando com uma concepção ativa para um novo “projeto de nação” (SCHERER, 2008).

7 Podemos citar como movimentos sociais de maior expressão na América Latina os sem-terra ou campesinos, sem-teto, indígenas, quilombolas, negros, piqueteiros, desempregados, etc. Tal expansão se deve aos meios de comunicação ou eventos públicos, dentre os quais podemos destacar o Fórum Social Mundial de 2004, quando foi criado o seu próprio espaço político global na América (SCHERER, 2008).

Para Wolkmer, os novos movimentos sociais possuem essencial relevância como sujeitos históricos com a legitimidade para a produção legal não estatal, sendo eles quaisquer sujeitos coletivos, mesmo que pouco estruturados, mas que buscam reivindicação ou expressão. Possuem a capacidade de transformar, pois são decorrentes de blocos sociais oriundos das décadas de 70, 80 e 90, incrementando a construção de um novo paradigma cultural político (WOLKMER, 2015).

Se formos observar ao longo da história latino-americana, há uma gama muito grande de movimentos que pode demonstrar a fragilidade de suas lutas, devido a sua divisão. Entretanto, há um crescimento no plano da sua estruturação e fortalecimento por órgãos externos, transformando o indivíduo em sujeito como parte da luta.

No nível organizativo, houve condução para uma relação hierárquica, sempre obedecendo ao surgimento de novos movimentos por um novo elemento de luta, tendo uma observação em redes horizontais. Assim, por meio do pluralismo das tradições organizativas, com nexos diversos, gerou-se o reconhecimento mútuo de diferenças no interior da rede.

Muitos movimentos sociais no contexto latino-americano apresentam “embates” no campo ideológico (nem sempre homogêneo), sendo que as redes trabalham na busca pelo seu caminho e efetivando a sua história. Desta feita, a horizontalidade organizacional dos movimentos sociais é fomentada pela ocorrência de elos internos que agem a partir de representações políticas organizadas hierarquicamente. Quanto ao nível das narrativas e o doutrinário, verifica-se nas redes de movimentos sociais latino-americanas que tais níveis tendem a se articular nas práticas discursivas atuais, aproximando a memória da exclusão e da discriminação com o presente.

Na década de 90, os movimentos sociais na América Latina tiveram um papel muito importante em que governos se curvavam sob a égide da doutrina neoliberal, executando o Consenso de Washington⁸. Isso culminou no afastamento dos Presidentes Fernando Collor de Melo, no Brasil, e Carlos Andrés Pérez, na Venezuela, transformado em um novo ciclo de lutas populares (PETRY, 2008)⁹.

O ambiente democrático latino-americano daquele período promovia a eleição pelos cidadãos de suas autoridades, a influência na decisão daqueles que dirigem a política e a intenção de se fazerem valer as responsabilidades das autoridades, frente às decisões políticas e seus objetivos (QUITRAL, 2016).

De acordo com Schwartz, Almeida e Fleck, (2016) se analisarmos os movimentos sociais como os ocorridos em junho de 2013 no Brasil podemos considerá-lo como uma inovação e fazem parte de uma nova tendência mundial. No entanto, são uma unidade à parte e podem ser vistos como uma forma de comunicação seletiva tardia em relação aos Indignados, Occupy Wall Street e Primavera Árabe, entre outros. Eles pertencem a um sistema social global desdiferenciado (LUHMANN, 1997), baseado na distinção central - periférica. Como tal, a sua lógica é diferente da observada nos movimentos de 2011 e 2012 e comunica aos subsistemas jurídicos e políticos de uma forma a que merece uma melhor compreensão.

O último grande movimento social brasileiro exigiu o impeachment do primeiro presidente democraticamente eleito após

8 Conjugação de grandes medidas em Washington D.C., entre o FMI, Banco Mundial e Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, ocorrido em novembro de 1989, o que produziu profundas consequências sociais.

9 Também como exemplo podemos citar o orçamento participativo de Porto Alegre, implementado pelo Partido dos Trabalhadores desde 1989, como sendo um exemplo de participação do cidadão, através de um mecanismo organizado, o qual foi difundido pela América Latina e no mundo. Estando presente a inclusão, deliberação, equidade, efetividade e criatividade, estaria presente a democratização complexa de uma política de participação (FORD, 2014).

a ditadura militar: Fernando Collor de Mello. Geddes e Ribeiro Neto (1992, p.664) apontam para a corrupção como o fator motivador do movimento, que passou a ser conhecido como “caras pintadas” porque os protestantes estudantis pintaram seus rostos nas cores verde e amarela tendo a bandeira nacional como um símbolo do patriotismo. Mais especificamente, os autores identificaram duas formas de abuso de poder presidencial, vitais à sua renúncia em dezembro de 1992, a saber, a alocação de fundos públicos para obter apoio político e o uso do poder público para interesses privados. (SCHWARTZ, ALMEIDA, FLECK, 2016, p. 864)

Mais de vinte anos depois, os eventos de junho de 2013 poderiam ter ocorrido em 2005, no auge do escândalo do Mensalão (FALCÃO, 2013, p.29-42), deliberado em 2012 pelo Supremo Tribunal Federal. Proeminentes figuras políticas brasileiras foram condenadas, mas ainda não cumpriram suas sentenças, uma vez que o julgamento ainda está pendente sobre os recursos interpostos pelos réus. De acordo com Flynn (2005, p. 1232), o escândalo envolveu um pagamento mensal do governo governamental aos deputados do Congresso em troca de seus votos sobre a legislação governamental, uma característica idêntica àqueles identificados por Geddes e Ribeiro Neto (1992) Força por trás do impeachment exigido pelos “rostos pintados”.

O impeachment da presidente Dilma Rousseff ocorreu de forma complexa, ainda muito questionado por muitos especialistas no Brasil e exterior. Os movimentos sociais tiveram uma participação pontual, ainda que representassem apenas uma parte da sociedade principalmente no sentido de exigirem transparência e ética.

Nesse exato momento o Brasil vive grandes dificuldades, talvez uma das maiores já presenciadas em sua história política. Com um governo enfraquecido e de baixíssima legitimidade, o país se encontra paralisado e com uma perspectiva de futuro nebuloso. Os movimentos sociais precisariam exercer um papel chave no sentido de de-

nunciar constantemente tentativas de quebra da institucionalidade, segregação social, suporte a ética e reforma política. Poucas vozes são ouvidas nas ruas, um silêncio que gera ainda mais apreensão diante da grave situação política que o país passa.

Se analisarmos a democracia na América Latina ao longo desse período, se verificará que este regime político resultava do início do que parecia ser uma maturidade democrática. A busca por superação do período militar e do golpismo trouxe mudanças importantes: para muitos latino-americanos eram anos promissores ante o avanço do processo democrático na região.

Tabela 1 - Presidentes na América Latina de 1985 até 2012

País	Presidente	Mandato	Escândalo	Resultado
Argentina	Menem I	1989-1995	Não	Completo
	Menem II	1995-1999	Sim	Completo
	De laRúa	1999-2001	Não	Renunciou
	Puerta	2001-2001	Não	Completo
	Rodríguez Saa	2001-2001	Não	Renunciou
	Caamaño	2001-2001	Não	Completo
	Duhalde	2002-2003	Não	Completo
	Kirchner	2003-2007	Não	Completo
	Kirchner, C.	2007-2011	Não	Completo
	Paz Estenssoro	1985-1989	Não	Completo
Bolívia	Paz Zamora	1989-1993	Sim	Completo
	Sánchez de Lozada	1993-1997	Sim	Completo
	Bánzer	1997-2001	Não	Renunciou
	Quiroga	2001-2002	Não	Completo
	Sánchez de Lozada II	2002-2003	Não	Renunciou
	Mesa	2003-2005	Não	Renunciou
	Rodríguez Veltzé	2005-2006	Não	Completo
	Evo Morales	2006-2009	Não	Completo
Brasil	Collor de Mello	1990-1992	Sim	Renunciou
	Franco	1992-1994	Não	Completo
	Cardoso I	1995-1998	Não	Completo
	Cardoso II	1999-2002	Não	Completo
	Lula da Silva	2002-2005	Não	Completo
	Lula da Silva	2006-2010	Não	Completo

Chile	Aylwin	1990-1994	Não	Completo	
	Frei	1994-2000	Não	Completo	
	Lagos	2000-2006	Sim	Completo	
	Bachelet	2006-2010	Não	Completo	
Colômbia	Gaviria	1990-1994	Não	Completo	
	Samper	1994-1998	Não	Completo	
	Pastrana	1998-2002	Sim	Completo	
	Uribe	2002-2010	Sim	Completo	
Equador	Borja	1988-1992	Sim	Completo	
	Durán Ballén	1992-1996	Sim	Completo	
	Bucaran	1996-1997	Sim	Expulso	
	Mahud	1998-2000	Sim	Golpe cívico-militar	
	Noboa	2000-2003	Sim	Completo	
	Gutiérrez	2003-2005	Sim	Expulso	
	Palacio	2005-2007	Não	Completo	
Paraguai	Correa	2007-2009	Não	Completo	
	Rodríguez	1989-1992	Não	Completo	
	Wasmosy	1993-1998	Sim	Completo	
	Cubas	1998-1999	Sim	Renunciou	
	González	1999-2003	Não	Desafiado	
	Duarte	2003-2008	Sim	Completo	
	Lugo	2008-2012	Não	Destituído	
	Peru	Fujimori	1990-1995	Não	Completo
		Fujimori II	1995-2000	Não	Completo
		Fujimori III	2000-2000	Sim	Renunciou
Paniagua		2000-2001	Não	Completo	
Toledo		2001-2006	Sim	Completo	
García		2006-2011	Não	Completo	
Uruguai	Lacalle	1990-1995	Não	Completo	
	Sanguinetti II	1995-2000	Não	Completo	
	Battle	2000-2005	Não	Completo	
Venezuela	Vásquez	2005-2010	Não	Completo	
	Pérez	1989-1993	Sim	Juízo Político	
	Caldera	1994-1999	Não	Completo	
	Chávez I	1999-2001	Não	Completo	
	Chávez II	2001-2007	Sim	Golpe, completo	

Fonte: Quiral (2016, p. 340).

Tabela 2 - Presidentes na América Latina de 2012 até 2017

País	Presidente	Mandato	Resultado
Argentina	Kirchner, C.	2007-2011	Completo
	Kirchner, C.	2011-2015	Completo
	Mauricio Macri	2015-2017	Atual
Bolívia	Evo Morales	2006-2009	Completo
	Evo Morales	2009-2017	Atual
Brasil	Dilma Rousseff	2011-2016	Afastada - impeachment
	Michel Temer	2016-2017	Atual
Chile	Michelle Bachelet	2006-2010	Completo
	Sebastián Piñera	2010-2014	Completo
	Michelle Bachelet	2014-2017	Atual
Colômbia	Uribe	2002-2010	Completo
	Juan Manuel Santos	2010-2017	Atual
Equador	Correa	2007-2017	Atual
Paraguai	Lugo	2008-2012	Destituído
	Frederico Franco	2012-2013	Completo
	Horacio Fortes	2013-2017	Atual
Peru	García	2006-2011	Completo
	Ollanta Humala	2011-2016	Completo
	Pedro Pablo Kuczynski	2016-2017	Atual
	Vásquez	2005-2010	Completo
Uruguai	José Mujica	2010-2015	Completo
	Vásquez	2015-2017	Atual
	Chávez	2007-2013	Completo
Venezuela	Nicolás Maduro	2013-2017	Atual

Fonte: Pesquisa do Autor (2017)

Se observarmos as duas tabelas acima, dos 10 países avaliados com 60 mandatários eleitos, em 7 países houve a queda de seus representantes por diversos motivos.

Ainda que a tabela indique uma maior constância dos governos na América do Sul, a mesma ainda é frágil diante da capacidade dos governantes de se manterem no comando de seus países, na busca por uma estabilidade democrática.¹⁰

¹⁰ A través de um compromisso básico de respeito à linha democrática dos direitos humanos, sendo definido como uma norma básica da política interna dos países Latinos, aliado à criação do Grupo de Contadora (1983), o Consenso de Cartagena de 1984 e o Grupo de Apoio a Contadora em 1985, definiu-se a denominada “cláusula democrática”, observada a realidade latino-americana. Tal prática visa

Também se constata, no comparativo entre dados, que na última década houve menos renúncias e afastamentos do que em períodos anteriores, enfatizando o teor democrático que se ampliou, ensejador de evolução das novas Constituições que se consolidavam. Em contrapartida, aumentou o número de países que tiveram seus governantes afastados, como é o caso do Brasil e do Paraguai¹¹.

O movimento social como um todo teve ao longo dos anos apontados na tabela acima participação direta ou indireta nesses acontecimentos. O encontro em torno das demandas materiais mais específicas contribuiu para a construção de identidades coletivas mais restritas, frequentemente na luta por direitos humanos setorializados. As plataformas mais gerais de reivindicações contribuiu para a emergência de movimentos de resistência antissistêmica na América Latina. Identificam-se redes de movimentos sociais, multi-identitários e multissetoriais e transnacionais. É nesse contexto que movimentos de distintos tipos empregam lutas de resistência antissistêmica. Observamos que as redes de movimentos sociais na América Latina vêm construindo caminhos para uma política emancipatória na medida em que se apresentam abertas à diversidade de organizações sociais que se apresentam na região. O Brasil por exemplo não foge a esse contexto.

As mudanças no plano econômico, político e social no contexto dos países da América do Sul demonstraram a precariedade da economia dos assalariados, ruindo a dicotomia de “proteção social” e enaltecendo os movimentos sociais e as Organizações Não Governamentais (ONGs)¹². Na Bolívia, ocorreu a emergência dos

moldar a prática global e as relações internacionais de todos os países (QUITRAL, 2016).

11 Dilma Rousseff é afastada por decisão da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (Impeachment) em 31 de agosto de 2016.

12 Um levantamento junto ao Observatório Social da América Latina (OSAL), programa vinculado ao Conselho Latino-Americano de Ciências Sociais – CLACSO, a partir da análise em 18 países, indica que no mês de agosto de 2000 foram regis-

Movimentos Indígenas Bolivianos (MIBs), os quais tiveram uma ascensão a partir da última década do século XX. A origem decorre do passado infeliz de servidão e exclusão étnica dos indígenas daquela região (COSTA, 2009).¹³

A constituição de uma nova sociedade organizada no âmbito da América do Sul no período estudado representou a evolução e o amadurecimento dos movimentos sociais, constituindo-se um elo mais forte entre a população e seus governantes, pautado por lutas e reivindicações que, através de um novo cenário, se estabeleciam em nosso cotidiano por meio dos movimentos em rede, que se ampliavam na América do Sul, possibilitando uma ordem social mais democrática.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A origem da globalização tem como alicerce a complexidade, tendo a horizontalidade compartilhada com as demais sociedades do mundo. Baseada inicialmente em uma expansão capitalista, houve a disseminação também para outros ramos e setores da sociedade.

Existe relação dos movimentos sociais com o aprofundamento da democracia, observado o contexto da globalização, onde ocorrem a união de movimentos e redes transnacionais em dados momentos. Nesse contexto, em várias regiões do mundo e na América Latina em particular se identifica, ao longo do período analisado, que esses

trados 709 conflitos, sendo que em dezembro do mesmo ano chegaram a 1.286. Em janeiro/abril de 2002 chegaram a 2.425 e em dezembro de 2004 atingiram 1.887 conflitos. Tais dados demonstram forte insatisfação dos sujeitos coletivos (PETRY, 2008).

13 A incapacidade do Estado-nação boliviano de se autolegitimar e a crise do neoliberalismo proporcionaram um questionamento do modelo de democracia, tornando-se o principal embate dos questionamentos dos MIBs, os quais foram tornadas e reconhecidas como nação "indígena", por meio desta força coletiva, atrelada a uma bagagem histórica infeliz de escravidão e exclusão social. Apesar da luta, os MIBs continuam a almejar mudanças sociais, por via da inclusão social, política e cultural, baseados em uma esperança de pós-aprovação da Constituição de Estado.

movimentos sociais contribuíram para a promoção do diálogo sobre democracia dentro de seus respectivos contextos, ainda que muitos desses movimentos não tenham sido responsáveis pela efetividade dessa democracia.

A evolução dos movimentos sociais em rede pelo mundo demonstra que os atos isolados não são apenas pontuais, mas podem ter reflexos mundiais, desde que veiculados com a intenção de atingir outros vetores da sociedade, fomentando manifestações similares na mesma região ou até mesmo do outro lado mundo. Esta é a propagação da informação, permeada pela intenção de manifestar contrariedade, buscar melhorias, organizar mobilizações, mas não afastando o contato pessoal e físico como já considerado por Castells como uma forma híbrida de movimento.

Por fim, a globalização possibilitou que os movimentos sociais ampliassem a propagação de suas lutas, assim como estes se organizaram de maneira a se utilizarem das plataformas tecnológicas por meio da internet. Em conjunto com suas atividades de ocupações, passeatas e demais atividades, ampliaram a sua força.

A utilização desse novo meio de acesso às informações e de divulgação de atividades, reivindicações e fóruns de discussão possibilitou uma abrangência enorme de discussões, multiplicando ações e atores no local, no regional e no mundial, demonstrando, assim, necessidade de uma nova visão tanto no campo organizacional dos movimentos sociais.

Data de Submissão: 03/05/2017

Data de Aprovação: 24/05/2017

Processo de Avaliação: double blind peer review

Editor Geral: Fernando Joaquim Maia

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente de Edição: Rafaela Patrícia Inocência

Diagramação: Emmanuel Luna

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. (Org.). **Globalização e Direito I: impactos nacionais, regionais e transnacionais**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BRINGEL, Breno; ECHART, Enara. **Movimentos Sociais e Democracia: os dois lados das “fronteiras”**. Caderno CRH, Salvador, v. 21, n. 54, p. 457-475, Set./Dez. 2008.

CASTELLS, Manuel. **Redes de Indignação e Esperança: movimentos sociais na era da internet**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

COSTA, Elizardo Scarpatti. **Movimentos Sociais Latino-Americanos: “A chamada dos movimentos campesino-indígenas bolivianos”**. Coimbra: 2009. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/12283/1/Tese%20de%20Mestrado%20versao%20final%20.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

FALCÃO, J. Mensalão. **Diário de um Julgamento. Supremo, Mídia e Opinião Pública**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013

FLYNN, P. Brazil and Lula, 2005: crisis, corruption and change in political perspective. **Third World Quarterly**, 26 (8), 1221-1267, 2005

GEDDES, B., RIBEIRO NETO, A., Institutional Sources of Corruption in Brazil. **Third World Quarterly**, 13 (4), 641-661, 1992.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos sociais e redes de mobilizações civis no Brasil contemporâneo**. 7 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

GOHN, Maria da Glória. **Novas Teorias dos Movimentos Sociais**. 5. Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e Contras da Globalização**. Jorge Zahar Editor: Rio de Janeiro, 2001.

IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. Trad. Clovis Gorczewski. **Os Desafios da Globalização: modernidade, cidadania e direitos humanos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

LUHMAN, N. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt: Suhrkampf, 1997

MAIR, Peter. **Ruling the Void: the hollowing of Western Democracy**. London. Verso. 2013.

PETRY, Almiro. **Os movimentos sociais na América Latina**. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Formação Humanística. Eixo: América Latina. 2008. Disponível em: <www.projeto.unisinos.br/humanismo/al.mov_sociais.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2016.

QUITRAL, Máximo. RIQUELME, Jorge. (Coord.) Prólogo: MEZA, Raúl Bernal. **Integración y Democracia en América Latina**. Santiago: RIL editores, 2016.

OLIVEIRA, Miguel. **Cidadania e Globalização: a política externa brasileira e as ONGs**. Brasília: Ed. Fundação Alexandre de Gusmão, 1999.

SCOTT, A. **Ideology and the New Social Movements**. London: Unwin Hyman, 1990.

SCHWARTZ, Germano; ALMEIDA, Renata; FLECK, Alexandre. How does football influence the political system and juridify social movements? Em **Onati Socio-legal Series**, v.6, n.3, pgs. 857-876, 2016. Disponível em: <<http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/viewFile/469/913>> Acesso em 27 de Maio 2017.

SCHERER-WARREN, Ilse. Redes de Movimentos Sociais na América Latina: caminhos para uma política emancipatória? **Cad. CRH** vol.21 no. 54 Salvador Set./Dec. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792008000300007>. Acesso em: 07 set. 2016.

SILVA, Maria Lúcia Carvalho da et al . Movimentos sociais e redes: reflexões a partir do pensamento de Ilse Scherer-Warren. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo , n. 109, p. 112-125, Mar. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010166282012000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 abr. 2017.

TOURAINÉ, A. The Waiting Sociological Image of Social Life. **International Journal of Comparative Sociology**, 25, 1-3: pgs. 33-44.

VANDEN, Harry E. Novos movimentos sociais, globalização e democratização: a participação do MST. **Revista Nera**, ano 12, N^o. 14, jan.-jun. 2009.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1997.

WELLMAN, Barry and MILENA, Gulia. *Virtual Communities as Communities*, em Marc A. Smith and Peter Kollock (eds), *Communities in Cyberspace*. London: Routledge, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 9. Ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. 4. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

Global Society and Network Social Movements: Expansion of Democracy?

José Alberto Antunes de Miranda

Moisés Noé de Fraga

Abstract: Social movements, within a globalized society, seek to promote their needs and priorities, using contemporary mechanisms to spread their democratic premises. The purpose of this article is to examine the claims of social movements in the network from the consolidation of globalization in the late 20th century and in the beginning of the 21st century, in the context of an increasingly interconnected and democratic, but fragmented world. The studies showed that social movements manifest themselves in social networks, multiplying their field of action. They also contribute to a broader democracy and use of network manifestations in the struggle for local, regional or global questions. It is possible to conclude that the networks of social movements have acquired more prominence, but there are doubts and questions about the reflexes and the importance of the actions of these movements in the promotion and expansion of democracy. The influence of globalization on social movements has condensed the current reality by means of a new platform for the expansion of activities called today's Internet, simultaneously with physical and human actions such as marches and occupations.

Keywords: Democracy, Globalization, Social Movements.

A Medida Provisória N° 746 de 2016 e a Validade Estrutural Democrática no Modelo de Estado Brasileiro: Reforma da Educação e a Ocupação ee Escolas

RENATO HORTA REZENDE

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Fumec

Email: renatohorta@yahoo.com.br

EDUARDO MARTINS DE LIMA

Doutor em Sociologia e Política pela UFMG e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da FUMEC.

Resumo: Em 2016, o Presidente da República, Michel Miguel Elias Temer Lulia (PMDB/SP) editou a Medida Provisória (MP) n° 746, pretendendo, em síntese, a implantar imediatamente a reforma do ensino médio no Brasil. Diante da grande repercussão social, investigou-se acerca da tensão entre a facticidade e validade, possuindo como problema a existência de estrutura democrática a legitimar a medida, enquanto não votada pelo Congresso Nacional. O método de pesquisa aplicado foi o hipotético-dedutivo, partindo da hipótese da legitimidade formal normativa da MP e da mitigação democrática estrutural, contrária ao texto constitucional, sob a concepção habermasiana. Concluiu-se pela confirmação das hipóteses apresentadas.

Palavras-chave: Medida provisória n° 746/2016; Contrarreforma do ensino médio; Validade estrutural democrática.



A Medida Provisória Nº 746 de 2016 e a Validade Estrutural Democrática no Modelo de Estado Brasileiro: Reforma da Educação e a Ocupação de Escolas

RENATO HORTA REZENDE

EDUARDO MARTINS DE LIMA

1 INTRODUÇÃO

A construção pluralista das escolhas decisórias estatais é o desafio enfrentado em um modelo de Estado que pretende ser constitucionalmente democrático de Direito inserido na contemporaneidade formada por sociedades hipercomplexas e plurais.

A República constitucional de 05 de outubro de 1988 se declarou constituída em modelo de Estado Democrático de Direito, exigindo como requisito a estruturar a validade das decisões estatais mais que a legalidade estrita, reivindicando que as escolhas decisórias sejam prescindidas de legitimidade democrática a estruturar e justificar facticidades impostas aos cidadãos.

Em 22 de setembro de 2016, o Presidente da República editou a Medida Provisória (MP) nº 746, espécie normativa prevista no art. 62 da Constituição da República, pretendendo, em síntese, a contrarreforma do ensino médio no Brasil, algo em discussão na Câmara dos Deputados desde 2013, por meio do Projeto de Lei (PL) nº 6840, desde 2013.

A edição da referida MP, que atropelou os trabalhos iniciados na Câmara dos Deputados, repercutiu negativamente no meio social, e, inúmeros institutos escolares foram ocupados por alunos contra a contrarreforma executada pelo Executivo, acirando a tensão entre facticidade e validade.

Sobre este cenário, já reconhecendo desde já a constitucionalidade da espécie normativa escolhida pelo Presidente da República, passou-se a investigar se a MP nº 746/2016 padeceria de validade estrutural democrática, enquanto não votada pelo Congresso Nacional, por afastar seus destinatários da discussão prévia sobre suas balizas e avançar sobre tema intensamente discutido, até então, no PL nº 6840/2013.

Diante do problema partiu-se das hipóteses segundo as quais, a MP nº 746/2016 possuiria legitimidade formal legalista, art. 62 da Constituição da República de 1988, porém, padeceria de legitimidade democrática, elemento estrutural constitucionalmente fixado no art. 1º do mesmo diploma legal¹.

Buscando investigar as hipóteses levantadas, a pesquisa foi dividida em quatro partes, que compreendem aos objetivos específicos da pesquisa, partindo de concepções gerais e amplas com o objetivo de examinar aspectos específicos inerentes ao tema, por meio de método hipotético-dedutivo.

A primeira parte do estudo aborda a evolução dos modelos de Estado de Direito até o alcance do atual paradigma, compreendendo o Estado Democrático de Direito como resultado dos parâmetros anteriores, direcionado à materialização da promoção da igualdade, liberdade e democracia.

A segunda parte é dedicada à análise da democracia moderna, compreendendo esta como condição ao reconhecimento dos direitos fundamentais e próprio direito fundamental constituído, traçando relações entre as Teorias substantivistas e adjetivadas da democracia e propondo a construção metateórica da democracia.

A terceira parte se dedica ao processo de resistência dos alunos secundários, a partir de 2003, em prol da gestão democrática

1 A Constituição é abordada nesse trabalho em seu viés normativo sob a concepção neoconstitucionalista.

do ensino e da participação na construção dialógica das escolhas públicas.

Na última parte é examinado o cenário legislativo em que foi publicada a MP nº 746/2016, a tensão entre a facticidade e validade em uma concepção habersiana, a legitimidade normativa e democrática da medida.

2 TRANSIÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os modelos de Estado experimentados no ocidente compreendem os regimes políticos por este adotado (TAVARES; SANTOS, 2013, p. 33) indispensáveis ao desenvolvimento de suas finalidades, que, por sua vez, variaram conforme a evolução moderna atrelada ao capitalismo e ao desenvolvimento dos movimentos constitucionais, culminando no atual Estado Democrático de Direito.

O modelo de Estado de Direito Liberal, cuja origem remonta à Revolução Francesa, tinha por objetivo conter o antigo regime desenvolvido no Estado Absolutista, por meio da fragmentação dos poderes e da garantia de direitos individuais (BONAVIDES, 2003, p. 214).

Para a nova classe social burguesa que se elevava, a liberdade e a igualdade formal eram suficientes para afastar a subjugação fundada exclusivamente na dominação tradicional decorrente do título de nobreza, criando ainda ambiente propício para que os detentores do poder econômico ascendessem ao poder político (VASCONCELOS; MENDONÇA, 2008, p. 109).

Porém, a extensão atribuída à liberdade, à igualdade e à soberania popular causava exclusão, isto porque os pertencentes às classes inferiores eram aliados dos processos de participação política do Estado, que se tornou impessoal, frio e distante das mazelas sociais (SAMPAIO, 2013, p. 61), acentuando as desigualdades reais.

Diante de crises econômicas graves, guerras, revoluções sociais e o surgimento de ideais socialistas, comunistas e anarquistas, ocorridas no final do século XIX e início do século XX, as lutas pelos direitos sociais e coletivos foram incentivadas (TAVARES; SANTOS, 2013, p. 35) e as classes sociais desprivilegiadas passaram a exigir atitudes positivas do Estado, objetivando a igualdade material para que se alcançasse a liberdade individual.

Nesse momento, o positivismo jurídico, lógico-formal do Estado Liberal, vinculado estritamente à legalidade, deu lugar ao positivismo mais crítico e atento às mudanças sociais e históricas, observando não apenas a lei, mas também a realidade social (BONAVIDES, 2003, p. 220), restando terminantemente dissociado o positivismo jurídico do legalismo.

O modelo de Estado que se seguiu, Estado de Direito Social, acresceu, ao lado dos direitos de liberdade, também os direitos prestacionais, que exigiam ações positivas², passando a ser reconhecida ao indivíduo a capacidade jurídica para utilizar atividades, as quais o Estado estava incumbido de prestar.

O reconhecimento das atribuições estatais positivas conduziu à ampliação e à materialização de direitos sociais, gerando tensão entre o mercado, a comunidade e o próprio Estado.

As tensões entre os pilares regulatórios e as inquietudes atinentes ao capital, dignidade da pessoa humana e democracia trouxe insegurança às relações jurídicas, políticas e sociais, insegurança essa reconhecida por Boaventura de Souza Santos (2010, p. 87) como característica da pós-modernidade.

2 Sarlet (2007) e Sampaio (2013) apontam que o *status* ou relação do indivíduo perante os Estados dentro dos direitos sociais não se restringem, exclusivamente, ao *status positivus* ou *civitatis*, possuído também *status libertatis* ou negativo.

Buscando afastar as tensões, passou-se a exigir que as ações estatais estivessem revestidas de legitimidade democrática³, circunstância desejada a conceber aos endereçados possibilidade de se sentir coautores das escolhas estatais (HABERMAS, 2001, p. 83).

Além da influência filosófica pós-positivista e do movimento neoconstitucionalista desenvolvido após a Segunda Grande Guerra, o novo modelo de Estado que surgia correspondia à síntese dos modelos que o precedeu (DIAS, 2003, p. 151), porém, agora, voltado ao objetivo teleológico de conter tensões por meio da construção democrática de um Estado de Direito.

As características do Estado constitucionalizado, democrático e de Direito exigem a observação de princípios fundamentais como: dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, assim como princípios relativos às estruturas e finalidades de um Estado Democrático de Direito (ALEXY, 2005, p. 31).

O modelo de Estado criado comporta concepções variadas, formal, intermediária ou material, em que, a primeira, pouco exigente, contenta-se com a universalidade de voto em acréscimo aos princípios do Estado de Direito (legalidade, separação de poderes e direitos fundamentais), inexistindo diálogo direto entre a sociedade e o Estado para construção de decisões (SAMPAIO, 2013, p. 71).

Essa concepção é excludente, pois as decisões estatais seriam construídas por parcela ativa cuja atividade está condicionada às oportunidades que o ordenamento jurídico reconhece como a nacionalidade e o direito ao sufrágio (MÜLLER, 2003, p. 57).

A segunda concepção, intermediária, potencializa a compreensão anterior sobre os princípios do Estado de Direito, promovendo a legalidade à juridicidade, garantindo a independência

3 Essa legitimidade apoia-se no princípio da soberania do povo em que o domínio de homens sobre homens não é algo dado, mas sim algo que necessita ser conquistado por meio de justificação reconhecida pelo povo (BÖCKENFÖRDE, 2000, p 48).

do Judiciário frente à pressão dos demais Poderes, e proporcionando a ampliação e nivelamento formal de todos os direitos fundamentais, garantindo, ainda, o diálogo estruturado em posições antagônicas (SAMPAIO, 2013, p. 72).

Entretanto, assim como a anterior, a posição intermediária também é excludente, pois utiliza em bloco o termo democrático, ignorando desigualdades materiais, por meio de retórica ideológica capaz de encobrir distinções necessárias à construção democrática efetiva (MÜLLER, 2003, p. 35).

A última concepção, forte, o foco deixa de ser formal e abstrato e passa a ser material e concreto centrado na promoção efetiva da igualdade, liberdade e democracia, promovendo decisões consensuais, dialógicas, participativas e integrantes (SAMPAIO, 2013, p. 73).

Nessa formulação, ninguém está legitimamente excluído, pois todos seriam destinatários de prestações positivas e negativas do Estado com a finalidade de promover a igualdade material e formal, reconhecendo universalmente a condição de seres humanos dotados de dignidade e detentores de direitos fundamentais (MÜLLER, 2003, p. 75).

Neste artigo, compreendemos que a concepção de Estado Democrático de Direito brasileiro apresenta o viés forte ou material, em que as tensões existentes entre mercado, comunidade e Estado exigem mais que proposições em documentos oficiais, vindicam abordagem prática e justificável, capaz de projetar sobre os direitos liberais ou defensivos o sentido de direito-dever de participação na vida pública em prol da obtenção de decisões legitimamente instituídas.

Da mesma forma, os direitos positivos ou prestacionais não devem ser recebidos em uma relação cidadão-cliente, mas construídos conjuntamente estabelecendo elo de coparticipação entre

sociedade e Estado na tomada de decisões legislativas, executivas e judiciais.

Com efeito, todas as decisões estatais, sejam elas proferidas no âmbito de qualquer das funções estatais, devem estar em sintonia com a concepção de Estado prescrita pela Constituição, da qual decorre o direito fundamental à efetivação da democracia na tomada de decisões, mormente aquelas decisões que objetivam a concretização de direitos sociais, como o direito a educação voltado para “o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988).

Assim podemos afirmar que o Estado Democrático de Direito se estrutura sobre dois pilares atinentes à participação, o primeiro, relacionado à abertura procedimental a todos, inclusive às minorias, para que possam influenciar as decisões estatais; e o segundo, direcionado ao modo mediante o qual todos os atingidos pelas decisões estatais possam participar da implementação das decisões escolhidas (MÜLLER, 2003, p. 77).

Porém, para que a prática da construção das decisões se dê de forma democrática, dentro de uma concepção forte de modelo de Estado Democrático de Direito, também se faz indispensável a isonomia material de oportunidades direcionada ao alcance da liberdade, com o reconhecimento da pluralidade, da inexistência de apenas uma resposta correta, da emancipação humana e da democracia em sua concepção forte.

3 METATEORIA DA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA E A VALIDADE ESTRUTURAL DEMOCRÁTICA

A democracia inclusiva e representativa⁴, bem como a sua aproximação dos direitos fundamentais foi engendrada na primeira

4 A representação não possui origem democrática, tendo servido como artifício por governantes não democráticos da Idade Média para “enfiar as mãos em valiosos rendimentos e outros recursos que desejavam, especialmente para fazer

fase do constitucionalismo moderno que pretendia o afastamento do antigo regime, substituindo a dominação tradicional pela dominação racional, reconhecendo a autodeterminação do cidadão (DAHL, 2001, p. 118).

O constitucionalismo liberal reintroduziu a lógica da igualdade e da liberdade⁵, perdidos quando da centralização dos Estados nacionais e o fortalecimento do Absolutismo (DAHL, 2001, p. 26), pressupostos indispensáveis à democracia, que poderá se dar direta ou por meio de representantes eleitos.

Em meados do século XX, com o fim da Segunda Grande Guerra, a legitimidade democrática já atribuída ao Parlamento (origem inglesa e francesa) para produção de regras gerais, por força da representação popular, foi ampliada⁶ e atribuída também às Assembleias constituintes, concebendo a estas a legitimidade democrática e, ao seu fruto, validade normativa.

Sobre essa concepção, a democracia passou a se constituir como fundamento prévio à declaração de direitos fundamentais, meio objetivo a estruturá-los (ALVES, 2013, p. 116) e condição resoluta de existência para a sua própria instituição como direito fundamental, inserindo no sistema jurídico, o elemento político a dar validade à estrutura sistêmica jurídica.

O reconhecimento da fundamentalidade da democracia confunde-se com a natureza básica dos direitos fundamentais, tendo como característica a essencialidade vinculada à dignidade da pessoa humana, a universalidade, a condição absoluta, indisponibilidade e indivisibilidade por possuir fundamento axiológico, moral e

guerras" (DAHL, 2001, p. 118), sendo enxertada na democracia moderna, possuindo como destaque as ideias dos federalistas norte-americanos.

5 Cf. art. 1º e 4º da declaração dos direitos do homem e do cidadão (FRANÇA, 1789).

6 Cf. art. 21 da declaração universal dos direitos humanos, resolução nº 217 A (III) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

socialmente reconhecida em sua integralidade (SAMPAIO, 2013, p. 550-556).

As características apontadas aos direitos fundamentais são encontradas na determinação da democracia moderna que repercute nas bases histórico-filosóficas, conferindo fundamentalidade e centralidade, decorrente da vontade geral de conceder legitimidade como elemento central e estruturante da autoridade do poder público, afastando a facticidade vinculada estritamente ao poder autoritário.

Compreendendo a dupla funcionalidade da democracia como condição de existência para fixação dos direitos fundamentais quando inserido em um Estado Democrático de Direito e espécie do gênero direito fundamental, Dahl (2001, p. 37) admite a democracia como realidade e, ao mesmo tempo, ideário a ser perseguido, construído diariamente, sem que, com isso, se possa afirmar que, em algum momento, será alcançada em sua plenitude.

A preocupação com a legitimidade atribuída à determinada decisão em um Estado Democrático de Direito tem como intuídos o consentimento e a obediência de seus destinatários (BONAVIDES, 2000 p. 141), não se bastando na coercibilidade decorrente da legalidade, sendo exigidas justificativas e fundamentações axiomáticas tanto no momento das escolhas políticas criativas como na execução.

A preocupação com a legitimidade proferida em um regime democrático decorre da necessidade de o Estado justificar o seu aparelhamento e o exercício da violência, apontando como resultado de ações democráticas definidoras (MÜLLER, 2003, p. 52).

A legitimidade que no sistema jurídico, hermético, positivo-normativo é concebida como decorrente da validade formal legalista, na sistemática pós-positivista e democrática compreende condição estruturante de validade da decisão estatal, razão pela qual é prévia e concomitante às escolhas legislativas, executivas e judiciais.

No Estado Democrático de Direito, todos os seus órgãos decisórios são instituídos e controlados conforme o Estado de direito e devem compromisso à democracia dentro de um ciclo [*kreislauf*] de atos de legitimação (MÜLLER, 2003, p. 60).

O povo ativo elege os seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho de Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são potencialmente todos, a saber, o “povo” enquanto população (MÜLLER, 2003, p. 60).

A justificativa, assim como os valores a serem perseguidos serão aqueles que estiverem em conformidade com as crenças e os princípios da ideologia democrática (BONAVIDES, 2000 p. 141), variando conforme o momento, a cultura e o Estado em que forem observados.

No Estado brasileiro, a democracia constitui justificativa e elemento axiológico estruturante de formação e execução das decisões estatais, conforme estabelecido no art. 1º da atual Constituição da república.

Elucida Mutharika (2001, p. 19 *apud* SAMPAIO, 2013, p. 576) que a democracia é direito fundamental de quarta dimensão atinente à autodeterminação dos povos e ampliação da participação dos cidadãos nas decisões estatais, constituindo em obrigação estatal a sua promoção.

O reconhecimento da democracia como direito fundamental impõe ao Estado, que se autodeclara democrático de direito, a obrigação de promover ações voltadas à maior efetivação da democracia, com a finalidade de conceder legitimidade estrutural às decisões estatais, bem como condição majoritária para escolhas de direitos fundamentais contramajoritários.

Contudo, as variações axiológicas e procedimentais ao exercício democrático-participativo variam conforme a concepção adotada,

se material ou formal, sendo determinantes para o agir legislativo e executivo.

Alves (2013, p. 49-52) apresenta classificação, aqui adotada, estabelecendo dicotomia entre as teorias substantivas e adjetivas da democracia, observando que as de primeira ordem estariam ocupadas em delinear a estrutura material-teleológica com fundamento no princípio de justiça; enquanto as de segunda ordem estariam atreladas à estrutura formal-deontológica dirigida aos modelos de participação em procedimentos democráticos.

A divergência existente entre as teorias materiais e procedimentais são evidenciadas quando de um lado se busca dar ênfase aos freios impostos às vontades da maioria (regras contramajoritárias), reforçando a relação Constituição-democracia material (STRECK, 2011, p. 84); enquanto de outro o destaque relaciona-se à legitimidade majoritária formalista com supedâneo na Constituição-democrática formal.

Em síntese é possível afirmar que a teoria substancialista da democracia é composta pelas correntes: liberais, igualitaristas liberais e igualitaristas stricto senso; enquanto a teoria adjetivista é composta pelas correntes: agregadoras e deliberativas (ALVES, 2013, p. 52).

Destaca-se, desde logo, que a classificação acima apresentada comporta críticas, não sendo unânime, pois, como toda classificação conceitual, irá variar conforme as semelhanças, diferenças e preferências que cada autor pretenda destacar⁷.

A classificação proposta possui como parâmetro os aspectos relacionados com a justiça aplicada à democracia, ainda que existam outras concepções possíveis, tal como filosófica ou política, capazes

7 Sobre outras concepções classificatórias recomendamos: SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria da constituição e dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey. 2013 e KYMLICKA, Will. Filosofia política contemporânea: uma introdução. Trad. Lucas Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

de reagrupar e, por vezes, alterar completamente a orientação apresentada.

Ainda que a lógica da isonomia seja compreendida como requisito indispensável à justiça democrática, as correntes: liberais, igualitaristas liberais e igualitaristas em sentido estrito divergem quanto ao conceito, extensão e requisitos para que se alcance a desejada igualdade, além de agregar a esta conteúdos axiológicos próprios.

Possuindo como objeto a essência democrática, cada corrente substancialista elege tanto seus valores medulares quanto definições e alcances, sendo assim, por consequência, exclusivista e excludente, ou seja, a escolha de determinado valor, definição ou alcance é absoluto e, por isso, afasta qualquer outro, se mostrando, de tal forma, incompatível entre si (HORTA, 2017, p. 55).

Enquanto os adeptos das teorias substancialistas da democracia orientam-se por critérios axiológicos, os que defendem os postulados adjetivistas, a priori, não fazem qualquer opção objetiva por valores substantivos, ocupando-se dos requisitos necessários para atribuir legitimidade democrática formal à decisão.

Por essa razão, entre as teorias procedimentalistas não haveria qualquer conflito, sendo possível a coexistência⁸ de ambas, não significando, todavia que suas correntes teóricas sejam neutras, isto porque a corrente agregadora ou concorrente tem caráter excludente ao sobrepor as minorias à vontade da maioria, enquanto a corrente deliberativa, diferente da anterior, propõe o consenso buscando maior conformação, inclusão, cooperação e harmonia (LIJPHART, 2003, p. 17-22).

8 “Artigo 21. 1. Todo ser humano tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Admitindo divergências entre substancialistas e adjetivistas, os adeptos à determinada teoria atribuem à outra o rótulo de utópico, ou por buscar um modelo moral comum idealista arrimado em uma justiça hipotética, ou por acreditar na existência de uma vontade geral ou em um consenso capaz de delimitar o método cujo resultado será, invariavelmente, justo (BIELSCHOWSKY, 2011, p. 9334).

As críticas mútuas demonstram a virtude e incompletude das teorias, substancialistas e adjetivistas, inexistindo aquela que, isoladamente, seja capaz de, satisfatoriamente, atender a complexidade social, política e jurídica contemporânea.

Ainda que sejam perfeitamente compreensíveis e flagrantemente visíveis os apontamentos críticos opostos mutuamente às teorias substantivistas e adjetivistas, reconhecendo-se também a relativa independência epistemológica de cada uma delas, é possível identificar que ambas são mutuamente influenciadas, inexistindo verdadeiramente neutralidade⁹ entre as correntes, mesmo que se admitam direcionamentos diversos.

A análise conjunta das teorias substantivistas e adjetivistas da democracia revela a possibilidade de harmonia e completude entre elas¹⁰, conforme o direcionamento aplicado, dando plenitude à teoria democrática ao lhe conceber tanto estrutura material como procedimental.

Alves (2013, p. 93) argumenta que as teorias adjetivistas possuem natureza metateórica, ou seja, as correntes, agregadora e deliberativa, teriam seus alicerces autônomos construídos sobre teorias substantivistas da democracia, enquanto as teorias materiais somente seriam críveis quando executadas sobre procedimentos

9 Sobre posicionamento diverso conferir Raoni M. Bielschowsky (2011, p. 9327-9337).

10 Sobre posicionamento convergente conferir Cícero Araújo (2013) e Fernando Brito Alves (2013).

democráticos, evidenciando uma espécie de mutualismo entre as teorias e não um distanciamento abissal.

Sob essa condição, as imperfeições apontadas reciprocamente pelas teorias democráticas restariam fulminadas quando admitida a possibilidade de associação entre elas, pois as críticas mútuas correspondem, respectivamente, em autoafirmações que repercute sobre o timbre da reprovação por dessemelhança.

Como bem identificado por Dahl (2001, p. 26) a existência de uma democracia necessita de do pressuposto lógico de igualdade como condição mínima para a o governo do povo.

Partindo desse pressuposto, é possível conceber a busca e efetivação da isonomia como elo integrador das teorias democráticas, ainda que cada qual possua enfoque diferenciado, estando tal requisito também presente entre as correntes que integram cada uma das teorias democráticas.

Admitindo que a efetivação da igualdade é constante inarredável à existência de democracia, pode-se deduzir que haveria intensa preocupação em promover e ampliar a isonomia, algo que contrapõe à presunção de igualdade estática pressuposta oferecida pela teoria substancial liberal e pela teoria adjetiva agregadora de democracia (HORTA, 2017, p. 61).

Afastando a aplicação isolada a corrente agregadora e a corrente liberal, restaria a observação conjunta da teoria adjetivista deliberativa que, na atualidade, não se restringe apenas aos elementos procedimentais em si, mas à análise da amplitude da inclusão que o processo é capaz de estabelecer (ALVES, 2013, p. 102) e seu imbricamento com as correntes igualitaristas substantivistas.

O elo entre a teoria adjetiva deliberativa e as teorias substancialistas igualitarista resta, da mesma forma, estabelecida na compreensão da formação do texto constitucional que possui origem

majoritária procedimental¹¹, assim como na definição de direitos fundamentais cuja aplicação vincula-se à democracia substancial, circunstâncias estas que evidenciam a convergência sistêmica e jurídica das teorias mencionadas.

Compatibilizando ambas as teorias, é forçoso deduzir que a legitimidade das decisões perpassa pela necessária validade estrutural democrática construída sobre as balizas substanciais axiológicas e procedimentais inclusivistas.

Entendendo ser impossível a concretização da fórmula ideal de participação democrática, Dahl (2005, p. 25) construiu a definição de poliarquia em que reconhece escalas de democracia conforme a maior ou menor inclusão participativa e absorção dos interesses dos integrados, admitindo, por consequência, a possibilidade de a democracia conviver com a exclusão, contanto que a condição excludente não se torne conjuntura para a existência da própria poliarquia por atingir o elemento essencial à democracia, a igualdade.

A concepção de Dahl (2005) não coloca em xeque a necessidade da isonomia como elemento central da democracia, ou da igual liberdade assentida como condição de existência da democracia, pois a paridade, sob a leitura do referido autor, seria também um ideal em construção a ser constantemente perseguida de forma dinâmica, assim como a própria democracia.

Na obra “Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social”, Jürgen Habermas analisa os processos voltados à compreensão da forma como os integrantes da sociedade

11 Cumpre observar, como faz Araújo (2013, p. 372), que a formação majoritária do texto constitucional, por vezes, resta efetivamente afastada quando vertentes autoritárias se apropriam “dessas ideias a fim de legitimar apenas seus primeiros passos, para em seguida realizar uma operação de substituição, na qual reduzem ‘o povo’ a uma agência compacta, ágil e de mais fácil controle, em geral uma organização fechada e estritamente hierarquizada, fazendo dela seu porta-voz exclusivo”.

poderiam participar das decisões, objetivando conceder validade¹² aos atos estatais e ampliar a participação dos destinatários na construção da decisão pública.

Segundo o pensamento habermasiano, a participação dialógica dos destinatários nas decisões, dirigidas ao consenso, dentro de procedimentos voltados à participação seria condição de validade das conclusões estruturadas na pós-modernidade, isso porque, em uma sociedade plural, não seria crível que a consciência individual pré-ordenada fosse compartilhada por todos os envolvidos, justamente em face da ausência de homogeneidade contemporânea (HORTA, 2017, p. 63).

A formação da decisão democrática estatal exige de seus participantes, postura diferente de uma participação simplesmente formal ou instrumentalizada, exige um agir direcionado à vontade de se obter entendimento, um agir comunicativo (HABERMAS, 2012, p. 166).

Nessa esteira, a mediação torna-se determinante para afastar pretensões instrumentalizadas que busquem revestir com o manto democrático concepções dirigidas à conversão de interesses ou convicções, exclusivamente, pessoais em gerais, até mesmo para proteger aqueles que, impedidos, impossibilitados ou facultativamente, não participaram da conferência, mas poderão ser alvo das decisões.

Habermas (2012, p. 463) critica o posicionamento reducionista da corrente agregadora da democracia assim como posicionamentos dirigidos à corrente deliberativa que venham atribuir validade às decisões observando apenas as regras procedimentais preestabelecidas, apontando a necessidade da promoção do resgate

12 O conceito de validade não se relaciona com o conceito de verdade dos argumentos apresentados, mas com o consenso sobre determinado tema, motivo pelo qual a validade poderá ser alterada conforme abalado o consenso (ALVES, 2009, p. 5).

da validade como um elemento justificar a facticidade diante da tensão interna e externa entre essas e não apenas direcionado à concepção sistêmica do Direito.

As sociedades hipercomplexas, presentes na pós-modernidade, não mais admitem a legitimidade da coação decorrente da facticidade violenta sob a guarida do positivismo, ou seja, é atualmente inadmissível a imposição normativa sem ação comunicativa prévia, fundada em legitimidade normativa derivada da teoria democrática agregadora cuja característica seria a restrição do sistema *input* e a obediência estrita ao formalismo do devido processo Legislativo (BARCELOS, 2014, p.145).

A complexidade social atualmente exigiria um arranjo comunicativo democrático para validar, estruturalmente, as concepções deontológicas, arranjo este a legitimar e, portanto, validar a atividade legiferante, executiva e judiciária imposta como facticidade (HABERMAS, 2010, p. 45).

4 O PROCESSO DE INTENSIFICAÇÃO DA RESISTÊNCIA À FACTICIDADE E O DESEJO SOCIAL À CONSTRUÇÃO DIALÓGICA

As ocupações escolares e as manifestações populares nas ruas que questionavam mudanças pretendidas pelo governo no final do ano de 2016 constituem não apenas o resultado, como também mais uma etapa do processo de resistência daqueles que foram colocados à margem do debate político ainda que atingidos diretamente pela decisão governamental, gerando tensão entre a validade estrutural democrática e a facticidade, sendo importante analisar a restrição ou desconsideração dialógica e a sua repercussão, dentro do recorte da pesquisa proposta.

A preocupação com a validade estrutural democrática das decisões estatais como meio a reduzir a tensão gerada entre a

validade e a facticidade foi uma constante durante Assembleia Nacional Constituinte de 1987 que “permitiu a elaboração de emendas populares, e movimentos sociais desencadearam uma campanha visando obter assinaturas para muitas propostas ligadas às políticas públicas” (AVRITZER, 2016, p 49).

Entretanto, segundo Leonardo Avritzer (2016, p. 51) a participação social na construção das decisões do Poder Público, pós 1988, foi sendo desenvolvida de forma assimétrica e segmentada conforme ideologia dos partidos políticos que alcançavam o Poder.

Com assunção de Luiz Inácio Lula da Silva, pelo Partido dos Trabalhadores, à presidência do Brasil emergiu o sentimento participativo em todos os seguimentos sociais e manifestações contra ações governamentais com déficit democrático, local, regional ou nacional passaram a fazer parte da pauta do país.

Ermínia Maricato *et al*, (2013, p.14) afirma que o embrião das manifestações populares difusas que foram para as ruas teve origem na “Revolta do Buzu” ocorrida entre os meses de agosto e setembro de 2003 que reuniu cerca de quarenta mil pessoas nas em protesto em Salvador, Bahia, com o objetivo de negociar diretamente com o poder público alternativas contra o aumento da tarifa dos ônibus urbanos e outras demandas sociais que não ingressaram na agenda governamental.

Durante as aulas, estudantes secundaristas pulavam os muros das escolas para bloquear ruas em diversos bairros, num processo descentralizado, organizado a partir de assembleias realizadas nos próprios bloqueios. A indignação popular representada no interior do transporte coletivo fomentou uma dinâmica de luta massiva que escapava a qualquer forma previamente estabelecida. (MARICATO, Ermínia *et al*, 2013, p.14)

Segundo a mesma autora, o movimento soteropolitano influenciou outros, já no ano seguinte, cuja pauta era semelhante, como no caso da “Revolta das Catracas”, em Florianópolis, Santa

Catariana, que levou grande número de estudantes às ruas contra o aumento da tarifa do ônibus metropolitano no município.

A reivindicação social, até então ignorada pelo Poder Público, ingressou rapidamente, após as manifestações, na agenda de decisão governamental, vindo a ser aprovado o “passe livre” para estudantes no referido município catarinense.

A mobilização social dos estudantes secundaristas sob o estandarte do diálogo com o Poder Público com a finalidade de encontrar saídas alternativas ao aumento tarifário do transporte público espalhou-se, paulatinamente, por outros municípios brasileiros agregando também outras reivindicações sociais, se tornando cada vez mais organizados¹³.

Afirma Leonardo Avritzer (2016, p. 66) que, entre 2011 e 2013 os conflitos entre movimentos sociais, ambientalistas e indígenas, e o governo federal, somada à aprovação da Lei Geral da Copa¹⁴ intensificaram os conflitos já existentes entre os estudantes ligados ao MPL (Movimento Passe Livre) e os governos locais, pela busca do diálogo.

13 *“Cronologia:*

2003 – Revolta do Buzu em Salvador (agosto-setembro).

2004 – Revolta das Catracas em Florianópolis (junho) e aprova a lei do passe livre estudantil (26 de outubro); surge o Comitê do Passe Livre em São Paulo.

2005 – Plenária de fundação do MPL – Brasil no V Fórum Social Mundial em Porto Alegre (janeiro); luta contra o aumento em São Paulo (fevereiro); II Revolta da Catraca barra o aumento em Florianópolis (junho); mobilizações revogam o aumento em Vitória (julho).

2006 – Encontro Nacional do Movimento Passe Livre (junho); luta contra o aumento em São Paulo (novembro-dezembro).

2008 – Grande luta contra o aumento no Distrito Federal (outubro).

2009 – Aprovação do passe livre estudantil no Distrito Federal (julho); ocupação da Secretaria de Transportes em São Paulo (novembro).

2010 – Luta contra o aumento em São Paulo (janeiro).

2011 – Luta contra o aumento em São Paulo e em várias capitais (janeiro – março); mobilização revogam aumento em Teresina (agosto).

2013 – Lutas na região metropolitana de São Paulo conquistam revogação do aumento no Taboão da Serra (janeiro); mobilização derruba aumento em Porto Alegre (abril); Jornada de Junho conquistam revogação do aumento em mais de cem cidades.” (MARICATO, Ermínia *et al*, 2013, p.18)

14 Cf: HORTA (2012).

Segundo o mesmo autor as principais demandas em 2013 tinham como viés “o preço das passagens, democracia, qualidade do transporte público, postura da política e governo Dilma Rousseff” (AVRITZER, 2016, p. 75), ainda que as manifestações se apresentassem ora voltadas a temas específicos ora sobre assuntos difusos, em todos era possível identificar o desejo pela maior participação direta das decisões estatais como forma a legitimar decisões e ações governamentais e a rua foi eleita como a arena por não ser possível identificar desigualdade entre participantes e categorização de reivindicações.

Em setembro de 2015, o Governo do Estado de São Paulo, buscando reduzir custos, anunciou o fechamento de 94 escolas de ciclo único, com remanejamento compulsório de trezentos e onze mil alunos pelas escolas que restaram na rede pública estadual, sem que houvesse consulta e de bate público, com os diretamente envolvidos e com a sociedade (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2015, p. 3).

A reestruturação administrativa das escolas e alunos surpreendeu os principais interessados e repercutiu negativamente na mídia e nos meios sociais, em virtude da abrupta decisão e da desconsideração da gestão democrática do ensino público encartada no inciso VI, do art. 206 da Constituição da República de 1988.

Diante da péssima repercussão o Governador do Estado de São Paulo convocou assembleia¹⁵ para esclarecer a população interessada sobre a proposta. Contudo, apesar da insistência e da declaração de imprescindibilidade da “participação de pais e responsáveis estava claro que o papel deles se restringiria a compreender e aceitar a ação da secretaria. Não haveria debates, fóruns ou consultas aos pais e responsáveis” (CAMPOS *et al*, 2016, p.21).

15 A data da assembleia designada pelo governo foi agendada para o dia 14 de novembro de 2015, denominada como “Dia E” (CAMPOS *et al*, 2016, p.21).

A pretensão instrumental utilitarista governamental falhou e muitos alunos foram surpreendidos, com a decisão governamental somente tomando ciência da do remanejamento quando do ato da matrícula, fato que gerou inicialmente manifestações articuladas por alunos, professores e pais pelas ruas das cidades do Estado de São Paulo contra o ato, e, posteriormente, diante da ausência de diálogo, ocupações por alunos.

A princípio as ocupações se deram apenas nas escolas que seriam fechadas pelo Poder Público vindo, posteriormente, a avançar também àquelas que iriam receber os alunos realocados em virtude da flagrante superlotação a que estariam fadadas (CAMPOS *et al*, 2016, p.116).

Em 03 de dezembro de 2015, O Ministério Público Estadual e a Defensoria Pública Estadual ingressaram com Ação Civil Pública processada sob o nº 1049683.05.2015.8.26.0053, que ainda tramita na 5ª Vara de Fazenda Pública da comarca de São Paulo, Foro Central, contra o ato do Governador que determinou a “organização” escolar da rede pública sem a participação social democrática.

Na referida demanda foi requerido, em síntese, a sustação dos efeitos da reorganização escolar na Capital e em todo o Estado de São Paulo, além da obrigação do Estado inserir em sua agenda, oficialmente, discussões e deliberações a respeito de políticas públicas para melhoria da qualidade da educação em São Paulo com as comunidades escolares e representações pertinentes (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2015, p. 80).

Em decisão interlocutória o juiz Luís Felipe Ferrari Bedendi deferiu, parcialmente, tutela antecipada para suspender todos os efeitos da reorganização escolar realizada pelo Governo de São Paulo, mantendo a situação anterior, “inclusive com a permanência dos alunos nas escolas onde já matriculados em 2015 e permitindo

o ingresso de novos alunos segundo essa mesma organização”¹⁶ (BEDENDI, 2015, p. 7).

Apesar de ser agregados outras bandeiras, como a “máfia da merenda”¹⁷ à pauta original das ocupações, em janeiro de 2016, as escolas do Estado de São Paulo foram desocupadas, contudo o movimento estudantil e a estratégia de ocupação do espaço público escolar e das ruas em protesto contra a gestão não democrática influenciou outras localidades no país, que por sua vez, reivindicavam, em regra, a ações executivas a conceder estruturas mínimas ao bom funcionamento das escolas, qualificação do ensino e gestão democrática (CAMPOS *et al*, 2016, p. 324).

Em 2016, nos Estados de Goiás, Minas Gerais, Espírito Santo, Pará, Paraná, Ceará e Rio Grande do Sul tiveram várias de escolas ocupadas por alunos, merecendo destaque Goiânia, Fortaleza e Porto Alegre que tiveram, rapidamente, centenas escolas ocupadas em protesto contra leis locais, acrescentando à pauta também o descontentamento com o Projeto de Lei ordinária, “escola sem partido”¹⁸.

Porém, mesmo diante do histórico, ignorando o processo de resistência à facticidade quando desassociada de estrutura participativa democraticamente válida, em setembro de 2016, o Presidente da República editou a Medida Provisória (MP) nº 741 pretendendo a reforma imediata do ensino médio no Brasil,

16 Até a conclusão deste artigo o referido processo judicial ainda não possuía decisão judicial transitada em julgado, em virtude de apelação interposta pelos autores contra sentença que extinguiu o processo, sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir em 27/07/2016.

17 Cf: Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.

18 Até a conclusão deste artigo o PL nº 193 de 2016 estava concluso com o relator Comissão de Educação, Cultura e Esporte (Secretaria de Apoio à Comissão de Educação, Cultura e Esporte).

atropelando os trabalhos deliberativos sobre o mesmo tema no Congresso Nacional.

A publicação da referida MP fez eclodir manifestações de professores e alunos, agora não apenas delimitadas a localidades ou regiões, mas a todo do país, sendo registradas 1047 ocupações em escolas em vinte e dois Estados e o Distrito Federal, além de diversas manifestações nas ruas contra a reforma do ensino médio e sua forma de implantação por via normativa dialogicamente estreita (CARTA CAPITAL, 2016).

As manifestações, protestos e ocupações em todo o Brasil acabaram por demonstrar as consequências decorrentes da tensão entre facticidade e validade estrutural democrática, afastando também o estereótipo imposto ao jovem, e principalmente o jovem de escola pública, como pertencente, em massa, a grupo desinteressado dos assuntos políticos do país, descompromissado com a qualidade e o ambiente escolar que frequenta, explicitando a necessidade da estruturação democrática das decisões públicas para que então esta se dê em conformidade com o modelo de Estado Democrático Direito declarado constitucionalmente, assim como se adequando à atual sociedade imersa na pós-modernidade.

5 A VIA DIALOGICAMENTE ESTREITA DA MP Nº 741/2016 E A PREVISÍVEL TENSÃO ENTRE VALIDADE E FACTICIDADE

Depois de dezesseis meses de estudos, em 27 de novembro de 2013, ainda no governo da Presidenta Dilma Vana Rousseff (PT/RS), foi apresentada à Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei (PL) nº 6840, de autoria da comissão especial destinada a promover estudo e proposições para a reformulação do ensino médio (CEENSI) presidida pelo deputado Reginaldo Lopes (PT/MG) e relatado pelo deputado Wilson Filho (PT/PB) propondo a alteração da Lei nº 9394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da

educação nacional, para instituir a jornada em tempo integral no ensino médio, dispor sobre a organização dos currículos do ensino médio em áreas do conhecimento além de outras providências (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013).

Em 10 de dezembro de 2014, a comissão especial designada para proferir parecer (art. 34, II, §1º Regimento Interno da Câmara dos Deputados - RICD) apresentou substitutivo¹⁹ destacando que, mesmo o Projeto de Lei nº 6840/2013 tendo prescindido “de ampla e abrangente discussão acerca das dificuldades e desafios que se interpõem ao ensino médio atual, buscou, em sua extensa pauta de debates com os principais atores²⁰ do cenário do ensino médio” (CÂMARA, 2014, p. 194) a construção de texto alternativo que conseguisse avançar em relação à proposta inicial o tornando compatível com a realidade educacional brasileira.

O referido substitutivo foi aprovado em 16 de dezembro de 2014 estando, tanto este como o projeto original aguardando votação plenária da Câmara dos Deputados.

O Projeto de Lei, sob exame, tramitou sob o regime de prioridade disciplinado pelo art. 151, II do RICD²¹, ainda assim

19 “Substitutivo” é espécie de Emenda apresentada pelo relator que altera de forma substancial ou formal todo o seu conjunto pretendendo substituir o texto referencial na votação em plenário, sem, contudo, liquidar o projeto original que poderá ser aprovado em rejeição ao substituto (§4º, art. 118 do RICD).

20 Comissão de Educação (32, IX do RICD); Finanças e Tributação (32, X do RICD); Constituição e Justiça e de Cidadania (32, IV do RICD); Comissão Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (32, III do RICD); Comissão de trabalho, Administração e Serviço Público (art. 32, XVIII do RICD); e, Comissão Seguridade Social e Família (32, XVII do RICD).

21 “Art. 151. Quanto à natureza de sua tramitação podem ser:

(...)

II - de tramitação com prioridade:

a) os projetos de iniciativa do Poder Executivo, do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Mesa, de Comissão Permanente ou Especial, do Senado Federal ou dos cidadãos;

b) os projetos:

1 - de leis complementares e ordinárias que se destinem a regulamentar dispositivo constitucional, e suas alterações;” (RICD).

percebe-se que o lapso entre a apresentação do PL eo seu envio à plenária foi longo, assim como também foi extenso o envolvimento de comissões, o que torna explícita a complexidade da matéria e a importância de sua ampla discussão.

O logo tempo de hibernação do Projeto de Lei aguardando a votação plenária na Câmara dos Deputados é também resultado da intensa interferência Executiva na pauta legislativa do Congresso Nacional que desacelera as atividades parlamentares sobre seus próprios projetos (HORTA; LIMA, 2017), principalmente aqueles destinados ao exame de Leis ordinárias²².

Mesmo diante da intrincada matéria, em 22 de setembro de 2016, o Presidente da República editou Medida Provisória (MP) nº 746, instituindo política de fomento à implementação de escolas de ensino médio em tempo integral, estabelecendo diretrizes e bases da educação nacional, regulamentando o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, além de outras providências.

A referida MP utilizou como base o texto do substitutivo construído na Câmara dos Deputados, com algumas pontuais alterações sobre assuntos específicos ali já ajustados.

Na exposição de motivos da referida Medida Provisória, os conceitos jurídicos indeterminados²³ estabelecidos no art. 62 da Constituição da República de 1988 foram apresentados com fundamento em estatísticas levantadas pelo Instituto Nacional

22 Na Câmara dos Deputados prevalece o entendimento proferido pelo seu presidente a época, Michel Miguel Elias Temer Lulia (PMDB/SP), proferido em 11 de março de 2009, segundo o qual, o regime de urgência em medidas provisórias somente trancaria a pauta da Casa legislativa quanto às deliberações relativas às Leis ordinárias. Cf: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/639343.pdf>.

23 Ainda que não compreenda o recorte da pesquisa cumpre destacar que o STF firmou entendimento segundo o qual, somente se admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente. Sobre o tema conferir: ADI 2.527; ADI 4.029; ADI 2.213; ADI 2.213.

de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) que evidenciaram resultados aquém do mínimo previsto para a educação (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

Os dados apresentados apesar de não explicitarem os motivos que determinam os resultados apurados serviram de fundamento ao governo que apontou como causa do déficit, exclusivamente, o atual modelo educacional vigente, declarando este como incapaz de favorecer aprendizagem e induzir estudantes a desenvolverem suas habilidades e competências, fato que explicitaria a relevância da medida.

Realizando exercício de prognose, o governo federal justificou a urgência da medida executiva na prospecção de que na próxima década, a população jovem brasileira irá alcançar seu ápice, fato que impinge premência a determinar mudanças no modelo vigente de ensino no país com a finalidade de atingir a referida geração (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

Mesmo a espécie normativa gozando guarida constitucional, a promulgação da Medida Provisória nº 746/2016 teve grande repercussão social e política, possuindo destaque as ocupações de escolas, institutos federais e universidades em todo o país por estudantes cujo principal estandarte era a oposição à contrarreforma do ensino médio imposta pelo Executivo²⁴.

Diferente do PL que tramita na Câmara dos Deputados, em regime de prioridade, a MP possui força de lei a partir da data de sua publicação²⁵, produzindo, desde já, efeitos jurídicos²⁶, ainda que

24 Observa Leonardo Avritzer (2016, p. 65-67) que as últimas manifestações ocorridas no país retratam a indignação geral, considerando os elementos genéricos presentes em todas as manifestações sociais, ainda assim pode-se afirmar que as reivindicações têm origem na ruptura do consenso participativo, sendo este o elemento presente nas manifestações pós-junho de 2013.

25 Cf: *caput* do art. 62 da Constituição da República de 1988 e art. 20 da Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional.

26 Cf: §§3º e 11 do art. 62 da Constituição da República de 1988.

as deliberações e discussões sobre o tema se deem de forma reduzida e postergada em regime de tramitação restrito, regulado pela Resolução nº 1, de 08 de maio de 2002, do Congresso Nacional.

A imposição factível aqui destacada soou aos seus destinatários como atentado ao consenso participativo prévio, acondicionada à conclusão argumentativa passível de adesão, ignorando as precárias estruturas físicas das escolas, há muito reivindicado por alunos em suas manifestações pelo país (CAMPOS *et al*, 2016, p. 323).

A repercussão da imposição repercutiu em resistência e questionamento à validade democrática da Medida Provisória por mitigar a ampla ação comunicativa necessariamente aberta ao pluralismo presente na atual sociedade brasileira, fato que gerou tensão passível de ser observada em duas frentes, uma de caráter juridicamente interno, tensão interna, referente ao duelo entre a positividade e a legitimidade; e outro de caráter juridicamente externo, tensão externa, relativa ao conflito entre o poder coativo estatal e o desejo social (HABERMAS, 2003, p. 10).

Admitindo que a legitimidade a estruturar validamente as decisões estatais construa-se com a participação de seus destinatários, que utilizaram como instrumento a comunicação, é atribuído aos agentes de um Estado que se pretende democrático de direito ampliar e não restringir a construção procedimental adjetiva capaz de viabilizar a maior participação de cidadãos livres e interessados na construção argumentativa e racional das decisões estatais a ser positivada, na busca incessante de inclusão e isonomia.

Assim, ainda que se confirme, categoricamente, a validade normativa da MP nº 746/2016 em face de sua previsão constitucional como espécie normativa, temos que esta padece de validade estrutural democrática, também exigida constitucionalmente quando da declaração da aderência ao modelo de Estado Democrático de

Direito, fato que repercute na tensão entre a validade e facticidade experimentada.

5 CONCLUSÕES

O regime político adotado por um Estado reflete a evolução de momentos anteriores e as pretensões futuras, repercutindo, portanto o estado evolutivo construído até aquele momento.

O modelo de Estado Democrático de Direito possui como precedente o Estado Liberal de Direito, o Estado Social de Direito suas concepções atinentes à liberdade, igualdade, soberania popular, filosofia jurídica, mudanças sociais e históricas.

As tensões entre os pilares regulatórios disciplinados conforme o modelo de Estado adotado passou a exigir, na pós-modernidade, não apenas a validade normativa, mas a legitimidade democrática direcionada à participação de seus destinatários na construção normativa como meio de conformação.

O modelo de Estado Democrático de Direito comporta concepções variadas, porém, fundado no núcleo isonômico da democracia, a compreensão adequada às disposições constituições devem ser mais ampla, material e processualmente possível, afastando exclusões e promovendo a inclusão.

Diante desta concepção forte sobre democracia, a construção metateórica da democracia voltada à validade estrutural democrática constitui condição de legitimidade às decisões estatais substancial e adjetivamente ajustadas.

Ignorando o processo histórico de resistência dos alunos secundarista às ações afastadas da participação democrática direta, foi editada a Medida Provisória nº 741/2016 publicada em 22 de setembro de 2016 que instituiu a política de fomento à implementação de escolas de ensino médio em tempo integral, estabeleceu diretrizes e bases da educação nacional, regulamentou

o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, além de outras providências.

A referida Medida Provisória recebeu grande resistência social representada por ocupações de várias escolas e protestos por todo o país, evidenciando a grande tensão entre a facticidade e validade democrática decorrente da postura governamental que utilizou de espécie normativa juridicamente válida cuja via dialógica é previamente restrita, apesar do grande alcance social, fato que mitiga a validade democrática que estrutura, legitimamente, as decisões proferidas em um Estado que se pretende Democrático de Direito.

Assim é forçoso concluir que, apesar da MP nº 741/2016 possuir legitimidade assentada em estrutura constitucional normativa, de fato, padece de legitimidade democrática a estruturar as escolhas estatais proferidas no Estado Democrático de Direito, diante da grande necessidade de intensa discussão social sobre o tema a que regula, afastando seus destinatários do debate prévio afeto a toda a sociedade e às futuras gerações.

Data de Submissão: 25/02/2017

Data de Aprovação: 15/05/2017

Processo de Avaliação: double blind peer review

Editor Geral: Fernando Joaquim Maia

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente de Edição: Rafaela Patrícia Inocêncio

Diagramação: Emmanuel Luna

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, p. 31-48, 2005.

ALVES, Fernando Brito. *Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013.

ALVES, Marco Antônio Sousa. Linguagem e sociedade em Habermas: atos de fala, pragmática universal e agir comunicativo. *Seminário de pós-graduação em filosofia da UERJ*. 9. 2009. Rio de Janeiro, *Anais...* Rio de Janeiro: UERJ, p. 1-11, 2009.

ARAÚJO, Cícero. O processo constituinte brasileiro, a transição e o poder constituinte. *Lua nova*, São Paulo, n. 88, p. 327-380, 2013.

AVRITIZER, Leonardo. *Impasses da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2016.

BARCELOS, Renato de Abreu. *Linguagem, discurso e deliberação: a democratização da discricionariedade administrativa no paradigma do Estado Democrático de Direito*. 285 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gérias, Belo Horizonte, 2014.

BEDENDI, LuísFelipeFerrari. *Decisão interlocutória processo nº 1049683-05.2015.8.26.0053, São Paulo, 16 dez. 2015*. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/abrirDocumentoVinculadoMovimentacao.do;jsessionid=1926DFDCFC92D1155ACD1609AC1096E3.cpopg6?processo.codigo=1H0008N4S0000&cdDocumento=46673762&nmRecursoAcesso=Decis%c3%a3o+Proferida>. Acesso em: 19 mai. 2017

BIELSCHOWSKY, Raoni M.. Democracia procedimental e democracia substantiva: entre um relativismo axiológico absoluto e um absolutismo axiológico relativo. ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFS. 20. 2011. Belo Horizonte. *Anais...* Florianópolis, CONPEDI, p. 9324-9346, 2011.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madri: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. *Revista brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, p. 209-223, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 23 jan. 2017.

BRASIL. *Medida Provisória nº 746, de 22 de setembro de 2016*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv746.htm. Acesso em: 02 fev. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Diário da Câmara dos Deputados, de dezembro de 2014*. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020141223001990000.PDF#page=194>. Acesso em: 02 fev. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Exposição de motivos da medida provisória nº 746/2016, de 15 de setembro de 2016*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medidaprovisoria-746-22-setembro-2016-783654-exposicaodemotivos-151127-pe.html>. Acesso em: 02 fev. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 6840, apresentado em 27 de novembro de 2013*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE9D4B92F6F943471B2C74137053C2EB.proposicoesWebExterno?codteor=1200428&filename=PL+6840/2013. Acesso em: 02 fev. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Regimento interno da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/glossario/e.html/?searchterm=emenda>. Acesso em: 02 fev. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Sistema de questão de ordem, de 11 de março de 2009*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/639343.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2017.

CAMPOS, Antônia J. M.; MEDEIROS, Jonas; RIBEIRO, Márcio M. *Escolas de luta*. São Paulo: Veneta, 2016.

CARTA CAPITAL, *Os secundaristas avançam contra Temer*. 18 de outubro 2016. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/os-secundaristas-avancam-contratemer>. Acesso em: 19 mai. 2017;

CONGRESSO NACIONAL. *Resolução nº 01, de 08 de maio de 2002*. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=222033&norma=234673>. Acesso em: 03 fev. 2017;

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade Brasília, 2001.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FRANÇA. *Declaração de direitos do homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da>

Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em: 29 jan. 2017

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entrefacticidade e validade*. Trad. de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Trad. Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

MARICATO, Ermínia; VAINER, Carlos; HARVEY, David; BRITO, Felipe; PESCHANSKI, João Alexandre; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SAKAMOTO, Leonardo; SECCO, Lincoln; ISAI, Mauro Luis; DAVIS, Mike; OLIVEIRA, Pedro Rocha de; ROLNIK, Raquel; Braga, Ruy; VIANA, Silvia; ZIZEK, Slavoj; LIMA, Venício A. de. *Cidades Rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo e Carta Maior, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Petição Inicial da Ação Civil Pública processo nº 1049683-05.2015.8.26.0053, São Paulo, 03 dez. 2015*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/%21PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2577000. PDF. Acesso em: 19 mai. 2017

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução nº 217-A, de 10 de dezembro de 1948*. Disponível em: http://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-217-1948_94854.html. Acesso em: 29 jan. 2017.

RELATÓRIO final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo., disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/arquivoWeb/com/com4372.pdf> . Acesso em 29 jan. 2017.

HORTA, Renato. Lei Geral da Copa e as Responsabilidades Civas da Administração: Lei nº 12.663, de 05.06.2012. *Direito Público*, Brasília, nº 46, p. 141-157, jul-ago. 2012.

HORTA, Renato; LIMA, Eduardo Martins de. A intensidade da participação do Poder executivo na atividade legiferante: a determinação da pauta legislativa no primeiro ano do segundo mandato da presidente Dilma Vana Rousseff. *Revista do Direito Público*. Londrina, v. 12, n. 1, p. 46-83, abr. 2017.

HORTA, Renato; *Controle concentrado de constitucionalidade: elemento estrutural de validade das decisões sobre política pública*. Curitiba: Juruá, 2017.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, F. H; SANTOS, R. J. Direitos, princípios e garantias fundamentais: fundamento de legitimidade do Estado constitucional democrático de direito. In: TAVARES, Fernando Horta; SEVERINO e SOUZA, Simone Letícia (Org.). *Teoria geral do Direito Público: institutos jurídicos fundamentais sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

VASCONCELLOS, Mariana Vannucci; MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Políticas públicas e sua importância para o desenvolvimento. ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFS. 2008. Salvador. *Anais...* Florianópolis, p. 197-217, 2011.

The provisional measure n° 746 of 2016 and a democratic structural validity in the model of the Brazilian State: reform of the education and the taking of the schools

Renato Horta Rezende

Eduardo Martins de Lima

Abstract: In 2016, the President of the Republic Michel Miguel Elias Temer Lulia (PMDB/SP) issued the Provisional Measure (PM) n° 746, intending, in synthesis, to immediately implement the reform of secondary education in Brazil. Given the great social repercussion, we investigated the tension between the facticity and validity having as an issue the existence of a democratic structure to legitimize the measure, while not voted by the National Congress. The hypothetical-deductive method was applied based on the hypothesis of the normative formal legitimacy of the PM and the structural democratic mitigation, contrary to the constitutional text, under the Habermanian conception. It was concluded by the confirmation of the hypotheses.

Keywords: Provisional measure n° 746/2016; Counterreform of high school; Democratic structural validity.

O “Direito” dos Agrotóxicos e a Soberania Alimentar entre Saúde, Economia e Escolhas Políticas

THIAGO HENRIQUE COSTA SILVA

Mestrando em Direito Agrário pela UFG e Professor da UNIALFA

Email: thiagocostasilva.jur@gmail.com

JOÃO DA CRUZ GONÇALVES NETO

Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e

Professor na Universidade Federal de Goiás.

Email: dellacroce@dellacroce.pro.br

Resumo: Aliados ao aumento da produção e às questões econômicas, o consumo e utilização de agrotóxicos vêm aumentando em todo o mundo, tornando-se um dos esteios do denominado agronegócio, especialmente no Brasil, que já é apontado como um dos maiores consumidores. Em terras brasileiras, a conjugação de interesses governamentais – de alguns dos agentes do Estado – e privados – de indústrias químicas multinacionais – delineia uma rede de proteção aos agrotóxicos, que passam a contar com uma série de aparatos jurídicos e políticos para a manutenção de um sistema de produção que o preconize. Por outro lado, estudos apontam os malefícios relacionados à exposição e ao consumo, mesmo em pequenas quantidades, desses insumos agrícolas. Dessa forma, o presente artigo tem a função de, através de uma abordagem dialógica, baseada em pesquisa bibliográfica e análise indireta de dados, questionar o modelo de produção atual e o papel do poder público para essa manutenção, com legislações, políticas públicas e fiscalizações permissivas. Nesse sentido, o conceito de soberania alimentar e a agroecologia será apontado como uma das alternativas, que buscará o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à saúde, em vez de aspectos econômicos que favoreçam apenas uma pequena parcela de grupos políticos e empresariais.

Palavras-chave: Agrotóxicos; Soberania Alimentar; Agronegócio; Políticas Públicas.



O “Direito” dos Agrotóxicos e a Soberania Alimentar entre Saúde, Economia e Escolhas Políticas

THIAGO HENRIQUE COSTA SILVA¹

JOÃO DA CRUZ GONÇALVES NETO

INTRODUÇÃO

O tema agrotóxicos sempre desperta bastante interesse, seja por suas variáveis, por vezes ainda desconhecidas, na saúde humana e no meio ambiente, seja pela sua variável econômica, comumente relacionada ao aumento da produção, nos moldes da revolução verde, ou mesmo à ausência de segurança e soberania alimentar.

Desse modo, o presente artigo tem como objetivo principal abordar o uso dos agrotóxicos no Brasil, suas consequências, as legislações e as políticas públicas correlacionadas, discutindo o caminho que vem sendo seguido pelos diversos atores da sociedade brasileira.

Para a realização da pesquisa faz-se o uso do método dialógico, através uma abordagem qualitativa: inicialmente ocorreu um levantamento de dados e de bibliografia; posteriormente esses dados e argumentos foram organizados de maneira concatenada; por fim, buscou-se estabelecer uma análise crítica e interdisciplinar da questão.

Nesses moldes, a estruturação do artigo se dá em três principais tópicos. O primeiro trata da consolidação do agronegócio como modelo de produção no Brasil e, com ele, do uso crescente de agrotóxicos. Por conseguinte, são levantados os riscos ambientais e à saúde humana advindos desse uso, de modo a possibilitar

¹ Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Goiás (FAPEG)

o questionamento desse modelo e a necessidade ou não de sua substituição.

Em seguida, o segundo tópico versa sobre as políticas públicas, que permitem e, até mesmo, estimulam a comercialização e consumo de agrotóxicos, como se todos os riscos fossem inexistentes ou como se não houvesse outra alternativa, a exemplo dos marcos regulatórios, que são ínfimos quando comparados com países como os Estados Unidos ou àqueles integrantes da União Europeia.

A força econômica e política dos setores que defendem o uso de agrotóxicos consegue realizar uma espécie de “blindagem” no sistema jurídico vigente, impedindo quaisquer medidas que visem maior controle e diminuição do uso dessas substâncias, ou, ainda, que apontem alternativas a eles, formando um verdadeiro “direito” dos agrotóxicos.

Por último, serão apresentados o conceito de soberania alimentar, fortemente relacionado às práticas agroecológicas, e a adoção de políticas públicas ou ativismo social conexos à transição do modelo agrícola do agronegócio para o agroecológico, como formas de resiliência da população brasileira frente às imposições cotidianas.

Com tudo isso, pretende-se apresentar um panorama da situação dos agrotóxicos no Brasil e realizar um alerta a respeito das consequências para o meio ambiente e para a saúde humana. O futuro da humanidade e o direito à alimentação saudável e equilibrada depende de uma escolha política que deverá sopesar aspectos sociais, culturais, econômicos e, em especial, os ligados à saúde humana.

1. QUANDO A SAÚDE PRECISA SER A ALTERNATIVA E O AGRO É SOMENTE UM NEGÓCIO

Os caminhos traçados pelo poder público são consequências diretas de seus desígnios, que são consubstanciadas em políticas públicas. Ao escolher uma política pública, desde que seja submetida

ao debate público, o poder público está definindo “o quê, quando, com que consequência e para quem” (TEIXEIRA, 2002, p. 2), delineando não só as relações que envolvem o poder público, mas também aquelas que permeiam a relação dos demais atores da sociedade.

Sem a participação dos diversos segmentos da sociedade em sua formulação, uma política pode ter um caráter meramente estatal (TEIXEIRA, 2002, p. 2), não englobando o caráter público. De outra forma, uma política pública deveria conter o resultado de um debate da pluralidade de ideias que compõem uma sociedade e não refletir apenas o interesse daqueles que estão no poder ou de grupos organizados e fragmentados que consigam pressionar o Estado (SOUZA, 2006, p. 27).

Nesse sentido, as políticas agrícolas são espécies de políticas públicas, que norteiam os caminhos e transformações das relações agrárias. As políticas agrícolas são aquelas destinadas a interagir com o comportamento dos agricultores e dos mercados agropecuários, e analisar os fatores estruturais que determinam o seu comportamento a longo prazo, a exemplo da carga fiscal, da infraestrutura econômica-social e do uso da terra (DELGADO, 2001, p. 23).

Dessa forma, o modelo agrário, conhecido como agronegócio atualmente, é decorrente de numerosas escolhas políticas dependentes de muitos fatores, a exemplo da vontade dos governantes, dos debates englobando parcelas da sociedade e dos momentos históricos vivenciados (SOUZA, 2006, p. 27 e 28).

1.1. A consagração do agronegócio no Brasil

O Brasil se destacou, desde os seus primórdios, por uma intensa atividade agrária, ora extrativista, com as madeiras de lei e com os minérios, ora produtivista, com a cana-de-açúcar, o café, o algodão, dentre outras culturas. Com um clima abrangendo

índices pluviométricos razoáveis e periódicos, com energia solar e água em abundância, concentrando ainda cerca de 22% das terras agriculturáveis do mundo (RODRIGUES, 2006, p. 14 e 15), a capacidade agropecuária desde logo acompanhou o desenvolvimento do país.

Da atividade agrícola clássica à moderna conexão entre agropecuária e indústria, o país consolidou o que hoje é denominado agronegócio, com destaque para a produção de monoculturas e para a concentração fundiária, oriunda de fatores históricos, políticos e econômicos.

Em uma breve linha temporal é possível destacar três fatores preponderantes para a concentração fundiária no Brasil: o histórico, uma vez que esse processo tem início com a adoção do sistema de sesmarias no Brasil, ainda colônia da coroa portuguesa, que estimulou a ocupação das terras e permitiu as grandes propriedades, sobretudo para fomentar a atividade açucareira; o político, que aparece em diversos momentos históricos, uma vez que os senhorios rurais se tornaram influentes no decorrer da história, ocupando lugares centrais, em especial no âmbito legislativo, que, inclusive hoje em dia, conseguem ocupar mais de 40% do corpo parlamentar; o econômico, que se traduz na capacidade de acumulação de capital dos grandes proprietários de terra, desde a formação do Brasil, o que permitiu a eles se modernizarem e se integrarem às indústrias (SILVA, 2016, p. 237).

Dessa forma, o agronegócio vem ocupando um papel de destaque na economia brasileira que, aliado à extensão do país e facilidades trabalhistas e tributárias, desponta como um dos setores que conseguiram crescer, mesmo nos últimos anos, em meio à crise política econômica.

No ano de 2016 o agronegócio conseguiu aumentar sua participação no produto interno bruto (PIB) do país, ao contrário de outros setores da economia, atingindo cerca de 23% do total do PIB brasileiro (CNA, 2016, p.20).

Com essa ascensão econômica, as projeções apontam um cenário favorável e crescente para o desempenho das atividades agropecuárias. A produção e a área plantada em grãos, por exemplo,

segundo relatório emitido pelo Ministério da Agricultura, pecuária e abastecimento (MAPA, 2016, p. 12, 13, 63 e 64), passará de 196,5 milhões de toneladas, em uma área de 58,1 milhões de hectares, em 2015/2016, para 255,3 milhões de toneladas, em uma área de 65,5 milhões de hectares, em 2025/2027, enquanto a produção de carne, considerando, também, o lapso temporal de uma década, passará de 26,3 milhões de toneladas para 34,1 milhões de toneladas.

O agronegócio brasileiro é o terceiro maior exportador de produtos, chegando a movimentar cerca de R\$ 40 bilhões nos últimos anos (MAPA, 2017, p. 1), por isso é tido como o principal combustível da economia brasileira e apontado por muitos como o caminho para a retomada do crescimento econômico do país.

Todavia, quando o assunto são as atividades agropecuárias, não existe possibilidade de a discussão ficar apenas no campo econômico, dos negócios, uma vez que as produções de alimentos envolvem inúmeros aspectos sociais, culturais e políticos. Dessa maneira, são recorrentes temas que se preocupam com a segurança alimentar² ou a soberania alimentar³, sendo apenas alguns exemplos: o uso de agrotóxicos, o uso de organismos geneticamente modificados, a aplicação de hormônios em animais para consumo, o grande consumo de água para a produção, o esgotamento do solo e os monocultivos.

2 A segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras da saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis (Art. 3º da lei 11.346, CONSEA, 2004, p.4).

3 (...) el derecho de los pueblos, las comunidades y los países a definir sus propias políticas agrícolas, de trabajo, pesca, alimentación y tierras, que sean adecuadas desde el punto de vista ecológico, social, económico y cultural a sus circunstancias únicas. Esta incluye el verdadero derecho a la alimentación y a producir el alimento, lo que significa que todo el mundo tiene el derecho a una alimentación inocua, nutritiva y culturalmente adecuada y a los recursos para producir estos alimentos, así como el derecho a poder alimentarse a si mismo y a sus sociedades. (ALMEIDA FILHO e SCHOLZ, 2008, p. 6).

1.2. Uso de agrotóxicos: uma questão de saúde

Dentre todas as questões que envolvem o agronegócio, a utilização de agrotóxicos é uma das mais polêmicas, seja pelo aumento cotidiano de consumo desses produtos, seja pelas inúmeras pesquisas que apontam casos de intoxicação direta e indireta (CONSEA, 2014, p. 8-10).

Com a denominada “revolução verde”, fundamentada na necessidade de rompimento com o conceito malthusiano de crescimento populacional e crescimento da produção de alimentos, o uso intensivo de agrotóxicos foi um dos principais trunfos para a transformação da produção agrícola no mundo. Desde de meados de 1970, a produção de alimentos cresceu vertiginosamente e continua crescendo, garantindo, de uma vez por todas, que não faltassem alimentos no futuro (CONSEA, 2014, p. 8).

No Brasil, ainda que um pouco mais tarde, a “revolução verde” chegou trazendo consigo os agrotóxicos, embalados em uma série de incentivos e isenções fiscais para a sua fabricação e comercialização. O país rapidamente passou a figurar como um dos maiores consumidores de agrotóxicos do mundo (TENDLER, 2011), em uma curva de crescimento exponencial, sendo que a comercialização por área plantada passou de 10,32 Kg/ha para 16,44 Kg/ha, no curto período de 2013 a 2017 (BRASIL, 2016c, p. 13).

O mercado de agrotóxicos cresceu, entre 2000 e 2010, cerca de 93% em âmbito mundial, mas considerando apenas o Brasil, o crescimento superou a marca dos 190% (ANVISA; UFP, 2012). Como se não bastasse, o agrotóxico mais consumido no Brasil é o glifosato (BRASIL, 2016c, p. 13), um organofosforado reconhecido internacionalmente por seus efeitos cancerígenos em humanos, com recomendações para o seu desuso (IARC; WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2015).

Esse crescimento e dependência do modelo de produção ao uso de agrotóxicos é apresentado como impedimento para o exercício da soberania alimentar, pois, além de contribuir para que a economia brasileira continuasse em patamar primário, freando a industrialização, subordina o Estado ao mercado mundial e às grandes multinacionais (CONSEA, 2014, p. 8). Empresas como Monsanto, Syngenta e Bayer movimentam cerca de 17 bilhões por ano no Brasil (CAMPANHA NACIONAL CONTRA O USO DE AGROTÓXICOS E PELA VIDA, 2012, p. 11), exercendo, nos bastidores políticos, uma verdadeira cruzada contra qualquer medida que venha reduzir seus lucros.

Em lado oposto, Rachel Carson, ainda em 1962, lançava seu livro *Primavera Silenciosa*, demonstrando como o DDT, famoso pesticida, era assimilado pelo organismo de diversos animais e, até mesmo, do homem, oferecendo riscos potenciais para o desenvolvimento de doenças como o câncer e outras mutações genéticas (CARSON, 2010).

“O uso de agrotóxico gera externalidades no meio ambiente e na saúde humana, sendo que muitos desses impactos no longo prazo ainda são desconhecidos” (SOARES; PORTO, 2007, p. 133). As externalidades negativas advindas do uso de agrotóxicos já são discutidas há bastante tempo e vêm sendo reconhecidas pelos mais diferentes países e por variados pesquisadores, mas, ainda assim, costumam ser a regra do modo de produção moderno que fundamenta o agronegócio.

Apesar de os lucros serem distribuídos ao longo da cadeia produtiva de agrotóxicos e de alimentos, os prejuízos são distribuídos para toda a sociedade, que arca com os gastos de saúde, trabalhistas, sociais e, conseqüentemente, econômicos, advindos da subjugação do país às grandes multinacionais e a esse modo de produção.

Dessa forma, as externalidades podem ser divididas em danos à saúde humana e danos ambientais (SOARES; PORTO, 2007, p. 138), ao passo que os ambientais também estão intimamente relacionados à qualidade de saúde e de vida dos seres humanos.

É ainda possível elencar uma série de danos ocasionados pelo uso de agrotóxico e sua consequente contaminação, oriundos daquilo que é denominado como risco químico pelas ciências da saúde. Os danos ambientais são aqueles que atingem o solo, a água, a flora e a fauna e ocorrem pela ação do agrotóxico de duas formas: a acumulação na biota e a contaminação da água e do solo. Dessa forma, considerando o ciclo ecossistêmico, os agrotóxicos espalham-se rapidamente, contaminando algumas espécies diretamente ou por meio da ingestão de vegetais e água contaminados, atingindo, por consequência, os demais animais, que têm, naqueles, suas fontes de alimento (SOARES; PORTO, 2007, p. 133 e 134).

Como importante exemplo de dano ambiental, está o caso divulgado pelo Greenpeace (BOER, 2013, p. 3 - 43), sobre o risco para as abelhas, quando expostas diretamente ou indiretamente aos agrotóxicos do tipo neocotinoides, corroborando para a extinção de variadas espécies, o que poderia ocasionar um sério desequilíbrio ambiental, haja vista que esses insetos são polinizadores naturais de várias espécies vegetais.

Quanto aos riscos para o homem, é possível dividi-los em diretos ou exógenos, quando o agrotóxico entra em contato direto com o ser humano, ou indiretos, através da ingestão de alimentos e de água. As intoxicações exógenas por agrotóxico no Brasil, em 2013, atingiram a marca de 6,23 casos por cem mil habitantes, sendo que entre 2014 e 2017 foram registrados 68.873 casos notificados, tornando-se um problema de saúde pública (BRASIL, 2016c, p. 14, 26 e 27).

São Paulo, Paraná, Minas Gerais, Pernambuco e Goiás, lideram as regiões brasileiras que mais registraram notificações de

intoxicações por agrotóxicos (BRASIL, 2016c, p. 18). Apesar de mais da metade dos casos apontados envolverem suicídios e homicídios por meio da absorção de agrotóxicos, a contaminação exógena também se dá pela simples prática laboral.

Os problemas ocupacionais são comumente associados à falta de informação dos trabalhadores e a não percepção de riscos, de modo que os trabalhadores aumentam sua vulnerabilidade aos agentes nocivos (PERES *et al*, 2005, p. 31).

É comum, dentre os trabalhadores rurais, sintomas como dores de cabeça, dores de barriga, tonteadas e, em casos mais graves, convulsões e desmaios, após a exposição à agrotóxicos (PERES *et al*, 2005, p. 34).

Pesquisa desenvolvida pelo Serviço Especializado em Saúde do Trabalhador (SEST) da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), indica que os trabalhadores rurais afetados por um adoecimento físico e mental, denominando “síndrome geral de fadiga nervosa” ou “doença dos nervos”, nome utilizado pelos sujeitos diagnosticados, podem estar associados tanto ao contato com agrotóxicos, quanto às condições precárias de trabalho e à vulnerabilidade psicossocial em que vivem (ARAÚJO *et al*, 2013, p. 402 e 403).

A contaminação também ocorre por absorção direta, quando da não utilização de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs), ou nos casos em que, mesmo quando utilizados, intensificam a exposição, uma vez que passam a ser fonte de contaminação, devido à ausência de especificidade para o trabalho rural com agrotóxicos, às lacunas funcionais no projeto e concepção, à não realização de manutenção, ao armazenamento inadequado e à ausência de descartes periódicos dos mesmos (VEIGA; *et al*, 2007, p. 65 e 66).

Para além daqueles que os manuseiam diariamente, há cada vez mais segmentos da população expostos aos agrotóxicos,

seja diretamente pela pulverização sobre “suas cabeças” ou indiretamente, pelo consumo de água contaminada ou de alimentos, provocando intoxicações agudas, pela dose elevada absorvida, e crônicas, pela exposição ao longo do tempo.

O CONSEA (2014, p. 11) aponta dermatites, câncer, neurotoxicidade retardada, desregulação endócrina, efeitos sobre o sistema imunológico, infertilidade, malformações congênitas, doenças no fígado, doenças nos rins, doença de Parkinson, dentre outras, como possíveis efeitos do agrotóxico nos seres humanos.

Nesse sentido, um caso emblemático, que merece ser relatado em especificidade, é o da contaminação do leite materno com agrotóxicos. Estudos apontam que várias substâncias organocloradas são encontradas no leite materno, com maior prevalência para o diclorodifeniltricloroetano (DDT) e derivados, sendo que a contaminação das gestantes ocorre tanto de forma direta - com o desempenho da atividade agrícola - quanto indireta - pela ingestão de alimentos e água -, aumentando, gradativamente, de acordo com os hábitos alimentares, idade materna, residência em área rural, dentre outros (CORRALO *et al*, 2016, p. 107).

A partir desses dados, parece óbvio que a utilização de agrotóxicos é uma questão de saúde pública e social, não podendo ser tratada apenas no contexto comercial em que a agropecuária brasileira se instalou, todavia as escolhas políticas do Brasil caminham em sentido oposto.

2. ENTRE PÉSSIMAS POLÍTICAS AGRÍCOLAS E QUESTIONÁVEIS CRITÉRIOS REGULATÓRIOS - BRASIL, O PARAÍSO DOS AGROTÓXICOS

Dentre às escolhas realizadas para nortear suas ações, o governo brasileiro tem adotado uma política agrícola voltada para o estímulo do uso de agrotóxicos, seja por meio de incentivos diretos, com a isenção de impostos, ou indiretamente, com a adoção de normas que

potencializam o seu uso indiscriminado e permita o aumento de sua comercialização.

A partir dos problemas citados no primeiro tópico, além de vários outros ainda desconhecidos, era de se esperar que as políticas públicas estivessem voltadas para a redução gradativa e até eliminação do uso de agrotóxicos, contudo o discurso determinista e malthusiano impera entre as indústrias e parte considerável do poder público, fundamentando-se na necessidade do uso de agrotóxicos para manter a alta produtividade de alimentos para toda a população crescente, ainda que a produção já tenha superado a muito tempo essa necessidade (PERES *et al*, 2005, p. 33).

Segundo Peres *et al* (2005, p. 33), mesmo considerando uma perda média de 60% da produtividade, com a utilização de técnicas alternativas ao uso do agrotóxico – ainda que existam estudos que apontam para perdas apenas em torno de 10% –, haveria capacidade alimentar para 40 vezes o número de habitantes do planeta. E se, mesmo hoje, ainda existe fome, o grande problema está na concentração de riquezas e não no simples aumento de produção.

Ainda, como forma de banalizar o uso e suprimir os riscos, o projeto de lei 3200/2015 (BRASIL, 2015) trata daquilo que o dossiê ABRASCO denomina retórica da ocultação (CARNEIRO *et al*, 2015, p. 28 e 29). O projeto de lei que visa substituir a Lei 7.802/89 (BRASIL, 1989) trocaria a nomenclatura agrotóxico pela denominação defensivos agrícolas, ocultando os efeitos dos agrotóxicos à saúde humana e ao meio ambiente e ainda concedendo a eles um efeito positivo: o de defender os alimentos.

Nesse contexto, o documentário “O veneno está na mesa” (TENDLER, 2011) traz a realidade do país que consome mais de 5,2 litros/ano por habitante de agrotóxicos. O documentário mostra como algumas autoridades públicas se relacionam com o tema, defendendo o uso de agrotóxicos, tal como levanta uma questão:

por que o Brasil ainda utiliza agrotóxicos proibidos em quase todo mundo pelo risco que representam à saúde pública?

O processo de registro de agrotóxicos no Brasil é fundamentado em três dossiês: agronômico, toxicológico e ambiental, sendo realizados respectivamente pelo MAPA, ANVISA e IBAMA, que também cuidam dos processos de revisão, contudo tais órgãos possuem um corpo técnico formado por 8 (oito), 23 (vinte e três) e 15 (quinze) servidores, respectivamente (FOLGADO, 2014, p. 18).

Em um país que se tornou um dos maiores consumidores de agrotóxicos e que, atualmente, possui mais de 430 ingredientes ativos e 1.400 formulações de agrotóxicos devidamente registradas, não é factível ter um corpo técnico tão reduzido, a não ser por escolha política duvidosa. Por esse motivo, e talvez por outros interesses, dos 50 agrotóxicos mais utilizados no Brasil, 22 são proibidos pela União Europeia (CARNEIRO *et al*, 2015, p. 53).

Ademais, o registro de um agrotóxico no Brasil não sofre reavaliação periódica, perdurando por longos espaços de tempo, além do que o custo de registro é muito baixo, cerca de U\$ 53,00 (cinquenta e três dólares) a U\$ 1.000,00 (mil dólares), enquanto nos Estados Unidos, por exemplo, paga-se U\$ 630.000,00 (seiscentos e trinta mil dólares). Esses fatores levam as empresas a buscarem o registro de princípios ativos, ainda que não os lancem no mercado, somente para garantir o futuro direito comercial, sobrecarregando ainda mais os órgãos responsáveis e onerando o país, uma vez que produtos melhores, menos nocivos, tendem a ficar fora de comercialização enquanto as indústrias quiserem. (FOLGADO, 2014, p. 15)

É esse conjunto de normas favoráveis à utilização de agrotóxicos, aliada às dificuldades regulatórias e fiscalizatórias que fazem do país uma espécie de paraíso para as grandes multinacionais que dominam o mercado brasileiro.

2.1. Políticas agrícolas e o “direito” dos agrotóxicos

O termo “direito” dos agrotóxicos não trata, tão somente, das normas que regulam a utilização dos agrotóxicos ou se relacionam indiretamente com o tema, mas também da forma como os agrotóxicos são tratados no país, como se constituíssem verdadeiros sujeitos de direitos⁴, com os mais aguçados defensores, ora políticos, ora servidores, ora produtores, ora indústrias químicas multinacionais.

Essa junção de interesses, aliada ao fato de o Brasil ser um dos maiores produtores agropecuários do mundo e o maior consumidor de agrotóxicos, corrobora para que a utilização indiscriminada desses agentes nocivos ganhe, também, proteção jurídica.

Um exemplo disso foi a recente sanção pelo presidente Michel Temer da Lei nº 13.301/2016 (BRASIL, 2016b), que permite a dispersão de inseticida para o controle do *Aedes Aegypti* por aeronaves, com prévia aprovação das autoridades sanitárias comprovada a eficácia da medida. O fato é que a pulverização aérea de agrotóxicos é amplamente questionada por suas consequências e, dada a sua dispersão, no âmbito da agricultura, é proibida a menos de 500 metros de povoações, cidades, vilas, bairros e mananciais de captação de água e a menos de 250 metros de mananciais de água, moradias isoladas e agrupamentos animais, conforme artigo 10 da Instrução Normativa nº 2 do MAPA (MAPA, 2008)

4 Não se trata de sujeito enquanto pessoa física, mas sim dos atributos concedidos ficticiamente à um sujeito de direito. Dessa forma, ser um ser humano não se confunde com ser sujeito de direito ou ter algum tipo de capacidade jurídica (LEONARDO, 2010, p. 568), pois o sujeito de direito é aquele que é “titular de uma situação jurídica (*lato sensu*), seja como termo de relação jurídica, seja como detentor de uma simples posição no mundo jurídico (situação jurídica *strictu sensu*)” (MELLO, 2011, p. 143). Nesse conceito moderno de sujeito de direito, todo e qualquer ente que esteja posicionado em uma situação jurídica estão aptos a praticar determinados atos jurídicos. Assim, os agrotóxicos, metaforicamente, constituem-se sujeitos de direito através de suas interferências na delimitação de diversas políticas públicas e no debate legislativo e jurisdicional sobre o tema.

O grande embate quanto a pulverização aérea é a sua efetividade, pois apenas 32% dos agrotóxicos pulverizados permanecem nas plantas, enquanto o restante ou vai para o solo, sendo levada ao lençol freático ou evaporado, ou para as áreas circunvizinhas pelo ar, a chamada deriva técnica (CARNEIRO *et al*, 2015, p. 110). Dada a perda ocasionada pela pulverização, a quantidade a ser utilizada deve ser maior para produzir resultados idênticos.

Essa deriva técnica acaba agredindo o ecossistema, uma vez que invade o lençol freático, os cursos de água, integrando toda a cadeia alimentar. Como parâmetro dessa constatação, a análise desenvolvida por Veiga *et al* (2007, p. 65), na região do município de Paty do Alferes, constatou a concentração de 5µg/L ou mais em 70% das amostras analisadas, enquanto a União Europeia estabelece o valor máximo de 0,1µg/L de concentração de qualquer agrotóxico.

Dessa forma, a pulverização de inseticidas visando o combate à dengue, nos termos do dossiê ABRASCO, seria uma espécie de estudo piloto, em que os agrotóxicos melation, fenitrontiona, ambda cialotrina e nalede seriam dispersados, de forma a possibilitar a prática em um futuro próximo fora dos limites, já insuficientes, da instrução normativa de 2008 (REIS, 2016).

Outro exemplo da proteção concedida ao uso dos agrotóxicos é a isenção de impostos. Enquanto o Decreto 8.950/16 (BRASIL, 2016a) concede isenção dos impostos sobre os produtos industrializados (IPI), o convênio 100/97 do Conselho Nacional de Política Fazendária (MINISTÉRIO DA FAZENDA *et al*, 1997), possibilita que os Estados e o Distrito Federal reduzam a base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) em até 60%. Essa política possibilita a diminuição do preço de agrotóxicos e o aumento do consumo (PIGNATI; MACHADO, 2011).

Tendo como base a grave concessão de benefícios fiscais para a indústria química, sem que se levasse em conta a toxicidade dessas substâncias e seus efeitos ao meio ambiente e à saúde da

população, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ingressou com a ADI 5553 (BRASIL, 2016d), com base no desrespeito ao direito ao meio ambiente equilibrado, à saúde e na violação do princípio da seletividade tributária, que deveria objetivar o interesse público e não o contrário. A matéria está no STF e vai a julgamento no plenário sem apreciação da liminar, em rito abreviado.

2.2. Os dados questionáveis da ANVISA

No final de 2016, a ANVISA divulgou o relatório do Programa de Análises de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA), concluindo que cerca de 99% das amostras de alimentos analisadas estariam livres de resíduos de agrotóxicos com risco agudo para a saúde, ou seja, que pode gerar intoxicação dentro do período de 24 horas.

O PARA é um projeto integrante do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS) com o objetivo de avaliar e promover a segurança alimentar, em especial em relação aos resíduos de agrotóxicos. Para realizar tal avaliação, o projeto utiliza as Boas Práticas Agrícolas, que visa o uso dos agrotóxicos considerando seus riscos toxicológicos, de modo que os resíduos sejam abaixo do limite máximo permitido e toxicologicamente aceitáveis. Para tanto a ANVISA estabelece o limite máximo de resíduos (LMR), estabelecidos no momento do registro das substâncias, e o intervalo de segurança, que é o tempo entre a última aplicação do agrotóxico e a colheita do alimento. (ANVISA, 2016, p. 5).

25 (vinte e cinco) tipos de alimentos foram testados, em 12.051 amostras, sendo que em 42% não foram detectados resíduos, em 38,3% das amostras foram detectados resíduos em concentrações iguais ou inferiores ao LMR (ANVISA, 2016, p. 5), ou seja, 19,7% apresentaram concentração de resíduos acima do limite máximo permitido.

O relatório também estabeleceu uma nova variável, em relação ao relatório anterior, publicado em 2013: o risco agudo. Tal variável

é estimada a partir do cálculo da Ingestão Máximo Estimada Aguda (IMEA), verificada, especificamente, para cada amostra, sendo calculada a quantidade máxima estimada de resíduo de agrotóxico em alimentos consumida durante um período de até 24 horas, definida em miligrama de resíduo por quilograma de peso corpóreo (mg/kg). Tal estimativa tem o condão de definir o perigo, a dose-resposta e a exposição como elementos para a ocorrência de efeitos adversos advindos do consumo de agrotóxicos (ANVISA, 2016, p. 6)

Nesses parâmetros, os 25 (vinte e cinco) alimentos foram testados, sendo que a laranja apresentou 12,1% de risco agudo, em especial pela presença de carbofurano, enquanto o abacaxi apresentou 5,0% de risco agudo por presença de carbendazim. Outros elementos, a exemplo da uva, do morango, do mamão e do feijão apresentaram percentagens menores, enquanto outros como banana, abobrinha, mandioca e cenoura não apresentaram risco agudo algum. Como medidas para evitar a contaminação, a Agência de Vigilância Sanitária sugeriu que lavar com água e sabão ou retirar a casca de alguns alimentos poderiam ser mecanismos de redução do risco. (ANVISA, 2016, p. 131 e 132).

No total, apenas 1,11% das amostras monitoradas foram consideradas como portadoras de resíduos de agrotóxicos ocasionadores de risco agudo à saúde (ANVISA, 2016, p. 112). Contudo, logo os dados foram divulgados, parcelas da sociedade civil organizada denunciaram a seletividade da pesquisa e a inadequação da análise a partir do risco agudo (IDEC, 2016 e CAMPANHA NACIONAL CONTRA O USO DE AGROTÓXICOS PELA VIDA, 2016).

A primeira lacuna a ser apontada é a não inclusão nos resultados de variadas substâncias, por exigirem maior especificidade nos testes, dentre as quais destacam-se os dois princípios ativos mais comercializados no Brasil (IBAMA, 2014):

o glifosato e o 2,4 D. Ainda, é possível destacar a redução de substâncias testadas, em alguns casos, entre 2012, quando foram analisados 133 princípios ativos no pepino e 83 na uva, e 2015, quando o número foi reduzido para até 90, no caso do pepino, ou para 73, no caso da uva. (ANVISA, 2013, p. 12 do anexo I. e ANVISA, 2016, p. 73 e 86).

Outra questão que fragiliza a estatística é o fato de que algumas substâncias não foram testadas no total de amostras. No tomate, por exemplo, a depender da substância, apenas 232 amostras foram analisadas, enquanto para outras foram realizados testes em 730 (ANVISA, 2016, p. 94).

Ademais, divulgar que apenas cerca de 1% dos alimentos analisados representam risco agudo à saúde é, no mínimo, omissão dos fatos e tentativa de manipular informações. É sabido que, para além dos casos de intoxicação aguda, existem várias doenças crônicas associadas à exposição por agrotóxicos, a exemplo de infertilidade, impotência, abortos, malformações, neurotoxicidade, desregulação hormonal, câncer, dentre outros, que, pelo lapso temporal com que são diagnosticadas, podem não ser correlacionadas diretamente ao agente nocivo (INCA, 2013, p. 3).

Ainda que se levasse em consideração apenas os casos de risco agudo, não parece razoável a conclusão do relatório pela “segurança alimentar aceitável”, haja vista que 1% dos alimentos podendo causar irritação na pele e olhos, coceira, cólicas, vômitos, diarreias, espasmos, dificuldades respiratórias, convulsões ou mesmo morte (INCA, 2013, p. 3), não é uma banalidade facilmente admissível.

3. EM BUSCA DE UMA SOBERANIA ALIMENTAR: O PAÍS RESILIENTE

Ainda que o panorama apresentado anteriormente seja desanimador, a busca por uma alimentação saudável e equilibrada,

tal como por políticas públicas que busquem reduzir o consumo de agrotóxicos têm sido cada vez mais presentes no Brasil.

Nesse sentido, o conceito de soberania alimentar, já retratado no primeiro tópico, de forma mais abrangente que o conceito de segurança alimentar, nasce de preocupações dos movimentos sociais, que iriam além de garantir alimentos para todos. O debate sobre a soberania alimentar se consolida na 2ª Conferência Internacional da Via Campesina, no México, em 1996, como forma de retomada do poder de decisão dos setores sociais quanto aos rumos da produção no campo (ALEM *et al*, 2015, p.19)

O “conceito de Soberania Alimentar é a síntese de um projeto alternativo, o qual tem na agroecologia os métodos adequados de produzir no campo, tendo como objetivo a justiça social e a dignidade das pessoas” (ALEM *et al*, 2015, p. 21). Por isso, a soberania alimentar engloba o discurso contra o uso de agrotóxicos, que, como já salientado anteriormente, causas inúmeros malefícios para o meio ambiente e para o ser humano, além de condicionar o modo de produção contemporâneo à obrigatoriedade de sua utilização.

Com esse intuito, o documentário “O veneno está na mesa II” (TENDLER, 2015) visa desconstituir o mito de que a utilização de agrotóxicos é fundamental para a produção em grande escala. Ao lado de movimentos sociais, o material audiovisual elenca alternativas ao uso de venenos, práticas sustentáveis e agroecológicas, terminando por demonstrar as dificuldades para a comercialização dos alimentos produzidos dessa forma.

A agroecologia, prática cada vez mais difundida, ganha espaço por se tratar de uma “nova abordagem que integra os princípios agrônômicos, ecológicos, socioeconômicos à compreensão e avaliação do efeito das tecnologias sobre os sistemas agrícolas e a sociedade como um todo” (ALTIERI, 2004, p.23), com destaque para os saberes

locais/tradicionais, buscando o desenvolvimento rural sustentável e menos prejudicial ao meio ambiente (SEVILLA GUZMÁN, 2001, p. 38).

A denominada transição agroecológica visa preservar a biodiversidade, evitando a erosão genética crescente do modelo de produção neoliberal, a partir da rotação de culturas, do plantio direto, do respeito às culturas locais, da não utilização de agrotóxicos, da proteção do solo contra a erosão, dentre outros (MACHADO; MACHADO FILHO, 2014, p. 78).

Com base nessas novas necessidades, são cada vez mais necessárias políticas públicas que irão ao encontro das práticas agroecológicas e da produção limpa, mas também é necessário o desenvolvimento de pesquisa agrícola que viabilize esse tipo de produção, ao invés de pesquisas que visam tão somente a expansão da monocultura (MACHADO; MACHADO FILHO, 2014, p. 82).

Apesar de ainda incipiente, já é possível visualizar algumas medidas políticas e jurídicas para que essa transição se efetive. O Projeto de Lei 337/2008 (BRASIL, 2008), por exemplo, de autoria do senador Valdir Raupp, prevê a obrigatoriedade de utilização de rótulos com códigos de barra, que permitem a rastreabilidade de agrotóxicos, que seriam registrados eletronicamente em banco de dados integrado. Tal medida facilitaria as ações de controle, inspeção e fiscalização das substâncias e de sua comercialização.

No âmbito do judiciário, medidas começam a ser tomadas a respeito da utilização indiscriminadas de agrotóxicos, punindo empresas em âmbito individual, por intoxicação de trabalhadores, por exemplo, mas também no âmbito coletivo, por ter colocado parcela da população em risco. Um exemplo é o caso que ocorreu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que o desembargador relator Marco Antônio Ângelo manteve a condenação de primeira instância da empresa Transporte e Comércio de Hortifrutigranjeiros

D’Agostini LTDA, por comercializar beterrabas com alto índice de agrotóxicos, tendo a mesma sido condenada a pagar uma indenização de R\$ 50.000,00, por cometimento de prática comercial abusiva (RIO GRANDE DO SUL, 2016). Apesar de ainda ser caso isolado, o judiciário começa a estabelecer jurisprudência no sentido de responsabilizar o excessivo uso de agrotóxicos.

No âmbito legislativo é possível destacar uma série de normatizações que colaboram para essa mudança paradigmática do modelo de produção, a exemplo da Lei nº 11.947/2009 (BRASIL, 2009), que determina que, no mínimo, 30% do valor repassado aos estados, municípios e Distrito Federal pelo Fundo nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) para o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) deverá ser utilizado na compra de gêneros alimentícios provenientes da agricultura familiar, do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando assentamento da reforma agrária, comunidades tradicionais indígenas e quilombolas.

Em outro viés, a Lei nº 12.305/2010 (BRASIL, 2010b) institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), regulamentada pelo Decreto nº 7.404/2010 (BRASIL, 2010a), estabelece o instrumento de logística reversa, que compartilha a responsabilidade pelo ciclo de vida de produtos, dentre os quais se destaca as embalagens de agrotóxicos, que devem ser recolhidas para a destinação adequada, evitando maiores contaminações do meio-ambiente.

Também é comum o ativismo dos movimentos sociais, dos diferentes setores privados e, até mesmo, de setores públicos no sentido de buscarem alternativas ao modo de produção dominante, que tanto agride o ser humano e o meio ambiente. No segundo semestre de 2016, várias movimentações ocorreram com esse mote: foram desenvolvidas várias atividades, com a participação de vários movimentos sociais, no bojo da “Campanha permanente contra

os agrotóxicos e pela vida”; o IDEC lançou o “movimento comer livre”, promovendo hábitos de alimentação saudáveis; durante o 24º Congresso Brasileiro de Nutrição (CONBRAN) foi lançada a “Aliança pela alimentação adequada e saudável”, buscando a segurança e a soberania alimentar no Brasil; e o governo promoveu uma série de debates sobre o “pacto nacional para a alimentação saudável”.

Mesmo com todo esse processo de resiliência, que coaduna com o aumento gradativo de ações tendentes a questionar e modificar o modo de produção monocultor e com a utilização excessiva de agrotóxicos, é importante que se estabeleça uma agenda de transição agroecológica. Com esse objetivo, o dossiê ABRASCO (CARNEIRO; *et al*, 2015, p. 389 - 413) elenca algumas ações, a exemplo da criação de zonas livres da influência de monocultivo, agrotóxicos e transgênicos; da criação de pesquisas, seguro rural e assistência técnica, social, ambiental e extensão rural voltados para a agroecologia e produção orgânica; banimento dos agrotóxicos já banidos em outros países; proibição de pulverização aérea; fim das isenções fiscais e créditos para agrotóxicos; reavaliação periódica dos agrotóxicos autorizados; rotulagem de produtos com agrotóxicos, fiscalização de danos ao meio ambiente e aos trabalhadores; aumento do número de informações, dentre outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A grande multiplicação da produção agrícola, advinda da década de 1970, com a revolução verde, significou, também, o grande aumento no consumo de agrotóxicos. A mecanização do campo, em conjunto com o uso de produtos químicos fundamentam o modelo de produção agrícola baseado na produtividade, consubstanciado no que se conhece como agronegócio.

No decorrer dos anos, enquanto o consumo de agrotóxicos aumentava, de maneira diretamente proporcional, aumentavam-

se os danos ao meio ambiente e à saúde humana. O caso da contaminação do leite materno, da morte das abelhas polinizadoras, da infertilidade, das malformações congênitas, dentre tantos outros, revelam o grande risco que o uso dessas substâncias apresenta, em uma visão mais catastrófica, para a manutenção do meio ambiente e da vida, não só do homem, mas dos mais diferentes seres vivos.

Não é, portanto, plausível que o Brasil, ou qualquer país que seja, não dispenda esforços no sentido de substituir ou eliminar o uso dessas substâncias. Os agrotóxicos não podem ser mais, de maneira simplória, relacionados apenas às questões econômicas e negociais, mas devem, sobretudo serem analisados sobre o mesmo prisma que potencializou o seu uso: o direito à vida.

No entanto o governo insiste em estabelecer e manter as políticas públicas que incentivam o uso de agrotóxicos. Com um pacote composto por isenções fiscais, regulação permissiva e fiscalizações mínimas, a indústria química multinacional se sobrepõe aos direitos básicos da população, extirpando dela o direito de exercer a sua soberania alimentar.

Dessa forma, os interesses econômicos prevalecem sobre os demais, com base em uma união entre o poder público e a iniciativa privada para a manutenção de um modelo de produção altamente lucrativo, mas falido em ideais que visem o real interesse público. Um grande exemplo disso é o último relatório do PARA, que trata níveis de contaminação de alimentos por agrotóxicos como se fossem normais, fornecendo subsídios para o aumento do consumo sem, ao menos, fazer um alerta contundente sobre os riscos sofridos por quem os ingere em grandes ou pequenas doses diárias.

Ainda assim, existe um Brasil que resiste. A transição para o modelo agroecológico ainda é um objetivo distante, contudo as várias discussões públicas acerca de uma alimentação saudável e da soberania alimentar, alguns projetos de leis que visam aumentar

o controle da utilização dos agrotóxicos, ou mesmo as incipientes decisões nos tribunais quanto à responsabilização por contaminação, caminham nesse sentido.

Dessa forma, é possível apontar a necessidade do desenvolvimento de políticas públicas que garantam os direitos constitucionais a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e à saúde a toda sociedade. Esses debates acerca do agrotóxico e de seu uso, que já permeiam a sociedade, devem ser estendidos ao meio político e jurídico, de modo que as legislações se tornem cada vez menos permissivas, que o controle seja mais rigoroso e que o judiciário puna adequadamente os excessos.

Sendo assim, cabe ao poder público, em seus três poderes, adotar mecanismos que estimulem uma prática agrícola menos agressiva, ou, ainda, que não estimulem o uso de agrotóxicos, tornando os meios alternativos, como a agroecologia, viáveis politicamente e economicamente.

Nesse viés, a presente pesquisa não tem o condão de encerrar o assunto, afirmando o fracasso ou o sucesso na luta pela substituição e desuso dos agrotóxicos, mas tem o papel de demonstrar a gravidade dos temas relacionados ao seu uso, que, além das já comprovadas, podem ter consequências nefastas e inimagináveis ao meio ambiente e ao homem.

Por fim, são necessárias realizações de novas e numerosas pesquisas sobre os agrotóxicos e seus efeitos, assim como que os movimentos sociais e os variados setores da sociedade civil organizada se unam em prol de um mesmo objetivo: a busca pela soberania alimentar e pela “revogação” dos direitos concedidos aos agrotóxicos ao longo dos últimos anos, pressionando para que os governantes e para que o Congresso Nacional trabalhe em favor da população e não a favor de pequenos grupos econômicos.

Data de Submissão: 28/04/2017
Data de Aprovação: 16/05/2017
Processo de Avaliação: double blind peer review
Editor Geral: Fernando Joaquim Maia
Editor de Área: Jailton Macena de Araújo
Assistente de Edição: Rafaela Patrícia Inocêncio
Diagramação: Emmanuel Luna

REFERÊNCIAS

ALEM, Daniel; *et al.* **Segurança Alimentar e Soberania Alimentar: construção e desenvolvimento de atributos**. XXV Encontro Nacional de Economia Política. Foz do Iguaçu, 2015.

ALMEIDA FILHO, Niemeyer; SCHOLZ, Vera. **Soberanía alimentaria y seguridad alimentaria**. Anais do XLVI Congresso da Sober, Rio Branco: 2008.

ALTIERI, M. **Agroecologia: a dinâmica produtiva da agricultura sustentável**. 5ª Edição. Porto Alegre: Editora UFRGS, 2004.

ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA). **Relatório das análises de amostras monitoradas no período de 2013 a 2015**. Brasília: ANVISA, 2016.

ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA). **Relatório de atividades de 2011 e 2012**. Brasília: ANVISA, 2013.

ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária; UFP, Universidade Federal do Paraná. **Relatório ANVISA - UFPR sobre Mercado e Regulação de Agrotóxicos**. Brasília: ANVISA, 2012.

ARAÚJO, José Newton Garcia; *et al.* **Agrotóxicos: a semente plantada no corpo e na mente dos trabalhadores rurais**. Psicologia em Revista, v. 19, n. 3. Belo Horizonte, dez. 2013. p. 389-406.

BOER, Pieter. **El declive de las abejas: peligros para los polinizadores y la agricultura de Europe**. Nota técnica de la Unidad científica de Greenpeace. França: 2013.

BRASIL. Decreto nº 8.950, de 29 de dezembro de 2016. Aprova a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 dez. 2016a.

BRASIL. Decreto nº 7.4004, de 23 de dezembro de 2010. Regulamenta a Lei no 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 dez. 2010a.

BRASIL. Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica; altera as Leis nos 10.880, de 9 de junho de 2004, 11.273, de 6 de fevereiro de 2006, 11.507, de 20 de julho de 2007; revoga dispositivos da Medida Provisória no 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, e a Lei no 8.913, de 12 de julho de 1994; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jun. 2009.

BRASIL. Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 ago. 2010b.

BRASIL. Lei nº 13.301, de 27 de junho de 2016. Dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika; e altera a Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 jun. 2016b.

BRASIL. Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 jul. 1989.

BRASIL. Ministério da Saúde Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância em Saúde Ambiental e Saúde do Trabalhador. **Relatório Nacional de Vigilância em Saúde de Populações Expostas a Agrotóxicos**. Agrotóxicos na ótica do Sistema Único de Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2016c.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.200, de 2015**. Dispõe sobre a Política Nacional de Defensivos Fitossanitários e de Produtos de Controle Ambiental, seus Componentes e Afins, bem como sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação,

o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de defensivos fitossanitários e de produtos de controle ambiental, seus componentes e afins, e dá outras providências. 2015. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E59BD7220A57E1018DF8C717F4B4846E.proposicoesWebExterno1?codteor=1412079&filename=PL+3200/2015. Acesso em: 15 abr. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 337, de 2008**. Altera o art. 7º da Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, para instituir a rastreabilidade de agrotóxicos. 2008. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2969710&disposition=inline>. Acesso em: 15 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5553**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. 1 ago. 2016d.

CAMPANHA NACIONAL CONTRA O USO DE AGROTÓXICOS PELA VIDA. **Golpe na ANVISA: agrotóxico na comida é "aceitável"?**, 2016. Disponível em: <http://www.mst.org.br/2016/11/28/golpe-na-anvisa-agrotoxico-na-comida-e-aceitavel.html>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CAMPANHA NACIONAL CONTRA O USO DE AGROTÓXICOS PELA VIDA. **Situação do Mercado de Agrotóxicos no mundo e no Brasil**. São Paulo: mai 2012.

CARNEIRO, Fernando Ferreira, *et al* (org.). **Dossiê ABRASCO: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV; São Paulo: Expressão Popular, 2015.

CARSON, Rachel L. **Primavera Silenciosa**. Tradução Claudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Gaia, 2010.

CNA. Confederação da Agricultura e Pecuária no Brasil. **PIB e Performance do Agronegócio - Balanço 2016**. Brasília: CNA, 2016.

CONSEA. Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. **Mesa de controvérsias sobre impactos dos agrotóxicos na soberania e segurança alimentar e nutricional e no direito humano à alimentação adequada: relatório final**. Brasília: Presidência da República, 2014.

CONSEA. Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. **Princípios e Diretrizes de uma Política de Segurança Alimentar e Nutricional: Textos de Referência da II Conferência Nacional de**

Segurança Alimentar e Nutricional. Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional: Brasília, Presidência da República, 2004.

CORRALO, Vanessa da Silva; *et al.* **Presença de pesticidas organoclorados no leite materno: fatores de contaminação e efeitos à saúde humana.** HYGEIA, Revista Brasileira de Geografia Médica e da Saúde. v. 12, n. 22. Uberlândia: jun. 2016. p. 101-108.

DELGADO, Nelson Giordano. Política econômica, ajuste externo e agricultura. *in* LEITE, Sérgio Pereira (coord.). **Políticas Públicas e Agricultura no Brasil.** Porto Alegre: Ed. UFRGS, 2001.

FOLGADO, Cleber Adriano Rodrigues. **Agrotóxicos: Um problema invisibilizado.** Movimento dos Pequenos Agricultores - MPA. CLOC - Via Campesina/ Brasil. Brasília, abr. 2014.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade.** Bahia: AATR, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf. Acesso em: 15 mai. 2017.

IARC, International Agency for Research on Cancer; WORLD HEALTH ORGANIZATION. **IARC Monographs Volume 112: evaluation of five organophosphate insecticides and herbicides.** Lyon: IARC, 2015.

IBAMA, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. **Relatórios de comercialização de agrotóxicos. Boletins Anuais de produção, importação, exportação e vendas de agrotóxicos no Brasil.** Boletim 2014. Brasília: IBAMA, 2014.

IDEC, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. **IDEC critica relatório da Anvisa sobre resíduos de agrotóxicos em alimentos, 2016.** Disponível em: <http://www.idec.org.br/em-acao/em-foco/idec-critica-relatorio-da-anvisa-sobre-residuos-de-agrotoxico-em-alimentos>. Acesso em: 10 mar. 2017.

INCA, Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva. **Posicionamento do Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva acerca dos agrotóxicos.** Disponível em: http://www1.inca.gov.br/inca/Arquivos/comunicacao/posicionamento_do_inca_sobre_os_agrotoxicos_06_abr_15.pdf. Acesso em 10 mar. 2017.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão da teoria geral do Direito Civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello *in* EHRHARDT JR,

Marcos; DIDIER JR, Fredie. **Revisitando a teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Luís Carlos Pinheiro; MACHADO FILHO, Luís Carlos Pinheiro. **A dialética da agroecologia**: contribuição para um mundo com alimentos sem veneno. São Paulo: Expressão Popular, 2014.

MAPA. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Instrução Normativa nº 2, de 3 de Janeiro de 2008. **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 jan. 2008.

MAPA. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – Secretaria de Política Agrícola. **Projeções do Agronegócio - Brasil 2015/16 a 2025/16 – Projeções de Longo Prazo**. Brasília: MAPA, 2016.

MAPA. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Panorama do Agronegócio Brasileiro**. Brasília-DF: MAPA, 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINISTÉRIO DA FAZENDA *et al.* Reduz a base de cálculo do ICMS nas saídas dos insumos agropecuários que especifica, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 4 nov. 1997.

PERES, Frederico; *et al.* **Desafios ao estudo e contaminação humana e ambiental por agrotóxicos**. *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 10. Rio de Janeiro: 2005. p. 27-37.

PIGNATI, WA; MACHADO, JMH. **O agronegócio e seus impactos na saúde dos trabalhadores e da população do estado de Mato Grosso** in GOMEZ, CM; MACHADO, JMH; PENA PGL (orgs.). *Saúde do trabalhador na sociedade brasileira contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2011.

REIS, Vilma. **Nota contra a pulverização aérea de inseticidas para o controle de vetores**. 2016. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/noticias/institucional/nota-contra-pulverizacao-aerea-de-inseticidas-para-controle-de-vetores-de-doencas/17430/>. Acesso: 10 mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 0305822-62.2015.8.21.7000. Apelante: Transporte e Comércio de Hortifrutigranjeiros D’Agostini LTDA. Apelado: Ministério Público. **Diário da Justiça do Rio Grande do Sul**, 11 jul. 2016.

RODRIGUES, Roberto. **O céu é o limite para o agronegócio brasileiro**. Conjuntura Econômica, v.60, n.11. Rio de Janeiro: nov. 2006. p.14-15.

SEVILLA GUZMÁN, E. **Uma estratégia de sustentabilidade a partir da agroecologia**. Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 35-45, 2001 Disponível em: <<http://mstemdados.org/biblioteca>> Acesso em: 10 mar. 2017.

SILVA, Thiago Henrique Costa Silva. **O Desenvolvimento como paradigma da questão agrária: o capitalismo agrário em discussão in XXV Congresso do CONPEDI – Curitiba**. Direito Agrário e Ambiental. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p 236 a 256.

SOARES, Wagner Lopes; PORTO, Marcelo Firpo. **Atividade agrícola e externalidade ambiental: uma análise a partir do uso de agrotóxicos no cerrado brasileiro**. Revista Ciência & Saúde Coletiva, vol. 12. Rio de Janeiro: 2007. p 131-143.

SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão de literatura**. Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

TENDLER, Silvio. **O Veneno está na mesa II**. Documentário. Brasil: 2015.

TENDLER, Silvio. **O Veneno está na mesa**. Documentário. Brasil: 2011.

VEIGA, Marcelo Motta; *et al.* **A contaminação por agrotóxicos e os Equipamentos de Proteção Individual (EPIs)**. Revista Brasileira Saúde Ocupacional, n. 32. São Paulo: 2007. p. 57-68.

The “Right” of Pesticides and the Food Sovereignty between Health, Economy and Political Choices

Thiago Henrique Costa Silva
João da Cruz Gonçalves Neto

Abstract: Allied to increased production and economic issues, the consumption and use of pesticides have been increasing worldwide, becoming one of the mainstays of what is known as agribusiness, especially Brazil, which is already considered as one of the largest consumer. In Brazilian lands, a combination of governmental interests – of some state agents - and private – of multinational chemical industries - outlines a network of protection for pesticides, which now have a series of legal and political apparatus for the maintenance of a system of production that recommend this use. On the other hand, studies point out the harms related to exposure and consumption, even in small quantities, of these agricultural inputs. Therefore, the present article has the function of, through a dialogic approach, based on bibliographic research and indirect data analysis, to question the current production model and the role of public power for this maintenance, with legislations, public politics and oversight permissive. In this sense, the concept of food sovereignty and agroecology will be identified as one of the alternatives, which will seek the right to an ecologically balanced environment, the right to health, instead of economic aspects that favor only a small part of political and business groups.

Keywords: Pesticides; Food Sovereignty; Agribusiness; Public Politics.

Direito Fundamental ao Transporte: uma Análise a partir da Constitucionalização Simbólica e das Consequências Decorrentes da Fundamentalidade Do Direito

RUAN CARLOS PEREIRA COSTA

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia.

Email: ruancarlos6@yahoo.com.br

CÂNDICE LISBÔA ALVES

Doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e

Professora do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

Email: candicelisboa.prof@gmail.com

Resumo: O artigo se propõe a discutir a inserção do direito ao transporte entre os direitos fundamentais sociais estabelecidos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, que se deu por intermédio da aprovação da Emenda Constitucional (EC) nº 90 de 2015. Não obstante a nova alocação do direito ao transporte, indaga-se acerca das implicações práticas dela decorrentes no sentido de perquirir-se se a população que necessita dessa política pública foi beneficiada ou não, assim como o sentido da sua fundamentalidade tendo em vista a manifesta natureza jurídica de direito social. Parte-se da hipótese de trabalho de que apenas aconteceu mais um exemplo de constitucionalização simbólica, embora na época houvesse a promessa de mudanças significativas que ainda não ocorreram, tendo em vista a manipulação política empregada pelo legislador em decorrência da significativa pressão exercida pelos movimentos populares em junho de 2013. A pesquisa foi exploratória e utilizou como procedimentos os métodos bibliográfico e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito fundamental. Transporte. Constitucionalização simbólica.



Direito Fundamental ao Transporte: uma Análise a partir da Constitucionalização Simbólica e das Consequências Decorrentes da Fundamentalidade Do Direito

Ruan Carlos Pereira Costa
Cândice Lisbôa Alves

1 INTRODUÇÃO

Este artigo é fruto de pesquisa acerca do direito ao transporte calcado em sua natureza jurídica. Ele visa a elucidar a ocorrência ou não de mudanças no mundo dos fatos após sua introdução no rol do art. 6º da Constituição da República, por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 90 de 2015.

De início é importante esclarecer que o direito ao transporte comporta inúmeras classificações e subdivisões, todavia, para fins desse ensaio, ele foi recortado em direito ao transporte terrestre coletivo e público, marcado pelas características da universalidade e fundamentalidade.

O acesso universal ao direito ao transporte é decorrência da Política Nacional de Mobilidade Urbana (PNMU) estabelecida pela Lei 12.587/2012, de 03 de janeiro de 2012. Sua fundamentalidade advém do reconhecimento como direito fundamental social fato que antecede a mencionada EC 90 partindo-se do pressuposto de que a referida classificação alinha-se à teoria das normas materialmente fundamentais. Sem sombra de dúvidas o direito ao transporte comporta uma dupla significação: é direito fundamental por si mesmo (relacionado à própria fundamentalidade) e é, ainda, direito meio na medida em que é necessário para a fruição de diversos direitos fundamentais como saúde, educação, lazer entre outros.

Diante do direito ao transporte, a indagação que ecoou e alimentou a pesquisa foi saber se após a Emenda Constitucional 90 houve modificação em seu conteúdo e modo de concretização ou se, ao contrário, ele permanece com a mesma significação e modo de (não) concretização. Isso, por outro giro, significa o mesmo que perguntar se a mencionada constitucionalização corresponde à classificação trabalhada por Marcelo Neves na obra constitucionalização simbólica.

Tendo em vista a maneira como a tramitação da PEC (Proposta de Emenda à Constituição) foi acelerada na Câmara dos Deputados, concomitantemente às várias manifestações sociais, principalmente as que ocorreram em junho de 2013, e a pouca modificação quanto à aplicabilidade ou concretização do mencionado direito, lança-se a hipótese de trabalho de que a inserção junto ao art. 6º da Constituição da República não passou de constitucionalização simbólica e que os principais problemas acerca da concretização do direito ainda não foram aventados de maneira consistente pela doutrina ou mesmo pela jurisprudência.

Nesse sentido, o objetivo geral do estudo é analisar a relação entre o direito ao transporte e a constitucionalização simbólica, alocando-o como direito fundamental e buscando captar o sentido da sua fundamentalidade. Como objetivos específicos, analisaram-se os critérios de universalidade, as principais manifestações populares relacionadas ao movimento passe livre (MPL), com enfoque nas jornadas de junho de 2013, além da teoria da constitucionalização simbólica juntamente com suas subdivisões em mecanismo dilatório e *álibi*.

A metodologia de abordagem empregada foi realizada através de uma análise exploratória do direito ao transporte, assim como descritiva e exploratória das manifestações sociais que marcaram as discussões acerca do transporte público no Brasil em 2013.

A discussão do tema se justifica, pois é notória a inação governamental acerca da modificação do modo de implementação do direito ao transporte, ao mesmo passo que não se pode fechar os olhos para a aparente democratização desse direito já que ele foi fruto de manifestações populares. Mesmo diante dos fatos apontados há pouca construção acadêmica sobre o tema, o que incentivou e justifica o trabalho aqui proposto.

O trabalho foi dividido em seis itens, o primeiro, essa introdução, o segundo apresenta o direito ao transporte pela perspectiva da universalidade. O terceiro trabalha a fundamentalidade e os problemas dela decorrentes, incluindo decisões do Supremo Tribunal Federal sobre temas relacionados ao significado do direito fundamental ao transporte na ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 3768-4 DF e também da SS (Suspensão de Segurança) 3052. O quarto apresenta os principais movimentos sociais atinentes ao transporte, com enfoque nas Jornadas de Junho em 2013; o quinto retrata a teoria da constitucionalização simbólica e suas respectivas classificações como *álibi* e *compromisso dilatório*, por fim, o sexto traz o acoplamento do instituto da constitucionalização simbólica ao direito fundamental ao transporte, buscando traçar algumas inferências possíveis sem, entretanto, esgotar o assunto.

2 O DIREITO AO TRANSPORTE: O ACESSO UNIVERSAL AO TRANSPORTE PÚBLICO

O direito ao transporte é pouco trabalhado do ponto de vista doutrinário. Assim, surge a primeira dificuldade teórica quanto a sua delimitação. Fazendo um esforço metodológico buscamos sua prescrição na Constituição considerando sua especial condição de direito fundamental. Assim, a mais relevante disposição normativa veio no caput do artigo sexto, inserido pela Emenda à Constituição

de número 90, de 2015. Anteriormente a ela, entretanto, já havia indícios da fundamentalidade do direito¹ por estar ele elencado no art. 7º, IV², assim como art. 208, VII³, art. 227, §2º⁴, art. 230, §2º⁵ e art. 244⁶.

O conceito de transporte está intimamente ligado à maneira de se prover a circulação de bens, serviços, e, principalmente propiciar a locomoção das pessoas de um lugar para outro. Pensando em direito ao transporte é necessário diferenciar os meios como ele se realiza, nesse sentido há três modalidades: aquático, aéreo e terrestre. Os meios de transporte terrestres, por sua vez, são divididos em tubular, ferroviário e rodoviário. O transporte rodoviário, que será analisado neste trabalho, é constituído pelas rodovias, estradas e ruas, se fazendo exercer por meio de veículos (carros, caminhões, ônibus, metrô etc). Essa modalidade é o principal meio de transporte no Brasil.

1 Há outros artigos acerca do transporte na Constituição, porém relacionados à competência ou matéria tributária. Essas disposições são sobremaneira relevantes para questões financeiras e tributárias e não para o foco desse ensaio, sendo essa a razão de não serem aqui mencionadas de forma específica.

2 Art. 7. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...]IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim (BRASIL, 1988).

3 O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (BRASIL, 1988).

4 A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência (BRASIL, 1988).

5 Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos (BRASIL, 1988).

6 A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2 (BRASIL, 1988).

Buscando dar coesão e regulamentar os transportes rodoviários urbanos no Brasil, foram instituídas diretrizes na Política Nacional de Mobilidade Urbana (PNMU) através da Lei 12.587/2012, que em seu art. 1º e 2º estabelece dentre seus objetivos, o de promover uma integração entre os diversos meios de transportes existentes, além de propiciar a melhoria da acessibilidade universal às cidades pelas pessoas e facilitar a mobilidade urbana nos Municípios. Está aqui o grande desafio do direito ao transporte: reconhecimento da sua fundamentalidade e disponibilização de acesso universal.

Muito embora haja, como dito anteriormente, vários meios de transporte, esse artigo irá se dedicar ao transporte terrestre coletivo, que pode ter natureza privada ou pública. Mais uma vez, para delimitação do problema de pesquisa, escolhe-se o transporte terrestre coletivo de natureza pública como objeto de investigação, já que, considera-se, seja ele o que deu ensejo à inserção do direito ao transporte no art. 6º da Constituição.

O transporte terrestre coletivo público veio previsto no art. 4º, VI, da Política Nacional de Mobilidade Urbana como o “serviço público de transporte de passageiros acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e preços fixados pelo poder público” (BRASIL, 2012). Nessa categoria é que se enquadram os metrô, trens, bondes e ônibus, este último considerado o meio de transporte mais utilizado pelos brasileiros em suas tarefas cotidianas (IBOPE, 2011).

Devido ao fato de alcançar um maior número de pessoas e propiciar o acesso a outros direitos básicos aos cidadãos (como direito ao trabalho, educação, saúde, lazer, dentre inúmeros outros) é importante que o objetivo do acesso universal seja mais que um desiderato legislativo e passe a ser uma realidade social.

A universalização do direito ao transporte público coletivo está intrinsecamente ligada a um dos princípios norteadores

do serviço público. Celso Antônio Bandeira de Mello considera como princípio da universalidade aquele “por força do qual o serviço é indistintamente aberto à generalidade do público” (MELLO, 2010, p.678). Ou seja, a universalização consubstancia a prestação do serviço de transporte a todos, indistintamente, que estejam em igualdade de condições. Ressaltando a importância da universalidade e sua referência ao transporte terrestre e coletivo, Daniel Sarmiento esclarece:

[...] É fundamental assegurar a todos o acesso ao transporte, mas a universalização almejada é do transporte coletivo, e não do individual. Este último consiste em atividade que, pelo seu custo, tem como público alvo a parcela mais bem aquinhada da população (SARMENTO, 2015, p.29).

Dessa forma, reitera-se a diferenciação entre transporte coletivo e individual reafirmando-se que a característica da universalização refere-se ao transporte coletivo público. Exatamente porque o transporte pode ser considerado um direito meio para a obtenção ou fruição de outros direitos fundamentais é que sua fundamentalidade é reforçada.

3 A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO AO TRANSPORTE PÚBLICO: SIGNIFICADO DA FUNDAMENTALIDADE E IMPLICAÇÕES COMO DESAFIO IMINENTE

A fundamentalidade de um direito significa reconhecer sua importância tanto do ponto de vista formal quanto material. Segundo Sarlet (2015a), a fundamentalidade formal estaria ligada de maneira geral ao direito constitucional positivo, subdividindo-se em: a) estar expresso na Constituição escrita; b) ser considerado norma constitucional; e c) ser agraciado pela condição de aplicabilidade imediata e vinculatividade das normas constitucionais. Essa última característica extraída do texto constitucional estabelecido pela norma do art. 5º, §3º.

Já a fundamentalidade material “decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade” (SARLET, 2015a, p. 75-76). Esse elemento material está atrelado a uma decisão política do poder constituinte (seja o originário ou derivado) que importa em um juízo de valor sobre questões que são realmente importantes na configuração das necessidades humanas, atreladas ao princípio maior da dignidade humana⁷. Corresponde, assim, à essência do direito, sua razão de ser, ou seu axioma determinante segundo o que se estabeleceu para o Estado Democrático e Social de Direito ao qual estamos vinculados por força da Constituição de 1988.

Assim, a inclusão do direito ao transporte no art. 6º da Constituição, reforçado, agora, por mais um critério de fundamentalidade topográfica⁸, aliada à perspectiva formal e material, traz consigo a indagação sobre sua significação diante da teoria dos direitos fundamentais. O questionamento que decorre diretamente desse reconhecimento diz respeito à forma como se pretende dar concretude ao mencionado direito, se ele implicará em uma mudança quanto ao modo de prestação do direito ao transporte público (serviço público), ou se, ao contrário, é apenas uma faceta da constitucionalização simbólica. Essa preocupação foi ventilada por Sarlet nos seguintes dizeres:

7 Em trabalho dedicado ao estudo e evolução dos direitos sociais, realça-se a importância da dignidade da pessoa humana e sua relação intrínseca com os direitos sociais: “de outro lado, vale considerar que o núcleo principiológico da organização jurídica brasileira, no intento da consecução da justiça social no sentido mais amplo desta última, é a dignidade da pessoa humana, em torno do qual orbitam todos os demais” (CECATO; OLIVEIRA, 2016, p.17-18).

8 É inegável que o artigo 6º da Constituição da República trata de direitos sociais fundamentais. Assim, a só inclusão nesse *locus* já traz o reconhecimento da fundamentalidade. A observação quanto a topografia de alocação na Constituição reforça as características da fundamentalidade formal e material que já existiam antes da mencionada EC 90 em relação ao direito ao transporte.

De particular relevo nesse contexto é a discussão em torno da viabilidade de se assegurar, de modo individual e/ou transindividual, ao cidadão um direito subjetivo originário ao transporte gratuito, mesmo sem regulamentação legal ou política pública promovida pelo Poder Executivo, ou apenas limitar tal direito, na condição de posição subjetiva e exigível pela via jurisdicional, a um direito derivado a prestações, no sentido de um direito de igual acesso ao sistema de transporte já disponibilizado ou mesmo um direito a promoção pelo poder público de políticas de inclusão em matéria de transporte público, seja mediante subsídios alcançados a empresas particulares concessionárias, seja por meio de empresas públicas de transporte coletivo, em ambos os casos com tarifas diferenciadas e mesmo em caráter gratuito para determinados segmentos, a exemplo do que já se passa em sede do assim chamado “passe-livre” para idosos e pessoas com deficiência etc (SARLET, 2015b).

A indagação feita pelo autor quanto à feição do direito ao transporte, se gratuito ou não, não foi mencionada quando da proposta de sua inclusão no rol do art. 6º da Constituição. Outro aspecto extremamente relevante e que modifica substancialmente a maneira de o direito se fazer sentir na sociedade é o fato de ele ser ou não reconhecido como direito subjetivo. Direitos sociais são, em sua grande maioria, prestacionais, todavia, nem sempre são subjetivos, pairando, ainda, sobre o tema a necessidade ou não de políticas públicas para sua implementação. O que Sarlet (2015b) veio reforçar é exatamente a ausência de texto legal que nos afirme qual a natureza da fundamentalidade do direito ao transporte para, posteriormente, entender se cabe ou não judicialização sobre o mesmo, e a qual construto teórico o magistrado deve remeter no momento de sua aplicação: se direito ao transporte público condicionado a confecção de políticas públicas⁹ ou se ao direito subjetivo ao transporte público.

9 As políticas públicas podem ser um importante instrumento de densificação normativa dos direitos sociais. Para tanto, o Estado possui papel fundamental no combate a falta de efetividade das normas definidoras de direitos sociais, tendo em vista que, em regra, esses direitos são efetivados através de suas prestações de cunho positivo. Para tanto, sua atuação não deve cingir-se apenas a edição de diplomas normativos, também deve pautar-se pela intervenção de forma pro-

Nesse sentido, como bem afirmou Sarlet (2015b), apenas a respeito do direito ao transporte coletivo gratuito destinado aos idosos já houve discussão no Supremo Tribunal Federal, tema do qual nos ocuparemos ainda nesse item. Antes, porém, voltaremos à justificativa da PEC para demonstrar que o legislador não tem firme a característica que almeja atrelar ao direito ao transporte.

Buscando a origem da constitucionalização debatida, constata-se que essa Emenda Constitucional foi proposta pela Deputada Federal Luiza Erundina, no ano de 2011, por meio da PEC 90. No projeto, junto aos considerandos, restou consignado que o transporte é a base de desenvolvimento do Estado brasileiro transparecendo uma feição mais econômica e utilitária que propriamente voltada às características de desenvolvimento humano ou salvaguarda de outros direitos fundamentais que não fossem os financeiros. Nada se ressaltou quanto a sua forma de implementação ou significado prático quanto à aplicabilidade. Na justificativa da PEC a deputada realçou ser o transporte:

Vetor de desenvolvimento relacionado à produtividade e à qualidade de vida da população, sobretudo do contingente urbano, o transporte destaca-se na sociedade moderna pela relação com a mobilidade das pessoas, a oferta e o acesso aos bens e serviços. Como é de amplo conhecimento, a economia de qualquer país fundamenta-se na produção e no consumo de bens e serviços, como também no deslocamento das pessoas, ações que são mediadas pelo transporte. Desse modo, o transporte, notadamente o público, cumpre função social vital, uma vez que o maior ou menor acesso aos meios de transporte pode tornar-se determinante à própria emancipação social e o bem-estar daqueles segmentos que não possuem meios próprios de locomoção. Portanto, a evidente importância do transporte para o dinamismo da sociedade qualifica sua posição na relação dos direitos sociais expressos no art. 6º da Constituição (ERUNDINA, 2011, p.2).

ativa editando políticas públicas que sejam dotadas de efetividade. Portanto, a aproximação dos direitos sociais da realidade fática também estaria diretamente ligada à construção de políticas públicas e, por consequência, ao combate das omissões estatal (BARACHO; MAIA, p.55, 2007).

De acordo com a justificação apresentada pela autora da PEC, verifica-se a tentativa de reconhecimento de que o transporte é direito fundamental social. Sobressai como dito acima, um viés econômico do direito ao transporte embora de forma transversal tenha sido citado, *an passant*, emancipação e desenvolvimento social.

A primeira consideração a ser feita é a de que o direito ao transporte mesmo antes de ser inserido no art. 6º da Constituição já tinha natureza de direito fundamental em razão de seu caráter materialmente fundamental. Aliando a isso, e corroborando esse entendimento, pode-se lembrar que ele já era aliado a outros direitos fundamentais, como determinado pela norma do art. 227, §4º da Constituição, que exarou a necessidade de adaptação do transporte público para fomentar o acesso às pessoas portadoras de deficiência; ou mesmo como instrumento para a concretização do direito à educação que deve ser fornecido ao educando (art. 208, VII, CR). Além, claro, da norma estabelecida no art. 7º, IV, que inclui entre as necessidades que deveriam ser supridas pelo salário mínimo a de prover os custos do transporte, ou a menção referida no art. 230, §2º que garante direito ao transporte urbano gratuito aos idosos, que chegou ao Supremo Tribunal Federal.

Todavia, a pergunta que se coloca aqui é se a garantia do direito ao transporte – aplicação da teoria da concretização dos direitos fundamentais – entrelaça-se à gratuidade ou não desse direito. Correlatadamente, pergunta-se: a inclusão do direito ao transporte público no rol do art.6º da Constituição foi apenas uma manobra política ou teve a intenção de modificar a forma de exercício desse direito no Brasil? Em outras palavras: há aqui mais um exemplo de constitucionalização simbólica?

É importante não perder de vista que da mesma forma que se concebe que os direitos fundamentais, especialmente os sociais representam custos – considerados por alguns autores como sua

face oculta (NABAIS, 2002) – hoje já é consenso, ainda que pareça contraditório, que todos os direitos – sem exceção – representam custos para o Estado, sejam diretos ou indiretos. Essa mudança de perspectiva ao se reconhecer que todos os direitos oneram o Estado afasta a aplicação simplista da teoria da reserva do possível como justificativa de não cumprimento de qualquer modalidade de direito prestacional, salvo relevante motivo, demonstrado em processo judicial. Esse tema de lado oculto dos direitos, teoria da reserva do possível, a ideia de que direitos não nascem em árvore são muito relevantes, todavia esbarram na teoria do núcleo duro dos direitos fundamentais. Ampliando a discussão, tem-se que ao lado dos direitos fundamentais há os deveres fundamentais, pouco comentados na doutrina nacional.

Os deveres fundamentais são autônomos aos direitos fundamentais, e tem em comum o fundamento teórico, qual seja o princípio da dignidade humana. Os deveres fundamentais e os direitos fundamentais para Nabais devem ser colocados lado a lado, em um mesmo grau de importância, compondo o que ele denomina de estatuto constitucional da pessoa (NABAIS, 2002, p. 12). Uma diferença significativa é que em relação aos direitos fundamentais ao constituinte cabe apenas seu reconhecimento¹⁰, ao passo que os deveres fundamentais devem ser expressos (NABAIS, 2002, p.16) e especificados por meio de normas infraconstitucionais. Interessante também destacar que a teoria dos deveres fundamentais, na mesma linha da teoria da reserva do possível, vem para tentar ilidir ou relativizar a responsabilidade do Estado pela prestação de direitos fundamentais, condicionando-a a existência de recursos públicos, mesmo alicerce da teoria da reserva do possível na atualidade, ambas

10 É exatamente nesse sentido que caminha esse artigo ao afirmar anteriormente que embora o direito ao transporte não estivesse elencado entre os direitos estabelecidos no art. 6º da Constituição antes da EC90, ele já podia ser reconhecido como fundamental em decorrência do seu caráter materialmente constitucional.

com respaldo na ideia de análise econômica do Direito (TIMM, 2010, p. 54-56).

Por outro giro, o autor considera que os deveres fundamentais são os “custos *latu sensu* ou suportes da existência e funcionamento dessa mesma comunidade” (NABAIS, 2002, p.19, grifos do autor). Prossegue sua digressão no sentido de que a teoria dos direitos fundamentais deve levar a sério a teoria dos deveres fundamentais e dos custos dos direitos. Essa ideia representa uma intersecção com a teoria da reserva do possível na medida em que ela assevera que diante da escassez dos recursos públicos é impossível a concessão de todos os requerimentos quanto aos direitos fundamentais requeridos ao Estado que, por outro lado, se vê diante de constantes escolhas trágicas¹¹, ou seja, em realidade ele concede um direito na mesma proporção que desatende a outro pela delimitação dos recursos públicos.

Também Sarlet (2015b) discorrendo sobre a problemática de inserção expressa do direito ao transporte junto ao rol dos direitos sociais estabelecidos no art. 6º da Constituição chega a mencioná-los como direitos e deveres fundamentais. Ao considerar o direito ao transporte como dever fundamental abre-se a porta para a questão contributiva relacionada a eles e destacada por Nabais (2002), porém não há elementos para se afirmar se há correspondência entre a expressão empregada pelos dois autores. Em certa medida parece ser preocupação de Sarlet a questão sobre a possibilidade de uma judicialização¹² decorrente do direito ao transporte. Informa

11 Sobre as escolhas trágicas e a escassez de recursos há importante trabalho de Gustavo Amaral na doutrina nacional chamado Direito, Escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.

12 Há muitos significados para judicialização, todavia aqui a palavra é empregada como o deslocamento para o Judiciário de questões que envolveriam, em princípio, a pretensão de tratamento do direito ao transporte como direito subjetivo. Assim o autor aventa possibilidades de requerimentos judiciais sobre, por exemplo, a gratuidade do transporte público coletivo e indaga sobre o pólo passivo de demandas dessa natureza.

o autor que se o direito ao transporte for considerado como direito subjetivo a população poderia pleiteá-lo judicialmente, restando dúvidas acerca de quem caberia a responsabilidade pela prestação: se do particular (como o caso do empregador) ou do próprio Estado. Esclarece que o Estado não tem conseguido adimplir com as promessas originárias da Constituição, quiçá conseguiria abarcar transporte público gratuito. Por outro lado, se fosse da responsabilidade do particular certamente haveria sobrecarga:

Por outro lado, impor aos particulares tal ônus sem contrapartida que assegure a manutenção da empresa, a aquisição e manutenção dos meios de transporte, pagamento de pessoal, demais despesas incidentes, igualmente não se revela solução compatível com o ordenamento constitucional e de qualquer sorte resultaria no abandono completo dessa via negocial, com graves consequências para a acessibilidade diuturna dos cidadãos (SARLET, 2015b).

Ou seja, parece que a inserção no art. 6º representa um emaranhado de dúvidas e muitas dificuldades práticas para sua viabilização em termos adequados. Certo é que muitas dificuldades já são esperadas quando do estudo ou prática de concretização da norma constitucional aqui analisada. Buscando, então, substrato para dialogar e tentar inferir como o Supremo Tribunal Federal entenderá o assunto é importante analisar a ADI 3768-4 DF, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, cujo julgamento ocorreu no ano de 2007. A ação não trata do direito ao transporte de maneira ampla, mas acabou abordando as características do que é o direito social ao transporte.

Na mencionada ação a Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano (ANTU) questionou a constitucionalidade do art. 39, caput, do Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, de 1º de outubro de 2003. A norma debatida assim estabelece: “art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto

nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares” (BRASIL, 2003). Na ADI questiona-se suposta inconstitucionalidade no que diz respeito à determinação de gratuidade do transporte público para os idosos, sob o argumento de afronta ao equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos, pleiteando-se a declaração da inconstitucionalidade da norma e sua não aplicação aos concessionários e permissionários dos serviços públicos de transporte “enquanto não e até que seja sanada a incompletude da norma, qual seja a instituição de mecanismo de compensação ou fonte de custeios” (BRASIL, 2007, inteiro teor, p.3).

Ao mencionar a inconstitucionalidade, a ANTU levanta a suposta afronta ao art. 37, XXI; art. 175, caput; art. 194; art. 195, §5º e art. 203, I todos da Constituição da República. No julgamento da ação o cerne voltou-se para a natureza jurídica do direito ao transporte, ou seja, para o significado da fundamentalidade do direito social, e assim catapultou-se o debate para as consequências jurídicas referentes ao reconhecimento do direito ao transporte como social fundamental.

Nesse sentido restou assentado: 1º) Que a discussão não poderia prosperar porque o art. 230, §2º da Constituição já previu a gratuidade do transporte público para pessoas acima de 65 (sessenta e cinco anos), e no Brasil não se admite a teoria das normas constitucionais inconstitucionais¹³; 2º) Sobre o art. 230 da Constituição foram ressaltados que o direito ao transporte é direito meio para a concretização da dignidade humana, e entre os votos foi destacado que a percepção das parcas aposentadorias pelos idosos

13 Essa teoria é de natureza germânica e aponta que mesmo entre as normas constitucionais originárias seria cabível uma possível inconstitucionalidade aventada sobre princípios gerais fundantes do Estado. O principal autor sobre o tema é Otto Bachoff. No Brasil a teoria não é adotada, não se admitindo inconstitucionalidade de normas originária, tão somente quanto a normas oriundas do poder constituinte derivado.

acaba por impossibilitá-los de circular, o que, como consequência, limita o exercício de outros direito, até mesmo o direito à saúde, sendo necessário, assim, garantir a efetividade do direito ao transporte; 3º) A relatora afirmou que o direito ao transporte é direito fundamental de eficácia plena e aplicabilidade imediata, conforme art. 5º, §3º da Constituição. Esse último argumento da relatoria justificou a aplicação da teoria concretista dos direitos fundamentais já no ano de 2007, o que, por via transversa, impede a anuência com a teoria da reserva do possível (às vezes utilizada de maneira temerária por parte da Administração Pública). Nesse sentido reforça:

8. A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação do idoso na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e seu bem-estar, não se compadece com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível (BRASIL, STF, 2007, voto da relatora teor, p. 608).

Ultrapassado esse argumento atinente à reserva do possível, a relatora afirma que se houver desequilíbrio econômico financeiro decorrente da garantia do direito ao transporte público gratuito aos idosos (o que ela considerou argumentação perversa), ainda assim há a alternativa de, aos concessionários e permissionários do serviço público, rever os contratos administrativos por meio de previsão do art. 65, d, da lei 8666/ 93. Esse suposto desequilíbrio financeiro nos contratos administrativos (e o prejuízo efetivo), de acordo com a relatora deve ser demonstrado de maneira concreta no processo, não admitindo, portanto, presunção decorrente da determinação constitucional quanto ao direito ao transporte gratuito dos idosos (BRASIL. STF. 2007, p. 612).

Ainda sobre a ação, importante mencionar o voto do Ministro Carlos Ayres Brito que trouxe à baila o constitucionalismo fraternal – ou altruístico, na linguagem da doutrina italiana. No Brasil essa modalidade de constitucionalismo ecoa a partir dos objetivos da

República insculpidos no art. 3º da Constituição, que remete a formação de uma sociedade livre, justa e solidária. Ainda sobre esse prisma o Ministro reforça que no caso analisado trata-se de uma nova categoria de direito que, por ser fraternal, chega a “exigir ações afirmativas, compensatórias de desvantagens historicamente experimentadas por segmentos sociais como os dos negros, dos índios, das mulheres, dos portadores de deficiência física e dos idosos” (BRASIL. STF. 2007, p.617). Relendo a Constituição o Ministro demonstra que o fundamento para essa espécie de proteção está no art. 3º, IV, que proíbe discriminação por idade, o que foi reforçado pela norma do art. 230, § 2º da Constituição, estabelecida pelo Poder Constituinte Originário.

Concluindo o julgamento, na ementa da ação, restou consignado:

1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente (BRASIL, STF, 2007).

Mais adiante, também em sede de jurisdição constitucional, pode-se encontrar no Supremo a SS (Suspensão de Segurança) 3052¹⁴. Nela novamente foi discutido o teor da disposição estabelecida no art. 230, §2º da Constituição, e o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, que previu no art. 40, I, a reserva de duas vagas gratuitas por veículo de transporte coletivo interestadual para idosos que percebessem ate dois salários mínimos e, no inciso II, cinquenta por cento de

14 O inteiro teor do julgado pode ser acessado no endereço: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609251>> Acesso em: 14 jun. 2017.

desconto, no mínimo, para os idosos que excedessem as vagas gratuitas mencionadas no inciso I.

A ação originária foi ajuizada no TRF1 (Tribunal Regional Federal) na 14ª Seção Judiciária do Distrito Federal pela Associação Brasileira das Empresas de Transportes Terrestres de Passageiros (Abrati). Na ação a associação pleiteou que suas associadas fossem desobrigadas de realizar o transporte interestadual de passageiros idosos de acordo com as disposições do art. 40, I e II, do Estatuto do Idoso, ou seja, garantindo-se duas vagas gratuitas a idosos além de cinquenta por cento de desconto para os demais passageiros também idosos. Essa suspensão deveria perdurar até a regulamentação do artigo mencionado. Juntamente com o pedido principal veio o requerimento de que a União e a ANTT (Agência Nacional de Transporte Terrestre) fossem obstadas de penalizar as associadas da Abrati tendo em vista o Decreto 5.934/2006 e a Resolução ANTT 1.692/2006.

Houve a concessão de antecipação de tutela na ação ordinária. Essa decisão foi impugnada pela ANTT por meio de agravo de instrumento junto ao TRF1, obtendo-se efeito suspensivo. Inconformada, a Abrati impetrou mandado de segurança que teve a inicial indeferida liminarmente. Em função dessa rejeição a Abrati interpôs agravo regimental que foi analisado pelo relator monocraticamente e obteve decisão positiva no sentido de reconsiderar o mandado de segurança e decidir liminarmente pela suspensão da obrigatoriedade até que a decisão fosse analisada pelo colegiado que, ao julgar, ratificou a decisão do relator quanto ao recebimento do mandado de segurança e também quanto à decisão liminar. Em função deste longo itinerário a ANTT recorreu ao STF com a SS 3052 alegando que em verdade estava-se discutindo a constitucionalidade do art. 40 do Estatuto do Idoso, razão do cabimento da suspensão de segurança. Nela o STF, como mencionado acima, reconsiderou a decisão do agravo regimental.

A decisão da Suspensão de Segurança foi no mesmo sentido da ADI 3768-4 devendo-se fazer algumas considerações relevantes: i. Entre os argumentos lançados no pedido de suspensão de segurança pela Abrati encontram-se as mesmas argumentações relativas à ausência de previsão de custeio da norma estabelecida no art. 40 do Estatuto do Idoso que tem amparo no art. 230, §2º, da Constituição; ii. Foi alegado o desequilíbrio econômico e financeiro dos contratos administrativos em função da inovação normativa, exatamente como na ADI 3768-4; iii. Exatamente em função da repetição dos argumentos, e tendo em vista que essas alegações foram respondidas na ADI 3768-4, o relator transcreveu o voto da Min. Cármen Lúcia na mencionada ação, ressaltando todas as questões relativas à possibilidade de o equilíbrio econômico-financeiro das empresas contratadas poderem ser questionado em ações autônomas, valendo-se inclusive da rescisão se demonstrado prejuízo. Ao mesmo passo ressalta a importância dos direitos do idoso estabelecidos no art. 230, §2º da Constituição terem aplicabilidade imediata seguindo, nesse sentido, ao parecer do Procurador Geral da República. A decisão da SS 3052 seguiu as delimitações traçadas pela ADI 3768-4, o que já era esperado.

Diante da análise desses dois casos discutidos no Supremo Tribunal Federal pode-se esperar que no caso de uma eventual discussão sobre a forma de implementação do direito ao transporte os ministros retomem a aplicabilidade imediata quanto aos direitos fundamentais, o que implica em concessão dos direitos. Exatamente aqui estarão inseridos os problemas iminentes decorrentes da má construção legislativa quanto à PEC, na medida em que deveria ter sido previsto se o objetivo foi ou não a gratuidade do transporte coletivo urbano, além da maneira de sua implantação. Ou, lado outro, abre espaço para que possamos cogitar que não passou de um movimento de constitucionalização simbólica, embora fizesse crer a

anuência aos movimentos populares que reivindicaram pelo direito ao transporte, tema que passamos a tratar.

4 AS JORNADAS DE JUNHO DE 2013: O TRANSPORTE PÚBLICO NA PAUTA DOS MOVIMENTOS POPULARES E A RELAÇÃO COM A APROVAÇÃO DA EC90

A aprovação da EC 90/2015 tem relação estreita com as manifestações sociais em junho de 2013, que ficaram conhecidas como jornadas de junho. Elas, por seu turno, entrelaçam-se a um movimento denominado de passe livre (MPL), cuja origem de sua formação remonta inicialmente ao ano de 2003, ou seja, dez anos anteriormente às jornadas de junho.

O movimento passe livre foi formado paulatinamente em virtude de manifestações envolvendo a pauta do direito ao transporte, um dos primeiros movimentos sociais que influenciou consideravelmente sua construção se deu em resposta aos aumentos das tarifas no transporte público coletivo em Salvador- BA, em 2003. Na época em torno de 40 (quarenta) mil pessoas participaram do que ficaria conhecido mais tarde como a “Revolta do Buzú”. Durante a manifestação na Bahia não houve centralização do movimento, de forma que as atuações eram definidas nos próprios bloqueios feitos pelos manifestantes nas ruas. Naquela época, os estudantes fugiam de suas escolas e seguiam em manifestação, cercando ruas e bloqueando bairros em decorrência da revolta gerada pelo aumento da tarifa proposta pelo governo local (MPL-SP, 2013, p.14). Esse intenso debate fez com que as discussões sobre o direito ao transporte e, conseqüentemente, a organização dos movimentos sociais em prol de direitos coletivos se fortalecessem.

Em virtude dessa heterogeneidade presente na Revolta do Buzú, entidades estudantis, partidos políticos e lideranças locais se prontificaram a coligir os ideais dos manifestantes em busca de uma negociação com o poder público. Em que pese a grande mobilização

popular em Salvador ter ocasionado uma mudança paradigmática nos movimentos sociais, as entidades que representaram essas reivindicações populares transacionaram com o poder local, mas não obtiveram a revogação do aumento, promovendo, ao fim, uma desarticulação do movimento.

Todavia, as sementes já haviam sido lançadas em Salvador, e no ano seguinte outra grande manifestação fundamental para o surgimento do MPL ocorreria na cidade de Florianópolis, ficando conhecida popularmente como “Revolta da Catraca”¹⁵. Aquelas mesmas pessoas que se uniram em Salvador, agora se unem junto à população catarinense em busca de uma mobilização mais forte e organizada para conter o aumento de 15,6% das tarifas de ônibus em Florianópolis. No intuito de ressaltar a importância da Revolta da Catraca, Leo Vinicius fez um relato dos acontecimentos que foram se desenrolando no calor das manifestações:

Foi a maior revolta ou movimento popular da história das últimas oito décadas desta cidade porque conciliou quantidade (adesão), formas contundentes de ação direta e um certo nível de organização e consciência. Uma revolta que não se expressou em simples fúria, que se esgota em si mesma, mas sim principalmente na forma de um movimento organizado horizontalmente, multifacetado, ligando principalmente, mas não somente, associações comunitárias e estudantes (VINICIUS, 2005, p.25).

15 “A Revolta da Catraca foi uma revolta popular contra o aumento de 15,6% da tarifa autorizada pelo Conselho Municipal de Transportes em 22 de junho daquele ano. Foi marcada por grandes manifestações e teve como imagem marcante o fechamento, por parte dos milhares de manifestantes, das pontes que ligam a ilha à parte continental da cidade, inviabilizando, no horário de maior movimento, o trânsito na principal via de acesso para os outros bairros e municípios da grande Florianópolis. Além disso, outras iniciativas também aconteciam. Ações diretas como pular catraca, abrir as portas de trás do ônibus para que todos que estivessem no ponto pudessem entrar sem pagar, os jograis realizados nas assembleias (sem a habitual maquinaria política de sindicatos e partidos de esquerda saudável) e até mesmo as próprias assembleias que se disseminaram durante as revoltas foram experimentados. Após mais de dez dias de mobilização intensa, triunfa enfim o movimento contra o aumento das tarifas” (CRUZ; CUNHA, 2009).

O fortalecimento da mobilização social em prol da contenção do aumento das tarifas em Florianópolis não foi o suficiente para que os representantes da prefeitura comparecessem a uma das reuniões de negociação marcada pela OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) no sentido de buscar uma solução para o impasse. Desta feita, a OAB-SC, por meio de uma medida cautelar preparatória, pediu a revogação do aumento por um prazo mínimo de trinta dias no intuito de embasar uma ação civil pública que seria proposta posteriormente (VINICIUS, 2005, p. 47-48).

A OAB obteve êxito em sua demanda de maneira que o aumento das tarifas foi suspenso pelo aludido prazo de trinta dias. No dia seguinte à concessão da medida cautelar, 08 de Julho de 2014, a prefeitura se pronunciou alegando que acataria a decisão judicial e não discutiria o mérito da decisão. Nesse sentido a vitória foi atribuída à força e coesão da Revolta da Catraca (VINICIUS, 2005, p.49). Impulsionados pelas experiências e união desses dois grandes movimentos populares, nasceu oficialmente o MPL: “surge então, um movimento social de transportes autônomo, horizontal e apartidário, cujos coletivos locais, federados, não se submetem a qualquer organização central” (MPL-SP, 2013, p.15).

Com o aprimoramento da organização do movimento passe livre e o aumento de demandas em prol da efetividade do direito ao transporte, a pauta do MPL foi sendo absorvida por outras necessidades. Nesse sentido, o movimento que lutava inicialmente pelo passe livre estudantil, expandiu seus horizontes e passou a lutar pelo direito ao transporte como instrumento de acesso universal a toda coletividade, e não somente para determinados grupos de pessoas.

A aproximação do MPL com a política “Tarifa Zero”¹⁶, defendida pelo governo da ex-prefeita de São Paulo (gestão 1989

16 Em matéria publicada na Revista Galileu, Luciana Galastri sintetiza o que foi a política da “tarifa zero”: “A ideia já foi considerada em São Paulo em 1990,

a 1993), Luiza Erundina, fez com que o MPL ampliasse os seus trabalhos, não se atendo somente às escolas, mas sim, buscando apoio em outros movimentos sociais para que o transporte pudesse ser considerado um meio de alcance dos demais serviços públicos e direitos fundamentais (MPL-SP, 2013, p.16).

Dessa maneira, constata-se que os movimentos sociais em prol do combate ao aumento de tarifas no transporte público foram se fortalecendo por todo o país e permitiu que outras cidades se organizassem no mesmo sentido. A Revolta do Buzú em 2003 e, posteriormente, a Revolta da Catraca em 2004 foram fundamentais para a formação e coesão do MPL e, conseqüentemente para o surgimento de outros movimentos sociais em todo o país, a exemplo das revoltas nas seguintes cidades: Vitória em 2006, Teresina em 2011, Aracaju e Natal em 2012 e Porto Alegre e Goiânia no início de 2013 (MPL-SP, 2013, p.16). Diante do histórico apresentado de organização de movimentos sociais em prol da defesa do direito ao transporte – ainda que de forma desarticulada – estavam lançadas as bases para a maior manifestação da história brasileira em relação ao transporte público, ficando popularmente conhecida como “Jornadas de Junho”. Convocada pelo MPL, a manifestação tinha como pauta central o combate ao aumento das tarifas do transporte público em São Paulo proposta pela gestão do prefeito Fernando Haddad e do governador Geraldo Alckmin. A revolta foi ocasionada pela decisão do prefeito Haddad em subir os valores das tarifas dos trens, metrô e ônibus de R\$ 3,00 (três reais) para o valor de R\$3,20 (três reais e

na gestão de Luiza Erundina (PT) como prefeita. Para custear o sistema, seria implantado o “Fundo de Transporte”, que reservaria parte do dinheiro coletado no IPTU. Dessa forma, o custo do transporte coletivo para os cidadãos seriam proporcionais a seus ganhos salariais. Por apresentar um aumento no IPTU, o projeto sofreu resistência e não foi aplicado. Atualmente, o Movimento Passe Livre luta pela gratuidade no transporte coletivo, encarando a mobilidade dentro da cidade como inerente ao direito humano de acesso à cultura e a serviços públicos”. (GALASTRI, 2013).

vinte centavos). Desde o mês de Janeiro de 2013 já havia algumas movimentações do Governo Federal junto aos Governos dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro para que contivessem o aumento das tarifas e a prorrogassem para o mês de Junho, no sentido de conter a inflação. “A confiança na passividade imposta aos movimentos sociais era tão grande que a presidenta Dilma negociou para que o aumento das passagens não fosse lançado em Janeiro, mas em junho, para tentar disfarçar a inflação que sai do controle” (IASI, 2013, p.45). Com essa manobra política do Governo Federal, constata-se que já existia uma preocupação manifesta orbitando o direito ao transporte.

À vista disso, consecutivamente às manifestações sociais, tramitava na Câmara dos Deputados uma proposta de emenda constitucional apresentada na data de 29/09/2011 pela então deputada Luiza Erundina. Conforme outrora abordado, referida emenda tinha por objetivo inserir o direito ao transporte no artigo 6º da CRFB/88. Consoante se percebe pelo andamento da PEC na Câmara dos Deputados (ERUNDINA, 2011), ela estava paralisada há um ano, cinco meses e um dia, uma vez que foi recebida pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) na data de 19/10/2011 e até a data de 20/03/2013 permanecia inerte. Contudo, de forma repentina, no dia 21/03/2013 foi designado relator e sucessivamente foram se desenvolvendo todos os atos eficientemente necessários para a aprovação da PEC.

Diante do histórico tracejado pela atuação do MPL infere-se, preliminarmente, que o cenário de revoltas e manifestações no Brasil em prol do direito ao transporte teve seu apogeu com as manifestações no ano de 2013 com as jornadas de junho, elas, por outro giro, influenciaram decisivamente para a reconstitucionalização do direito ao transporte. Reconstitucionalização, porque o direito ao transporte já era constitucionalizado. A PEC, em verdade, apenas o alocou em mais um lugar, diferenciado, como já discutimos

anteriormente. Em matéria veiculada no calor das manifestações, na data de 09/07/2013, a própria autora da PEC reconhece a influência da pressão popular para a sua aprovação: “para que haja soluções criativas no âmbito da política, precisa-se de vontade política, que hoje está vindo a partir das ruas” (MIRANDA; SOUZA, 2013).

O quadro descrito pode ser interpretado por várias perspectivas: parece positivo no sentido de garantir o reconhecimento do direito ao transporte como direito fundamental, todavia, por outra vertente, parece ilusório quando se constata que após todos esses anos não houve modificação real na situação do transporte público do país. Ou seja, será que a positivação mencionada não seria apenas mais uma manifestação da constitucionalização simbólica?

5 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

A constitucionalização simbólica é uma teoria trabalhada por Marcelo Neves (2016) em obra com o mesmo nome, cuja aplicabilidade parece se amoldar perfeitamente à análise da tramitação e conseqüente aprovação do direito fundamental social ao transporte. Na escrita do livro o autor foi influenciado por constitucionalistas de origem alemã, a exemplo de Horald Kindermann e Niklas Luhmann, que foram largamente mencionados no correr das páginas.

De acordo com Neves “a constitucionalização simbólica é caracterizada com um problema típico da modernidade periférica (...) há uma forte contradição entre direito e realidade constitucionais nos países ‘subdesenvolvidos’” (NEVES, 2016, p. 2-3). Neves (1996) apresenta possibilidades e dificuldades de concretização das normas constitucionais em países periféricos – marcados pela sobreposição das relações de poder sobre a normatividade constitucional. Em situações assim, por diversos momentos a

constituição é solapada pela realidade social inclusive pelo que ele denomina de desconstitucionalização fática ou concretização desconstitucionalizante, espécie de constitucionalização simbólica, que não se confunde com os conceitos de desconstitucionalização¹⁷ presentes na teoria da constituição. A desconstitucionalização fática, segundo Neves, estaria identificada com o processo de constitucionalização dos países periféricos desenhados por grandes índices de desigualdade social onde há hiatos entre a dicção normativa e a atividade política de concretização das normas constitucionais, em um ambiente denominado pelo autor como sendo de constituições nominalistas¹⁸:

A questão da desconstitucionalização fática nos países periféricos com “Constituições nominalistas” diz respeito à degradação semântica do texto constitucional no processo de sua concretização. Em tal contexto, não surge, de maneira generalizada, uma relação consistente da atividade de interpretação/aplicação constitucional e da práxis política dos órgãos estatais e cidadãos com o modelo normativo do texto constitucional (NEVES, 1996, p. 323).

Dantas (2016), fazendo uma leitura de Neves (1996), insiste que a desigualdade social é fator preponderante e significativo para análise do modelo de concretização das normas constitucionais propondo um modelo de constitucionalização simbólica pós-colonial.

17 De acordo com a teoria da constituição, toda vez que uma nova Constituição vem a lume ela revoga a Constituição anterior. Todavia, de acordo com o instituto da desconstitucionalização a Constituição revogada poderia permanecer no Ordenamento Jurídico não mais como norma constitucional, mas norma infraconstitucional. No Brasil essa teoria não é adotada e para se fazer sentir há a necessidade de manifestação expressa no texto constitucional revogador.

18 O autor explica que constituição nominalista é aquela em que há degradação da interpretação do texto no momento da concretização das normas e que isso pode decorrer tanto de contradições dos órgãos políticos como da própria estrutura social que “desconstitucionaliza” ou desrespeita a norma constitucional por entendê-la incompatível com a realidade e com as demandas sociais (NEVES, 1996, p. 323).

Por outra perspectiva, essa mesma contradição – ou hiato – é associada por um ponto de vista filosófico como a identificação entre simbolismo e ideologia, o que significa “mecanismos de intermediação entre sujeito e realidade, abrangendo diversas esferas de uma atuação humana em uma construção cultural” (COSTA; ARCELO, 2016, p.15). Por ser marcado pelo caráter ideológico – que parte de crenças e valores – o simbolismo é instrumento de poder e política, o que é facilmente percebido no contexto brasileiro, especialmente quando se tem por objeto de análise o direito ao transporte.

Nessa linha de raciocínio, ao adentrar no conteúdo da constitucionalização simbólica mais uma vez se ressalta que o fator ideológico pode ser instrumento apto a promover o afastamento entre “o significado latente da legislação ou constituição prevalecendo seu significado manifesto normativo” (COSTA; ARCELO, 2016, p.16), ou o contrário, que é o defendido por Neves (1996, p. 325) e faz mais sentido já que a literalidade das normas jurídicas se perde diante da hermenêutica realizada atualmente. Decorrente dessa diferenciação é a constatação de que nem sempre uma normatização representa com exatidão o problema social, tampouco se propõe a solucionar a razão que a inspirou. Esse descompasso pode ter vários motivos, mas ele em si mesmo deixa evidente que a função simbólica representa uma hipertrofia do jurídico, muitas vezes em descompasso com a realidade (NEVES, 2016, p. 23) e mesmo uma tautologia: o sistema jurídico é percebido como o local de a exclusão social ser combatida ao mesmo tempo em que é a exclusão social quem alimenta o sistema jurídico e não permite seu sucesso (DANTAS, 2016, p. 8). Aqui novamente tratam-se questões políticas como se fossem meramente jurídicas.

Em função dessas confusões e atropelos fáticos o imaginário social mantém-se distanciado da realidade normativa e da vontade

latente das normas jurídicas - ambiente de política. Do ponto de vista do imaginário social cria-se uma crença de que “lei resolve o problema”, imaginam-se poderes sobrenaturais relacionados às normas jurídicas ao mesmo tempo em que se atribui a não concretização do direito a normas ruins (DANTAS, 2016, p. 8). Essa atribuição de responsabilidade de fracasso social atribuída à normatividade ruim é precipitada, e convida à desmistificação das funções atribuídas ao Legislador quanto à criação normativa, e também as relacionadas ao Executivo quanto ao cumprimento das normatizações, e mesmo das funções do Judiciário na prestação da atividade jurisdicional. Nem sempre há “pureza” em um projeto de lei. Nem sempre o objetivo do Executivo é atender a lei, ou, nas palavras de Neves, há aqui certo simbolismo na legislação o que significa que “a atitude simbólica não é orientada conforme uma relação linear de meio/fim e, por outro lado, não se caracteriza por uma conexão direta e manifesta entre significante e significado distinguindo-se por seu sentido mediato e latente” (NEVES, 1996, p. 325). Entre essas duas situações pode haver um abismo - latência legislativa - local onde se insere o ambiente da política, e nele muitas situações brancas, pretas e cinzas intercambiam espaço, sem respostas taxativas ou precisas.

Nesse lugar de incertezas - entre o jurídico e o político - Neves propõe a classificação das legislações simbólicas calcado em três modelos que levam em conta o conteúdo dessas legislações, como: a) confirmação de valores sociais, b) demonstração da capacidade de ação do Estado (legislação-álibi) e c) mecanismo de adiamento de solução de conflitos (compromisso dilatatório). Então, no contexto apresentado, a Constituição assume o papel de “acoplamento estrutural” entre os campos da política e do próprio direito. Ela funcionaria como um instrumento intermediador e concretizador entre os dois sistemas sociais autônomos, ou seja, a política e

o direito. Todavia, o que se constata posteriormente é a forte interferência do sistema político no âmbito jurídico, deflagrando a incoerência entre o que está previsto no ordenamento jurídico e sua efetividade no plano concreto. Ilustrando esse papel simbólico atribuído à Constituição em face de sua manipulação pelo sistema político, o autor elucida que:

A constitucionalização simbólica está, portanto, intimamente associada à presença excessiva de disposições constitucionais pseudoprogramáticas. Dela não resulta normatividade programático-finalística, antes o diploma constitucional atua como um álibi para os agentes políticos. Os dispositivos pseudoprogramáticos só constituem “letra morta” em um sentido exclusivamente normativo-jurídico, sendo relevantes na dimensão político-ideológica do discurso constitucionalista-social (NEVES, 2016, p.116).

Ou seja, o fato de ser norma – repita-se – não tem o condão de, por si só, solucionar o problema pertencente ao mundo da vida. A normatividade pode caminhar em um sentido e a política em outro. Para leigos, ou visionários, a ideia seria sempre de coincidências entre os caminhos. Para articuladores políticos, o universo normativo pode ser o instrumento mais eficiente para realização política, sob o manto da juridicidade, da não realização das tarefas normativas tracejadas, ou, em outras palavras, a atividade legislativa é meio eficiente a obstaculizar a força normativa da Constituição. Exatamente nessa inflexão encontra-se a subclassificação em constitucionalização álibi e constitucionalização como compromisso dilatatório.

Consoante retratado por Marcelo Neves, o termo legislação-álibi foi utilizado pelo autor alemão Kindermann com o objetivo de retratar as atitudes do legislador que buscando se desvencilhar de pressões políticas ou anseios sociais, se vale da produção normativa como uma espécie de subterfúgio político. Nesse sentido, o autor esclarece que “o legislador, muitas vezes sob pressão direta do

público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas” (NEVES, 2016, p.36). Verifica-se a utilização desses artifícios principalmente em períodos de graves comoções internas, bem como em momentos de campanhas eleitorais. No intuito de angariar um maior apoio e legitimidade popular, o legislador se prontifica a internalizar inúmeras disposições normativas sem se preocupar com a efetividade das medidas por ele implementadas. A solução dos problemas sociais é apenas uma desculpa, um desiderato que em verdade não se deseja atingir:

Em face da insatisfação popular perante determinados acontecimentos ou da emergência de problemas sociais, exige-se do Estado muito frequentemente uma reação solucionadora imediata. Embora, nesses casos, em regra, seja improvável que a regulamentação normativa possa contribuir para a solução dos respectivos problemas, a atitude legiferante serve como álibi do legislador perante a população que exigia uma reação do Estado (NEVES, 2016, p.37).

Ademais, essa atitude tomada por parte do legislador faz nascer na população uma falsa sensação de tranquilidade no que tange à resolução dos problemas sociais. A crença ideológica depositada naquela legislação ocasiona uma imensa expectativa, o que, posteriormente, restará frustrada pelo seu não cumprimento efetivo. Dessa forma, verifica-se que: “a legislação-álibi decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador” (NEVES, 2016, p. 39). Há aqui uma manipulação simbólica de interesses pelo poder político.

Por outro lado, a constitucionalização simbólica pode se manifestar sob a forma de compromisso-fórmula dilatatório. Da mesma maneira que na categoria anterior, analisa-se a priori o sentido atribuído à legislação como compromisso dilatatório.

Para ilustrar essa categoria, Marcelo Neves cita o caso narrado por Aubert, a respeito da Lei norueguesa atinente aos empregados domésticos aprovada em 1948. Com o objetivo de regulamentar alguns direitos trabalhistas da categoria, referida lei estabelecia algumas punições severas aos empregadores que a descumprissem. Portanto, a lei agradava de um lado os grupos “progressistas”, que viam com bons olhos a conquista de novos direitos sociais aos empregados domésticos, por outro lado, também agradava os “conservadores” que eram contrários à proposta, mas devido à ineficácia prática manifesta da lei, a qual continha medidas punitivas de difícil aplicação e mesmo confrontada pela forte relação de dependência entre o empregador e empregado, aceitaram-na. Dessa forma, houve a união de dois grupos contrários por intermédio de uma lei que efetivamente não resolvia o problema social existente, mas somente prorrogava de forma indeterminada a sua solução (NEVES, 2016, p. 41-42).

De acordo com o caso narrado, percebe-se que a legislação como fórmula de compromisso dilatatório é utilizada como instrumento de uma hipotética solução dos problemas existentes. Todavia, por falta de vontade do legislador ou mesmo de condições fáticas, seus efeitos não se concretizam imediatamente e somente protelam a solução proposta por referida legislação.

Dentro dessa perspectiva legislativa, a constitucionalização como compromisso dilatatório é analisada por Schmitt tendo por base a Constituição de Weimar de 1919. Referido autor faz a separação dos compromissos em: compromissos autênticos e compromissos não autênticos ou compromissos-fórmula dilatatórios. Elucidando a divisão proposta por Schmitt, Marcelo Neves esclarece que na primeira modalidade “(...) destinam-se à regulação e ordenação objetiva de certos assuntos controversos mediante transações em torno da organização e conteúdo da constituição” (NEVES, 2016,

p. 102). Por outro lado, adverte ainda que os compromissos não autênticos ou compromissos-fórmula dilatórios “(...) não levariam a uma decisão objetiva alcançada através de transações, servindo exatamente para afastá-la e adiá-la” (NEVES, 2016, p. 102). Nesse sentido fica evidente a falta de compromisso do legislador, pois ele dá vida a um dispositivo constitucional que já nasce fadado ao fracasso, natimorto. Verifica-se que a ausência de efetividade da norma que será constitucionalizada é fator determinante para a sua própria internalização no ordenamento jurídico, representando, assim, o mero postergamento acerca de solução para mazelas sociais.

Remetendo a teoria para o problema desse artigo – análise do direito ao transporte – pode-se inferir a manipulação normativa realizada pelo legislador na medida em que a realidade social permanece a mesma com a internalização e inserção do direito ao transporte no artigo 6º da Constituição. Corrobora a afirmação os seguintes dados: de um total de 5.570 (cinco mil, quinhentos e setenta) Municípios brasileiros (IBGE, 2013) apenas 13 (treze) Municípios¹⁹ possuem uma política pública voltada efetivamente para a garantia do transporte público coletivo de sua população, ou seja, menos de 0,24% dos Municípios a nível nacional. Ressalta-se que nesses Municípios foi adotada apenas a política pública da tarifa zero, uma política pública que garante o acesso de todas as pessoas, sem quaisquer discriminações, ao transporte público coletivo independentemente do pagamento de qualquer tarifa.

19 Esses dados foram apresentados com o objetivo de retratar a pouca ou quase inexistência representativa de Municípios que adotam alguma política pública inclusiva do direito ao transporte no Brasil. Consoante informação disponibilizada pelo “Fare Free Public Transport” site destinado à promoção da gratuidade do transporte público, bem como do mapeamento de cidades que possuem essa política a nível mundial, o Brasil é representado pelas seguintes cidades: Agudos-SP; Anicuns-GO; Eusébio-CE ; Itatiaiuçu-MG; Ivaiporã-PR; Maricá-RJ; Monte Carmelo-MG; Muzambinho-MG; Paulínia-SP; Pitanga-PR; Porto Real-RJ; Potirendaba-SP; Silva Jardim-RJ.

Além dessa constatação fática irrisória quanto à adoção de políticas públicas em prol do transporte público gratuito no Brasil, verifica-se que os Municípios contemplados pela política pública satisfatória quanto ao direito ao transporte não a implantaram sob influência direta da aprovação da EC 90, promulgada pelo Senado Federal em 2015. Verifica-se que as propostas e projetos de lei destes Municípios foram apresentados ou mesmo aprovados em momento anterior a aprovação da aludida PEC do transporte²⁰.

Todos os dados acima colacionados corroboram o entendimento de que além da constitucionalização simbólica como álibi, o direito fundamental ao transporte também se amolda a constitucionalização como compromisso-fórmula-dilatória. Com a verificação de que menos de 0,3% dos Municípios brasileiros adotam alguma política pública de transporte, permite-se concluir pela ineficácia latente do direito ao transporte.

Desta feita, houve a manipulação do direito ao transporte como um instrumento de combate às manifestações populares. Primeiramente, o legislador utilizou o transporte como álibi na busca por um ambiente de estabilidade política e social. Além disso, também se constata a presença da constitucionalização simbólica como mero compromisso dilatatório, ou seja, adiou-se a solução do problema atinente à garantia e efetividade do transporte através de um compromisso, simbolizado pela inserção do transporte na CRFB/88, que sequer tem data ou previsibilidade de solução efetiva. Por outro lado, isso tudo corrobora a perspectiva de Neves de que em casos assim ocorre a desconstitucionalização fática, indício da sobreposição de fatores de poder que se lançam no desiderato

20 Embora a PEC 90 tenha repercutido de maneira contundente nas discussões acerca do direito fundamental ao transporte, constata-se que a tarifa zero já estava sendo praticada há anos pelos 13 Municípios citados anteriormente. A título ilustrativo colaciona-se a cidade de Monte Carmelo-MG que já adotava a tarifa zero desde o ano de 1994. (QUARINIRI, 2016).

de manutenção do *status quo* ao invés de se pautarem no vetor de concretização de direitos fundamentais (NEVES, 1996, p.324).

6 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRANSPORTE: ALGUMAS INFERÊNCIAS POSSÍVEIS

Conforme outrora narrado, a internalização do direito fundamental ao transporte no artigo 6º da CRFB/88 foi impulsionada por fortes manifestações sociais que mobilizaram todo o país. Nesse sentido, constata-se que toda a sua tramitação foi cercada por várias influências externas.

O fator externo que provavelmente tenha gerado a maior movimentação da Câmara dos Deputados em prol da aceleração do transporte como direito fundamental foram as chamadas “Jornadas de Junho” ocorridas em 2013, conforme a trajetória já descrita nesse ensaio. Ajustando a história à proposta de constitucionalização simbólica de Marcelo Neves parece coerente pensar que o legislador se valeu da criação normativa (PEC90) para dar uma resposta imediata – aparentemente solucionadora da controvérsia – à população, especialmente porque o momento representou intensa pressão política. Seria, assim, uma espécie de *álibi* para a situação.

Pode-se perguntar: qual a real intenção do legislador com a PEC 90? Dialogando com o texto de Sarlet (2015b), a constitucionalização desperta mais e mais inquietações e problemas evidentes considerando as consequências de fundamentalidade do direito, especialmente pela ausência de especificações quanto ao conteúdo do direito ao transporte em si mesmo e quanto ao seu financiamento. Neste ínterim, a falta de especificações seria a maneira de dilatar a efetividade do direito? Seria uma maneira de forçar uma politização no Judiciário retirando das mãos do legislador a responsabilidade pelas consequências do ato legislativo, já que ele não trouxe as delimitações das consequências jurídicas correlatas? A intenção,

seria, então, transferir a responsabilidade pela implementação do direito ao transporte ao Judiciário, fomentando a judicialização? Ou, ao contrário, seria só uma maneira de trair a população? Essa traição mencionada por Sarlet (2015b) como mais um caso de frustração constitucional?

Muitas são as perguntas, poucas as respostas. Nesse sentido, levando em consideração o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à ADI 3768, que tratou do direito ao transporte público gratuito ao idoso, e os argumentos relacionados aos direitos fundamentais, espera-se a superação dos impasses e dúvidas aqui aventados dirigindo-se ao bem estar da população. Mas, por outro giro, sabe-se que as consequências são complexas, independente do lado para o qual se olhar.

Resta-nos aguardar. Resta-nos, por hora, pensar que mesmo que a intenção do legislador fosse apenas “apagar incêndio” esse pode ser o início de uma discussão séria que, eventualmente, culmine na configuração do direito ao transporte como direito subjetivo das pessoas no sentido de inseri-lo ante os significados de mínimo existencial, bem como meio de concretização da dignidade humana. Resta-nos, assim, aguardar o vento dos tempos, e torcer para que, ao reverso do que a perversidade política pode ser capaz, confiar no melhor para a população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este ensaio teve por objetivo primordial analisar a inserção do direito fundamental ao transporte no artigo 6º da Constituição após a aprovação da PEC 90, refletindo-se sobre seus aspectos de fundamentalidade e universalidade como fatores primordiais na constatação de uma possível constitucionalização simbólica desse direito em virtude da pressão popular exercida por intermédio das manifestações ocorridas no Brasil em 2013.

A abordagem do direito fundamental ao transporte foi superdimensionada através das recentes manifestações que paralisaram o Brasil, as jornadas de junho, trazendo o questionamento sobre o real sentido e alcance do transporte. Todavia, conforme salientado, o transporte já continha materialmente o valor de direito fundamental devido às várias disposições constitucionais esparsas na Constituição, sempre realçado como um meio ou instrumento para a obtenção e fruição de outros direitos essenciais ao ser humano.

Em verdade, nunca houve uma regulamentação específica no que tange a garantia do serviço público de transporte coletivo aos cidadãos. Infelizmente, com as discussões e consequente aprovação da PEC 90 essa realidade não foi alterada, permanece a incógnita no sentido de que forma esse recente direito fundamental será efetivamente prestado, se pelo poder público ou pelos particulares através de seus empregadores, ou mesmo se será disponibilizado independentemente de contraprestação tarifária.

Partindo dessas constatações ganhou especial relevo a teoria da constitucionalização simbólica ao permitir que se perscrute em relação ao verdadeiro sentido e alcance do direito fundamental ao transporte. As dimensões alcançadas pelas manifestações, bem como a falta de regulamentação e alteração fática da realidade dos usuários do transporte público coletivo, nos levam a concluir pelo acoplamento teórico da constitucionalização simbólica em relação ao transporte.

Esse vazio normativo regulamentador traz a tona discussões outrora levantadas de forma recorrente no ordenamento pátrio, a exemplo da judicialização dos direitos fundamentais, o que só reflete a falta de compromisso do poder público ao se constitucionalizar, a qualquer custo, um direito. Por óbvio que não se exime das discussões uma análise acurada acerca dos custos reais (*face oculta*)

da prestação desses direitos, todavia, ilações destituídas de substrato fático perdem força em relação à proteção do núcleo duro dos direitos fundamentais.

Não há dúvidas de que a aprovação do direito ao transporte como direito fundamental é de vital importância para a população brasileira. Mas, por outro lado, deve vir acompanhada de elementos objetivos que garantam a sua prestação de forma clara e proativa, impedindo que o legislador possa se valer de todo o processo legislativo de forma estratégica em prol apenas de suas conveniências políticas.

Portanto, a hipótese de pesquisa levantada é confirmada no sentido do aporte simbólico atribuído ao transporte na medida em que a tramitação da EC 90 foi visivelmente acelerada e posteriormente aprovada em face da influência direta dos movimentos sociais (mecanismo como *álibi*), bem como os elementos estatísticos aventados corroboram a inação estatal em prol do transporte mesmo após a promulgação da citada emenda (mecanismo dilatatório), o que nos leva a concluir por uma manobra política. Assim, a constitucionalização simbólica do direito fundamental ao transporte traz à tona a verdadeira face do Estado, preocupado, por vezes, apenas em atingir seus fins a qualquer custo, mesmo que seja violando frontalmente os direitos fundamentais.

Data de Submissão: 01/05/2017

Data de Aprovação: 12/06/2017

Processo de Avaliação: double blind peer review

Editor Geral: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente de Edição: Rafaela Patrícia Inocêncio

Diagramação: Emmanuel Luna

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos públicos e as decisões trágicas. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARACHO, Hertha Urquiza; MAIA, Mário Sergio Falcão. A efetividade dos Direitos Sociais no Brasil: comentários sobre o papel do Judiciário. **Revista Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 6, n.10, jan/jun, 2007, p.55.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 Out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 Out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em 10 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.587, de 03 de Janeiro de 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 03 Jan. 2012. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm>. Acesso em: 14 mar. 2017.

BRASIL. STF. ADI 3768-4. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julg. 19/09/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia..asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3768%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3768%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/arbewqj>>. Acesso em 14 mar. 2017.

BRASIL. STF. SS 3052. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julg. 17/02/2010. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609251>> Acesso em 14 jun. 2017.

CECATO, Maria Áurea Baroni; OLIVEIRA, Armando Albuquerque de. Direitos sociais: do Estado liberal ao Estado social. **Revista Prim@ Facie**, João Pessoa, v.15, n.29, mai/ago, 2016, p.17-18.

CITIES. **Fare free public transport**. Disponível em: <<https://farefreepublictransport.com/city/>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

COSTA, Bárbara Amelize; ARCELO, Adalberto Antônio Batista. Normas declaratórias de princípios programáticos no Estado Democrático de Direito e a constitucionalização simbólica. **Revista Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, Brasília, v.2, n.1, p.1-20, jan/junho 2016.

CRUZ, Carolina; CUNHA, Leonardo Alves da. Sobre os cinco anos das Revoltas das Catracas. **Revoltadacatraca's Blog**. Disponível em: <https://revoltadacatraca.wordpress.com/about/#_ftnref2> Acesso em: 20 mar. 2017.

DANTAS, Maria Eduarda Borba. **Constitucionalismo periférico e teoria dos sistemas sociais**: por uma interpretação pós-colonial da tese da constitucionalização simbólica. 2016. 204f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília. Brasília, 2016.

ERUNDINA, Luiza. **Projeto de Emenda à Constituição 90 de 2011**. Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para introduzir o transporte como direito social. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=522343>> Acesso em 21 mar. 2017.

GALASTRI, Luciana. Tarifa zero é possível: conheça as cidades que têm transporte público gratuito. **Revista Galileu**, 2013. Disponível em:<<http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI339223-17770,00-TARIFA+ZERO+E+POSSIVEL+CONHECA+CIDADES+QUE+TEM+TRANSPORTE+PUBLICO+GRATUITO.html>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

IASI, Mauro Luis. A rebelião, a cidade e a consciência. In: MARICATO, Ermínia et al. **Cidades Rebeldes**: passe livre as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 41-46.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Perfil dos Municípios brasileiros. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Perfil_Municipios/2013/munic2013.pdf. Acesso em: 13 abr. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. Retratos da sociedade brasileira: locomoção urbana. Brasília: CNI-IBOPE, 2011. Disponível em: http://www4.ibope.com.br/download/locomocao_urbana.pdf. Acesso em: 13 abr. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Tiago; SOUZA, Murilo. **PEC que inclui transporte como direito social ainda precisa passar por comissão**. Câmara notícias. 09 Jul. 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRANSPORTE-E-TRANSITO/447198-PEC-QUE-INCLUI-TRANSPORTE-COMO-DIREITO-SOCIAL-AINDA-PRECISA-PASSAR-POR-COMISSAO.html>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

MOVIMENTO PASSE LIVRE - SÃO PAULO (MPL-SP). Não começou em Salvador, não vai terminar em São Paulo. In: MARICATO, Ermínia et al. **Cidades Rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil**. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2013, p.14-16.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, 2002, v.3, n.2, p. 9-30.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 33, n. 132 out./dez. 1996, p.321-330.

QUARINIRI, Sabrina. Tarifa Zero é realidade de 12 cidades brasileiras. **Jornal Agora Joinville**. Joinvinlle - SC, 20 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.agorajoinville.com.br/brasil/tarifa-zero-%C3%A9-a-realidade-de-12-cidades-brasileiras-1.1874278>>. Acesso em: 24 abr.2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015a, p.75-76.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direito fundamental ao transporte traz novos desafios a velhos problemas. **Conjur**. 25 set. 2015b. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-set-25/direitos-fundamentais-direito-fundamental-transporte-traz-novos-desafios-velhos-problemas>>. Acesso em 24 abr. 2017.

SARMENTO, Daniel. **Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: “O caso Uber”**. Parecer normativo, 2015, Rio de Janeiro-RJ. Disponível em:< <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? *In* SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.51-62.

VINICIUS, Leo. **A guerra da tarifa**. 1. ed. São Paulo: Faísca, 2005, p.49.

Fundamental Right To Transport: an analysis based on the symbolic constitutionalization and consequences deriving from the fundamental right

Ruan Carlos Pereira Costa
Cândice Lisbôa Alves

Abstract: The article proposes to discuss the insertion of the right to transport between the fundamental social rights established in article 6 of the 1988 Federal Constitution, which was through the approval of Constitutional Amendment (EC) nº 90 of 2015. Notwithstanding the new allocation of the right to transport, we inquire about the practical implications resulting from it in order to determine whether the population in need of this public policy has benefited or not, as well as the sense of its fundamentality in view of the manifest legal nature of social law . It is based on the working hypothesis that just one more example of symbolic constitutionalization took place, although at the time there was a promise of significant changes that have not yet occurred, given the political manipulation used by the legislator as a result of the significant pressure exerted by popular movements In June 2013. The research was exploratory and used as procedures the bibliographic and jurisprudential methods.

Keywords: Fundamental right. Transport. Symbolic constitutionalisation.