

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Montes Claros. Minas Gerais. Brasil. v. 7, n. 2, jul./dez. 2012. ISSN 1809-7278 (Impressa)
ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

A Insuficiência do Financiamento Público de Campanhas para o
Combate ao Abuso de Poder Econômico
Richardson Xavier Brant

A Propriedade Intelectual na Teoria de Posner
André Gonçalves Godinho Fróes

Abrangência e Limites do Poder Normativo e Regulador nas Agências Federais
Elton Dias Xavier, Elizângela Santos de Almeida

A Proteção do Meio Ambiente como Direito Humano Fundamental na
Jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo
Henrique Weil Afonso, Ana Alvarez Muñoz, Tacyana Karoline Araújo Lopes

Discutindo a Educação Superior à Distância no Contexto Neoliberal
Lucivaldo Gomes da Silva

As Fronteiras do Constitucionalismo: a superação dos limites estatais como
nova configuração da “bukowina global”
Rafael Soares Duarte de Moura

A Desigualdade Social e o Envelhecimento como Desafios para o Presente Milênio
Waldir de Pinho Veloso



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 7, número 2, jul./dez. 2012

ISSN 1809-7278 (Impressa)

ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

REVISTA BRASILEIRA
DE ESTUDOS JURÍDICOS

v. 7, n. 2 – Semestral – Montes Claros, MG – jul./dez. 2012



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação semestral da Faculdade de Direito Santo Agostinho - FADISA, editada por Elton Dias Xavier.

©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

FACULDADE DE DIREITO SANTO AGOSTINHO – FADISA (FACULDADES SANTO AGOSTINHO)

Diretor: Prof. Ms. Antônio Eugênio Silva

Coordenadora do Curso de Direito: Prof.^a Ms. Thalita Soares Moran

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

(Brazilian Journal of Legal Studies)

Editor: Elton Dias Xavier

Conselho Editorial:

Elton Dias Xavier

Famblo Santos Costa

Richardson Xavier Brant

Solange Procópio Xavier

Waldir de Pinho Veloso

Anelito de Oliveira

Conselho Consultivo:

Adilson José Moreira (Harvard Law School – USA)

Horácio Wanderley Rodrigues (Universidade de Santa Catarina – UFSC)

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG)

Margarida de Oliveira Cantarelli (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE)

Menelick de Carvalho Netto (Universidade de Brasília – UNB)

Régis Fernandes de Oliveira (Universidade de São Paulo – USP)

Sérgio Rezende de Barros (Universidade de São Paulo – USP)

Vera Regina Pereira de Andrade (Universidade de Santa Catarina – UFSC)

Diagramação/Editoração gráfica/capa: Maria Rodrigues Mendes

Correção linguística: Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a:
(All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address)

Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <eltondx@hotmail.com>, <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação semestral/Published 2 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

Revista Brasileira de Estudos Jurídicos / Faculdades Santo
Agostinho. - Vol. 7, n. 2 (2012) – . – Montes Claros (MG) : Editora
Fundação Santo Agostinho, 2012 –
v. : 19 x 26 cm.

Semestral.

ISSN 1809-7278 (Impressa) . ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades
Santo Agostinho. II. Título.

CDU – 34

Ficha catalográfica: Edmar dos Reis de Deus – CRB6-2486

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
ABERTURA	
A Insuficiência do Financiamento Público de Campanhas para o Combate ao Abuso de Poder Econômico <i>Richardson Xavier Brant</i>	11
ARTIGOS	
A Propriedade Intelectual na Teoria de Posner <i>André Gonçalves Godinho Fróes</i>	27
Abrangência e Limites do Poder Normativo e Regulador nas Agências Federais <i>Elton Dias Xavier, Elizângela Santos de Almeida</i>	41
A Proteção do Meio Ambiente como Direito Humano Fundamental na Jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo <i>Henrique Weil Afonso, Ana Alvarez Muñoz, Tacyana Karoline Araújo Lopes</i>	77
Discutindo a Educação Superior à Distância no Contexto Neoliberal <i>Lucivaldo Gomes da Silva</i>	93
As Fronteiras do Constitucionalismo: a superação dos limites estatais como nova configuração da “bukowina global” <i>Rafael Soares Duarte de Moura</i>	107

A Desigualdade Social e o Envelhecimento como Desafios para o Presente Milênio <i>Waldir de Pinho Veloso</i>	119
NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO	143

EDITORIAL

Durante muito tempo, o numeral sete foi símbolo de contagem máxima. A humanidade cuidou de criar o numeral oito e outros sucessivos e, assim, restou parcialmente superada a fama de superlativo do número sete. A pergunta de São Pedro a Jesus Cristo (Mateus, capítulo 18, versículo 19) se se deve perdoar “sete vezes” tinha o sentido de perdoar inúmeras e incontáveis vezes. A resposta de Jesus Cristo, de que se deve perdoar “setenta vezes sete” (Mateus, capítulo 18, versículo 20) é como dissesse, pela memória da época, o infinito do infinito. É para todo o sempre.

Chegado neste encerramento do sétimo ano da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** o que se busca não é a perfeição como infinito multiplicado pelo infinito. Mas, há procura, sim, pelo melhor grupo de doutrinadores. A demonstração se foi alcançado tal objetivo está nas próximas páginas. Com o convite para que haja a pesquisa, a procura, a visita.

A **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, volume sete, número dois, correspondendo ao segundo semestre, está estrelada desde o seu início. O texto de abertura é de autoria do Prof. Ms. Richardson Xavier Brant, e envolve o tema “A Insuficiência do Financiamento Público de Campanhas para o Combate ao Abuso de Poder Econômico”. O autor traz, com competência, uma análise sobre as campanhas políticas, com abordagem da lei eleitoral em seus diversos matizes. E demonstra, ao fim, que o abuso do poder econômico há de ser combativo, no Brasil, com utilização de diversos meios. Incluindo, o controle e a mais firme prestação de contas das campanhas eleitorais.

A seção “Artigos” contempla seus autores em ordem alfabética. Desta forma, não há como invocar maior destaque a um ou outro, uma vez que todos têm altos e inestimáveis valores.

O primeiro artigo científico impresso leva a assinatura do Prof. Ms. André Gonçalves Godinho Fróes. De cunho altamente filosófico, sem se deixar de imiscuir em Direito, o artigo tem o título “A Propriedade Intelectual na Teoria de Posner”, com debate fundamentado quanto ao tema altamente bem desenvolvido. Há a condução, com qualidade, no caminho da interpretação do Direito, traçando linhas existentes na obra “Economic Analysis of Law” ou “Análise Econômica do Direito”, de Richard Posner.

Da nossa parte, contribuimos com o artigo denominado “Abrangência e Limites do Poder Normativo e Regulador nas Agências Federais”, elaborado em parceria com Elizângela Santos de Almeida. Um trabalho de fôlego que busca as origens das agências reguladoras, com as correspondentes ambientação e validade, e analisa o seu transporte para o Brasil com as mesmas características norte-americanas, com desprezo pelas especificidades nacionais. Discute as teorias existentes sobre a força normativas que elas produzem e aponta a teoria mais condizente com o Direito brasileiro. Notadamente, em face dos poderes conferidos, exclusiva ou concorrentemente, pela Constituição quanto à elaboração de normas cogentes.

Sob o título “A Proteção do Meio Ambiente como Direito Humano Fundamental na Jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo”, os autores Henrique Weil Afonso (Mestre em Direito), Ana Alvarez Muñiz (Mestre em Relações Internacionais) e Tacyana Karoline Araújo Lopes (Mestre em Desenvolvimento Social), há uma análise do Direito Internacional com liame aos Direitos Humanos. Tudo, fundamentado em boa e sólida doutrina. A discussão conduz às normas existentes ou desejáveis para o segmento do Direito Internacional do Meio Ambiente.

Em continuidade, aparece o texto assinado pelo Prof. Ms. Lucivaldo Gomes da Silva. O título “Discutindo a Educação Superior à Distância no Contexto Neoliberal” já demonstra o tema. E, de fato, a análise da educação superior, em sua modalidade à distância quanto à transmissão do aprendizado, vem centrada na experiência de um trabalho na área educacional com utilização de plataformas de oferta de ensino não presencial ou semipresencial. A comparação da oferta da educação à distância em períodos governamentais diversos desemboca na relação do contexto do neoliberalismo e as políticas de oferta de educação com utilização das tecnologias dos últimos tempos.

O Prof. Ms. Rafael Soares Duarte de Moura (com seu Doutorado em Direito em estágio avançado) escreve sob o título “As Fronteiras do Constitucionalismo: a superação dos limites estatais como nova configuração da ‘bukowina global’”. A seara de pesquisa do promissor escritor se mostra forte na área constitucional, sem desprezo – aliás, ao contrário – da parte filosófica, com ênfase nas técnicas de hermenêutica jurídica e teorias de argumentação jurídica. E, no presente artigo, o autor se mostra capaz, mesmo abordando um tema que, filosoficamente, já impõe respeito a começar pelas primeiras palavras expostas.

E, para encerrar, e ainda em ordem alfabética, o Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso trata do tema “A Desigualdade Social e o Envelhecimento como Desafios para o Presente Milênio”, em uma simbiose estrutural que liga o Desenvolvimento Social, a Sociologia e o Direito. Há busca de dados populacionais que se relacionam com as políticas de oferta de educação – incluindo a educação à distância – com a oferta das tecnologias disponíveis. E, em todo o texto, há demonstração de que há pontos a serem ocupados pelas Instituições de Ensino Superior, com cursos mais direcionados para uma população cada vez mais ativa, cada vez mais longeva e, sobretudo, cada vez mais ávida pelo conhecimento.

A **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, neste volume sete, número dois, compõe-se de uma variedade de temas, um conjunto forte de textos jurídicos que, mesmo com aparência de que em nada se ligam uns aos outros, são provas de qualidade, pesquisa e demonstração de dedicação aos estudos por parte dos seus autores. Tudo, com a intenção de premiar aos leitores e, cada vez mais, sedimentar o caminho para o reconhecimento da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** como um veículo ímpar em termos de publicações científicas no cenário nacional.

Professor Doutor Elton Dias Xavier
Editor

A B E R T U R A

A Insuficiência do Financiamento Público de Campanhas para o Combate ao Abuso de Poder Econômico

RICHARDSON XAVIER BRANT¹

Resumo: Este artigo procura abordar o tema do financiamento público de campanhas eleitorais, sustentando-se o argumento de que esse financiamento deve ser exclusivamente público. Para que isso tenha eficácia, defende-se a adoção de rigorosa disciplina, na prestação de contas à Justiça Eleitoral, dos recursos captados e aplicados pelos partidos e candidatos. O aperfeiçoamento democrático e do sistema eleitoral e partidário, no Brasil, neste limiar de século e milênio, depende de edição legislativa que garanta ao eleitorado a independência financeira dos candidatos e partidos como modo de coibir o abuso de poder econômico.

Abstract: This article addresses the theme related to the public funding of election campaigns, supporting the argument that this funding must be exclusively public. So that it is effective, the adoption of a strict discipline is defended, in the accounting to the Electoral Court, of the raised and applied resources by the parties and candidates. The democratic improvement and of the electoral and party system, in Brazil, at this threshold of century and millennium, depend on legislative issue that ensures to the electorate the financial independence of candidates and parties as a way to curb the abuse of economic power.

¹ Mestre em Desenvolvimento Social pela Unimontes e doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires (UBA). Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais. Exerce, atualmente, as funções de Juiz Eleitoral da 184.^a Zona Eleitoral e Diretor do Foro Eleitoral em Montes Claros. Professor dos Cursos de graduação e Pós-Graduação na Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes) e na Faculdade de Direito Santo Agostinho de Montes Claros.

1 INTRODUÇÃO

Não foram suficientemente submetidos à análise da sociedade civil organizada os estudos e propostas de reforma do sistema político-partidário e do sistema eleitoral, no debate que se iniciara, no âmbito do Congresso Nacional, desde abril de 1995, ainda no início do Governo de Fernando Henrique Cardoso. O objetivo da Comissão Provisória então criada seria estudar, ampliar o debate e amadurecer a compreensão da reforma política necessária ao aperfeiçoamento do sistema democrático no Brasil.

Entre as principais propostas destacam-se a introdução do voto distrital misto, a extinção das coligações proporcionais para o Poder Legislativo, a filiação partidária e o domicílio eleitoral, a disciplina da fidelidade partidária e as regras de restrição à divulgação de pesquisas eleitorais. No que interessa mais de perto nesse estudo, assume especial destaque a discussão acerca do financiamento público de campanhas eleitorais como meio de prevenir e coibir o abuso de poder econômico nas eleições.

A Lei 9.504/97, editada com o objetivo de criar normas estáveis para as eleições, previu em seu artigo 79: “o financiamento de campanhas eleitorais com recursos públicos será disciplinado por lei específica.”. Embora não encontre resistência declarada em segmento algum da classe política, ainda não houve a edição da “lei específica”, registrando-se a existência de questionamentos quanto à oportunidade de sua elaboração.

Propõe-se, neste estudo, abordar o tema polêmico do financiamento público de campanhas, sob a perspectiva de que um dos mais graves problemas atuais da democracia brasileira é a apropriação do Estado pelas elites econômicas e que isso se realiza, em larga medida, em virtude da grande influência de pesados “investimentos financeiros”

feitos por grupos nem sempre identificados, porque clandestinos, nas campanhas eleitorais.

Parte-se da ideia de que a democracia brasileira, entre os avanços e retrocessos de um longo processo de construção², exige eleições justas e livres. Compreende-se assim um processo de escolha de governantes em que prevaleçam minimamente os princípios da liberdade de convicção do eleitor e da efetiva igualdade de oportunidades entre os candidatos, como dois aspectos necessários e complementares do princípio de igualdade política.

A Justiça Eleitoral, com a implantação do voto eletrônico, praticamente impossibilitou a prática de fraudes, tornando certa e imune a violações a manifestação de vontade do eleitor quando de seu comparecimento para o exercício do direito de sufrágio.

Resta o desafio de assegurar que o convencimento do eleitor, ao menos no período de propaganda eleitoral, faça-se também de maneira livre e sem aliciamento, sem compra de votos nem quaisquer outras formas de pressão e cooptação. A tentativa de evitar esses danos ao convencimento livre do eleitor é necessária, apesar de que “A mídia, com seu poder de alcance de massa, serve de instrumento de legitimação e de imposição hegemônica e, assim, divulga cotidianamente notícias que evidenciam determinados candidatos e partidos, bem como mensagens que levam à despolitização do eleitor.” (MILIBAND, 1972, p. 268).

Para que seja afastado ou minimizado, tanto quanto possível, o abuso de poder econômico, são exigidas várias alterações legislativas cuja implementação, para que sejam efetivas, não de ocorrer *pari passu* com o exclusivo financiamento público de campanhas.

Algumas dessas alterações legais consideradas necessárias integram as propostas de reforma. Poder-se-iam mencionar, entre as mais importantes – além do financiamento público – a introdução do voto distrital misto, e as regras que restringem a divulgação de pesquisas eleitorais como “estratégia de *marketing* político-eleitoral.” (MEZZARROBA, 2004, p. 295).

² “A ‘abertura democrática’ tem início com Geisel em 1974, com mudança do ‘tom do discurso’ que evidenciava a antecipação de uma crise de legitimidade do regime estabelecido e que até então se sustentava no desenvolvimento econômico. Mas é, no ano de 1979, com Figueiredo, que acontecem a Anistia Política e a Reforma Partidária, o que contribui significativamente para a eclosão de manifestações de descontentamento popular. Nessa onda, o movimento das ‘Diretas Já’, em 1984; a eleição de Tancredo Neves e, logo a seguir, o movimento para a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte.” (CARVALHO; QUADRA, 2000, p. 378-380).

Ao se basear em um modelo de democracia em que os atores políticos agem com racionalidade, Anthony Downs entende que assim pondera o eleitor, quando se orienta para a escolha de partidos ou candidatos em eleições:

Num sistema multipartidário, estima o que crê serem as preferências de outros eleitores; daí age do seguinte modo: a. Se seu partido favorito parece ter uma razoável chance de vencer, vota nele; b. Se seu partido favorito parece não ter quase nenhuma chance de vencer, vota em algum outro partido que tenha uma chance razoável, a fim de impedir que vença o partido que menos apóia (DOWNS, 1999, p. 70).

Utiliza Downs do conceito de racionalidade na teoria econômica. Para tanto, esclarece que “o termo racional nunca é aplicado aos fins do agente, mas somente a seus meios. Isso resulta na afirmação de racional como eficiente, isto é, maximizar o produto no caso de um dado insumo, ou minimizar o insumo no caso de um dado produto.” (DOWNS, 1999, p. 27).

O questionamento sobre a possível manipulação de resultados de pesquisas eleitorais de intenção de voto avalia se isso não tem servido de induzimento ao chamado voto útil. Tem-se em conta que os eleitores, racionalmente orientados, votarão no candidato que tem mais chance de vencer, ou em outro candidato que também concorra com chance de vencer, no intuito de impedir que vença um candidato que o eleitor menos prefira, mesmo que não seja este candidato escolhido o de sua preferência.

A defesa da introdução do voto distrital misto no Brasil tem-se baseado no argumento de que esse sistema pode diminuir a distância entre representantes e representados. Seriam criados distritos nos Estados e combinados os sistemas majoritário e proporcional. Os candidatos concorreriam nos distritos, em votação uninominal, pelo sistema majoritário; e em listas, em votação plurinominal, pelo sistema proporcional. Cada sistema preencheria metade do número de vagas³.

Definido esse panorama das principais propostas discutidas no âmbito da reforma eleitoral e político-partidária, pode-se passar, agora, ao tema principal deste estudo: o financiamento público de campanhas.

³ O sistema distrital misto permite outras variações, como listas fechadas ou abertas na votação proporcional, com a possibilidade de os candidatos concorrerem nos dois sistemas, cláusula de barreira para os partidos que não lograrem obter pelo menos 5% (cinco por cento) dos votos ou de obter votos em um mínimo de distritos, etc. Para uma pesquisa mais completa ver a obra *Sistemas Eleitorais*, de Jairo Nicolau. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

2 O FINANCIAMENTO PÚBLICO E A IMPRESCINDIBILIDADE DE ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

Nesse desiderato de contenção ao abuso de poder econômico, o financiamento público de campanhas, de par com a vedação ao financiamento privado, assume aspecto importante, diria mesmo imprescindível, para a consecução de tal objetivo.

A referência a outras medidas consiste em específicas alterações da legislação eleitoral para melhor disciplinar a prestação de contas de gastos realizados em campanhas eleitorais, a fiscalização do emprego de recursos destinados a campanhas eleitorais e as sanções que devem ser preconizadas legalmente pela violação dessas regras.

Uma pausa para destacar que a Resolução n.º 23.376/2012 disciplina, para as eleições de 2012, a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros nas campanhas eleitorais. O capítulo III, Seção II, da referida Resolução, em seu artigo 32 e parágrafo único, dispõe sobre recursos de origem não identificada. Esse Regulamento trata com maior rigor essa matéria, confirmando tendência atual de aperfeiçoamento gradativo da disciplina legal de captação e emprego de recursos financeiros em campanhas eleitorais com vistas ao combate ao abuso de poder econômico.

Com relação ao tema mais direto do artigo, sustenta-se que, embora seja estritamente necessário o exclusivo financiamento público de campanhas eleitorais, tal proposta de reforma se mostra insuficiente para coibir os abusos, se não for acompanhada de vedação ao recebimento de recursos privados e de um rigor maior na fiscalização e no controle do emprego de recursos nas campanhas. O que se quer evitar é o recebimento clandestino de recursos privados como meio de burlar a vedação legal.

Tenha-se em conta que é relevante a objeção de que alguns partidos, candidatos ou coligações poderiam receber recursos públicos e, em não havendo rigoroso controle dos recursos arrecadados e efetivamente aplicados, arrecadar e aplicar também recursos oriundos de pessoas físicas ou jurídicas privadas. Situação em que a desigualdade não será evitada, mas ainda mais comprometida pela concorrência de fundos públicos para sua efetivação.

Para que seja possível conter o abuso, defende-se a adoção de um sistema de controle do emprego de recursos em campanhas eleitorais que se baseará em quatro aspectos fundamentais: a) recebimento e emprego exclusivo de recursos públicos; b) divisão equitativa dos recursos entre os partidos, criando-se um piso e um teto, respectivamente para as agremiações menores e maiores, sempre considerando a representação na Câmara dos

Deputados; c) o emprego de recursos deveria ser orientado por um plano de gastos previamente apresentado à Justiça Eleitoral, o qual norteará um controle pormenorizado dos recursos recebidos e empregados; d) a aplicação da sanção de perda de mandato aos infratores das normas que empregarem recursos além daqueles repassados publicamente, pela configuração de ato de improbidade que compromete a moralidade do candidato e o impede de assumir um cargo público eletivo (a Lei Complementar n.º 135/2010, conhecida Lei da Ficha Limpa, ampliou, de forma significativa, as hipóteses de inelegibilidades e possibilitou o cancelamento do registro ou a cassação do diploma em caso de abuso de poder econômico).

O controle dos recursos empregados em campanhas eleitorais, por se tratarem de verbas públicas, far-se-ia pelo Tribunal de Contas da União, em auxílio à Justiça Eleitoral, dentro de prazo suficiente para viabilizar a preparação de decisão judicial sobre a prestação de contas. Isso para que se viabilize a apreciação de impedimento do candidato à assunção do cargo para o qual concorreu. O candidato infrator estaria impedido de assumir o cargo por não deter condições de probidade e moralidade exigidas constitucionalmente. Isso garantiria, em acréscimo, o princípio constitucional da legitimidade republicana e democrática das eleições. Essa é a sanção adequada pela prática de ato ilícito em violação às normas que regulam o financiamento de campanhas.

3 PARTIDOS POLÍTICOS

Os partidos políticos, na concepção do sistema representativo desenvolvido por Kelsen, cumprem o papel de evitar a distância e afrouxamento de laços entre eleitores e eleitos. As agremiações partidárias constituem um elo entre a sociedade civil e o Estado, entre o governado e o governante, entre o cidadão/mandante e o escolhido/mandatário (KELSEN, 2000, p. 153).

Os partidos sustentam, desse modo, o sistema democrático, favorecendo a apresentação de programas de governo e gestão aos eleitores. Tais programas são previamente submetidos à crítica e ao aperfeiçoamento pelas discussões no âmbito interno da agremiação. Os vários projetos de vida, interesses particulares de grupos, princípios e valores dos múltiplos segmentos sociais encontram, no interior do partido político, campo próprio à veiculação.

A seguinte passagem, que coloca no centro do debate a questão da representação, corrobora esse entendimento: “O princípio de que só se deve admitir a existência de um partido, com a finalidade de assegurar a viabilidade do governo, é um elemento comum às

ideologias antidemocráticas do fascismo, do nacional-socialismo e do comunismo.” (KELSEN, 2000, p. 153).

A chamada crise de representatividade deixa entrever os contornos dessa questão crucial para o aperfeiçoamento e consolidação da democracia. Em estudo sobre os mecanismos de participação popular, encontra-se um revelador aspecto dessa questão:

Na verdade, na democracia indireta, dita representativa, cada vez mais se denota que nem sempre a maioria parlamentar exprime os anseios da maioria do povo, gerando uma crise de legitimidade, de consenso. Na medida em que ocorre esse distanciamento, há quebra da estabilidade social. Geram-se leis que carecem de efetividade. A sociedade cria “sistemas paralelos” de resolução de conflitos, porque as “leis do Estado” não alcançam ou não servem para seus problemas (MELO, 2001, p. 35).

Na formulação kelseniana de uma democracia de partidos, as agremiações partidárias deveriam contar com estrutura interna democrática, depurada de vícios, com livre escolha de seus dirigentes pela base sem qualquer corrupção ou resquíio de burocracia, e com financiamentos transparentes e públicos (KELSEN, 2000, p. 154).

Em análise do sistema representativo, em outra passagem, encontra-se a compreensão de que há enfraquecimento do princípio da soberania popular quando, na chamada “república presidencial”, o Poder Executivo é confiado a um presidente eleito diretamente pelo povo, em vez de ser escolhido pelo Parlamento. E complementa o auto citado: “Realmente, quando à frente da população de eleitores, que conta milhões de indivíduos, está um único indivíduo eleito, a idéia da representação do povo necessariamente perde o seu último resquíio de fundamento.” (KELSEN, 2000, p. 154). Mas, em razão do foco do artigo, Não se pode aprofundar, neste estudo, a discussão entre presidencialismo e parlamentarismo.

A função do partido político, nesse sentido, seria a de “agrupar as vontades individuais coincidentes e interpô-las, de forma conjunta, na esfera estatal” e a “organização partidária nasceria de um processo sociopolítico que envolveria um conjunto de pessoas com afinidades ideológicas e com um projeto definido de ação de governo.” (MEZZARROBA, 2004, p. 84-85).

Todavia, para que os partidos políticos sejam independentes e autônomos, devem ter condições de financiar suas próprias atividades. Os candidatos devem, sobretudo em campanha eleitoral, resguardar-se de receber recursos do setor privado para que os interesses dos eleitores sejam a única matéria de que se ocupará o futuro governante.

Sobre o recebimento de recursos, destaca-se que um “Outro aspecto importante do *fundo partidário*, enquanto instituto, está na possibilidade de os *Partidos* virem a disputar eleições com recurso próprios.” (MEZZARROBA, 2004, p. 282).

E destaca o autor o seguinte aspecto:

Isso faz com que eles se desvinculem de qualquer financiamento particular, o que reforça, sem dúvida alguma, a independência e a autonomia dos Partidos frente aos interesses econômicos e políticos de particulares e grupos isolados. [...] a constitucionalização do direito ao fundo partidário possibilita que cada organização partidária financie suas próprias atividades sem precisar depender de doações de pessoas jurídicas privadas ou de pessoas físicas, cuja pressão política acaba frequentemente ocorrendo (MEZZARROBA, 2004, p. 282).

Se somente forem viáveis candidaturas em que houver emprego de elevados recursos financeiros de origem privada, o poder econômico continuará comprometendo os mandatos e se apropriando do Estado para realização dos interesses de minorias. Grupos que, embora sejam minoritários em quantidade, exercem influência e são considerados hegemônicos.

Os interesses dos segmentos mais desfavorecidos da população continuarão relegados a planos secundários, mantendo-os em condição de não-integração e dependência e perpetuando-se – desse modo – a situação atual de injustiças e desigualdades sociais.

De outro ponto de vista, não se pode deixar de reconhecer que o financiamento público coloca os partidos políticos em relação de dependência com o Estado, quando o que se pretendeu – desde a constitucionalização das regras político-partidárias e com a edição da Lei n.º 9.096/95 – foi lhes assegurar autonomia. Essa situação, embora não desejável, parece menos prejudicial.

Foram transformados os partidos de entes de direito público em entidades de direito privado, garantindo-lhes a elaboração autônoma de seus estatutos. O fortalecimento de uma agremiação partidária se efetiva pelo apoio social que logre obter e não por benefícios corporativos oferecidos pelo Estado.

Haverá de ser encontrado, no entanto, um ponto de equilíbrio entre essa situação de relativa dependência com o Estado, propiciada pelo recebimento de recursos públicos, e a necessária independência dos setores privados, viabilizada pelo exclusivo financiamento público de campanhas. Acrescente-se a imprescindível complementação de vedação ao recebimento de recursos de fonte privada, para o desiderato de contenção dos abusos.

Alcança-se, nesse mister, o desejado afastamento da hegemônica atuação dentro dos partidos de “interesses econômicos e políticos de particulares e grupos isolados.” (MEZZARROBA, 2004, p. 292).

A independência dos partidos políticos é condição necessária ao aperfeiçoamento democrático. A autonomia administrativa, de criação, funcionamento e estruturação, deve se harmonizar com a independência financeira.

4 EXCLUSIVO FINANCIAMENTO PÚBLICO DE CAMPANHAS E VEDAÇÃO AO FINANCIAMENTO PRIVADO

O financiamento público – garantindo recursos mínimos a todos os candidatos, partidos e coligações – é condição necessária para minimizar o abuso do poder econômico. Com a injeção de recursos privados – de pessoas físicas, jurídicas e talvez até de organizações criminosas que se utilizam, hodiernamente, das mais sofisticadas técnicas para o alcance de seus objetivos – tem-se a quebra do princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos.

Considere-se que foi unânime a aprovação pela Comissão de Reforma Política da proposta de que, por meio de projeto de lei, se estabeleça que as campanhas eleitorais sejam financiadas exclusivamente com recursos públicos. Esse o teor do dispositivo então proposto:

Nos anos eleitorais, as dotações do Fundo Partidário (art. 17 da Constituição Federal) teriam R\$7,00 (sete reais) por eleitor alistado pela Justiça Eleitoral até 31 de dezembro do ano anterior. [...] nos períodos em que fossem realizadas as eleições, os Partidos Políticos estariam proibidos de receber doações de pessoas físicas ou jurídicas (MEZZARROBA, 2001, p. 296).

Mas, isso não é bastante. Como funciona, hoje, o sistema de prestação de contas, não se mostra eficiente no sentido de verificar a efetiva aplicação de recursos em campanhas eleitorais. O que se constata, a partir de observações empíricas, é a mais grosseira desproporção entre os valores declarados, na prestação de contas à Justiça Eleitoral, e o montante de recursos empregados em dispendiosas campanhas. Antes não eram raras as “apresentações artísticas” (com a edição da Lei n.º 11.300/2006 ficaram vedados os “showmícios”, prática de contratação de artistas populares, de alto custo, para os comícios e reuniões de eleitores; somente os candidatos com mais recursos conseguiram pagar as apresentações, com quebra – clara – da regra de isonomia) nos comícios, a instalação de muitos comitês e a contratação de grande número de pessoas. Isso em franco descompasso, a olhos vistos, entre o que se declara e o que foi gasto na campanha.

E esse fenômeno era comum e constatável por meio de inúmeros eventos promovidos quando das campanhas eleitorais e que não são sequer declarados nas prestações de contas. Mesmo que sejam doados serviços e uso de bens, essas doações deveriam ser declaradas para conhecimento pela população dos “apoios” recebidos para conquista dos mandatos eletivos.

A distribuição de recursos deve ser mais equitativa, contemplando-se os partidos menores, com a fixação de uma quota mínima que lhes assegure efetiva participação no processo político-eleitoral. Há de se superar a desigualdade encontrada na divisão de tempo reservado aos partidos menores, sem funcionamento parlamentar. Isso ocorre tanto do tempo de acesso à televisão e ao rádio quanto na participação em uma quota do fundo partidário.

5 DISCIPLINA ATUAL DA PRESTAÇÃO DE CONTAS E PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

A legislação eleitoral, em atendimento ao comando da Constituição da República Federativa de 1988, determina a prestação de contas do partido à Justiça Eleitoral, e regula a prestação de contas e a constituição de Comitê Financeiro. Dispõe a Lei n.º 9.504/97, em seu artigo 29, incisos III e IV, e em seu § 2.º, que a prestação de contas dos gastos de campanha eleitoral deve ser feita até trinta dias após a realização das eleições.

O candidato somente pode receber contribuições financeiras depois de oficialmente registrada a candidatura perante a Justiça Eleitoral, com a constituição de Comitê Financeiro e abertura de conta corrente específica para receber os recursos destinados à campanha (CERQUEIRA, 2004, p. 1.079).

Os partidos políticos podem receber doações e utilizar tais recursos para fazer pré-campanhas, mas não os candidatos. Valem parênteses para a explicação de que se distinguem propaganda eleitoral, propaganda partidária e pré-campanhas. A *propaganda partidária* consiste em direito reconhecido ao partido político de divulgar seus princípios, programas e organização, sendo reservado tempo na televisão e no rádio, em cadeia nacional, para esse fim. *Propaganda eleitoral* é aquela de que se valem os candidatos, coligações e partidos para divulgação de seu(s) nome(s) e propostas, veiculada em período determinado na legislação eleitoral, antes da fase de recepção de votos, para que se tornem conhecidos do eleitorado os candidatos concorrentes em um pleito. As pré-campanhas, ou propaganda intrapartidária, acontecem no interior dos partidos políticos, de modo mais reservado, visando obter apoio a algum integrante do partido que pretenda

se candidatar em convenção partidária na qual há escolha dos integrantes do partido que concorrerão em um pleito eleitoral.

Voltando ao tema central, lembra-se que os comitês têm a obrigação de se inscrever no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), inscrição que será cancelada em dezembro do ano das eleições, porque destinada somente ao controle dos recursos recebidos para financiamento das campanhas eleitorais.

Existem limites para a doação de recursos. As pessoas jurídicas somente podem doar até 2% (dois por cento) do faturamento bruto do ano anterior. As pessoas físicas têm o limite de 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos do ano anterior, limitado a mil Unidades de Referência Fiscal (UFIR's). As coligações, partidos e candidatos devem comunicar o valor máximo de gastos à Justiça Eleitoral, quando do registro de seus candidatos, como prevê a Lei n.º 9.504/1997.

A Lei n.º 11.300/2006 previu que os partidos, coligações e candidatos devem disponibilizar, na rede pública de computadores, os valores dos recursos arrecadados e gastos em campanhas, para informação aos cidadãos.

Apresenta-se proposta de alteração legislativa para que – a par do financiamento público exclusivo de campanhas eleitorais – a prestação de contas seja feita diretamente ao Tribunal de Contas da União, com registro prévio, perante a Justiça Eleitoral, do planejamento e orçamento do emprego dos recursos.

O plano de gastos permitirá um detalhado acompanhamento pela Justiça Eleitoral e pelos eleitores dos eventos e despesas a serem feitas por cada partido, coligação e candidatos, reduzindo – significativa e eficazmente – a possibilidade de abusos.

6 SANÇÕES PELA APLICAÇÃO DE RECURSOS CLANDESTINOS

Sugere-se também a previsão de sanções severas ao candidato, partido ou coligação que receberem recursos clandestinos, que efetuem gastos além dos recursos públicos recebidos, como maneira de pôr cobro ao risco calculado. Quanto ao dito “risco calculado”, assim se considera quando o candidato utiliza-se de práticas abusivas, ilegais e desonestas, calculando que o benefício da conquista do mandato compensa o risco de ser apanhado (prática utilitária).

A sanção adequada, para evitar o utilitarismo desonesto, seria a perda do mandato conquistado indevidamente, pela simples verificação da falta ética praticada. Inviável qual-

quer condicionamento à influência no resultado das eleições, pela impossibilidade fática de verificação dessa potencialidade danosa.

A previsão de abuso do poder econômico nas eleições é antiga, datando de 1965, com a edição do Código Eleitoral. Vários diplomas legislativos disciplinaram o abuso e instituíram meio processual de apuração e aplicação de sanções, inclusive de perda do mandato obtido com violação da lei.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros, no entanto, em vários casos, condicionou a perda do mandato à “potencialidade do dano”, no sentido de que o abuso – para justificar a perda do mandato – deveria comprometer o resultado das eleições. Além disso, somente após o trânsito em julgado da decisão, ocorreria a perda do mandato. Na esmagadora maioria dos casos, o candidato beneficiado pelo abuso terminava o mandato sem que o julgamento tivesse chegado ao final.

Nesse aspecto, a Lei n.º 9.840/97, conhecida lei que define a captação ilícita de sufrágio, introduziu inovações. Desse modo, a perda do mandato pela prática da conduta de ofertar qualquer vantagem ao eleitor independe de “potencialidade do dano” e impede o candidato de assumir o cargo, tendo efeito imediato. Os Tribunais pátrios, sensíveis à origem popular da lei, têm construído jurisprudência inovadora, com a moralizadora perda de mandatos de candidatos que incorrem na prática de captação ilícita de sufrágio.

De fato, a Lei de Captação Ilícita de Sufrágio teve iniciativa popular. Ocorre que, embora tenham sido colhidas mais de um milhão de assinaturas, por não terem sido identificados os subscritores da proposta, não foi aceita pelo parlamento a iniciativa popular. Porém, um parlamentar apresentou o projeto que já iniciou com o aval de um número significativo de eleitores. Nasceu a referida lei com essa legitimidade.

Posteriormente às primeiras e ditas inovadoras decisões dos tribunais pátrios, e confirmando essa tendência moralizadora, a Lei Complementar n.º 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) introduziu norma que estabelece não depender de influência no resultado das eleições a conduta grave de improbidade que constitui abuso de poder econômico ou político.

Nesse sentido, a comunidade jurídica comprometida com o ideal democrático recebe com entusiasmo essa manifestação de franco respeito ao cidadão e à lisura do pleito. Com a edição de normas que tornam mais efetiva a exigência de probidade e moralidade da vida pregressa do candidato, disciplina mais severa do abuso de poder econômico foi introduzida, o que contará – de modo decisivo e firme – com a alentadora interpretação dos Tribunais pátrios.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se quer sustentar seja “uma panaceia para todos os males” o financiamento público de campanhas. Todavia, sua introdução é um avanço significativo, desde que as necessárias alterações legislativas tratadas sejam também consideradas e aplicadas com o apoio da legitimidade popular.

Certo que – a par dos necessários aperfeiçoamentos que o debate na esfera pública permitirá – o exclusivo financiamento público de campanhas poderá se tornar um meio eficiente de reduzir, em medida considerável, o abuso do poder econômico e político nas eleições.

A par disso, se forem ampliadas e tornadas efetivas as instituições que permitem a participação do cidadão na formação e deliberação da decisão política, com a abertura de um canal de diálogo com a sociedade civil, mediado pelos movimentos sociais, a democracia brasileira pode dar um passo decisivo na dinâmica de sua consolidação. Isso é um fator imprescindível para a construção coletiva de uma sociedade menos injusta e desigual.

Ao cabo dessa análise, cuida-se de traçar algumas considerações que servem de síntese ao estudo e como pontos de discussão sobre o tema.

Mostra-se necessário, mas não suficiente, o financiamento público de campanhas eleitorais, pelo ainda ineficaz sistema de fiscalização previsto pela legislação atual que deixa inúmeras “brechas”, por ser um controle apenas formal, à captação e emprego de recursos privados sem declaração à Justiça Eleitoral.

Além de ser público, então, o financiamento deve ser exclusivamente público, vedando-se o recebimento de recursos de origem privada, de pessoas físicas ou jurídicas, assim como as doações de qualquer espécie.

A exclusividade do financiamento público, para ser um modo efetivo de controle do abuso de poder econômico, depende de acompanhamento e fiscalização do plano de gastos em campanhas. Sem isso, perde-se o controle eficaz da aplicação, em campanhas eleitorais, de recursos recebidos clandestinamente.

Para prevenir a prática do abuso de poder econômico, dentro da previsão de que os candidatos podem se valer de uma orientação racionalmente utilitária, quando se sujeita ao “risco calculado”, a sanção para o emprego de recursos sem declaração à Justiça Eleitoral, seja qual for o montante de recursos, deve ser a perda do mandato ou o impedimento à assunção no cargo.

O efetivo acompanhamento da arrecadação e aplicação de recursos não prescinde de um plano de gastos a ser registrado perante a Justiça Eleitoral antes do início da propa-

ganda eleitoral, permitindo acompanhamento e controle simultâneo pelos eleitores, partidos e pela Justiça Eleitoral.

Em se tratando de recursos públicos, a prestação de contas deve ser aferida pelo Tribunal de Contas da União, com apresentação de parecer prévio à Justiça Eleitoral, para apreciação antes da diplomação dos candidatos, de modo a viabilizar a não diplomação de candidatos cujas contas não forem aprovadas.

O procedimento previsto no artigo 96 da Lei n.º 9.504/97 (cujo artigo 96 prevê procedimento célere para apuração de reclamações ou representações por descumprimento daquele diploma legal) deve assegurar a necessária observância do devido processo legal ao candidato que tiver impugnação na prestação de contas, a cargo do Ministério Público, de qualquer candidato, coligação e partido que concorrerem ao pleito.

REFERÊNCIAS

CERQUEIRA, Thales Tácito Ponte Luz de Pádua. **Direito eleitoral brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. Tradução de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Edusp, 1999.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MELO, Mônica de. **Plebiscito, referendo e iniciativa popular: mecanismos constitucionais de participação popular**. Porto Alegre: SAFE, 2001.

MEZZAROBBA, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

NICOLAU, Jairo. **Sistemas eleitorais**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

TOURAINÉ, Alain. **O que é democracia?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral**. Porto Alegre: SAFE, 1998.

SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. A modernização autoritária. Com a colaboração de Alessandra Carvalho e Samantha Viz Quadrat. In: LINHARES, Maria Yedda (Org.). **História geral do Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

Data do Recebimento: junho/2012. Data da Aceitação: setembro/2012

A R T I G O S

A Propriedade Intelectual na Teoria de Posner

ANDRÉ GONÇALVES GODINHO FRÓES¹

Resumo: A proteção jurídica conferida pelo sistema de propriedade intelectual às criações do engenho humano envolve custos sociais e econômicos que deveriam ser contabilizados pelos Estados Nacionais quando optam por reconhecer esse tipo de propriedade privada em seus ordenamentos jurídicos. Na doutrina de Richard Posner, as sociedades somente deveriam proteger as invenções por meio de patentes quando isso demonstrasse ser economicamente útil. Para ele, o princípio da eficiência econômica deve ser a razão do reconhecimento da propriedade privada. Assim, o presente artigo visa esclarecer a utilidade da análise econômica do direito para a compreensão da propriedade intelectual, numa indicação dos benefícios que o diálogo interdisciplinar pode trazer para aqueles que pesquisam na seara do Direito.

Palavras-chave: Propriedade intelectual. Richard Posner. Direito estadunidense. Análise econômica do direito.

THE INTELLECTUAL PROPERTY IN POSNER'S THEORY

Abstract: The legal protection afforded by intellectual property system to the creations of human mind involves social and economic costs that should be accounted for when nation states choose to recognize this type of private property in their jurisdictions. In the doctrine of Richard Posner, companies should only protect inventions through patents when it showed to be economically useful. For him, the principle of economic efficiency should be the reason for the recognition of private property. Thus, this article aims to clarify the usefulness of economic analysis of law to the understanding of intellectual property, as an indication of the benefits that interdisciplinary dialogue can bring to those who research on the domains of Law.

Keywords: Intellectual property. Richard Posner. American Law. Economic analysis of law.

¹ Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Analista judiciário da Justiça Federal em Minas Gerais. Professor da Faculdade de Direito Santo Agostinho, em Montes Claros/MG.

1 INTRODUÇÃO

Dentre os vários assuntos abordados por Richard Posner em sua obra *Economic Analysis of Law* ou Análise Econômica do Direito, a propriedade intelectual é um dos temas menos enfocados por aqueles que se debruçam sobre as lições do jurista norte-americano. Talvez isso se deva ao fato de que a assimilação da linguagem econômica aplicada ao domínio jurídico já seja, por si própria, de difícil compreensão para os estudiosos do Direito, geralmente acostumados ao discurso positivista que perpassou grande parte do século passado.

Quando se trata, então, de conhecer um ramo do Direito sob o ponto de vista das relações socioeconômicas que lhe deram origem, utilizando-se de recursos metodológicos típicos da Ciência Econômica, a tarefa se torna ainda mais árdua.

Nesse sentido, há na doutrina de Posner contribuições importantes para a construção de uma maior interdisciplinaridade entre Direito e Economia. No que toca à propriedade intelectual, o jurista tece considerações relevantes e pouco exploradas que podem contribuir para uma melhor compreensão do tema.

Este é, portanto, o objetivo do presente artigo: compreender e assimilar a teoria de Richard Posner nos domínios da propriedade intelectual. Para tanto, julga-se indispensável apresentar primeiramente algumas noções sobre a matéria, com enfoque na regulamentação dada a ela pelo direito norte-americano, para só depois abordar as lições hauridas do jurista estadunidense.

2 DA NECESSÁRIA INTERDISCIPLINARIDADE ENTRE DIREITO E ECONOMIA

Na doutrina tradicional, a propriedade é um direito real que incide sobre coisas e faculta ao titular as prerrogativas de usar, gozar, dispor e reaver o bem, a teor das disposições do art. 1.225 e seguintes do Código Civil de 2002.

O estudo da propriedade intelectual, no entanto, exige a superação da visão privatística acerca do tema, uma vez que a matéria está relacionada intimamente ao Direito Econômico.

A esse propósito, afirma Isabel Vaz que

é interessante notar o destaque conferido às obras dos professores Waldemar Ferreira (“Instituições de Direito Comercial”, vol. VI e “Tratado de Direito Comercial”, vol. I), de J. X. Carvalho de Mendonça (“Tratado de Direito Comercial Brasileiro”), eminentes jusprivatistas, quando, na verdade, a propriedade industrial tem sido objeto de uma acentuada intervenção do Estado, constituindo um dos mais visados instrumentos de política econômica (VAZ, 1993, p. 433).

A doutrinadora discorda da utilização do termo “propriedade imaterial” em lugar de “propriedade intelectual”, ponderando que

é necessário nos desvincularmos do discurso civilista, um tanto obsoleto diante dos avanços tecnológicos, inexistentes à época de sua elaboração. ‘Bens imateriais’ para Gama Cerqueira [...] constituem gênero, entre cujas espécies Clóvis incluía o direito de autor, como direito real, ao lado dos ‘bens móveis incorpóreos’. Mas, nesta categoria encontram-se também os ‘direitos das obrigações’, cuja gênese nada tem a ver com as criações intelectuais. Estas, é verdade, podem originar relações jurídicas, porém, incidem sobre produtos da mente, da capacidade criativa, da arte de cada um. [...] Este é o traço distintivo do ‘trabalho’ neles empregado; origina produtos da capacidade intelectual do autor. Um crédito é uma coisa incorpórea, pode até ser classificado como bem imaterial. Falta-lhe, todavia, a natureza de criação intelectual (1993, p. 436).

Por esses motivos, a propriedade intelectual não pode ser suficientemente explicada pela visão típica do Direito Comercial ou Empresarial nem do Direito Civil. É necessário que o estudioso haura conhecimentos de forma interdisciplinar e reconheça as conexões da matéria com a Economia.

3 OS CONCEITOS MAIS RELEVANTES DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), pertencente à Organização das Nações Unidas (ONU), foi a responsável, desde a sua criação, pela Convenção de Estocolmo, de 14 de julho de 1967, pela unificação dos conceitos legais acerca do tema de sua competência (VAZ, 1993, p. 413).

Para a OMPI, a propriedade intelectual é “o direito concedido sobre as criações do intelecto humano, que usualmente consiste em exclusividade sobre a criação por um período determinado de tempo” e se divide em

duas vertentes principais: direitos autorais (*copyright*), ou o privilégio de autores de obras literárias e artísticas, tal como livros e outros escritos, composições musicais, pinturas, esculturas, programas de computador e filmes, e a propriedade industrial, cuja disciplina protege as invenções, as marcas de fábrica ou de comércio, os desenhos industriais e reprime a concorrência desleal (WIPO, 2004).

Uma das principais consequências da divisão da propriedade intelectual em dois ramos reside no fato de que os direitos autorais independem de registro (art. 18 da Lei 9.610/98), enquanto a propriedade industrial deve ser registrada para que se obtenha a proteção do Estado (Lei 9.279/96).

Isso significa que as invenções e congêneres, para que se constituam em propriedade privada de seus criadores, devem ser submetidas a processo de registro junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), autarquia federal incumbida desse mister (art. 129 da Lei 9.279/96). Caso contrário, a propriedade industrial será considerada como de domínio público.

Os direitos autorais e conexos possuem regulação diferente da propriedade industrial (que se refere, principalmente, a invenções aplicáveis à indústria), pelo fato de protegerem a exteriorização ou expressão de uma ideia, mas não a ideia em si mesma. A proteção conferida pelo *copyright* diz respeito apenas à forma de expressão e não alcança conceitos, métodos e ideias que são manifestados em trabalhos literários, artísticos e científicos (WIPO, 2004).

O autor ou titular do registro tem o direito de impedir a reprodução desautorizada, a distribuição, a venda e a adaptação do trabalho original. A proteção alcança a duração da

vida do autor e um período adicional, que no caso do Brasil é de setenta anos após o falecimento do autor (art. 41 da Lei 9.610/98).

Já a propriedade industrial pode ser objeto de monopólio privado quando reconhecida pelo Estado por meio de registro ou patente, conforme o caso. As patentes dão ao titular o direito exclusivo de fazer, usar ou vender uma invenção, por um período de vinte anos, no sistema brasileiro (art. 40 da Lei 9.279/96). A patenteabilidade de uma invenção depende do preenchimento dos requisitos de absoluta novidade (previamente desconhecida do público), não-obviedade (deve conter inovação suficiente para merecer proteção) e aplicabilidade industrial (ou utilidade), nos moldes do art. 8.º da Lei 9.279/96.

Os modelos de utilidade, muitas vezes chamados de “pequenas invenções”, pelo fato de que envolvem menos atividade inventiva e novidade quando comparados às invenções, podem ser protegidos por meio de patentes. Consta da Lei 9.279/96:

Art. 9.º É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

Em apertada síntese, são essas as noções necessárias para a compreensão do tema ora proposto.

4 A REGULAÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO DIREITO ESTADUNIDENSE

Analisar-se-á a lei de patentes norte-americana sob seus aspectos essenciais e indispensáveis para o conhecimento da doutrina de Posner sobre a propriedade intelectual. Na verdade, o “US Code, Title 35”, é apenas a norma geral dessa matéria, que contém um extenso regulamento.

Nos Estados Unidos, há três tipos de patentes: as *utility patents*, as *design patents* e *plant patents* (OPPEDAHL, 2012), que corresponderiam às patentes nacionais concedidas às invenções e modelos de utilidade, aos registros de desenhos industriais e marcas e às cultivares (plantas transgênicas), respectivamente. O Direito norte-americano não distingue, tal como o brasileiro, entre patentes e registros, pois aquelas são concedidas no Brasil somente para invenções e modelos de utilidade.

Assim como no regime patentário internacional, uma patente americana permite que seu titular impeça que outros fabriquem, usem ou alienem o objeto protegido.

Os prazos de proteção são variáveis. Uma *utility patent* vige por dezessete anos, se tiver sido depositada até a data de oito de junho de 1995, ou por vinte anos, se após esse termo. Essa distinção é resultado do período de transição promovido pelo acordo uniforme prescrito pelo tratado GATT 1994 (*General Agreement on Tariffs and Trade* ou Acordo Geral de Tarifas e Comércio). Por outro lado, uma *design patent* tem vigência por quatorze anos, enquanto uma *plant patent* vige por dezessete anos (OPPEDAHL, 2012).

A patenteabilidade, isto é, o que pode ou não ser protegido por uma patente, é sempre um dos pontos mais importantes de qualquer legislação de propriedade industrial. A lei americana diz que “qualquer um que invente ou descubra um processo, máquina, manufatura ou resolução de um problema, novo e útil, ou qualquer melhoramento novo e útil destes, poderá obter uma patente.” (US Code, Title 35, § 101).

Como se vê, a descoberta (aquilo que se encontra na natureza) é também patenteável nos Estados Unidos. Esta afirmação é confirmada pelo parágrafo 100, *a*, dispositivo segundo o qual invenção e descoberta são sinônimas (USA, 2012). Tal sinonímia traz consequências importantes para o regime legal americano; sendo as descobertas patenteáveis, células cancerígenas do baço humano, bem como células da medula óssea, são passíveis de proteção, *i. e.*, partes do corpo humano poderão ser propriedade de uma empresa ou pessoa (RIFKIN, 1999, p. 47).

Também têm patentes reconhecidas naquele país os produtos químico-farmacêuticos, medicamentos e alimentícios, inclusive os produtos biotecnológicos, tal como agora o são no Brasil, com a Lei 9.279/96.

A fim de ser patenteável, uma invenção deve se adaptar a uma das seguintes classes: processos, máquinas, manufaturas (ou objetos que são feitos pelo homem ou por máquina), resoluções de problemas (as *compositions of matter*) ou qualquer novo uso destes (OPPEDAHL, 2012).

Um dos requisitos de patenteabilidade é a utilidade (no Direito brasileiro, diz-se também aplicabilidade industrial). Uma invenção não pode ser mera decorrência de um fenômeno teoricamente considerado. A invenção deve ser ainda nova ou inédita; e não poderá ser óbvia para uma pessoa que tenha conhecimento técnico médio da matéria (OPPEDAHL, 2012).

5 A PROPRIEDADE INTELECTUAL NO PENSAMENTO DE POSNER

Passa-se ao estudo da análise econômica da propriedade intelectual, segundo as lições de Posner.

Esse autor inicia o capítulo 3 (*Property*) da Parte II de sua obra *Economic Analysis of Law* com a referência aos três significados do termo *common law*. Nessa parte, adota o segundo sentido, o de “os campos do Direito que foram criados majoritariamente pelos juízes como produtos de casos concretos decididos, em preferência aos legisladores.” (POSNER, 1998, p. 35).

Na visão econômica desse jurista, o *common law* tem três partes: (1) *the law of property* (o Direito da Propriedade): que cria a definição dos direitos de propriedade (“direito ao uso exclusivo de recursos valiosos”); (2) *the law of contracts* (o Direito dos Contratos): que cuida das transferências dos direitos de propriedade; e (3) *the law of torts*: que traça as sanções respectivas.

A propriedade intelectual é concebida pelo doutrinador como uma subcategoria especializada de um ou mais desses campos fundamentais. Essa tipologia, segundo Posner, é útil para organizar o pensamento e para trazer à colação o principal tema dessa segunda parte do livro: a congruência entre as doutrinas do *common law* e o princípio da eficiência econômica.

5.1 Teoria Econômica dos Direitos de Propriedade

No item 3.1, Posner procede às distinções entre os aspectos estáticos e dinâmicos da Teoria Econômica dos Direitos de Propriedade. Segundo ele, “todos os ajustes a fazer presumivelmente ocorrem de forma instantânea” na análise econômica estática, enquanto, na dinâmica, “a hipótese de um ajustamento instantâneo é flexível.” (POSNER, 1998, p. 36).

Para o jurista estadunidense, a análise dinâmica é usualmente mais complexa; por isso, é singular que as bases econômicas dos direitos de propriedade tenham sido primeiramente percebidas em termos dinâmicos. Ele cita o exemplo de uma sociedade em que os direitos de propriedade tenham sido abolidos. Um fazendeiro cultiva a terra sobre a qual não tem direitos exclusivos; planta milho e constrói benfeitorias. Entrementes, o milho cresce e seu vizinho o colhe para uso próprio. A menos que haja medidas institucionalmente cabíveis contra essa usurpação, o cultivo das terras logo será abandonado e a sociedade mudará, com isso, seus métodos de subsistência para outros que exijam menos investimentos preparatórios, como a caça.

Posner afirma, assim, que a atribuição de direitos de propriedade cria incentivos para a exploração eficiente de recursos. Ainda que o valor da plantação, naquele exemplo, ex-

ceda os custos de investimento – entendido o valor como a “vontade de pagar por parte dos consumidores” (*willingness to pay*) – a possibilidade da espoliação faria que essa atividade fosse tida como racionalmente inadequada.

O autor pensa que

A discussão desse ponto parece implicar que, se todo recurso valioso (entendido como escasso, bem como desejado) fosse possuído por alguém (critério da universalidade), de modo a que a propriedade incluísse as faculdades de excluir terceiros do uso do bem e a de usufruí-la privativamente (exclusividade), assim como a livre transferibilidade, ou, como os advogados dizem, a alienabilidade, o valor seria maximizado (POSNER, 1998, p. 38).

A propriedade privada de todos os recursos implicaria, dessarte, a maximização do valor, se cumpridas as condições de universalidade de acesso, exclusividade e alienabilidade. Mas, o próprio autor reconhece os custos óbvios e os sutis de um sistema de propriedade privada, como será visto a seguir.

5.2 Problemas na Criação e Proteção dos Direitos de Propriedade

A razão entre os benefícios dos direitos de propriedade e seus custos determina a extensão da propriedade privada nas diversas sociedades.

No pensamento de Posner, a propriedade da terra é comunal nas sociedades primitivas porque custaria muito instituir o sistema de propriedade privada: nelas, a terra é farta em relação ao número de habitantes; pode ser utilizada sem investimentos elaborados, praticamente em estado natural; não há linguagem desenvolvida para instituir um registro cartorial adequado da propriedade privada; o custo de obtenção de madeira para cercamentos é alto; as atividades são preponderantemente pastoris. Portanto, instituir aquele sistema traria poucos benefícios para a comunidade. Nesse sentido, Posner afirma que

não é surpreendente que os direitos de propriedade sejam menos extensos em sociedades primitivas do que nas avançadas e que o padrão pelo qual os direitos de propriedade emergem e crescem em uma sociedade está relacionado ao aumento da razão entre seus benefícios e custos (POSNER, 1998, p. 39).

Para o autor, essa ideia encontra-se na raiz das normas do *common law* que distinguem a propriedade de animais domésticos e selvagens. Enquanto aqueles são possuídos como qualquer outra propriedade, estes não o são até que sejam caçados ou aprisionados. Em

matéria de preservação da vida selvagem, que não se submete, em regra, à propriedade privada, haveria duas soluções possíveis: a regulação pelo Estado, a fim de reduzir a caça a um nível ótimo, quando, então, a política pública substituirá o sistema de propriedade privada na aporia entre os custos ou benefícios sociais e privados; ou a aquisição de todo o *habitat* natural dos animais por um particular, que regulará ele mesmo a caça para um nível adequado, pois, do contrário, perderia os possíveis proventos advindos dos caçadores.

Leciona o jurista que a eficiência econômica ainda fundamenta as regras do *common law* relativas ao descobrimento de tesouros e às próprias patentes: o Direito tenta regular essas áreas de tal modo que não haja desperdício de recursos escassos em uma atividade econômica.

Posner traça uma comparação entre a recuperação de *sunken treasures* (tesouros submersos) e o processo de invenção. Uma exploração ou invenção muito rápida causaria o emprego excessivo de recursos por parte dos competidores. Para a sociedade, o custo da invenção ou do resgate do tesouro poderá ser superior ao benefício. Por exemplo, se o benefício total fosse de mil unidades monetárias e o custo de um competidor fosse de 250, a concorrência de mais de quatro investidores faria com que os custos ou igualassem ou superassem o benefício final. Por essa razão, as regras do *common law* atribuem a propriedade de tesouros ao governo, que recompensa o descobridor de acordo com o benefício social alcançado. O resgate de moeda corrente não modifica a riqueza total da sociedade; merece, pois, recompensa menor.

5.3 Propriedade Industrial: Patentes

A existência das patentes é explicada por Posner a partir da necessidade social de incentivo à invenção:

Em um mundo sem patentes, a atividade inventiva seria majoritariamente direcionada para invenções que poderiam ser mantidas em segredo, do mesmo modo que a completa falta de direitos de propriedade conduziria a produção aos objetos que envolvessem investimentos preparatórios mínimos [...]. Por isso temos patentes (POSNER, 1998, p. 43).

O autor relaciona e explica os mecanismos do Direito para a redução dos custos da duplicidade da atividade inventiva.

O primeiro deles consiste no prazo de vigência de quatorze a vinte anos, que reduz o valor da patente para seu titular e, por via de consequência, o montante de recursos utilizados para obter a invenção.

O segundo mecanismo jurídico encontra-se no requisito de patenteabilidade conhecido como a não-obviedade do invento. Nesse ponto, Posner oferece uma noção nova desse conceito, normalmente definido como a impossibilidade de um técnico médio da área chegar ao mesmo resultado facilmente:

O significado funcional da obviedade é o de inventável a baixo custo. Quanto mais baixo o custo da descoberta, menos é necessária a proteção patentária para a induzir e maior é o perigo de investimentos excessivos se a proteção por patentes for permitida (POSNER, 1998, p. 43-44).

Para o autor, portanto, é indesejável que haja proteção patentária se isso causar investimentos excessivos; uma patente não pode proteger o que é óbvio – o que custa pouco para descobrir (note-se como a palavra *discovery* – descoberta – é usada no lugar de *invention* – invenção) –, pois os custos de mercado aumentariam artificialmente.

O terceiro mecanismo diz respeito à norma segundo a qual as patentes são concedidas “mais cedo” ou antes que o produto possa ser utilizado comercialmente. Isso evita desperdício de recursos escassos porque o inventor terá tempo de experimentar o objeto antes de lançá-lo no mercado; se assim não fosse, invenções mal acabadas desperdiçariam recursos de produção.

O quarto instrumento encontra-se nos demais requisitos de patenteabilidade, a novidade e a aplicabilidade industrial. Aquela consiste na inovação do estado da técnica e, esta, na possibilidade da exploração industrial do objeto protegido. Se o sistema patentário só proteger invenções que sejam ao mesmo tempo inovadoras e utilizáveis na indústria, contribuirá para a melhor alocação de recursos.

O quinto e último mecanismo de prevenção de desperdícios refere-se à não-patenteabilidade de *fundamental ideas* (ideias fundamentais ou concepções puramente abstratas), como são exemplos as fórmulas matemáticas e as formas dos programas de TV. A razão disso é a de que, mais uma vez, só é patenteável a invenção que custa muito e que não desperdiça recursos.

Nas palavras de Posner, os custos do sistema patentário incluem a relação entre o preço e o custo marginal das invenções (o investimento adicional máximo que se pode fazer sem desperdiçar recursos valiosos). Essa é a constante preocupação de Posner com investimentos excessivos no processo inventivo. Diz ele que, uma vez feito o invento, os custos (ou os investimentos realizados) estão perdidos (*sunk*), o que em termos econômicos significa que são zero. Então o preço que inclui o *royalty* do inventor excederá o custo de oportunidade (correspondente à quantia que o inventor ganharia se nada tivesse investido)

do produto resultado da invenção. Entretanto, “esse inconveniente é analiticamente o mesmo que o custo de uma cerca para demarcar o direito de propriedade em um terreno; é um custo indispensável do uso do sistema de direito de propriedade para alocar recursos.” (POSNER, 1998, p. 45). Em outras palavras, não há como instituir a propriedade sem investimentos, embora estes sempre devam respeitar sua utilidade marginal, sob pena de desperdício.

Essa breve explanação sobre a lei e o direito da propriedade intelectual norte-americanos serve para a reafirmação do caráter internacional do sistema de patentes. Por meio dela, nota-se a tendência de uniformização desse direito nas diversas legislações, a despeito das particularidades e necessidades de cada país.

Há diversas semelhanças com a lei de propriedade industrial brasileira, conforme já se teve oportunidade de analisar (FRÓES, 2011). Quanto às diferenças, são de técnica e verdadeiramente não importam ou demonstram que o direito brasileiro ainda não alcançou o nível de liberalismo verificado no direito norte-americano, como é o caso de reconhecer patentes a meras descobertas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, espera-se ter contribuído para a construção de um diálogo interdisciplinar entre a Economia e o Direito. Conforme se depreende da leitura das lições de Richard Posner, há um enfoque relativamente novo sobre as questões jurídicas, que podem ser compreendidas a partir da linguagem desenvolvida em outros ramos das ciências sociais.

Viu-se, em apertado resumo, que o princípio econômico da eficiência deve estar na base das considerações de um Estado quando opta por internalizar, em seu ordenamento jurídico, a proteção conferida pelo sistema internacional patentário, fomentado pelos países desenvolvidos por meio da OMPI e outros organismos internacionais.

Cada país deveria contabilizar os ganhos sociais e econômicos a serem obtidos ao concederem patentes, que majoritariamente são pleiteadas por multinacionais estrangeiras que investem mais recursos em pesquisa e desenvolvimento do que as empresas nacionais de países periféricos. Considerando que a proteção patentária legitima o monopólio por um período considerável de tempo e que o alcance de posição dominante em geral leva os agentes econômicos a abusarem dos preços cobrados do consumidor, pode revelar-se ineficiente para uma nação em desenvolvimento reconhecer a propriedade intelectual

para invenções relativas a áreas estratégicas e essenciais, como medicamentos e alimentos.

Esse é apenas um exemplo da utilidade que a análise econômica do Direito pode trazer aos estudos jurídicos. O critério fornecido pela doutrina de Posner pode servir para analisar a eficiência das modificações que se tem observado nas leis brasileiras sobre esse tema, como os cultivares, a patenteabilidade de micro-organismos geneticamente modificados, a admissão do *pipeline* – controverso instituto que dispensa o requisito da novidade das invenções –, a mudança nos regimes das licenças compulsórias e da caducidade e, por fim, as patentes para produtos farmacêuticos e biotecnológicos (FRÓES, 2011). Como se vê, há nessa matéria objetos variados de estudo e de pesquisa em aberto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 maio 1996.

BRASIL. Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 fev. 1996.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

FRÓES, André Gonçalves Godinho. A construção tridimensional da lei de propriedade industrial: biotecnologia, axiologia e direito. De jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n.º 12, 2011. Disponível em: <<https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/handle/123456789/1016?show=full>>. Acesso em: 19 set. 2012.

OPPEDAHL PATENT LAW FIRM LLC. General information about patents. Disponível em: <<http://www.oppedahl.com/patents>>. Acesso em: 21 set. 2012.

POSNER, A. Richard. **Economic analysis of law**. 5th ed. Nova York: Aspen Law & Bussines, 1998.

RIFKIN, Jeremy. **O século da biotecnologia**. Tradução e revisão técnica de Arão Sapiro. São Paulo: Macron Books, 1999.

UNITED STATES OF AMERICA. US Code, Title 35: Patents. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/35>> Acesso em: 21 set. 2012.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). The international protection of industrial property: from the Paris convention to the agreement on trade-related aspects of intellectual property rights (TRIPS Agreement). Geneve: WIPO, 2004. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/arab/en/wipo_ip_uni_dub_04/wipo_ip_uni_dub_04_1.pdf>. Acesso em: 19 set. 2012.

Data do Recebimento: setembro/2012. Data da Aceitação: setembro/2012

Abrangência e Limites do Poder Normativo e Regulador nas Agências Federais

ELTON DIAS XAVIER¹

ELIZÂNGELA SANTOS DE ALMEIDA²

Resumo: O presente trabalho tem por objeto investigar a abrangência e os limites do poder normativo e regulador das agências reguladoras federais brasileiras. Essas entidades, inspiradas nos órgãos reguladores norte-americanos, também chamados de agências, surgiram no Direito brasileiro a partir da década de 90 no âmbito do programa nacional de desestatização, também conhecido como privatização. A elas foi conferido o poder de editar normas reguladoras das atividades postas sob sua área de abrangência. No entanto, tendo em vista que o sistema jurídico brasileiro é diferente do sistema norte-americano, tais poderes não têm a mesma dimensão daqueles concedidos às agências norte-americanas. Algumas teorias surgiram, então, para justificar o fundamento do poder normativo das agências reguladoras brasileiras. A teoria da deslegalização, que prega a delegação limitada de poderes legislativos às agências deve ser afastado porque, no sistema constitucional brasileiro, não há essa espécie de delegação. Igualmente, fica afastada a tese que iguala o poder normativo das agências reguladoras ao poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo, isso porque a Constituição Federal atribuiu apenas a este, com exclusividade, o poder de baixar regulamentos para a fiel execução das leis. A teoria que mais se adapta ao ordenamento pátrio é a que defende que o poder normativo e regulador das agências se limita às questões técnicas e específicas relativas às atividades postas sob seu âmbito de atuação, e mesmo assim, nos exatos limites da lei. Trata-se muito mais de um “poder regulador”, visto sob o aspecto econômico, do que “regulamentar”, do ponto de vista político-jurídico. Qualquer produção normativa, além desses parâmetros, será fulminada de inconstitucionalidade. Com relação ao método de abordagem, será utilizado o método indutivo para que, a partir da análise das posições doutrinárias, jurisprudenciais e diplomas legais seja possível formar posição, principalmente do prisma constitucional, sobre o tema proposto.

Palavras-chaves: Agências reguladoras. Regulamento. Poder legislativo. Poder executivo. Ato normativo. Norte-americanas. Desestatização. Fundamento.

¹ Professor na Universidade Estadual de Montes Claros - MG. Doutor em Direito pela UFMG. Doutorando em Ciências Sociais pela UERJ. Advogado.

² Mestranda em Educação pela Universidade de Uberaba - UNIUBE; Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes - UCAM; Pós-Graduada em Ensino de Filosofia, bem como Coordenação Pedagógica e Planejamento, Direito Ambiental pela Universidade Cândido Mendes – UCAM; Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.

SCOPE AND LIMITATIONS OF NORMATIVE AND REGULATORY POWERS OF FEDERAL AGENCIES

Abstract: This study aims to investigate the scope and limits of legislative and regulation powers of federal regulatory agencies in Brazil. These entities, inspired by U. S. regulators, also called agencies, have emerged in brazilian law from the 90's under the National Privatization Program, also known as privatization. To them powers were given to dictate standards of regulatory activities put in their service area. However, given that our legal system is different from the american system, such powers are the same size as those granted to U.S. agency. Some theories have arisen, thus, to justify the foundation of the normative power of the Brazilian regulatory agencies. *Deslegalização* theory, which advocates limited delegation of legislative powers to agencies, should be removed because the brazilian constitutional system there is this kind of delegation. In addition, the thesis that is removed equals the regulatory powers of regulatory agencies to the regulatory power of the Chief Executive, that because the Constitution only to the assigned, exclusively, the power to lower regulations for the faithful execution of laws. The theory that best fits our land is one that argues that the legislative powers and regulatory agencies is limited to specific and technical issues relating to the activities brought under its scope of action, and even then, the exact limits of the law. It is much more of a "regulatory power", because under the economic aspect, which "regulate", from the standpoint of political and legal. Any production rules beyond these parameters will be struck down as unconstitutional. With regard to the method of approach, the inductive method will be used to that from the analysis of the doctrinal positions, statutes and case law can be formed position, especially the constitutional perspective on the theme.

Keywords: Regulatory agencies. Regulation. Legislative. Executive. Legislative act. U.S. Privatization. Foundation.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da economia e a mudança de paradigma da atuação estatal frente ao mercado impuseram uma revolução na forma de o Estado lidar com a economia. Crises econômicas recorrentes e a incapacidade de o Estado figurar como principal ator no cenário econômico fizeram com que novos modelos de desenvolvimento e de intervenção do Estado na economia fossem repensados. A figura do Estado-empresário foi relegada a segundo plano e aos particulares foi atribuída a função de atuar no mercado, ficando reservada ao Estado a posição tão somente de agente normativo e regulador da atividade econômica. Nesse embalo, serviços públicos essenciais também foram transferidos à iniciativa privada, dada a reconhecida ineficiência do Estado na correspondente prestação. Por meio do Programa Nacional de Desestatização, inaugurado pela Lei 8.031/90, setores estratégicos foram transferidos aos particulares por meio das concessões. Serviços como de telefonia, eletricidade, exploração do petróleo, dentre outros, agora não constituem mais monopólio estatal.

A concorrência, própria da iniciativa privada, que deve conduzir à busca permanente pela melhoria dos serviços prestados, foi determinante para a mudança de postura e estratégias do Estado em relação aos serviços públicos até então conservados sob sua exclusiva atuação. Contudo, o Estado não abriu mão do seu poder fiscalizador e regulamentar. Previu-se, por isso, a criação das agências reguladoras, inspiradas no direito norte-americano, cuja função precípua é editar atos de caráter geral, abstratos e impessoais em relação aos setores da economia postos sob seu controle. O Estado, por meio das agências reguladoras, passou a ter a faculdade de influenciar diretamente, e sem a necessidade de lei em sentido estrito, na liberdade econômica, na esfera de atuação dos particulares, na imposição de normas de conduta e sanções pelo descumprimento de tais normas.

Tal atuação se instrumentaliza pelos decretos regulamentares editados pelas agências reguladoras. Daí, a necessidade de delimitação do alcance, abrangência e a própria constitucionalidade e legalidade de tais decretos, visto que no sistema brasileiro, atos legislativos secundários não podem inovar no ordenamento jurídico. E como toda regulamentação implica, necessariamente, intervenção na esfera de direitos do particular, torna-se ainda mais patente a necessidade de se classificar, adequadamente, no ordenamento jurídico, a configuração e natureza de tais atos. Longe de serem atos estritamente administrativos, os regulamentos impostos por tais agências, não raro, trazem em si forte carga de normatividade, cuja observância é obrigatória ao concessionário do serviço público, sob pena de responsabilização, cujas sanções também são previstas pelas próprias agências reguladoras.

Para alguns haveria, no caso, uma crise de legalidade, tendo em vista que somente a lei poderia impor sanções ou ditar normas de conduta aos particulares. Para outros, adeptos da chamada teoria da *delegiferação* ou *deslegalização*, nada obsta que a lei atribua a esses entes determinadas funções para editar atos normativos, mesmo que o exercício dessa função implique inovação no ordenamento jurídico. Nesse caso, estariam amparadas pela lei que lhe traçou tal âmbito de atuação. Seria, *mutatis mutandis*, uma espécie de delegação do próprio Poder Legislativo, razão pela qual não há que se falar em ilegalidade ou inconstitucionalidade. Há, ainda, aqueles que fazem a distinção entre função regulamentar e função regulatória, esta conferida, por lei, às agências reguladoras, aquela, ao chefe do Poder Executivo pela própria Constituição Federal.

A questão nodal que se coloca, portanto, frente a esse panorama é a delimitação da função normativa ou regulatória das agências reguladoras em face dos postulados constitucionais da tripartição de poderes e do princípio da legalidade, que no sistema brasileiro têm como parâmetros fundamentais os artigos 5.º, inc. II, e 84, inc. IV, da Constituição Federal, segundo os quais, respectivamente, somente a lei pode obrigar condutas e impor sanções e que é do Presidente da República a competência para expedir regulamentos, com a estrita finalidade de permitir “o fiel cumprimento da lei”.

O presente trabalho, então, busca estudar o fenômeno da criação das agências reguladoras e a atribuição regulatória que lhes foi dada, razão da sua própria existência. Haverá o enfretamento de temas como a carga de normatividade, o alcance, autonomia, o poder de sanção das agências reguladoras, bem como, a legalidade e constitucionalidade de tais regulamentos. A atuação regulatória das agências, face às liberdades e direitos fundamentais dos usuários e das empresas, as restrições regulatórias, serão investigadas e confrontadas com as várias teorias e posições doutrinárias e jurisprudenciais. Ao final, procurar-se-á firmar posição conclusiva acerca do poder normativo e regulador das agências reguladoras federais.

1 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO NORTE-AMERICANO: MATRIZ DO MODELO BRASILEIRO

1.1 O Surgimento e Evolução das Agências Reguladoras Norte-Americanas

As agências reguladoras norte-americanas, seu modelo e organização, serviram de parâmetro aos legisladores para a criação das agências brasileiras. Não é exagero, e a doutrina nacional tem ensinado dessa forma, que houve uma verdadeira importação do arcabouço das agências americanas para o ordenamento jurídico brasileiro. Pode-se, assim, dizer que a matriz do modelo nacional de agência foi trazida do sistema da *common Law*³.

As agências reguladoras no direito norte-americano existem desde a origem daquele Estado. Se no Brasil esses órgãos apareceram a partir do início da década de 90, com o movimento denominado Programa Nacional de Desestatização, nos Estados Unidos da América falar de agências reguladoras é falar da própria evolução do Direito Administrativo. Existe muito pouco desse ramo do direito fora das leis organizadoras das agências. A cultura administrativista americana se desenvolveu ao redor dos órgãos reguladores, principalmente devido à grande dificuldade herdada do sistema anglo-saxão de reconhecimento de autonomia do Direito Administrativo⁴. A organização administrativa era estudada no âmbito da ciência política, sendo considerada estranha ao Direito (RIVERO, 1995, p. 39). Por outro lado, o Estado norte-americano pouco tem de empresário: a exploração de atividades econômicas diretamente pelo Estado não faz parte da história marcante americana; nem sequer os serviços públicos, tal qual se conhece no Brasil, tinham sua titularidade atribuída ao Estado. Ao contrário, desde o início se encontravam nas mãos dos particulares. Assim, pela própria lógica do sistema, não há o instituto da concessão desses serviços. Nesse quadro, as agências reguladoras surgiram, naturalmente, a partir da necessidade de regulação de atividades indispensáveis à coletividade e que se encon-

³ Contudo, não se pode esquecer da advertência feita por Oliveira (2011) de que “não se pode olvidar da importância, também da influência europeia, especialmente de matriz francesa, na feição das agências reguladoras brasileiras. A denominação de agências na França (*autorités administratives indépendantes*), por exemplo, foi consagrada no art. 9.º da Lei n.º 9.472/97 ao dispor que a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – atuará como autoridade administrativa independente.”

⁴ Segundo esclarece Caio Tácito, citado por Oliveira (1997, p. 15), “sabidamente, foi tardia a acolhida, no direito anglo-saxão, da autonomia do Direito Administrativo. Identificando a disciplina com o regime francês de dupla jurisdição – que interditava aos tribunais comuns o controle da administração – os autores ingleses, com Dicey à frente, repudiavam o *droit administratif* (expressão que até mesmo se escusavam a traduzir) por incompatível com princípio da supremacia do Judiciário, que era um dos pilares da *rule of Law*, em que repousava, na *common Law*, o sentido da Constituição e do Estado de Direito.”

travam sendo exploradas por particulares. Ao comparar o fenômeno do surgimento das agências norte-americanas e brasileiras, Mendes (2000, p. 119- 120) explica que

Nos Estados Unidos, ao contrário, as atividades econômicas sempre permaneceram em mãos de particulares. O que ocorreu, gradativamente, foi a necessidade de regulação de atividades que se mostraram de especial interesse da coletividade, os chamados *business affected with a public interest* (negócio afetado pelo interesse público). Aos poucos, então, cada atividade foi adquirindo um regime próprio de regulação. Como o Direito Americano é casuístico, e não codificado, agências foram sendo criadas segundo as contingências econômicas e sociais.

A evolução das agências reguladoras modernas nos Estados Unidos, segundo a doutrina, passou por vários estádios até alcançar o modelo atual de organização (MENDES, 2000, p. 125). Destacam-se quatro momentos distintos. Em um primeiro momento, avulta-se a fase inicial da organização do próprio Estado norte-americano. Em 1887, pouco mais de uma década após a declaração de independência, fortes disputas se formaram, patrocinadas pelas empresas de transporte ferroviário, que se valendo das elevadas tarifas, fixadas livremente, almejavam maximizar seus lucros. A elas se opunham os fazendeiros, principalmente do lado Oeste, que pressionavam para que não só as tarefas ferroviárias, como também o preço da armazenagem dos cereais, fossem regulados pelo legislativo por meio das assembleias estaduais. Nesse ano, foi criada a *Interstate Commerce Commission* (ICC), com a finalidade de ditar regulação a tais disputas econômicas. Tendo em vista o sucesso da experiência, pouco tempo depois se criou uma nova agência, a *Federal Trade Commission* (FTC). Igualmente à sua antecessora, também tinha o objetivo de cuidar da regulação de atividades de empresas e corporações que ameaçavam a competitividade e favoreciam a formação de monopólios. Para possibilitar o desempenho de suas atividades, foram-lhe atribuídos, por lei, poderes que a doutrina convencionou chamar de “quase legislativos”, “quase judiciais” e atribuições normalmente afetas ao Poder Executivo. Dessa forma, houve uma fusão das competências dos três poderes do Estado em um único órgão, fazendo nascer uma entidade *sui generis*. Porém, Aragão (2005, p. 232) ensina que essas funções nada mais representam que a função administrativa propriamente dita

A concepção originária dos E.U.A. e o sistema do *Common Law* praticamente desconheciam a função administrativa, daí a já mencionada utilização da nomenclatura de função “quase-judicial” e “quase-legislativa” das agências reguladoras, para que, em realidade não eram nada mais do que, respectivamente, a função processual e regulamentar da Administração Pública. Com a atual posição da Suprema Corte, que impede uma série de ingerências do Poder Legislativo sobre as agências que exercem funções administrativas, ficou claro que as outrora chamadas funções “quase-judiciais” e “quase-legislativas” das agências reguladoras são espécies da função administrativa *lato sensu* [...].

Entre os anos de 1930 e 1945, período em que o mundo sofria com a Segunda Guerra mundial, os Estados Unidos, internamente, viviam a experiência do *New Deal*, plano econômico lançado pelo Presidente Roosevelt, cuja característica marcante foi uma exacerbada intervenção na economia, até então sem precedentes, dado ao perfil do Estado, marcado pelo liberalismo econômico. A consequência foi a irradiação e multiplicação das agências, que rapidamente ganhavam maior autonomia. Tratou-se de período histórico que representou um divisor de águas em relação à criação de elevado número de agências reguladoras.

O crescente poder atribuído às agências provocou uma série de debates, principalmente de natureza constitucional, acerca da legitimidade das decisões por elas proferidas⁵. Foi, então, editada a principal lei relativa a procedimentos administrativos, cujo objetivo principal foi dar maior uniformidade e transparência ao processo regulatório. A *Administrative Procedural Act* (APA) fundava-se em princípios básicos e padrões mínimos para a produção e execução de normas. Houve, inclusive, a conceituação legal do que poderia ser considerada agência reguladora. O § 557 (1) estabeleceu que

- (1) Agency means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include
- (A) the Congress;
 - (B) the courts of the United States;
 - (C) the government of the territories or possessions of the United States;
 - (D) the government of District of Columbia; or except as to the requirements of section 552 of this title;
 - (E) agencies composed of representatives of the parties or of the representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them;
 - (F) courts martial and military commissions;
 - (G) military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory; or
 - (H) functions conferred by sections 1738, 1739, 1743 and 1744 of title 12; chapter 2 of the title 41; or sections 1622, 1884, 1891-1902, and former section 1641 (b) (2) of the title 50, appendix.

A conceituação legal não foi muito feliz. Há uma definição, apenas por exclusão, ao afirmar que agência é cada autoridade dos Estados Unidos, com exceção das enumeradas nas letras “A” a “H” do citado § 557 da *Administrative Procedural Act*, ou seja, não se classificam como agências reguladoras o Congresso, Tribunais, Governo de territórios

⁵ Segundo esclarece Richard Pierce Jr., “as agências federais decidem mais controvérsias que as cortes federais e criam mais regras de condutas obrigatórias que o Congresso”.

ou possessões norte-americanas, Governo do Distrito de Columbia, agências compostas de representantes das partes ou de representantes de organizações das partes, tribunais marciais e comissões militares, autoridade militar exercida no campo em tempo de guerra ou de território ocupado, e outras funções especificadas no apêndice da lei procedimental. Como visto, trata-se de conceito impreciso, presta-se tão somente a afastar, taxativamente, alguns órgãos do conceito de agência. Assim, a definição exata do que seja ou não uma agência reguladora dependerá da sua lei criadora, que também estabelecerá a extensão dos poderes regulatórios a ela conferidos.

Entre os anos de 1965-1985, terceiro grande momento do desenvolvimento das agências reguladoras, desenvolveu-se nos Estados Unidos a denominada teoria da captura, que procura explicar o fenômeno do desvirtuamento das finalidades das agências reguladoras. Os agentes econômicos que deveriam ser regulados passaram a influenciar as atividades das agências de forma a predeterminar o conteúdo da atividade regulatória a eles direcionada, fato que fez enfraquecer, e por vezes, até tornar-se sem sentido a existência de determinadas agências. Aliás, essa é, ainda hoje, uma das preocupações da doutrina em relação ao poder regulatório das agências.

Um dos teóricos brasileiros que explica o seguinte:

a relação jurídica entre a agência reguladora e as entidades privadas sob seu controle tem gerado estudos e decisões quanto à necessidade de afastar indevidas influências destas últimas sobre a atuação da primeira, de modo a beneficiar-se as empresas em desfavor dos usuários do serviço. É o que a moderna doutrina denomina de teoria da captura (“capture theory”, na doutrina americana), pela qual se busca impedir uma vinculação promíscua entre a agência, de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência da pessoa controladora (CARVALHO FILHO, 2009, p. 467).

A partir da década de 80, última etapa na evolução das agências, e que se intensifica até os dias atuais, a atividade das agências reguladoras passou a ser marcada por um maior controle externo. No entanto, sem perder a autonomia que lhes é característica, justamente como uma reação do Estado à captura de suas atribuições que marcou a fase anterior. Ao mesmo tempo em que se aperfeiçoou um complexo sistema de controle das atividades das agências, exercido por parte dos três Poderes, elas se consolidaram cada vez mais como importante instrumento de regulação da atividade econômica.

1.2 Os Poderes Conferidos às Agências Norte-Americanas: as Agências Reguladoras e Agências não Reguladoras

Com base nos poderes concedidos às agências, a doutrina as classifica em regulatórias (*regulatory agencies*) e não regulatórias (*non regulatory agencies*). As primeiras são caracterizadas exatamente pelo poder que lhes é dado de intervir nas atividades econômicas, restringir direitos dos indivíduos ou ditar como esses direitos serão exercidos⁶. Basicamente, caracterizam-se pelos já citados poderes “quase-legislativos” (podem emitir regras e regulamentos que têm força de lei) e “quase-judiciais” (decisões acerca de conflitos individuais afetos à sua área de regulação). É de se ressaltar, no entanto, que a outros órgãos, com vinculação direta ao Poder Executivo também são atribuídos poderes de regulação relativos a determinadas atividades, como ocorre com o United States Department of Agriculture, que detém atribuições regulatórias quanto ao fornecimento de alimentos, atividades rurais e agrícolas, recursos naturais e meio ambiente. A esses órgãos, em que pese a semelhança de seus poderes com aqueles conferidos às agências reguladoras, não são assim considerados.

Percebe-se, portanto, que desde sua origem, as agências reguladoras detêm amplos poderes para, efetivamente, ditar normas a serem observadas pelos particulares no exercício de atividades econômicas. É de se observar que não se trata de uma simples normatização técnica: é muito mais que isso. Vão desde a autorização para o exercício da atividade pretendida, a criação de taxas e fiscalização de proibição de práticas desleais, prejudiciais à concorrência e ao consumidor ou tendentes a propiciar a formação de monopólios. Evidentemente, tais poderes são concedidos pela lei instituidora da agência.

Com didática peculiar, há a seguinte explicação acerca da extensão dos poderes normalmente conferidos às agências reguladoras americanas:

Dispõem as agências administrativas ditas regulatórias de poderes compreendidos, genericamente, em três categorias: (a) poder de licença, isto é, poder que as agências têm para controlar o ingresso e exercício de certa atividade econômica, como, por exemplo, para operar em rotas aéreas, ou explorar transmissão de rádio e televisão etc.; (b) poder de fixar taxas e impostos (denominado *rate-making*) devidos pelas pessoas – físicas e jurídicas – sujeitas à jurisdição das agências responsáveis, notadamente, pelo controle de serviços e transportadoras (como fazem, exemplificativamente, a Federal Commerce

⁶ Incluem-se no âmbito de atuação das *regulatory agencies*, principalmente quanto à qualidade dos serviços prestados e ao preço cobrado por eles, por exemplo, os chamados *public utilities*, serviços essenciais prestados diretamente pela iniciativa privada, tais como comunicação, mercados de investimento, transportes terrestres e aéreos, gás e energia elétrica.

Commission e a Civil Aeronautic Board; e (c) poder sobre práticas comerciais, que se traduz na autoridade para aprovar ou proibir práticas empregadas em determinados negócios, como ocorre em relação a práticas de comércio ou de trabalho desleais, e a determinadas indústrias (BARCELOS, 2008, p. 45).

Em relação às agências não regulatórias, cabe a execução de atividades diretamente relacionadas com o bem-estar econômico e social dos cidadãos. Normalmente, aquelas não entregues à iniciativa privada como, por exemplo, a concessão e manutenção de aposentadorias, pensões, algumas espécies de seguros concedidos pelo governo, proteção à saúde, assistência financeira e serviços para as famílias de baixa renda, prevenção de doenças, etc. São exemplos de agências administrativas não regulatórias, dentre outras, o United States Department of Health & Human Service (serviços de proteção à saúde), a Farm Credit Administration (FCA) (provê créditos para fazendeiros, rancheiros e cooperativas de serviços agrícolas e rurais), a Railroad Retirement Board (RRB) (aposentadorias e auxílio à saúde a trabalhadores das ferrovias americanas).

1.3 As Formas de Controle Exercidas sobre as Agências Reguladoras Norte-Americanas

A autonomia das agências regulatórias, em que pese ser muito ampla, sofre diversas espécies de controle por parte dos três Poderes do Estado norte-americano. Na verdade, trata-se muito mais de uma supervisão quanto à adequação da atuação das agências aos rumos da política estatal definida pelo governo do que um controle propriamente dito. Até porque, caso contrário, não se poderia falar em agências autônomas.

Pode-se dizer que a autonomia das agências tem seus limites traçados, inicialmente, pelo Congresso, que aprova a lei de sua criação e, assim, traça os rumos de sua atuação. Desta forma, o grau de autonomia pode variar caso a caso de acordo com os poderes mais ou menos amplos quando de sua criação. Ademais, no exercício próprio de suas competências, o Congresso, por meio de diversos de seus comitês e subcomitês, fiscaliza permanentemente o exercício das atividades das agências, principalmente para se estimar as verbas orçamentárias que lhes serão destinadas no futuro. Em determinados casos, a influência do Congresso sobre as agências regulatórias pode ser muito mais incisivo, podendo chegar até à avaliação das próprias decisões de mérito desses órgãos. Daí, o seguinte ensinamento:

A eventual insatisfação do Congresso com o mérito das decisões adotadas pelas agências pode gerar a edição de leis destinadas a disciplinar o mesmo tema. Ou seja, não se pode extrair da criação da agência configuração de uma reserva de competência intangível em face do próprio legislativo. Aliás, a insatisfação do Congresso pode desaguar inclusive na extinção da agência (mediante lei, é evidente) (JUSTEN FILHO, 2009, p. 80).

Quanto ao Poder Judiciário, a regra geral é que as decisões das agências sempre podem ser questionadas em juízo. Destaca-se, no entanto, a exigência que vem se materializando na jurisprudência das Cortes americanas da necessidade das decisões das agências reguladoras, principalmente quando editam normas de conduta, que essa atividade seja amplamente embasada na participação dos interessados. Quanto maior a participação, maior a legitimidade da decisão, razão pela qual, quando da tomada de decisões, tem sido cada vez maior a realização de amplos debates e audiências públicas prévias. Outra posição que vem se firmando na jurisprudência é quanto à avaliação do mérito das decisões das agências. O Judiciário tem procurado abster-se de rever atos fundados em critérios técnicos ou científicos.

Já em relação ao Poder Executivo, a principal forma de exercer controle sobre as agências ocorre na elaboração do orçamento. É que elas estão vinculadas ao Office of Management and Budget (OMB), órgão ligado diretamente à Presidência e que, segundo ensina Justen Filho (2009, p. 81) “dispõe de poderes para reduzir, aumentar e aprovar o orçamento da agência, assim como para manifestar-se acerca de modificação das competências atribuídas a ela.”. Ademais, o OMB também tem atribuição de ditar regras procedimentais a serem observadas pelas agências durante o processo de produção de normas.

2 O DESENVOLVIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS BRASILEIRAS

2.1 O Surgimento das Agências Reguladoras

No Brasil, ao contrário dos Estados Unidos da América, o surgimento das agências reguladoras não ocorreu de forma lenta e contínua, mas, sim, a partir de uma decisão política determinada. Na década de 90, o Brasil passou por uma revisão quanto ao seu papel social e econômico. A falência do Estado, enquanto agente econômico, forçou a redução desse papel que optou por atuar, precipuamente, como agente normativo e regulador da atividade econômica, conforme consta expressamente no art. 174, *caput*, da Constituição Federal. Essa mudança de paradigma culminou com a institucionalização do Programa Nacional de Desestatização⁷, formalizado pela Lei 8.031/90, posteriormente

⁷ O Programa Nacional de Desestatização também ficou conhecido como movimento de privatização, em razão da transferência à iniciativa privada de várias empresas até então pertencentes ao Estado, como também, pela abertura ao capital privado de vários outros setores econômicos até então não explorados ou de exploração restrita a poucas empresas.

revogada pela Lei 9.491/97, e que teve como objetivos reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente por intermédio da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive com uso da concessão de crédito; permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais e contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, com o acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa. Ressalte-se, outrossim, que não apenas as atividades essencialmente econômicas foram transferidas à iniciativa privada mas, também, serviços de natureza eminentemente administrativa, como é o caso daqueles que são objeto de concessões e permissões públicas.

A atividade econômica, então, a partir da efetivação do programa de desestatização, passou a se concentrar, principalmente, nas mãos da iniciativa privada. Evidentemente, era necessário que o Estado, ao mesmo tempo em que preferiu se afastar da exploração de atividades econômicas, não poderia, por outro lado, postar-se totalmente alheio à atividade desses novos agentes econômicos. Era necessário que o Estado permanecesse vigilante em relação a aspectos, como por exemplo, quanto aos direitos do consumidor, risco de formação de monopólios, qualidade dos serviços prestados, dentre outros.

Diante desse quadro, vieram à lume as agências reguladoras, inspiradas em suas congêneres norte-americanas e, conforme explica Carvalho Filho (2009, p. 433-434), com a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive, impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização. Aliás, a própria Constituição Federal já previu no artigo 21, inciso XI, a criação de um órgão regulador dos serviços de telecomunicações; e no artigo 177, § 2.º, inciso III, um órgão regulador do setor petrolífero, o que veio a ser posteriormente a Agência Nacional de Telecomunicações

(ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP). Todas as demais agências reguladoras não estão previstas na Constituição, dando azo, assim, a questionamentos acerca da sua constitucionalidade. Contudo, a discussão perdeu sentido a partir do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC 1949/RS), de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Nessa decisão afirmou-se

[...] de limitar-se a Constituição a prever a criação de órgão regulador para setores de telecomunicações e de exploração petrolífera, não se segue a lei ordinária, federal ou estadual, não possa igualmente criá-los para a regulação e fiscalização de outros tipos de serviços públicos delegados. Mas aí, com mais razão, sem fugir à alternativa, derivada da Constituição, entre a Administração direta e a autarquia.

2.2 A Natureza Jurídica das Agências Reguladoras

O legislador brasileiro optou por constituir as agências reguladoras sob a forma de autarquias, pessoas jurídicas de direito público já existentes no ordenamento brasileiro. Contudo, atribuiu a elas a qualidade de autarquias de regime especial para diferenciá-las das autarquias até então existentes e que não detêm poderes de regulação. Veja-se o artigo 8.º da Lei 9.472/1997, que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional 8, de 1995:

Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, **submetida a regime autárquico especial** e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais. (grifos nossos).

No mesmo sentido foram as disposições do artigo 7.º da Lei 9.478/97 que dispôs sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, instituiu o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e deu outras providências, *verbis*:

Art. 7.º Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia. (Redação dada pela Lei 11.097, de 2005)

Igual disposição verificou-se nas leis de criação das agências que sucederam a ANATEL e a ANP⁸. É compreensível essa opção legislativa, pois às agências foram atribuídos poderes típicos de Estado e, nesse caso, a personalidade jurídica de direito público é fundamental. Aliás, foi o que decidiu o STF ao julgar pedido de liminar na ADIN 1717-6, sobre a transformação dos Conselhos Profissionais em pessoas jurídicas de direito privado, operada pelo artigo 58 da Lei Federal 9.649/98, cujas conclusões aplicam-se, integralmente, ao caso das agências reguladoras. Na decisão que considerou a lei inconstitucional, o Supremo ressaltou que é defesa a delegação à entidade privada de atividade típica do Estado, como é o caso da função de fiscalização e controle de atividade profissional. Confira-se:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3.º do art. 58 da Lei 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do “caput” e dos § 1.º, 2.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º e 8.º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5.º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime. (Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1717. Relator: Ministro Sydney Sanches. DJ 28 mar. 2003).

⁸ Cite-se, por exemplo, a Agência Nacional da Água (ANA) autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, que tem por finalidade implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, nos termos da Lei n.º 9.984/00; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, conforme a Lei 9.782/99, tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a ele relacionadas, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras; a Agência Nacional da Saúde (ANS), criada pela Lei 9.961/00, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde com órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização da atividades que garantam a assistência suplementar à saúde; a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), criadas pela Lei 10.233/01, entidades integrantes da Administração Pública Indireta, submetidas ao regime autárquico especial e vinculadas ao Ministério dos Transportes, que têm como objetivos, dentre outros, regular e supervisionar, em suas respectivas esferas de atribuições as atividades de prestação de serviços e de exploração de infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros; a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), criada pela Lei 11.182/05, é entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida a regime autárquico especial, cabendo-lhe regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e portuária.

O regime especial a que estão submetidas as agências reguladoras vem definido nas respectivas leis de criação, mas algumas outras características são comuns a todas elas. É o que ocorre, por exemplo, com a independência em relação do Poder Executivo. A doutrina explica:

costuma-se afirmar que as agências reguladoras gozam de certa margem de independência em relação aos três poderes do Estado: (a) em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; (b) em relação ao Poder Executivo, porque as normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; (c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-jurisdicional no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos respectivos serviços (DI PIETRO, 1999, p. 131).

Contudo, é a própria autora quem faz a ressalva de que essa independência deve ser vista em harmonia com o regime constitucional brasileiro. É assim que, em relação ao Poder Judiciário, a independência das agências reguladoras encontra seu limite no artigo 5.º, inciso XXXV, que traz o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Em relação ao Poder legislativo, por óbvio, as normas emanadas das agências não podem se sobrepor ou conflitar com as disposições constitucionais ou legais editadas pelo Congresso Nacional. Há ainda, o controle exercido com fundamento nos artigos 49, inciso X, e 70, da Constituição Federal. Quanto ao Poder Executivo, o principal marco da independência das agências é a estabilidade dos seus dirigentes. Têm dirigentes com mandatos fixos; são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal. Após nomeados não podem ser exonerados *ad nutum*. Preferindo usar o termo autonomia em vez de *independência*, há a seguinte doutrina:

na realidade, o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes. Na maior parte das agências atuais o modelo vem sendo o de estabelecer mandatos. O Presidente da República, no caso das agências federais, escolhe os dirigentes e os indica ao Senado Federal, que os sabatina e aprova (o mesmo sistema usado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal); uma vez nomeados, eles exercem mandato, não podendo ser exonerados 'ad nutum'; isso é o que garante efetivamente a autonomia (SUNDFELD, 2000, p. 24-25).

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de enfrentar a questão no julgamento da Medida Cautelar na ADIN 1.949-RS, ajuizada pelo Governador do Rio Grande do Sul contra os artigos 7.º e 8.º da Lei estadual 10.931/97, que criou a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS). O artigo

8.º da referida lei estatua que “o conselheiro só poderá ser destituído, no curso de seu mandato, por decisão da Assembleia Legislativa.”. Em resumo, as conclusões a que chegou o STF foram as seguintes:

I - Agências reguladoras de serviços públicos: natureza autárquica, quando suas funções não sejam confiadas por lei a entidade personalizada e não, à própria administração direta.

II - Separação e independência dos Poderes: submissão à Assembleia Legislativa, por lei estadual, da escolha e da destituição, no curso do mandato, dos membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS: parâmetros federais impostos ao Estado-membro.

1. Diversamente dos textos constitucionais anteriores, na Constituição de 1988 - à vista da cláusula final de abertura do art. 52, III, são válidas as normas legais, federais ou locais, que subordinam a nomeação dos dirigentes de autarquias ou fundações públicas à prévia aprovação do Senado Federal ou da Assembleia Legislativa: jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal.

2. Carece, pois, de plausibilidade a arguição de inconstitucionalidade, no caso, do condicionamento à aprovação prévia da Assembleia Legislativa da investidura dos conselheiros na agência reguladora questionada.

3. Diversamente, é inquestionável a relevância da alegação de incompatibilidade com o princípio fundamental da separação e independência dos poderes, sob o regime presidencialista, do art. 8.º das leis locais, que outorga à Assembleia Legislativa o poder de destituição dos conselheiros da agência reguladora autárquica, antes do final do período da sua nomeação a termo.

4. A investidura a termo - não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras - é, porém, incompatível com a demissão *ad nutum* pelo Poder Executivo: por isso, para conciliá-la com a suspensão cautelar da única forma de demissão prevista na lei - ou seja, a destituição por decisão da Assembleia Legislativa -, impõe-se explicitar que se suspende a eficácia do art. 8.º dos diplomas estaduais referidos, sem prejuízo das restrições à demissibilidade dos conselheiros da agência sem justo motivo, pelo Governador do Estado, ou da superveniência de diferente legislação válida.

III - Ação direta de inconstitucionalidade: eficácia da suspensão cautelar da norma argüida de inconstitucional, que alcança, no caso, o dispositivo da lei primitiva, substancialmente idêntico.

IV - Ação direta de inconstitucionalidade e impossibilidade jurídica do pedido: não se declara a inconstitucionalidade parcial quando haja inversão clara do sentido da lei, dado que não é permitido ao Poder Judiciário agir como legislador positivo: hipótese excepcional, contudo, em que se faculta a emenda da inicial para ampliar o objeto do pedido.

Vê-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade das restrições impostas ao Chefe do Poder Executivo à livre nomeação e exoneração dos diretores das agências reguladoras. De fato, quanto à restrição à livre nomeação, não há que se falar em inconstitucionalidade, já que o art. 52, III, alínea “f”, da Constituição Fede-

ral, admite a prévia aprovação do Senado Federal da escolha de “titulares de outros cargos que a lei determinar.”. Em relação às limitações à exoneração dos dirigentes, o Supremo entendeu que também não violam as prerrogativas do Presidente da República e poderá ocorrer apenas por justo motivo ou caso ocorra mudança na lei criadora da agência.

Entende-se que decidiu bem o STF. Afinal, as agências reguladoras, para bem exercer o seu papel, devem estar imunes a qualquer interferência política. Nesse sentido, não há pior forma de interferência do que o poder de substituir aleatoriamente, esse ou aquele diretor cujas decisões não agradem o Chefe do Executivo.

Outra questão que suscita debates na doutrina é quanto ao fato da não coincidência dos mandatos dos dirigentes das agências reguladoras com o mandato do Chefe do Poder Executivo. Um dos principais críticos a essa sistemática e ressalta que “em última instância configura uma fraude contra o próprio povo, ao impedir que o novo Presidente imprima, com a escolha de novos dirigentes, a orientação política e administrativa que foi sufragada nas urnas.” (MELLO, 2003, p. 161). Há opinião contrária, entendendo pela importância da regra “para que não haja troca de favores, mas, sim, total independência.” (FIGUEIREDO, 2003, p. 143).

Alinha-se, neste texto, a essa última posição, pois, além de impedir o tão praticado e maléfico fisiologismo, a não coincidência dos mandatos permite aos dirigentes das agências reguladoras garantias de que poderão desenvolver seu trabalho sem receio de serem substituídos em razão da troca de comando do Executivo.

Outras características comuns às agências reguladoras são citadas pela doutrina, tais como a impossibilidade de recurso administrativo ao Ministério a que estiver vinculada; inexistência de instância revisora hierárquica dos seus atos, ressalvada a revisão judicial; a autonomia de gestão: não vinculação hierárquica a qualquer instância de governo; estabelecimento de fontes próprias de recursos para o órgão, se possível geradas do próprio exercício da atividade regulatória e a quarentena de seus dirigentes assim que deixam o órgão. São essas características que qualificam essas autarquias como especiais, é o que diz expressamente, o § 2.º do art. 8.º da Lei 9.742/97, em relação à Agência Nacional de Telecomunicações:

a natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

Em relação ao período em que os dirigentes ficam impedidos de prestar serviços à iniciativa privada cuja atividade esteja sob regulação da agência por ele dirigida, cite-se, por exemplo, a disposição do art. 9.º da Lei 9.427/96 que criou a Agência Nacional de Ener-

gia Elétrica (ANEEL): “o ex-dirigente da ANEEL continuará vinculado à autarquia nos doze meses seguintes ao exercício do cargo, durante os quais estará impedido de prestar, direta ou indiretamente, independentemente da forma ou natureza do contrato, qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulamentação ou fiscalização, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias.”. Sobre o assunto, Marques Neto (2000, p. 85-86) explica:

No nosso entendimento, a melhor forma de efetivar tais mecanismos é com o estabelecimento da proibição de que o dirigente ou detentor de cargo relevante no órgão regulador represente qualquer interesse da regulada por um período mínimo de 12 meses após deixar seu cargo. Neste período, cumpre ao Estado pagar pelo seu sustento o valor correspondente ao que ganhava no cargo. Em que pese as críticas a tal mecanismo, afirmando que isto caracterizaria pagamento de salário sem contrapartida, delas discordo. A natureza destes pagamentos é indenizatória, voltada a reparar a restrição ao direito do indivíduo de trabalhar. De todo o modo, a pior solução parece aquela oferecida pela Lei federal 9.427, de 1996, que determina que dirigentes da ANEEL, após deixarem o cargo, permanecerão por um ano prestando serviços para aquela Agência e sendo-lhes defeso atuar para os regulados. Nesta regra o dirigente permanece vinculado ao órgão, obtendo informações e participando da atividade regulatória. A quarentena de nada servirá.

2.3 O Controle Externo das Atividades das Agências Reguladoras

Apesar de serem independentes ou autônomas, conforme já dito nesse trabalho, as agências reguladoras não ficam alheias a qualquer tipo de controle. Ao contrário, submetem-se ao controle por parte dos três Poderes do Estado, como também do Tribunal de Contas da União, órgão integrante do Poder Legislativo Federal.

Em relação ao controle exercido pelo Poder Legislativo, o fundamento é o artigo 49, inciso X, da Constituição Federal, que determina que é competência exclusiva do Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta. Evidentemente, o controle legislativo se trata de um instrumento constitucional de preservação da segurança sociojurídica da atuação das agências reguladoras federais. Nestes termos,

O controle parlamentar pode versar, de modo ilimitado, sobre toda a atividade desempenhada pela agência, inclusive no tocante àquela prevista para realizar-se em épocas futuras – ressalvadas a necessidade de sigilo em face das características da matéria regulada. Poderá questionar-se não apenas a gestão interna da agência, mas também se exigir a justificativa para as decisões de cunho regulatório. Caberá fiscalizar inclusive o processo administrativo que antecedeu a decisão regulatória produzida pela agência, com ampla exigência de informações sobre as justificativas técnico-científicas das opções adotadas (JUSTEN FILHO, 2009, p. 588).

Já o Tribunal de Contas da União, segundo o art. 71 da Constituição Federal, é órgão auxiliar do Congresso Nacional no controle externo da Administração Pública, cabendo-lhe, apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II do artigo 71; fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal e representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Em relação ao Poder Judiciário, evidentemente, os atos das agências reguladoras, como também de toda a Administração Pública, não estão isentos de controle, isso em razão do disposto no do artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal que dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Há seguinte explicação complementar ao já referido:

Controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. É um contro-

le *a posteiori*, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege. Mas, é sobretudo um meio de preservação de direitos individuais, porque visa a impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários. Esses direitos podem ser públicos ou privados – não importa – mas sempre subjetivos e próprios de quem pede a correção judicial do ato administrativo, salvo ação popular, em que o autor defende o patrimônio da comunidade lesado pela administração (MEIRELLES, 2005, p. 605).

Contudo, é de se ressaltar que, sendo as decisões das agências reguladoras eminentemente técnicas, o controle judicial será realizado, ordinariamente, tão somente quanto ao aspecto da legalidade. Não são raros os casos em que o Judiciário poderá avaliar o mérito desses atos. Aplica-se, aqui, de forma geral, a doutrina acerca do controle judicial dos atos administrativos, mesmo discricionários. Isto, porque

Quando provocado, o Judiciário poderá analisar não só os requisitos vinculados dos atos de regulação, já que realizará uma análise mais profunda, adentrando no próprio mérito do ato, não para que o juiz imponha suas convicções sobre a conveniência e oportunidade do ato, mas para analisar a subsunção do ato às normas superiores e aos princípios administrativos. O Judiciário, se provocado, poderá fiscalizar, inclusive, o processo que antecede a emanção de um ato de regulação, exigindo informações sobre as opções adotadas e suas correlatas justificativas técnico-científicas. O Judiciário poderá analisar se o órgão regulador adotou todas as providências necessárias para um profícuo e satisfatório desempenho da sua competência discricionária. E um ato de regulação que ignore ou despreze as cautelas necessárias, impostas pelo conhecimento técnico ou científico, pode ser analisado e, se for o caso, invalidado pelo Poder Judiciário. É esse controle amplo do Judiciário, pelo menos potencial, que concederá legitimidade à atividade normativa das agências, que não poderão editar atos arbitrários ou desarrazoados, já que estão sujeitas ao controle jurisdicional. Há, então, uma discricionabilidade vigiada (MELO FILHO, 2011).

Tal como o Legislativo e o Judiciário, o Poder Executivo também não exerce controle direto sobre a atuação das agências reguladoras. Até porque, via de regra, sobre as decisões das agências não cabem recursos administrativos impróprios⁹, que se caracterizam pela possibilidade de revisão dos atos de uma entidade da Administração Indireta,

⁹ “Recurso hierárquico impróprio, em síntese, é aquele endereçado à autoridade administrativa que não é hierarquicamente superior àquela de que exarou o ato recorrido. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: ‘Os recursos administrativos são propostos na intimidade de uma mesma pessoa jurídica; por isto são chamados de recursos hierárquicos. Se, todavia, a lei previr que da decisão de uma pessoa jurídica cabe recurso para a autoridade encartada em outra pessoa jurídica, o recurso será, em tal caso, denominado de recurso hierárquico impróprio’ [...] Na mesma linha de raciocínio, José Cretella Júnior denota que ‘Recurso hierárquico impróprio é o que dirige à autoridade não hierarquicamente superior àquela de que emanou o ato impugnado. É recurso previsto em lei, mas de uso excepcional, visto faltar-lhe o fundamento indispensável da hierarquia.’ [...]” (GUERRA, 2006, p. 492).

que são pessoas jurídicas autônomas, pelo Ministério a qual estão vinculadas. É o que prevê, por exemplo, o § 2.º do art. 15 da Lei Federal 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ao estabelecer que “dos atos praticados pela Agência caberá recurso à Diretoria Colegiada, com efeito suspensivo, como última instância administrativa.” Assim, o cabimento ou não de recurso hierárquico impróprio em face das decisões das agências reguladoras, em princípio, dependeria de previsão expressa na lei da correspondente criação. No entanto, manifestando entendimento contrário, a Advocacia-Geral da União exarou o parecer AC-051/2006, aprovado pelo Presidente da República em 13/06/2006, donde se extrai as seguintes conclusões:

[...] o cabimento do recurso hierárquico impróprio não encontra objeções já que inexistente área administrativa imune à supervisão ministerial, reduzindo-se, contudo, o âmbito de seu cabimento, de modo idêntico, na mesma razão inversa da obediência às políticas de iniciativa do Ministério supervisor. [...] não há suficiente autonomia para as agências que lhes possa permitir ladear, mesmo dentro da lei, as políticas e orientações da administração superior, visto que a autonomia de que dispõem serve justamente para a precípua atenção aos objetivos públicos. Não é outra, portanto, a conclusão com respeito à supervisão ministerial que se há de exercer sempre pela autoridade ministerial competente, reduzindo-se, no entanto, à medida que, nos limites da lei, se atendam às políticas públicas legitimamente formuladas pelos Ministérios setoriais. [...] II – Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas [...] VII – As orientações normativas da AGU vinculam as agências reguladoras [...].

Conforme determina o art. 40, § 1.º, da Lei Complementar 73/93, Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, o Parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. Dessa forma, dada à força vinculante do mencionado Parecer, no âmbito federal sempre vai haver a possibilidade do recurso hierárquico impróprio das decisões das agências reguladoras ao respectivo Ministro de Estado. Por outro lado, quando a lei expressamente o vedar, como é o caso do § 2.º do art. 15 da Lei Federal 9.782, entende-se, neste texto, também não prevalecer tal disposição frente ao comando do artigo 5.º, inciso XXXIV, da Constituição Federal que determina que é a todos assegurado, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. E, nesse caso, o direito de petição deve ser entendido de maneira ampla, de forma a abarcar o recurso hierárquico impróprio, mesmo que se trate de atividade-fim da agência reguladora, pois tratando-se de direito fundamental, não pode ser restringido pela lei, já que a própria Constituição não o restringiu. Nesse sentido, são os seguintes ensinamentos:

Outro relevante instrumento de controle administrativo é o direito de petição. Consiste esse direito, de longínqua tradição inglesa, na faculdade que têm os indivíduos de formular aos órgãos públicos qualquer tipo de postulação, tudo como decorrência da própria cidadania. A constituição em vigor contempla o direito de petição entre os direitos e garantias fundamentais, estabelecendo no art. 5.º, XXXIV, “a”, ser a todos assegurado “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa dos direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Avulta observar que esse direito tem grande amplitude. Na verdade, quando admite que seja exercido para a “defesa de direitos” não discrimina que tipo de direitos, o que torna admissível a interpretação de que abrange direitos individuais e coletivos, próprios ou de terceiros, contanto que possa refletir o poder jurídico do indivíduo de dirigir-se aos órgãos públicos e deles obter a devida resposta (CARVALHO FILHO, 2009, p. 833-834).

3 O PODER NORMATIVO E REGULADOR DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS BRASILEIRAS: ABRANGÊNCIA E LIMITES

3.1 As Atribuições das Agências Reguladoras Federais Brasileiras

O Estado brasileiro, a partir da instituição do movimento nacional de desestatização, passou a adotar um modelo gerencial de Administração Pública, passando a adotar papel preponderante na fiscalização e regulação de atividades econômicas, em vez de explorá-las diretamente.

Assim, às agências reguladoras, órgãos criados no âmbito desse novo modelo administrativo, foram atribuídos poderes de regular, controlar e fiscalizar as atividades correlatas à sua área de atuação. Foi nesse sentido que a Lei 9.472/97 atribuiu à ANATEL a função de órgão regulador das telecomunicações; e a Lei 9.478/97 dotou a ANP desses mesmos poderes. Em complemento, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) foi instituída com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, a transmissão, a distribuição e a comercialização de energia elétrica em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) detém atribuições institucionais de promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária; a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) foi dotada de poderes para promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores; a Agência Nacional de Águas (ANA) foi criada como entidade federal de implementação da política nacional de recursos hídricos e de coordenação do sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos; a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) foi destinada à regulação do transporte ferroviário de passageiros e carga e exploração da infraestrutura ferroviária, dos transportes rodoviário interestadual e internacional de passageiros, rodoviário

de cargas, multimodal, e do transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias; atribuições similares foram conferidas à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) à qual cabe regular os transportes de navegação fluvial, travessia, apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem e longo curso e regular os portos organizados, os terminais portuários privativos, o transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas; a Agência Nacional do Cinema visa ao fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica. A Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC) atua como entidade de fiscalização e de supervisão das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de execução das políticas para o regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar, observando, inclusive, as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Conselho Nacional de Previdência Complementar.

É de se ressaltar, ainda, que existem outros órgãos que mesmo não ostentando a qualificação de agências reguladoras, detêm atribuições similares a essas, como é o caso, dentre outros, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a Agência Espacial Brasileira (AEB), a Agência de Desenvolvimento da Amazônia (ADA), a Agência de Desenvolvimento do Nordeste (ADENE), a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)¹⁰.

¹⁰ A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) foi criada pela lei 9.427/96, alterada pela lei nº 9.648 e 9.649, ambas de 98, lei 9.986/00 e lei 10.438/02, tendo sido regulamentada pelo Decreto nº 2.335/97, alterado pelo Decreto 4.111/02; a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) foi criada pela lei nº 9.472/97, alterada pela lei nº 9.986/00, regulamentada pelo Decreto nº 2.338/97, alterado pelos Decretos 2.853/98, 3.873/01, 3.986/01, 4.037/01; a Agência Nacional do Petróleo (ANP) foi criada pela lei nº 9.478/97, alterada pela lei nº 9.986/00, lei nº 10.202/01 e lei 10.453/02, regulamentada pelo Decreto nº 2.455/98, alterado pelos Decretos 2.496/98, 3.388/00 e 3.968/01; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) foi criada pela lei nº 9.782/99, alterada pela lei 9.986/00 e MP nº 2.190-34/01, regulamentada pelo Decreto nº 3.029/99, alterado pelos Decretos 3.571/00 e 4.220/02; a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) foi instituída pela lei nº 9.961/00, alterada pela lei nº 9.986/00 e pela MP nº 2.177-44/01, regulamentada pelo Decreto 3.327/00; a Agência Nacional das Águas (ANA) foi criada pela lei nº 9.984/00, alterada pela MP nº 2.216/01 e regulamentada pelo Decreto nº 3.692/00; a Agência Nacional de Transportes (ANTT) foi criada pela lei nº 10.233/01, alterada pela lei nº 10.470/02, lei nº 10.561/02, lei nº 10.683/03 e pela MP nº 2.217-03/01, regulamentada pelo Decreto nº 4.130/02; a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) foi criada pela lei nº 10.233/01, alterada pelas leis nº 10.470/02, 10.561/02 e 10.683/03 e MP nº 2.217-03/01, regulamentada pelo Decreto 4.122/02; a Agência Nacional do Cinema (ANCINE) foi criada pela MP nº 2.228-1/01, com a redação dada pela lei nº 10.454/02 e regulamentada pelo Decreto nº 4.121/02, alterado pelo Decreto nº 4.330/02; a Superintendência de Previdência Complementar (PREVIC) foi criada pela lei nº 12.154/09, regulamentada pelo Decreto nº 7.075/10; a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) é regulamentada pela lei nº 10.411/02, e Decreto nº 4.300/02, alterado pelo Decreto nº 4.537/02; a Agência Espacial Brasileira foi criada pela lei nº 8.854/94, alterada pela MP nº 2.216-37/01; a Agência de Desenvolvimento da Amazônia (ADA) foi instituída pela MP nº 2.157-5/01 e a Agência de Desenvolvimento do Nordeste (ADENE) foi criada pela MP nº 2.165-5/01; a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) foi criada pela lei nº 9.883/99, alterada pela MP nº 2.216-37/01, regulamentada pelo Decreto nº 4.376/02; o Conselho Administrativo de Defesa Econômica foi criado pela lei nº 4.137/62, tendo se tornado autarquia federal com a lei 8.884/94.

De um modo geral, então, as atribuições das agências reguladoras são bem parecidas. A maior ou menor extensão dos poderes a elas conferidos vão variar de acordo com a lei de criação de cada uma delas. Percebe-se que esses órgãos têm poderes amplos dentro de sua área de atuação, podendo, inclusive, como é o caso da novata PREVIC “apurar e julgar infrações e aplicar as penalidades cabíveis.”. Evidentemente, trata-se de julgamento e apenação de âmbito, estritamente, administrativo.

Mas, de todas as atribuições, aquela que está presente em todas as agências reguladoras, e que suscita maiores discussões na doutrina, não se tendo chegado, ainda, a um consenso quanto ao seu fundamento, abrangência e limites, é a atribuição regulamentar. Por meio deste poder, as agências podem baixar atos normativos gerais e abstratos infralegais, tendentes à limitação de direitos e imposição de obrigações a pessoas e instituições abrangidos pela atividade regulada. Aliás, apesar de controversa, sem essa atribuição, essas agências não poderiam ser taxadas de “reguladoras”. A doutrina confirma:

Possuindo poder normativo, então, consideraremos o ente uma agência reguladora. Esta será, portanto, não o ente que, simplesmente exerça regulação em qualquer das formas, mas, acima de tudo, o que possua competência para produzir normas gerais e abstratas que interferem diretamente na esfera de direito dos particulares (MENDES, 2000, p. 129).

De fato, trata-se de um instituto relativamente novo e a dificuldade de sua compreensão está justamente na forma em que foi introduzido no ordenamento jurídico nacional. Conforme já mencionado nesse trabalho, o modelo brasileiro de agências reguladoras foi largamente influenciado pelo direito norte-americano. Lá, as agências reguladoras detêm uma larga autonomia e suas atribuições aproximam-se das atribuições do Congresso, do Poder Judiciário e do Poder Executivo, o que levou parte da doutrina a denominar esses poderes de “quase-legislativos”, “quase-executivos” e “quase-judiciais”. No entanto, quando se importa determinado instituto jurídico de um outro sistema, há que se ter o cuidado de fazer as devidas adaptações. Afinal, há consideráveis diferenças entre o sistema da *Common Law* e o sistema brasileiro, de influência romano germânico. Segundo explica Cretella Júnior (1990, p. 30), um dos principais aspectos a serem considerados é que

Adota-se na *common law* o que se denomina de sistema horizontal, em que a administração é submetida, de regra, ao mesmo direito que rege a atividade de todo particular, não havendo, portanto, um regime jurídico que lhe seja peculiar, ao contrário do sistema vertical, predominante nos direitos de base romanística, de prerrogativas e privilégios, com predomínio de derrogação e da exorbitância ao direito comum, que regulam as relações entre a Administração e os administrados, em matéria administrativa.

Assim, o poder normativo das agências reguladoras brasileiras deve ser estudado e compreendido em uma acepção que possa se conformar com o sistema jurídico nacional, especialmente, quanto à tripartição de Poderes estabelecida pela Constituição Federal de 1988.

3.2 Fundamento do Poder Normativo das Agências Reguladoras

3.2.1 A tese da *deslegalização*

Dentre as várias teses que almejam explicar o fundamento do poder regulador das agências reguladoras brasileiras está a da *deslegalização*. Segundo a concepção originária dessa tese, as normas produzidas com fundamento nessa teoria têm a mesma densidade legislativa das leis ordinárias, podendo, segundo alguns, até mesmo revogá-las. Contudo, no caso das agências reguladoras, haveria uma espécie de delegação limitada, ou seja, o Poder Legislativo disporia de parcela de suas atribuições em favor das agências reguladoras, abrindo espaço para que, no limite da delegação, possam, livremente, editar normas gerais e abstratas com força de lei. Segundo explica Moreira Neto, um dos principais defensores dessa tese, a *deslegalização* constitui uma forma anômala de delegação legislativa

A terceira técnica geral de delegação vem a ser a delegação, oriunda do conceito do desenvolvido na doutrina francesa da *délégation de matières*, adotado na jurisprudência do Conselho de Estado em dezembro de 1907 [...] a qual, modificando postura tradicional, no sentido de que o titular de um determinado poder não tem dele disposição, mas, tão somente o exercício, passou a aceitar, como fundamento da delegação, a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei (*domaine de la loi*), passando-se ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance*) (MOREIRA NETO, 2003, p. 122).

No mesmo sentido, inclusive defendendo o acolhimento da tese pelo nosso ordenamento jurídico, há as seguintes palavras:

Por este entendimento, com o qual concordamos, não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede legislativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria que, direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, ao critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social? (ARAGÃO, 2005, p. 422-423).

Segundo os defensores da tese, a própria Constituição Federal teria autorizado expressamente a *deslegalização* ao estabelecer no art. 48¹¹ que o Congresso Nacional poderia dispor de todas as matérias ali elencadas. Assim, havendo expressa autorização para disposição da matéria, o Congresso poderia, então, legislar, não legislar e até *deslegalizar*, caso assim entenda (MOREIRA NETO, 2003, p. 122).

Há notícia de outros fundamentos constitucionais segundo os quais assentar-se-ia a *deslegalização*:

Vislumbram os adeptos dessa corrente estabelecer a Constituição Federal, no artigo que sedia a regulação em geral, art. 174 e nos que preveem a criação das agências reguladoras – arts. 21, XI e 177, § 2.º, III – uma atribuição originária de competência normativa, dentro do esquadro de repartição de funções estabelecidas na Carta Política, em moldes semelhantes ao disposto nos arts. 62 e 68 da Constituição de 1988 (CARDOSO, 2006, p. 199)

Na jurisprudência, pode-se colher exemplos de julgados que fazem expressa referência à *deslegalização*. O Desembargador Tarcísio Martins Costa, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao proferir voto no julgamento do agravo de instrumento 1.0145.05.224751-0/006 (1), publicado em 30 mar. 2009, manifestou-se sob o caso em apreciação naquela oportunidade que

Cuida-se de um poder regulamentador geral e abstrato, não tendo qualquer incidência em casos concretos, como o dos autos, a justificar sua intervenção no feito, até porque as agências reguladoras exercem uma atividade delegada pelo Poder Executivo e Legislativo. Trata-se do chamado fenômeno da deslegificação ou delegação limitada. Em outras palavras, a retirada pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei, para atribuí-las à disciplina normativa das agências.

Contudo, apesar da autoridade dos ilustres defensores da tese, com ela não se pode concordar. Isso, por um motivo relativamente simples: a Constituição Federal já estabeleceu, expressamente, os casos em que se admite a delegação legislativa, e não há espaço para se forçar determinada técnica interpretativa a fim de se encontrar hipóteses de autorização implícita. As únicas hipóteses de delegação legislativa contempladas pela Constituição Federal se encontram no artigo 62, em relação às Medidas Provisórias, e no artigo 68, em relação às leis delegadas ao Presidente da República. Recentemente, a

¹¹ **Art. 48.** Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

[...]

XII - telecomunicações e radiodifusão;

Emenda Constitucional 45 introduziu no ordenamento pátrio outro caso de produção normativa primária, contudo, trata-se de ato diferente da lei. Ao criar o Conselho Nacional de Justiça, no artigo 130-B, a Constituição dotou esse órgão de atribuição para “expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.”. Igual atribuição foi conferida ao Conselho Nacional do Ministério Público pelo artigo 130-A, § 2.º, inciso I. Note-se que, apesar de a Constituição utilizar o termo “atos regulamentares”, na verdade se trata de atos completamente diferentes daqueles atribuídos ao Chefe do Poder Executivo pelo artigo 84, inciso IV, posto que são atos primários e se situam, no plano da hierarquia, no mesmo patamar das leis. Não fosse isso, para acabar de vez com qualquer especulação acerca de outra espécie de delegação, o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabeleceu:

Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito esse prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I – ação normativa;

[...]

Aliás, Binenbojm (2008, p. 283), um dos principais opositores da tese, apegando-se ao princípio da legalidade e após sólida argumentação, conclui que “de acordo com o raciocínio até aqui desenvolvido, a deslegalização constituiria uma fraude ao processo legislativo contemplado na Constituição, o qual tem por escopo a defesa das garantias fundamentais do cidadão.”. Igual posicionamento é adotado por Freitas (2004, p. 48), ao ensinar que:

[...] os atos regulatórios devem ser infralegais, restando vedado ao administrador inovar como legislador. Assim, por exemplo, a resolução de uma agência reguladora pode inovar apenas como ato administrativo, porém, nos exatos termos da lei. A infralegalidade reivindica uma sadia autocontenção. Não há, portanto, falar “deslegalização” no campo regulatório, que pode até valer noutros contextos, mas não tem guarida em nosso complexo normativo.

Ferreira Filho (2002, p. 142) é outro que nega a possibilidade de deslegalização no ordenamento jurídico brasileiro. Ensina o eminente constitucionalista que não há previsão constitucional para que leis possam delegar competência material para que um regulamento autônomo normatize determinado setor.

Esse mesmo entendimento foi abonado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.668/DF ao estabelecer que a ANATEL não pode exorbitar as disposições da Lei de Licitações, à qual seus atos encontram-se subordinados. Eis a ementa do acórdão, na parte que tratou especificamente do assunto:

[...] deferir, em parte, o pedido de medida cautelar para: a) quanto aos incisos IV e X, do art. 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordinadas aos preceitos legais e regulamentares que regem outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado [...] (STF, ADI 1668 MC, Relator Min. Marco Aurélio, Julgado em 20/08/1998).

A tese da *deslegalização*, portanto, não encontra fundamento no regime jurídico nacional, tendo em vista que não é possível ao Poder Legislativo transferir sua função, mesmo que transitoriamente, a órgãos da Administração Pública ou proceder a qualquer espécie de delegação legislativa fora dos casos expressos autorizados pela Constituição Federal. Caso isso aconteça, ter-se-ia o que Mello chama de delegação disfarçada e imprime veemente condenação, *verbis*:

Considera-se que há delegação disfarçada e inconstitucional, efetuada fora do procedimento regular, toda vez que a lei remete ao Executivo a criação das regras que configuram o direito ou que geram a obrigação, o dever ou a restrição à liberdade. Isto sucede quando fica deferido ao regulamento definir por si mesmo as condições ou requisitos necessários ao nascimento do direito material ou ao nascimento da obrigação, dever ou restrição. Ocorre, mais evidente, quando a lei faculta ao regulamento determinar obrigações, deveres, limitações ou restrições que já não estejam previamente definidos ou estabelecidos na própria lei. Em suma: quando se faculta ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica. E inovar quer dizer introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada. Entre nós, este procedimento abusivo, inconstitucional e escandaloso foi praticado inúmeras vezes e de modo mais flagrante possível. Nisto se revela o profundo descaso que, infelizmente, nossos legisladores têm tido na manutenção das prerrogativas do Poder em que se encartam, demonstrando, pois, um cabal desprezo pela Constituição e – pior que isto – olímpica indiferença pela salvaguarda dos direitos e garantias dos cidadãos. Assim, inúmeras são as leis que deferem, *sic et simpliciter*, a órgãos colegiais do Executivo – como ao Conselho Monetário Nacional, por exemplo – o poder de expedir decisões (“resoluções”) cujo conteúdo só pode ser o de lei. [...] De todo modo, ostensiva ou disfarçada, genérica ou mais restrita, assentada no todo da lei ou no incidente particular de algum preceptivo dela, a delegação do poder de legislar conferida ao regulamento é sempre nula, pelo quê ao Judiciário assiste – como guardião do Direito – fulminar a norma que delegou e a norma produzida por delegação (MELLO, 2008, p. 352- 353).

3.2.2 Poder regulamentar das agências face à exclusividade conferida ao chefe do Poder Executivo pelo art. 84, IV, da Constituição Federal

Uma vez afastada a tese da *deslegalização*, outras vezes se levantam na doutrina defendendo que as normas expedidas pelas agências reguladoras têm natureza infralegal,

de densidade normativa igual à dos regulamentos editados pelo chefe do Poder Executivo. Para essa corrente, caberia às agências reguladoras toda a produção normativa infralegal correlata à sua área de regulação. É o que afirma, por exemplo, Binenbojm (2008, p. 286) ao ensinar que “como já longamente explicitado no Capítulo IV, supra, a competência normativa das entidades reguladoras exibe natureza regulamentar infralegal, semelhante àquela reconhecida ao chefe do Poder Executivo.”. Essa parece, também, ser a posição de Justen Filho (2009, p. 540) que afirma que “uma agência reguladora não pode fazer algo além ou diverso do que seria reconhecido ao Poder Executivo, em matéria de produção normativa.”. Contudo, essa corrente também não merece acolhida no Brasil.

O Poder Regulamentar foi conferido, com exclusividade, ao chefe do Poder Executivo por expressa disposição do art. 84, inciso IV, da Constituição Federal. Diz o dispositivo que compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução. Sob essa óptica, resta evidente que qualquer ato praticado pelas agências reguladoras com a finalidade de regulamentar as leis será flagrantemente inconstitucional, pois que estará invadindo âmbito de atribuição privativa do Presidente da República. Assim, o Poder Legislativo jamais poderá dispor dessa atribuição, transferindo-a às agências, pois que se encontra impedido dada a expressa disposição constitucional que reservou esse ato ao chefe do Poder Executivo. Nesse ponto, fica-se com os seguintes ensinamentos:

Regulamentar significa também ditar regras jurídicas, porém, no direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo. Perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo (art. 84, IV), não sendo incluído, no parágrafo único do mesmo dispositivo, entre as competências delegáveis (DI PIETRO, 2001, p. 140-141).

3.2.3 O poder normativo das agências reguladoras como poder para expedição de atos regulatórios técnicos

Os atos expedidos pelas agências reguladoras, como visto, não se tratam de atos normativos praticados em razão de delegação do Poder Legislativo, posto que todos os casos de produção normativa delegada já se encontram expressamente consignados na Constituição Federal, não podendo o legislador criar novas espécies ou situações de delegação da função normativa ou legislativa.

Da mesma forma, tais atos não podem ser praticados com o condão de regulamentar as leis, haja vista que essa atribuição ou poder foi conferido pela Constituição Federal, com exclusividade ao chefe do Poder Executivo.

Mas, é certo que as agências reguladoras produzem atos normativos gerais e abstratos de observância obrigatória para os particulares que exercem atividades inseridas no seu âmbito de regulação. No entanto, conforme ensina a doutrina mais autorizada, não há que se confundir o poder regulatório com o poder regulamentar. Boa parte da discussão acerca da natureza dos atos praticados pelas agências tem sua origem na confusão que se faz sobre tais definições. Conforme visto no início desse trabalho, as agências reguladoras foram idealizadas a partir da implementação do plano nacional de desestatização com a finalidade de servir de órgãos reguladores das atividades cuja exploração foi transferida ou permitida aos particulares. Assim, a noção de regulação está intimamente ligada à finalidade econômica e técnica, cabendo, destarte, a tais órgãos, a expedição, tão somente de atos com conteúdo técnico e/ou econômico necessário ao fiel desempenho de sua função. Evidentemente, de forma esporádica, esses atos podem veicular conteúdo jurídico. Apesar de não ser o desejável, nem sempre pode ser evitado, como é o caso, por exemplo, quando a agência atua na defesa da concorrência ou do consumidor. José Maria Pinheiro Madeira (2004, p. 265) explica que “a atividade regulatória não se confunde com a atividade regulamentar, pois enquanto a primeira é conferida no Brasil, por lei, às agências reguladoras, a atividade regulamentar é, por força de imperativo constitucional, privativa do Chefe do Poder Executivo.”.

Souto é outro estudioso do assunto que concorda com a tese da atribuição das agências reguladoras, exclusivamente, para a normatização técnica da atividade sob se âmbito de influência. Atendo-se mais especificamente aos aspectos econômicos, ele ensina que

Cumpra, pois, não confundir a regulação, que é um conceito econômico, com a regulamentação, que é um conceito jurídico (político). Aquela é sujeita a critérios técnicos, que tanto pode ser definida por agentes estatais (envolvendo a Teoria da Escolha Pública) preferencialmente dotados de independência (para fazer valer o juízo técnico sobre o político), como pelos próprios agentes regulados (auto-regulação) (SOUTO, 2002, p. 43).

Trata-se, então, de um poder normativo de cunho essencialmente técnico, ou seja, de abrangência limitada. Na verdade, tais atos não têm a mesma abstração e generalidade que têm os regulamentos editados pelo chefe do Poder Executivo. Qualquer ato praticado pelas agências que não sejam direcionados apenas à sua área de atuação e que tenha por destinatários quaisquer indivíduos ou atividades será flagrantemente inconstitucional. Afinal, não foi por outro motivo que a própria Constituição Federal, ao prever a criação da ANATEL e da ANP, já delimitou o âmbito de atuação desses órgãos ao estabelecer no artigo 21, inciso XI, a criação de um órgão regulador dos serviços de telecomunicações, e no artigo 177, § 2.º, inciso III, um órgão regulador do setor petrolífero.

Outro fato a ser considerado é que, mesmo sendo estritamente técnicos, esses atos somente poderão ser praticados com expressa autorização legal. É que o legislador, não possuindo conhecimentos ilimitados e específicos sobre todas as áreas em que há edição legislativa, poderá, e até deverá apenas fixar os parâmetros e linhas gerais da regulamentação de tais assuntos e deixar que os órgãos técnicos e especializados ditem as diretrizes para a concretização da vontade legislativa. A extensão e o limite dos atos normativos técnicos praticados pelas agências reguladoras serão fixados pela lei de sua criação ou a lei que remeteu determinado assunto à regulação. Observe, entretanto, que os atos regulamentares (na acepção adotada por esse trabalho, aqueles praticados pelo Chefe do Poder Executivo) são muito mais abrangentes e poderão, eventualmente, veicular conteúdo de regulação de determinada atividade econômica, desde que tal assunto não esteja, por expressa disposição legal, remetido a uma agência reguladora. Essa questão da densidade normativa dos atos das agências reguladoras foi enfrentada por Carvalho Filho em abrangente estudo sobre o assunto, no qual consignou que:

O problema, todavia, derivado de tal carga de amplitude normativa, rende ensejo ao exame, pelos intérpretes e aplicadores da lei, e até mesmo aos destinatários, dos limites em que a regulamentação pode ser processada. Ainda que dotada de grande amplitude, a regulamentação feita pelas agências – como, de resto, ocorre com qualquer ato de regulamentação – terá que adequar-se aos parâmetros da respectiva lei permissiva. Afinal, é de ter-se em conta que a delegação legislativa não é ilimitada, mas, ao contrário, subjacentes a normas e princípios estabelecidos na lei. Trata-se, como bem acentuou Luiz Roberto Barroso, do que se denomina de “delegação com parâmetros” (“delegation with standards”), através da qual ao Poder Legislativo cabe fixar as linhas dentro das quais o ato regulamentar deve ser produzido (CARVALHO FILHO, 2006, p. 10).

Evidentemente, tanto Carvalho Filho quanto Luiz Roberto Barroso, por ele citado, não utilizam a expressão “delegação” no sentido utilizado pela Constituição no artigo 62 (leis delegadas), e tampouco com a amplitude do artigo 68 (medidas provisórias). Como o autor mesmo diz, trata-se de remessa da lei para que a agência disponha sobre determinado assunto, cujas abrangência e amplitude do ato já devem estar estritamente delimitadas. Caso contrário, o legislador estaria burlando o artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, e atribuindo a outro órgão da estrutura do Poder Executivo a atribuição conferida, com exclusividade, ao Chefe desse Poder.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As agências reguladoras, atualmente com forte presença na estrutura administrativa do Estado brasileiro, tiveram origem e inspiração no Direito norte-americano. Nesse país, as

primeiras agências apareceram desde os primeiros momentos da organização do Estado. Com forte viés regulatório, as agências, chamadas de independentes, logo se fortaleceram e se disseminaram, fazendo, inclusive, que o Direito Administrativo norte-americano, pertencente ao sistema da *Common Law*, nascesse e desenvolvesse em função desses órgãos. Atualmente, as agências reguladoras norte-americanas se consolidaram como um importante instrumento de regulação da atividade econômica naquele país.

As agências reguladoras norte-americanas são dotadas de amplos poderes para ditar regras em relação à atividade econômica posta sob seu âmbito de atuação. Tais poderes, dada a sua amplitude, foram nominados pela doutrina de poderes “quase-legislativos” (podem emitir regras e regulamentos que têm força de lei) e “quase-judiciais” (decisões acerca de conflitos individuais afetos à sua área de regulação) além da enorme presença no campo de atuação do Poder Executivo.

No Brasil, no início da década de 90, o governo deu início a uma modificação radical quanto à participação do Estado na economia e na prestação de serviços públicos. O Programa Nacional de Desestatização iniciou transferência à iniciativa privada de várias empresas até então pertencentes ao Estado e, também, abriu ao capital privado de vários outros setores econômicos até então não explorados ou de exploração restrita a poucas empresas. Contudo, era necessário que o Estado não se desvinculasse completamente dessas atividades, sendo necessária a sua presença, em determinados setores, ao menos como órgão regulador dessas atividades para atuar aspectos importantes como defesa da concorrência, defesa e segurança do consumidor, garantia de serviço contínuo e de qualidade, dentre outros. Pensou-se então, na criação de órgãos específicos para cuidar desses aspectos, que, pela carga de tecnicismo que envolviam, não podiam ficar dependentes de uma atuação difusa e genérica da Administração.

A partir dessa necessidade, criaram-se no sistema brasileiro as agências reguladoras com nítida e inegável influência do modelo norte-americano. Tendo em vista a necessidade de independência em relação à Administração central, optou-se pelo modelo de autarquia até então existente no Brasil. Porém, atribuindo-lhe poderes idênticos àqueles dos órgãos reguladores norte-americanos.

Ocorre que, ao se importar determinados institutos de diferentes sistemas jurídicos como são os da *Common Law* e romano-germânico, necessárias se fazem também as devidas adaptações. O legislador brasileiro, ao atribuir poder normativo e regulador às agências reguladoras, deve estar atento às peculiaridades do sistema pátrio, especialmente as regras e princípios constitucionais. Por evidente, não é possível, simplesmente, importar, *ipsis litteris*, a configuração das agências norte-americanas. Essa tentativa do legislador

de tornar as agências reguladoras brasileiras o mais idênticas possível das congêneres norte-americanas tem causado forte discussão doutrinária. Notadamente, quanto aos poderes normativo e regulador, frente ao modelo constitucional nacional de repartição de competências e proteção de direitos e garantias individuais.

A doutrina administrativa brasileira tem se pautado em diferentes teorias para justificar a abrangência e os limites dos poderes normativo e regulador das agências reguladoras brasileiras. Destacam-se a teoria da *deslegalização*, teoria que atribui às agências o poder de editar regulamentos – idêntico àquele conferido ao Presidente da República – e a teoria que admite às agências a prática de atos administrativos essencialmente técnicos e afetos à sua área de atuação para regular aspectos específicos determinados por lei.

A teoria da *deslegalização* defende que os atos normativos praticados pelas agências reguladoras teriam seu fundamento de validade na delegação do Poder Legislativo de parcela de suas atribuições, podendo, assim, as agências, no limite da delegação, livremente, editar as normas que entendessem necessárias. Tais normas teriam força de lei e poderiam, inclusive, inovar no ordenamento, gerando e restringindo direitos e obrigações. Contudo, em que pese a respeitabilidade de seus defensores, a tese não se sustenta. Isso porque o Poder Legislativo, em razão da conformação constitucional do Estado brasileiro, não pode, livremente, dispor das funções a ele reservadas. A Constituição Federal já estabeleceu, expressamente, os casos em que outro Poder ou órgão poderiam, excepcionalmente, exercer a função legislativa com capacidade para inovar no ordenamento. No caso, ao Poder Executivo com fundamento no artigo 62 (medidas provisórias) e artigo 68 (medidas provisórias); ao Conselho Nacional de Justiça (artigo 130-B) e ao Conselho Nacional do Ministério Público (artigo 130-A, § 2.º, inciso I). Dessa forma, qualquer outra espécie de delegação, a qual se convencionou chamar de delegação anômala será, por evidente, inconstitucional.

Uma segunda corrente doutrinária defende que o poder normativo das agências reguladoras é idêntico aos poderes conferidos ao Poder Executivo pelo artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal. Assim, poderiam editar normas complementares para a fiel execução e válido cumprimento das leis afetas à sua área de atuação. Por óbvio, essa tese também não merece acolhida. A Constituição Federal de 1988, em nenhum momento, demonstra o desejo de compartilhar a atribuição de editar regulamentos para cumprimento das leis. Ao contrário, esse poder foi conferido com exclusividade ao chefe do Poder Executivo, não havendo igual previsão para órgãos da Administração.

A corrente que mais se adapta ao sistema brasileiro é a que defende que as agências reguladoras expedem atos normativos técnicos, específicos em relação a determinados aspectos da atividade posta sob sua área de regulação. Os teóricos dessa tese defendem

que é necessária a distinção entre poder regulador (de caráter econômico) com poder regulamentar (de cunho político-jurídico). Dada a especificidade de determinadas questões, em vista do conhecimento técnico que exigem para sua regulação, as agências podem ditar atos específicos tendentes a fixar parâmetros para a o exercício daquela parcela da atividade econômica ou serviço explorado. Jamais poderão ser conferidos poderes às agências reguladoras para baixar normas complementares às leis em relação à totalidade de determinado setor. Apenas o chefe do Poder Executivo detém poderes para editar normas gerais e abstratas para regulamentar as leis. Os atos normativos expedidos pelas agências reguladoras, também gerais e abstratos, devem se restringir a questões pontuais e essencialmente técnicas, e se circunscreverem aos exatos limites da lei permissiva. Essa é a melhor interpretação a fim de harmonizar os dispositivos dos artigos 21, XI e 177, § 2.º, inciso III, com o artigo 84, inciso IV, todos da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria de direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1668 MC. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 20 ago. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1717. Relator: Ministro Sydney Sanches. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 28 mar. 2003.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CRETELLA JÚNIOR, José. Agências reguladoras e poder normativo. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado**, Salvador, BA, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 7, set./out./nov. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/>>. Acesso em: 20 set. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estudos, documentos debates**: reforma do estado, papel das agências reguladoras e fiscalização. São Paulo: Fiesp/Ciesp e Instituto Roberto Simonsen, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUERRA, Sérgio. Agências reguladoras e a supervisão ministerial. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo. Dialética, 2009.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração pública centralizada e descentralizada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. refund., ampl. e atual. até a emenda constitucional 39, de 19-12-2002. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO FILHO, João Aurino de. Controle jurisdicional na atividade das agências reguladoras. Delimitação da discricionariedade administrativa. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2163, 3 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12903/controle-jurisdicional-na-atividade-das-agencias-reguladoras>>. Acesso em: 26 ago. 2011.

MENDES, Conrado Hubner. Reforma do estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento 1.0145.05.224751-0/006 (1). Relator: Desembargador Tarcísio Martins Costa. **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, 30 mar. 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro. Revista Eletrônica sobre reforma de Estado, Salvador, n. 22, jun./jul./ago. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-RAFAEL-OLIVEIRA.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Temas de direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUTO, Marcos Jurena Vilella. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

Data do Recebimento: março/2012. Data da Aceitação: outubro/2012

A Proteção do Meio Ambiente como Direito Humano Fundamental na Jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo

HENRIQUE WEIL AFONSO¹

ANA ALVAREZ MUÑIZ²

TACYANA KAROLINE ARAÚJO LOPES³

Resumo: As preocupações com o meio ambiente fazem-se presentes na maior parte dos ordenamentos jurídicos internos e nas normas consagradas no seio do Direito Internacional do Meio Ambiente, em decorrência da conscientização dos problemas advindos da degradação ambiental generalizada – motivada por políticas industriais, científicas e tecnológicas contrárias ao desenvolvimento sustentável. Hodiernamente, o direito a um meio ambiente de qualidade é considerado um dos Direitos Humanos Fundamentais e vem sendo efetivamente reconhecido como tal em várias sentenças proferidas pelo Tribunal Internacional dos Direitos Humanos da União Europeia, a partir da interpretação de determinados artigos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos sob uma perspectiva meio-ambiental. Acredita-se que tal fato é de extrema relevância, pois implica um claro avanço no direito comunitário ao garantir que o próprio indivíduo lesado possa recorrer à Justiça supranacional quando seu Estado negligencie certos direitos relacionados com o usufruto de um meio ambiente saudável. O Estado deve velar pelo interesse dos seus nacionais, cumprir as normas com as quais se comprometeu e utilizar meios coercitivos, se necessário, para fazer com que todos aqueles que se encontram sob sua jurisdição as respeitem também. Caso contrário, o Estado estará violando suas obrigações e deverá ser responsabilizado, de tal sorte que algumas decisões do Tribunal estabeleceram que o Estado em questão ressarcisse o querelante e respondesse por omissão ao não ter atendido seus pedidos quando o caso se encontrava em mãos da Justiça nacional. O objetivo deste artigo é demonstrar, através da apresentação dos principais casos jurisprudenciais relativos à temática ambiental, os benefícios auferidos

¹ Mestre em Direito Público Internacional pela PUC Minas; Professor de Direito Internacional no Centro Universitário de Sete Lagoas (UNIFEMM). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora; estudante visitante do Colorado College (EUA, 2005) e da University of Westminster (Inglaterra, 2007).

² Mestre em Direito Internacional e Analista Internacional, ambos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC MINAS. Professora Universitária.

³ Mestre em Desenvolvimento Social, Bacharela em Direito e Universidade Estadual de Montes Claros – Unimontes. Professora Universitária.

pelos europeus que tiveram garantido o acesso à Justiça supranacional. A importância da temática consiste em compreender o modelo europeu e refletir acerca da necessidade de que o Direito Internacional – e não somente o Comunitário – reconheça a plena titularidade jurídica internacional do ser humano. A função judicial internacional tem-se expandido e enriquecido, mas urge concretizar um salto qualitativo que vise satisfazer as aspirações da comunidade internacional, através de um enfoque *universalista* e não apenas interestatal.

Palavras-chave: meio ambiente; Tribunal europeu dos Direitos Humanos; Titularidade jurídica internacional.

Abstract: Concerns about the environment are present in most domestic legal system and norms are enshrined in international environmental law, due to the awareness of problems created by widespread environmental degradation - motivated by industrial, scientific and technological politics opposing sustainable development. Currently, an environment of quality is considered a fundamental human right and has been effectively recognized as such in various judgments of the European Court on Human Rights, through the interpretation of certain articles of the European Convention on Human Rights within an environmental perspective. It is believed that this fact is extremely relevant because it implies a clear advance in communitarian law in that it ensures an individual victim may appeal to the supranational justice system when a state neglects certain rights related to the enjoyment of a healthy environment. The state should ensure the interests of its population, comply with norms it undertook, and use coercive means if necessary to ensure that those who are under its jurisdiction respect them. Otherwise, the state is violating its obligations and should be held accountable. This is the reason that some decisions of supranational courts establish that a state has responded by omission when it does not answer a victim's request when presented to, and ignored by, a national justice system. The aim of this paper is to demonstrate, by presenting the main jurisprudential cases relating to environmental issues, the benefits received by Europeans who had guaranteed access to supranational justice. The importance of this theme consists of understanding the European model and reflects on the need for all international law – and not only communitarian law – to recognize full international legal human rights. The international judicial function has been expanded and enriched, and now attempts to achieve a breakthrough aimed at meeting the aspirations of the international community through a universalist approach.

Keywords: environment; european court of human rights; international legal ownership.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Internacional do Meio Ambiente, entendido como “o conjunto de princípios e de normas internacionais que protegem a Biosfera ou o Ecossistema global” (DAILLIER; PELLET, 1999, p. 1.218, tradução nossa)⁴, conta com características específicas que o diferenciam dos demais ramos do Direito Internacional e, dentre elas, destaca-se a sua inerente proximidade com os Direitos Humanos, precipuamente desde o momento em que o direito a um meio ambiente saudável foi consagrado como direito fundamental de *terceira geração*⁵.

Destarte, em primeiro lugar esclarece-se o que são os Direitos Humanos de *primeira, segunda e terceira geração* e, a seguir, serão apresentados os principais casos de matéria ambiental julgados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)⁶ em decorrência dos cidadãos terem reconhecido o *locus standi* para perpetrarem ações con-

⁴ A maioria dos autores se mostra relutante em definir um conceito para o Direito Internacional do Meio Ambiente, e, da mesma forma, afirma a dificuldade em definir o objeto ao qual se dedica, ou seja, o meio ambiente. Sobre as dificuldades em definir ambos os termos ver, por exemplo: WOLFRUM, 1998, p. 25; BIRNIE, FITZMAURICE, 2002, p. 22 e ss.

⁵ O reconhecimento do direito a um meio ambiente saudável é extenso: aproximadamente cento e dezessete constituições nacionais mencionam a proteção do meio ambiente e aos recursos naturais; cento e nove reconhecem o direito a um meio ambiente saudável e/ou a obrigação do Estado de prevenir os danos ecológicos e cinquenta e seis constituições consagram explicitamente o direito a um meio ambiente de qualidade (EARTHJUSTICE. Environmental Rights Report: Human Rights and the Environment. Materials for the 61st Session of the United Nations Commission on Human Rights. Geneva, March 14-April 22, 2005, p. 37. Disponível em: <<http://www.earthjustice.org/>>. Acesso em: 30 maio 2010.

⁶ O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ou Corte Europeia de Direitos Humanos é também conhecida como Tribunal de Estrasburgo, por ter sua sede nessa cidade francesa. Foi instituída pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos em 1954 junto com o Comitê de Ministros do Conselho da Europa.

tra seus próprios Estados no órgão supranacional, arguindo a responsabilidade estatal por danos ao meio ambiente. Por último, será apreciada a louvável conquista que supõe tal legitimidade processual ativa das pessoas de direito privado – consagrada hodiernamente apenas em âmbito europeu – e a necessidade de que esse avanço seja estendido a outros órgãos judicatórios, como a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, nos moldes do que denominamos a *humanização* do Direito Internacional.

2 O DIREITO A UM MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Os direitos da *primeira geração* foram reconhecidos durante o século XVII e são os direitos civis e políticos, caracterizados normalmente como direitos de liberdade, ou seja, direitos individuais oponíveis ao Estado, entendidos como direitos de resistência perante atos estatais arbitrários, assim como aqueles de participação na sociedade civil. Por seu lado, os direitos da *segunda geração* são os direitos econômicos, sociais e culturais, os quais se fundamentam no Princípio da Igualdade e exigem do Estado determinadas prestações.

Por último, os direitos da *terceira geração* emergiram a partir de reflexões referentes ao desenvolvimento, à paz, à comunicação, ao meio ambiente e ao patrimônio comum da humanidade e foram cristalizados no fim do século XX⁷. Ao contrário dos direitos das *gerações* anteriores, estes não visam proteger interesses de um indivíduo, mas de todas as pessoas, entendendo-se que são direitos “difusos”, de fraternidade e solidariedade e se orientam pelos Princípios de Indivisibilidade, Interdependência e Solidariedade⁸. Longe de protegerem somente os interesses de um indivíduo, têm por destinatário o próprio

⁷ Antônio Augusto Cançado Trindade faz múltiplas referências ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao direito à saúde como extensões ou corolários do direito à vida. Ver, por exemplo: TRINDADE, 1993, p. 71-78. No mesmo sentido: TRINDADE, 1987.

⁸ No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou a existência de um direito ao meio ambiente – como direito de terceira dimensão – no julgamento do Mandado de Segurança n. 22.164/SP, que data de 30/10/1995. Além disso, a Constituição Federal de 1988 trata dos Direitos e Garantias Fundamentais nos artigos 5.º a 17 (Título II) e o § 2.º do artigo 5.º afirma que os direitos e garantias explicitamente considerados não excluem outros que decorram dos regimes, dos princípios e/ou dos tratados adotados pelo Brasil. Assim sendo, como o rol de direitos fundamentais desse artigo é meramente exemplificativo, depreende-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode, de fato, ser considerado um direito fundamental da pessoa humana. Ver mais informação sobre a proteção do meio ambiente no direito brasileiro em: MAZZUOLI, 2006, p. 589-590. A maior parte dos autores nacionais compartilham de tal entendimento, dentre eles: ANTUNES, 2005, p. 19-25.

gênero humano e, conclui-se, portanto, que o direito ao meio ambiente conforma um dos direitos fundamentais da *terceira geração*⁹

Consoante Mazzuoli (2006, p. 479), cumpre sublinhar que

a premissa de que os direitos humanos são inerentes a qualquer pessoa, sem quaisquer discriminações, revela o fundamento anterior desses direitos relativamente a toda forma de organização política, que significa que a proteção dos direitos humanos não se esgota nos sistemas estatais de proteção, podendo ir muito mais além, ultrapassando as fronteiras nacionais até chegar ao patamar em que se encontra o Direito Internacional Público.

3 OS PRINCIPAIS CASOS JURISPRUDENCIAIS DO TRIBUNAL DE ESTRASBURGO EM MATÉRIA AMBIENTAL

À luz da importância do direito a um meio ambiente saudável, o Tribunal de Estrasburgo acolhe as pretensões de qualquer pessoa que considere ter sido vítima da violação de alguma das dimensões que esse direito engloba – através de uma interpretação extensiva da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos seus Protocolos adicionais¹⁰. Para tanto, devem ser observados determinados requisitos¹¹: por um lado, que o particular

⁹ A autora enfatiza que apesar do direito ao meio ambiente ser considerado a priori como um direito de solidariedade, ele também pode ser visto um direito de segunda dimensão, devido à necessidade de um meio ambiente sadio como requisito para os direitos econômicos, sociais e culturais já que sem um meio ambiente de qualidade estes outros direitos não seriam realizados (SILVA, S., 2009, p. 92-93). Anote-se, ainda, que tal direito nem sempre foi reconhecido: numa análise preliminar da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) não há nenhuma alusão ao meio ambiente e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) também não existem referências ao tema; já no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992) contempla-se o desejo da melhora contínua de todos os aspectos do meio ambiente (artigo 12 § 2.º, II) e, a partir desse momento, vários outros textos internacionais referem-se à expressamente à necessidade de preservação do ambiente.

¹⁰ A Convenção Europeia dos Direitos Humanos, adotada pelo Conselho da Europa em 1950 e em vigor desde 1953, representa a transposição regional da Declaração Universal dos Direitos Humanos e consagra praticamente as mesmas matérias nela recolhidos, dentre as que se destacam o direito à vida; a proibição da tortura; a proibição da escravidão e do trabalho forçado; o direito à liberdade e à segurança; o direito a um processo equitativo; o princípio da legalidade; o direito ao respeito da vida privada e familiar; a liberdade de pensamento, de consciência e de religião; a liberdade de expressão; a liberdade de reunião e de associação; o direito ao casamento; o direito a um recurso efetivo e a proibição da discriminação. Ver a convenção em: <<http://www.echr.coe.int/>>. Acesso em: 1.º abr. 2010.

¹¹ Artigo 34 da Convenção. Sobre os protocolos, cabe acrescentar que a Convenção foi completada e emendada treze vezes, ganhando destaque o Protocolo 11, uma vez que com a sua entrada em vigor – em 1.º de novembro de 1998 – foi substituído o sistema misto existente (ao desaparecer a Comissão Europeia de Direitos Humanos) e o mecanismo de proteção dos direitos humanos no seio da Europa passou a ser permanente e centralizado no TEDH.

estivesse sob a jurisdição de um Estado-membro do Conselho da Europa¹² no momento em que seu interesse foi lesado e, por outro, que tenha esgotado sem êxito os recursos judiciais disponíveis naquele Estado. Como aponta Soares (2003),

os indicativos seguros das tendências do atual Direito Internacional [...] se demonstram [...] pela possibilidade de acesso do indivíduo à Corte Européia dos Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo, somente reconhecido em 1990, no Protocolo n.º 9, de 6 de novembro daquele ano, que eliminou o exame prévio pela Comissão Européia dos Direitos Humanos dos pleitos individuais, a qual, portanto, deixou de ter a condição de ser a única representante dos interesses individuais nos procedimentos perante aquele tribunal; na atualidade, permite-se, pois, a legitimidade ativa dos indivíduos perante a Corte de Estrasburgo, inclusive em pleitos contra Estado de sua nacionalidade, domicílio ou residência, porém limitados a assuntos de direitos humanos e entre os Estados-Partes (SOARES, 2003, p. 763-764).

A seguir, serão comentados brevemente quatro dos principais casos jurisprudenciais cuja decisão se referiu explicitamente ao reconhecimento dos direitos contemplados, *inter alia*, nos artigos 2.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (direito à vida), 3.º (proibição da tortura e dos tratamentos desumanos ou degradantes), 8.º (respeito à vida privada e familiar, ao domicílio e à correspondência) e 10 (liberdade de expressão) através de uma perspectiva meio-ambiental¹³.

3.1 O Caso López Ostra c. Espanha

No caso López Ostra contra a Espanha, pela primeira vez o Tribunal de Estrasburgo enunciou o princípio segundo o qual os danos ambientais à coletividade, ainda que não sejam graves ao ponto de pôr em perigo a saúde, podem prejudicar o bem-estar dos indivíduos e privá-los do desfrute do direito ao domicílio e à vida privada e familiar¹⁴.

Os problemas que deram lugar à demanda se iniciaram em 1988, no momento em que começou a funcionar, sem permissão, uma planta de tratamento de resíduos sólidos e líquidos, constituída com uma subvenção do Estado espanhol, que gerava gases, fumaça e mau cheiro e, conseqüentemente, prejudicava os residentes da região. A demandante

¹² O Conselho da Europa, fundado em 5 de maio de 1949, é a organização internacional europeia mais antiga que se encontra atualmente em funcionamento. É constituído por quarenta e sete Estados, incluindo os vinte e sete que conformam a União Europeia. Ver mais detalhes em: <<http://www.coe.int/>>. Acesso em: 1.º abr. 2010.

¹³ Detalhes sobre a matéria podem ser vistos em: SUDRE, 1995; ROCHA, 2002; HANDL, 1992.

¹⁴ Ver: *Affaire López Ostra c. Espagne*. Requête n.º 303-C, série A, 9 décembre, 1994, disponível em: <<http://www.cmiskp.echr.coe.int/>>. Acesso em: 5 abr. 2010.

alegou – primeiramente no processo desenvolvido na sua cidade – que sua filha sofria de vários problemas de saúde advindos das atividades da empresa e que os gases e maus odores impossibilitavam a convivência familiar.

Dois meses depois, a Prefeitura ordenou o fechamento das atividades da planta, mas permitiu que continuasse o tratamento de águas residuais e, apesar dessa medida, os problemas não melhoraram substancialmente. Ante tal situação, a Sr.^a López Ostra apresentou uma série de denúncias administrativas e penais no ordenamento jurídico nacional, mas, contudo, não conseguiu uma sentença favorável às suas pretensões. O Tribunal Supremo, da mesma forma, subestimou o recurso de Apelação e o Tribunal Constitucional declarou inadmissível o Recurso por ser, a seu juízo, manifestamente infundado. Uma vez esgotadas as vias internas, a querelante fez uso da jurisdição internacional e conseguiu ser trasladada a um apartamento longe daquela zona da cidade, tendo-se, paralelamente, determinado a suspensão temporária da planta em 1993 por delito ecológico.

No Recurso apresentado ante a ex-Comissão Europeia de Direitos Humanos, a autora sustentou terem sido violados os direitos esculpidos no artigo 3.º da Convenção Europeia, segundo o qual “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradantes.” (tradução nossa)¹⁵ e no artigo 8.º, que tutela o respeito à vida privada e familiar, ao domicílio e à correspondência, ao dispor, *in verbis* que

1. toda pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, ao seu domicílio e à sua correspondência;
2. não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito salvo em caso de interferência prevista em lei e constituindo uma medida que, numa sociedade democrática, seja necessária à segurança nacional, à segurança pública, ao bem-estar econômico do país, à defesa da ordem e à prevenção da criminalidade, à proteção da saúde ou da moral, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem (tradução nossa).¹⁶

Em virtude do exposto e apesar de várias exceções preliminares alegadas pelo Governo espanhol, finalmente o Tribunal de Estrasburgo declarou que, de fato, o artigo 8.º da Convenção tinha sido violado e condenou a Espanha a ressarcir à demandante, por não

¹⁵ Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants (artigo 3.º da Convenção).

¹⁶ 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance; 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui (artigo 8.º da Convenção).

ter garantido seu direito ao domicílio e à vida privada e familiar, estabelecendo a responsabilidade por omissão ao não haver aplicado uma solução acorde com os parâmetros das normativas europeias.

3.2 O Caso Guerra e Outros c. Itália¹⁷

O Caso Guerra foi relativo à suposta violação do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e do direito à informação em matéria ambiental, ao abrigo do artigo 10 da Convenção¹⁸, que reconhece que

1. toda pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito inclui a liberdade de opinião e a liberdade de receber e transmitir informações e ideias sem interferência de autoridades públicas e independentemente de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam às empresas de radiodifusão, cinematografia ou televisão a um regime de autorização prévia;

2. o exercício dessas liberdades, que implicam deveres e responsabilidades, poderá estar sujeito a certas formalidades, condições, restrições ou sanções previstas pela lei, que sejam necessárias numa sociedade democrática, para a segurança nacional, integridade territorial, ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção da criminalidade, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial (tradução nossa).¹⁹

¹⁷ Ver: *Affaire Guerra et autres c. Italie*. Requête n.º. 116/1996/735/932, 19 février, 1998, disponível em: <<http://www.cmiskp.echr.coe.int/>>.

¹⁸ No caso em tela, a CEDH fez referência a outros casos similares: *Airey c. Irlande* (9 out. 1979); *Leander c. Suède* (26 mar. 1987); *Powell et Rainer c. Royaume-Uni* (21 fev. 1990); *Zanghi c. Italie* (27 ago. 1991); *Demicoli c. Malte* (27 ago. 1991); *Philis c. Grèce* (26 nov. 1991); *Observer et Guardian c. Royaume-Uni* (26 nov. 1991); *Thorgeir Thorgeirson c. Islande* 25 jun. 1992); *López Ostra c. Espagne* (9 dez. 1994); *Yagci et Sargın c. Turquie* (8 jun. 1995). Outros casos da mesma natureza podem ser consultados em: DONATI, Filippo; MILAZZO, Pietro. La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo. Disponível em: <<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/>>. Acesso em: 7 abr. 2010.

¹⁹ 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Cet droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations; 2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire (artigo 10 da Convenção).

Nesta situação, os demandantes moravam na cidade de Manfredonia (na região italiana de Puglia), localizada a um quilômetro de uma fábrica de fertilizantes considerada de alto risco que, inclusive, já havia sido responsável por um grave acidente que resultou na intoxicação de várias pessoas. Quando a demanda chegou ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, este analisou uma lei italiana que impunha várias obrigações para os titulares de um estabelecimento industrial de tais características e, concomitantemente, o dever das autoridades centrais e locais de prevenir o risco de incidentes que pudessem acarretar dano ao ambiente ou à população. Tal normativa estabelecia, dentre outras, a obrigação das autoridades competentes de informarem às populações interessadas sobre os riscos das atividades industriais, as medidas de segurança adotadas, os planos de emergência estabelecidos, bem como as ações a serem tomadas em caso de acidente.

Noutros domínios, para os representantes do Governo tais imposições se limitavam a garantir a liberdade de receber informação sem obstáculos, mas em nenhum momento impunham obrigações positivas para o Estado italiano. Contudo, o Tribunal Europeu sustentou – interpretando extensivamente o artigo 10 da Convenção – que a importância do direito à informação ambiental encontra sua razão de ser na exigência de proteger o bem-estar e a saúde das pessoas implicadas, isto é, tutelar indiretamente os direitos que são protegidos por outras disposições da Convenção. Significativamente, os Juízes da Corte constataram que: (1) durante seu ciclo produtivo, a indústria tinha liberado gás inflamável e outras substâncias nocivas, como anidrido de arsênico e que (2) devido à localização do estabelecimento industrial, as emissões de substâncias na atmosfera eram canalizadas até o centro da cidade.

Com tais fundamentos, a Corte declarou que “os problemas graves de poluição ambiental podem afetar o bem-estar das pessoas e privá-las de desfrutar de suas casas, afetando a sua vida privada e familiar.” (tradução nossa)²⁰ e determinou a responsabilidade do Estado italiano pela omissão em garantir tais direitos aos demandantes uma vez que eles permaneceram, até o cessar da produção de fertilizantes em 1994, à espera de informações essenciais que lhes teriam permitido avaliar os riscos que podiam existir para elas e suas famílias em continuar residindo em Manfredonia, uma cidade igualmente exposta ao perigo em caso de acidente nas instalações da fábrica (tradução nossa).²¹

²⁰ La Cour rappelle que des atteintes graves à l’environnement peuvent toucher le bien-être des personnes et les priver de la jouissance de leur domicile de manière à nuire à leur vie privée et familiale (§ 60 da Sentença).

²¹ En l’espèce, les requérantes sont restées, jusqu’à l’arrêt de la production de fertilisants en 1994, dans l’attente d’informations essentielles qui leur auraient permis d’évaluer les risques pouvant résulter pour elles et leurs proches du fait de continuer à résider sur le territoire de Manfredonia, une commune aussi exposée au danger en cas d’accident dans l’enceinte de l’usine (§ 60 da Decisão).

3.3 O Caso Öneriyildiz c. Turquia

O caso Öneriyildiz contra a Turquia revolucionou, em certa medida, a jurisprudência ambiental da CEDH²², uma vez que considerou o advento do artigo 2.º da Convenção, que versa conforme segue:

1. o direito de todos à vida é protegido por lei. A morte não pode ser infligida intencionalmente, salvo na execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal onde o delito é punido desta penalidade pela lei;
2. a morte não é considerada como infligida em violação a este artigo quando resultar de um recurso à força absolutamente necessário: a) para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra a violência ilegal; b) para efetuar uma detenção regular ou para impedir a evasão de uma pessoa regularmente detida; c) para restringir, em conformidade com a lei, um motim ou uma revolta (tradução nossa).²³

No caso em análise, o demandante morava num lixão no qual trabalhava reciclando os resíduos que encontrava. Como consequência de uma explosão de metano produzida no lixão, nove membros da sua família faleceram e outros ficaram feridos. Na demanda ao Tribunal, alegou-se uma violação do artigo 2.º da Convenção, imputável ao Governo turco como resultado da omissão, por parte das autoridades estatais, de informação relativa aos riscos potenciais a que ele e sua família estavam expostos ao morarem junto ao lixão²⁴.

O Tribunal não apreciou nenhum aspecto que impedisse aplicar o artigo 2.º da Convenção e condenou a Turquia, alegando que não caberia esperar de um cidadão qualquer como a vítima do acidente conhecer os riscos específicos inerentes ao processo de metanogênese e um possível corrimento de terra²⁵. A inovação inerente ao caso reside no fato

²² Ver: *Affaire Öneriyildiz c. Turquie*. Requête n.º 48939/99, 18 juin, 2002. Disponível em: <<http://www.cmiskp.echr.coe.int/>>. Acesso em: 9 abr. 2010. A Turquia interpôs um recurso, mas o Tribunal confirmou a sentença no acórdão de 30 de novembro de 2004.

²³ 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. 2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire: a. pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale; b. pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue; c. pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection.

²⁴ No entender de Silva, J. (2009, p. 302) a decisão trouxe outra inovação ao reconhecer que o abrigo precário afetado pelo acidente constituía o lar do demandante e, por conseguinte, ele merecia ser compensado pelo governo turco. Isso, aliado ao conjunto das considerações levantadas pelo tribunal, abre caminho para um reconhecimento futuro do direito a uma moradia decente, a ser assegurado por obrigação aos Estados.

²⁵ § 85 da decisão.

de que o Tribunal, até o momento, não havia estabelecido uma conexão direta entre o direito à vida e as condições meio-ambientais, o que mostra a evolução normativa europeia (MARTINEZ, 2009, p. 331-360).

3.4 Os Casos “Steel e Morris c. Reino Unido” e “Vides Aizsardzibas Klubs c. Letônia”

Os anunciados litígios serão comentados de forma conjunta, uma vez que ambos se referem ao direito à informação na sua vertente ativa, concebida como a liberdade de expressão em matéria ambiental²⁶ e os requerentes foram vítimas das ações que protagonizaram com a finalidade proteger o meio ambiente²⁷.

O caso Steel e Morris contra o Reino Unido começou quando os demandantes acusaram – através da distribuição de folhetos – a multinacional norte-americana McDonalds por, *inter alia*, destruir florestas para criarem bovinos e contribuir para uma catástrofe ecológica “pois obriga legalmente as populações tribais das florestas tropicais a deixarem seus territórios ancestrais nos quais vivem pacificamente sem prejudicar o meio ambiente durante milhares de anos.” (tradução nossa)²⁸. Além disso, o folheto repartido pelos demandantes afirmava que aves e suínos passam suas vidas num meio ambiente totalmente artificial de imensas fazendas industriais, sem ar, sem iluminação natural e sem liberdade de movimento. Acrescentaram, também, que a morte desses animais é sanguinária e bárbara²⁹. Diante das acusações, a multinacional emitiu uma ordem judicial condenando-os por danos e prejuízos por difamação causados pela publicação dos folhetos.

²⁶ A vertente ativa do direito à informação é aquele propriamente dito, ou seja, o direito da parte ser corretamente informado em matéria ambiental. Como aponta o Dr. Machado depois de discorrer sobre a importância da informação ambiental, a não informação de eventos significativamente danosos ao meio ambiente por parte dos Estados merece ser considerada crime internacional. (MACHADO, 2003, p. 79).

²⁷ Ver, respectivamente: *Affaire Steel et Morris c. Royaume-Uni*, Requête, n.º 68416/01, 15 février, 2005; e *Affaire Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, Requête n.º 57829/00, 27 maio 2004. Disponíveis em: <<http://www.cmiskp.echr.coe.int/>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

²⁸ Non seulement McDonald’s et de nombreuses autres sociétés contribuent à une catastrophe écologique majeure, mais elles obligent également les populations tribales des forêts pluviales à quitter leurs territoires ancestraux, dans lesquels elles vivent paisiblement, sans nuire à l’environnement, depuis des milliers d’années.

²⁹ O texto referido não se encontra escrito em parágrafos numerados como os anteriores. O trecho encontra-se sob o título “En quoi McDonald’s est-elle responsable de torture et de meurtre?”, da página 9 do documento. Cabe destacar que os demandantes pertenciam à associação London Greenpeace, um pequeno grupo sem relação com Greenpeace Internacional que se dedicava principalmente a questões ambientais e sociais.

O processo foi desenvolvido internamente até que os demandantes acudiram ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos alegando a violação do direito de liberdade de expressão – consubstanciado no artigo 10 da Convenção Europeia já referido – e do direito a um juízo justo, inserido no teor do artigo 6 § 1.º, segundo o qual

qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça (tradução nossa)³⁰.

No caso em tela o Tribunal acolheu a causa e considerou que, de fato, tais dispositivos foram violados e declarou-se contrário à ingerência do Reino Unido na questão, afirmando a importância da liberdade de expressão numa sociedade democrática.

Por seu lado, o caso *Vides Aizsardzibas Klubs* contra a Letônia teve início a partir de uma resolução que a Associação Clube para a Proteção do Meio Ambiente dirigiu a algumas autoridades letonas exprimindo uma grave preocupação quanto à preservação da zona de dunas litorais numa localidade situada na região do Golfo de Riga³¹. Ao pronunciar-se, o Tribunal alegou que uma associação pode divulgar dados que interessem ao público, apreciá-los e contribuir dessa forma para a transparência das atividades das autoridades públicas³² e condenou a Letônia a indenizar os membros da Associação Clube para a Proteção do Meio Ambiente por ter violado seu direito de expressão.

³⁰ Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans les circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice (artigo 6.º § 1.º da Convenção).

³¹ § 8.º da Decisão.

³² § 42 da Decisão.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: A *HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL*

Assim como os casos comentados, muitos outros demonstram os avanços da jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ao satisfazer, de fato, o direito a um meio ambiente saudável³³. Frise-se, contudo, que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos foi o instrumento que permitiu tais progressos em matéria ambiental, mas não os assegura explicitamente em seu texto, sendo necessário, portanto, ligar a afirmação do direito ao meio ambiente saudável a outras disposições convencionais efetivamente consagradas.

Portanto, pode-se concluir, com Silva (2009), que a Convenção necessita um Protocolo que a aproxime dos textos de seus congêneres: a Convenção Americana de Direitos Humanos, de um lado³⁴, e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de outro.³⁵

O curioso é que ambos os textos regionais, como afirma o autor, preveem o direito do homem a um meio ambiente de qualidade, mas sua atuação é mais limitada que a do Tribunal Europeu. Assim sendo, a troca desses três sistemas permitiria certamente um reforço da aplicabilidade dos textos de direitos humanos nos âmbitos de competência, bem como uma efetividade crescente do Direito Internacional do Meio Ambiente, nos planos internos e internacionais (SILVA, 2009, p. 314). Inclusive, ainda sob essa óptica merece registro que as sentenças proferidas pelo Tribunal Europeu podem ser incorporadas ao sistema interamericano, pois, de fato, reconheceu-se que os tratados e os sistemas de proteção de Direitos Humanos são dinâmicos, aceitando que se recorra a outros ins-

³³ Podem ser vistos, por exemplo, o Caso L.C.B c. Reino Unido, de 1998, o Caso Giacomeli c. Itália, de 2006, Tatar c. Romênia, de 2009, todos eles disponíveis no site do Tribunal.

³⁴ A Convenção Americana de Direitos Humanos foi subscrita em 21 de novembro de 1969, em uma conferência intergovernamental convocada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), na cidade de São José, na Costa Rica, e entrou em vigor 18 de julho de 1978. A Convenção é amplamente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica pela cidade na qual foi adotada. Ver detalhes sobre a Corte em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 14 abr. 2010.

³⁵ Nesse sentido, merece destaque o reconhecimento do direito a um meio ambiente saudável expresso na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (artigo 24, XVIII), adotada na Assembleia da Organização da Unidade Africana, em Nairobi, no Quênia, em 27 de julho de 1981 e em vigor desde 1986. Da mesma maneira, é oportuno mencionar a criação da Corte Africana de Direitos do Homem e dos Povos, que representa um grande passo para a luta contra a impunidade na África e entrou em vigor a partir da ratificação do Protocolo da Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos (conhecida como Carta de Banjul) por quinze países, em 26 de dezembro de 2003. Ao respeito, ver: PIOVESAN, 2000. Outros detalhes podem ser consultados em: <<http://www.aict-ctia.org/>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

trumentos para a sua interpretação, ainda quando estes não sejam parte do próprio sistema, pois, como expressou a própria Corte,

em diversas oportunidades, tanto esta Corte quanto o Tribunal Europeu de Direitos Humanos assinalaram que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais. Tal interpretação evolutiva é consequente com as regras gerais de interpretação consagradas no artigo 29 da Convenção Americana, assim como as estabelecidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (tradução nossa)³⁶.

Mas, para que os progressos alcançados no seio do Tribunal Europeu façam parte dos demais sistemas regionais, são imperiosos, no entendimento de Piovesan (2004) dois fatores: 1. a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos, permitindo-se formas de monitoramento e responsabilização internacional quando os direitos humanos forem violados; 2. a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito (PIOVESAN, 2004, p. 291). Como sujeito de direito, o ser humano deve contar com legitimidade ativa perante os demais tribunais regionais para arguirmos seus direitos ambientais, os quais giram em torno a *valores universais*, e não somente europeus.

Uma das características do Direito Internacional do Meio Ambiente consiste no elevado nível de cooperação internacional exigido como pré-requisito *sine qua non* para que seus objetivos sejam concretizados. Portanto, urge que o modelo europeu seja estendido a outros domínios e que o Direito Internacional satisfaça as aspirações da comunidade internacional como um todo através de um enfoque *universalista* e não apenas interestatal, pois somente assim os Direitos Humanos e o Direito Internacional do Meio Ambiente caminharão para a construção do que Cançado (2006) denomina “o novo *jus gentium*”, do século XXI: o Direito Internacional para a humanidade.

³⁶ En otras oportunidades, tanto este Tribunal como la Corte Europea de Derechos Humanos, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas) § 125. Disponível em: <<http://www.ich.cr/>>. Acesso em: 16 abr. 2010. Ver, no mesmo sentido, o § 127 da mesma sentença. Importante notar que a própria Comissão refere-se a que a Comissão Africana de Direitos Humanos determinou a responsabilidade da Nigéria pelo dano causado à propriedade e ao estilo de vida da comunidade Ogoni e seus membros, afetados pelo desenvolvimento irresponsável de atividades petrolíferas (§ 149 da Sentença).

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BIRNIE, Patricia W.; FITZMAURICE, Malgosia A. International protection of the environment. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, The Hague, Ed. Martinus Nijhoff, 2002.
- DAILLIER, Patrick; PELLET, Allain. In: QUOC DINH, Nguyen; DAILLER, Patrick; PELLET, Allain. **Droit international public**. Paris: L.G.D.J., 1999.
- HANDL, Günther. Human rights and protection of the environment: a mildly "revisionist" view. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Org.). **Derechos humanos, desarrollo sostenible y medio ambiente**. 2. ed. Brasília: [S. n.], 1992.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MARTÍNEZ, Fernando Rey. La protección jurídica de la vida ante el Tribunal de Estrasburgo: un derecho en transformación y expansión. **Estudios constitucionales**: Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Santiago, Ed. Universidad de Talca, año 7, n.º 1, 2009.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos: inovações, avanços e desafios contemporâneos. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **O Brasil e os novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004,
- ROCHA, Manuel António Lopes. Direito a um meio ambiente são e sua caracterização como um direito do homem. In: **Estudos em homenagem a Francisco José Velozo**. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2002.
- SILVA, José Antonio Tietzmann e. A efetividade do direito internacional do meio-ambiente: a jurisprudência da CEDH. In: BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). **A efetividade do direito internacional ambiental**. Brasília: UNICEUB/UNITAR/UnB, 2009.

SILVA, Solange Tales. **Para entender o direito ambiental internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2003.

SUDRE, Frédéric. Les “obligations positives” dans la jurisprudence européenne des droits de l’Homme. In: **Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme**, Bruxelles, Belgique, Editions Nemesis, n.º 23, juillet 1995.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Safe, 1993.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Co-existence and co-ordination of mechanisms of international protection of human rights at global and regional levels. **Recueil des Cours de l’Académie de Droit International**, The Hague, Ed. Martinus Nijhoff, 1987.

WOLFRUM, Rüdiger. Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law. **Recueil des Cours de l’Académie de Droit International**, The Hague, Ed. Martinus Nijhoff, 1998.

Data do Recebimento: maio/2012. Data da Aceitação: agosto/2012

Discutindo a Educação Superior à Distância no Contexto Neoliberal

LUCIVALDO GOMES DA SILVA¹

Resumo: O presente artigo tem como princípio discorrer acerca da Educação à Distância (EAD), contextualizando as teorias desenvolvidas por autores que discutem o tema e apresentando os seus pontos de vista sobre o assunto, numa leitura a partir do entendimento adquirido durante um curso de pós-graduação à distância e da docência em EAD, experienciada na Universidade Aberta do Brasil, da Universidade Estadual de Montes Claros (UAB UNIMONTES). Justifica-se como um estudo que tem por função buscar o entendimento do que é a Educação à Distância, bem como pela necessidade de discutir sobre a referida modalidade de ensino nos dias atuais. Para tal entendimento, será tomada por base a corrida neoliberal que transforma a educação superior em capital econômico, transformando educando e educadores numa mercadoria que se prepara para o mercado de trabalho. Para tanto, em um primeiro momento, tomar-se-ão como base teórica estudos de autores relacionados à educação superior, sua contextualização histórica no transcorrer dos anos, mostrando como ela tem sido vista dentro de um prisma neoliberal. Propõe-se, também, discutir os pontos positivos e negativos da modalidade, uma vez que esta só pode ser viabilizada pelos recursos de hipermídias, sendo de principal importância as redes sociais veiculadas via internet.

Palavras-chave: Neoliberalismo, Educação à Distância - EAD.

¹ Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social (PPGDS) da Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES. Pós-Graduado em EAD pelo Centro de Educação à Distância CEAD/UNIMONTES. Professor de Antropologia no Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

1 INTRODUÇÃO

Na construção do presente artigo, toma-se como eixo norteador a educação como ponto principal na corrida pelo desenvolvimento da sociedade. Ao traçar um recorte histórico da educação superior, a proposta é mostrar como esse processo veio desembocar na corrida neoliberal pelo desenvolvimento. Falar-se-á da Educação à Distância como forma de resolver problemas sociais, como pobreza e marginalidade. Problemas estes, de ordem estrutural, que são vistos como empecilhos ao desenvolvimento da sociedade como um todo.

Ao dar forma a este artigo, pretende-se, em primeiro momento, apresentar a educação sobre a óptica neoliberal, que tem transformado essa categoria em fonte de capital econômico; da transformação da prática docente em um mercado intenso voltado para produção de mão de obra qualificada para o mercado, em detrimento de uma educação que preza pela formação do indivíduo como pessoa, como ser pensante capaz de direcionar suas ideias e atitudes.

Em segundo momento, será conceituado o termo Educação à Distância (EAD), tomando por base autores que discutem o tema relacionado a essa modalidade de ensino, que vem sendo instituída e disseminada pelo Brasil. Após, tratar-se-á da discussão para a EAD na Universidade Aberta do Brasil, da Universidade Estadual de Montes Claros (UAB UNIMONTES), discorrendo – a partir do entendimento próprio como formador e tutor à distância – sobre os pontos positivos e negativos da EAD bem como dos recursos e sua falta na construção de educação superior.

2 ABORDAGEM HISTÓRICA DA EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL

A educação, como forma de desenvolvimento, é vista como mola propulsora no combate às desigualdades sociais. Ao dar início à construção do presente tópico, propõe-se aqui elaborar uma abordagem histórica da educação superior. Em seguida, tomar-se-ão por base estudos atuais de autores como Santos (2004), Sguissard (2004) e Dourado (2003), que reforçam o entendimento exposto sobre esse processo.

A educação superior no Brasil data dos anos de 1808, com a vinda da família real para o país. Esta, voltada para os descendentes portugueses nascidos no Brasil, era realizada em Portugal vez que eram oriundos de uma elite europeia.

Em 1808, a Família Real Portuguesa fugiu de Lisboa rumo ao Brasil, para escapar das tropas napoleônicas que haviam invadido Portugal. Quando chegou na Bahia, Dom João VI, então Príncipe Regente, recebeu a solicitação dos comerciantes locais no sentido de ser criada uma universidade no Brasil; para tanto, dispunham-se a colaborar com uma significativa ajuda financeira. Em vez de universidade, Salvador passou a sediar o Curso de Cirurgia, Anatomia e Obstetrícia (OLIVEN, 2002, p. 25).

Com a transferência da família real para o Rio de Janeiro, criam-se na cidade, nova capital brasileira, a Escola de Cirurgia. E quatorze anos mais tarde, foram criados dois cursos de Direito, um em São Paulo, outro em Olinda; bem como foi criada a Escola de Minas, em Ouro Preto. Vale ressaltar que as regiões escolhidas representavam as demandas por um ensino superior requisitado pelas elites locais.

As primeiras faculdades brasileiras – Medicina, Direito e Politécnica – eram independentes umas das outras, localizadas em cidades importantes e possuíam uma orientação profissional bastante elitista. Seguiam o modelo das Grandes Escolas Francesas, instituições seculares mais voltadas ao ensino do que à pesquisa (OLIVEN, 2002, p. 26).

Durante o período do Império não foi construída nenhuma universidade em território brasileiro. A Universidade Portuguesa de Coimbra, de maior conceito, fizera com que os jovens buscassem na Europa a formação desejada. Parafraseando Teixeira (1989), apesar de várias propostas apresentadas, durante o Império de 1808 a 1889, não foram criadas faculdades no Brasil. Teixeira chama a atenção para o fato de que em quase meio século de reinado do segundo imperador não foram criadas novas faculdades, além daquelas criadas pelos soberanos nas primeiras décadas do século XVIII, e uma em 1839.

Nos anos que seguiram, principalmente durante o período da Primeira República, sob influência positivista, menos ainda se atentou para a criação de instituições de nível superior. Os oficiais da Velha República, com bases ideológicas positivistas, viam as instituições de ensino superior como ultrapassadas, dando maior atenção aos cursos técnicos profissionalizantes.

A partir dos anos de 1930 e 1945, na Nova República, durante o governo de Getúlio Vargas, foi criado o Ministério da Educação, aprovando o Estatuto das Universidades Brasileiras.

Em 1931, com Francisco Campos, seu primeiro titular, foi aprovado o Estatuto das Universidades Brasileiras, que vigorou até 1961: a universidade poderia ser oficial, ou seja, pública (federal, estadual ou municipal) ou livre, isto é, particular; deveria, também, incluir três dos seguintes cursos: Direito, Medicina, Engenharia, Educação, Ciências e Letras. Essas faculdades seriam ligadas, por meio de uma reitoria, por vínculos administrativos, mantendo, no entanto, a sua autonomia jurídica (OLIVEN, 2002, p. 27).

Com isso, ocorreram divergências no cenário político brasileiro, que se deram enquanto a política do governo Vargas atentava para a educação voltada ao ensino médio. Por outro lado, essa não correspondia aos anseios de educadores que vislumbravam na educação superior as atividades voltadas às pesquisas.

Em decorrência das divergências políticas entre conservadores e liberais, “em poucos anos, foram criadas três universidades que expressaram clivagens ideológicas entre educadores, políticos e líderes religiosos da época”. Anísio Teixeira, como simpatizante da ideologia liberal, torna-se líder do grupo em defesa de uma escola pública gratuita e de acesso a todos.

Em 1935, Anísio Teixeira, então Diretor de Instrução do Distrito Federal, criou, através de um Decreto Municipal, a Universidade do Distrito Federal voltada, especialmente, à renovação e ampliação da cultura e aos estudos desinteressados. Mesmo enfrentando escassez de recursos econômicos, as atividades de pesquisa foram estimuladas com o aproveitamento de laboratórios já existentes e o apoio de professores simpáticos à iniciativa. Essa foi uma vitória do grupo de educadores liberais, liderados por Anísio Teixeira, discípulo de Dewey e grande defensor da escola pública, leiga, gratuita e para todos. Em função de seu posicionamento apaixonadamente liberal, Anísio não contou com apoios que dessem sustentabilidade a seu projeto universitário (OLIVEN, 2002, p. 28).

Na interpretação dos termos citados acima, fica clara a divergência ideológica que levaria a cabo o projeto de criar uma universidade independente. O governo, em contrapartida

aos liberais, transfere os cursos da extinta Universidade do Distrito Federal para a antiga Universidade do Rio de Janeiro, criando a Universidade do Brasil, a qual serviria de modelo único para o ensino superior em todo o território nacional.

Na busca pelo apoio da Igreja Católica é dado em troca o direito de administrar, organizar e orientar pedagogicamente o futuro da instituição universitária. Com os acordos firmados entre Igreja e Estado surge, em 1946, a primeira universidade católica do Brasil, tomando por base os currículos de outras universidades católicas pelo mundo, tornando-se referência para a criação de outras universidades no país.

Em São Paulo, a educação superior se inseria numa universidade de alto padrão acadêmico e científico. O Estado de São Paulo, mesmo perdendo o apoio político do governo nacional devido à crise do café, teve apoio estatal. Sendo o Estado mais rico do Brasil, cria sua própria universidade estadual livre do controle direto do governo federal. A Universidade de São Paulo seria o divisor de águas no que tange ao ensino de educação superior no Brasil.

A Universidade de São Paulo, criada em 1934, representou um divisor de águas na história do sistema brasileiro de educação superior. Para concretizar esse plano político, foram reunidas faculdades tradicionais e independentes, dando origem à nova Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, que contou com professores pesquisadores estrangeiros, principalmente da Europa. A USP tornou-se o maior centro de pesquisa do Brasil, concretizando o ideal de seus fundadores. Na esfera organizacional, a ideia inovadora foi fazer, da nova Faculdade de Filosofia, o eixo central da universidade, que viria a promover a integração dos diversos cursos e das atividades de ensino e pesquisa. Esse plano não se efetivou, em grande parte, face à resistência das faculdades tradicionais, as quais não queriam abrir mão do processo de seleção e formação de seus alunos desde o ingresso na universidade até a formatura. Não obstante a alta qualificação do corpo docente vindo da Europa foi pequena a demanda aos cursos oferecidos por essa instituição. A elite paulista continuava a dar preferência aos cursos profissionais de Medicina, Engenharia e Direito (OLIVEN, 2002, p. 30).

No período da Nova República, mesmo com as divergências entre o governo federal e os governos estaduais, foram criadas 22 universidades públicas federais, bem como oito universidades católicas e uma presbiteriana, ocorrendo uma expressiva expansão das matrículas com a mobilização dos estudantes, uma vez criada a União Nacional dos Estudantes (UNE). No período populista, datado entre os anos de 1945 a 1964, começa a se integrar o sistema de ensino superior. Em decorrência desse processo, há também o surgimento de universidades federais vinculadas administrativamente às faculdades já existentes.

A partir dos anos 1960, com a mudança da sede da capital federal para Brasília e construção da Universidade de Brasília (UnB), houve a ampliação dos debates em busca de uma universidade voltada para pesquisa, em que os objetivos se baseassem na política desenvolvimentista do país, com a função de desenvolver a cultura e as tecnologias nacionais. A construção da Universidade de Brasília marcaria a ruptura com as faculdades segmentadas aos cursos profissionalizantes. Esta universidade tomava como base de ensino o modelo humboldtiano, da educação alemã ou no modelo norte-americano.

No fim dos anos 1960, dá-se início à reforma universitária, expandindo e segmentando o sistema de ensino superior.

O Congresso Nacional aprovou a Lei da Reforma Universitária (Lei n.º 5.540/68) que criava os departamentos, o sistema de créditos, o vestibular classificatório, os cursos de curta duração, o ciclo básico dentre outras inovações. A partir daí, os departamentos substituíram as antigas cátedras. Passando, as respectivas chefias a ter caráter rotativo. O exame vestibular, por sua vez, deixou de ser eliminatório, assumindo uma função classificatória (OLIVEN, 1989, p. 39).

Tomando por base a autora citada, ressalta-se que a reforma do ensino superior, pautada na lei supracitada, promove a ampliação das atividades científicas do país, tanto quanto a procura por vagas no ensino superior, o que causaria também a ampliação do ensino superior privado subsidiado pelo governo. “No ano de 1980, mais da metade dos alunos de terceiro grau estava matriculada em estabelecimentos isolados de ensino superior, sendo 86% em faculdades privadas.” (OLIVEN, 2002, p. 39).

Com a corrida neoliberal, a educação superior passa por um processo de mercantilização a partir dos anos de 1990. As políticas e práticas de gestão implementadas no sistema educacional brasileiro em meados da década de 1990 e início dos anos 2000, período do governo Fernando Henrique Cardoso, vem acompanhada do processo de globalização do capital dentro de uma política neoliberal no chamado Estado de bem-estar social, pautado na queda do modelo fordista-taylorista, acarretando mudanças significativas no cenário da educação superior no Brasil.

Na área educacional, várias mudanças vão se efetivando no que concerne ao papel social das instâncias educativas, seu financiamento e abrangência de atuação, entre outros. [...] Na perspectiva de reestruturação capitalista em curso, a universidade administrada passa a ser entendida como lócus da formação de profissionais. Nesse sentido, compete à universidade contribuir significativamente com a produção de mais-valia relativa, ou seja, ela deve formar profissionais e gerar tecnologias e inovações que sejam colocadas a serviço do capital produtivo (DOURADO, 2003, p. 19).

Ao interpretar a citação acima, fica evidente a intervenção capitalista no sistema educacional superior. Este sistema só se torna importante a partir do momento que esteja vinculado à produção das necessidades do mercado. Essa lógica sob a óptica do capital preza pela universidade como espaço de produção do capital econômico, em detrimento da produção do conhecimento.

Os papéis do Estado e do mercado se invertem. Dentro do contexto neoliberal, a universidade toma novo conceito. Voltada para formação neoprofissional pautada no interesse do mercado, a universidade passa a desempenhar o papel de produção de mão de obra. Com a crescente intervenção do mercado, há o aumento das instituições de ensino superior privadas em detrimento do ensino público. Ou seja, há uma redução dos financiamentos públicos e aumento nas instituições privadas.

A “era” FHC (1995-2002), no entanto constituiu-se período marcante como movimento expansionista e de reconfiguração do campo universitário brasileiro, assumindo feição nitidamente privada. Adotou o modelo de diversificação e diferenciação, em contraposição ao modelo único pautado na defesa da indissociabilidade ensino, pesquisa e extensão que vinha sendo construído no país. Desse modo, a materialização de tais políticas resultou na criação de formatos institucionais diferenciados, oferta de novos cursos pós-médios e ênfase em novas modalidades de educação, tais como educação à distância e educação profissional (DOURADO, 2003, p. 24).

Cabe ressaltar que a oferta de novas modalidades de ensino veio contribuir ainda mais com a privatização das instituições de ensino superior; respondendo por mais de 70%, as instituições privadas marcando o processo de mercantilização da educação superior. Se por um lado houve a expansão do setor privado, por outro houve também a produção de indicadores de qualidade na intenção de assegurar um ensino que atenda às necessidades de mercado.

Por seus ensinamentos, Sguissard (2004) reforça a ideia de um Estado que tende a priorizar a universidade neoprofissional com a diminuição do financiamento público. Uma observação importante sobre o processo de privatização do ensino superior pode ser vista na leitura de Santos (2004) sobre a educação do século XXI. O autor chama a atenção para a inculcação ideológica que vai servir de análise contra a educação pública, para demonstrar que ela é potencialmente uma mercadoria como qualquer outra e que a sua conversão decorre da dupla constatação da superioridade do capitalismo e da superioridade dos princípios da economia neoliberal, capaz de mostrar as potencialidades do capitalismo por meio da privatização, desregularização, mercadorização e globalização.

Ao levantar uma discussão sobre a crise hegemônica da universidade no século XXI, Santos (2004) afirma que esta se deu pela imposição do mercado, em que a formação universitária está voltada para o comércio ao levantar a ideia de que o conhecimento científico vem passando por um processo de mercantilização. O financiamento do ensino privado se sobressai ao ensino público, cabendo ao Estado assegurar uma nova modalidade de educação superior, qual seja a EAD.

3 EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA: COMO ENTENDER ESSA MODALIDADE DE ENSINO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO?

Ao iniciar o presente tópico, faz-se necessário conceituar o termo *Educação à Distância*.

Educação à Distância é o processo de ensino-aprendizagem, mediado por tecnologias, onde professores e alunos estão separados espacial e/ou temporalmente. É ensino/aprendizagem onde professores e alunos não estão normalmente juntos, fisicamente, mas podem estar conectados, interligados por tecnologias, principalmente as telemáticas, como a Internet. Mas também podem ser utilizados o correio, o rádio, a televisão, o vídeo, o CD-ROM, o telefone, o fax e tecnologias semelhantes (BARBOSA; MOURÃO, 2002, p. 2).

Na medida em que uma nova tecnologia pedagógica, *online*, de informação e comunicação tem trazido possibilidades de interação, que não se conhecia até pouco tempo, enfrenta-se o desafio da interatividade, dentro do redimensionamento do espaço e do tempo que caracterizam a Educação à Distância. A EAD integra as novas tecnologias da informática e da comunicação, representando o surgimento de uma nova forma de relação professor/aluno e de uma nova cultura de aprendizado.

Tomando por base o caderno didático elaborado por Barbosa e Mourão (2012) entende-se que a Educação à Distância é uma modalidade educacional que faz uso intensivo de tecnologias telemáticas (baseadas nas telecomunicações e na informática) e tem grande potencial para atender a pessoas em condições desfavoráveis para participação de cursos de graduação presenciais, geralmente oferecidos em grandes centros de pesquisa e difusão de conhecimento, como é o caso das instituições de ensino superior público do Brasil, especialmente as universidades federais.

Se antes as categorias de tempo e espaço eram pré-estabelecidas dentro de uma educação clássica, em que havia a necessidade de deslocamento até um espaço físico com uma intervenção de profissionais intermediadores das relações pessoais presenciais, atu-

almente a educação toma um caráter flexível de espaços e tempo para a atividade do ensinar e aprender.

Educação à Distância é uma forma de ensino que possibilita a autoaprendizagem, com a mediação de recursos didáticos sistematicamente organizados, apresentados em diferentes suportes de informação, utilizados isoladamente ou combinados, e veiculados pelos diversos meios de comunicação (conforme o Decreto Federal n.º 2.494, que regulamenta o artigo 80 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). No que se refere à transformação da educação superior em uma mercadoria educacional, portanto, mais um objetivo de longo prazo e esse horizonte é essencial para compreender a intensificação da transnacionalização neoliberal da universidade.

Diante das mudanças ocorridas no mundo do trabalho, vários autores acreditam que as formas de ensino tradicionais estão cada vez mais inacessíveis e inadequadas diante de um processo globalizante, no qual o processo de educação deve acompanhar as novas tecnologias.

Autores que defendem a Educação à Distância asseguram que ela pode ser feita nos mesmos moldes da educação presencial, sendo mais adequada à educação de adultos, principalmente para aqueles que já têm experiência de aprendizagem individual, de pesquisar sobre um determinado assunto.

As tecnologias interativas vêm evidenciando, na Educação à Distância, o que deveria ser o cerne de qualquer processo de educação: a interação e a interlocução entre todos que estão envolvidos no processo. À medida que avançam as tecnologias de comunicação virtual, o conceito de presencialidade também se altera. Podemos ter professores externos compartilhando determinadas aulas, um professor de fora entrando com sua imagem e voz, na aula de outro professor [...] haverá, assim, um intercâmbio maior de saberes, possibilitando que cada professor colabore com seus conhecimentos específicos no processo de construção do conhecimento muitas vezes à distância (BARBOSA; MOURÃO, 2002, p. 2).

Por outro lado, existem autores que são contra o processo de formação à distância. Argumentam que essa modalidade de ensino não pode ser considerada como a redenção da educação, principalmente em países periféricos.

É importante observar que a Educação à Distância não pode ser vista como substitutiva da educação convencional, presencial. São duas modalidades do mesmo processo. A Educação à Distância não concorre com a educação convencional, tendo em vista que não é este seu objetivo [...]. Essa modalidade não pode ser encarada como a panaceia para todos os males da educação brasileira. Há um esforço muito grande dos educadores e pesquisadores

da educação em mostrar que os problemas da educação brasileira não se concentram no interior do sistema educacional, mas antes de tudo, refletem uma situação de desigualdade e polaridade social, produto de um sistema econômico e político perverso e desequilibrado (NUNES, 1992, p. 4).

A ideia de uma educação abrangente, capaz de chegar aos mais distantes lugares, é uma proposta neoliberal de caráter democrático. Porém, ela tem causado várias discussões no campo educacional. Para tanto, cabe ressaltar os pontos positivos e negativos dessa modalidade, o que será discutido neste terceiro e último tópico.

4 EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA: PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS

Dentro de um mundo globalizado, com excessiva quantidade de informações, vê-se uma geração que não aceita mais os limites de quatro paredes de uma sala de aula. É uma geração que, ao nascer, já está conectada a um mundo moderno. Então, como conquistar mentes que estão prontas para romperem as barreiras, expressarem suas opiniões e manifestarem suas inquietudes? Os tempos mudaram e a educação precisa acompanhar estas mudanças. É ilusão achar que a educação está imune às inovações: ela deve acompanhar a assustadora velocidade com que as informações circulam no mundo. A Educação à Distância veio ao encontro desta modernidade.

Ao dar forma à presente discussão, toma-se por base o trabalho experienciado na Universidade Aberta do Brasil (UAB/UNIMONTES), levantando junto à comunidade acadêmica da EAD alguns pontos que se consideram como positivos e negativos da Educação à Distância.

Dentre os pontos positivos, destacam-se os mais relevantes, como a oportunidade de graduação, a quem não teve, na idade própria, oportunidade de escolha de graduação em universidade de melhor qualidade, com melhor reputação acadêmica. A EAD abre este leque de abrangência, o que não seria possível em instituições de ensino convencionais de aprendizagem. Outros grupos beneficiados pela Educação à Distância são os portadores de deficiências físicas. Assim, em vez de essas pessoas “irem” até à escola, a escola vai até elas, via internet.

Destacam-se, também, pessoas que moram em lugares isolados, afastados dos locais aonde é possível obter novos conhecimentos e desenvolver habilidades. Outros beneficiados são pessoas que trabalham para sua sustentação e não podem frequentar aulas presenciais em horários tradicionais. Assim, fazendo um curso à distância via internet, eles podem participar, assincronicamente, de todas as atividades com todos os outros

inscritos no curso, nos dias e horários mais convenientes e ainda reduzir as despesas com cursos externos, tais como hotel, transportes, alimentação, horas não trabalhadas pelo funcionário devido ao deslocamento, etc.

Esta modalidade de ensino possibilita ainda a realização da graduação concomitantemente ao seu exercício profissional, que será normalmente o financiador destes estudos. Facilita muito a vida do candidato na graduação, aquele que não pode dispor de tempo, podendo realizar as atividades a qualquer hora e em qualquer lugar.

Dentre os pontos negativos, evidencia-se a discussão de que o aluno brasileiro, por natureza, não é disciplinado. Nas aulas presenciais, ele assume a posição de espectador ao ter um professor que diga o rumo que ele deve seguir. Na Educação à Distância, ele deve assumir uma postura que exige certa autonomia, uma maior organização do seu tempo. As aulas em sua maioria são virtuais (80%) e as restantes, são presenciais (20%). Exige, portanto, dedicação, cumprimento dos conteúdos e das tarefas. A disciplina e a organização do tempo diário de estudo são importantes para a realização de todas as tarefas nos prazos determinados.

Disponibilizada, em geral, para um grande número de pessoas, essa forma de ensino substitui a interação pessoal entre professor e aluno na sala de aula pela ação sistemática e conjunta de diversos recursos didáticos e de organização e tutoria que propiciam a aprendizagem autônoma dos estudantes. Este fato pode levar também ao empobrecimento de experiências de troca direta, proporcionadas pela relação educativa pessoal entre professor/aluno e aluno/aluno.

Outro ponto negativo de total relevância é a ambição de se alcançar muitos alunos. O que pode provocar abandonos, deserções ou fracassos, por falta de um bom acompanhamento do processo. A implantação da modalidade de cursos à distância pode sugerir facilidades irresponsáveis, a começar pela insinuação de que é possível estudar menos. Porém, esta modalidade de ensino em nada deve eliminar a responsabilidade do educando. Pelo contrário, a própria dureza crescente do mercado competitivo globalizado mostra o avesso desta pretensão: a necessidade de se estudar muito. Outra questão é que os cursos fornecidos pela EAD são dependentes da tecnologia para que funcionem e eventuais problemas nos equipamentos comprometem muito as aulas, principalmente as aulas síncronas. O aluno precisa saber utilizar as tecnologias empregadas no curso: gravadores de áudio, computadores, Internet, “software” de gerenciamento de cursos, etc. Em geral, não são necessários conhecimentos muito elevados a respeito dessas tecnologias, mas, um mínimo é indispensável. É necessário persistência para aprender a trabalhar com

elas, antes que a matéria se acumule e fique difícil vencer o atraso. Essa é uma das maiores causas da desistência nos cursos de EAD. Um aluno que não sabe utilizar os recursos de comunicação (*e-mail*, por exemplo), pode ficar impossibilitado de se comunicar com o professor e com os colegas. Esse problema gera dificuldades no esclarecimento de dúvidas e na troca de ideias. Além disso, pode ocasionar uma sensação de isolamento ou solidão, que é muito desfavorável para a motivação e a persistência.

Outro fato é que a maioria das instituições que oferecem Educação à Distância são particulares, dificultando o acesso de muitos candidatos, devido ao custo financeiro. Os cursos em EAD disponíveis não são suficientemente flexíveis, uma vez que não incluem os imprevistos da disciplina, dificuldades na compreensão e reação dos alunos como no ensino convencional. Dessa forma, a espontaneidade no processo de ensino-aprendizagem deixa de existir.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao considerar a Educação à Distância como um processo inexorável, capaz de acompanhar o ritmo globalizante do capitalismo que tudo transforma em matéria-prima do capital, percebe-se que a educação tem tomado forma de mercadoria, sendo exposta por empresas privadas que prezam pela abrangência de áreas cada vez maiores, sem se atentar para a qualidade do ensino que estão repassando aos nossos educandos. As políticas públicas de educação dos governos federal e estaduais estão sendo voltadas a essa modalidade com um propósito de abranger cada vez mais as populações de áreas mais afastadas. O que está sendo esquecido é a estruturação de formas adequadas para que a educação venha a se tornar um produto de qualidade. Quando se fala de qualidade, não se está prezando apenas a formação de mão de obra qualificada; e, sim, de pessoas capazes de acompanhar, em pé de igualdade, a busca pelo desenvolvimento, de melhores condições de vida em sociedade.

Partindo do ponto de vista das características engendradas na categoria Educação à Distância, convém destacar que os instrumentos reguladores dessa modalidade não devem ser descartados, principalmente no que tange ao processo de gestão.

Entende-se que a modalidade de EAD fica muito mais clara quando se pensa o todo e se age na parte, ou seja, pensar de forma ampla e agir de modo a contemplar as partes. Acredita-se que isso é essencial, especialmente para aqueles que pretendem se especializar em EAD.

Com esta visão de “pensar a EAD” numa perspectiva macroscópica e “agir no cotidiano” numa perspectiva microscópica, a de Gestão da Educação à Distância vai, paulatinamente, buscando identificar e apresentar os principais fundamentos e diretrizes da modalidade de Educação à Distância, destacando sua origem, suas bases psicopedagógicas, sua função social e sua evolução em termos de preconceitos contra a modalidade, evolução e fundamentos legais da EAD, formas de organização e tecnologias adotadas em sistemas de EAD e, essencialmente, destacam-se aspectos de qualidade no processo de gestão da EAD.

É importante que gestores e educadores tenham uma visão integral do fenômeno de ensino-aprendizagem e dos fatores aí relacionados. É preciso que se olhe com criticidade a qualidade dos profissionais que se está ajudando a formar. Será que se está contribuindo para a formação de profissionais sem capacidade, sem conhecimento científico?

Vale salientar que a Educação à Distância é uma modalidade de ensino que rompe com as barreiras de tempo e espaço. Porém, o que se deve atentar é para a gestão dessa modalidade de ensino que no papel se encontra sem rasuras, mas na prática, ela tem cisões que podem jogar por terra a qualidade da educação brasileira.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Maria Cristina Freire; MOURÃO, Maria das Graças Mota. **A avaliação da aprendizagem na EAD**. Montes Claros: Ed. Unimontes, 2012.

DOURADO, Luiz Fernando. Transformações recentes e debates atuais no campo da educação superior no Brasil. In: DOURADO et al. **Políticas e gestão da educação superior: transformações recentes e debates atuais**. São Paulo: Xamã. 2003.

LUCENA, Marisa. **Um modelo de escola aberta na internet Kidlink no Brasil**. Rio de Janeiro: Brasport, 1997.

MELO, Lucienne Veloso de; OLIVEIRA, Ramony Maria da Silva Reis. **Fundamentos históricos, filosóficos e políticos de EAD**. Montes Claros: Ed. Unimontes, 2012.

MORAN, José Manuel; MASETTO, Marcos; BEHRENS, Marilda. **Novas tecnologias e mediação pedagógica**. 7. ed. São Paulo: Papirus, 2003.

NISKIER, Arnaldo. **Educação à distância**: a tecnologia da esperança políticas e estratégias para implantação de um sistema nacional de educação aberta e à distância. São Paulo: Loyola, 1999.

NUNES, Ivônio B. Pequena introdução à educação à distância. Educação à Distância, Brasília, INED, n. 1, jun./92. Disponível em: <<http://www.rau-tu.unicamp.br/nou-rau//document/?code=3>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

OLIVEN, Arabela Campos. **A educação superior no Brasil**. In: SOARES; Maria Susana Arrosa Soares (Org.). Brasília: CAPES, 2002.

OLIVEN, Arabela Campos. Resgatando o significado do departamento na universidade brasileira. In: MARTINS, Carlos Benedito. **Ensino superior brasileiro**. São Paulo: Perspectiva, 1989.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A universidade no século XXI**: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade. São Paulo: Cortez, 2004.

SGUISSARD, Valdemar. **A universidade neoprofissional, heterônoma e competitiva**. São Paulo: Cortez, 2004.

TEIXEIRA, Anísio. **Ensino superior no Brasil**: análise e interpretação de sua evolução até 1969. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1989.

Data do Recebimento: maio/2012. Data da Aceitação: agosto/2012

As Fronteiras do Constitucionalismo: a superação dos limites estatais como nova configuração da “bukowina global”

RAFAEL SOARES DUARTE DE MOURA¹

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, onde também se graduou. Professor de Direito Constitucional.

1 INTRODUÇÃO

Intenta-se, no presente artigo, apresentar algumas ponderações fruto de reflexões sobre a obra de Gunther Teubner “The global bukowina on the emergence of a transnational legal pluralism”, bem como do pensamento de Neil Walker, fundamentado nos escritos apresentados na obra “Beyond boundary disputes and basic grids: mapping the global disorder of normative orders” em contínuo diálogo com o transconstitucionalismo, enquanto estrutura de compreensão elástica do constitucionalismo *outside* das clássicas fronteiras geoespaciais dos Estados Nacionais².

É como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado (PIOVESAN, 2006, p. 11).

A busca pela tematização da problematização por uma compreensão nova de constitucionalismo, enquanto desprendido de limites territoriais, representa um direcionamento concreto ao se perseguir respostas e propensos diálogos que a ciência jurídica pode ofertar à sociedade, aos desafios das estruturas sociais, em meio a caminhada em direção a uma identidade na pluralidade conceitual da(s) Carta(s) Política(s).

² Relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político (CANOTILHO, 2008, p. 265-266).

2 O ESTADO MODERNO ENQUANTO PARADIGMA DO CONSTITUCIONALISMO

O Estado moderno, considerado como unidade fundamental, pedra angular, dentro do quadro global de referência de autoridade jurídica e política, como forma de organização social, foi, por muito tempo, com exclusividade, o domicílio indiscutível do constitucionalismo no mundo contemporâneo. Atenta-se para esse substantivo: domicílio, *Domus*, casa do constitucionalismo. Espécie de horizonte de compreensão da Constituição e seu estudo emoldurado nas estruturas do Estado Nacional. Naturalizou-se e, de certa forma, cristalizou-se, por muitos decênios, a visão de restrita do fenômeno constitucional com se fosse criado e desenvolvido em feudos, células independentes que seguiam o seu percurso no horizonte histórico das sociedades politicamente organizadas.

Todavia, esse quadro de compreensão passa por profundas transformações³, notadamente influenciadas pela intensificação da globalização⁴ que, apesar de já existente, há séculos, em diversas áreas estruturais da sociedade, com a econômica, a cultural, a religiosa, etc., alcança o sistema jurídiconormativo, antes considerado, com expressivas exceções, como especificidade decorrente da autodeterminação oriunda da soberania dos Estados Nacionais.

Nos dias de hoje estão se constituindo em “autonomia relativa” diante do Estado-nação, bem como diante da política internacional setores distintos da sociedade mundial que produzem a partir de si mesmos ordenamentos jurídicos globais *sui generis* (TEUBNER, 2003, p. 10).

Nesse sentido, outros locais-chave de autoridade surgem quando da alteração da configuração de forças econômicas, políticas e culturais que produzem o quadro global de autoridade não mais centrado no Estado, mas manifestado em um universo cada vez mais centrífugo e pluripolarizado quanto às forças de atuação e áreas de influência político-econômico-sociais.

Os candidatos para um tal “direito mundial sem Estado” são inicialmente os ordenamentos jurídicos de grupos empresariais multinacionais. Do mesmo modo, encontramos no direito do trabalho uma tal combinação de globalização

³ A Pax Bukowina é a visão de uma ordem fundada na paz mundial e de um ordenamento jurídico mundial. [...] Em contrapartida, na “Bukowina global”, de Eugen Ehrlich, justamente não é a política, mas a própria sociedade civil que cria para si mesma o seu direito vivo – a uma distância relativa, e mesmo em oposição à política (TEUBNER, 2003).

⁴ Hoje o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se em conjunto. O direito constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional. Também é válido o contrário, ou seja, o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional (HÄBERLE, 2007, p. 11-12).

e informalidade, quando a instituição do direito está nas mãos de empresas e sindicatos na condição de atores privados. Na área da padronização técnica e do autocontrole profissional existem ainda tendências a formas de coordenação em escala mundial, nas quais a política oficial interfere apenas minimamente. Mas também o discurso dos direitos humanos, atualmente conduzido em princípio em esfera global, exige um direito *sui generis*, cuja fonte de direito não depende apenas dos ordenamentos jurídicos nacionais, mas se dirige justamente contra práticas dos Estados-nações. No caso específico dos direitos humanos, podemos ver “quão insuportável seria abandonar o sistema jurídico ao arbítrio de processos políticos regionais”. Também na área da proteção ambiental é possível reconhecer tendências na direção de uma globalização do direito em relativa independência das instituições estatais. E mesmo no universo do esporte discute-se a emergência de uma *lex sportiva internationalis* (TEUBNER, 2003, p. 10).

Como forma de exemplificação, tem-se que as clássicas estruturas configuradoras da *orbi* internacional testemunharam estruturas geopolíticas marcadas por impérios, colonialismo, áreas de influência econômico-culturais, polarizações ideológicas, como socialismo x capitalismo, e, no presente momento, após a queda do muro de Berlim, uma reconfiguração que ultrapassa a globalização, enquanto fenômeno da mundialização⁵ verificada na economia, cultura e ciência⁶. Tem-se que a ciência jurídica e as necessidades pragmáticas de regulamentação, segurança jurídica e resolução de controvérsias passam a exercer uma força que tende a, como que exercendo uma forma gravitacional irresistível, deslocar o núcleo da célula Estado, chamado Constituição, para fora das membranas político-físico-artificialmente criadas.

O que podemos observar hoje em dia, em matéria de globalização, não é a sociedade mundial paulatinamente conûgurada pela política internacional, mas um processo extremamente contraditório, integralmente fragmentado de globalização, impulsionado pelos sistemas parciais individuais da sociedade em velocidades distintas. Em tais processos, a política não apenas perdeu o seu papel de liderança, mas regrediu nitidamente em comparação com outras áreas parciais da sociedade. Em que pesem toda a internacionalidade da política e todo o direito internacional, a ênfase da política e do direito ainda nos dias de hoje recai no Estado-nação. E mais: fazem-se sentir tendências nítidas, até dramáticas, a uma maior regionalização e localização da política. Na via da globalização, a política foi claramente ultrapassada pelos outros sistemas sociais. Já há muito tempo ela está a caminho das suas global villages respectivamente próprias. E essas global villages se prepa-

⁵ A sociedade mundial constitui-se como uma conexão unitária de uma pluralidade de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e simultaneamente, de complementaridade. Trata-se de uma *unitas multiplex* (NEVES, 2009, p. 23).

⁶ Vale dizer, no âmbito internacional, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção aos direitos humanos. É como se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de direitos humanos (PIOVESAN, 2006, p. 11).

ram para defender tenazmente a sua autonomia diante das pretensões hegemônicas da política. Isso vale, em grau especial, para a globalização do direito (TEUBNER, 2003, p. 12).

Passa-se, então, a verificar a realização de uma ciência constitucional propensa a, seriamente, refletir sobre o fenômeno constitucional globalmente considerado como uma realidade inequivocamente existente.

O direito global só pode ser interpretado adequadamente por meio de uma teoria do pluralismo jurídico e de uma teoria das fontes do direito, correspondentemente concebida em termos pluralistas. Somente há pouco tempo a teoria do pluralismo jurídico passou por uma transformação bem-sucedida, deslocando o seu foco do direito das sociedades coloniais para as formas jurídicas de diferentes comunidades étnicas, culturais e religiosas no âmbito do Estado-nação da idade moderna. Hoje em dia ela deveria novamente ajustar o seu foco – do direito dos grupos para o direito dos discursos. Do mesmo modo, uma teoria jurídica das fontes do direito deveria concentrar a sua atenção em processos “espontâneos” de formação do direito que compõem uma nova espécie e se desenvolveram – independentemente do direito instituído pelos Estados individuais ou no plano interestatal – em diversas áreas da sociedade mundial (TEUBNER, 2003, p. 11).

A questão que então se apresenta é a problematização sobre em que condições o constitucionalismo poderia permanecer viável no cenário estrito das fronteiras do Estado Nacional e em que termos, em sua totalidade, poderia o constitucionalismo ser adaptado às novas configurações hodiernas?

O direito mundial não deüne as suas fronteiras internas sobre o fundamento territorial dos Estados-nações, preservado em meio ao simultâneo desenvolvimento gradativo de elementos federativos, como Kant já tinha percebido. Muito pelo contrário, o direito mundial diferencia-se internamente em “colégios invisíveis”, “mercados e ramos de negócios invisíveis”, “comunidades profissionais invisíveis” e “redes sociais invisíveis”, estendendo-se por cima de fronteiras territoriais, mas, apesar disso, buscando insistentemente a formação de formas jurídicas autônomas. Forma-se um novo direito de regulamentação de conteúdos, que deriva de conteúdos “inter-sistêmicos”, em vez de conflitos “inter-nacionais” (TEUBNER, 2003, p. 14).

O pretense caminho de reflexão sobre a questão reside na abordagem do constitucionalismo além do Estado. Veja-se que ideia constitucional vem sendo desenvolvida sobre plataformas dialogantes, muitas das quais reafirmando e promovendo uma compreensão não exclusivamente, não monopolisticamente, estatal da abordagem constitucionalista, no sentido de se

[...] formular uma hipótese na perspectiva de um constitucionalismo e de uma esfera pública já não exclusivamente estatais senão supraestatais, um

espaço da Constituição supraordenando a qualquer outra fonte e a regulação sobre ela do paradigma constitucional como dimensão necessária do Direito em qualquer nível e como limite intrínseco de todo poder legítimo (FERRAJOLI, 2005, p. 27).

Por parte dos defensores do constitucionalismo em sua compreensão de natureza essencialista, o constitucionalismo representaria um rótulo conceitual afirmativo que englobaria aspectos conceituais, institucionais ou ações governamentais fundamentais a existência do Estado, que endossariam e protegeriam aspectos fundamentais para a regulação social constitucional. Destaca-se elementos atinentes a proteção humana, às medidas antidiscriminação, ou apenas um compromisso caracterizado formalisticamente como “letra de lei”. Nota-se a caracterização de um objetivo ideológico notadamente marcado pela governança e comprometimento com a afirmação de um poderoso registro simbólico (WALKER, 2008).

Percebe-se, nessa esteira, a compreensão constitucionalista marcada, igualmente, pelo aspecto nominalista, ainda centrado no Estado e dedicado à revisitação estrutural do colosso constitucional dentro de suas fronteiras geopolíticas. O constitucionalismo figura em sua estruturação compreensiva como significante em mutação, ainda que a partir de aspectos consolidados.

Outrossim, outra perspectiva do constitucionalismo concentra-se no Estado enquanto ator/fonte indiscutível da ideia constitucional moderna. Nesse sentido, o mundo político pode ser entendido e organizado a partir de uma perspectiva jurídica inspirada pelo Estado enquanto modelo constitucional. Percebe-se a tênue diferenciação do Estado como agente/modelo de estrutura constitucional, diante de seu entendimento enquanto *locus* no qual se desenvolve o constitucionalismo. Naquela perspectiva, figura uma ideia constitutiva de constitucionalismo enquanto instrumento jurídico que concretiza e constrói um quadro direcionador e normatizador abrangente na medida e nos limites criados ou reconhecidos pelo corpo político.

Tem-se, para se prosseguir nesse perfilhar reflexivo, uma visão de horizonte ampliado, na qual o constitucionalismo estende suas teias muito além da Carta Política de um Estado, como se verifica nas hipóteses em que se somam posicionamentos favoráveis à constitucionalização da ordem internacional, ao constitucionalismo da Organização Mundial de Comércio, bem como da ampliação de variados direitos civis ou sociais garantidos constitucionalmente em escala transestatal⁷, como se verifica com a *lex digitalis* da internet ou a *lex mercatoria* econômica internacional.

⁷ É o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional (NEVES, 2009, p. 1).

O direito global (não: “inter-nacional”!), nesse sentido, é um ordenamento jurídico *sui generis* que não pode ser avaliado segundo os critérios de aferição de sistemas jurídicos nacionais. Não se trata, como muitos supõem, de um direito atrasado no seu desenvolvimento, apresentando ainda, em comparação com o direito nacional, determinados *déûcits* estruturais. Muito pelo contrário, esse ordenamento jurídico, já amplamente conûgurado nos dias atuais, distingue-se do direito tradicional dos Estados-nações por determinadas características, que podem ser explicadas por processos de diferenciação no bojo da própria sociedade mundial. Porque, por um lado, se o direito global possui pouco respaldo político e institucional no plano mundial, por outro, ele está estreitamente acoplado a processos sociais e econômicos dos quais recebe os seus impulsos mais essenciais (TEUBNER, 2003, p. 11).

Se, por um lado, o essencialismo ainda se prende conceitualmente a um significado fixo e invariável, com alguns apontamentos extralinguísticos quanto à compreensão do constitucionalismo, tem-se que é simplesmente sem sentido conceber constitucionalismo além dos limites fixados e invariáveis de Estado. Porém, para além desse essencialismo, há duas posições de relevo a serem destacadas, quais sejam. A primeira, a culturalista, que consiste na ideia de autoconstituição democrática como sendo integrada pelo povo, que possui amplos poderes de autodeterminação e de autolegislação (WALKER, 2008). Percebe-se que estes atributos seriam subordinados a fatos socioculturais emergentes em matéria de identidade, solidariedade e lealdade. Mesmo assim, não se cogita haver nenhuma perspectiva real de um constitucionalismo completo verificado para além das fronteiras do Estado. A segunda posição é a epistêmica, associada à idéia do Estado moderno como abrangendo um esquema de inteligibilidade, uma maneira abrangente de ver, compreender e agir no mundo. Nesse sentido, o conceito de Estado moderno não figuraria apenas como expressão e fruto da conquista cultural, mas seria, antes, uma realização da solidariedade nacional necessária para fortalecer o poder aplicado na execução da máquina constitucional de forma eficaz. Percebe-se que, em ambos os casos, culturalista e epistêmico, a ideia ea prática do constitucionalismo moderno não poderia ter se desenvolvido além das fronteiras geopolíticas do Estado.

Tem-se que, ao pensar o caminho de um constitucionalismo metapolítico, deve-se tematizar uma via que escape as posições extremas do nominalismo e essencialismo que apresentam suas concepções de pensamento constitucional, marcadas pela obstinação em compreender que esse pensamento deve ser desenvolvido pelo Estado (WALKER, 2008), enquanto único ator político legitimado e, por outro lado, o extremo em destacar e insistir no constitucionalismo para além do Estado.

Como via intermediária, ressaltam-se os formalistas/materialistas, que sugerem o valor de alguns elementos do constitucionalismo vinculados à tradição do Estado, não fechando

as portas aos contextos pós-estatais em evidência atualmente (WALKER, 2008). Trata-se da compreensão da ordem jurídica e institucional coesa e como virtude constitucional a ser aplicada em novos contextos e como externas ao Estado Nacional.

Nessa esteira, não se deve deixar de destacar que, na visão culturalista, a Constituição pós-Estado seria privada da energia social necessária para ser sustentada e legitimada de forma suficientemente. Dessa forma, não teria o *software* a chave necessária para entender e ativar os seus próprios procedimentos operacionais.

Na busca por encontrar um ponto de convergência, diante de tantas formas de compreender o fenômeno do constitucionalismo, a fim de superar essa oposição, pergunta-se se há algo mais geral que seja capaz de ser reconhecido dentro das mais variadas concepções como ponto comum a partir do qual se investigaria as diferenças e nuances de cada interpretação do constitucionalismo. Seria uma perspectiva apta a identificar um ponto comum em que coexistiriam as diferenças reconhecidas entre as concepções centralizadas no Estado ou nas pós-estatais (WALKER, 2008).

O constitucionalismo, em possuindo um objetivo central nas relações humanas, qual seja, a função metapolítica de formação de constituir o corpo político, pode ser entendido como raciocínio prático que, em nome do interesse comum, preocupa-se com a organização e regulação das esferas de decisão coletivas de ação, abertas, reflexivas e coletivas, consideradas relevantes ao interesse comum (WALKER, 2008). Pensar em interesse comum, enquanto imbricação e mútuo reconhecimento dos bens individuais e coletivos, resulta em não equiparar o interesse comum com o interesse nacional ou Estatal estritamente.

A relativa distância à política internacional e ao direito internacional não preservará o “direito mundial sem Estado” de uma repolitização. Muito pelo contrário: justamente a reconstrução de (trans)ações sociais e econômicas como atos jurídicos globais solapa o caráter apolítico do direito global e fornece, dessarte, o fundamento da sua repolitização. Ela, porém, ocorrerá previsivelmente sob novas formas, pouco conhecidas até agora. Suspeito que o direito mundial não será repolitiza do por instituições políticas tradicionais, e.g. de natureza por assim dizer parlamentar, mas justamente pela via daqueles processos nos quais o direito mundial se “acopla estruturalmente” a discursos altamente especializados, isolados (TEUBNER, 2003, p. 11).

Pensar em um método apto a tematizar o constitucionalismo para a *orbi* moderna envolve, ao mesmo tempo, articulação constitucional e engajamento em que a autoridade e o significado das várias partes são entendidas e tratadas como dependentes da integridade do todo. Nesse sentido, o constitucionalismo poderia ser visto sobre os aspectos diacrônicos e sincrônicos.

Diacronicamente, o constitucionalismo do Estado descreve a inter-relação de várias camadas distintas que pudessem funcionar separadamente ou em combinações diferentes. Estas camadas são as político-institucionais, jurídicas, popular e sociais. Por outro lado, sincronicamente, o constitucionalismo do Estado atua em termos da sua própria formulação específica diante dessas camadas e de suas relações (WALKER, 2008).

Nessa esteira, visualiza-se o quadro jurídico como sendo uma ideia de ordem jurídica independente, com regras de autoprodução, autoorganização, autoextensão, autointerpretação, autoalteração e autodisciplina, que se combinam e se integram. Por outro lado, o quadro político-institucional se refere a um sistema de especificação e diferenciação institucional da esfera do público e do político. Nesse sentido, a ideia de um campo político secular, especializado e institucionalmente definido e delimitado, seria livre de deferência para com os interesses particulares ou a qualquer ideia de ordem transcendental. Assim, a criação e a sustentação do domínio político singular, bem como a consolidação da ordem jurídica autônoma, é dependente do acoplamento estrutural e do apoio mútuo das duas esferas, independentes e, ao mesmo tempo, interdependentes, jurídica e política.

Não só a economia é hoje em dia um sistema autônomo no plano global a ciência, a cultura, a técnica, o sistema de saúde, a previdência social, o transporte, os militares, a mídia e o turismo são sistemas mundiais auto-reprodutores, no sentido de Wallerstein, e concorrem, assim, com sucesso com a política internacional dos Estados-nações. Mais ainda: enquanto a política apenas atingiu, na forma das “relações inter-nacionais”, um estado de “proto-globalidade” – quer dizer, não muito mais do que relações intersistêmicas entre unidades nacionais com elementos transnacionais relativamente fracos –, outros subsistemas sociais já começaram a formar uma autêntica sociedade mundial, ou melhor, uma quantidade fragmentada de sistemas mundiais distintos (TEUBNER, 2003, p. 13).

A compreensão das esferas política e jurídica deve perpassar, necessariamente, pela ideia do domínio institucional público especializado e integrado que se sustenta não apenas pela autonomia da política, mas, também, pela democracia e pela visualização da(s) estrutura(s) da(s) sociedade(s) que compreende(m) a constituição como valor simbólico, por primeiro, e, igualmente, normativo.

Para que haja eficácia normativa, a Constituição depende de uma explícita e perene cooperação integrada e comum da sociedade de forma a promover uma sociedade integrada em seus aspectos políticos e culturais.

Ao se pensar a proposta de um constitucionalismo além do Estado, deve-se ressaltar algumas formas de regimes pós-estatais ou organizações políticas que figuram de forma integrada na esteira do constitucionalismo considerado como um conjunto de camadas

integradas e diferenciadas⁸. Veja-se, como exemplo a Constituição da União Europeia, um ordenamento jurídico e político-institucional (re)pensado e (re)interpretado como uma constituição popular e político-social, democraticamente sensível às suas sociedades transnacionais, enquanto objeto de referência. Em outros casos, como a Organização Mundial do Comércio (OMC) ou da Organização das Nações Unidas (ONU), o debate sobre a natureza e os limites de sua natureza constitucional é muito mais confinada aos registros legais-político-institucionais, sem nenhuma pretensão de buscar justificativas em registros institucionais marcados pelo poder constituinte exercido pelo povo, como titular (WALKER, 2008). Em outras exemplificações, porém, apresenta-se mais clarificada a separação de uma tradicional interpretação do constitucionalismo do Estado. Tratam-se dos atores sociais transnacionais, detentores de autoridade normativa e identidade institucional, seja no campo da internet, seja quando se tratam das instituições e normatizações que visam a regulação comercial transnacional, por exemplo, *lex mercatoria*, ou da regulamentação dos esportes, por exemplo, o Comitê Olímpico Internacional, Agência Mundial Antidoping. Percebe-se, dessa forma, um movimento abrangente, com a finalidade metapolítica ampla de regular assuntos comuns, tendo em consideração os interesses comuns para além da compreensão constitucional originada e limitada ao/pelo Estado⁹ (WALKER, 2008).

A autorregulação materializada por esses organismos e entidades se expressa internamente, quando da constituição de regras estruturais ou leis organizacionais, bem como externamente, quando os diferentes órgãos legislativos, executivos e judiciais, em nível nacional, internacional e supranacional figuram em múltiplas relações.

Portanto, pensa-se, de forma cada vez mais evidenciada, em um novo constitucionalismo social transnacional. Constitucionalismo que é reconfigurado em cada um dos seus aspectos estruturais. Há, nesse ritmo, a concretização da viabilidade de mundos constitucionais possíveis. Muito do que é o desenvolvimento em forma de regulamentação transnacional, seja na forma de estruturas híbridas, como a União Europeia (EU) ou da OMC, ou por meio das formas mais radicais do constitucionalismo social, representa uma resposta à

⁸ A pluralidade de ordens jurídicas implica, na perspectiva do transconstitucionalismo, a relação complementar entre identidade e alteridade (NEVES, 2009, p. 18.)

⁹ O transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema – caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder – que lhes são concomitantemente relevantes, devem buscar formas transversais de articulação para solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solução do problema. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro. Isso parece-me frutífero e enriquecedor da própria identidade porque todo observador tem um limite de visão no “ponto cego”, aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação (NEVES, 2009, p. 265).

crecente inadequação do modelo clássico de Estado em face do surgimento de ações coletivas e de desafios sociopolítico-econômicos que não coincidem com a fronteiras políticas do(s) Estado(s) Nacional(is).

Uma nova perspectiva se avulta, qual seja, a de um constitucionalismo aberto/em contínua relação com os múltiplos atores da *orbi*.

Essa nova compreensão do Constitucionalismo não prescinde da abstração necessária para uma melhor conformação interpretativa adaptada as múltiplas realidades e necessidades jurídico-sociais, bem como do investimento em um sistema mais amplo de compromissos políticos como guia e meio para se evitar a concentração de poder (WALKER, 2008). Nesse sentido, deve-se destacar uma crescente ênfase na linguagem universal dos Direitos Humanos, na promulgação e internalização de códigos de responsabilidade corporativa como formas de regulamentação, nas tentativas de desenvolver novas formas regulamentares, bem como estabelecer estruturas regulamentares estabelecidas por meio de iniciativas aplicadas à elaboração de Princípios Gerais de Direito, administrativos globais, aprimoramento de modos novos de governança, bem como o desenvolvimento de formas específicas locais ou setoriais de experimentação democrática quando se trata da resolução de conflitos¹⁰.

Dessa forma, a linguagem do constitucionalismo, considerada como uma técnica normativa, enfrenta desafios incontestáveis para enfrentar os problemas da vida comum que insere a comunidade das nações em um mundo pós-estado, como forma de se conferir

primazia do valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global (PIOVESAN, 2006, p. 11-12).

Torna-se, no contexto atual, como de especial relevância manter a linguagem do constitucionalismo, considerado como um legado simbólico, como uma forma de não se afastar da consciência que aponta o quê e o quanto está em jogo. A incapacidade de o constitucionalismo dar respostas e atuar, em eficácia e efetividade, diante das realidades, desafios e necessidades globais, inevitavelmente, conduziria a sociedade ao que se denominou zona de crepúsculo.

¹⁰ O caminho mais adequado em matéria de direitos humanos parece ser o 'modelo de articulação', ou melhor, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas, de tal maneira que todas se apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos fundamentais ou direitos humanos (NEVES, 2009, p. 264).

REFERÊNCIAS

AUAD, Denise. Constitucionalismo e neoconstitucionalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 19, n. 77, out.-dez. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

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

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Tradução de Miguel Carbonell. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo.** Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direitos humanos e justiça internacional:** um estudocomparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEUBNER, Gunther. The global bukowina on the emergence of a transnational legal pluralism, bem como do pensamento de Neil Walker. *Impulso*, Piracicaba, v. 14, v. 33, 31 set. 2003. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp33art01.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2012.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **Ativismo judicial:** uma nova erados direitos fundamentais. São Paulo: Baraúnas, 2012.

WALKER, Neil. Beyond Boundary disputes and basic grids: mapping the global disorder of normative orders. In: **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, Oxford University Press 3-4, 373-396, 2008.

Data do Recebimento: setembro/2012. Data da Aceitação: setembro/2012

A Desigualdade Social e o Envelhecimento como Desafios para o Presente Milênio

WALDIR DE PINHO VELOSO¹

¹ Mestre em Linguística pela Universidade Federal de Uberlândia. Pós-Graduado em Direito Econômico e Empresarial pela Universidade Estadual de Montes Claros. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros. Professor no Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

1 INTRODUÇÃO E SITUAÇÃO HISTÓRICA

O senso do IBGE que apresenta o mapa humano brasileiro entre 1992 e 2002 traz um dado interessante. A população mais carregada em idade é a que mais cresce no Brasil. Enquanto nos anos sessentas e setentas se dizia que “o Brasil é um país de jovens”, hoje pode-se comprovar que a assertiva além de não ter plena validade, está cada vez mais distante. A população jovem cresceu 14% entre 1992 e 2002, enquanto as pessoas que têm entre sessenta a 69 anos foram acrescidas em 28% (exatamente o dobro dos jovens) em igual período. Se se leva em consideração as pessoas que têm entre setenta e 79 anos, o índice de crescimento populacional foi de 42%, reservando para a categoria que tem acima de oitenta anos um crescimento de 62%. Isso: sessenta e dois por cento.

A humanidade está apta a receber um povo cuja média de idade estará em permanente elevação. Os dados atuais apontam que 10% da população conta com mais de sessenta anos e que, já em 2040, mais de 21% do povo mundial estará acima da faixa etária ora comentada. São dados confiáveis, emitidos pelas Nações Unidas.

Inexiste necessidade de buscar pelas bases científicas, bastando que o leitor esteja inserto na comunidade informada. Mesmo assim, por se tratar de fundamentação necessária, lembra-se que Berquó (1999) demonstra que tanto em termos absolutos quanto proporcionais, a população de idosos no Brasil está em ritmo acelerado de crescimento. Outros estudiosos também apontam à mesma direção. Qualquer análise com base em reportagem escrita ou televisionada indica a veracidade da informação: as pessoas cuja idade ultrapassa em dezenas o meio século têm voz, vez e mercado especiais. Há nichos que as querem em seu seio. Há permanentes estudos envolvendo as suas personalidades, seus hábitos, suas necessidades.

Motivos para justificar o crescimento populacional entre as pessoas mais experientes são os mais variados. Primeiramente, deve-se notar o óbvio: a qualidade de vida tem conhecido melhoramentos importantes com as químicas medicinais disponíveis. Mais do que disponíveis, disponibilizadas. Afinal, há medicamentos distribuídos graciosamente em praticamente todos os municípios brasileiros, que completam a proteção à saúde com médicos e, às vezes, com hospitais. Se não, pelo menos ambulância – que podem transitar por estradas asfaltadas e, destarte, que proporcionam uma viagem célere e eficientemente sadia – que, impossibilitada de levar a saúde, leva o paciente ao centro hospitalar.

Ainda em relação aos medicamentos que ajudam a alongar a vida, com qualidade, pode-se citar que muitos deles, caracterizados como imprescindíveis ao combate de doenças fatais e de cura dificultada, têm suas patentes quebradas por ato do Governo Federal, e passam a ser produzidos no Brasil antes mesmo de as empresas pesquisadoras conseguirem uma retribuição pelo investimento. Sob o argumento da defesa do social, medicamentos integrantes dos denominados coquetéis de combate à AIDS², por exemplo, têm produção nacional em grande escala, viabilizando o custo da distribuição para as pessoas de renda mais baixa ou até mesmo para qualquer paciente que deles venham necessitar.

Há outros componentes modernos que conduzem à longevidade. Desde a noção de higiene – que está presente desde a produção de produtos agrícolas até a distribuição e a vigilância sanitária em relação aos perecíveis – até os conhecimentos quanto aos valores nutricionais do que se come, tudo contribui para a qualidade de vida. E, como informado, em havendo necessidade de recorrer ao apoio médico e aos medicamentos, o acesso no fim da década de 2000 – logo, entre os anos 2000 e 2009 – foi ampliado, e continua a sê-lo na década de 2010.

Informação também traz acréscimo na qualidade de vida e, por consequência, longevidade. Há sérios estudos que demonstram que quem lê mais vive mais. Além dos livros, da escolaridade e da informação conduzida pela imprensa, também a universalização do acesso à rede mundial de computadores torna o mundo um quintal.

Há uma necessidade imperiosa de que o número de jovens seja proporcionalmente menor em todo o mundo. E que as pessoas de idade mais avantajada sejam maioria. Somente assim poderia contornar as previsões catastróficas para a humanidade, no sentido de uma explosão populacional e uma produção de alimentos insuficiente para todos. O pri-

² Doença sexualmente transmitida, com denominação, em inglês, de Acquired Immunodeficiency Syndrome (daí, a sigla AIDS). No Brasil, mantém a sigla, mas é chamada Síndrome da Imunodeficiência Adquirida. Mais acertadamente, em Portugal a sigla utilizada é SIDA.

meiro grande anúncio envolvendo população *versus* alimentos é creditado a Thomas Robert Malthus (1766-1843). Ele anunciou que a população mundial estava crescendo em ordem geométrica, enquanto a produção alimentícia crescia em progressão aritmética. Ainda no fim do segundo milênio, demógrafos, urbanistas e sociólogos – dentre uma variável gama de cientistas envolvidos com o tema – anunciavam um mundo com cerca de quinze bilhões de seres vivos em 2050. Quarenta anos antes, já se contenta com um número pouco superior à metade da cifra indicada, pois já se prevê que, no ano em referência, o povo do mundo alcançará o número de nove bilhões. A conclusão é científica: foi deflagrada durante o 25.º Congresso Internacional da População, com mais de mil participantes, na cidade de Tours, França, entre 18 e 25 de julho de 2005. E nos últimos cinco anos, ninguém contestou, cientificamente, a revisão feita da previsão inicial de quinze bilhões para nove bilhões de pessoas.

Para que o consenso predominasse quanto à previsão da população mundial do meio do atual século, houve a consideração de que vícios (como drogas e alcoolismo), pandemias, epidemias, violência urbana e fome são fatores que, acidentalmente, participam do controle do crescimento populacional.

A história revela que o mundo chegou ao primeiro bilhão de habitantes em 1830. O dobro dessa cifra foi alcançado cem anos após, mais exatamente na soma dos censos em 1927. Em 1961, já eram três bilhões de habitantes na terra, alcançando os quatro bilhões em 1974 e os cinco em 1987. O próximo número cheio (seis bilhões de pessoas) apareceu em 1999. Os números de 2006 indicavam seis e meio bilhões de pessoas. Em 2007, 6,6 bilhões. Embora não catalogados oficialmente até o fim de 2010, tudo indicava que em outubro de 2010 o número na estava em sete bilhões de pessoas.

Enquanto o salto de um para dois bilhões de habitantes foi feito em cem anos, de dois para três bilhões foram necessários 33 anos. O tempo para que o mundo fizesse nascer mais um bilhão de pessoas foi diminuindo até 1999. A partir de então, houve um espacejamento maior e a tendência é continuar demorando mais tempo para que o mundo ganhe outro bilhão de pessoas. A tabela a seguir ilustra o texto.

Tabela 1 – crescimento da população em todo o mundo

População	Ano	Tempo necessário para o crescimento de mais um bilhão de pessoas
1 bilhão	1830	98 anos
2 bilhões	1928	33 anos
3 bilhões	1961	13 anos
4 bilhões	1974	13 anos
5 bilhões	1987	12 anos
6 bilhões	1999	11 anos
7 bilhões	2010	16 anos (em números praticamente confirmados pelas estatísticas)
8 bilhões	2026	24 anos (previsão)
9 bilhões	2050	20 anos (previsão)
10 bilhões	2070	26 anos (previsão)
11 bilhões	2096	

Com este povo todo, e considerando que o crescimento populacional não está tão elevado, proporcionalmente, pode-se dizer que o mundo atual vive a tendência da suficiência reprodutiva apenas para a reposição das pessoas. A China do fim dos primeiros dez anos do terceiro milênio apresenta uma reprodução humana de 1,6 filho por mulher, e contribui com 21% da população mundial. Por seu giro, o Japão produz apenas 1,3 filho por mulher. Considerando, pois, que o normal (há casos de pessoas que se separam e que se liberam para outros relacionamentos, fala-se em inseminação artificial e, também, o grande número de mães solteiras) é um casal de um homem e uma mulher ser substituído pelos filhos, vê-se que de duas pessoas estão nascendo, em média, 1,3 ou 1,6 filhos, como demonstrado. Significa que a população, nesses países, tende a se reduzir. O equilíbrio vem de países africanos não dominados pela AIDS, com Níger, cuja população tem, em média, oito filhos por mulher.

2 BRASIL: POPULAÇÃO IDOSA E DESIGUALDADES SOCIAIS

Em relação à maturidade brasileira, em 1960 cada mulher tinha, em média, 6,3 filhos. O censo de 1970 apontou o nascimento médio de 5,3 filhos por mulher brasileira. Dez anos após, o percentual caiu para 4,4 filhos. E, em 2009, dois filhos por mulher era a média brasileira. Em setembro de 2010, o IBGE apontou 1,95 filho por mulher no Brasil.

De 1992 a 2007, a faixa etária de até nove anos caiu 6,2%. Adolescentes de dez a dezessete anos foram reduzidos em 3,3%. Enquanto isso, pessoas que têm mais de quarenta anos aumentaram em 6,1%. E a população brasileira com idade superior a sessenta anos, no mesmo período de comparação, sofreu acréscimo de 2,7%.

Em fins de 2010, a população brasileira com idade entre quarenta e 59 anos representava 33,2% da população. E quem tinha mais de sessenta anos estava no rol dos 10,5% dos brasileiros. Logo, a população brasileira que tem mais de quarenta anos já representa 43,7% do total.

Acerca da desigualdade social, há paradoxos típicos do Brasil. O desenvolvimento mora em algumas regiões, não sendo incomum que sejam essas próprias regiões assediadas pelos bolsões de pobreza. Um contraste próprio de países que têm grandes e lucrativas empresas e essas têm pobres operários. Quando os têm, já que há tecnologia que dispensa ou substitui pessoas e há, simplesmente, desemprego. Muito desemprego para um país que precisa alimentar seus filhos não com programas sociais que oferecem o pão e o peixe, mas a oportunidade de ganhar, com seu próprio método de pescar, o alimento cotidiano. Para toda a família; às vezes, extensa.

Especificamente sobre a questão de a renda estar concentrada nas mãos de poucos, há estudos de economistas que demonstram a possibilidade de, em alguns países ou regiões, funcionar como alavanca para o progresso. Depende de como são utilizados os valores obtidos, se para duplicarem a necessidade de mão-de-obra ou para ficarem cada vez mais ricos, em detrimento de outros estratos da sociedade, cada vez mais pobres. Kusnetz (*apud* KLIKSBURG, 2001, p. 26) afirma que, em se tratando de países desenvolvidos e em determinados tempos, a acumulação de capital em certas mãos fez com que houvesse a disponibilização dos primeiros capitais formadores das empresas que geraram empregos e valorizaram as pessoas. Mas, adverte que a teoria vale para países como Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha e somente no interstício que tem termo inicial na metade do século XIX e cujo fim coincide com o término da Primeira Guerra Mundial. Aos países subdesenvolvidos ou não-desenvolvidos, a teoria não tem aplicação mecânica e/ou obrigatória, afirma.

Os contrastes brasileiros colocam o país em segundo lugar, no mapa terrestre, em termos de desigualdade social. Esta, levando-se em conta a concentração de renda nas mãos de alguns, em detrimento de outros.

As posições de 2001 apontam uma população de 53 milhões de brasileiros que vivem abaixo da linha de pobreza. Os números de 2004 já indicavam 56,9 milhões. Deve-se

frisar que as agências oficiais costumam subfaturar esses números, e, se verdade fossem, colocariam o Brasil em estado privilegiado em termos de América Latina e em melhores condições do que os países da América Central. De fato, estudos – embora de 1999 – da PNUD/União Europeia dão conta de que 73% dos hondurenhos vivem abaixo da linha de pobreza. Em se tratando de pobres salvadorenhos, são 53%. Quanto aos guatemaltecos, são 65%. No Brasil, segundo correspondente estudo, 43% da população vive abaixo da linha de pobreza. E, dos 53 milhões afirmados no início do parágrafo, mais de 40 milhões de pessoas se classificam como integrantes da pobreza absoluta.

Os números brasileiros foram alterados não por estudos sérios, mas por campanhas políticas que pouco primam pela responsabilidade. De fato, desde as eleições majoritárias de 2002 apagou-se a importância dos estudos científicos, e o calor das discussões políticas passou a anunciar o equivalente a um superfaturamento em termos do número de brasileiros que passavam fome. Um ano após as eleições, já em face do insucesso do programa que tentava alimentar os brasileiros – e, portanto, para se alimentar não haveria mais necessidade de trabalhar, bastando que as pessoas interessadas se escorassem no paternalista programa governamental – o IBGE apresentava outros e diminuídos números. Números que, como dito, ficaram menos evidentes até mesmo por falta de interesse oficial na divulgação, para não contradizerem o anunciado durante as campanhas políticas.

Em artigo publicado em “O Globo”, Silva, Belik e Takagi (2006) apresentam resultados que indicam que a Pesquisa de Orçamento Familiar (POF 2003) do IBGE apontou que no Brasil “Os dados mostram que a população brasileira com mais de 20 anos inclui quase 3,8 milhões de pessoas com *deficit* de peso e outros 38,8 milhões com excesso, dos quais 10,5 milhões obesos.”.

Em um universo de 186 milhões de pessoas que moram no Brasil (antes do censo de 2010, falava-se em 198 milhões, o que não foi confirmado), quase quatro milhões de pessoas vivem abaixo do peso por questões de falta de bom alimento. Obviamente, há pedintes que têm massa corporal compatível com altura e idade e os há inclusive obesos. Logo, obesidade não guarda pertinência com possibilidade financeira para aquisição de alimentos para autossustento. E isso justifica o aparente paradoxo: são quase 57 milhões de pessoas hipossuficientes financeiramente, e menos de dez por cento destas passam fome. São 40 milhões de pessoas que, patrimonialmente, são integrantes da classe denominada pobreza absoluta, entendida esta como “a não-satisfação de um conjunto de necessidades consideradas básicas, nutricionais e não-nutricionais.” (POCHMANN et al, 2005, p. 97). Entretanto, *somente* dez por cento dos absolutamente pobres têm peso

corporal insuficiente. Os demais 90% têm peso normal ou acima do normal, embora pobres. Detalhe interessante é que os números apontam apenas a população esquelética com idade superior vinte anos. Logo, os jovens, adolescentes e crianças que têm peso corporal abaixo do mínimo não fazem parte desses números. Até mesmo porque dependem menos deles para estar com o peso abaixo: são pobres que são dependentes de outros pobres. O extremo da pobreza, portanto.

A desigualdade social, como já demonstrado, não é exclusividade do Brasil. Na América Latina, segundo a CEPAL (2000), a população pobre cresceu de 204 milhões de pessoas em 1997 para 220 milhões, no fim de 1999/início de 2000. Por outro giro, cinco por cento da população local possui 25% da renda, reservando para 30% do povo apenas uma renda que, somada, chega a meros 7,5%. E se se levar em conta o grupo dos primeiros 15% mais ricos, conclui-se que detém mais de 50% da produção financeira da região latina. Especificamente sobre o Brasil, os primeiros 10% do povo mais abastado detém 46% da renda nacional e todo o dinheiro da metade dos brasileiros não ultrapassa 14%. No Brasil e no mundo “em desenvolvimento”, os Coeficientes Gini (índices que apontam a desigualdade na distribuição de renda, sendo que *um* é a desigualdade total e *zero* é a igualdade no espalhamento da renda de um povo) vêm sofrendo acréscimos consideráveis. Pelo PNUD/1999, o Brasil tinha Coeficiente Gini de 0,59, melhor apenas que o Peru e Equador, em se tratando de América, sendo igual ao Paraguai. Apenas para efeitos comparativos, os países nórdicos têm Coeficiente Gini de 0,25 e a média da América Latina é 0,58.

A primeira década do terceiro milênio, porém, apresentou um alento à América Latina como um todo e ao Brasil, com especificidade. No fim de 2010, o Coeficiente Gini do Brasil já estava em 0,54. Os números latino-americanos mostram que em 2007 os pobres eram 190 milhões. Os percentuais apontados no parágrafo anterior, porém, variaram pouco.

Complementa o tema a informação de que o reflexo do consumo demonstra a concentração da capacidade financeira nas mãos de poucos e a miserabilidade grassando junto aos demais. E o fenômeno não é latino-americano ou brasileiro. Com base no texto (Folha de São Paulo, 30 jan. 2000, p. 10) da escritora sul-africana Nadine Gordimer, o professor paulista Laymert Garcia dos Santos (2003, p. 124) confirma

o fato de 20% da população mundial consumir 80% dos recursos produzidos no planeta, enquanto o restante, composto por aqueles que o subcomandante Marcos qualifica de “descartáveis”, sobrevive com as migalhas restantes.

O patrimônio das duzentas pessoas físicas mais ricas do mundo é maior do que o patrimônio de 40% da população mundial. Se essas duzentas pessoas mais ricas destinassem apenas um por cento do seu patrimônio para os países pobres permitiria a concessão de educação primária a todas as crianças (KLIKSBURG, 2001, p. 77). E deve-se lembrar que nesses países há o maior índice de filhos menores por mulher. Logo, há mais crianças a ser educadas.

Quanto ao Brasil, dados indicam que um por cento da população mais rica detém patrimônio que se equivale aos bens que tem a metade da população brasileira, quando tomada com início entre os mais pobres.

Na mesma linha de raciocínio, guinada apenas para o campo digital, as palavras de Silveira (2003, p. 18) indicam que

Os extremos da conectividade são gritantes. Os 24 países mais ricos do mundo integram a OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico), e apesar de abrigarem apenas 15% da população da Terra, concentram 71% de todas as linhas telefônicas. Mas a concentração e a desigualdade não ocorrem somente em países ricos e pobres, dentro dos pobres ou não-ricos temos discrepâncias também descumunais. Segundo os dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas), em 1996 a cidade de São Paulo possuía 26,5 telefones fixos por 100 habitantes, representando 41% de todo o tráfego telefônico do país.

Continuando a exposição comparativa a CEPAL (2000) mostra em estudo que, em termos de América Latina,

Uma quinta cifra está surgindo das possibilidades totalmente diferenciadas de acesso ao mundo da informática e internet. A grande maioria da população não tem meios nem a educação requerida para conectar-se com esse mundo, fazendo parte assim de uma nova categoria de analfabetismo, o analfabetismo cibernético.

Para continuar, e com retorno ao tema, já em 1995 um estudo científico apontava que

Em termos mundiais, aproximadamente 1.400 milhões dos 5.300 milhões de habitantes do planeta vivem em condições de total pobreza. Se levarmos em consideração os que vivem na margem de subsistência, este número eleva-se a praticamente 2.000 milhões (deste total, 64% vive na Ásia, 24% na África e 12% na América Latina e Caribe). (PNUD. Desarrollo humano: informe 1992. Bogotá: Terceiro Mundo, 1992).

Em média, cerca de 800 milhões de pessoas têm fome diariamente e de nada dispõem para comer; 1.500 milhões não possuem acesso a tratamento médico básico; 1.750 milhões não sabem o que é água potável; 14 milhões de crianças morrem anualmente antes de atingirem 5 anos de idade sendo, 3

milhões por doenças imunizáveis; cerca de 150 milhões de crianças com menos de 5 anos experimentam a desgraça da subnutrição que as condenam, de uma forma ou de outra, a uma morte social e biológica. Na área de educação os números também não ficam para trás: praticamente 900 milhões de adultos não sabem ler e escrever no Terceiro Mundo (SOUSA, 1990, p. 13-15).

Como se vê, os números se elevaram em proporções diferenciadas. O percentual da desigualdade social cresceu mais do que o acréscimo correspondente da população. Os tempos atuais mostram países cuja distribuição de renda está mais acentuadamente diferenciada. Iraque, Haiti, Cuba, Bósnia, Afeganistão e outros países mostraram suas paupérrimas faces ao mundo no início do terceiro milênio, incrustadas e maquiadas que estavam pelos regimes políticos fortes e centralizados (o que pode, sim, ser traduzido por “ditadura” política).

No Brasil, facilmente se nota que a desigualdade é mais visível. Os bolsões de pobreza se situam, via de regra, sob os pontos geográficos em que os gráficos apontam um elevado padrão financeiro. Cidades como São Paulo (somente a cidade, não o Estado) concentram, paradoxalmente, o centro financeiro do país e uma população moradora de rua em número de quatro milhões de pessoas. Para ficar certo e confiável, convém lembrar que os números são fincados em orientações das Nações Unidas, que entendem que *sem casa (homeless)* são também os habitantes de favelas sem estrutura e cortiços sem condições normais de habitabilidade.

Dentre os excluídos socialmente, os desprovidos de dinheiro e os que não têm acesso ao emprego e ao reemprego ou recolocação profissional, estão as pessoas idosas. Deve-se notar que a questão da exclusão merece duplo estudo. De um flanco, a exclusão social aponta para a baixa escolaridade que se soma à baixa – ou inexistência de – renda e as condições socioeconômicas diminutas. Em tempos modernos fala-se em exclusão digital, conceito que inclui, em sua definição, pessoas ainda que providas de condições de sobrevivência, mas desconectadas da rede mundial de informação. Em outros tempos, pertencentes à infoexclusão.

Também o conceito do que é ser idoso é algo discutível. O Estatuto do Idoso, Lei 10.741, de 1.º out. 2003, aponta em seu artigo primeiro, a idade de sessenta anos para o conceito. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 40, inciso III, alínea “a” fala, veladamente, que a idade de setenta anos é a prova inequívoca da imprestabilidade para a prestação de serviço público, na qualidade de servidor. Logo, a aposentadoria compulsória não deixa de ser um eufemismo para indicar a idade-limite para o exercício sóbrio de um serviço

público que a Carta Magna de 1988 requer seja eficiente e a bem do povo como um todo. A mesma Constituição, em seu artigo 201, parágrafo 7.º, inciso II, indica a idade de 65 anos para o homem e sessenta anos para a mulher como sendo própria para a aposentadoria.

Em caráter intermediário, os estudiosos ligados à Sociologia têm a idade de 65 anos como a que intermedeia a idade adulta da terceira idade, ou própria dos idosos. Lima-Costa (2006) busca o aval de Gordilho et al (2000), Beckertt (2000), Elo e Preston (1996), Feldman et al (1989), House et al (1990, 1994), Kaplan et al (1987), Santariano (1986) e Sorlie et al (1995) para demonstrar que somente a partir dos 65 anos é que observam questões de saúde que indicam que houve a entrada em um novo ciclo genético. Assim, somente após 65 anos chega-se à idade somatória de vida própria para ser classificada como de uma pessoa idosa.

3 ESTATUTO DO IDOSO E LEGISLAÇÃO ESPARSA

A sociedade brasileira reconhece que seus idosos merecem, são credoras e merecedoras de um atendimento especial. Como forma de iniciar esse tratamento diferenciado, houve a edição, em 2003, do Estatuto do Idoso, Lei 10.741. Esta trouxe evolução e discriminação ao mesmo tempo, continuando a linha paradoxal que é típica da idade-de-ouro no Brasil. A princípio, a guisa de preâmbulo, mas eternizadas no artigo primeiro, as letras indicam que “é instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”. Com clareza palmar pode-se dizer que uma lei não tem o poder de ser assecuratória, por si só, de direitos. Há um conjunto de ações – às vezes, no Brasil, aparecem, neste nicho, a omissão oficial – que advém do Poder Público, principalmente na esfera federal – que, com lei específica ou não, pode deferir, sim, condições dignas à população. Inclusive, a que possui idade inferior a sessenta anos de idade. As leis preexistentes – várias delas, de âmbito e da competência legislativa estadual – já indicavam algum direito e bastava a implementação das políticas apropriadas e nem mesmo haveria necessidade da edição do Estatuto do Idoso. Aliás, todo o ordenamento jurídico positivo – as leis escritas – existe porque o sistema de punição moral falha. Na ausência de respeito às imposições morais e éticas, cria-se a lei, sendo que esta sempre contém punição penal (prisão), civil (reparação, ressarcimento, indenização, devolução, evicção, etc.) ou administrativa (ressarcimento ao poder público do que injustamente foi recebido, sanção, demissão, suspensão, etc.).

No caso do Estatuto do Idoso, vários dos direitos por ele conferidos deveriam fazer parte nem somente de leis anteriores, mas, também, dos ensinamentos escolares com fincas

ainda na base, no ensino fundamental, com práticas reiteradas de respeito e consideração pelas pessoas de idade mais avançada. Como exemplo da repetição constante do Estatuto do Idoso em relação a lei preexistente, lembra-se que o contido do artigo 2.º não traz divergência com as determinações do *caput* do artigo 5.º e do artigo 6.º da Constituição Federal de 1988. O próprio conteúdo da Lei 10.741 já se achava razoavelmente descrito na Lei 8.842, que é de 4 jan. 1994 e não perdeu a vigência (e cuja ementa já anuncia: “Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências.”. Bastava, destarte, a modernização de alguns dizeres da Lei 8.842, sem necessidade de edição de nova lei. O que comprova que, mais do que preocupação para com o idoso, o que houve foi tentativa de se fazer política (*rectius*, politicagem) de baixo nível, sob argumentos falsos de que estava a proteger as pessoas com mais de sessenta anos de idade. Já havia, e continua existindo, outra lei cuidando do mesmo tópico.

Não se pode deixar de frisar, porém, que o Estatuto deixou claro que o idoso tem privilégio em filas, em atendimento preferencial. Mais por falta de uma cultura de proteção do que por necessidade de dispositivos legais. Os demais direitos descritos no parágrafo único do artigo 3.º da Lei 10.741 não têm aplicação para a grande parte da população idosa, já que tem caráter de norma programática, por serem as situações previstas mais abstratas do que reais. Já outras partes do Estatuto do Idoso já têm previsão legal e constitucional, ainda que com outras palavras. Enquanto o artigo 5.º da Constituição trata do “direito à vida”, os artigos 8.º e 9.º do Estatuto do Idoso referem-se, sob o subtítulo “direito à vida”, do envelhecimento como um “direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.”. Ou seja, o próprio Estatuto admite a existência anterior de leis específicas sobre o assunto.

A previsão do artigo 11 de que “os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil” remete à preexistente Lei 5.478, que é de julho de 1968. Os artigos 15 a 19 dedicam letras à saúde, tema já constitucionalmente previsto nos artigos 201 e seguintes, bem como na Lei 8.212, de 1993. De igual forma, a Constituição já previra a educação, a cultura e o lazer como um todo, sendo que o Estatuto do Idoso repetiu matéria nos artigos 20 a 25 tentando dar enfoque à idade dos destinatários e não aos institutos disciplinados. O mesmo se pode dizer da assistência e da previdência sociais, sendo que esta última não tem razão de ser exceto em se pensando na idade mais avançada. Etapa etária que requer serviços e prestações continuados do ente previdenciário.

Item constante do Estatuto do Idoso que pouco adiantou foi quanto à habitação. Dizer (artigo 37) que “o idoso tem direito a moradia digna, no seio da sua família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou ainda em

instituição pública ou privada” em nada favorece a quem não tem moradia. É o tipo da norma que nem mesmo merece a denominação de “programática” porque sequer prevê ou faz programação de algo a ser oportunizado em tempo próprio e futuro. Simplesmente declara o direito abstrato. Equivale a dizer que todos têm direito à saúde e não construir hospital e ainda cobrar tributos elevados das pessoas particulares que os constroem.

Valendo com parênteses, deve-se lembrar que a celeridade processual, no âmbito do processo civil, quando a parte que a requerer tiver mais do que 65 anos foi determinada pela Lei 10.173, de 9 jan. 2001 que alterou a redação do artigo 1.211 do Código de Processo Civil. Desde a data em referência, os processos cíveis envolvendo pessoas com mais de 65 anos têm prioridade e devem ser rapidamente encerrados. Na prática, porém, a Justiça tem demonstrado pouco resultado, em respeito aos princípios da ampla defesa, da igualdade entre as partes, do devido processo legal e outros princípios, até mesmo descritos na Constituição Federal, todos de cumprimento cogente. E, desde a época da inserção do que seria um benefício aos idosos, que previa que os processos judiciais nos quais estivessem envolvidos teriam um curso mais acelerado, já havia crítica, acertada, por sinal, como a seguinte:

O protecionismo legal em certos casos deve ser cada vez mais aplaudido em nosso ordenamento jurídico. No entanto, essa proteção deverá ter natureza apenas material, como se pode observar no Código de Defesa do Consumidor, na Lei 8.245/91 e na legislação trabalhista, em que temos como parte hipossuficiente, respectivamente, o consumidor, o locatário e o empregado. Como essas distinções são de ordem material, pois originam-se do próprio negócio jurídico havido, no processo as mesmas não ocorrem, pois vige o princípio da igualdade das partes, corolário da isonomia (FARIAS, 2001).

Em conclusão, mostra-se que a criação do Estatuto do Idoso tem, no máximo, o condão de centralizar, consolidar a legislação extravagante. Ainda que sem poderes para tal, porque a coluna-mestra do Estatuto é o texto constitucional, o que, por si só, já demonstra a impropriedade de tentar puxar para a legislação ordinária algo já declinado e contemplado na Lei Maior. E, principalmente, o que há de necessidade para fazer valer os direitos dos idosos não é, necessária e obrigatoriamente, uma lei, mas um conjunto de medidas disciplinares, educacionais, metodológicas e morais que, somadas, apresentem a tessitura a ser impregnada na mente dos brasileiros desde a mais tenra idade até os próprios integrantes da categoria beneficiada e em assunto.

4 DESIGUALDADE SOCIAL E ENVELHECIMENTO

Uma das principais teorias de Adam Smith (1723-1790) indicava que a desigualdade social – o que denuncia, com obviedade, que ele já conhecia o tema com profundidade

histórica – era motivo de incentivo para que as pessoas procurassem se desenvolver no trabalho. Ou, pelo menos, a procurar por trabalho ou maior rentabilidade deste.

Mas a procura por trabalho esbarra, dentre outros, no fator idade. A mentalidade, em termos de média, do empresariado brasileiro impõe uma incomensurável dificuldade para as pessoas conseguirem emprego quando suas vidas já tomam mais de quarenta anos de respiração. Exceto quanto à valorização de profissões que estão em ascensão, como determinados estádios de professores com cursos de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado, doutorado e pós-doutorado), a idade é barreira para o início de exercício de profissão com relação de emprego. Traduz-se a ideia: a questão não é unicamente em desfavor das pessoas tidas como idosas. Mesmo em idade intermediária o povo já sofre discriminação. E até em setores em que a experiência de vida deveria ser ingrediente mínimo imprescindível para o exercício inicial da carreira.

Como exemplos que merecem destaques estão sendo mostrados a magistratura nacional e os cargos no Ministério Público.

Com funções de julgar atos da sociedade, a magistratura nacional está cada vez valorizando os jovens bacharéis em Direito. Uma entrevista com um jovem juiz, na televisão, demonstra a face da juventude que a magistratura quer demonstrar. Os concursos são direcionados aos mais jovens e as provas orais – pelo fato de a resposta, simplesmente “não agradar” ao avaliador, sem um documento escrito que possa subsidiar um recurso da parte reprovada – funcionam como empecilho para a aprovação de pessoas pouco desejadas. Assim, a lista de aprovações se mostra, cada vez mais, carregada de faces de menos, muito menos, de trinta anos de idade e nenhum ano de prática forense. Para tentar evitar a avalanche de aprovação de jovens demais, em detrimento das pessoas cuja experiência de vida deve se somar ao grau de bacharel e dos requisitos mínimos para a inscrição nos concursos, houve a alteração do inciso I do artigo 93 da Constituição Federal de 1988, passando-se, em todo o Brasil, a ser exigida a comprovada prática do exercício jurídico, anterior à aprovação em concurso para juiz, de três anos. Antes, alguns Estados admitiam inscrições, aos seus concursos para juízes, de neograduados, dominados pelo desconhecimento da “experiência comum ou técnica” que a lei permite que um magistrado utilize em suas decisões (artigo 5.º, *in fine*, da Lei 9.099, de 26 set. 1995 e artigo 335 do Código de Processo Civil).

Especialmente quanto ao Ministério Público, antes de a Emenda 45, de 30 dez. 2004, ter acrescentado o § 4.º ao artigo 129 da Constituição Federal (e passar a exigir o exercício, após a graduação, de, no mínimo, três anos de atividade jurídica antes de ingressar na

carreira), vinha se recheando de Promotores que saíam dos bancos das universidades diretamente para a condição de *custos legis* (fiscais da lei). Como corolário e consequência dessa impregnação da juventude nos meios do *parquet*, nos quinze anos que antecederam a 2010, buscavam-se muito pelos holofotes, as causas que davam notoriedade e notícias na imprensa televisionada, em detrimento de causas sociais amplamente necessárias ao bom desenvolvimento da sociedade.

Não se pode, porém, deixar de salientar que o item escolaridade, dentre as pessoas de idade mais avançada, é menor, em média, do que entre a juventude ou mocidade. Somente nos últimos tempos, especialmente em meados dos anos noventas, houve a descentralização da educação superior no Brasil. Antes, o Governo Federal tentava oferecer o ensino público e gratuito para todos. E não conseguia. Com a nova mentalidade, e copiando modelo norte-americano, o Ministério da Educação descentralizou a possibilidade de criação de cursos superiores no Brasil. E com dinheiro da iniciativa privada. Assim, além de não investir em patrimônio e com orçamento fixo com professores e servidores, o Governo passa a receber tributos elevados do setor. Significa que a falha do Governo pode ser suprida pelo dinheiro particular e ainda gerar créditos tributários para os cofres públicos.

O sistema de escolas particulares, pagas pelos próprios interessados, “resulta em um processo no qual o acesso à educação de qualidade está restrito a uma parcela limitada da população, geralmente condicionada a uma elite branca do país.” (POCHMANN, 2005, p. 68). Estudos colocam em ascensão, porém, apenas a faixa etária entre dezoito e 24 anos (dados de 2009 indicam que 37,9% – em 1999, eram 24,8% – dos estudantes do Brasil se encontram nessa faixa de idade; e têm, em média, onze anos de estudos), sob a incontestável verdade de que, além de ser esta a idade ideal para estar nos bancos das faculdades, é a idade, de fato, em que os brasileiros estão frequentando bancos escolares de terceiro grau (em 2009, quem tinha esta idade representava 48,1% dos universitários).

Há, de outro flanco, que se observar que desde os primeiros anos do presente milênio, especialmente com o advento das escolas de nível superior e de caráter particular, várias pessoas com idade mais elevada passaram a ter oportunidade de voltar aos estudos. O fato já foi constatado há anos, quando o IBGE divulgou pesquisa, acessada e divulgada pela Revista Veja, de 26 abr. 2005, que torna patente a realidade de que entre 1991 e 2000 o número de estudantes universitários com idade superior a quarenta anos foi multiplicado por três. Segundo a reportagem em questão

Ainda que seja mais difícil conseguir emprego depois dos 40, há atividades em que os cabelos brancos podem ser usados como trunfo. Prestar

consultoria, advogar ou dar aulas em universidade são exemplos de carreiras em que a experiência de vida é valorizada (BARELLA, 2006).

O texto da reportagem confirma o já afirmado: mesmo quando indicadas profissões mais acessíveis a pessoas mais longevas, a escolaridade e o contínuo estudo são elementos dos quais não se prescindem. Assim, somente tendo a pessoa idosa um acesso à escola e à reciclagem, terá oportunidade de reinserção profissional.

Segundo dados da CEPAL (2000),

Dez anos de escolaridade parecem constituir o umbral mínimo para que a educação possa cumprir um papel significativo na redução da pobreza; com um nível educativo inferior a dez anos de escolaridade e sem ativos produtivos, são muito poucas as probabilidades de superar os níveis inferiores de renda ocupacional.

Em corroboração com ideia, compõe Kliksberg (2001, p. 28) que “a desigualdade educativa será um fator muito importante na iniquidade, na possibilidade de conseguir emprego e nos salários a serem recebidos.”.

Com mais acesso à educação e à continuidade dos estudos, as pessoas detentoras de maior idade têm mais facilidade de se incluírem entre as que conseguem atingir um grau maior de rentabilidade em retribuição aos serviços prestados. E, é claro, conseguir serviço.

O tempo desde o início do milênio está sendo mais propício a quem, portador de idade superior a meio século de vida, tenta atividade remunerada. Até pouco tempo, após os quarenta anos havia a alternativa de iniciar um negócio próprio – e, sem capital suficiente e sem conhecimentos técnicos de administração, inclusive do tempo e das finanças do empreendimento e da vida pessoal perante a falsa liberdade de ver dinheiro no caixa da nanoempresa e pensar que se trata de dinheiro próprio e para ser gasto com atividades não-empresariais – ou buscar pela informalidade. Como demonstrado, os tempos do início do terceiro milênio trouxeram também a valorização e até a autoestima para que, após a meia-idade, haja um descortinar de oportunidades trazidas pela volta à escola.

Especificamente sobre o envelhecimento, há que se considerar que a qualidade de vida está favorecendo uma longevidade maior. A expectativa de vida é fator que reflete, incontestavelmente, o grau de saúde e até de assepsia da população. O índice de nascimento com vida pode ser uma questão de saúde pública, mas a mortalidade dos infantes, especialmente nas primeiras semanas de vida (no meio rural, chamado “mal-de-sete-dias”) era, apenas, resultado das infecções causadas pelas sujeiras das partearas que

faziam o papel de médicas até o último quarto do século XX. Com os programas de saúde da família e com a descentralização do Sistema Único de Saúde, a partir das determinações da Constituição Federal de 1988 sobre a repartição dos tributos arrecadados, há médicos e medicamentos em municípios diminutos. Esse fator favorece, inequivocamente, aos primeiros tempos de vida.

Com menos doenças na infância, as crianças se desenvolvem com possibilidades de enfrentar o enfraquecimento característico da idade mais avançada. E quando se pensa em idade adulta, também a facilidade de conseguir medicamentos, a socialização da medicina, a distribuição de medicamentos a custo reduzido ou sem custos e a consciência de que as enfermidades devem ser prevenidas ou tratadas em fases iniciais, são fatores contributivos de um viver mais alongado. E com qualidade de vida.

Estudos realizados até 1997 (de autoria de Amartya Sen, publicado no *The Economist Journal*, jan. 1998, *apud* KLIKSBERT, 2001, p. 101) indicavam que no Brasil a expectativa de vida era de 66 anos. Em 2003, fontes do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) indicam que a esperança de vida brasileira era de 71,3 anos. O mesmo IBGE aponta que em no ano 2000, a expectativa de vida do brasileiro era de 70,5 anos, em grande evolução em relação a vinte anos atrás, quando a média de vida era de sessenta anos. Em 2003, o índice era de 71,3 anos de vida média. Já em 2005, era de 71,5 anos. Os dados de 2009 apontavam que os brasileiros viviam, em média, 72,8 anos. E, arredondando, o ano de 2010 permitiu aos brasileiros viverem, em média, 74 anos.

A partir de 1985 a expectativa de vida do povo brasileiro somente não é maior devido à influência da violência, notadamente entre as pessoas jovens do sexo masculino (em 2008, morreram nove homens para cada mulher com idade entre vinte e 24 anos).

Por mais paradoxal que possa parecer, a expectativa de vida mais elevada mundial não está, obrigatoriamente, associada à renda elevada. O Estado de Kerala, na Índia, com trinta milhões de habitantes em 1990, tinha uma esperança média de vida de seus habitantes fixada em 71 anos, com um Produto Interno Bruto, *per capita*, de 300 dólares. Na mesma época, o Brasil tinha uma renda *per capita* de 2.770 dólares e a média de vida, como já dito, era de 66 anos. E o Gabão, que apresentava uma renda média por habitante de 4.450 dólares, oferecia ao seu povo a vida média de 54 anos.

5 OS DESAFIOS DO MILÊNIO

O fato de 43,7% dos brasileiros terem mais de quarenta anos de idade traz, como consequência, um custo social. Aposentadorias, planos de saúde, medicamentos, assis-

tência social e outros benefícios prestados passam a ter maior necessidade de desprendimento financeiro. Muitas vezes, o custo, em vez de ser social, recai unicamente sobre a própria população interessada, como será demonstrado.

O terceiro milênio tem o aspecto de que poderá trazer e reinserção das pessoas idosas, ou aquelas que já passaram dos sessenta anos, no mercado de trabalho. Antes de adentrar no tema, porém, vale uma visita a outros campos, com dizeres sobre os desafios para se conseguir esse objetivo.

O primeiro campo do estudo deve passar pela Constituição Federal de 1988. Em seu artigo 3.º são apresentados os “objetivos fundamentais” da República Federativa do Brasil, e neles se incluem “o bem de todos”, a erradicação da “pobreza e a marginalização” e a redução das “desigualdades sociais e regionais”. O cumprimento dessas metas traz como consequências o maior dispêndio no financiamento do setor social público. Impossibilitada de gerir poucos recursos e por ter gerência ineficaz, a Administração Pública tende a oferecer autorização, permissão ou concessão para que atividades privadas exerçam, remuneradamente, o papel anteriormente a ela destinado. Como exemplo, os planos de saúde e os pecúlios e a previdência complementar, todos administrados pela iniciativa privada, suprem a ineficácia do setor público.

Com o pensamento coletivo de que a previdência social não tem outra serventia do que prover a remuneração em tempo de impossibilidade de contribuição (afastamentos e aposentadorias), a população se vê, como desafio, a necessidade de aderir aos planos de saúde. E por se tratar de atividade privada, esses têm tabela progressiva que exigem maior investimento exatamente da parte de pessoas mais idosas. Quase sempre, as que têm renda não elevada. Além de excluir uma boa parcela da população, pela incapacidade pecuniária para adesão e manutenção da filiação, há “limitação ao tempo de internação, a restrição à cobertura de doenças sob a alegação de sua preexistência, o aumento abusivo das mensalidades, etc.” (ROLLO, 2006, p. 42).

Fácil é culpar a iniciativa privada pelas divergências entre o que se espera e o que, de fato, é ofertado pelos planos de saúde. Pelo lado governamental, o que se nota, também, é a colocação de empecilhos ao livre acesso a uma aposentadoria como benefício, e aos valores da aposentadoria, como continuidade desse benefício. A Lei 8.213, de 24 jul. 1991, e o seu Decreto regulamentador, de número 3.048, de 6 maio 1999, por exemplo, sofreram alterações significativas quanto à possibilidade de aposentadoria por tempo de serviço. A mudança foi inserta pela Emenda Constitucional n.º 20, de 16 dez. 1998, e, em legislações sucessivas que modificaram a Lei 8.213, ficou extinta a aposentadoria por

tempo de serviço propriamente dita e, em seu lugar, passou a figurar uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição. Para preservar direitos adquiridos, o artigo 182 do Decreto 3.048, de 1999, foi alterado e apareceu uma tabela que aumentava, após os 35 anos de contribuição, desde alguns meses (para quem completaria os 35 anos de contribuição em tempo mais breve) até 180 meses, ou quinze anos, para quem já teria inicial direito de se aposentar – por completar os 35 anos de serviço – em 2011. Tudo dependerá se o interessado já era contribuinte quando da edição da Emenda Constitucional, em dezembro/1998, ou se passou a ser inscrito no INSS depois desta data. Em estudo ao tema, o Juiz Trabalhista mineiro, Andrade (2000, p. 32), publicou artigo doutrinário denominado “Aposentadoria”, com os seguintes termos:

Pela nova regra, extinguiu-se o critério de aposentadoria por tempo de serviço, que foi substituído pelo tempo de contribuição para o INSS (Decreto nº 3.048/99, arts. 56 a 63). Assim, quem começou a contribuir a partir da data da publicação da EC nº 20/98 (16.12.1998), deverá comprovar o tempo de contribuição para aposentar-se. Esse tempo deve corresponder às efetivas contribuições feitas à Previdência Social. O homem deverá comprovar 35 anos de contribuição e a mulher 30 anos.

[...]

A regra transitória será aplicada ao trabalhador que começou a contribuir antes da publicação da EC nº 20/98, salientando que o obreiro poderá optar pela regra permanente. Assim, consoante disposto no art. 188 do Decreto nº 3.048/99, para a obtenção da aposentadoria integral o trabalhador deverá ter 53 anos de idade e 35 de contribuição, se homem e 48 anos de idade e 30 de contribuição, se mulher, observando-se, ainda, a carência prevista no art. 182, do Decreto nº 3.048/99.

Para a obtenção da aposentadoria proporcional, de acordo com a regra transitória, mister que o obreiro tenha 53 anos e 30 anos de contribuição, se homem e a mulher deverá ter 48 anos de idade e 25 de contribuição. Deverá, ainda, haver contribuição de 40% a mais em relação ao período que faltava, na data da publicação da Emenda, para completar 35 anos de serviço.

Há, portanto, um enorme desafio para a Administração Pública brasileira no presente milênio que é garantir que quem pagou a previdência pública, de forma cogente, durante toda uma vida ativa, tenha a retribuição em valores monetariamente corrigidos durante toda a vida, e ainda possa deixar segurança – em forma de pensão previdenciária – para seus dependentes, em caso de falecimento. E que esse desafio não seja feito com base em aumentar o tempo necessário para a aposentadoria sob a pífia alegação de que, se a expectativa de vida aumentou, também se faz necessária a majoração do tempo de contribuição. Ou com minimização da qualidade dos serviços prestados aos segurados. A seguridade social, como lei-dos-grandes-números (sistema de todos colaborarem em benefício de poucos, como as loterias e os seguros) que é, deve ter condições de prestar a

todos, em futuro que inexoravelmente é próximo, os benefícios a que se propôs.

O tópico referente ao desemprego típico das pessoas idosas ou mesmo que ultrapassem idade de quarenta anos deve ser enfrentado com a coragem necessária e perspicaz e perseverante maestria. O mínimo que se espera é que haja qualificação profissional e estudantil das pessoas desde a tenra idade, mas, principalmente, com programa de revitalização das pessoas com a idade referida. Há início, com a denominada Universidade da Terceira Idade e os programas de ensino à distância (artigo 80 da Lei 9.394, de 1998, regulamentada pelo Decreto 5.662, de 19 dez. 2005). O Decreto 5.662, dispõe:

Art. 1.º Para os fins deste Decreto, caracteriza-se a educação a distância como modalidade educacional na qual a mediação didático-pedagógica nos processos de ensino e aprendizagem ocorre com a utilização de meios e tecnologias de informação e comunicação, com estudantes e professores desenvolvendo atividades educativas em lugares ou tempos diversos.

Sendo autoaprendizagem, sem necessidade de frequência regular e diária, o ensino à distância possibilita a habilitação (obtenção de diploma, que funciona como passaporte para o ingresso ou manutenção no mercado ativo) e a cognição necessárias para enfrentar este mercado. Também aciona a inclusão necessária, reguladora desde a autoestima até mesmo a formação cultural, exteriorização da segurança e realização pessoal. Os métodos e técnicas possíveis, para transmissão do aprendizado, poderão variar desde a televisão aberta, passando pelos computadores das casas dos interessados, até os programas de inclusão digital, tanto em telecentros quanto em unidades móveis de acesso à rede mundial de computadores. Tudo dentro do possível para o público-alvo em assunto. Obviamente, deve-se, precípua e previamente, prover a população de energia elétrica e telefonia a custo acessível. Computador, simplesmente, não traz a infoinclusão se não conectado à internet. E, salvo protótipos em testes, necessita de energia elétrica para funcionar. Sobretudo, pensar em computador – mesmo os menos potentes – a mais de mil reais à vista (se a prazo, chega a dois mil reais) e que funciona com utilização de energia e telefonia a custos elevados são tópicos que, por si sós, excluem pessoas de baixa renda. E, dentre estas pessoas, fixam, primordialmente, os idosos.

Em se tratando de escolaridade, há vezes que a procura não é exatamente pelos cursos de graduação, mas pelas primeiras e necessárias letras. Também o ensino à distância poderá proporcionar o letramento. Equiparado à aquisição das primeiras possibilidades de leitura é o propósito de conseguir a inserção no mundo virtual. Assim, conhecer a linguagem dos computadores também é forma de capturar as primeiras letras.

Há necessidade de uma ampla campanha de divulgação de que as pessoas com idade mais avançada, ainda preparadas para o exercício profissional, são as melhores para o exercício da grande massa de profissões. Inexistem dúvidas de que uma coordenação, tanto de uma faculdade quanto de uma cozinha ou de um setor fabril, quando exercida por quem tem história de vida na atividade, será mais bem desempenhada. Uma gerência aos cuidados de uma pessoa que já conta com experiência no setor fará com que a empresa ou Administração não tenham que errar com seus próprios recursos. Afinal, errar com dinheiro alheio é muito melhor. Considerando que a melhor fase para a falência é a infância, pela ausência de consequências aguerridas, cabe a cada administrador, privado ou público, encomendar serviços de pessoas experimentadas, com fito de evitar desempenho insuficiente, erros e tomada de caminhos que levem ao fracasso.

A pessoa de idade mais avançada é mais prudente, mais cautelosa, e, em certo e bom sentido, mais calculista. Qualidades que, como liderança, são necessárias para evitar a bancarrota.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As pessoas que se acham inseridas na faixa etária superior a sessenta anos necessitam de uma visão desembaçada por conta da Administração Pública brasileira. São muitos os desafios. Mas, o maior deles é o de levar até as pessoas dessa faixa de idade o ensino, desde o básico ao universitário, passando pela necessária formatação do ensino aos desejos e manejos possíveis ao público em assunto. Somente com a escrita e a leitura, os cidadãos brasileiros de mais de sessenta anos estarão insertos na sociedade. Somente o estudo e a leitura, principalmente de forma continuada, trarão a possibilidade de uma vida digna.

Como tópico final, lembra-se de que “O escrito cava uma distância entre o saber e o sujeito.” (LÉVY, 2003, p. 38).

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Dárcio Guimarães de. Aposentadoria. **Revista Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, Ed. Síntese, n.º 133, jul. 2000.

BARELLA, José Eduardo. O plano B na meia-idade. **Revista Veja**, São Paulo, Ed. Abril, ano 39, número 16, p. 68-69. 26 abr. 2006. Semanal.

BERQUÓ, Elza Salvatori. Considerações sobre o envelhecimento da população no Brasil. *In*: NERI, Anita Liberalesso; DEBERT, Guita Grim. (Org.) **Velhice e sociedade**. Campinas: Papyrus, 1999. p. 11-40.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 2005.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=266>. Acesso em: 4 nov. 2010.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 jan. 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Lei 10.741, de 1.º out. 2003. Institui o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 3 out. 2003.

CEPAL – Comisión Económica para América Latina y el Caribe. **Panorama social de América Latina**. Santiago (Chile): [s. n.], 2000.

FARIAS, Marília Corrêa Pinto de. Benefício da Lei 10.173/01: aspectos processuais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2092/beneficio-da-lei-10-173-01>>. Acesso em: 4 nov. 2010.

KLIKSBERG, Bernardo. **Falácias e mitos do desenvolvimento social**. Tradução de Sandra Trabucco Valenzuela. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2001.

LE HIR, Pierre. Humanidade vive processo de envelhecimento. Belo Horizonte: Fundep/UFGM. Disponível em: <<http://www.fundep.ufmg.br/homepage/noticias/3851.asp>>. Acesso em: 1.º maio 2006.

LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** São Paulo: Ed. 34, 2003. 6.ª reimpressão.

LIMA-COSTA, Maria Fernanda et al. Desigualdade social e saúde entre idosos brasileiros: um estudo baseado na pesquisa nacional por amostra de domicílio. *Cadernos Saúde Pública*, v. 19, n. 3, p. 745-757, jun. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v19n3/15878.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2006.

POCHMANN, Márcio et al (Org.). **Atlas da exclusão social: agenda não liberal da inclusão social no Brasil**. v. 5. São Paulo: Cortez, 2005.

RIBEIRO, Darcy. **O Brasil como problema**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1995.

ROLLO, Arthur. Os idosos e os planos de saúde. **Revista Del Rey Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, ano 8, número 16, p. 42-43, 1.º semestre 2006. Semestral.

SANTOS, Laymert Garcia dos. **Politizar as novas tecnologias**. São Paulo: Ed. 34, 2003.

SEN, Amartya Kuman. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.

SILVA, José Graziano da; BELIK, Walter; TAKAGI, Maya. Gordos, magros e o fome zero. Disponível em: <<http://www.apoiofomezero.org.br/site/index.asp?Fuseaction=Conteudo&ParentID=32&Menu=45&Materia=238>>. Acesso em: 1.º maio 2006.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Exclusão digital**: a miséria na era da informação. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003. 1.ª reimpressão.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: uma investigação sobre sua natureza e suas causas. Tradução de Luís João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1985. (Coleção Os Economistas, 1).

SOUSA, Donaldo Bello de. Globalização: a mão invisível do mercado mundializada nos bolsões da desigualdade social. Disponível em: <<http://www.senac.br/informativo/BTS/222/boltec222a.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2006.

SOUSA, Donaldo Bello de. Balance del desarrollo humano. **Desarrollo**, Madrid, n. 17, p. 13-15, 1990.

VELOSO, Waldir de Pinho. **A língua portuguesa renovada**. São Paulo: Hucitec, 2010.

VELOSO, Waldir de Pinho. **Metodologia do trabalho científico**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

Data do Recebimento: maio/2012. Data da Aceitação: outubro/2012

NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO

- 1 O trabalhos a serem publicados pela *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* deverão ser inéditos em língua portuguesa e versar sobre temas da área jurídica e suas interfaces.
- 2 Deverão ser enviados via email (como arquivo anexo) para o endereço estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br com cópia para [<eltondx@hotmail.com>](mailto:eltondx@hotmail.com) ou [<eltondx@uol.com.br>](mailto:eltondx@uol.com.br), em formato Word.
- 3 A Revista não se obriga a publicar os trabalhos enviados, sua publicação pressupõe aprovação pelos seus Conselhos Editorial e Consultivo.
- 4 Os autores dos trabalhos selecionados, receberão, a título de direitos autorais, 2 exemplares da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos. Não haverá pagamento de *pro labore* ou qualquer vantagem a título de direitos autorais.
- 5 Excepcionalmente o trabalho poderá conter imagens, gráficos ou tabelas, desde que essas sejam disponibilizadas pelo autor, em formato JPG, com definição de 72 dpi. Essas imagens deverão ser designadas como figuras, com numeração seqüencial e indicação da fonte de onde foram extraídas.
- 6 O texto deverá ser digitado em fonte Times New Roman ou Arial, tamanho do papel A4, corpo 12, com espaço entre-linhas de 1,5 linha. Artigos e entrevistas deverão ter, no máximo, 15 páginas, incluindo imagens e referências. Resenhas deverão ter, no máximo, 5 páginas.
- 7 A formatação do texto deverá obedecer às seguintes recomendações:
 - 7.1 Título no alto da página, todo em maiúsculas e centralizado;
 - 7.2 Nome do autor duas linhas abaixo do título, alinhado à direita e com as iniciais em maiúsculas;
 - 7.3 Instituição a que o autor é vinculado logo abaixo do nome do autor, alinhada à direita e com as iniciais em maiúsculas;
 - 7.4 Resumo, em Português e em Inglês, de no máximo 100 palavras, duas linhas abaixo da instituição a que o autor é vinculado, com alinhamento justificado e espaço entre-linhas simples;
 - 7.5 Palavras-chave e *keywords*, em número máximo de 5, deverão seguir, respectivamente o resumo em Português e Inglês.
 - 7.6 O corpo do texto deverá vir duas linhas abaixo do abstract e receber alinhamento justificado;
 - 7.7 No corpo do texto, os parágrafos deverão vir sem recuo e com duplo de um para outro;
 - 7.8 As citações maiores do que três linhas deverão ser destacadas do texto, com distância de 4 cm da margem esquerda, e digitadas em corpo 11, sem aspas;

7.9 As notas explicativas deverão se restringir ao mínimo indispensável;

7.10 As referências de citações textuais deverão ser feitas no próprio texto, entre parênteses, conforme o seguinte modelo:

Isso mostra-se possível desde que os partidos atuem sem se agarrarem ao *status quo*, o qual hoje em dia “não é nada mais do que o turbilhão de uma modernização que se acelera a si mesma e permanece abandonada a si mesma” (HABERMAS, 2001, p. 142).

7.11 As referências do trabalho deverão ser indicadas de modo completo ao final do texto, obedecendo ao seguinte padrão:

Publicações impressas

Publicações avulsas:

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220p.

Artigos em publicações avulsas:

XAVIER, Elton Dias . A Identidade Genética do Ser Humano como um Biodireito Fundamental e sua Fundamentação na Dignidade do Ser Humano. In: Eduardo de Oliveira Leite. (Org.). **Grandes Temas da Atualidade**: Bioética e Biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41-69.

Artigos em publicações periódicas:

DWORKIN, Ronald. Elogio à teoria. Tradução de Elton Dias Xavier. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, v.1. n.1, p. 9-32, jul./dez. 2006. Título original: In praise of theory.

XAVIER, Elton Dias. A Bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. **Bioética**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 217-228, 2000.

Documentos eletrônicos disponibilizados na Internet:

AVRITZER, Leonardo. Ação, fundação e autoridade em Hannah Arendt. **Lua Nova**. São Paulo, n. 68, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 nov. 2006.

Para os casos omissos, consultar as normas da ABNT <www.abnt.org.br> referentes à publicação acadêmica.

7.12 – As referências mencionadas no item acima deverão ser formatadas com espaço simples entre linhas, precedidas pela expressão “REFERÊNCIAS”, sendo que esta deverá ser colocada duas linhas após o final do texto;

8. A remessa dos trabalhos implica o conhecimento e a total aceitação das normas aqui descritas.



CAMPUS JK

Av. Osmane Barbosa, 937 - JK
Montes Claros - MG
(38) 3690-3600

CAMPUS SHOPPING

Av. Donato Quintino, 90 - Cidade Nova
Montes Claros - MG
(38) 3224-7900

CAMPUS FASASETE

Av. Villa Lobos, 730 -
Mangabeiras
Sete Lagoas - MG
(38) 3771-8178



Impressa

ISSN 1809-7278



9 771809 727009

Eletrônica

ISSN 2358-9744



9 772358 974005