

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Montes Claros. Minas Gerais. Brasil. v. 6, n. 2, jul./dez. 2011. ISSN 1809-7278 (Impressa)
ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

Análise do Princípio da Igualdade e a Interpretação Constitucional de
Princípios em Acórdão do Supremo Tribunal Federal - ADI n.º 2.649

Richardson Xavier Brant

Os Tipos Fundamentais de Dominação Política na Visão Weberiana

Hamilton Almeida Ferreira

Teoria da Empresa Shopping Oiapoque

Jordano Soares Azevedo

A Questão da Violência Silenciosa Contra Crianças e Adolescentes na
Perspectiva da Violação dos Direitos Humanos

Leni Maria Pereira Silva, Cristiane Diniz Barbosa, Ísis Mellory Nunes Gomes

Políticas Públicas de Acesso ao Território para Comunidades Quilombolas:
um direito diferenciado

Lucivaldo Gomes da Silva

A Publicidade Verde e os Direitos do Consumidor

Michelle Lucas Cardoso Balbino, Maria Isabel Esteves de Alcântara

Responsabilidade Civil do Estado

Roberto Fuck de Almeida



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 6, número 2, jul./dez. 2011

ISSN 1809-7278 (Impressa)

ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

REVISTA BRASILEIRA
DE ESTUDOS JURÍDICOS

v. 6, n. 2 – Semestral – Montes Claros, MG – jul./dez. 2011



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. 6, n. 2 (2011) – . – Montes Claros (MG) : Editora
Fundação Santo Agostinho, 2011 –
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	
Análise do Princípio da Igualdade e a Interpretação Constitucional de Princípios em Acórdão do Supremo Tribunal Federal - ADI n.º 2.649 <i>Richardson Xavier Brant.....</i>	13
ARTIGOS	
Os Tipos Fundamentais de Dominação Política na Visão Weberiana <i>Hamilton Almeida Ferreira.....</i>	27
Teoria da Empresa Shopping Oiapoque <i>Jordano Soares Azevedo.....</i>	39
A Questão da Violência Silenciosa Contra Crianças e Adolescentes na Perspectiva da Violação dos Direitos Humanos <i>Leni Maria Pereira Silva, Cristiane Diniz Barbosa, Ísis Mellory Nunes Gomes.....</i>	69
Políticas Públicas de Acesso ao Território para Comunidades Quilombolas: um direito diferenciado <i>Lucivaldo Gomes da Silva.....</i>	83
A Publicidade Verde e os Direitos do Consumidor <i>Michelle Lucas Cardoso Balbino, Maria Isabel Esteves de Alcântara</i>	107
Responsabilidade Civil do Estado <i>Roberto Fuck de Almeida.....</i>	121
NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO.....	139

EDITORIAL

Há vezes em que, no processo de elaboração de um Editorial, tem-se que buscar por todas as forças para, em contrapeso ou para estímulo à eficiência, à frenagem, controlar para não jogar tantos elogios ao trabalho que se que apresenta. Esta presente **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, que se individualiza como sendo o volume 6, número 2, é um destes exemplos. Ao chegar ao segundo semestre (por isso, número 2) do sexto ano de atividade ininterrupta (por isso, volume 6), a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** está carregada de artigos científicos densos, objeto de pesquisas científicas com metodologias válidas, e com temas, mais do que interessantes, necessários, atualizados e atuais em qualquer tempo.

E facilmente se provará o que foi afirmado. De fato, o entusiasmo é grande ao poder reunir em único número de um veículo de cunho científico, tantos autores com temas altamente bem elaborados, e com argumentos que foram credores de várias páginas. Não apenas porque queriam seus autores se estender e ocupar espaço, mas porque a delimitação do tema tratado impôs aquele espaço como o mínimo necessário.

Um dos exemplos está no tema da **Abertura da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**. O autor especialmente convidado foi o Prof. Ms. Richardson Xavier Brant, Professor Universitário e Juiz de Direito em Minas Gerais. Tratou o cientista do assunto que recebeu o título “Análise do Princípio da Igualdade e a Interpretação Constitucional de Princípios em Acórdão do Supremo Tribunal Federal - ADI n.º 2.649”. E utilizou das melhores técnicas argumentativas, as grandes fundamentações e profundas análises e capazes estudos para cuidar de um tema de Direito Constitucional com ares amigáveis. O texto oferta uma leitura amena, mas que, ao seu fim, conduz o leitor a compreender, com facilidade, o conteúdo exposto. Para ter como centro do estudo científico uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Direito Constitucional como um todo está presente.

No primeiro texto da seção **Artigos**, o Prof. Ms. Hamilton Almeida Ferreira traça linhas muito bem elaboradas quanto sob a denominação de “Os Tipos Fundamentais de Dominação Política na Visão Weberiana”. Trata-se de um texto que transita entre a Filosofia, o Direito Constitucional, o Direito Eleitoral e o Direito Administrativo. Sem perder o teor científico de boas pesquisas, profundo conhecimento técnico e, sobretudo, com o domínio de expressões que serão facilmente compreendidas pelo leitor. Pelo que

o próprio título demonstra, as obras de Max Weber foram o suporte mais firme do trabalho. E todas são referências para que o texto fale sobre as formas do poder, as formas que a Administração utiliza para manifestar o controle sobre os administrados e a fusão de tais situações com as teorias expostas pelos cientistas, especialmente os sociólogos.

Na ordem alfabética seguinte, aparece o texto científico de autoria do Prof. Ms. Jordano Soares Azevedo. O título é “Teoria da Empresa Shopping Oiapoque” e é uma pesquisa de fôlego que resultou em um texto igualmente grande. Por sinal, detentor de uma leitura agradável. No estudo, o autor desvenda dados da pesquisa e mostra, com sua experiência de Professor da disciplina Direito Empresarial e acrescida pelo conhecimento da profissão anteriormente exercida, uma sequência expositiva que merece o título de “trabalho científico”. As mais novas legislações do Direito Empresarial se mostram encaixadas no contexto, mas há referências também à origem do comércio e ao Direito Comercial em sua nascente.

O terceiro texto vem escrito a seis mãos. O objetivo da parceria é render a melhor e mais confiável pesquisa. Sob o título “A Questão da Violência Silenciosa Contra Crianças e Adolescentes na Perspectiva da Violação dos Direitos Humanos”, as escritoras Leni Maria Pereira Silva (Mestre em Desenvolvimento Social e Doutoranda em Serviço Social); Cristiane Diniz Barbosa (Mestranda em Desenvolvimento Social) e Ísis Mellory Nunes Gomes (graduada em Letras e em Serviço Social, e pós-graduada em Didática do Ensino Superior) descem a detalhes quanto à violência contra crianças e adolescentes. Trata-se de uma pesquisa que traz, em seu bojo, conceitos históricos sobre a infância brasileira, a violência familiar contra crianças e adolescentes e faz uma coroa de luxo para a integração da legislação (o Estatuto da Criança e do Adolescente) em suas qualidades e suas necessidades de correção.

Outro trabalho extenso ficou a cargo do Prof. Ms. Lucivaldo Gomes da Silva. Como resultado das suas pesquisas no Mestrado, o autor escreveu “Políticas Públicas de Acesso ao Território para Comunidades Quilombolas: um direito diferenciado”, em que faz uma busca dos conceitos e preconceitos quanto aos quilombolas e povos originários de uma localidade norte-mineira, mas estudo que pode, sim, ser aplicado como formação de tais povos de todo o Brasil. O texto é desenvolvido buscando pela era pré-Constituição de 1988, passando pelas inovações do texto constitucional e mostrando as constantes alterações nas leis e normas infralegais que regem o tema (inclusive a indefinição do Governo Federal quanto ao Ministério ao qual deveria ficar vinculada a Secretaria ou órgão da Administração Direta encarregada de legislar e acompanhar processos quanto

aos povos originários do Brasil e dos africanos que ajudaram na formação do povo brasileiro). No trabalho científico, o autor faz incursões quanto à Sociologia, Economia, Etnografia e outras Ciências Sociais.

O penúltimo trabalho também é credor de aplausos. A Prof.^a Ms. Michelle Lucas Cardoso Balbino e a Especialista Maria Isabel Esteves de Alcântara cuidam do tema “A Publicidade Verde e os Direitos do Consumidor”, título que, de chofre, já indica a imbricação do Direito do Consumidor com o Direito Ambiental. As autoras, pesquisadoras de qualidade, desfilam dados impressionantes sobre a ecopropaganda ou publicidade verde que as empresas estão usando com o fito de se beneficiar com a venda dos seus produtos. Mas, apesar de a propaganda conferir a tais empresas a qualidade de “socialmente responsável”, há uma ocultação dos impactos que os seus produtos causam sobre as florestas (cada vez, menores), sobre a água (cada vez mais escassa) e sobre o meio ambiente como um todo, o que se traduz como uma propaganda enganosa em relação aos consumidores. Sem dúvidas, um texto para ser lido e pensado. E que fará com que os leitores se situem como partícipes de um planeta quase agonizante e cada vez mais consumista.

Para fechar a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, há o texto do Prof. Roberto Fuck de Almeida (Doutorando em fase final e experiente na Administração Pública e como Professor de diversas Faculdades), que aborda o tema “Responsabilidade Civil do Estado”. No texto, o autor utiliza o Direito Comparado para mostrar como funciona a responsabilidade civil do Estado (responsabilidade objetiva ou subjetiva, com ou sem direito à busca de ressarcimento junto ao agente público causador do dano ao cidadão) em vários países como Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, Inglaterra e México. Antes, há um foco na história da reparação do dano civil causado pelo Estado, por intermédio dos seus agentes (servidores públicos, funcionários públicos, agentes delegados, autorizatários, concessionários, contratados, etc.). Quanto ao Brasil, o artigo científico demonstra a responsabilidade estatal pelas atitudes dos agentes públicos (com direito de ressarcimento ao erário público quando o agente utiliza de dolo ou culpa em suas atitudes contra o terceiro prejudicado); faz uma discussão quanto à responsabilidade pelas decisões do Poder Judiciário e, igualmente, debate sobre os danos que podem causar as legislações, com destacado estudo sobre a existência, ou não, de responsabilidade por tais danos.

Desta vez, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** oferece muitos motivos para que seja lida da primeira à última página, com máximo interesse. Desta vez, todos os temas têm interesse amplo. Desta vez, os textos cativarão os leitores.

O que a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** quer é que, desta vez, todos tenham motivos elevados para uma leitura integral e agradável do conteúdo ora apresentado.

Professor Doutor Elton Dias Xavier
Editor

A B E R T U R A

Análise do Princípio da Igualdade e a Interpretação Constitucional de Princípios em Acórdão do Supremo Tribunal Federal - ADI n.º 2.649

RICHARDSON XAVIER BRANT¹

RESUMO: Este estudo busca analisar os argumentos de decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, no julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade - ADI n. 2.649, em que se postulou a inconstitucionalidade da Lei que estabeleceu passe livre às pessoas portadoras de necessidades especiais. O objetivo é a compreensão do princípio da igualdade e da interpretação constitucional revelada na construção da fundamentação. Aborda-se, brevemente, antes de proceder à análise do acórdão, o papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito e a afirmação da solidariedade de todos, indivíduos e coletividades, como pressuposto de legitimidade de políticas afirmativas inclusivas e de promoção da igualdade material.

Palavras-chave: Interpretação constitucional; princípio da igualdade; pessoas portadoras de necessidades especiais; princípio da solidariedade.

ABSTRACT: This study assesses the arguments for a decision of the Brazilian Supreme Court, in adjudicating a direct low suit of unconstitutionality of the law that established a free pass for people with disabilities. The goal is to understand the principle of equality and constitutional interpretation revealed in the reasons used to support the decision. Before analyzing the decision itself, this study analyzes briefly the role of the Judiciary in a Democratic Constitutional State and the affirmation of solidarity of all individuals and communities, as a condition of legitimacy of affirmative action policies to promote inclusive and substantive equality.

Keywords: constitutional interpretation, principle of equality, disabilities, principle of solidarity.

¹ Mestre em Desenvolvimento Social pela Unimontes, Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros e Juiz de Direito em Minas Gerais.

1 INTRODUÇÃO: EXPOSIÇÃO DA QUESTÃO

Este artigo tem o objetivo de analisar os argumentos de uma decisão judicial, para identificar, no confronto dialético e argumentativo que precede à enunciação dos fundamentos e à motivação da decisão judicial, discussões de Teoria do Direito. Parte-se da compreensão de que toda leitura do mundo, objetivo ou normativo, pressupõe, necessariamente, um aporte teórico que define o foco, o contraste e o filtro para clarear as preferências da investigação, suas pré-compreensões e seu contexto específico.

A intenção deliberada da pesquisa é a de encontrar um acórdão que pudesse servir de mote à discussão sobre a igualdade no Estado Democrático de Direito e também à questão, correlata à primeira, da aplicação de princípios jurídicos. Essa correlação evidencia-se quando a análise se faz a partir da compreensão de que as vivências e convivências se entrecruzam em um estágio de moral pós-convencional próprio às modernas sociedades ocidentais. Nesse sentido, a solidariedade nacional se constrói entre pessoas e grupos que permanecem estranhos entre si, mas que projetam uma convivência justa e solidária como objetivo de uma comunidade abrangente.

Esse tema inscreve-se na área de Hermenêutica Constitucional e investiga a operação de interpretação da Constituição em um Estado nacional. Constituição que se compreende, normativamente, como projeto ético-político abrangente de um Estado de direito e democrático caracterizado pela solidariedade e compromisso de cooperação recíproca entre indivíduos e coletividades.

O acórdão selecionado trata da polêmica questão, no Brasil, do reconhecimento e proteção do direito ao tratamento diferenciado em razão de desigualdade fática. O julgamento do

Supremo Tribunal Federal, no caso em estudo, versa sobre a constitucionalidade da política pública de concessão de passe livre, no transporte coletivo interestadual, às pessoas portadoras de deficiência. O objetivo político e jurídico-constitucional é o tratamento diverso às pessoas com desigualdades materiais, para que seja alcançado o respeito ao direito à igualdade, para além do plano formal.

No caso em estudo, houve propositura de ação direta de inconstitucionalidade – ADI – por associação de classe de nível nacional, Associação Brasileira de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional (ABRATI), com a sustentação de que a concessão do passe livre às pessoas portadoras de deficiência malfez os princípios da isonomia, da livre iniciativa e do direito de propriedade, além de não indicar a fonte de custeio do benefício instituído pela Lei n. 8.899/1994. Esse seria o vício que a macularia de inconstitucionalidade por incompatibilidade com os dispositivos constitucionais que estatuem os referidos princípios.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) é de competência originária do Supremo Tribunal Federal (STF) e foi julgada improcedente, aos seguintes argumentos: a) o Brasil é signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e comprometeu-se, perante as Nações Unidas, em 30/03/2007, a implementar medidas que tornem efetivas as normas ajustadas; b) as medidas de proteção às pessoas portadoras de deficiência concretizam o princípio da dignidade da pessoa humana; e c) as referidas normas, em aparente rota de colisão, devem ser harmonizadas, para resguardar, maximamente, o conteúdo dos princípios aplicáveis ao caso.

Sobre esta última parte, tecer-se-ão comentários, abordando as seguintes questões teóricas: 1) qual o tratamento das pessoas que se encontram em situações diferentes, na perspectiva fática, e que permite aplicação não isonômica de normas jurídicas a situações específicas?; 2) como se desenvolve o processo de interpretação, para a conciliação de princípios aparentemente contraditórios, tornando-os coerentes, quando de sua aplicação a situações específicas de modo que se obtenha o máximo de eficácia de cada um deles?

Antes de abordar, propriamente, as questões destacadas, tratar-se-á da função do Judiciário no Estado Democrático de Direito, como uma compreensão inicial necessária ao melhor desenvolvimento dos fundamentos do estudo.

Examinar-se-ão os argumentos utilizados na decisão, sob o foco explicitado, procurando identificar a implicação de cada um deles na realização simétrica dos objetivos da República que constam do artigo 3.º da Constituição Federal de 1988, constituintes de uma comunidade

político-jurídica que busca, na realização de princípios éticos comuns, a preservação de seus compromissos, integradores de uma solidariedade entre estranhos que se abrigam em uma identidade coletiva mais abrangente: o Estado-nação.

2 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS MINORIAS

Tenha-se em conta a discussão, muito polêmica e em curso no Brasil atual, sobre os limites postos à atuação do Poder Judiciário e sobre o papel dos juízes em um Estado Democrático de Direito. A indagação que se coloca versa sobre o caráter democrático de um sistema político-jurídico em que os juízes, embora não sejam eleitos, possam fazer escolhas políticas ao aplicar o Direito. Essa passagem revela o teor desse debate:

Não sendo os magistrados portadores de verdades transcendentais, estes devem se limitar – e já estarão fazendo muito – a preservar o sistema político daquelas decisões que sejam fruto de uma vontade distorcida pela não realização do sistema democrático; de decisões que ponham em risco a continuidade da democracia; ou ainda, de decisões discriminatórias (VIEIRA, 2005, p. 244).

Esse debate, por sua amplitude considerável, não é possível nos limites deste trabalho. No entanto, permanece como pano de fundo a compreensão de que, na atuação do Judiciário em um Estado Democrático cujo Direito deve ser produzido com a mais ampla participação do soberano popular, “fundamental é se buscar a construção de procedimentos éticos de deliberação e não valores éticos *a priori*” e também que “os tribunais devem policiar o processo democrático, para verificar se os interesses das minorias também foram adequadamente protegidos.” (VIEIRA, 2005, p. 245-246).

Os princípios constitucionais fundamentais apresentam-se, não raro, em rota de colisão. Há de se ter em conta, nessa linha de argumentação, o caráter compromissário da Constituição Brasileira de 1988 (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008). Sendo assim, os Tribunais, no julgamento de situações concretas, enfrentam a dificuldade de conciliação de valores e interesses que se afiguram aparentemente contraditórios. Nessa tarefa, busca-se como princípio orientador da interpretação a preservação, tanto quanto possível, da eficácia normativa dos princípios aplicáveis (BARROSO, 2002).

Destaca-se como foco principal deste estudo esse exercício de harmonização dos princípios constitucionais que consagram valores de segmentos sociais diversos. A orientação por uma racionalidade que se assenta no princípio da proporcionalidade revela um método

específico que se explicitará adiante e que tem como balizas a necessidade e adequação que devem ser encontradas na aproximação entre programa e âmbito normativo (MÜLLER, 2005).

3 O ESTADO NACIONAL: A SOLIDARIEDADE ENTRE ESTRANHOS COMO PRESSUPOSTO DA LEGITIMIDADE DE POLÍTICAS AFIRMATIVAS E DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL

O projeto de construção de uma comunidade nacional não se esgota no processo constituinte e na promulgação de uma Constituição. O programa definido para a realização desse projeto está em permanente processo de construção e aprendizado depois da edição de uma Constituição. Por mais tenha sido legítima a mobilização e ampliada a participação em sua formação pela sociedade que a promulga, a convivência justa marcada por relações simétricas é um desafio permanente (HABERMAS, 2003).

A Constituição de um Estado-nação é, desse modo, o ponto de partida de um projeto aberto de convivência social equitativa. Necessariamente, essa projeção normativa está sujeita a adequações e a aperfeiçoamentos, no caso de uma comunidade formada por membros que cultivam a autocompreensão de que são coautores das normas que regem sua convivência e que buscam fazê-lo em observância de princípios mínimos de convivência desenvolvidos de maneira histórica e gradual por uma comunidade política.

Vislumbra-se, na Constituição de um Estado-nação, o objetivo de alcançar a projeção de justiça social percebida como uma possibilidade na realidade social contingente e resistente a intervenções. Esse horizonte de perspectivas comuns somente se torna possível pela fusão de planos de vida diversos, conciliados pela aproximação e pelo diálogo entre atores e entre coletividades que se propõem ajustar sua convivência tendo como parâmetro a projeção normativa veiculada na Constituição.

Esses ajustamentos mostram-se viáveis quando a comunicação dentro da sociedade permanecer aberta a todos aqueles que desejam contestar situações, atitudes e valores que não estejam adequados a uma convivência justa. E justa deve ser a convivência que promove e estimula a construção de condições simétricas para todos aqueles que possam ser afetados pelas normas jurídicas, em consonância com as desigualdades do mundo do ser (ontológico) e também com as múltiplas identidades que nele se tornam possíveis.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram assumidos como objetivos fundamentais da República, dentre outras, as seguintes metas coletivas: a)

construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º, incisos I a IV, da Constituição Federal de 1988).

Esses objetivos fundamentais são amplos e demandam uma atuação do Estado consistente em políticas públicas de promoção dos objetivos que fundamentam a existência institucional do Estado. Os cidadãos do Estado, estando ligados por uma solidariedade entre estranhos, estabelecem vínculos em razão dos objetivos comuns que os fazem cooperar e contribuir para sua consecução.

O princípio que estabelece a integridade do sistema normativo é a dignidade da pessoa humana, o fim em si mesmo kantiano, que exige a consideração da pessoa pelo simples fato de ser humano. Isso institucionaliza o reconhecimento de todos e de cada um – repita-se – pelo simples fato de ser humano. Abriga o ser humano, em seu modo específico de ser, viver e conviver, um valor intrínseco, próprio e inalienável. Por isso, independe de critério de utilidade ou da contribuição que cada um individualmente considerado possa dar à consecução das metas comuns da comunidade política nacional.

Essa dimensão do reconhecimento da dignidade humana faz com que sua relativização somente seja possível quando há comparação com o direito de outros seres humanos de igual valor. À sociedade política constituída em Estado democrático e de direito incumbe promover, estimular e garantir esse tratamento digno fundante do próprio modo de ser, viver e conviver em sociedade (CANOTILHO, 2003).

Nesse prumo, valorizam-se as contribuições aos interesses e valores da sociedade política incentivando condutas e desestimulando outras que não se compatibilizam com as metas sociais estabelecidas. Para além desse utilitarismo social, a par dele inclusive, cada ser humano merece um tratamento digno, em respeito à liberdade de cada um de escolher seus próprios fins e de buscar realizá-los da melhor maneira, unindo seus esforços aos de todos os demais com os quais se vinculam a partir destas escolhas.

Esse tratamento digno somente se realiza quando é garantido o respeito à condição específica e particular em que se encontra cada pessoa. Esse respeito às condições específicas exige um tratamento diferenciado para que seja propiciada essa contribuição aos objetivos sociais, mas que também justifique um reconhecimento, um sentimento de pertencimento afirmado e tornado efetivo em situações concretas.

Nesse prumo, passamos a abordar os argumentos postos na decisão que justificam um tratamento diferente em razão do reconhecimento de situações específicas existentes na sociedade. A isonomia formal, prevista constitucionalmente, foi elevada à categoria de norma exatamente em razão da identificação de situações, no mundo do ser, que marcam a desigualdade e que exigem uma projeção futura de correção destas situações. A desigualdade material somente assim poderá ser reduzida.

4 ARGUMENTAÇÃO FAVORÁVEL AO TRATAMENTO DIFERENCIADO E A IGUALDADE

A Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha funcionou como Relatora no julgamento do caso sob análise (ADI 2.649). O primeiro argumento lançado consistiu na assertiva de que o Brasil é signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência e que se comprometeu a implementar medidas para dar efetividade ao que fora ajustado. A Lei n. 8.899/1994 é parte das políticas públicas que devem ser implementadas pelo Estado Brasileiro para “objetivar a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais” (BRASIL, STF, ADI 2.649).

Em complemento ao argumento anterior, continuou a Ministra Relatora que a política pública veiculada na Lei n.º 8.899, de 1994, está em conformidade com os fundamentos da República, mais especificamente com a garantia do exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Argumentou a ABRATI que as empresas e os usuários do serviço de transporte coletivo rodoviário que pagam as tarifas ficariam sobrecarregados, pois seria dever de todos suportar o custeio da política pública adotada. Sustentou a Ministra Relatora, na decisão em análise, que o passe livre é um compromisso de todos, Governo e empresas, com o respeito à dignidade das pessoas portadoras de deficiência.

Não há, assim, “discrímen incompatível com a equidade que fundamenta o princípio da isonomia positivada no artigo 5.º, *caput*, da Constituição Federal.”. A equidade consubstancia-se, segundo a Relatora, na solidariedade de todos com as pessoas portadoras de necessidades especiais.

No mesmo compasso, desenvolveu a Relatora, Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, o reconhecimento de uma desigualdade substancial ou “real” que justifica o tratamento diferenciado. Nesse passo, transcrevem-se as seguintes passagens do voto da Relatora na ADI 2.649, deste teor:

As desvantagens física, mental, intelectual e sensorial limitam as capacidades de seus portadores para a interação e execução das atividades cotidianas, donde a sua dificuldade de efetiva participação na vida da sociedade.

A busca da igualdade de oportunidades e possibilidades de humanização das relações sociais, uma das inegáveis tendências da sociedade contemporânea, acolhida pelo sistema constitucional vigente, determina a adoção de políticas públicas que propiciem condições para que se amenizem os efeitos das carências especiais de seus portadores e toda a sociedade atue para os incluir no que seja compatível com a sua condição.

Destaque-se a informação que consta no voto da Ministra Relatora, colhida no sítio da Organização das Nações Unidas, no sentido de que 10% (dez por cento) da população mundial porta algum tipo de deficiência, o que significa 650 milhões de portadores de necessidades especiais em todo o mundo. Oitenta por cento deste total moram em países em desenvolvimento. Enfatiza a Ministra Cármen Lúcia, então, que “na população economicamente carente é que se concentram os maiores índices de marginalidade e exclusão desses cidadãos.” (BRASIL, STF, ADI 2.649).

Uma última passagem do voto da Ministra Relatora merece transcrição:

Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se afirme uma sociedade fraterna, solidária e sem preconceitos [...] E a responsabilidade pela produção desses efeitos sociais não é exclusiva do Estado, senão de toda a sociedade (BRASIL, STF, ADI 2.649).

Claramente afirmado, no voto da Ministra Relatora, o princípio jurídico da solidariedade. A igualdade no Direito, argumenta a Relatora, é arte de homens, não é heterônoma. A igualdade é o que a sociedade quer que ela seja. E arremata: “O princípio jurídico da igualdade é tanto mais legítimo quanto mais próximo estiver o seu conteúdo da ideia de justiça que a sociedade acredita na pauta da história e do tempo.” (BRASIL, STF, ADI 2.649).

Cabível a transcrição também da passagem do voto do Ministro Carlos Britto:

Essa lei é um ponto de confluência muito interessante entre ação distributivista e ação afirmativa. Vale dizer, a lei promove ao mesmo tempo inclusão social, quando fala do carente econômico, e integração social ou comunitária, quando fala do portador de deficiência, sabido que são, hoje, objetivos constitucionais diferentes (BRASIL, STF, ADI 2.649).

A interpretação do princípio constitucional da igualdade, no acórdão em análise, buscou harmonizar esse princípio com o direito de propriedade também constitucionalmente garantido. A ponderação para harmonização dos princípios aplicáveis foi a técnica utilizada no julgamento em questão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não a título de conclusão, mas de considerações especiais, reconstroem-se os passos segundo a lógica argumentativa do voto condutor do acórdão. Consigne-se, de partida, que não se trata de subsunção, com enquadramento dos fatos à norma, mas de harmonização de princípios, com ponderação de valores, buscando alcançar, na interpretação levada a efeito, a máxima normatividade dos princípios aplicáveis ao caso.

Na exegese tradicional, pelo silogismo clássico, seria considerada a norma constitucional (premissa maior) em cotejo com o fato (premissa menor), para se chegar à conclusão e à solução do caso. Em caso de conflitos de princípios, no entanto, a interpretação clássica, mostra-se insuficiente.

A Relatora do acórdão, Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, identificou – em primeiro lugar – os bens em conflito. Em tópico intitulado “contexto social”, a Relatora foca a situação das pessoas com deficiência e as circunstâncias concretas que envolvem o caso sob julgamento. Versou a argumentação sobre a situação das pessoas portadoras de necessidades especiais e a desigualdade fática que justifica um tratamento diferente.

Considerou-se, em seguida, as normas aplicáveis. Argumentou-se que a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência tem plena consonância com a Constituição da República, sobretudo com os princípios jurídicos da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Esse o fundamento da compatibilidade vertical da Lei n.º 8.899/1994 com a Constituição da República Federativa de 1988. O direito de propriedade, a igualdade material e a afirmação da cidadania e da humanização das relações sociais também constituíram-se em fundamento da decisão.

Na sequência da argumentação, foram sopesados os princípios e atribuídos a cada um dos bens disputados um significado. Nota-se, nessa etapa, a busca do resguardo da máxima eficácia de cada um dos princípios a serem harmonizados. Essa é uma exigência do princípio da proporcionalidade. A busca de harmonização de princípios em conflito, no exercício da ponderação da eficácia possível de cada um deles, fez-se em um juízo de

ponderação dos bens em conflito. Somente é possível essa ponderação diante do caso concreto. O campo de incidência dos princípios, em virtude da generalidade e abstração que o caracteriza, é flexível. Essa flexibilidade permite, então, a “cedência recíproca” e a atualização do sistema constitucional.

A escolha da norma que deve preponderar é a etapa final do processo argumentativo. O resultado foi o reconhecimento da compatibilidade da Lei n.º 8.899/1994, que concede passe livre aos deficientes no transporte coletivo interestadual, com os princípios e valores consagrados na Constituição Federal de 1988.

Essa tendência de estabelecer solidariedade, para a redistribuição e integração social, com a assunção da responsabilidade de todos, governo, empresas e cidadãos, já fora afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, desde o reconhecimento da constitucionalidade do direito dos idosos ao transporte coletivo urbano gratuito (BRASIL, STF, Suspensão da Segurança n.º 3.052, Relator Ministro Gilmar Mendes).

Oxalá possa essa orientação se afirmar cada vez!

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucional n.º 2.649. Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Julgamento em 8 maio 2008. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico n.º 197, 16 out. 2008, ementário 2.337.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extensão da Suspensão de Segurança SS 3.052/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 26 fev. 2007. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, 2 mar. 2007, p. 24.

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

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

Submissão em: agosto de 2011. Pareceres favoráveis em: outubro de 2011

A R T I G O S

Os Tipos Fundamentais de Dominação Política na Visão Weberiana

HAMILTON ALMEIDA FERREIRA¹

RESUMO: Este artigo trata das formas de dominação política tipificadas por Max Weber, num âmbito definido de exercício do poder político. *Os tipos fundamentais de dominação política*, conforme o autor em estudo define, proporcionam um enorme espaço, dentro dos diversos exemplos históricos, para que possam ser analisados. As formas de dominação política tipificadas por Weber apresentam certa relevância do papel desempenhado pela dominação em todos os tipos de formação social, seja ela economicamente, mais ou menos importante, e politicamente, mais ou menos organizada. Weber conceitua três tipos fundamentais de dominação: a *dominação burocrática*, baseada num sistema de regras racionais estatuídas; a *dominação tradicional*, centrada no patriarcalismo e no patrimonialismo e que encontra seu fundamento na autoridade pessoal e na tradição sagrada; e a *dominação carismática*, que se fundamenta na entrega ao extraordinário, na crença no carisma, na revelação ou graça concedida à determinada pessoa, por exemplo, um herói ou um redentor político.

Palavras-chave: Dominação. Política. Poder. Autoridade.

ABSTRACT: This article discusses the forms of political domination typified by Max Weber, a defined scope for the exercise of political power. The basic types of political domination, as the author sets the study, provide a huge space, within the various historical examples, that can be analyzed. The forms of political domination typified by Weber have some relevance of the role of domination in all types of social formation, be it economically, more or less important and politically, more or less organized. Weber conceptualizes three basic types of domination: the bureaucratic domination, based on a rational system of rules laid down; traditional domination, focused on patriarchy and the patrimonial and which finds its basis in personal authority and sacred tradition, and the charismatic domination, which is based on delivery to the extraordinary, the belief in charisma, the revelation or grace granted to a particular person, such as a hero or a political redeemer.

Keywords: Domination. Policy. Power. Authority.

¹ Mestre em Instituições Jurídico-políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

1 INTRODUÇÃO

Nas formações sociais de todos os tipos, sejam as economicamente mais relevantes ou menos relevantes, as de formações politicamente mais organizadas ou menos organizadas, a dominação desempenha um papel claro de *poder*². Porém, nem toda posição de poder se manifesta como forma de dominação. Mas, em grande parte das formas de dominação, o modo como os meios econômicos são empregados para conservar a dominação influencia, diretamente, na estrutura em que se exerce o poder. Também ajuda na definição da estrutura aquela função intermediária que possui o interesse em obedecer, para obter ou manter o poder de domínio sobre aqueles em funções inferiores.

Nem sempre a dominação busca alcançar, para seus detentores, uma quantidade expressiva de bens, a simples disposição de bens, ou seja, na mão de quem os bens estiverem, ou como esta pessoa disporá dos bens, ocasionalmente estará exercendo, direta ou indiretamente, uma forma de dominação. Exemplificando, uma determinada pessoa, escolhida para ocupar um cargo de Secretário de Ação Social, que tem como uma das funções a distribuição de alimentos, poderá canalizar esta ação de diversas formas, como, por exemplo, atendendo aos interesses pessoais ou de quem o colocou no cargo, vislumbrando para um ou para o outro um cargo público de maior relevância em que

² Em sentido social, o poder pode ir desde a capacidade geral de agir, até a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: poder do homem sobre o homem. No campo da política, o poder é considerado como uma das variáveis fundamentais, em todos os setores de estudo da política: na análise das burocracias, das organizações de estruturas hierárquicas, das relações internacionais, dos sistemas políticos nacionais e locais. Desta forma, o poder está ancorado por um lado na institucionalização e na legitimação da autoridade e, por outro na possibilidade efetiva do recurso à ameaça e, como extrema medida, ao uso da violência (BOBBIO; MATTEUCCI; GIANFRANCO, 1995).

poderá exercer o domínio político. A maneira como sua atividade for exercida irá determinar por consequência as atitudes do assistido que, para sua subsistência, se deixará ser influenciado.

As formas com as quais é possível elencar os conceitos de dominação fazem com que não se restrinja a um único significado. A subsistência de toda dominação depende do apelo aos princípios de sua legitimação.

São três as formas de poder, a serem analisadas neste artigo, que podem validar e legitimar a dominação política, conforme a visão de Weber (1999a). São elas:

a) *Poder Burocrático*: baseado num sistema de regras racionais estatuídas, pactuadas ou impostas, que encontram obediência quando a pessoa por elas autorizada as exige. O portador individual do poder de mando está legitimado por aquele sistema de regras racionais, sendo seu poder legítimo, na medida em que é exercido de acordo com aquelas regras. Obedece-se às regras e não à pessoa. Ocorre quando a ação social de uma formação de domínio se baseia numa relação associativa racional;

b) *Poder Tradicional*: encontra seu fundamento na autoridade pessoal, na tradição sagrada, isto é, no habitual, no que tem sido assim desde sempre, tradição que prescreve obediência diante de determinadas pessoas. A ação social, numa visão vinculada a relações de autoridade tradicionais;

c) *Poder Carismático*: a formação de dominação carismática se apoia na autoridade não racionalmente e nem tradicionalmente fundamentada de personalidades concretas; esta pode encontrar seu fundamento na entrega ao extraordinário, ao novo, na crença no carisma, isto é, na revelação atual ou na graça concedida a determinada pessoa – em redentores, profetas e heróis de qualquer espécie.

Essas formas de poder compõem o que Weber denomina de tipos fundamentais puros da estrutura da dominação, que serão abordados e analisados no desenvolvimento deste artigo.

2 A DOMINAÇÃO BUROCRÁTICA

Alguns fatores, que formam o princípio das competências oficiais fixas, constituem a existência de uma autoridade burocrática, seja na dominação baseada no direito público ou na dominação de uma empresa burocrática de economia privada. São eles:

- a) a existência de uma forma de distribuição fixa das atividades regularmente necessárias para realizar os fins do complexo burocraticamente dominado, como deveres oficiais;
- b) a necessidade de os poderes de mando, determinados para cumprir esses deveres, estarem expressamente distribuídos, e os meios coativos que eventualmente podem empregar devem estar também expressamente delimitados por regras;
- c) a criação de providências planejadas, contratando pessoas com qualificação regulamentada de forma geral, para o cumprimento regular e contínuo dos deveres assim distribuídos e o exercício dos direitos correspondentes.

Outro princípio que constitui o funcionamento do poder burocrático é o da hierarquia dos cargos. Trata-se do sistema devidamente regulamentado de mando e subordinação das autoridades, com fiscalização das autoridades inferiores pelas superiores, oferecendo ao mesmo tempo, ao dominado a possibilidade de apelar de uma autoridade inferior à instância superior desta.

Para que uma administração seja considerada moderna e organizada, esta tem que se basear na organização dos seus documentos, cujo original sempre se registra e arquiva, e ter um quadro de funcionários subalternos e escrivães de todas as espécies, além de separar, por princípio, o escritório da moradia privada, distinguindo em geral a atividade oficial, como área especial, da esfera da vida privada, e os recursos monetários e outros meios oficiais da propriedade privada do funcionário. Formação que por toda parte é produto de um longo desenvolvimento. Encontra-se esta estrutura tanto nas empresas públicas quanto naquelas de economia privada, estendendo-se nestas últimas, também, ao empresário dirigente ou a profissionais liberais.

O avanço da organização burocrática deve-se à sua superioridade técnica sobre qualquer outro tipo de estrutura.

Com o desenvolvimento em alta escala dos aparatos burocráticos, torna-se mais econômico investir em funcionários qualificados que contribuem para a renovação dos procedimentos e para a busca de resultado mais calculáveis. Nesse sentido, Weber (1999a, p. 212) expõe:

A exigência da realização mais rápida possível das tarefas oficiais, além de inequívoca e contínua, é atualmente dirigida à administração, em primeiro

lugar, pela economia capitalista moderna. As modernas empresas capitalistas de grande porte são elas mesmas, em regra, modelos inigualados de uma rigorosa organização burocrática. Suas relações comerciais baseiam-se, sem exceção, em crescente precisão, continuidade e, sobretudo, rapidez das operações. Isto está condicionado, por sua vez, pela natureza peculiar dos modernos meios de transporte e comunicação, dos quais faz parte, entre outras coisas, o serviço de informações da imprensa. [...] A realização consequente da dominação burocrática significa o nivelamento da “honra” estamental e, portanto, quando não se restringe ao mesmo tempo o princípio da liberdade de mercado, a dominação universal da “situação de classe”. Se esta consequência da dominação burocrática não se deu por toda parte paralelamente ao grau de burocratização, isto se deve à diversidade dos possíveis princípios que determinam a cobertura das necessidades nas comunidades políticas. Mas também para a burocracia moderna, o segundo elemento, as “regras calculáveis”, tem importância predominante. A peculiaridade da cultura moderna, especialmente a de sua base técnico-econômica, exige precisamente esta “calculabilidade” do resultado.

Pode-se entender como estrutura burocrática perfeita aquela que se baseia na desumanização dos seus atos, na eliminação do amor, do ódio e de todos os elementos sentimentais, puramente pessoais e, de modo geral, irracionais, que criam obstáculos na execução das tarefas oficiais. As ordens movidas por simpatia pessoal, favor, gratidão, dão lugar ao especialista não envolvido pessoalmente e, por isso, rigorosamente objetivo.

Torna-se necessário nos lugares onde existe a democracia de massas, que visa acabar com os privilégios patrimoniais e plutocráticos, ter uma administração que coloca o trabalho profissional remunerado em destaque, respeitando as avaliações técnicas e pareceres devidamente fundamentados.

Uma estrutura burocrática plenamente realizada torna-se um complexo social quase extremamente sólido, como instrumento da transformação em relações de dominação. Ela continua sendo um meio de poder de primeira categoria para aquele que dispõe do aparato burocrático, desde que seja uma estrutura bem organizada, ordenada e dirigida de forma planejada. Aonde quer que a burocratização da administração tenha sido levada de maneira consistente, cria-se uma forma praticamente inquebrantável das relações de dominação. O funcionário individual não pode se desprender do aparato do qual faz parte. Os dominados, por sua vez, não podem nem prescindir de um aparato de dominação burocrático, uma vez existente, nem substituí-lo, porque este se baseia numa síntese bem planejada de instrução específica, especialização técnica com divisão do trabalho e firme preparo para exercer determinadas funções habituais e dominadas com destreza. Se este aparato suspende o trabalho ou é forçado a fazê-lo, a consequência é um caos, sendo difícil a tarefa de improvisar uma instituição substitutiva. Isso se aplica tanto à esfera

administrativa pública quanto à de economia privada, tal como se verifica com as greves de funcionários públicos, bem como com as greves e manifestações das categorias pertencentes à economia privada.

Pode-se dizer, com o devido cuidado, que a burocratização é fomentada pelo avanço da democracia, apesar de ser um fundamento particularmente favorável, é prudente deixar presente o fato de que a democracia é também inimiga do domínio burocrático, podendo criar, neste papel, rupturas e obstáculos muito sensíveis para a organização burocrática. Mesmo assim, o poder da burocracia plenamente desenvolvida é sempre muito grande, desde que pactuada com a sociedade no intuito de favorecer a todos de forma isenta na busca do fortalecimento institucional.

3 A DOMINAÇÃO TRADICIONAL

A estrutura tradicional da dominação se baseia em relações rigorosamente pessoais, superioridade física, dependência patrimonial, convivência, entre outras. Também denominada como dominação patriarcal, quando sua origem encontra-se na autoridade do chefe da comunidade doméstica ou de dominação patrimonial, quando há uma relação de poder em virtude dos bens que o senhor tradicional possui.

Para uma melhor compreensão dos fundamentos básicos que norteiam o poder institucional, apresentado no tópico anterior, e o poder tradicional, Weber (1999a, p. 234) faz um paralelo entre a dominação burocrática e a patriarcal:

[...] ambas encontram seu apoio interior, em última instância, na obediência a “normas” por parte dos submetidos ao poder. Estas normas, no caso da dominação burocrática, são racionalmente criadas, apelam ao senso da legalidade abstrata e baseiam-se em instrução técnica; na dominação patriarcal, ao contrário, fundamentam-se na “tradição”; na crença na inviolabilidade daquilo que foi assim desde sempre. E a significação das normas é nas duas fundamentalmente diferente. Na dominação burocrática é a norma estatuída que cria a legitimação do detentor concreto do poder para dar ordens concretas. Na dominação patriarcal é a submissão pessoal ao senhor que garante a legitimidade das regras por este estatuídas, e somente o fato e os limites de seu poder de mando, têm por sua vez, sua origem em “normas”, mas em normas não-estatuídas, sagradas pela tradição.

O poder de domínio patriarcal está inserido, pela tradição, na figura do “senhor” e caso o seu poder não esteja limitado pela tradição ou por poderes concorrentes, ele o exerce de forma ilimitada, arbitrária e sem compromisso com regras. Nesses casos de autoridade

doméstica, situações remotas, naturalmente surgidas, é que se vai construindo a fonte da crença na autoridade, baseada em piedade; na convivência especificamente íntima, pessoal e duradoura no mesmo lar, daqueles que são os dominados submetidos à comunidade doméstica; na superioridade normal da energia física e psíquica do homem para a mulher submetida à autoridade doméstica; na necessidade objetiva de apoio para a criança; no hábito e na influência persistente da educação e lembranças arraigadas da infância e juventude para o filho; e, para o servo, baseada na falta de proteção fora da esfera de poder de seu patrão.

O patriarcalismo não se baseia somente em vínculos de sangue, a primitiva concepção patriarcal trata das relações entre procriação e nascimento, é o poder doméstico sob o aspecto de propriedade. Os filhos de todas as mulheres submetidas ao poder doméstico (tradicional) de um homem, tanto da esposa como das escravas, eram considerados, independentemente da paternidade biológica, “seus filhos” ou seus protegidos, assim como são considerados seus gados os animais nascidos de seus rebanhos.

O comunismo primitivo exercido nas comunidades domésticas, tanto na esfera sexual quanto na econômica, foi submetido a limites cada vez mais estreitos, devido ao sucesso de outras formas de dominação, como a da “empresa” racional, tratando-se de uma descentralização da comunidade doméstica.

Essa própria relação de dependência permanece como uma relação de lealdade. Mas, uma relação baseada em tal fundamento, por mais que se represente inicialmente uma denominação puramente unilateral, faz surgir a exigência de reciprocidade, por parte dos submetidos ao poder e, essa exigência, em virtude da natureza da relação, adquire reconhecimento social como costume. O senhor detentor do poder tradicional, de acordo com o costume, deve ao submetido a proteção de perigos externos ou algo em troca pela exploração da capacidade de trabalho do dominado. Em contrapartida, o submetido deve ao senhor seu apoio, com todos os meios disponíveis.

Nos casos da estrutura de dominação patriarcal, em que o poder doméstico é descentralizado mediante a cessão de bens aos filhos ou, eventualmente, a outros dependentes da comunidade doméstica, Weber denomina como “dominação patrimonial”.

A obtenção de um domínio político de um senhor sobre outros, não submetidos ao poder doméstico, significa então a agregação ao poder doméstico de outras relações de dominação. Conforme cita Weber (1999a, p. 246):

O senhor patrimonial político está unido com os dominados numa comunidade consensual, a qual existe também independentemente de um poder militar patrimonial autônomo e se baseia na convicção de que o poder senhorial *tradicionalmente* exercido seja o direito legítimo do senhor. A uma pessoa neste sentido “legitimamente” dominada por um príncipe patrimonial queremos chamar aqui de “súdito político”.

Aparentemente, na relação de dominação política patrimonial, com a progressiva divisão das funções e racionalização, sobretudo com o aumento das tarefas escritas e o estabelecimento de uma hierarquia ordenada de instâncias, pode assumir traços burocráticos. Porém, falta ao cargo patrimonial a distinção burocrática entre a esfera “privada” e a “oficial”: estas se confundem. A administração política é tratada como assunto puramente pessoal do senhor, e a propriedade e o exercício do seu poder político, como parte integrante de seu patrimônio pessoal. A forma com que ele exerce o poder é objeto de seu livre arbítrio, desde que a santidade da tradição, que interfere por toda parte não lhe imponha limites. Toma decisões puramente pessoais até mesmo sobre a delimitação das competências e atribuições de seus funcionários e protegidos.

Ao contrário da burocracia, o servidor patrimonial tem uma relação, puramente pessoal, de submissão ao senhor. A fidelidade ao cargo do funcionário patrimonial não é uma fidelidade objetiva do servidor perante tarefas objetivas, cuja extensão e conteúdo estão delimitados por determinadas regras, mas, sim, uma fidelidade de criado que se refere de forma rigorosamente pessoal ao senhor e constitui uma parte integrante de seu dever de princípio universal de piedade e fidelidade. Dessa forma, a estrutura de dominação patrimonial política não conhece o conceito de “competência” nem o de “autoridade administrativa” no sentido conceitual moderno. Vigora uma situação de relação de poder sempre instável, sem garantias expressas.

Nessa estrutura de dominação política, a capacidade pessoal do senhor de impor a sua vontade é, em alto grau, decisiva para a proporção em que este realiza na prática seu poder nominal, assegurando a qualquer custo a unidade de seu domínio para que suas pretensões sejam garantidas.

4 A DOMINAÇÃO CARISMÁTICA

Na estrutura de poder tradicional, que tem como qualidade importante a continuidade, o patriarca é o líder natural da vida cotidiana. Na estrutura burocrática, que também possui caráter cotidiano, mas dentro da esfera racional, tem-se uma relação permanente com seu sistema de regras racionais e de satisfação de necessidades constantes e quase

sempre previsíveis. Em oposição a toda espécie de organização administrativa, a estrutura de dominação carismática não conhece nenhuma forma e nenhum procedimento ordenado de nomeação ou demissão, nem de carreira ou promoção; não conhece nenhum salário, nenhuma instrução especializada, regulamentada do portador do carisma ou de seus ajudantes e nenhuma instância controladora ou à qual se possa apelar; não lhe estão atribuídos determinados distritos ou competências objetivas exclusivas e, por fim, não há nenhuma instituição permanente e independente das pessoas e da existência de seu carisma pessoal, à maneira das autoridades burocráticas.

Ao contrário, o detentor do poder carismático conhece apenas determinações e limites imanentes. O portador do carisma assume tarefas que considera adequadas e exige obediência e adesão em virtude de sua missão. Seu sucesso dependerá do êxito em sua missão. Caso esta não seja reconhecida por aqueles aos quais ele se sente enviado, sua exigência fracassa. A satisfação de todas as necessidades que transcendem as exigências da vida econômica cotidiana tem fundamentos carismáticos. Enfatiza Weber (1999, p. 326)

O herói carismático não deriva sua autoridade de ordens e estatutos, como o faz a “competência” burocrática, nem de costumes tradicionais ou promessas de fidelidade feudais como o poder patrimonial, mas sim consegue e a conserva apenas por *provas* de seus poderes na vida. Deve fazer milagres se pretende ser um profeta, e realizar atos heróicos, se pretende ser um líder guerreiro. Mas, sobretudo deve “provar” sua missão divina no *bem estar* daqueles que a ele devotamente se entregam. Caso contrário, ele evidentemente não é o senhor enviado pelos deuses.

O fundamento do poder carismático está no reconhecimento puramente efetivo da missão pessoal do senhor carismático pelos dominados e tem sua origem na entrega fiel ao extraordinário, alheio a toda regra e tradição e por isso considerado “divino”, e que pode nascer do desespero ou do entusiasmo. A dominação carismática genuína desconhece disposições jurídicas, regulamentos abstratos e a jurisdição formal. Seu direito se concentra no resultado concreto da vivência extremamente pessoal de graça celestial e força heroica. Significa renúncia ao compromisso com toda ordem externa em favor da glorificação exclusiva do autêntico espírito profético e heroico. E principalmente, comporta-se de maneira revolucionária, podendo inverter valores e romper soberanamente com todas as normas tradicionais ou racionais instituídas.

A dominação política carismática, contraria a afirmação de que a racionalização e a ordem racional revolucionam “de fora para dentro”, exercendo seus efeitos e manifestando

seu poder revolucionário “de dentro para fora” a partir de uma reação central homogênea do modo de pensar dos dominados, quase sempre de forma cega.

Enquanto a ordem burocrática se limita a substituir a crença na santidade por normas racionais, pelo fortalecimento das instituições e a dominação tradicional, fundamentada no poder patriarcal, patrimonial, na dependência pelo costume, o poder carismático, em sua forma de manifestação suprema, rompe todas as regras e tradição, em vez do respeito diante dos costumes, exige o carismático sujeição íntima ao nunca visto, devoção absolutamente singular.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dominação política, num sentido mais amplo, é um dos elementos mais importantes da ação social. Isso não representa que toda ação social possui uma estrutura direcionada a uma forma de dominação, mas, em sua maioria, há uma correlação entre uma e outra.

Como foi possível observar no artigo apresentado, em diversas estruturas, sejam elas públicas ou privadas, há como detectar ações que apontam para uma determinada forma de dominação. Os fins são distintos assim como suas ações e, por conseguinte, a maneira de exercer a dominação é diferente. Nesse sentido, Weber (1999a, p. 187) é bem contundente: “todas as áreas da ação social, sem exceção, mostram-se profundamente influenciadas por complexos de dominação.”

Para que ocorra a relação entre dominador e dominado, não apenas diretamente na esfera das relações ou dos mercados privados, mas também em outras situações de dominação, é necessário que haja a obediência. A obediência pode ser refletida no cumprimento do mandado por convicção de sua conformidade, por um sentimento de obrigação, por medo, por mero costume, por causa de vantagens pessoais ou por devoção. Quem exerce a dominação política está administrando um poder de domínio. O poder de comando pode assumir várias aparências, até mesmo aquela em que o dominador está “a serviço” dos dominados.

O estudo da teoria weberiana, que tipifica as várias formas de dominação política, identifica de forma delimitada os princípios fundamentais que alicerçam a base das três formas de poder dominador: a burocrática, a tradicional e a carismática.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Ed. UnB, 1985.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de política**. Tradução de João Ferreira. 7. ed. Brasília: Ed. UnB, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência e política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- FRANÇA, Júnia Lessa et al. **Manual para normalização de publicações técnico-científicas**. 8. ed. Rev. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009.
- IANNI, Octavio. **A formação do estado populista na América Latina**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ática, 1989.
- LEAL, Vítor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.
- LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. **Democracia e instituições políticas no Brasil dos anos 80**. São Paulo: Loyola, 1993.
- RODRIGUES, Marly. **A década de 50: populismo e metas desenvolvimentistas no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1996.
- TABAK, Fanny (Org.). **Ideologias: populismo**. Rio de Janeiro: Eldorado, 1973.
- WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Ed. UnB, 1999a.
- WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. Tradução de Leônidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 1999b.
- WEFFORT, Francisco Correia. **O populismo na política brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

Teoria da Empresa Shopping Oiapoque

JORDANO SOARES AZEVEDO¹

RESUMO: Belo Horizonte, século XXI. O desemprego e a falta de oportunidades, associados a outros fatores econômicos, promovem a formação de um novo tipo de mercado que se instala de forma caótica nas ruas da capital mineira. Neste segmento econômico, empreendedores não registrados praticam o comércio de mercadorias ilegais, em prejuízo dos comerciantes legalmente estabelecidos. A Administração Pública municipal, diante desta situação periclitante, e movida pela necessidade de se adequar aos comandos do Estatuto da Cidade, firma parceria com a iniciativa privada, determinando a alocação daqueles comerciantes em um centro popular que se destinaria exclusivamente à prática daquela atividade. Assim surge o Shopping Popular Oiapoque. Aquela atividade desorganizada, condenada pela sociedade, e perseguida pelas autoridades, ganhou nova força, já que o diversificado mercado de bens e serviços que ali se oferece sofreu estímulos externos para o seu desenvolvimento, como facilidade de crédito, estoque de mercadorias e a demanda por consumidores de diversas camadas da sociedade. Esta situação proporcionou certos benefícios, como a melhor forma de organização empresarial, ascensão social e econômica, mas, no fundo, ainda oculta malefícios para a maioria dos vendedores, os quais não dispõem de recursos para competir com empresários de médio e de grande porte que ali se estabeleceram, sem contar com o prejuízo irreparável à imagem daqueles comerciantes ocasionado pelas intervenções arbitrárias do Poder Público, divulgadas pela imprensa com um tom de “escândalos de ilegalidade”. No seu aspecto jurídico, o ambiente é marcado pela notória contradição, já que os empresários, geralmente organizados irregularmente e sem um planejamento adequado, recebem a autorização de funcionamento da Prefeitura, mas, em contrapartida, dedicam-se a atividades ilegais. Para explicar como se sustenta esta contradição, não se vislumbrou outra solução senão a de se atribuir à força do direito consuetudinário empresarial a causa ou razão que mantém em funcionamento aquela atividade. Por fim, verifica-se se a Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, que cria a possibilidade de constituição de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, poderia incentivar os empreendedores do Shopping Oiapoque a se organizarem nos moldes da lei. Nesta análise, as conclusões não foram otimistas, tendo em vista que a nova Lei impõe exigências faticamente inviáveis em se tratando de pequenos empresários como os populares atuantes no ambiente do shopping Oiapoque.

¹ Mestre em Direito Privado. Especialista em Direito Civil. Professor de Direito na Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas, no Centro Universitário de Sete Lagoas e na Universidade Federal de Ouro Preto. Advogado.

Palavras-chave: Comércio ilegal; organização; mercado popular; estímulos externos; desenvolvimento; benefícios e prejuízos; ambiente de contradição; normas consuetudinárias empresariais; responsabilidade limitada;

ABSTRACT: Belo Horizonte, the 21ST century. Unemployment and lack of opportunities, associated with other economic factors, promote the formation of a new type of market that settles in the chaotic streets of the capital of Minas Gerais. In this economic segment, unregistered entrepreneurs practicing the trade in illegal goods, to the detriment of traders legally established. The municipal public administration, in the face of this situation fragile, and moved by the need to adapt to the commands of the status of the city, firm partnership with the private initiative, determining the allocation of those merchants in a popular Centre which would exclusively to the practice of that activity. Thus arises the Mall Popular Oiapoque. That disorganized activity, condemned by society, and persecuted by the authorities, gained new strength, as the diversified market for goods and services that it offers suffered external stimuli for development, such as ease of credit, stock of goods and the demand by consumers of various layers of society. This situation has provided certain benefits, such as the best form of business organization, social and economic rise, but, in essence, still hidden harm for most sellers, which lack the resources to compete with entrepreneurs of medium and large enterprises that settled there, not to mention the irreparable injury to the image of those merchants caused by arbitrary interventions of public authorities, disclosed by the media with a tone of “scandals of illegality”. In its legal aspect, the environment is marked by notorious contradiction, since entrepreneurs, generally arranged irregularly and without proper planning, receive authorization for operation of the Prefecture, but, on the other hand, are dedicated to illegal activities. To explain how holds this contradiction, not envisioned other solution than to be assigned to the force of customary law business the cause or reason that keeps running that activity. Finally, we check if the law of July 11, 2011 12.441, which creates the possibility of lodging of Individual enterprise with limited liability, could encourage entrepreneurs shopping Oiapoque to organise themselves along the lines of the law. This analysis, the conclusions were not optimistic, given that the new law imposes requirements unviable in fact, in terms of small business owners as the popular shopping environment focused Oiapoque.

Keywords: Illegal trade; Organization; popular market; external stimuli; development; benefits and losses; environment of contradiction; customary business standards; limited liability;

“Tomar para si alguma coisa (ou alguém), é um jogo que as crianças podem desistir de fazer muito cedo, quando descobrem que nada é completamente de ninguém. De fato, *ter* é uma ideia que não se consegue realizar, mas que às vezes nos acompanha por toda a vida. Poucas miragens persistem com tanta força e consomem tanta energia humana.” (Luís Carlos Lisboa).

1 INTRODUÇÃO

O mercado informal sempre foi uma realidade presente na sociedade brasileira, resultado da conjugação de diversos fatores econômicos que propiciaram a formação de uma atividade empresarial paralela que não encontrava legitimidade perante a ordem jurídica.

Neste contexto, era comum encontrar, nos grandes centros urbanos das principais cidades brasileiras, ruas e avenidas inteiras tomadas por barracas e estantes de vendedores chamados de ambulantes, camelôs ou troteros.

Não obstante se tratar de uma situação vivenciada na maioria das metrópoles do país, para fins desta pesquisa, limitar-se-á ao estudo da experiência observada no município de Belo Horizonte que, em 2003, firmou parceria com a iniciativa privada para alocar os comerciantes em um local que se destinaria àquela atividade dantes executada nas ruas, esquinas e calçadas da capital mineira.

Assim surgiu o conhecido Shopping Oiapoque, um verdadeiro centro comercial destinado à realização de atividades que faziam parte do mercado informal e que, após a chancela do Poder Público municipal, conquistou relativa legitimação jurídica, eis que, a par das contradições que serão abordadas oportunamente, a administração do município, explicitamente, reconheceu e incentivou o desenvolvimento dos negócios.

A Parceria Público-Privada que deu origem ao Shopping “Oi” trouxe inegáveis benefícios sociais para os empreendedores, como ascensão econômica, intelectual e profissional, como bem retrataram valiosas pesquisas do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica (PUC), das quais far-se-á constantes referências ao longo deste trabalho.

As mencionadas obras não deixaram de destacar que, apesar dos benefícios, o ambiente do Shopping encerra contradições evidentes, pois, se de um lado o Poder Público reconhece e legitima a atividade daqueles empreendedores, de outro, impõe medidas coercitivas de punição e controle que, ao melhor entender, servem apenas como uma fachada para dar uma pseudossatisfação à sociedade de que o império das leis não “caiu”. Em outros termos, as medidas coercitivas, tais como mandados de busca e apreensão, os flagrantes preparados em atividades conjuntas das Polícias Federal e Estadual, amplamente divulgados nos meios de comunicação, servem tão somente para revelar um falso poder de controle para dizer, em suma, que as leis estão sendo cumpridas.

Tal atitude do Poder Público é extremamente nociva para a imagem dos empreendedores, que receberam a outorga do Poder Público para realizar suas atividades. Como foi bem acentuado no trabalho de Rosa e Oliveira (2011), muito além do reconhecimento, alguns empreendedores carecem de suporte material (incentivos econômicos) e intelectual (cursos de capacitação), a fim de obter orientação profissional para a gestão adequada dos negócios. Não basta o Poder Público “abrir os olhos” para reconhecer a realidade; muito além, é preciso fornecer subsídios para que os comerciantes do Shopping “Oi” possam organizar a empresa em conformidade com o direito e, assim, obter o reconhecimento amplo e irrestrito de todas as camadas da sociedade.

Dessa forma, são expostas as posições adotadas nas citadas pesquisas das Ciências Sociais, no sentido de ser necessária uma atuação positiva e “não reativa” do Estado.

Além de pretender retratar um pouco desta realidade, ter-se-á o escopo de realçar os aspectos jurídicos que giram em torno do tema, o que será feito por etapas. Na primeira, o foco do estudo se prenderá na análise das diversas irregularidades e ilegalidades que podem ser facilmente constatadas naquela atividade.

No relato de tais práticas, muitas delas observadas por experiência própria², será feita uma primeira conexão do tema com o Direito Empresarial, pois foi observado que o sucesso do Shopping popular guarda alguns aspectos semelhantes em relação com as próprias origens deste ramo do Direito.

E isto porque, assim como ocorreu na Idade Média, no período em que surgiram as primeiras Corporações de Ofício, o desenvolvimento das atividades do Shopping se deve ao que se pode chamar de “força propulsora da atividade comercial” que é capaz de impulsionar a atividade, se desenvolver e dar origens a normas específicas, válidas, em um primeiro momento, apenas para os comerciantes integrantes daquele segmento social (antes, as corporações; agora, os shoppings populares), para, em seguida, com a reiteração das práticas, ocorrer o ingresso de tais normas no âmbito do direito comum, reduzindo, assim, o esquadro de abrangência do Direito Empresarial. É o que Gonçalves Neto (2008) chama de fenômeno da “ampliação, generalização e redução” da abrangência normativa do Direito Empresarial.

Nesta sequência, traz-se à tona assunto atualíssimo afeto ao Direito Societário, que diz respeito à Lei n.º 12.441, de 11 de julho de 2011, que introduz dispositivos no Código Civil para permitir a constituição de “Empresa Individual de Sociedade Limitada (EIRELI)”.

Sobre a nova Lei, não se tem a pretensão de despertar aspectos polêmicos no que tange a eventuais problemas conceituais ou de natureza jurídica que certamente estarão presentes na literatura de cátedra pertinente. Atendendo mais à praticidade, buscar-se-á traçar objetivamente os impactos positivos ou negativos que a alteração legislativa pode provocar no segmento específico do Shopping popular Oiapoque, para fins de extrair algumas conclusões, as quais, pelas vias da indução, poderão ser cautelosamente generalizadas, se for o caso.

Tal proposta se alinha aos objetivos do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC (PROPG-PUC), que atualmente prima por trabalhos que conjugam teoria e prática.

Definidos o plano e o objetivo da pesquisa, iniciar-se-á com uma breve exposição histórica acerca da criação do Shopping Popular Oiapoque, marco de crucial importância por conferir legitimidade jurídica (ainda que relativa) a uma atividade que sempre foi exercida sem

² O autor já que teve a oportunidade de gerir uma pequena carteira de clientes de um banco privado, em uma agência com atuação específica naquele nicho comercial.

amparo da legalidade, o que provocou uma visão social preconceituosa e distorcida dos comerciantes que atuam neste segmento do mercado.

2 EM BUSCA DA LEGITIMIDADE JURÍDICA E RECONHECIMENTO SOCIAL

Não se pode prosseguir nesta investigação sem antes delimitar conceitos de suma importância para o desenvolvimento do trabalho. Nesse passo, será adotado o significado de mercado atribuído por Sztajn (2010, p. 14). Para a referida autora, mercado é um instrumento, ou uma “[...] condição objetiva necessária para a produção e circulação de bens – mercadorias e serviços –, existentes, atuais ou em processo, para satisfação de necessidades, com o que se cria bem-estar e se produz riqueza.”.

Pouco adiante, Sztajn demonstra que a estrutura dos mercados é vista sob dois ângulos distintos. O primeiro, de cunho liberal clássico (*laissez-faire*), ponto de vista segundo o qual os mercados são estruturas essencialmente livres, que contribuem naturalmente para a alocação eficiente de recursos, prescindindo, para tanto, de intervenção estatal para a sua conformação.

Uma segunda corrente, de natureza institucionalista, preconiza, ao contrário, que os mercados são estruturas resultantes de normas jurídicas e sociais e dependem, assim, da regulação estatal para que a alocação dos recursos se faça de forma eficiente.

Sem a pretensão de aprofundar nos fundamentos das duas vertentes acima apresentadas, para fins deste trabalho, ficar-se-á com a posição intermediária de Natalino Irti, autor italiano citado por Sztajn (2010, p. 23), segundo o qual “[...] mercados resultam de escolhas políticas acolhidas pelo ordenamento [...]”.

Neste sentido, também se compartilha do entendimento de Sztajn (2010, p. 23), pois é forçoso reconhecer que “[...] as normas de direito posto espelham escolhas do legislador baseadas em práticas e anseios da sociedade [...]”.

A concepção de Irti (*apud* Sztajn) sobre mercados explica corretamente a realidade que se pretende demonstrar neste trabalho, qual seja, a que concerne à escolha do Poder Público municipal de Belo Horizonte que, no ano de 2003, determinou a realocação dos empreendedores ambulantes em um espaço físico delimitado, com vistas à ordenação do espaço urbano e gradativa regularização daquelas atividades.

Sob este aspecto, cumpre acentuar que a noção de mercado formal ou informal resulta, respectivamente, do maior ou menor nível de organização da atividade destinada à produção e circulação de riquezas.

O nível de organização também é utilizado como fator diferenciador no artigo de autoria de Rosa e Oliveira (2011), que utilizaram do conceito de mercado informal divulgado na 15.^a Conferência de Estatísticos do Trabalho promovida pela Organização Mundial do Trabalho (OIT), em 1993.

Pelo conceito acolhido pela citada entidade internacional, o “setor informal” seria caracterizado por “[...] pequenos negócios, registrados ou não, individuais, familiares ou com até cinco empregados, caracterizados por produção em pequena escala e com baixo nível de organização.” (ROSA; OLIVEIRA, 2011, folhas 12).

Os aludidos autores ainda fazem a distinção entre mercado informal e informalidade, aduzindo que o primeiro diz respeito às unidades produtivas de pequeno porte, enquanto o segundo se caracteriza pelo descumprimento de encargos sociais aos quais têm direito os trabalhadores (idem, p. 12).

Fica-se, então, com os conceitos acima delineados para que se possa dar sequência à demonstração da presente pesquisa.

Como referido na parte introdutória, a alocação dos empreendedores no Shopping popular Oiapoque, também denominado “Oi”, aconteceu no ano de 2003 por meio de uma parceria do Poder Público com a iniciativa privada.

É importante assinalar que, antes desse acordo, o Município enfrentava problemas de organização do espaço urbano, pois Belo Horizonte, assim como outras grandes cidades brasileiras, não foi planejada para suportar o contingente populacional que nela se instalou.

Segundo estatísticas colhidas por Rosa e Oliveira (2011), em 1997, ano do centenário da capital, Belo Horizonte contava com mais de dois milhões de habitantes, e com isso a ocupação do espaço urbano, principalmente da região central, área comercial de tradição, passou a ser degradada.

Somam-se a isso os constantes conflitos deflagrados entre os comerciantes locais estabelecidos no centro e os vendedores ambulantes, já que os primeiros sempre se queixavam

de concorrência desleal, posto que os camelôs e toreros não pagavam tributos e outros custos de transação; e, assim, conseguiam fixar preços inferiores aos praticados no mercado.

Foi assim que, gradativamente, a noção que muitos belo-horizontinos adquiriram do centro da capital associou-se a uma intuitiva ideia de perigo, desorganização e sujeira (ROSA; OLIVEIRA, 2011).

Este cenário contribuiu para o desprestígio social daquele segmento de empreendedores que buscavam espaço no mercado, eis que, além de não serem detentores do reconhecimento jurídico (legitimação), também não desfrutavam de reconhecimento social, posto que a imagem que se fez daqueles empresários se vinculou a uma fria noção de clandestinidade.

Era imprescindível, então, que o Poder Público adotasse alguma providência, em atendimento ao comando emanado no artigo 182 da Constituição da República de 1988 que, em 10 de julho de 2001, foi regulamentado pela Lei n.º 10.257 (Estatuto da Cidade). O texto constitucional encontra-se assim redigido:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

No intuito de implementar os objetivos definidos pelo Estatuto da Cidade, foi editada a Lei municipal 8.616, de 14 de julho de 2003, que contém o Código de Posturas do Município de Belo Horizonte. Com relação ao exercício de atividades em logradouros públicos (Capítulo IV, Seção I), a redação original desta Lei, hoje alterada como se verá, dispunha do seguinte texto:

Art. 116. O exercício de atividades em logradouro público depende de licenciamento prévio junto ao Executivo.

[...]

Art. 118. Fica proibido o exercício de atividade por camelôs e toreros em logradouro público.

Art. 119. O regulamento deste Código poderá:

[...]

III - definir locais específicos para a concentração do comércio exercido por ambulantes.

Outro dispositivo que merece destaque vem logo em seguida, e tem o seguinte teor:

Art. 129. Somente é permitida a comercialização no logradouro público de mercadoria com origem legal comprovada.

Releva anotar que a Lei municipal 8.616/03 foi recentemente alterada pela Lei 9.845, de 8 de abril de 2010. Da análise das alterações promovidas, é possível inferir um trato mais rigoroso da Administração Municipal no que diz respeito às atividades executadas em logradouro público, o que se percebe, por exemplo, pela extensão da vedação do uso também aos flanelinhas (artigo 118 com sua nova redação), a proibição da utilização do passeio por ambulantes, o redirecionamento dos ambulantes já licenciados para logradouros ou vias acessíveis e a proibição da emissão de novas licenças para ambulantes em passeio público. A regra está descrita nos seguintes termos:

Art. 118-A. Fica proibida a utilização do passeio por ambulantes.

§ 1.º Os ambulantes já licenciados para o exercício de atividade no passeio deverão ser redirecionados, sempre que possível, para outras áreas no logradouro público acessíveis e atrativas.

§ 2.º Não serão emitidas novas licenças para o exercício de atividade no passeio.

Para o desenvolvimento do texto, há a necessidade de transcrição do Estatuto da Cidade, no seguinte segmento:

Art. 2.º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

[...]

III - cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

[...]

Também é forço explicar que a parceria público-privada pode ser caracterizada como

[...] o acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do poder público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes (CARVALHO FILHO, 2011, p. 392).

Assim, com fundamento no artigo 118, inciso III, da Lei 8.616/03, assim como na disposição contida no artigo 2.º, inciso III do Estatuto da Cidade, a Administração do Município firmou, em 2003, parceria com a iniciativa privada (Parceria Público-Privada) para estabelecer um

local aonde se concentrariam as atividades antes exercidas pelos camelôs e toreros nos logradouros públicos. A origem do Shopping Oiapoque, assim como de outros três Shoppings populares de destaque na capital (Tupinambás, Xavante e Caetés) está estritamente relacionada, então, com o processo de ordenação e ocupação do solo que, por determinação expressa da Lei 10.257/01, caberia ao Município promover para a garantia do bem-estar e qualidade de vida dos cidadãos (ROSA; OLIVEIRA, 2011).

Este processo retrata a conquista da legitimação jurídica daquela parcela de empreendedores que desenvolvia suas atividades às margens da legalidade. É importante registrar que a atuação do Poder Público, juntamente com a iniciativa privada, foi totalmente pautada na legalidade, em consonância com os objetivos traçados pelo Estatuto da Cidade, mesmo que, para isso, fosse necessário, como se verá, tolerar algumas irregularidades e ilegalidades que tornaram aquele ambiente, pelo menos nos primeiros anos de sua existência, repleto de contradições e caracterizado por uma configuração jurídica específica sobre a qual se ocupará adiante.

De qualquer forma, é preciso assinalar que, no período de 2003 (o Shopping Oi foi inaugurado em 4 ago. 2003) a meados de 2005, houve a transferência de 1.772 camelôs e toreros das ruas para os Shoppings (ROSA; OLIVEIRA, 2011, folhas 18). Consequência da conquista desta legitimidade foi a obtenção do reconhecimento social, pois os empreendedores se sentiam orgulhosos de estar honrando com os mesmos encargos que os lojistas estabelecidos pagavam, tais como aluguel, condomínio e outras despesas decorrentes de sua atividade.

Relatos, colhidos *in locu*, daqueles empreendedores, demonstram fielmente o sentimento dos lojistas em relação a sua atividade, conforme se vê:

[...] Hoje nós não somos, hoje ninguém aqui é mais camelô, hoje do mesmo jeito que a loja ali paga o aluguel, nós pagamos [...] (ROSA, OLIVEIRA, 2011)³

Mas, não foi apenas o aumento dos custos de transação na atividade dos empreendedores que reforçou o sentimento de orgulho pela profissão e o reconhecimento social. Como se destacará no tópico seguinte, o Shopping Oiapoque, com a relativa legitimidade que lhe atribuiu o Poder Público, sofreu o influxo de quantias volumosas de recursos financeiros, o que coincidiu com um período de facilidade de obtenção de artigos importados, em especial

³ Trecho de entrevista obtida no próprio local pelos autores em 19/04/2010, disponível também em áudio para consulta, com os autores.

os eletroeletrônicos (*notebooks*, celulares, mp3 e suas posteriores versões, *i-phone*, equipamentos de áudio e vídeo, etc.). A conjugação desses fatores fez com que se despertasse o interesse de vários segmentos sociais em obter dos lojistas do “Oi” os artigos que necessitavam, alguns deles somente obtidos naquele local.

Segundo informações colhidas na dissertação de mestrado de Vilas Bôas (2009), consumidores de distintas camadas sociais se dirigiam ao Shopping para adquirir produtos. A autora realizou pesquisa de campo e seu trabalho, com nítida preponderância descritiva, ela conta em certa passagem:

[...] Com relação aos consumidores, as discrepâncias sociais eram perceptíveis o espaço desse shopping e na própria diversidade das pessoas, que era evidenciada pelo tipo de consumo e pelo poder de compra de cada indivíduo [...]. As hierarquias simbólicas se revelam no espaço social do Oiapoque a partir do tipo de bem consumido. Ou seja, o consumo pode explicitar as disposições dos sujeitos, seus arranjos de sociabilidades e as relações de poder. Durante uma venda, uma senhora de classe média que morava no Belvedere⁷⁵ comprou um tênis falsificado de marca, mas abriu uma sacola e mostrou que havia comprado mais quatro pares de tênis para a sua filha e disse: ‘Hoje a gente precisa ter vários diferentes. Por isso, estou comprando mais esse. Ela [a filha] precisa de vários tipos’ (Suzana). Enquanto em outra venda, um consumidor que estava acompanhado de seus filhos e sua esposa, que aparentavam ser bem pobres, negociava um tênis de marca de R\$25,00 para um de seus filhos: ‘Não tem jeito de fazer mais barato, não? Diminui um pouquinho... Ajuda a gente aí? A gente quer ficar bem, né?’ (Pedro). Ainda que diferentes esferas consumam um mesmo bem falsificado, verifica-se diferenciação social dentro desse consumo em que as esferas mais ricas conseguem comprar uma maior variedade de marcas, além de adquirir aqueles modelos que em lojas comuns seriam os mais caros (VILAS BÔAS, 2009, p. 107).

Mas, apesar do aquecimento do comércio, com o Shopping bastante movimentado e das boas vendas, não se pode deixar de destacar algumas operações irregulares que ali se praticavam. Esta situação contraditória chamou a atenção de estudiosos, como a seguir:

[...] no “shopping” o indivíduo não é mais um camelô, do ponto de vista objetivo da situação, mas permanece sendo juridicamente, e ao mesmo tempo não é considerado legalmente um empreendedor, muito menos assume tal *status* perante os olhos da sociedade (JESUS; LOTT, 2007, folhas 11).

O trecho em destaque é extremamente útil para viabilizar a discussão e a análise do tema que se pretende despertar, mas não se está de acordo com tal posicionamento, pois, independentemente da forma como se organiza a atividade produtiva, os lojistas do Shopping

Oi são, sim, considerados empresários para efeitos legais. E assim devem ser tratados, nos termos do artigo 966, *caput* do Código Civil, pois, para o qual “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”.

A falta da constituição do empresário como empresa individual ou como sociedade não lhe retira o *status* de empresário. É importante assinalar que o registro na Junta Comercial não é requisito para a constituição do empresário, mas condição de sua regularidade (GONÇALVES NETO, 2008), situação complementemente distinta. Aliás, prova de que o empreendedor popular é considerado empresário está na própria Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (Regula a recuperação judicial, extrajudicial e falências), pois o empresário irregular, embora não tenha legitimidade ativa para requerer a falência de outro empresário (§ 1.º do art. 97), está legitimado a postular a própria falência (art. 97, inc. I c/c art. 105, inc. IV). Como suporte, há a transcrição da legislação em assunto:

Art. 97. Podem requerer a falência do devedor:

I - o próprio devedor, na forma do disposto nos arts. 105 a 107 desta Lei;

[...]

§ 1.º O credor empresário apresentará certidão do Registro Público de Empresas que comprove a regularidade de suas atividades.

[...]

Art. 105. O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, acompanhadas dos seguintes documentos:

[...]

IV - prova da condição de empresário, contrato social ou estatuto em vigor ou, se não houver, a indicação de todos os sócios, seus endereços e a relação de seus bens pessoais;

[...]

Ressalta-se, também, que a ilegalidade do objeto da atividade igualmente não se mostra um fator que retira a condição do lojista de empresário. O verdadeiro problema reside justamente neste ponto, pois o comerciante do Shopping Oi, que antes comercializava ilegalmente artigos que, aos olhos de todos, eram sabidamente de origem da pirataria, passou a adquirir legitimidade para montar um “Box” em um centro comercial e realizar suas atividades.

No próximo tópico, o escopo será o de retratar, com base em experiência própria adquirida enquanto gestor de carteira comercial de certo banco múltiplo, algumas práticas irregulares e ilegais praticadas, não com o objetivo de uma denúncia, até porque a experiência será compartilhada com a devida omissão de dados, mas sim com o objetivo de demonstrar a

ingenuidade e falta de instrução de certos empresários que, em um período de boas vendas comerciais, passaram a manter constantes relações com bancos, financeiras e operadoras de cartões de crédito, assim como a administração tributária.

3 A PRÁTICA COMERCIAL NO DIA A DIA DAS ATIVIDADES DO SHOPPING OI

A inauguração do Shopping Oi coincidiu com um período chamado de “boom” do crédito no Brasil. As instituições financeiras em geral, com capital disponível e carecedor de mercado para aplicação, viu nas classes emergentes um importante nicho para investimento e crescimento das suas carteiras de crédito.

Quanto ao crédito facilitado, uma reportagem da qual se extrai partes a seguir transcritas, traz estatísticas que corroboram nossa afirmação. A matéria revela o período de franca expansão do crédito, mas denuncia pouco investimento em infraestrutura. *Verbis*:

[...] os números são vigorosos. De janeiro a julho, o volume de vendas do varejo brasileiro cresceu 9,74%, em comparação ao mesmo período de 2006, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Os destaques foram móveis e eletrodomésticos, que dispararam 29,83%, e veículos [...] com salto de 17,51% [...] A facilidade de abertura de crediários em muito explica a explosão das vendas. Segundo o Banco Central, os empréstimos para pessoas físicas somaram 222 bilhões de reais em julho, 23% em 12 meses. [...] (SIQUEIRA, PINHEIRO, 2007, p. 20).

Paralelamente ao fato ora desvendado, os lojistas do Shopping Oi encontravam certa facilidade nas importações das mercadorias, devido à falta ou insuficiência de fiscalização na fronteira do Brasil com países como o Paraguai, por exemplo.

Estava pronta a receita perfeita para o sucesso econômico: estoque, crédito à disposição e mercado consumidor.

Para ter uma noção mais precisa do consumo, destaca-se trecho de pesquisa que reflete experiência vivenciada em um dia agitado no Shopping, devidamente registrado no diário de campo:

[...] Nesse dia o Oi estava lotado, característica do sábado que é o dia que possui maior circulação de pessoas e maiores vendas. [...] O box do Celso estava muito cheio e a clientela não parava de chegar. Parecia que eu estava ali em meio a um formigueiro humano dentro do shopping. Quando está cheio é

difícil falar com as pessoas, seja para vender ou para obter dados para a minha pesquisa. A agitação era intensa: os barulhos das vozes se misturavam às músicas de hip-hop, sertanejo e funk que passavam nos dvd's, além do tráfego nas ruas ao redor do espaço do Oi, que se juntava ao intenso calor daquele dia, e ainda as conversas entre mim e os outros vendedores. Minhas pernas doíam, meus pés estavam inchados de tanto permanecer em pé e minha cabeça estourava diante daquele intenso frenesi. [...] Em alguns momentos achava que não ia aguentar, mas precisava naquele dia conseguir ficar até o fechamento. Consumidores decididos, consumidores hesitantes e consumidores que pesquisavam preços – todos ao mesmo tempo. Atendia um rapaz e o esperava experimentar os tênis e ver se gostou, ajudava os meus colegas pegando um outro par de tênis, pois eu estava mais pra dentro do box e, na chegada de algum cliente perto de mim, já começava outro atendimento. Eu e alguns dos vendedores não havíamos almoçado e nem dava tempo. Um deles e o Celso comeram em pé. Era um ritmo de trabalho intenso e cansativo, que me fez pensar sobre as condições de trabalho dessas pessoas, mesmo do Celso que era dono. [...] Vender não é fácil! E aquele lugar realmente parecia uma caixa que dava uma sensação de ser espremida naquele calor. [...] (VILAS BÔAS, 2009, p. 106).

Voltando ao tema da conjunção do crédito largo e consumidores ávidos, lembra-se que, conforme inclusive o texto ora transcrito, que os empreendedores comerciantes de eletroeletrônicos saíram na frente e foram as “máquinas propulsoras” do desenvolvimento de outras atividades, como o comércio de tênis, DVD's, perfumes, vestuário etc.

O Shopping ganhou popularidade por ser referência para a aquisição de produtos dos gêneros mencionados, o que atraiu a atenção de operadoras de cartões de crédito e vários bancos.

Assim, as operadoras de cartões foram à procura dos lojistas para realizar afiliações e adquirir novos clientes. Os recebíveis (créditos correspondentes às vendas realizadas) dos cartões são direcionados à conta bancária indicada pelo cliente.

A primeira irregularidade que se aponta, então, refere-se ao direcionamento dos recebíveis de cartão de crédito para as contas de pessoa física indicadas pelos seus respectivos titulares. Nesta primeira experiência com bancos, alguns lojistas não tiveram a cautela de separar o próprio patrimônio daquele afetado à sua atividade, fato este que, se detectado na malha fiscal, pode causar sérios transtornos ao contribuinte, sobre o qual eventualmente recairá o ônus de provar que não cometeu delito tributário.

Isso acontecia porque, nos primeiros anos do Shopping, a maioria dos lojistas exercia a empresa sem a utilizar a forma societária. Sem as devidas cautelas, os empreendedores corriam o risco de sujeitar o seu próprio patrimônio às dívidas sociais, e tudo isso por conta

da ausência de um planejamento jurídico adequado. De seu turno, as operadoras de cartões de crédito e os bancos não faziam a mínima desta situação e, no afã de incrementar os negócios, realizavam operações e mais operações de crédito para viabilizar o capital de giro da empresa e obter *spreads* máximos⁴. Resultado: a conta corrente de pessoa física recebia o influxo diário de créditos e débitos, gerando movimentação incompatível em relação à conta de uma pessoa física comum, situação esta que, em razão da sua anormalidade, está sujeita ao controle do Banco Central. Para ilustrar, lembra-se que a Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, estabelece condições excepcionais de quebra do sigilo bancário e, dentre elas, está a exceção referente ao dever de informação que as instituições financeiras devem ao Banco Central, relativamente “[...] a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa”; (artigo 1.º, inciso IV).

Fala-se de operação de crédito, mas, uma delas em especial, quase não tinha demanda pelos comerciantes. Refere-se, portanto, às operações de câmbio, já que as transações envolvendo moeda estrangeira continuaram a se desenvolver no mercado paralelo.

Volta-se a frisar que o objetivo do trabalho não é denunciar ilegalidades ou chamar a atenção para a impunidade de agentes (operadores de crédito) ou comerciantes responsáveis pela movimentação dos valores; mas, apenas realçar a contradição jurídica necessária e inerente àquele ambiente comercial.

Aliás, se o aspecto da ilegalidade fosse empecilho para a realização de alguma atividade, como se poderia explicar o comércio de produtos provenientes da pirataria, como DVD’s, tênis, perfumes e réplicas de uniformes de clubes de futebol?

Nos termos da Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, considera-se contrafação a reprodução fraudulenta, divulgação ou uso indevido de obra alheia, sujeitando não apenas o contrafator,

⁴ Dentre as operações mencionadas, destaca-se a antecipação dos recebíveis de cartões de crédito, conhecido no jargão bancário como desconto de ORPAG’s. O risco de crédito é bastante inexpressivo nessas operações, pois elas são garantidas pelos recebíveis que são pagos pelas operadoras de cartão diretamente ao banco/mutuante. Isso sem contar que, em cada operação de crédito (abertura de crédito, capital de giro, empréstimo pessoal, descontos, etc.) o agente bancário atrelava um produto (seguro, previdência complementar, capitalização, consórcios), configurando a conhecida venda casada, prática comercial vedada nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

como também a pessoa que adquire o produto, de forma solidária, à indenização pelas perdas e danos apuradas.⁵

De forma similar, a Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, que dispõe sobre os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, prevê, em seu artigo 189, tipos penais que caracterizam crimes contra o registro das marcas, dispondo do seguinte teor:

Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem:

I - reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão; ou

II - altera marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa

Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque:

I - produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou

II - produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Tem-se, então, um vasto repertório de normas de outros ramos do Direito que gravitam em torno do objeto de presente análise, no caso, o mercado do Shopping Oi, mas que não possuem força cogente suficiente para incidir na situação concreta e produzir os efeitos abstratamente previstos pelo legislador.

É claro que, periodicamente, os meios de comunicação divulgam ações conjuntas perpetradas pelas Polícias Federal e Estadual no intuito de apreender mercadoria destituída de nota fiscal, mas, como já se assinalou anteriormente, tal prática não passa de uma mera fachada, ou melhor, um ardil utilizado pelas autoridades para tentar convencer o leitor, telespectador ou ouvinte de que existe um limite de tolerância do Estado em relação às práticas desenvolvidas no centro comercial.

⁵ **Art. 102.** O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível.

Art. 103. Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido.

Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos.

Art. 104. Quem vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior.

Tal medida constrangedora e ilegal, e aqui se ousa adentrar na seara do Processo Penal para dizer que se trata de “flagrante provocado”⁶, contribui apenas para denegrir a imagem de profissionais honestos que trabalham naquele centro comercial.⁷

Nesta perspectiva, demonstra-se a total aderência à crítica elaborada por Rosa e Oliveira (2011) em relação ao que, para eles, significa a principal falha da administração pública municipal na gestão do centro popular. Nas palavras dos próprios autores:

Foi neste ponto que se identificou o que, talvez, seja a principal falha do Poder Público Municipal em todo este processo, pois, pensa-se que a Prefeitura deveria ter uma postura propositiva, ao invés de reativa, em relação às demandas dos empreendedores populares, já que se entende (sic) ser de sua responsabilidade propiciar condições reais de emancipação e desenvolvimento daqueles que tiveram suas vidas drasticamente alteradas em função de uma política de revitalização do centro da cidade, assim como efetivar políticas públicas de geração de renda, de combate ao desemprego e à pobreza.

A crítica realmente procede, tendo em vista que as operações ilegais que já se mencionou contribuem somente para violar os direitos fundamentais dos empreendedores. Não se pode pensar que a política de revitalização do centro de Belo Horizonte possa ser alcançada à custa da violação desses direitos, mas deve ser encarada, isso sim, como uma “oportunidade” de engajamento profissional daqueles que se dedicam a tais atividades.

Mas, os problemas não se esgotam apenas neste ponto. Outras situações foram levantadas na pesquisa dos aludidos autores, tais como: *i*) omissão da Prefeitura de Belo Horizonte no que tange às demandas dos empreendedores, confirmada pela inexistência prática de um Conselho Gestor do Shopping, que, em tese, teria a incumbência de intermediar eventuais conflitos. Em consequência, constataram prática abusiva perpetrada pelo administrador do

⁶ Segundo Oliveira (2011), “a rejeição ao flagrante dito preparado ocorre geralmente por dupla fundamentação, a saber: a primeira, porque haveria, na hipótese, a intervenção decisiva de um terceiro a preparar ou a provocar a prática da ação criminoso e, assim, do próprio flagrante; a segunda, porque dessa preparação, por parte das autoridades e agentes policiais, resultaria uma situação de impossibilidade de consumação da infração de tal maneira que a hipótese se aproximaria do conhecido crime impossível. Prossegue o referido autor aduzindo que tal entendimento foi acolhido pelos pretórios, principalmente pelo STF, o qual, para tanto, editou a súmula 145, cujo enunciado verbera que: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a consumação.”.

⁷ Aqui novamente a pesquisa realizada na dissertação de Vilas Bôas pode ser oportunamente mencionada. É que a autora, cujo objetivo central é o de buscar razões sociais para o consumo de tênis pirateado, sustenta que as pessoas em geral estão carregadas de preconceitos e representações negativas no que concerne tanto às pessoas que trabalham no Shopping como do local em si. Em sua pesquisa de campo, a autora revela que, nos primeiros dias de trabalho, sentia uma sensação de medo e insegurança (VILAS BÔAS, 2009).

Shopping, que vem elevando de forma desarrazada o valor dos aluguéis e dos pontos comerciais; *ii*) inexistência de escolas de aprendizado e desenvolvimentos de habilidades empreendedoras no mercado popular, *iii*) a inexistência de microcréditos específicos para o segmento popular, com taxas e encargos condizentes com sua posição no mercado.

Para fazer frente aos mencionados problemas, os autores propõem uma série de soluções⁸, pregando uma atuação positiva do Poder Público municipal no sentido de dar suporte material para o desenvolvimento do comércio no Shopping Oi.

O primeiro compromisso foi, assim, o de traçar um breve esboço da dinâmica comercial que se desenvolve no shopping Oiapoque, a fim de retratar as contradições que existem naquele ambiente. Esta ambigüidade será a chave para que se possa fazer a conexão do tema com o Direito Empresarial, pois, no capítulo seguinte, será feito um paralelo entre o ambiente peculiar desenvolvido no Shopping Oiapoque e a conjuntura em que surgiram as primeiras corporações de ofício, para, se possível, extrair conclusões a respeito.

4 A FORÇA NORMATIVA DOS FATOS

Como já se sinalizou anteriormente, a análise das irregularidades praticadas no ambiente do shopping “Oi”, verificáveis também em outros *shoppings* populares, encerra uma contradição do ponto de vista jurídico, pois, se por um lado a Prefeitura concede licença para a prática daquelas atividades – o que confere legitimidade aos comerciantes –, por outro, a prática das ilegalidades lhes retira esta mesma legitimidade, de modo a dificultar a tarefa de se estabelecer alguma configuração jurídica particular daquele segmento comercial.

Com ou sem legitimidade, deve-se admitir que as atividades continuam a se desenvolver no local, proporcionando a distribuição e a circulação de riquezas. Daí a pergunta: o que explica este ambiente contraditório? Ou ainda, qual(is) razão(ões) explica(m) e justifica(m) a tolerância desta contradição e proporciona(m) a criação de uma configuração jurídica especial em relação às demais atividades econômicas?

A primeira e intuitiva resposta que surge, principalmente quando os juristas têm dificuldade em estabelecer conceitos ontologicamente concretos, seria “a vontade política”. Isto é,

⁸ As soluções propostos se baseiam em experiências positivas verificadas pelos autores em outros Estados da Federação, quando lhes foi possível observar a existência de entidades de apoio (paraestatais) que, valendo-se de incentivo público, concedem créditos em condições especiais e criam núcleos de ensino para o melhor planejamento da atividade.

recorrendo-se desta solução, dir-se-ia que a permanência do ambiente contraditório no shopping “Oi” está ligada a fatores de ordem política, pois seria mais conveniente para o Estado “tolerar” práticas ilegais e outras irregularidades do que utilizar meios coercitivos para proibir o exercício daquelas atividades.

Pode-se dizer, ainda, que as razões que levaram o Poder Público a definir um espaço estratégico para a atuação dos comerciantes populares têm por escopo proporcionar, gradativamente, a paulatina regularização de suas atividades, de modo a se alcançar, em um futuro utopicamente imaginado, o pleno atendimento ao exercício da regular atividade empresarial.

Como reforço ao argumento, pode-se citar o próprio *slogan* do Shopping Oi, estampado no portal de sua página eletrônica na internet, que diz: “*Shopping Oiapoque. Cada vez mais legal!*”⁹

A duplicidade de sentidos verificada no *slogan* revela uma preocupação dos empreendedores de se apresentar para a sociedade como uma atividade lícita, regular, o que valida a afirmação sobre o certo desprestígio do setor, que se acentua sobremaneira quando anúncios publicitários veiculam a imagem daqueles comerciantes a uma atividade ilegal, sem levar em conta aspectos que foram encontrados no desenvolvimento da presente pesquisa.

Seria extremamente positivo e salutar, do ponto de vista econômico, social e jurídico, se a conquista da regularidade formal fosse um caminho certo a ser percorrido por todos os vendedores que atuam no Shopping. No entanto, há revelação de situação diametralmente oposta, pois:

[...] além de todas essas constatações, a principal e mais lamentável consequência foi a evasão do Shopping Oi daqueles que mais precisavam do trabalho como camelô nas ruas. Hoje, a maioria dos “empreendedores populares” do Oiapoque são atacadistas, empresários e pessoas pertencentes às classes média e média-alta, muitas vezes até estrangeiros, que hoje são grande parte dos trabalhadores dentro do shopping. Estes novos ocupantes são indivíduos com condições financeiras confortáveis o suficiente para pagarem valores que chegam a 200 mil reais por um ponto comercial dentro do shopping, sendo 50 mil para cada 2m². Ou seja, obviamente, não são camelôs os ocupantes dos principais pontos do Oiapoque (ROSA; OLIVEIRA, 2011, folhas 29).

⁹ Conteúdo disponível em: <<http://www.shoppingoiapoque.com.br/html>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

E mais adiante concluem que “[...] A retirada dos camelôs e toreros das ruas do centro de Belo Horizonte, sem dúvida, era uma demanda da cidade, mas não de maneira perversa como ocorreu.” (idem. p. 30).

Diante de tais constatações, acredita-se que a hipótese de se admitir a vontade política como resposta pura e simples para as indagações feitas neste tópico não parece satisfatória.

Na realidade, neste aspecto, o argumento se apresenta de acordo com a lição de Gonçalves Neto que, ao procurar delimitar o âmbito de abrangência do direito empresarial, revela que

[...] o hoje denominado direito empresarial é o ramo do direito que, mais do que qualquer outro, exige uma análise de sua evolução histórica a fim de se conheçam os caminhos que trilhou, suas mutações, as razões do seu aparecimento e de sua permanência até nossos dias com um direito especial, com princípios próprios e, por isso, distintos do direito civil, isto é, do direito Geral do cidadão, do direito privado comum (GONÇALVES NETO, 2008, p. 35).

Seguindo a recomendação do conceituado jurista, procura-se identificar se haveria algum ponto em comum entre as razões que motivaram a decisão do Poder Público em alocar e manter os vendedores ambulantes em centros comerciais e as razões que determinaram o surgimento do Direito Empresarial enquanto ramo específico do Direito, a partir da formação das corporações de ofício na Idade Média.

Ao discorrer sobre as origens históricas do Direito Empresarial, há o registro de que o primeiro período do Direito Comercial se iniciou no século XII e encerrou em meados do século XVI. Em continuação à doutrina, “[...] Num contexto tão adverso à mercancia, os comerciantes foram levados a um forte movimento de união. De forma geral, o direito comercial originou-se dos usos e costumes dos comerciantes, em virtude da inexistência de um sistema jurídico típico para as transações comerciais [...]” (LIPPERT, 2003, p. 42).

Desta união resultou a criação das Corporações de Ofício, entidades compostas pelos próprios comerciantes que, em um primeiro momento, tiveram a função de dirimir litígios entre os comerciantes filiados, depois entre os comerciantes e terceiros contratantes e, em um momento posterior, passou a estabelecer normas específicas válidas para as relações comerciais (LIPPERT, 2003).

Todo esse processo retrata o período subjetivista do Direito Comercial, que fora marcado por um perfil classista, eis que, para a sua regulamentação levava-se em consideração a pessoa que exercia a atividade e não a atividade em si.¹⁰

Não se pode dizer, a partir dessas informações, que haveria um ponto de contato de entre as corporações de ofício e os centros comerciais populares, até porque as organizações mencionadas mantêm expressivas diferenças estruturais. Neste sentido, observa-se que as corporações, diversamente do que ocorreu com os *shoppings* populares, formaram-se sem qualquer interferência do Estado, pois o Poder ainda era descentralizado na Idade Média. Assim, as corporações avocaram para si o Poder Jurisdicional e o Legislativo, o que não ocorreu obviamente com o comércio ambulante do início do século XXI, porquanto neste caso há sim a interferência do Poder Público (em parceria com a iniciativa privada).

Contudo, deve-se advertir que, se houve participação ativa do Estado na formação dos centros comerciais populares, esta não foi decisiva porque o Estado não fez mais do que legitimar uma circunstância fática cujas forças ultrapassam a simples “vontade” política. Assim, as verdadeiras razões para a atuação do Estado para a formação dos centros comerciais populares estão mais ligadas a uma questão de necessidade do que de vontade.

Em termos genéricos, pode-se dizer, então, que o Estado nunca teve tamanho controle sobre a atividade ambulante como parece ter concluído, em seu trabalho, os autores das Ciências Sociais. O Poder Público, ao reconhecer a fragilidade do poder normativo de impedir o avanço do mercado informal, teve que adotar medida extrema ao criar um ambiente contraditório no qual convivem a legalidade e a ilegalidade, a regularidade e a irregularidade. Não se pode pensar que foi a Administração Pública, por si só, que proporcionou o desenvolvimento desta atividade.

¹⁰ O período subjetivista antecedeu o que, para a maioria dos autores, convencionou-se chamar de período objetivista, este caracterizado por pretender esgotar nos textos legais todas as “possíveis” atividades que se enquadrariam no direito comercial e que seriam, portanto, pelo Direito Comercial disciplinadas. O período objetivista coincide com a edição do Código Comercial Francês de 1807, que repercutiu em vários ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, influência esta verificada no Código Comercial de 1850 e no Regulamento 737 (GONÇALVES NETO, 2008). Por fim, os autores reportam-se ao período subjetivista moderno, iniciado em 1942, na Itália, quando passou a se reconhecer a empresa enquanto atividade destinada à produção e circulação de bens ou serviços. Diferencia-se da subjetiva clássica, pois não considera empresário apenas a figura filiada a uma instituição ou órgão representativo de classe, mas sim a qualquer pessoa que, organizando profissionalmente os meios de produção – terra, capital, mão de obra e tecnologia – os direciona aos mercados com o fim de distribuir ou por em circulação mercadorias ou serviços. Faz-se, aqui, um brevíssimo esboço histórico, pois, como desenvolvido acima, o objetivo é o de comparar aspectos essenciais da evolução do Direito Empresarial com a formação dos centros comerciais populares.

Acredita-se, na verdade, que muito mais por incentivo do Estado, o desenvolvimento do comércio popular se deve às próprias forças do mercado, pois a atividade econômica é dinâmica por natureza e esse conteúdo mutante, característica do Direito Empresarial se colhe no seguinte texto científico, em que o autor se manifesta pela ocorrência de três fenômenos:

[...] o da ampliação de seu campo de abrangência para contemplar novas figuras jurídicas criadas pela necessidade de regulação de novas técnicas de comercialização descobertas com o aperfeiçoamento ou aprimoramento das relações de negócio no mercado; o da generalização de suas normas, cuja aplicação, antes limitada às relações de negócio entre os profissionais do mercado, estende-se a todos e se torna, portanto, comum; e o da redução desse âmbito que, pela generalização (por passar a ter aplicação geral), perde qualquer justificativa para continuar regulando, de modo especial, aquilo que se generalizou que, por isso, deixa de ser considerado como objeto de um direito especial, passando, a integrar o direito comum (geral) (GONÇALVES NETO, 2008, p. 35).

Assim, se o conteúdo mutante do Direito Empresarial resulta dos fenômenos da ampliação, generalização e redução de seu objeto, tem-se que a causa motriz de todo este processo está no caráter ou perfil consuetudinário das normas que o instruem, que surgem das práticas reiteradas dos comerciantes e que, em última análise, possuem força própria para modelar o Direito positivado. Assim, se se tem alguma conexão a estabelecer entre as origens do Direito Empresarial (surgimento das corporações de ofício), esta se refere à existência de práticas comerciais reiteradamente executadas, até hoje, pelos comerciantes informais e antes praticadas pelos mercadores na Idade Média.

Com esta análise teórico-comparativa, consegue-se o efeito prático de afastar uma equivocada ideia assentada na premissa de que o comércio informal somente foi viabilizado por força de uma vontade política estatal.

Não foi de maneira despropositada que se fez expressa menção à adoção (ver subtítulo “2 EM BUSCA DA LEGITIMIDADE JURÍDICA E RECONHECIMENTO SOCIAL”) à posição intermediária de Natalino Irti sobre a estrutura dos mercados, pois como dito com propriedade por Sztajn (2010), “[...] as normas de direito posto espelham escolhas do legislador baseadas em práticas e anseios da sociedade.”. Nada mais coerente, pois, para sintetizar todo o pensamento é a citação doutrinária ora transcrita. Além do mais, ela é bastante para explicar a existência da contradição interna no Shopping “Oi”.

Deve-se ressaltar, porém, que tal característica é própria do Direito Empresarial e é justamente a força vinculante de tais práticas que irá condicionar a escolha normativa dos diversos ramos do Direito que com ele tenham alguma vinculação.

Para não ficar apenas no campo abstrato, imagine-se, por exemplo, a situação de um vendedor ambulante que, sem licença do Poder Público, passa a comercializar produtos pirateados (contrafação) nos passeios ou nos logradouros do centro de Belo Horizonte. Uma vez flagrado e detido pela autoridade competente, no caso, o fiscal do Município, este empreendedor estará sujeito a responder por sanções administrativas (multas previstas no Código de Posturas), civis (que vão variar se a mercadoria violar direito autoral ou propriedade intelectual), sem prejuízo das sanções penais cabíveis (violação de direitos autorais, Lei 9.610 e art. 184 do Código Penal). Pode-se dizer que a mesma operação, venda de mercadorias pirateadas, se repete diariamente dentro do Shopping “Oi”, mas por estar o vendedor licenciado pela Administração Pública, não responde por qualquer um dos ilícitos mencionados.

Essa é a prática que reflete os anseios da sociedade: criar ambiente propício para que os empreendedores ambulantes possam executar suas atividades mesmo que isso se faça à custa do primado da legalidade.

Aqui se encontra um paralelo interessante entre as corporações de ofício e os centros comerciais populares, pois percebe-se que suas respectivas normas se direcionam a quem efetivamente esteja de alguma forma vinculado à instituição. O direito do empreendedor popular é um direito classista, assim como o direito medieval das Corporações de Ofício.

Com esta característica, o Direito Empresarial produz normas de tolerância que impedem a incidência de normas de outros ramos do Direito em situações ligadas ao exercício da atividade voltada para a produção e circulação de bens ou serviço.

5 BREVES NOTAS SOBRE O IMPACTO DA EMPRESA INDIVIDUAL DE SOCIEDADE LIMITADA NO CONTEXTO DO SHOPPING OIAPOQUE

A Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, que promove a inclusão de dispositivos no Código Civil, para permitir a constituição da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (com sigla já definida como “EIRELI”) representa importante marco por significar uma ruptura de conceitos profundamente enraizados na cultura jurídica brasileira, que assim vai se

afastando da tradicional tendência francesa¹¹. Esta Lei alterou o inciso VI do artigo 44 e o parágrafo único do artigo 1.033, todos do Código Civil de 2002 e acrescentou, no mesmo Código, o artigo 980-A, ficando a legislação codificada assim redigida:

Art. 44. [...]

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1.º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI” após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

§ 2.º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

§ 3.º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração.

§ 4.º (VETADO).

§ 5.º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração

¹¹ Ruptura de conceitos, porque resgata a sempre polêmica discussão doutrinária sobre a natureza jurídica da sociedade. Sobre o assunto, valem-se de fontes do Direito Comparado, especialmente do artigo publicado por Sanabria (2008), autor que, analisando o fenômeno da sociedade unipessoal no direito colombiano, aborda o tema com propriedade. Para este autor, as correntes principais que se dividem quando o assunto é natureza jurídica da sociedade são basicamente a contratualista (que concebe a sociedade a partir de uma natureza eminentemente contratual, pressupondo, neste caso, a pluralidade subjetiva como elemento intrínseco à sociedade). A outra corrente é a chamada institucional (segundo a qual a sociedade, não obsta ser constituída por um contrato, no seu desenvolvimento é regida por normas específicas que compõem o seu regime jurídico, e daí o seu caráter institucional). Outras teorias intermediárias foram mencionadas pelo autor, mas para o presente estudo, o que mais importa é a definição do próprio Sanabria, para o qual a sociedade é concebida como uma “[...] forma jurídica de organizar el concepto económico de la empresa [...]”. Compartilha-se com tal ponto de vista, pois, assim como o referido autor, entende-se que as teorias contratuais e institucionais não fazem referência a um elemento essencial ao conceito de sociedade, que, independentemente da sua organização, é uma forma de se explorar uma atividade econômica para fins de distribuição ou circulação de bens ou serviços. Este conceito é importante porque consegue compatibilizar a natureza jurídica da sociedade e o conceito de sociedade unipessoal, tendo em vista que o conceito de Sanabria não parte da equivocada premissa de que uma sociedade somente pode ser organizada por mais de uma pessoa. O autor é defensor das chamadas sociedades unipessoais e, em seu artigo, faz um apanhado histórico e relata que, no mundo, existem três tendências emanadas de ordens jurídicas distintas acerca da aceitação ou não, no respectivo ordenamento, das sociedades unipessoais. Assim, têm-se os países de tendência germânica que, em regra, têm maior aceitação das sociedades de um único sócio, ao passo que há países de tendência completamente inversa, como os países que seguem a orientação francesa, que tendem a ser menos receptivos a esta forma de organização societária, por estarem mais vinculados ao Direito Romano. De fato, poder-se-ia dizer que o Brasil, até o momento em que foi editada a Lei 12.441/11, seguia a tradição francesa, como se disse acima, mas com a nova Lei, observa-se um pequeno afastamento desta influência. Por fim, apenas por curiosidade: registra-se que a Empresa Individual de Sociedade Limitada já tem previsão no ordenamento colombiano desde 1995.

decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

§ 6.º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.

Art. 1.033. [...]

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente, inclusive na hipótese de concentração de todas as cotas da sociedade sob sua titularidade, requeira, no Registro Público de Empresas Mercantis, a transformação do registro da sociedade para empresário individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código.

Não se pretende tecer uma análise dogmática dos dispositivos da Lei e nem levantar polêmicas que escapariam aos objetivos desta pesquisa. Assim, ater-se-á basicamente em investigar se a possibilidade de constituição de Empresa Individual de Sociedade Limitada trará algum benefício para os empreendedores de *shoppings* populares, como o Shopping “Oi”.

Fazendo novamente referência à experiência pessoal própria [do autor], nos tempos em que atuava como bancário, observa-se que os empreendedores recém-alocados no Shopping adotavam uma prática viciada de direcionar, para a conta corrente de pessoa física, recursos provenientes da sua própria atividade. A conta era, então, movimentada a débito e crédito com saídas e ingressos de recursos tanto provenientes de sua vida pessoal como da atividade por ele desempenhada.

Esta forma peculiar de se administrar os recursos pessoais e os atinentes à empresa pode ser atribuída a duas razões: a primeira está ligada à inexperiência prática, já que os camelôs e toreros durante muitos anos trabalhavam nas ruas apenas com duas formas de pagamento – dinheiro ou cheque –; a segunda se refere à volúpia das operadoras de cartões que precisavam alcançar metas estabelecidas pelas Diretorias e, assim, faziam afiliações dos lojistas com inobservância de regras operacionais (para a afiliação, bastava ao lojista entregar cópia dos documentos pessoais, comprovante de residência e cópia do alvará de funcionamento concedido pela Prefeitura. A proveniência dos recursos – isto é, a fonte geradora da renda – pouco importava para a afiliação. O potencial do cliente e de negócios é o que importava).

Com a alta do crédito e a conjugação dos fatores já mencionados (estoque, crédito e consumo) o Shopping chegou ao auge de produtividade econômica, acredita-se, no ano de 2007, e com isso, como já se alertou, as contas individuais de pessoa física passaram a ter movimentação incompatível para o tipo de conta aberta junto à instituição bancária.

Não demorou muito para que as operadoras de cartões de crédito, pressionadas pelo Banco Central, fizessem mais uma exigência para a afiliação: que o cliente apresentasse um cartão do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), além dos documentos acima referidos.

Sem alternativa para disponibilizar uma máquina de cartão de crédito em seu estabelecimento, o lojista não teve escolha senão a de evoluir na sua forma de exploração empresarial, mediante a constituição de uma empresa individual ou uma sociedade limitada (o que era menos frequente).

Fato é que grande parte dos lojistas fizeram opção pela empresa individual como forma de exploração da empresa, até porque os mecanismos de constituição são bem mais simplificados se comparados aos de uma sociedade limitada.

O que se quer contar com essa história é que a opção do empreendedor popular de constituir uma empresa não está associada ao receio de ver o patrimônio particular ser eventualmente atingido por dívidas decorrentes da atividade. Este medo, ao que consta, nunca assombrou o empreendedor e tal hipótese sequer chegava a ser cogitada no cotidiano.

Por isso, por mais que alguém possa realçar os benefícios oferecidos pela limitação patrimonial, não se consegue enxergar algum elemento verdadeiramente de incentivo na nova Lei, a qual, ao invés de estimular pode até minar eventual interesse já existente no empresário.

Um primeiro “fator desestimulante” está presente no artigo 980-A, segundo o qual a empresa individual deverá ser constituída com capital mínimo de cem vezes o valor do maior salário mínimo vigente no país, o que equivale, em termos atuais, ao valor de R\$54.500,00 (cinquenta e quatro mil e quinhentos reais).

A exigência legal, pelo menos no que diz respeito aos empreendedores do shopping “Oi”, afastará qualquer interesse do empresário de constituir uma “EIRELI”, pois empreendedores deste perfil geralmente não têm condições de investir um recurso de tal monta na integralização das quotas sociais.

Se for para falar de incentivo, uma coisa é dizer para o empreendedor que a afiliação das máquinas de cartão de crédito dependerá da constituição de um CNPJ. Outra situação, completamente diferente, é convencer tal empresário de que o investimento de R\$54.000,00 na integralização do capital social pode retirar a possibilidade de seu patrimônio ser alcançado por dívidas sociais. No segundo caso, bem provável que ele diga um “vamos deixar como tudo como está”.

É importante tecer críticas em relação a esta exigência, pois, se a Lei pretende ser eficaz frente às situações concretas, em vez de exigir a constituição de um capital mínimo, deveria estabelecer regras para a efetiva comprovação da integralização do capital. Isso porque é não muito difícil de imaginar que alguém pretenda se valer do benefício da limitação patrimonial sem que, para tanto, tenha efetivamente integralizado o capital social.

Têm-se elementos suficientes para concluir, então, que, se a Lei visou ao incentivo, falhou por estabelecer exigências rígidas que não estimularão empreendedores como aqueles atuantes em *shoppings* populares. Por outro lado, se a Lei pretende a regularização das atividades, também falhou por não contemplar regras que exijam a efetiva comprovação da integralização do capital social para a instituição desta nova forma de arranjo da empresa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das informações colhidas ao longo da pesquisa e das ilações extraídas nos subtítulos anteriores, pode-se estabelecer, em síntese, algumas conclusões, assim elencadas:

a) a constituição do centro empresarial “Shopping Oiapoque” trouxe alguns benefícios para os empreendedores populares, como aumento de renda e ascensão social, autorreconhecimento, experiência profissional e elevação do nível de organização das atividades. Em contrapartida, tal medida, por si só, ainda não é suficiente para possibilitar a verdadeira inserção daqueles empreendedores no mercado de trabalho. É preciso uma atuação proativa do Município, mediante a outorga de incentivos econômicos (microcréditos e condições especiais), investimento em qualificação profissional (suporte, econômico, social e jurídico), além de uma intervenção na relação privada que se estabeleceu entre os vendedores e o proprietário do shopping, com o objetivo de adequar os preços dos aluguéis, luvas e outros encargos em valores condizentes com a realidade;

b) segundo informações colhidas no trabalho, o Poder Público municipal é ausente no que diz respeito à demanda dos empresários, de forma que os trabalhadores mais necessitados (os verdadeiros ambulantes retirados dos centros da capital) não dispõem de recursos para competir com empresários de porte, sendo assim, excluídos do mercado;

c) as atuações repressivas do Estado, amplamente divulgadas na imprensa, contribuem apenas para denegrir a imagem daqueles profissionais diante da sociedade;

d) o ambiente do Shopping revela a existência de contradições, face à constatação de que o Poder Público legitima a prática de atividades vedadas pela ordem jurídica. No trabalho, exemplos práticos foram demonstrados, envolvendo delitos contra o sistema financeiro, direito autoral e propriedade intelectual, tributários, administrativos, além de ilícitos civis e penais. O trato exemplificativo das situações não teve o escopo de denunciar algum tipo de atividade, já que o ambiente do Shopping é acessível a qualquer pessoa que, pessoalmente, pode extrair tais informações. Dessa forma, a abordagem das situações se deu com o fito de reforçar a afirmação da existência de uma contradição jurídica;

e) com relação ao trabalho comparativo entre a realidade do Shopping e as origens do Direito Empresarial, conclui-se que, assim como ocorreu nos idos do século XII, período de surgimento do Direito Comercial, atualmente a realidade observada no Shopping só pode ser explicada se se aceitar a força normativa das práticas comerciais adotadas, que produzem efeitos concretos para viabilizar o exercício das atividades. No subtítulo específico, afirma-se expressamente que a existência do ambiente contraditório somente pode ser explicada se se aceitar a seguinte premissa: “[...] as normas de direito posto espelham escolhas do legislador baseadas em práticas e anseios da sociedade”;

f) logo, a tolerância do Poder Público em relação àquele ambiente de contradição jurídica não pode ser explicada apenas no jargão “vontade política”. A razão de sua permanência se deve, na verdade, à força que a situação fática impõe;

g) finalmente, quanto ao prognóstico concebido sobre os possíveis efeitos práticos que a Lei 12.441/11 irá proporcionar aos empreendedores do Shopping, demonstro-se uma postura mais cética, vez que os verdadeiros incentivos para que um empresário adote uma ou outra forma de organização da atividade se liga à circunstâncias econômicas específicas e, no caso, essa foi a necessidade de afiliação junto às operadoras de cartão de crédito. Ademais, as exigências impostas pela Lei em assunto, como a exigência de capital mínimo de constituição, apresenta-se como fatores desestimulantes. Para finalizar, afirma-se que a Lei corre o risco de não alcançar o objetivo de regularização, posto que não impõe exigências para a efetiva comprovação do capital social.

REFERÊNCIAS

BELO HORIZONTE. Lei 8.616, de 14 de julho de 2003. Contém o Código de Posturas do Município de Belo Horizonte. **Diário MG Município de Belo Horizonte**, Belo Horizonte, MG, 15 jul. 2003.

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

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, GB, 31 dez. 1940 e retificado em 3 jan. 1941.

BRASIL. Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2001.

BRASIL. Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1964, edição extra.

BRASIL. Lei 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 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. 1998.

BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jul. 2001.

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

BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 fev. 2005, edição extra.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

JESUS, Cláudio Roberto de; LOTT, Wanessa Pires. Reestruturação do espaço urbano e a (des)construção da cidadania: análise do processo. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA, 13., 2007, Recife (PE). **Anais...** Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 29 maio a 1.º jun. 2007.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários os artigos 966 a 1.195 do código civil. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008;

LIPPERT, Márcia Mallmann. **A empresa no novo código civil**: elemento de unificação no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 14. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Frederico Camargos Dias; OLIVEIRA, Ludmila Valentino de. **Relações vivenciadas entre o poder público municipal de Belo Horizonte e os empreendedores populares do shopping popular Oiapoque**. 2011. 44 f. Projeto de pesquisa. (Graduação)–Departamento de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011.

SANABRIA, Fabio Andrés Bonilla. Unipersonalidad societaria: a propóstio de um debate actual en el derecho colombiano. In: **REVIST@ e–Mercatoria**, Bogotá (Colômbia), Ed. Universidad Extremado de Colombia, v. 7, n. 1, p. 1 a 44, 2008.

SIQUEIRA, André; PINHEIRO, Márcia. Com Pés de barro: o crédito pessoal e as vendas disparam, mas o Brasil patina por falta de projetos de infra-estrutura. **Revista Carta Capital**, Caderno Economia, São Paulo, Ed. Carta, ano XIII, n. 46, p. 20-23, 12 set. 2007. Semanal.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VILAS BÔAS, Cristina Aparecida. Ter para ser socialmente: representações e práticas do consumo no shopping popular Oiapoque Belo Horizonte. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais)–Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007.

Submissão em: outubro de 2011. Pareceres favoráveis em: dezembro de 2011.

A Questão da Violência Silenciosa Contra Crianças e Adolescentes na Perspectiva da Violação dos Direitos Humanos

LENI MARIA PEREIRA SILVA¹

CRISTIANE DINIZ BARBOSA²

ÍISIS MELLORY NUNES GOMES³

¹ Mestre em Desenvolvimento Social e Doutoranda em Serviço Social.

² Mestranda em Desenvolvimento Social, Graduada em Letras e Graduada em Serviço Social.

³ Pós-Graduada em Didática e Metodologia do Ensino Superior e Graduada em Serviço Social.

1 INTRODUÇÃO

A violência praticada contra crianças e adolescentes não é algo novo na sociedade e não deve ser interpretado como um fenômeno moderno. Relatos e depoimentos em estudos comprovam seu desenvolvimento ao longo da história brasileira. Esteve presente durante o processo da colonização, na entrada da Nova República e ainda permanece. É a denominada violência doméstica e/ou intrafamiliar contra crianças.

O discurso oficial praticado no Brasil, em se tratando da violência, era que esse método continha o poder de disciplinar e garantir a obediência de filhos aos pais. Teve grande durabilidade a máxima de que os pais tinham poderes de vida ou de morte sobre seus filhos. Assim, atos de violência foram cristalizados como um poder supremo do adulto sob crianças e não obteve nenhuma prática instituída que aplicasse qualquer sanção.

O abuso sexual e a exploração da mão-de-obra infantil estiveram vinculados ao poder do mais forte sobre o mais fraco. Todas essas situações que a história registra demonstram o quanto a infância e adolescência brasileira foram apenadas por quem deveria ter ofertado proteção e segurança. Neste caso, nenhuma outra instituição tem o poder superior de socializar do que a família.

Somente no fim do século XX que o Brasil passa a entender legalmente o direito social do público infanto-juvenil. E surgiram mecanismos de reprovações contra tais práticas. Mas, insuficientes para coibi-las, uma vez que ainda existe uma necessidade proeminente de mudança coletiva de comportamento, de entendimento sobre os danos nocivos que a

violência causa ao desenvolvimento de uma sociedade. Enquanto frase do tipo “eu apa-
nhei e não me fez mal” perdurarem, tem-se muito trabalho por fazer.

2 A TRAJETÓRIA DA VIOLÊNCIA NA INFÂNCIA BRASILEIRA

A violência não é uma novidade para a sociedade. Sempre foi utilizada como mecanismo de dominação e exploração de sujeitos em desvantagem. Sejam eles homens, mulheres, crianças, negros, idosos, entre outros. Fato é que a violência marca a trajetória de vida de suas vítimas, tem a capacidade de diminuir capacidades de acolhimento e proteção. Avilta e tem a capacidade de destruir ou impedir os sujeitos.

Por violência entende-se a intervenção física de um indivíduo ou grupo contra outro indivíduo ou grupo (ou também contra si mesmo). Para que haja violência é preciso que a intervenção física seja voluntária. Além disso, a intervenção física, na qual a violência consiste, tem por finalidade destruir, ofender e coagir. Exerce violência quem tortura, fere ou mata; quem, não obstante a resistência, imobiliza ou manipula o corpo de outro; quem impede materialmente outro de cumprir determinada ação (STOPPINO, 1992, *apud* BOBBIO, p. 1.291).

No Brasil, o fenômeno da violência esteve presente ao longo de toda a sua história seja ela praticada contra índios, negros e brancos, contra mulheres e crianças. Sempre foi anunciada ora como forma de conversão ou como mecanismo eficaz para educar os insolentes e infratores. O rigor metodológico que utilizava a Colônia fez com que milhares de vítimas se sucumbissem à violência institucional praticada pelo Estado.

O contexto econômico na história brasileira tem contribuído para o aumento e a disseminação da violência contra as crianças. Um dos fatores que marcam esse processo é a batalha pela expansão marítima empreendida pelos países europeus no limiar do século XV. Desde esse período, as crianças já conviviam com maus-tratos, abusos, espancamentos, exploração sexual e ainda faziam os trabalhos mais pesados e perigosos do que os adultos que compunham a tripulação. Destaca-se, ainda, que os pais “alistavam seus filhos entre a tripulação dos navios (por que) parecia sempre um bom negócio.” (RAMOS, 2000, p. 22), tanto econômico como social para as famílias europeias que já sofriam com um cenário de miséria.

No período de escravidão, o acirramento da desigualdade advinda da relação entre brancos nativos e negros escravos contribuiu para o aprofundamento das práticas violentas.

O sonho de liberdade viria para muitos com a mudança da legislação, porém mesmo com a aprovação das leis ligadas a liberdade aos escravos – Lei do Ventre-Livre e da Lei Áurea – que tinham como vetor a liberdade aos negros escravos, não garantiu o gozo da liberdade.

O destaque desse contexto histórico está na contribuição que essas leis, especialmente a Lei do Ventre-Livre, deu para o aumento da população de rua, além do abandono de crianças – modalidade das mais corriqueiras no Brasil-Colônia – o surgimento de grupos, gangues que viviam de atos ligados a mendicância.

A situação da infância no Brasil-Colônia, diante destes fatos, se agrava. Uma das respostas que a Coroa portuguesa encontra é a institucionalização. Fora criado no Brasil no século XVIII a Roda dos Expostos, instituição filantrópica originária da Itália que tinha como missão colocar a salvo do abandono – e infanticídio – as crianças e adolescentes advindas de todas as classes sociais. Uma instituição que vigorou por dois séculos, mas que contribuiu significativamente com a violação dos direitos, uma vez que, não protegia, não dava assistência, apenas correspondia aos interesses da sociedade burguesa da época.

Sua maior contribuição para além do acolhimento aos enjeitados estava na manutenção do anonimato dos progenitores. É o que afirma Marcelino:

esse sistema [de roda] era um meio encontrado para garantir o anonimato do expositor e assim estimulá-lo a levar o bebê que não desejava para a roda, em lugar de abandoná-lo pelos caminhos, bosques, lixo, portas de igreja ou de casas de família, como era de costume, na falta de outra opção (MARCELINO, 2000, p. 53-54).

A partir de 1860, surgiram inúmeras instituições de proteção à infância desamparada. Logo depois, houve a criação de estabelecimentos, abrigos, associações filantrópicas, assim como outras entidades, que passam a direcionar o olhar sobre essa categoria sobejada. Tem-se daí (séc. XIX) um enorme flanco que se assevera colocando as crianças pobres como público ser institucionalizado.

Durante o processo de industrialização, implantado no país no século XX, fenômeno que provocou a mobilidade das famílias para as cidades em busca de sobrevivência, o cenário urbano passa a atrair as crianças.

Foi nesse mesmo período que surgiu a primeira legislação de atenção à criança, o denominado Código de Melo Mattos de 1927, voltado para intervir nos problemas advindos do comportamento da família pobre e de seus “menores”. Mesmo com a reformulação em 1979, que traz à tona a Doutrina da Situação Irregular, crianças ainda eram subjugadas, condenadas e estigmatizadas como “menores” sem direito à proteção, à cidadania e à convivência familiar.

A partir da mudança de óptica no contexto internacional em que a criança passa a ser considerada o futuro da sociedade e sujeito portador de direitos, no país a legislação recebe novo conteúdo. Da situação irregular, passam ocupar o espaço de sujeitos de direitos. E com a promulgação da Constituição em 1988, a criança passa a ser responsabilidade da família, da sociedade e do Estado. E estes devem garantir sua proteção, desenvolvimento e segurança.

É no findar do século XX que a criança passa a ser vista como pessoa humana em condição peculiar de desenvolvimento, sendo criados ao longo da década de 1990 serviços de proteção e mecanismos jurídicos que corroboram com a apenação de toda e qualquer pessoa que viole ou coloque em risco a cidadania de crianças e adolescentes, além, de instituir a obrigatoriedade do Estado em fazer a proteção e a vigilância através de um conjunto articulado de ações.

As próprias práticas vivenciadas pelo país desde sua formação socio-histórica, perpassando pelo autoritarismo, clientelismo e paternalismo, trouxeram a esse segmento social a invisibilidade e a não percepção de seus problemas, dada à ausência ou omissão do Estado em relação à necessidade da criação de leis que garantam o direito social para todas as crianças. Por meio desse entrecruzar de informações, destaca-se a fala de Faleiros (2009) quando ele pontua que

a intervenção do Estado não se realiza como uma forma de universalização de direitos, mas de categorização e de exclusão, sem modificar a estratégia de manutenção da criança no trabalho, sem deixar de lado a articulação com o setor privado e sem se combater o clientelismo e o autoritarismo (FALEIROS, 2009, p. 49).

Ao criticar os asilos como “lugar de enfurnamento” das crianças, os quais não forneciam de fato uma educação de qualidade, uma alimentação digna e higiene adequada, Faleiros (2009) ainda se refere a esses locais como “meios peçonhentos” e que reforçavam o trabalho doméstico das meninas. Assinala Rizzini que: “estas [as meninas] continuaram a

ser enclausuradas em instituições regidas por religiosas, onde recebiam educação doméstica com o fim de se tornarem boas esposas, domésticas ou até religiosas.” (RIZZINI, 1993, p. 67).

A violência esteve presente no cotidiano da infância brasileira através da omissão e ausência de política social, (des)proteção social, pela mudança no sistema econômico e político. Ou seja, as instituições que deveriam garantir sua proteção e desenvolvimento, neste caso a família, o Estado e a escola, se transformaram em seus algozes.

No que se refere à violência doméstica, em 1988, conforme observado pelos dados da Pesquisa Nacional por Amostras em Domicílio (PNAD), da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), “200 mil crianças e adolescentes declararam-se vítimas de violência. Dentre os agressores dos meninos, 55,9% eram agentes conhecidos, assim como 45,1% dos agressores das meninas.” (FALEIROS, 2009, p. 85). A partir disso, a própria sociedade e o Ministério Público passaram a denunciar a questão da violência, buscando, mesmo que ainda de forma limiar, incriminar os agressores e implantar um sistema de proteção às vítimas.

Discutir a família, a partir desse histórico de violência, é algo instigante e desafiador ora pela sua enclausura social ora pela sua incapacidade de tomada de decisão quando se manifesta em quatro paredes a violência contra os filhos. É nesse “santuário inviolado” que estudiosos têm se debruçado para a compreensão que deseja enveredar, pesquisar e compreender a manifestação de um fenômeno que é praticado por quem deveria acolher, dar segurança e proteger de qualquer situação. Nessa óptica, Rizzini (2009) indaga: Quem deve cuidar da criança? Quem detém o poder sobre ela? Quais os papéis da família e do Estado? (RIZZINI, 2009, p. 98). É sobre esse olhar, buscando as possíveis respostas, que se pretende traçar as principais ilações decorrentes das observações e análises feitas ao longo dessa pesquisa.

3 A LEGISLAÇÃO PARA A INFÂNCIA NO BRASIL

O projeto de lei de 1912, que já caminhava rumo ao Código de Menores (1927), traz uma entrada mais visível no que subjaz ao papel da família, até então o que pouco era comentado. O próprio termo “família” aparece pela primeira vez na legislação estudada. E leva em consideração a pressão para que o Estado assumisse a responsabilidade de exercer o seu papel de “tutela oficial” (RIZZINI, 2009, p. 125).

Pelo que se pode observar na atualidade, conforme diz Bisig (1994),

es posible observar un creciente reconocimiento de las falencias de la instrumentación de la protección del Estado, asimismo el reconocimiento de la necesidad de fortalecer los vínculos afectivos primarios y de atacar las causas de los problemas que aquejan a los niños y a sus familias, prevaleciendo una perspectiva centrada en la importancia de la protección del desarrollo infantil, por sobre la perspectiva tradicional de acciones de mero corte controlador (BISIG, 1994, p. 116).

Dentro do próprio universo familiar, as crianças sofrem não somente privações materiais como também carências afetivas, psicológicas, culturais e violências nas suas mais variadas manifestações. Bisig (1994) ainda defende o trabalho em redes sociais com as crianças-famílias-comunidades-instituições para resolução dos conflitos familiares.

Tratar questões relacionadas à família é sempre um desafio, haja vista que durante toda a sua história lhe atribuíram um padrão de imposição e comportamentos dito universal, mas que, como se sabe, não é, e nem nunca, foi aplicado a todos os casos. Mas, que mesmo assim ainda vigora no que se refere ao conceito família. Além disso, é uma instituição vista como intocável e sagrada, por isso mesmo, autônoma, legítima no poder de arbitrar regras aos seus membros, mas que quando se expõe a público, demonstra afetividade, segurança e respeito.

Assim sendo, a família vem, ao longo dos séculos, legitimando a discriminação, os maus-tratos a exploração e tantos outros tipos de violência arbitrária contra crianças e adolescentes. A violência intrafamiliar ocorre de inúmeras formas, mas nem sempre é percebida enquanto violência, uma vez que o próprio pré-conceito de família afirma a autoridade soberana dos responsáveis e, por outro lado, a submissão total das crianças e adolescentes. Mesmo quando não há a concepção de violência, esta ocorre de forma silenciosa, até por conta da “intocabilidade” da vida familiar.

4 VIOLÊNCIA CONTRA A CRIANÇA: A FAMÍLIA COMO PROTAGONISTA DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS

Como já refletido nas páginas anteriores, o fenômeno da violência contra crianças não é característica da sociedade atual. Ele marca a trajetória do desenvolvimento da sociedade e repercute ao longo dos séculos. Concebe-se a ideia de que a violência tem um caráter histórico, é fruto da sociedade e se que se agrava com as transformações do contexto econômico e político.

A função da família, para os estudiosos, envolve desde a proteção, a produção e reprodução e a prática de cuidar. Ela tem a capacidade de aglutinar contradições ora reconhecida como células-máter da sociedade ora é punida por ser a mentora da violação de direitos. Ser espaço de felicidades e infelicidades, de fortaleza e fraqueza (MIOTO, 2004).

A família deixa de ser nos últimos anos do século XX a instituição que concebe amor e cuidado e passa a ser percebida como espaço de conflito e sofrimento, uma vez que nestes tempos modernos a família não é mais uma garantia de proteção, mas sim, como afirma Carvalho (2003) têm-se apenas expectativas.

Nesta perspectiva, a família passa a ser estudada como espaço promotor de sofrimento, maus-tratos, violência e abuso. O espaço que deveria cuidar e zelar pelo desenvolvimento de seus membros tem contribuído, de forma quantitativa, para comportamentos agressivos na medida em que o abuso do poder disciplinar e coercitivo dos pais ou responsáveis caracteriza a violência doméstica contra essas crianças e adolescentes. Sendo a violência, assim, permeada de sigilos e segredos, ou seja, “sem ruído”, não percebida muitas vezes praticada ante a sociedade e as autoridades, mas que ninguém nota, ninguém combate.

Para Ribeiro e Martins (2006), o problema da violência doméstica contra crianças e adolescentes se dá em toda sociedade, independente do nível de formação ou da situação econômica da família. Ela se manifesta no comportamento advindo de uma resposta imprópria, implica diretamente no desenvolvimento psíquico e na manutenção de condutas agressivas dos filhos. O adulto agressor de hoje foi uma criança vítima da violência familiar.

De acordo com estudos realizados por Hélio de Oliveira Santos, citado por Drexel e Iannone (1997, p. 76) sobre a violência doméstica cometida contra crianças e adolescentes, os dados revelam que 11% das crianças brasileiras recebem sistematicamente maus-tratos; o Brasil é o quarto colocado mundial em violência familiar contra a criança; 33% dos agressores vivem normalmente, sem qualquer suspeita, integrados socialmente; estima-se que, de cada cinco ocorrências uma apenas é registrada.

O mito do lar seguro, da proteção, cai por terra quando é na família que têm sido presenciadas as maiores violações de direitos humanos. Revela a fragilidade e risco em que convivem crianças dentro de suas famílias, que muitas vezes se fecha num invólucro e restringe as relações sociais dos filhos.

Este fenômeno que se processou no interior das relações familiares coloca em análise o papel, historicamente atribuído à família, de ser ela a responsável pelo cuidado e formação dos indivíduos dentro de uma sociedade e ser ela a instituição que “fornece a matriz dentro da qual o indivíduo se desenvolve.” (NITSCHKE et al, 2004). Entrementes, nem sempre isso acontece. Muitas vezes a violência intrafamiliar contra a criança e adolescente passa a ser uma prática incorporada por algumas famílias. Daí tem-se uma aproximação com aquilo que Bourdieu (1992) denomina de *habitus*, ou seja, “sistema de disposições inconscientes que constitui o produto da interiorização das estruturas objetivas.” (BOURDIEU, 1992, p. 201) e refere-se à ação comum a todos os membros do mesmo grupo ou da mesma classe.

Ao praticar a violência sobre os filhos, os pais exercem a sua autonomia e dominação, trazendo medo àqueles que a vivenciam. Por essa razão, a criança “coisificada” é submetida e aprende a se submeter a essa violência. Isso faz com que, na medida em que o tempo passa, essa criança passa a incorporar esses referenciais como algo comum, natural, vivenciado no cotidiano como um *habitus*, conforme foi esclarecido anteriormente.

De tanto vivenciar dada situação, essa passa a se tornar natural: ninguém se assusta e ninguém se escandaliza. Os próprios pais são coniventes ante a violência tanto de forma explícita ou velada.

Diante das observações e conversas com as mães, Nitschke et al (2004) indagaram-lhes sobre as razões da conduta violenta para com os filhos. Surpresas, as mães – nem mesmo elas – conseguem perceber a violência nos seus atos. Para elas, essa seria a maneira mais correta e natural de criar seus filhos, já que assim também foram educadas. O que se percebe nestas afirmativas que o legado genético tem um peso na formação da identidade dos indivíduos o que cria uma complexa e problemática forma de viver em sociedade. Como se a violência tivesse a capacidade o contributo de educar os filhos.

Fora do âmbito familiar, mas sem deixar de tematizá-lo, a legislação tem avançado, em termos de Brasil, no sentido de pensar a criança e o adolescente como centro de suas preocupações. Este avanço foi e é lento e gradual como o próprio movimento e evolução da nossa sociedade. Desde as primeiras ações do poder público em relação à população infanto-juvenil não se percebe essa preocupação com esse público e, sim, com o bem-estar da sociedade.

A esse respeito, Azevedo e Guerra (2000) se referem a um país chamado Infância, cuja localização ninguém conhece com precisão. Seria o espaço em que os sonhos e esperanças sobreviveriam. Contudo,

nem todas as crianças podem viver no País da Infância. Existem aquelas que, nascidas e criadas nos cinturões de miséria que hoje rodeiam as grandes cidades, descobrem muito cedo que seu chão é o asfalto hostil, onde são caçadas pelos automóveis e onde se iniciam na rotina da criminalidade (AZEVEDO; GUERRA, 2000, p. 232).

As estatísticas apontam que mesmo quando o Estado e a sociedade procuram trabalhar articuladamente, têm sido em geral, impotentes para impedir a (re)produção do ciclo de violência no lar. Esse quadro revela que a violência doméstica contra crianças e adolescentes não é prioridade.

O fato de ter sancionado a Lei 8.069, que dispõe sobre a proteção integral a crianças e adolescentes, que tem sua materialização no Estatuto da Criança e do Adolescente, existe um fosso entre o que preconiza a lei e o que é devido ao Estado, família e sociedade. Ainda se convive com violências nas mais variadas manifestações sem, contudo ter punição aos agressores.

Rizzini, Barker e Cassaniga (2010) reconhecem a mudança paradigmática operada pelo Estatuto da Criança e Adolescente (ECA). Porém, sinalizam a necessidade de avançar em um sistema de garantias que proceda a proteção e a culpabilização dos agressores em se tratando da violação de direitos. É preciso avançar no sentido de criar mecanismos para a efetivação do Estatuto. Segundo as autoras, faz-se necessário “[...] estimular uma mudança de mentalidade e de atitudes, hoje em pleno curso, como de fato demandam os paradigmas atuais de cidadania e respeito aos direitos humanos.” (RIZZINI; BARKER; CASSANIGA, 2010).

A efetivação de qualquer pretensão legal exige a aceitação e movimentação da sociedade nesse sentido. A grande questão que se coloca enquanto desafio à garantia dos direitos de crianças e adolescentes é como efetivar o Estatuto numa sociedade que ainda vê a criança em seu reflexo da, meramente, família – subjugada, submissa – e não enquanto sujeito de direitos, alvo de proteção do Estado, sociedade e família. Longe de pretender resolver tal questão, entende-se necessária a ação de se trabalhar essas mudanças, uma vez que, sem debate, discussão, ações, não será possível evoluir, principalmente no que se refere à violência.

Deve existir um esforço eminente por parte de todas as instituições de proteção aos direitos da criança e adolescente, além de envolver o cidadão como vetor de denúncias e mobilizações. Devem-se provocar ações de proteção à família que apresentam dificuldades de fortalecimento econômico, social e político. Nestes casos, devem-se ofertar serviços públicos de qualidade para o acolhimento e atendimento as demandas oriundas do cotidiano das famílias que convivem em cenários de vulnerabilidade e risco.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso ter claro a necessidade de maiores aprofundamentos sobre a relação entre família e violência, mesmo porque a família não permite estas abordagens e intervenções. Neste sentido, tem que se pensar como proteger crianças e adolescentes da ira dos adultos.

Como percebido, a Lei faculta o direito à proteção e coloca em primeira instância a família como agente protetor; isso reafirma a necessidade de fortalecimento das famílias em momentos de crises ou quando esta é atravessada pelas expressões da questão social.

O texto deixa claro o valor que a história tem para o esclarecimento dos fenômenos que se metamorfoseiam na contemporaneidade e ao mesmo tempo apresenta soluções quando coloca o avanço da legislação, os erros e acertos das instituições que regulam a vida social. É preciso cumprir o ECA, fazer valerem os direitos da família no que concerne ao direito e a proteção social colocados na Constituição Federal de 1988 e colocar a salvo as crianças e adolescentes de toda e qualquer forma de negligência, maus-tratos e violação. É preciso assegurar o pleno desenvolvimento de crianças dentro de suas famílias.

É preciso romper o silêncio diante da violência no sentido de alertar para os malefícios históricos, sociais e políticos que este fenômeno provoca na sociedade. Criar através de atitudes de cidadania o enfrentamento desse assunto de relevância nacional.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. As políticas sociais e a violência doméstica contra crianças e adolescentes: um desafio recusado em São Paulo? In: AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (Org.). **Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

BISIG, Elinor. O direito à convivência familiar e comunitária: a declaração do estado de abandono e as estratégias de manutenção dos vínculos familiares. SEMINÁRIO LATINO-AMERICANO, 3., 1992, São Paulo. In: SIMONETTI, Cecília; BLECHER, Margaret; MENDEZ, Emílio Garcia. **Do avesso ao direito**: da situação irregular à proteção integral da infância e da adolescência na América Latina. São Paulo: Malheiros, 1994.

BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varrialle et al. v. 2. Brasília: Ed. UnB, 1992.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. (Org.). **A família contemporânea em debate**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

DREXEL, John; IANNONE, Leila Rentroia. **Criança e miséria**: vida ou morte? São Paulo: Moderna, 1997.

FALEIROS, Vicente de Paula. Infância e processo político no Brasil. In: PILOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene (Org.). **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

FREITAS, Marcos César (Org.). **História social da infância no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2001.

LEITE, Miriam Lifchitz Moreira. A infância no século XIX segundo memórias e livros de viagem. In: FREITAS, Marcos César (Org.). **História social da infância no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2001.

MARCELINO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na história do Brasil. 1726-1950. In: DEL PRIORE, Mary Lucy Murray. **História das crianças no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2000.

MIOTO, Regina Célia Tamasio. Novas propostas e velhos princípios: a assistência às famílias no contexto de programas de apoio sociofamiliar. In: **Política social, família e juventude**: uma questão de direitos. São Paulo: Cortez, 2004.

NITSCHKE, Rosane Gonçalves et al. As sombras da violência doméstica contra crianças e adolescentes à luz de Pierre Bourdieu. **Revista de Enfermagem da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, [S.n.], v. 12, n.º 12, p. 223-229, maio-ago. 2004.

RAMOS, Fábio Pestana. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. In: DEL PRIORE, Mary Lucy Murray. **História das crianças no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2000.

RIZZINI, Irene. **Assistência à infância no Brasil**: uma análise de sua construção. Rio de Janeiro: USU, 1993.

RIZZINI, Irene. Crianças e menores – do pátrio poder ao pátrio dever: um histórico da legislação para a infância no Brasil. In: PILOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene (Org.). **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

RIZZINI, Irene; BARKER, Gary; CASSANIGA, Neide. Políticas sociais em transformação: crianças e adolescentes na era dos direitos. Disponível em: <http://www.educaremrevista.ufpr.br/arquivos_15/rizzini_barker_cassaniga.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2010.

RIBEIRO, Marisa Marques; MARTINS, Rosilda Baron. **Violência doméstica contra criança e o adolescente**: a realidade velada e desvelada no ambiente escolar. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, Lygia Maria Pereira da. **Violência doméstica contra a criança e o adolescente**. Recife: Edupe, 2002.

Submissão em: julho de 2011. Pareceres favoráveis em: setembro de 2011.

Políticas Públicas de Acesso ao Território para Comunidades Quilombolas: um direito diferenciado

LUCIVALDO GOMES DA SILVA¹

RESUMO: O presente artigo tem como propósito discutir o papel dos movimentos negros na instituição de políticas de acesso ao território [art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal de 1988], com análise das resistências para a aplicação da lei e os obstáculos para sua instituição considerando a situação atual de titulação de territórios quilombolas tomando como ponto principal a busca pelo acesso ao território na comunidade negra rural de Brejo dos Crioulos, município de São João da Ponte/MG. Com o surgimento de novos sujeitos de direito no campo constitucional, após longos anos de discriminação racial no Brasil, surge no âmbito do Direito, leis que buscam legitimar a luta das comunidades tradicionais na busca do reconhecimento de um Direito constitucional. Ao imergir no campo das políticas públicas, busca-se compreender o quanto é laboriosa a concretude de políticas que visam dar igualdade de condições a povos que lutam pela retomada do território que lhes pertence tendo o direito assegurado na Constituição de 1988 e que veio de fato tomar notoriedade no início dos anos de 2003 com a ampliação dessas políticas. O apagamento da memória coletiva desses povos, realizado por uma elite branca num processo de dominação tanto física quanto simbólica, é uma tarefa muito difícil de ser revertida.

Palavras-chave: Políticas Públicas, direitos.

ABSTRACT: This article aims to discuss the role of black movements in policies for access to the territory [art. 68 of Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) of Federal Constitution of 1988]. The resistance to law enforcement and the obstacles to their institution considering the current situation titration territories Maroons taking as main point to search for the entry in the community of rural black Creoles of Heath, São João da Ponte/MG. With the emergence of new subjects of law in the constitutional field, after long years of racial discrimination in Brazil arises under law, laws that seek to legitimize the struggle of traditional communities in seeking recognition of a constitutional right. Immerse yourself in the field of public policy, seeks to understand how laborious is the concreteness of policies aimed at giving equal terms to peoples fighting for resumption of the territory that belongs to them having a right guaranteed in the constitution of 1988 and came in fact take notoriety in early 2003 with the expansion of these policies. The erasure of collective memory of these people, conducted by a white elite in the process of both physical and symbolic domination is a very difficult task to be reversed.

Keywords: Public policies, rights.

¹ Mestre em Desenvolvimento Social pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social (PPGDS) da UNIMONTES/MG. Professor de Antropologia na Faculdade de Direito Santo Agostinho.

1 INTRODUÇÃO

Com o surgimento de novos sujeitos de direito no campo constitucional, surge no âmbito do Direito, leis que legitimam a luta das comunidades tradicionais na busca do reconhecimento de uma cidadania diferenciada. Ao imergir no campo das políticas públicas, busca-se compreender o quanto é laboriosa a concretude de políticas que visam dar igualdade de condições aos povos que se encontravam e ainda se encontram às margens do processo civilizatório, despossuídos de bens materiais, sociais e culturais.

A construção da pesquisa se dá como forma de possibilitar a compreensão sobre o processo de ampliação dos direitos a essas comunidades tradicionais, que se iniciou com a Constituição Federal de 1988 e veio tomar formas concretas a partir do ano de 2003, quando o processo de autoidentificação e autoafirmação passou a colocá-los como sujeitos de direitos.

Antes de se adentrar na discussão sobre política numa visão estadista, busca-se, neste primeiro momento, o entendimento do conceito de igualdade, na perspectiva liberal de clássicos como Locke (2006) e Rousseau (1999) indo ao encontro da perspectiva de igualdade para Lummis (2000). Num segundo momento, discute-se as concepções de Estado máximo e mínimo baseando-se nos estudos de Offe (1984), do papel do Estado tido como forma de manutenção da ordem vigente, para, em seguida, falar sobre Direito, sobre as políticas de acesso ao território para as comunidades remanescentes de quilombos, ancorados na Constituição Federal de 1988.

2 AS POLÍTICAS DE ACESSO AO TERRITÓRIO NO PARECER DO ESTADO

As discussões nas ciências sociais que têm como referência o outro, o diferente em relação aos povos ocidentais, historicamente foram marcadas por uma visão etnocêntrica. A percepção das diferenças funciona como uma forma de “escudo ideológico” que justifica a ocupação territorial que submete ou destrói o outro (FRANCO, 2000).

Discussões clássicas do liberalismo político apresentam problemas semelhantes no que diz respeito à diferença entre os homens. Na intenção de falar sobre igualdade e diferença entre os homens na sociedade, seguem-se abordagens de Rousseau (1999) e Locke (2006) do princípio da desigualdade e da igualdade entre os homens.

Para Rousseau, a desigualdade não é produto da natureza humana: ela começa a ser sentida com o desenvolvimento da sociedade. Rousseau (1999, p. 211-212) afirma que o homem no primeiro estado de natureza, ou seja, antes do surgimento da propriedade, não encontra “nada tão manso como ele”, limita-se pelo instinto e pela razão “a proteger-se do mal que o ameaça, é contido pela piedade natural de fazer ele próprio mal a alguém, sem a isso ser levado por nada, mesmo depois de tê-lo recebido.”.

Ao estabelecerem relações e conviver em sociedade, os homens passam a exigir deles próprios qualidades diferentes das demandadas no primeiro estado de natureza. A moralidade começam a se fazer presente em suas ações. Assim, a bondade de outrora adequada ao puro estado de natureza não mais se enquadra ao novo estado.

No novo estado, ainda de acordo com Rousseau (1999), as ocasiões de ofender a outrem se tornaram mais frequentes e a vingança passa a existir no lugar das leis. A piedade dos homens no primeiro estado de natureza foi afetada, porém, mesmo menos tolerantes, os homens desenvolveram de forma singular suas faculdades, situaram-se no exato meio termo entre a “indolência” do estado primitivo e a petulante atividade do amor próprio, e esta, segundo o autor, foi possivelmente a época mais feliz e duradoura. O gênero humano deveria sempre permanecer nesse estado, pois tal é a “verdadeira juventude do mundo”. Os desenvolvimentos posteriores levaram à decadência da espécie humana, pois enalteciam o indivíduo e não o coletivo. Portanto, enquanto os homens

se aplicaram apenas a obras que um homem podia fazer sozinho e as artes que não precisavam do concurso de várias mãos, viveram tão livres, sadios, bons e felizes quanto o poderiam ser por sua natureza e continuaram a usufruir

entre si as doçuras de um relacionamento independente. Mas a partir do instante em que um homem necessitou do auxílio do outro, desde que percebeu que era útil a um só ter provisões para dois, desapareceu a igualdade, introduziu-se a propriedade, o trabalho tornou-se necessário e as vastas florestas se transformaram em campos risonhos que cumpriam regar com o suor dos homens e nos quais logo se viu a escravidão e a miséria germinarem e medrarem com as searas (ROUSSEAU, 1999, p. 213).

Segundo Rousseau (1999), o trabalho conferia ao homem que o empreendesse, seja na colheita de um alimento, na caça de um animal ou no cultivo da terra, propriedade sobre o fruto do seu trabalho. O trabalho do lavrador lhe confere direito sobre o produto dele advindo e também sobre o solo cultivado. Como os talentos dos homens sempre foram diferenciados, o mais forte realizava mais obras, o mais esperto tirava maior proveito da sua atividade, o mais engenhoso criava meios de amenizar o trabalho. Assim, um homem se destacava sobrepondo o outro, criando a ideia de inferioridade e superioridade nas relações humanas.

As trocas sociais de diferentes produtos ocasionavam maiores ganhos a alguns e menores a outros. Assim, as desigualdades naturais se estendem com essa desigual combinação, tornando as desigualdades entre os homens mais sensíveis e mais duradouras. Na sociedade civilizada há uma busca individual pela glória e pela honra por meio da distinção econômica, política, moral ou intelectual.

De outro ponto de vista, não tanto divergente do autor citado anteriormente, Locke (2006) afirma que o estado de natureza se caracteriza pela total liberdade do homem para agir e regular as posses e as pessoas de acordo com sua conveniência, por ser um estado de igualdade, no qual poder e jurisdição são recíprocos, ninguém tendo mais do que o outro. Para Locke (2006, p. 24), o “estado natural tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que a consultem, por serem iguais e independentes que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses.”. Há a necessidade de preservar toda a humanidade executando tudo – reparação e/ou restrição – que seja razoável para consecução desse objetivo.

De acordo com o mesmo autor, existem inconvenientes quando da punição das infrações à lei de natureza, pois um homem no estado de natureza pode efetuar a punição, sendo juiz em causa própria, o que possivelmente resultaria em excessos. A concordância mútua em formar uma comunidade, constituindo um corpo político, seria necessária para evitar esses excessos (que ocorreriam mesmo com a presença de um monarca). Assim,

os homens poderiam efetuar acordos e promessas entre si, preservando o estado de natureza.

Tendo em vista os termos citados por Paixão (2003), entende-se que tanto Rousseau quanto Locke são considerados pensadores liberais. A matriz liberal se baseia no ideal de que os *homens são iguais*, como pode ser verificado nas concepções de Rousseau e de Locke. Essa matriz também se baseia na legitimidade da propriedade e do liberalismo político e econômico, como pode ser confirmado na abordagem de Locke. Além disso, a visão sobre o ser humano do pensamento liberal foi bastante inspirada em Rousseau.

O homem era um ser de natureza fundamentalmente boa, capaz de se indignar com as injustiças do mundo. [...] **Todo ser humano nasce livre e igual e possui direitos que são naturais e universais.** [...] Enfim, todo ser humano – independentemente de sua condição de origem – é digno e nesta condição deve ser mantido (PAIXÃO, 2003, p.142, grifos nossos).

Percebe-se que a noção clássica de Direito está relacionada à ideia de promoção dos direitos humanos e da cidadania universais, obliterando-se as marcas identitárias e a história dos diferentes grupos. Essa concepção política clássica liberal não considera o diferente. Assim, em virtude da diversidade cultural existente no Brasil e em especial na região Norte do Estado Minas Gerais, emerge-se uma questão crucial, a da diferença, ou seja, de como situar o lugar e os direitos das minorias em relação à maioria.

Dentro do sentido neoliberal, a igualdade pregada pelo Estado, principalmente depois da segunda guerra mundial, a palavra toma um discurso ideológico, uma construção global como tentativa de sanar os problemas no mundo. Segundo Lummis (2000) o termo igualdade tomou um contexto ideológico inventado pelos países desenvolvidos na tentativa de minimizar a diferença. Portanto, o termo se tornou sinônimo de desenvolvimento econômico com a proposta de reduzir a diferença. Ou seja, uma política neoliberal segundo a qual os menos desenvolvidos poderiam alcançar o desenvolvimento com utilização da produção econômica. Assim, o mundo se organizaria em um único sistema econômico capaz de reduzir as desigualdades sociais. Para tratar as pessoas de forma justa, muitas vezes é necessário tratá-las de forma desigual; por outro lado, tratá-las como se fossem todas iguais não significa tratá-las com justiça.

Nos termos de Lummis (2000, p. 98):

A igualdade como justiça é um juízo de valor que se refere à forma como as pessoas devem ser tratadas; refere-se a relações entre pessoas. A igualdade

como semelhança, no entanto, é uma alegação de fato; pressupõe características que são comuns a todas as pessoas. Pode-se extrair um juízo de valor dessa alegação, porém, quando se utiliza a igualdade no sentido de semelhança como um juízo de valor, a alegação pode referir-se não a um fato já existente, mas sim a um fato que deveria ser criado. Quando essa noção passa a ser relacionada com poder, as conseqüências podem ser terríveis.

Interpretando as palavras do autor, entende-se que a noção de igualdade para o Estado não pode ser vista apenas como um tratamento igual para todos, ou seja, cada grupo social tem sua especificidade.

O direito, a proteção social para comunidades tradicionais vem sendo pautada em um Estado de Bem-Estar Social, situação em que o Estado se posiciona como provedor dos benefícios em função de uma minoria. De acordo com Andersen (1991) deve haver uma política de proteção social, desempenhando o Estado o papel de construir uma rede de proteção, dando à sociedade a noção da partilha de direitos sociais, culturais e materiais entre seus membros.

Nessa concepção, os direitos são entendidos como suporte da criação de sistemas de proteção social, ou seja, funcionam como um instrumento de construção da cidadania. Os direitos sociais se instituem por meio da cooperação social dos indivíduos amparados pelo Estado.

Em concordância com a teoria de um Estado de Bem-Estar Social, o entendimento sobre o Estado brasileiro se ancora na ideia de um Estado máximo capaz de orientar a sociedade e seus processos.

Tomando como ponto de partida a teoria levantada por Offe (1984) sobre os equívocos na interpretação do Estado capitalista, partilha-se a ideia de que o Estado deve ser compreendido além de um aparelho ideológico visto apenas como um instrumento de manipulação de uma classe dominante.

De acordo com Offe (1984, p. 123)

A visão alternativa parte do pressuposto de que o Estado em absoluto favorece interesses específicos. Em vez disso, ele protege e sanciona instituições e relações sociais que, por sua vez, constituem o requisito institucional para a dominação de classes do capital. O Estado nem está a serviço nem é “instrumento” de uma classe contra outra. Sua estrutura e atividade consistem na imposição e na garantia duradoura de regras que institucionalizam as

relações de classes específicas de uma sociedade capitalista. O Estado não defende os interesses particulares de uma classe, mas sim os interesses *comuns* de todos os membros de uma *sociedade capitalista de classes*.

O conceito de Estado capitalista utilizado por Offe (1984) refere-se à instituição do poder político em conformidade com a produção de bens materiais construídos pelo capital. Uma vez que o capital acumulado é proveniente do capital privado, o Estado depende dessa acumulação para manter o poder e a ordem. É com a utilização de mecanismos tributários que o Estado mantém as políticas públicas direcionadas à sociedade dentro do sistema capitalista.

Desse modo, a acumulação é o ponto de referência com o qual o Estado mantém as condições de exteriorização do seu poder por meio da política, sendo legitimado por um apoio majoritário. O Estado capitalista, uma vez instituído, caracteriza-se por quatro determinações funcionais que passa pela privatização da produção, da dependência dos impostos, da acumulação como ponto de referência e da legitimação democrática.

Nas palavras de Offe (1984, p. 125),

Podemos definir agora “a política” do Estado capitalista como o conjunto de estratégias mediante as quais se produzem e reproduzem constantemente o acordo e compatibilidade entre essas quatro determinações estruturais do Estado capitalista. A política é, nesse sentido, somente o aspecto dinâmico da estrutura estatal. [...] Nossa tese consiste em afirmar que existe uma e somente uma estratégia geral de ação do Estado. Ela consiste em criar as condições segundo as quais *cada cidadão é incluído nas relações de troca*.

Tomando por base a citação acima, entende-se que Offe (1984) defende uma política do Estado capitalista, cujo modelo consiste em criar medidas e condições para que todos os sujeitos jurídicos introduzam as relações de trabalho. Desse modo, a estratégia do capitalismo não se fundamenta em uma proteção especial a certo interesse de classe, e sim ao interesse geral de todas as classes tomando por base as relações de troca capitalista.

Acredita-se que a leitura da política estatal realizada a partir de clássicos como Rousseau e Locke dá uma breve interpretação das concepções políticas de Estado. Com o passar dos anos, a política de Estado vem sendo remodelada, bem como suas variadas interpretações. O que pode ser afirmado, independentemente de qualquer enfoque, é que o Estado sempre buscou condições de exercer seu poder sem perder a legitimidade.

3 O PAPEL DOS MOVIMENTOS NEGROS NA INSTITUIÇÃO DO ART. 68 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS NAS POLÍTICAS DE ACESSO AO TERRITÓRIO

Ao iniciar o processo de escrita do presente tópico ressalta-se a importância dos movimentos sociais negros na busca pela legitimidade dos direitos quilombolas. A luta do movimento negro tem como ponto de referência a reparação do processo de discriminação sofrida pelo negro na sociedade brasileira. Portanto, cabe inicialmente conceituar o entendimento sobre movimentos sociais tomando por base autores que discutem o tema.

Autores como Touraine (1977) e Gohn (1995) entendem que os movimentos sociais são formas de reforçar a organização da sociedade em prol de uma coletividade.

Para Gohn (1995, p. 44), os movimentos sociais são

Ações sociais de caráter sociopolítico, construídas por atores sociais pertencentes a diferentes classes e camadas sociais. Eles politizam suas demandas e criam um campo político de força social na sociedade civil. Suas ações estruturam-se a partir de repertórios criados sobre temas e problemas em situações de: conflitos, litígios e disputas. As ações desenvolvem um processo social e político-cultural que cria uma identidade coletiva ao movimento, a partir de interesses em comum. Esta identidade decorre da força do princípio da solidariedade e é construída a partir da base referencial de valores culturais e políticos compartilhados pelo grupo.

De acordo com a autora, entende-se que os movimentos sociais desenvolvem ações em busca de transformação das práticas de dominação política e econômica na tentativa de construir uma sociedade baseada nos princípios da coletividade.

Para Touraine (1977), os movimentos sociais podem ser entendidos como ações coletivas, ligadas às lutas por um interesse comum de uma determinada sociedade, na pretensão de angariar mudanças dentro de determinado contexto social ou cultural. Na busca pela compreensão dos movimentos sociais, Gohn (2004, p. 145), ao citar Touraine, afirma que os movimentos sociais são resultado das vontades coletivas.

Eles falam de si próprios como agentes de liberdade, de igualdade, de justiça social ou de independência nacional, ou ainda como apela à modernidade ou à liberação de forças novas, num mundo de tradições, preconceitos e privilégio (TOURAINÉ, 1978, p. 35). Eles, movimentos, não seriam heróis coletivos, acontecimentos dramáticos, mas simplesmente parte do sistema de for-

ças sociais dessa sociedade, disputando a direção de seu campo cultural. Ao mesmo tempo, Touraine assinalou que os movimentos são as forças centrais da sociedade por serem sua trama, o seu coração. Suas lutas não são elementos de recusa, marginais à ordem, mas ao contrário, de reposição da ordem. Ele chegou a postular que a sociologia contemporânea seria o estudo dos movimentos sociais, pois tratar-se-ia de um objeto de análise que traz o ator social de volta.

Na interpretação dos termos citados pela autora, buscando compreender a teoria de Touraine, confirma-se que os movimentos confrontam uma classe, uma categoria social com a outra. No caso do movimento negro, o princípio é a busca pelo reconhecimento, ou seja, a luta contra uma classe dominante.

Por outro lado, os movimentos sociais podem ser entendidos dentro de uma nova perspectiva. Eles podem ser interpretados como representações de variados interesses e valores. Para Castells (2008) movimentos sociais são sistemas de práticas sociais contraditórias que têm por finalidade transformar a estrutura do sistema. Eles podem ocorrer por meio de ações revolucionárias ou não, numa relação entre classes, ou com o poder do Estado.

Segundo Castells (2008, p. 94-95)

Em primeiro lugar, *movimentos sociais* devem se entendidos em seus próprios termos: em outras palavras, *eles são o que dizem ser*. Suas práticas (e sobretudo as suas práticas discursivas) são autodefinição [...] Em segundo lugar, os movimentos sociais podem ser conservadores, revolucionários, ambas as coisas, ou nenhuma delas. Afinal concluímos (espero que em definitivo) que não existe uma definição pré-determinada no fenômeno da evolução social, e que o único sentido da história é a história que nos faz sentido. Portanto do ponto de vista analítico, não há movimentos sociais “bons” ou “maus”. Todos eles são sintomas de nossas sociedades e todos causam impactos nas estruturas sociais, em diferentes graus de intensidade e resultados distintos que devem ser determinados por meio de pesquisas.

Na compreensão do autor citado acima, torna-se claro que os movimentos podem ser distintos, mas com uma característica em comum, e, com o uso da resistência, buscam romper com uma ordem vigente e conquistar um espaço na sociedade

A partir da organização social em busca pelos mesmos ideais, o movimento negro começa a exercer sua capacidade de articulação política buscando reconhecimento junto ao Estado brasileiro por meio de lutas pela melhoria de qualidade de vida, de

educação, moradia; enfim, pela aceitação social, política e cultural do negro na sociedade brasileira.

Nos anos de 1930, precisamente no ano de 1931, é fundado o Movimento da Frente Negra, que tinha como marco ideológico o combate à discriminação racial. Esse movimento discutia os meios de colocar em prática medidas de educação, trabalho e cultura para os antigos escravos e seus descendentes. A noção de reparação no processo de discriminação do negro no Brasil é uma luta antiga e que foi discutida pelo movimento negro em graus diversos, tornando difusa nos anos de 1970.

O movimento negro, como muitos outros movimentos envolvidos na luta contra a ditadura militar dos anos 1964/1985, não deixou de lado suas reivindicações, seus ideais de reparação ao processo histórico de exclusão do negro. Nesse mesmo período, foi fundado o Movimento Negro Unificado (MNU) que lutava veementemente pelo direito às políticas sociais.

Com o processo de Durban² nos anos de 1990, os movimentos negros pelo Brasil se intensificaram, desempenhando papel de fundamental importância na constituição de direitos para os negros. O processo de Durban deu origem a articulação de Organizações Não Governamentais (ONG's) e movimentos negros. Segundo Saillant (2009, p. 211), “As organizações brasileiras provinham de todas as regiões do país, tanto rurais (e.g., quilombolas, amazonenses) quanto urbanas. A mobilização, segundo opinião geral, de homens e mulheres do movimento foi excepcional.”.

Os governos brasileiros que se formaram após o período da ditadura militar prepararam uma série de ações pensadas para a futura Conferência de Durban, em 2001. Foi inserto no projeto da nova Constituição Federal, precisamente no ano de 1987, disposições provisórias no sentido de preservar a cultura afro-brasileira, que resultaram na redação dos artigos 215 e 216 do texto final. Esse seria um passo em resposta das reivindicações históricas do movimento negro. A Constituição Federal de 1988 introduziu medidas favoráveis aos afrodescendentes. Em termos, foram instituídos direitos relativos ao combate ao racismo, de direito à terra e proteção cultural dos quilombos.

² A conferência de Durban, África do Sul, foi uma Conferência mundial convocada pelas Nações Unidas para a reorganização das políticas públicas. Em Durban, deram visibilidade a temas essenciais como direitos humanos, meio ambiente, direitos reprodutivos, gênero e pobreza, entre outros.

Durante esse mesmo período, foi criada a Fundação Cultural Palmares que tinha o objetivo de apoiar e valorizar o patrimônio afro-brasileiro. Esta Fundação, posteriormente, seria a instituição criada pelo Governo com o propósito de intermediar as políticas voltadas às comunidades quilombolas, assunto que será discutido no tópico seguinte.

Torna-se evidente que os debates e as ações ligadas às reparações e políticas sociais voltadas para as comunidades quilombolas tiveram seu princípio histórico muito antes de Durban, uma vez que o movimento negro era latente em busca de ações afirmativas. Esse período marca uma progressiva maturação política do Estado brasileiro no que se refere às políticas públicas voltadas para as comunidades quilombolas.

O sentido das reparações para o movimento negro se transforma em ações afirmativas representadas por políticas públicas fundadas no princípio de equidade e de pluralismo. “Para o movimento negro brasileiro, a noção de política afirmativa teve uma boa acolhida.” (SAILLANT, 2009, p. 211).

Cientes da possibilidade de conquista de seus direitos, o movimento das comunidades remanescentes quilombolas engajam num intenso processo de articulação por intermédio dos movimentos sociais e políticos com o propósito de chamar a atenção e dar maior visibilidade para a causa.

A pressão social leva as instituições públicas a dar maior atenção à causa, reconhecendo um tratamento diferenciado dentro do cenário das políticas públicas e sociais. As reivindicações históricas dos remanescentes quilombolas aliadas ao movimento negro são estratégias de tornar legítima a luta pela reparação dos direitos.

O movimento das comunidades remanescentes de quilombos, aliados aos demais movimentos, fez com que o Estado brasileiro promovesse o reconhecesse essas comunidades. O reconhecimento perpassa pelas instituições públicas que, de maneira declarada, reconhecem oficialmente as demandas por políticas públicas para essas comunidades. Dentre elas, podem-se citar o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), o Ministério do Desenvolvimento Agrário, a Fundação Cultural Palmares (FCP), a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPIPIR), Universidades Públicas, Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural e as prefeituras municipais onde estão localizados os territórios quilombolas. Todos, a seu modo, desempenham papel importante no reconhecimento e promoção das políticas públicas para quilombolas.

Desse modo, os movimentos negros rearticularam ideologias durante a Assembleia Constituinte de 1988, dando continuidade aos movimentos, reforçando sua retórica sobre a ideia de reparação dos danos causados pela escravidão, pela discriminação do negro nas relações sociais de trabalho, políticas públicas básicas de saúde, moradia e educação.

Os movimentos negros hoje são tidos como um dos mais importantes movimentos no cenário político brasileiro. Esses movimentos têm acompanhado os processos de construção de leis que legitimam as políticas sociais voltadas para as comunidades remanescentes de quilombos, apontando falhas no tratamento da causa pelas instituições governamentais.

Enfim, todo processo de criação de leis não são obras de um Estado protetor pautado na simples vontade de tratar bem os cidadãos negros. As leis são fruto de lutas políticas dos movimentos e suas parcerias, assunto que será tratado no tópico seguinte.

4 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O PROCESSO DE INSTITUIÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO AO TERRITÓRIO COM A PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE CIENTÍFICA

Com o reconhecimento do Estado brasileiro do direito das comunidades remanescentes de quilombos, instituído pela Constituição Federal de 1988, é assegurada à propriedade das terras segundo teor do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Ao tratar a legislação referente aos direitos de acesso e titulação dos territórios para comunidades quilombolas, enfatizar-se-á aqui de forma resumida e diacrônica (cronológica), os processos e finalidades das leis que instituem o direito de acesso ao território.

A primeira lei relativa ao direito à terra para comunidades quilombolas foi instituída em artigo da Constituição Federal de 1988. Neste, é concedido aos remanescentes das comunidades de quilombos o título de suas terras ancestrais. Diante de lacunas no texto constitucional de 1988, abre-se, então, regulamentações na tentativa de resolver problemas referentes à sua interpretação ou sua regulamentação.

Em 1995, é proposto o Projeto de Lei 627, de 13 de junho, à Câmara dos Deputados. Esse Projeto procurava regulamentar o procedimento de titulação de propriedade imobiliária aos remanescentes quilombolas. No mesmo ano, de acordo com Osório (2005), é criada

a Portaria 25, da Fundação Cultural Palmares, que estabelece normas para reger os trabalhos de identificação e delimitação das terras ocupadas por comunidades de quilombos, sobre responsabilidade do Grupo Técnico que, por meio da Portaria 307, do Instituto Nacional de Reforma Agrária, estabelecia a competência ao INCRA para demarcar e titular as comunidades de quilombos existentes em áreas públicas federais ou arrecadadas pela União mediante processo de desapropriação.

A Medida Provisória de número 1.911, do ano de 1999, atribuiu competência ao Ministério da Cultura para a implementação do disposto no artigo 68 do ADCT, alterando a Lei 9.649/99³. No mesmo ano, a Portaria 447, do Ministério da Cultura, atribui ao Presidente da Fundação Cultural Palmares (FCP) a competência para praticar e assinar os atos destinados ao efetivo cumprimento do artigo 68 do ADCT, competência até então afeta ao INCRA.

Nos anos 2000, é apresentado o Projeto de Lei 3.198/00, instituindo o Estatuto da Igualdade Racial, pelo Senador Paulo Paim (Partido dos Trabalhadores do Rio Grande do Sul) que estabelecia medidas de proteção a quem sofreu ou sofre discriminação em função de raça, etnia ou cor.

Um ano mais tarde, é regulamentado o processo administrativo para identificar, reconhecer, delimitar, demarcar, titular e registrar as áreas dos remanescentes de quilombos, pelo Decreto 3.912, de 10 de setembro de 2001, baseando na Lei 9.649/98, revogado em 2003 pelo Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003, que cuidou do mesmo tema.

Em 2002, ocorre o veto pelo Presidente da República ao Projeto de Lei 129/95, que pautava na regulamentação do direito à propriedade das terras das comunidades remanescentes de quilombos e o procedimento para a titulação, com base no artigo 68 do ADCT.

Após o veto presidencial, é criado o Decreto de 13 de maio de 2003 constituindo um grupo de trabalho para rever as disposições do Decreto 3.912, de 2001, e propor as modificações nos instrumentos legais que regulamentam o artigo 68 do ADCT. No mesmo ano, o Decreto 4.883, de 20 de novembro, transfere as competências de delimitação

³ Esta lei regulamentava a competência geral dos Ministérios.

e demarcação das terras das comunidades de remanescentes quilombolas para o Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA).

Fora instituído um Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) responsável pela revisão e modificação dos instrumentos vigentes que regulamentam o artigo 68 do ADCT. Após estudos e discursos realizados por esse Grupo, foi editado o Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003, que estabelece critérios para o reconhecimento, identificação, delimitação, demarcação e titulação dos territórios quilombolas e a competência dos órgãos federais, substituindo o Decreto 3.912, de 10 de setembro de 2001, como já referido.

Com esse feito, compete ao Ministério da Cultura a assistência e acompanhamento junto ao MDA e o INCRA das ações de regularização fundiária como tentativa de garantir a preservação da identidade cultural dos remanescentes das comunidades de quilombolas. A transferência de competência obrigou o INCRA e suas superintendências em cada região a se adaptarem e remontarem uma nova estrutura para atender essa nova demanda pela política de acesso ao território.

Segundo Osório (2005, p. 33).

O novo processo de regularização fundiária estabelecido pelo Decreto 4.887/2003 adota dispositivos fixados pelas normas internacionais de direitos humanos das quais o Brasil é Estado parte, especialmente na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e tribais, tais como: a autodefinição, para fins de declarar a condição de remanescente de quilombo; a adoção do conceito de território, abrangendo toda a terra utilizada para a sua reprodução física, social, econômica e cultural, além da titulação coletiva das terras.

Desse modo, o Decreto 4.887/2003, ao reconhecer a definição do quilombo como território coletivo, perpassa a autonomia do grupo, o regime comum da terra, a territorialidade, a identidade coletiva e autodefinição dos agentes sociais como pertencentes a um determinado grupo. Ainda segundo tal Decreto em destaque, estes grupos devem possuir uma trajetória histórica de pertencimento a um determinado território ao qual vivem ou pretendem pleitear. Cabe ressaltar que as autodefinições devem ser certificadas pela Fundação Cultural Palmares, sendo um requisito parcial para início de procedimento de titulação pelo INCRA⁴.

⁴ A título de exemplo, podem ser citadas as Portarias da FCP de números 19/2004 e 35/2004, tornando público o registro e a certificação de várias comunidades remanescentes de quilombos, com o destaque para a comunidade de Brejo dos Crioulos/MG, objeto da presente pesquisa.

Na Instrução Normativa INCRA 16/2004 previa a possibilidade de desapropriação das áreas particulares que incidem nos territórios quilombolas desde que os títulos de propriedade não estivessem invalidados por nulidade, prescrição ou comisso (inciso IV do art. 14). Em se tratando de posse de particular que incida nas “terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de área de posse particular de domínio da União, será feita a abertura de processo administrativo para retomada da área em nome do poder público” (inciso V do art. 14). O teor dessa Instrução Normativa sofreu diversas modificações, pois foi revogada pela Instrução Normativa INCRA 20, de 20 de setembro de 2005 (que regulava o tema no art. 20). Esta Instrução Normativa foi revogada pela Instrução Normativa 49, de 29 de setembro de 2008 (que regulou o assunto nos artigos 20 e 21) que, por sua vez, foi revogada pela Instrução Normativa 56, de 7 de outubro de 2009 que, poucos dias após, em 20 de outubro de 2009, foi finalmente revogada pela Instrução Normativa INCRA 57, em vigor, que assim regrou o tema:

Art. 19. Constatada a incidência nas terras reconhecidas e declaradas de posse particular sobre áreas de domínio da União, a Superintendência Regional deverá adotar as medidas cabíveis visando à retomada da área.

Art. 20. Incidindo as terras reconhecidas e declaradas sobre áreas de propriedade dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, a Superintendência Regional do INCRA encaminhará os autos para os órgãos responsáveis pela titulação no âmbito de tais entes federados.

Parágrafo único. A Superintendência Regional do INCRA poderá propor a celebração de convênio com aquelas unidades da Federação, visando à execução dos procedimentos de titulação nos termos do Decreto e desta Instrução.

Art. 21. Incidindo as terras reconhecidas e declaradas em imóvel com título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, a Superintendência Regional do INCRA adotará as medidas cabíveis visando à obtenção dos imóveis, mediante a instauração do procedimento de desapropriação.

Outro ponto a ser destacado é a Portaria FCP 6/2004 que instituiu o cadastro geral dos remanescentes de comunidades quilombolas – autodenominadas de “Terras de preto”, “Comunidades Negra” “Mocambos” e “Quilombos”, dentre outros – na Fundação Cultural Palmares (FCP). Ao cadastro geral cabe registrar em livro próprio da declaração de autodefinição de remanescente, previsto no artigo 2.º do Decreto 4.887/2003, sendo pertencente como patrimônio da FCP.

Para reconhecimento do território quilombola, o Decreto 4.887/2003 exige um relatório técnico de identificação por profissionais especializados, principalmente historiadores e cientistas sociais. Nesse processo, são firmadas parcerias entre o INCRA, universidades e organizações não governamentais.

Todo processo pela regulamentação das políticas voltadas ao acesso ao território vem desaguar no Decreto 4.887/2003. Ainda existem várias questões não resolvidas pelo Decreto 4.887/2003 quanto ao processo de regularização dos territórios. Mesmo avançando no cenário internacional, o Decreto 4.887/2003 ainda encontra barreiras na sua aplicação, principalmente no tocante à solução dos conflitos fundiários e simplificação dos procedimentos de titulação das terras.

Ao se referir às limitações do Decreto 4.887/2003, Osório (2005) destaca o processo de titulação muito longo, prevendo o cumprimento de no mínimo quatorze etapas administrativas e judiciais para titulação final das terras.

O processo de titulação das terras para remanescentes quilombolas é uma tarefa que demanda tempo e recursos econômicos. Segundo Osório (2005, p. 36):

A quantidade de etapas a cumprir, aliada à necessidade de adoção de procedimentos judiciais como desapropriação ou reassentamento involuntário de particulares residentes no interior das áreas e/ou de negociações com outros órgãos do governo federal, Estados e Municípios para a solução de conflitos de uso do solo (área de reserva ambiental, faixas de fronteira, marinha etc.), podem exaurir o procedimento em termos de tempo de tramitação e dispêndio de recursos financeiros, não contribuindo pra a realização de um processo massivo de titulação das áreas das comunidades remanescentes de quilombos.

A falta de critérios para solucionar os conflitos fundiários é também ponto de limitação do Decreto 4.887/2003. Este identifica os conflitos do uso da terra que incidem nos territórios quilombolas, no caso de a área estar dentro de um domínio particular, o MDA e INCRA ficam responsáveis pelo procedimento desapropriatório e correspondente indenização das benfeitorias feitas pelos possuidores de boa-fé.

Ao assinar o decreto de desapropriação da comunidade negra rural de Brejo dos Crioulos, cabe ao INCRA e o MDA acionar os mecanismos para a possível titulação coletiva do território dentro de um período de dois anos, assunto que ultrapassa a delimitação do tema e deverá ser abordado em estudo complementar.

Os órgãos responsáveis deverão atuar na contenção dos conflitos com o interesse do Estado. Porém, “não está claro quais seriam esses interesses do Estado a prevalecer sobre os territórios ou parte dos territórios de quilombos, nem os instrumentos a aplicar nesses casos.” (OSÓRIO, 2005, p. 36).

Outras três limitações vista no Decreto 4.887/2003 se referem primeiramente à falta de associações. Há dificuldade para a constituição de associações de comunidades de quilombos, sendo que o Decreto exige das comunidades a criação de associações legalmente registradas que as representem. A segunda limitação é a ausência da participação dos quilombos na gestão, monitoramento das ações de titulação das terras. A terceira e última se refere à necessidade de registro imobiliário, ou seja, o Decreto trata dessa necessidade do registro cadastral junto ao INCRA, mas nada menciona sobre o registro imobiliário (nos Serviços de Registro de Imóveis) dos títulos que são imprescindíveis para dar validade e produzir efeitos contra terceiros.

Portanto, os procedimentos de regularização fundiária pautados no Decreto 4.887/2003 consistem em um conjunto de medidas no campo jurídico, físico e social a serem adotadas pelo poder público na intenção de expedir títulos de propriedade de terras em favor das comunidades remanescentes de quilombos.

Em síntese do discurso sobre a lei constitucional da política de acesso, ressalta-se o papel das ciências sociais na orientação e aplicação do artigo 68 do ADCT. Como reza o artigo, a definição de quilombo deve se dá a partir da própria atribuição do grupo social, de seus membros, por sinais e emblemas que sejam considerados socialmente e não por um observador externo que podem manipular as identidades étnicas. Apenas os fatores socialmente relevantes são considerados para diagnosticar e assinalar os membros de um grupo. Advindos da área das ciências sociais, os antropólogos a partir da prática etnográfica não interferem, apenas mobilizam e orientam a aplicação do artigo 68 do ADCT.

A participação dos antropólogos nesse processo, por meio da elaboração dos relatórios de identificação, deu-se numa conjuntura de pressão do movimento negro, com a criação de mecanismos de representação, como a Comissão Nacional Provisória de Articulação de comunidades Negras Rurais Quilombolas (CNACNRQ - 1996) que passaram a exigir dos órgãos governamentais a aplicação do preceito constitucional. (O'DWYER, 2002, p. 17-18).

Ao passo que há uma intensa participação das ciências sociais na luta pelo reconhecimento dos direitos étnicos e territoriais, como comunidades rurais negras e terras de preto, os antropólogos têm desempenhado papel importante no reconhecimento de grupos étnicos diferenciados e na conquista de direitos territoriais das populações tradicionais rurais. Nos termos de Geertz (1989) *apud* O'dwyer (2002, p. 21) “os antropólogos detêm o ‘saber local’ sobre os povos e grupos que estudam, fazem de sua autoridade experiencial um instrumento de reconhecimento público de direitos constitucionais.”.

A participação dos profissionais das ciências sociais garante uma interpretação no estudo dos fenômenos sociais, fornecendo uma explicação para o sentimento de participação social dos grupos e fomentam a discussão sobre o tema, expondo as representações que estes povos têm de seu território.

A construção desse trabalho, denominado “laudos e pareceres administrativos” ou “processos de identificação de grupos étnicos e dos territórios” reivindicado por grupos remanescentes de quilombo são solicitados pelas instituições estatais, principalmente quando prevalece um contexto de tensões e conflitos por territórios.

Há que se chamar atenção para o papel do antropólogo na realização dos laudos e perícias. Cabe a ele o papel de identificar a estruturação interna e seus processos sociais. Segundo O'dwyer (2002, p. 24):

Ele não deve revestir-se de uma autoridade acadêmica que supostamente o capacita a infirmar ou mesmo negar a identidade de grupos étnicos e, ainda, definir as suas fronteiras ante outros segmentos da sociedade nacional, pois indubitavelmente, em última análise, cabe aos próprios membros dos grupos étnicos se auto-identificarem e elaborarem seus próprios critérios de pertencimento e exclusão, mapeando situacionalmente as suas fronteiras étnicas.

Portanto, o papel do antropólogo não é o de definir, e, sim, contextualizar os grupos dentro de suas próprias categorias nativas de autoafirmação.

Os relatórios desenvolvidos na identificação dos grupos étnicos adotam o método do trabalho de campo que incorpora a análise crítica da Antropologia para o estudo sobre as comunidades negras rurais. Os relatórios de identificação estão voltados para o modelo do nativo, em que o trabalho de campo é capaz de fornecer uma visão interpretativa na abordagem dos processos sociais. A realização de pesquisas de campo junto aos grupos étnicos veio angariar benefícios que estão garantidos na constituição brasileira de 1988.

5 RESISTÊNCIAS NA APLICAÇÃO DAS LEIS QUANTO À POLÍTICA DE ACESSO AO TERRITÓRIO

Mesmo sendo um direito constitucional, a aplicação das leis em favor dos quilombolas ainda é um entrave que perpassa tanto pela questão legislativa quanto pela questão prática. Em decorrência de vários conflitos de ordem interna e externa, o processo de regu-

larização dos territórios quilombolas é um ato que demanda recursos de ordem material e humana em sua concretização, o que na maioria das vezes se torna impasse na instituição da política pelo Estado.

Neste tópico, ao discutir a resistência na aplicação do direito ao acesso ao território, destacam-se os conflitos que de certo modo emperram a aplicação das leis e decretos governamentais.

Acredita-se que a resistência na aplicação da política de acesso ao território para comunidades tradicionais é, num primeiro momento, devido ao jogo de interesses de uma parcela expressiva de grandes proprietários de terras, que buscam, por meio da agroindústria, legitimar a utilização de grandes quantidades de terra para a reprodução do sistema capitalista, capaz de gerar lucros e tributos ao Estado. A terra nesse sistema se torna um bem valioso, sistema em que o interesse individualista do capital sempre sobressai aos interesses coletivos.

Segundo Gawora (2011, p. 30)

A discussão da maioria das comunidades tradicionais está hoje orientada para assegurar o território. A razão disto está associada aos conflitos com outros atores sociais bem mais poderosos, que já ocuparam ou querem ocupar o território das comunidades tradicionais. Podem ser conflitos com empresas do agronegócio (por exemplo, soja, cana, ou outras monoculturas), com empresas agroflorestais (por exemplo, plantações de eucalipto), com empresas da pecuária, com empresas da mineração, com hidrelétricas ou outros atores fortes e desastrosos.

Em um segundo momento, a falta de informação, articulação e mobilização dos grupos tradicionais os colocam alheios ao processo, aos direitos instituídos pelo Estado, na tentativa de regular a discrepância entre as classes. Para tanto, a ausência de conhecimento dos direitos encontra-se na falta de informação por parte dos grupos.

Nos termos citados por Costa (2011, p. 57-59, *passim*)

Qualquer grupo social seja indígena, remanescente de quilombo ou comunidade rural singular para acessar o direito coletivo a que se vincula necessita primeiramente tomar conhecimento dos artigos constitucionais que dizem respeito a sua especificidade. [...] Dezenas de quilombolas existentes na região tomaram conhecimento do direito específico através de diversas dinâmicas como a realização de estudos de impacto ambiental dada a constru-

ção de hidrelétrica no rio Jequitinhonha, a realização de pesquisas nas comunidades, divulgação na mídia regional dos processos vividos por outras comunidades rurais, a aproximação ao movimento social regional, a busca das administrações municipais em conseguir a implantação de projetos do governo federal vinculados a política específica para as comunidades negras rurais, Brasil quilombola e a atuação da Igreja por meio da Comissão Pastoral da Terra e, por fim, a divulgação pelo movimento dos sem terra que se dissemina na região, que passou a disseminar o conhecimento sobre o direito específico das comunidades remanescentes de quilombo.

Tendo em vista as considerações do autor, percebe-se claramente a ideia de que os processos de reconhecimento são frutos das articulações locais em contraposição a resistência ainda vista na instituição do direito à terra. Com o acesso a informação, as comunidades têm reivindicado seus direitos, uma vez que, no total 84 comunidades do Norte de Minas Gerais solicitaram junto a Fundação Palmares o reconhecimento como comunidades remanescentes de quilombos. O que antes era visto até mesmo como fator negativo, ou seja, pertencer à categoria quilombola, afirmação depreciativa, inculcada por valores e ideologias da classe dominante, atualmente é sinônimo de luta por direitos.

No Norte de Minas Gerais, a resistência de fazendeiros diante dos grupos tradicionais é um dos percalços encontrado pelo Estado e suas instituições para instituir e aplicar a política de acesso ao território, um direito assegurado pelo artigo 68 do ADCT.

As pressões políticas dos grupos sociais chocam com uma estrutura preestabelecida há anos. O Estado, ao afirmar o direito de uma minoria, depara com resistências de parte da população, que com perspectivas contrárias às políticas sociais de acesso ao território, impedem até mesmo de forma conflitiva o seu posicionamento.

6 A NECESSIDADE DE CONTINUAÇÃO DO ESTUDO

A abordagem do processo pela retomada e titulação da comunidade negra rural de Brejo dos Crioulos, município de São João da Ponte, Norte de Minas Gerais, é credora de uma narrativa dos conflitos, da resistência quanto ao processo de reocupação e territorialização dessa comunidade que se autoafirma como remanescente de quilombo. Mas, por ultrapassar o tema do presente artigo, fica a indicação para outros estudos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A política de acesso ao território, objeto de estudo é a de maior relevância dentro do conjunto de políticas públicas apresentadas pela própria comunidade de remanescentes

de quilombos. Não que as outras políticas de educação, saúde dentre outras, não sejam relevantes. Elas estão contidas nos Programas Brasil Quilombola e Agenda Social quilombola, o qual pretende reunir um conjunto de ações e propostas para esses povos. Neste caso, o conjunto desses dois programas visa contemplar o fortalecimento de grupos discriminados, dando-lhes acesso as políticas de inserção social.

A política de acesso ao território, por mais que tenha avançado no campo jurídico, ainda é uma incógnita. Talvez seja pelo interesse desses povos o fato de irem em contradição ao processo de dominação de uma classe sobre a outra, construído ao longo dos muitos anos. O reconhecimento e titulação dos territórios ainda é um fator de exaustivas discussões no campo político. O conflito pela terra se dá entre os povos tradicionais, amparados pelos movimentos sociais e, na maioria das vezes, com os grandes latifundiários. Se por um lado o interesse pela terra é de manutenção e reprodução da vida em comunidade, por outro, o interesse é de ordem econômica, a terra é vista como fonte de renda e meio de reprodução do capital.

Como se viu, ainda há muito por ser feito. Se se tomar como ponto de referência os estudos sobre as políticas de acesso ao território aos povos tradicionais, em especial os grupos quilombolas, estes ainda se encontram alheios aos direitos assegurados na Constituição. A aplicabilidade das políticas públicas não condiz com a realidade mostrada nos estudos sobre o tema.

Em síntese, as políticas de inserção social pregados na Constituição de 1988 vêm sendo encaminhadas num processo lento e que, muitas vezes, retrocede. O jogo de interesses das classes dominantes ainda prevalece em detrimento dos direitos desses povos. Estes, ancorados na própria Constituição, buscam estratégias na efetivação de seus direitos coletivos.

REFÊRENCIAS

BRASIL. Decreto 3.912, de 10 de setembro de 2001. Regulamenta as disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 set. 2001.

BRASIL. Decreto 4.883, de 20 de novembro de 2003. Transfere a competência que menciona, referida na Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 nov. 2003.

BRASIL. Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 nov. 2003.

BRASIL. Ministério da Cultura. Fundação Cultural Palmares. Portaria FCP 04, de 1.º de março de 2004. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 mar. 2004, edição 43.

BRASIL. Ministério da Cultura. Fundação Cultural Palmares. Portaria FCP 25, de 15 de agosto de 1995. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 ago. 1995, p. 71-72, Seção 1.

BRASIL. Ministério da Cultura. Portaria 447, de 2 de dezembro de 1999. Delega competência à titular da Presidência da Fundação Cultural Palmares. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 dez. 1999.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Instrução Normativa 57, de 20 de outubro de 2009. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 out. 2009.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Portaria INCRA/P/ n.º 307, de 22 de novembro de 1995. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 nov. 1995, p. 220-221, Seção 1.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**: a era da informação: economia, sociedade e cultura. v. 2. Tradução de Klaus Brandini Gerhardt. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

COSTA, João Batista de Almeida. A (des)invisibilidade dos povos e das comunidades tradicionais: a produção da identidade, do pertencimento e do modo de vida como estratégia para efetivação de direito coletivo. In: GAWORA, Dieter; IDE, Maria Helena de Souza; BARBOSA, Rômulo Soares (Org.). **Povos e comunidades tradicionais no Brasil**. Montes Claros: Ed. Unimontes, 2011, p. 51-68.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias do Welfare State. In: **Revista Lua Nova**, São Paulo, Ed. CEDEC, n. 24, p. 85-115, 1991.

FRANCO, Maria Ciavatta. Quando nós somos o outro: questões teórico-metodológicas sobre os estudos comparados. **Educação & Sociedade**, ano XXI, n.º 72, ago. 2000.

GAWORA, Dieter. Povos e comunidades tradicionais como sujeitos de mudança. In: GAWORA, Dieter; IDE, Maria Helena de Souza; BARBOSA, Rômulo Soares (Org.). **Povos e comunidades tradicionais no Brasil**. Montes Claros: Ed. Unimontes, 2011.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

GOHN, Maria da Glória Marcondes. **Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

O'DWYER, Eliane Cantarino. Os quilombos e a prática profissional dos antropólogos. In: O'DWYER, Eliane Cantarino (Org.). **Quilombos: identidade étnica e territorialidade**. Rio de Janeiro: Ed. UFV, 2002.

OFFE, Clauss. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OLSON, Mancur. **A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais**. Tradução de Fábio Fernandez. São Paulo: Edusp, 1999.

OSÓRIO, Leticia Marques. **Direito a moradia e territórios étnicos: proteção legal e violação de direitos das comunidades de quilombos no Brasil**. [S. n. t.], 2005.

PAIXÃO, Marcelo J. P. **Desenvolvimento humano e relações raciais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SAILLANT, Francine. Direitos, cidadania e reparos pelos erros do passado escravista: perspectiva do movimento negro no Brasil. In: PAULA, Marilene de; HERINGER, Rosana (Org.) **Caminhos convergentes: estado e sociedade na superação das desigualdades raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: Heringer Boll/action AID, 2009.

Submissão em: agosto de 2011. Pareceres favoráveis em: novembro de 2011.

A Publicidade Verde e os Direitos do Consumidor

MICHELLE LUCAS CARDOSO BALBINO¹

MARIA ISABEL ESTEVES DE ALCÂNTARA²

RESUMO: Diante da necessidade de estabelecer o padrão de consumo florestal da população mundial, em fevereiro de 2010 lançou-se o relatório *Forest Footprint Disclosure – Annual Review 2009*, que apresenta os nomes das empresas que responderam à primeira chamada para revelar detalhes de sua *Forest Footprint* (Pegada Florestal). Diante do exposto, surge o presente trabalho tendo como objetivo conscientizar os consumidores acerca do conceito de Publicidade Verde e que a empresa que utiliza essa publicidade verde para seduzi-lo, estará promovendo uma publicidade enganosa ou abusiva. No intuito de assegurar esse novo mercado consumidor, surge a ideia da ecopropaganda, que tem a finalidade de mostrar aos consumidores as medidas ambientais utilizadas pela organização, caso esse procedimento não seja adotado pela empresa, esta estará promovendo uma publicidade enganosa ou abusiva, publicidade está proibida pelo Código de Defesa do Consumidor, afinal, o objetivo principal da publicidade é informar o consumidor sobre determinado produto/serviço e incentivá-lo a adquiri-lo.

Palavras-chave: *Forest Footprint Disclosure*. Ecopropaganda. Publicidade enganosa e abusiva.

ABSTRACT: Faced with the need to establish the consumption pattern of the forest world population, in February 2010 launched the *Forest Footprint Disclosure Report - Annual Review 2009*, which displays the names of the companies that answered the first call to disclose details of its *Forest Footprint*. Given the above scenario this study aiming to educate consumers about the concept of *Green Advertising* and the advertising company that uses the green to seduce him, will be promoting a misleading or unfair. To ensure that new consumer market, the notion of ecological advertising which aims to show consumers the environmental measures used by the organization if this procedure is not adopted by the company, this will be promoting a misleading or abusive advertising is prohibited by the Brazilian Code of Consumer Protection, after all, the main goal of advertising is to inform consumers of a product / service and encourage you to purchase it.

Keywords: Forest Footprint Disclosure. Ecological Advertising. Misleading and Unfair

¹ Mestre em Sustentabilidade Socioeconômica Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto. Especialista em Direito, Impacto e Recuperação Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto. Pós-Graduada em Gestão Pública pela Universidade Federal de Uberlândia. Pós-Graduada em Direito Público pela Sociedade Universitária Gama Filho. Coordenadora do Curso de Direito da FACTU e Professora Universitária.

² Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Gestão Pública pela Universidade Federal de Uberlândia. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas-MG. Advogada atuante na Comarca de Patos de Minas - MG. Assessora Jurídica da 10.^a Região de Polícia Militar de Minas Gerais.

1 INTRODUÇÃO

A publicação do *Forest Footprint Disclosure - Annual Review 2009*, em fevereiro de 2010, relatório que apresenta os nomes das empresas que responderam à primeira chamada para revelar detalhes de sua *Forest Footprint*, lançou-se uma nova Pegada, a Pegada Florestal.

Para a elaboração do relatório foram consultadas 217 companhias, contudo, somente 35 atenderam ao pedido de enviar informações sobre o impacto de suas cadeias sobre as florestas, sendo que no Brasil apenas duas concordaram em revelar sua pegada florestal.

O baixo índice de respostas, segundo a organização, mostra que ainda há desconhecimento sobre a relação direta entre desmatamento e mudanças climáticas e que os investidores ainda não relacionam a diminuição dos impactos de suas companhias sobre as florestas como um requisito para a transição para uma economia de baixo carbono.

Diante do exposto, surge o presente trabalho tendo como objetivo conscientizar os consumidores acerca do conceito de Publicidade Verde e que a empresa que utiliza essa modalidade estará promovendo uma publicidade enganosa ou abusiva.

A justificativa do presente estudo é no fato de que várias empresas se autodenominam empresas “ambientalmente sustentáveis”, utilizando-se da ecopropaganda ou publicidade verde para se beneficiar com a venda dos produtos. Contudo, tais empresas não revelaram o impacto de seus produtos sobre as florestas, assim enganando os consumidores.

O presente estudo tem como base a elaboração de uma pesquisa bibliográfica/webibliográfica, sendo utilizados para o estudo textos, mapas e gráficos relacionados ao assunto, presentes em livros, revistas e documentos eletrônicos, os quais forneceram o embasamento teórico necessário para a construção do tema e, por consequência, o alcance dos objetivos propostos.

Assim, na busca de trazer informações aos consumidores acerca da publicidade verde e o seu direito, principalmente, o direito a publicidade verdadeira, passa-se ao estudo do presente tema.

2 FOREST FOOTPRINT DISCLOSURE - ANNUAL REVIEW 2009 E A PUBLICIDADE VERDE

Frente à necessidade de medir a estimativa do padrão de consumo de uma determinada população, estabelecendo se a mesma é ou não sustentável, nasce a ideia da Pegada Ecológica, que possui relação direta com a degradação ambiental observada decorrente dos padrões exacerbados de consumo.

Tal conceito foi desenvolvido por Rees e Wackernagel (*apud* SEIFFERT, 2009, p. 10), segundo se vê a seguir:

O conceito de pegada ecológica foi desenvolvido por e está associado à capacidade de suporte dos ecossistemas, representando o cálculo da área de terreno produtivo necessária para sustentar o estilo de vida de uma população. Esse cálculo baseia-se na influência de inúmeras variáveis como: características de ocupação da superfície terrestre (padrão de distribuição de: áreas agrícolas; pastagens; florestas; lagos e oceanos; áreas urbanas; reservas de combustíveis fósseis etc.) e de consumo (alimentação, habitação, bens de consumo, sistemas de transportes, alternativas energéticas etc.). Cada categoria de consumo é convertida numa área de terreno (em princípio de uma das categorias apresentadas) por meio de fatores calculados.

Já a Pegada de Carbono mede quanto dióxido de carbono (CO₂) é produzido pela população, sendo simplesmente um valor apurado mensalmente ou anualmente acerca da emissão de CO₂. Ao falar sobre a pegada de carbono, Carvalho (2010, p. 128) explica que:

A atual questão da pegada de carbono necessita da aplicação da ACV especificamente aos fluxos mássicos e energéticos que envolvam equivalentes de CO₂. Isto tem sido importantíssimo para a que a ACV seja revista e re-

encaminhada às mesas de gestores por outro ângulo. A expectativa é que isso possa evoluir para uma pegada de água, pegada de ozônio, etc.

Já Seiffert (2009, p. 10), ensina que a pegada de carbono é um desdobramento da pegada ecológica, afirmando que

a lógica de definição da pegada de carbono é na verdade um desdobramento da pegada ecológica e pode ser expressa pela quantidade de emissões de dióxido de carbono (CO₂) e outros Gases de Efeito Estufa (GEE's) atribuíveis ao indivíduo, tomada principalmente pelo seu padrão de consumo energético durante um ano. Seu principal objetivo é medir o impacto gerado pelas atividades humanas sobre o aquecimento global e mudanças climáticas.

Assim, após a Pegada Ecológica (*Ecological Footprint*) e a Pegada do Carbono (*Carbon Footprint*), em fevereiro de 2010, lançou-se uma nova Pegada, a Pegada Florestal, com a publicação do *Forest Footprint Disclosure - Annual Review 2009*, relatório que apresenta os nomes das empresas que responderam à primeira chamada para revelar detalhes de sua *Forest Footprint* (Pegada Florestal).

Este termo indica o montante total dos desmatamentos causados direta ou indiretamente por uma organização ou produto. Esse é o conceito dado pela organização *Forest Footprint Disclosure*, como a seguir transcrito:

“Forest footprint” is the total amount of deforestation caused directly or indirectly by an organization or product. Many businesses unknowingly source products that contribute to deforestation in their supply chains, and their resulting forest footprint can create unexpected valuation risks and add to their climate change impacts³.

Como se pode observar, o documento calcula a “pegada florestal” de companhias que utilizam *commodities* ligadas às florestas, favorecendo o avanço do desmatamento, como soja, carne, couro, madeira e bicomcombustíveis.

Ressalta-se que, o *Forest Footprint Disclosure* (FFD) surge num momento em que a humanidade faz uma chamada global no intuito de deter o desmatamento de forma sig-

³ Pegada floresta é o montante total dos desmatamentos causados direta ou indiretamente por uma organização ou produto. Muitas empresas sem saber a origem dos produtos que contribuem para o desmatamento em suas cadeias de abastecimento e sua pegada florestal resultante pode criar riscos inesperados de valorização e adicione aos seus impactos das mudanças climáticas (Tradução nossa). Disponível em: <<http://forestdisclosure.org/page.asp?p=4690>>. Acesso em: 29 out. 2010.

nificativamente, através de medidas de regulamentação em diversos países e adoção de medidas voluntárias por empresas e organizações não governamentais (ONG's).

Para a elaboração do relatório foram consultadas 217 companhias. Contudo, somente 35 atenderam ao pedido de enviar informações sobre o impacto de suas cadeias sobre as florestas. Entre elas, a British Airways, BMW, Travis Perkins, L'Oréal, Weyerhaeuser, Adidas, Nike, Mondi and Unilever e Kingfisher, o que demonstra o compromisso dessas instituições com o *Disclosure Request*.

Das empresas brasileiras, dezenove foram consultadas, sendo que apenas duas concordaram em revelar sua pegada florestal (Grupo Independência - no setor agropecuário; e a Fibria – empresa formada após a união da Aracruz Celulose e da Votorantim Celulose e Papel).

O baixo índice de respostas, segundo a Organização, mostra que ainda há desconhecimento sobre a relação direta entre desmatamento e mudanças climáticas e que os investidores ainda não relacionam a diminuição dos impactos de suas companhias sobre as florestas como um requisito para a transição para uma economia de baixo carbono.

Dentre as empresas entrevistadas, várias reconheceram que nunca tinham olhado para esses dados antes do pedido do *Forest Footprint Disclosure* (FFD), é o que relata o comunicado feito pela organização à imprensa divulgar o Relatório.

Several respondents admitted that they had not been looking for this data prior to FFD's request and a number of non-responding companies in 2009 have already indicated that they intend to participate in the 2010 survey. "Revealingly, some companies who are communicating 'environmentally friendly' policy and messages in their consumer marketing mix, did not disclose their impact on forests," says Campbell. "Whilst we understand that creating a robust and sustainable supply chain with full traceability is a challenge for businesses, those that have disclosed show that their forward-thinking management is managing a supply chain risk to their business over the long term and managing the issue of climate change intelligently⁴.

⁴ Vários entrevistados admitiram que não olhavam para esses dados antes do pedido do FFD e um número de não responder as empresas em 2009 já indicaram que pretendem participar da pesquisa de 2010. "Foi revelador, algumas empresas que estão se comunicando "Ambientalmente amigável" política e mensagens no seu *mix* de marketing de consumo, não revelou seu impacto sobre as florestas", afirma Campbell "Apesar de entendermos que a criação de um robusto e cadeia de fornecimento sustentável, com total rastreabilidade é um desafio para as empresas, aquelas que têm mostram que a sua reflexão sobre a gestão, a frente é gerir um risco à sua cadeia de abastecimento negócio a longo prazo e gerir a questão da mudança climática de forma inteligente." (Tradução nossa). Disponível em: <http://www.forestdisclosure.com/docs/Media_Release_-_International_Brands_Lead_the_Way_in_Disclosing_their_Global_Forest_Footprint.pdf>. Acesso em: 29 out. 2010.

Assim, o *Forest Footprint Disclosure* (FFD) tem o objetivo aumentar a conscientização sobre o conceito de Pegada Florestal, servindo de base para escolha das melhores empresas a terem investimentos financeiros, afinal, a sustentabilidade agrega valor ao negócio.

Esse também é o entendimento de Moraes e Faria (2007, p. 2):

A responsabilidade ambiental passou a ser sinônimo de valor agregado, e o investimento em ações e projetos ambientais começou a exercer forte contribuição na geração de mídia espontânea e no faturamento do setor empresarial, cujas preocupações passaram a ir além da satisfação por qualidade e preço de produtos. Nessa tendência, as empresas começaram a articular estratégias discursivas cujos conteúdos geram processos de identificação; e, com isso, peças publicitárias e/ou reportagens valorativas referentes às questões ambientais foram ganhando cada vez mais espaço na mídia institucional.

Contudo, o maior objetivo desse Relatório é apresentar aos consumidores qual a porcentagem de desmatamento gerado pela empresa na fabricação de seus produtos. Até mesmo porque os consumidores estão cada vez mais conscientes dos problemas causados pelo desmatamento; e estão favorecendo as marcas e empresas que possam demonstrar um vínculo claro com fontes sustentável.

Diante de tais fatos e a partir dos dados apresentados pelo Relatório de Pegada Florestal, pode-se observar que algumas empresas nacionais e estrangeiras estão se autodenominando empresas “ambientalmente sustentáveis”, utilizando-se da ecopropaganda ou *marketing* verde para se beneficiar com a venda dos produtos. Contudo, tais empresas não revelaram o impacto de seus produtos sobre as florestas.

Giacomini Filho (2004, p. 26-27) apresenta o conceito de ecopropaganda em seu livro sobre o assunto:

A ecopropaganda é uma das formas especializadas da propaganda, como a propaganda política, religiosa, ideológica, institucional e outras. No entanto, compartilha dos postulados gerais da propaganda, destacando-se aqui a codificação, a difusão e a persuasão. A codificação traduz o conteúdo da mensagem (sinos, intensidade da emissão, etc.) alocado em um suporte midiático (tevê, jornal, internet, etc.) que possibilita sua difusão, ou seja, exteriorização das idéias, numa tentativa do emissor de ver compartilhado o seu intento ideológico [...] Essa articulação, no âmbito da ecopropaganda, pode ser desenvolvida por meio de linguagens (imagens de destruição de florestas, mani-

festações públicas de boicotes a empresas poluidoras), slogans (“Small is beautiful”; “Pensar globalmente e agir localmente”), símbolos (árvores, animais, cor verde) e mídias/suportes: documentários em tevê, campanhas em rádio, ecoempresas na internet, embalagens verdadeiras, vídeos educativos, folhetos de papel reciclado, revistas de ONGs, anúncios contendo certificação ambiental, filmes de conscientização ecológica, telenovelas incluindo cenas de acidentes industriais, seções de cidadania em jornais, manifestos ambientais partidários, projetos de ecogerenciamento ambiental, etc.

O mesmo autor aponta que a publicidade permite maior visualização das estratégias empresariais e de *marketing* utilizadas pelos anunciantes. Assim, as missões corporativas relacionadas ao meio ambiente muitas vezes podem ser reconhecidas em três tipos de empresas. Isto, como mostra o trecho a seguir transcrito.

Verde, mas não espalhem – caracteriza-se por ser voltado para o meio ambiente, mas recusa-se a fazer publicidade, talvez por acreditar que essa atividade seja incompatível como discurso ambiental ou, tal como organização consumerista que não veiculam publicidade paga em suas revistas, a vê como um recurso que pode comprometer a credibilidade de algumas iniciativas ou parcerias. **Eu, verde?** – é a organização que não se vê atuando na área ambiental, desconhecendo, assim, motivações para usar atributos ecológicos em sua comunicação publicitária. **Vejam, verde** – caracteriza a empresa que não tem cultura ecológica, mas quer ser reconhecida pelo mercado como tendo práticas nessa área. É a organização que só anuncia em datas alusivas ao meio ambiente ou coloca na publicidade expressões ambientais que não são sustentáveis de forma manipulando a credibilidade do consumidor (GIACOMINI FILHO, 2004, p. 184) (Grifos nossos).

Assim, a publicidade verde somente deve ser feita se forem adotadas todas as medidas ambientais que determinem o posicionamento da organização sobre o assunto, devendo estar longe da questão de apenas fazer publicidade. Até mesmo porque a preocupação ambiental requer uma mudança completa na cultura corporativa da empresa, o chamado esverdeamento completo na cultura corporativa⁵.

Caso não sejam adotados esses parâmetros, a empresa que utiliza essa publicidade verde para seduzir o consumidor, estará promovendo uma publicidade enganosa ou abusiva, publicidade está proibida pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). Os direitos do consumidor frente a essa questão são o próximo assunto a ser tratado neste artigo.

⁵ Expressão usada por Jacquelyn A. Ottaman em seu livro *Marketing Verde* (1994, p. 56 *apud* GIACOMINI FILHO, 2004, p. 182).

3 DIREITO DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor aponta, dentre outras diretrizes que, para que a relação de consumo tenha equilíbrio, faz-se necessária a harmonia entre os objetivos almejados pelas partes, quais sejam, consumidor e fornecedor (inciso III do art. 4.º do CDC), para que o consumidor não se torne frágil, fator que contribui para as práticas comerciais abusivas impostas por fornecedores.

Contudo, para que as práticas comerciais abusivas ocorram, diversos fatores devem ser utilizados pelo fornecedor no intuito de prejudicar ou ludibriar o consumidor. Assim, surge a figura do *marketing* que é uma das modalidades das práticas comerciais, podendo ser definido como “a interface entre a oferta e a demanda, ou como o processo administrativo pelo qual os produtos são lançados adequadamente no mercado e através do qual são efetuadas transferências de propriedade.” (GRINOVER et al, 2007, p. 257).

Vale ressaltar nessa oportunidade que, o *marketing* se utiliza de duas faces. Dentre elas, destaca-se a publicidade, que se trata de uma de suas principais atividades. Sobre esse assunto, Grinover et al (2007, p. 263), afirmam que

Já vimos que as práticas comerciais são o gênero ao qual pertence o marketing, sendo a publicidade uma das atividades deste. Com tal sentido, diz-se que a publicidade, tal como qualquer técnica de comunicação, está englobada num contexto mais vasto, o do *marketing*, de que é um dos elementos mais importantes.

Andrade (2006, p. 65), também afirma que a publicidade está diretamente ligada ao *marketing*:

Quando falamos em marketing, pensamos imediatamente em atividade ligada a promoção e venda de produtos e serviços, mais especificamente na publicidade do produto, a vulgarmente denominada “propaganda”. Todavia, marketing envolve toda atividade colocação de um produto no mercado de consumo; aliás, a palavra marketing deriva de mercado. Portanto, ele envolve a embalagem do produto, a definição de seu preço, a distribuição e a publicidade.

Diante desses aspectos, surge a questão central deste artigo, em que o fornecedor, através de artimanhas, utiliza a propaganda verde para impor ao consumidor, parte mais frágil da relação, práticas abusivas como o objetivo de obter lucros.

Conforme determinação do artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade deve apresentar os dados legítimos, garantindo as informações técnicas e científicas apresentadas.

Nesse contexto, o objetivo principal da publicidade é “informar o consumidor sobre a existência de determinado produto ou serviço e, principalmente, incentivá-lo e convencê-lo a adquirir tal produto ou serviços.” (ANDRADE, 2006, p. 68).

Assim, ao apresentar ao consumidor uma inverdade em relação aos produtos ecologicamente corretos ou alegar preocupação ambiental não existente na corporação, o fornecedor acaba por burlar a regra estabelecida no artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, que proíbe a publicidade enganosa e abusiva. De fato, as palavras do CDC são as seguintes:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1.º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2.º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3.º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

§ 4.º (Vetado).

Neste momento, torna-se pertinente a distinção entre publicidade enganosa e publicidade abusiva, sendo que a primeira tem o objetivo de induzir o consumidor a erro, resultando de uma conduta voluntária do fornecedor podendo ser uma ação comissiva ou omissiva, ao passo que a publicidade abusiva se caracteriza pela vulneração de direitos fundamentais do homem, afetando direitos inerentes à personalidade.

Afinal, a

publicidade pode ser enganosa tanto pelo que diz como pelo que não diz. Enquanto na publicidade enganosa comissiva qualquer dado do produto ou serviço presta-se para induzir o consumidor em erro, na publicidade enganosa por omissão só a ausência de dados essenciais é reprimida. [...] A publici-

dade abusiva, da forma como regradada pelo Código brasileiro, é uma grande novidade, mesmo quando se analisam as leis de proteção ao consumidor em países mais desenvolvidos. O conceito carrega a idéia de exploração ou opressão do consumidor (GRINOVER et al, 2007, p. 347/350).

Assim, a publicidade verde que apresenta dados falsos acerca das condições ambientais da empresa ou omite qualquer dado em relação à possível degradação ambiental pode ser caracterizada como enganosa, uma vez que induz o consumidor ao erro quanto à sua natureza e características.

Já a propaganda abusiva, nos aspectos ambientais, é caracterizada pela incitação à violência, desrespeitando os valores ambientais e explorando o medo do consumidor, até porque

deve-se distinguir a propaganda enganosa da propaganda abusiva. Esta é mais grave, pois induz o consumidor a se comportar de forma prejudicial. São propagandas que incitam à violência, desrespeitam valores ambientais, exploram o medo do consumidor, ou se aproveitam da deficiência de julgamento ou inexperiência das crianças (LAGES, 1997, p. 1).

Destaca-se que a vinculação dessas propagandas, além de ser punida administrativamente, conforme previsto no art. 56 do CDC, por ser considerada crime, podendo o infrator ser condenado a uma pena de detenção de três meses a um ano e multa, conforme disposição do artigo 67, do CDC.

Ressalta-se, porém que, o ônus de prova da veracidade e correção da propaganda enganosa cabe ao fornecedor, ônus determinado no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor, até porque, o consumidor tem o direito de ser informado corretamente das ações práticas pelas empresas.

Além de tais infrações e sanções previstas no Código de Defesa do Consumidor, a ecopropaganda criada com o objetivo de ludibriar o consumidor pode se sujeitar a diversas outras medidas judiciais tendo em vista a legislação ambiental vigente.

Após longa explanação acerca da publicidade verde e da possibilidade de sua veiculação de forma errônea, fator que prejudica a relação de consumo, a ética ambiental também é fator a ser considerado. É o que relata Milaré:

Nos últimos anos, o Direito e a Questão Ambiental defrontaram-se de maneira explícita. A realidade viva e mutante deste Planeta requereu e impôs novas normas de conduta aos indivíduos e à sociedade: é assim que entendemos o surgimento do Direito do Ambiente, ramo ainda novo na velha cepa das Ciências Jurídicas. O mesmo sucede com a Moral ou a Ética em relação a essa nova ordem planetária. Os requerimentos ambientais alcançam também o comportamento humano em face do mundo natural e seus recursos, assim como do mundo dos homens e suas próprias realizações, pois a presença da família humana é fator determinante do estado e da saúde da Terra. Em uma palavra, constrói-se uma “nova moralidade” dos indivíduos e da sociedade humana, perante a nossa “casa comum” (MILARÉ, 2009, p. 121).

Tendo em vista a imposição de novas normas de conduta que visem à proteção do meio ambiente, a ética ambiental deve permear a criação de toda propaganda, sendo ela uma publicidade verde ou apenas mais uma criação comercial.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da necessidade de estabelecer o padrão de consumo florestal da população mundial, em fevereiro de 2010 lançou-se o relatório *Forest Footprint Disclosure - Annual Review 2009*, que apresenta os nomes das empresas que responderam à primeira chamada para revelar detalhes de sua *Forest Footprint* (Pegada Florestal). O *Forest Footprint Disclosure* (FFD) surge num momento em que a humanidade faz uma chamada global no intuito de deter o desmatamento de forma significativamente, através de medidas de regulamentação em diversos países e adoção de medidas voluntárias por empresas e organizações não governamentais (ONG's).

Assim, o maior objetivo do Relatório é apresentar aos consumidores qual a porcentagem de desmatamento gerado pela empresa na fabricação de seus produtos, até porque, atualmente os consumidores tendem a favorecer marcas e empresas que possam demonstrar um vínculo claro com fontes sustentável.

No intuito de assegurar esse novo mercado consumidor, surge a ideia da ecopropaganda, que aponta as medidas ambientais utilizadas pela Organização. Caso não sejam adotados esses parâmetros, a empresa que utiliza essa publicidade verde para seduzir o consumidor, estará promovendo uma publicidade enganosa ou abusiva, modalidades proibidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Afinal, o objetivo principal da publicidade é informar o consumidor sobre determinado produto/serviço e incentivá-lo a adquirir produtos.

Ao apresentar ao consumidor uma inverdade em relação aos produtos ecologicamente corretos ou alegar preocupação ambiental não existente na corporação, podendo ser feita por meios comissivos/omissos ou, até mesmo, pela incitação à violência, há desrespeito aos valores ambientais e exploração do medo do consumidor.

A ética ambiental é fator a ser considerado, devendo permear a criação de toda propaganda, sendo ela uma publicidade verde ou apenas mais uma criação comercial, tendo em vista a imposição de diversas normas de conduta.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de direito do consumidor**. Barueri, SP: Manole, 2006.

CARVALHO, Maria Beatriz Maury de. Entrevista. Revista dos Estudantes de Direito da UnB, Brasília, 28 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.red.unb.br/index.php/sust/article/viewFile/737/453>>. Acesso em: 28 out. 2010.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS. Pró-Reitoria de Ensino. Pesquisa e Extensão. Manual para normalização de trabalhos acadêmicos. 3. ed. rev. e ampl. Patos de Minas: UNIPAM, 2009. Disponível em: <http://alunos2.unipam.edu.br/PortalCorporeRM/normas_UNIPAM.pdf>. Acesso em: 28 out. 2010.

GIACOMINI FILHO, Gino. **Ecopropaganda**. São Paulo: Ed. Senac, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LAGES, Leandro Cardoso. Publicidade enganosa é crime. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 2, n. 9, 16 mar. 1997. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/702>>. Acesso em: 28 out. 2010.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2009.

MORAIS, Anielle Aparecida Fernandes de; FARIA, Antônio Augusto Moreira de. Entre a publicidade verde e a responsabilidade ambiental: alguns aspectos ideológicos da reprodução jornalística no Jornal da Vale. In: II CONGRESSO DA COMPOLÍTICA. 05 a 07 dez. 2007. Belo Horizonte. **Anais...** Disponível em: <http://compolitica.org/internas/pdfs/2Congresso/sc_pc-anielle.pdf>. Acesso em: 28 out. 2010.

RIBEIRO, Rita de Cássia Farias; SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares. A educação ambiental como elemento necessário nas edificações ecologicamente sustentáveis: a educação como técnica de controle da publicidade “verde” enganosa. JurisWay. 1.º nov. 2009. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=313>. Acesso em: 28 out. 2010.

SEIFFERT, Mari Elizabete Bernardini. **Mercado de carbono e protocolo de Quioto: oportunidades de negócio na busca da sustentabilidade.** São Paulo: Atlas, 2009.

Submissão em: setembro de 2011. Pareceres favoráveis em: dezembro de 2011.

Responsabilidade Civil do Estado

ROBERTO FUCK DE ALMEIDA¹

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires. Professor da Disciplina de Orçamento Público da Pós-Graduação de Gestão Pública da Faculdade Aupex. Professor das Faculdades Aupex, Censupeg, Tear e Uniasselvi. Assessor Parlamentar Câmara de Vereadores de Itapema-SC. Pós-Graduado em Direito Aduaneiro e Comércio Exterior e Pós-Graduado em Magistério Superior. Tutor da Pós-Graduação de Gestão Pública do Instituto Federal de Santa Catarina. Bacharel em Direito. Exerceu várias funções públicas, entre elas: Secretário de Turismo, Controlador-Geral Municipal, Coordenador do Fundo Municipal de Saúde, Diretor Departamento de Compras, Diretor Administrativo da Saúde, Diretor Escolar, e outros.

*Nós somos o que repetidamente fazemos, portanto
excelência, não é um ato, mas sim um hábito.
Aristóteles*

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A responsabilidade é componente característico ao Direito Privado e ao Direito Público, sendo que a responsabilidade privada é uma classe de responsabilidade como categoria jurídica, consistindo, ainda instituto mais antigo no Direito, com seus alicerces no Direito Romano. Já a responsabilidade pública é outra espécie da mesma categoria, possui pouco mais um século, pois passou a existir praticamente com o Direito Administrativo, depois da famosa decisão *Blanco*, de fevereiro de 1873, e ditada pelo Tribunal de Conflitos da França.

A doutrina ensina que

tinha-se dúvida se a competência jurisdicional era dos tribunais jurisdicionários ou dos tribunais administrativos – lembre-se que o sistema administrativo francês é do contencioso administrativo – para processar e julgar o caso do atropelamento da menina Agnès Blanco por um vagonete da Companhia Nacional da Manufatura do Fumo, que trafegava pelos seus trilhos que cortavam a cidade francesa de Bordeaux. O Tribunal de Conflitos entendeu ser da competência do Tribunal Administrativo, por cuidar-se de hipótese de responsabilidade resultante do funcionamento de um serviço público (LAZZARINI, 1997, p. 57).

Ainda firmou-se, em definitivo, o entendimento público da responsabilidade civil do Estado, abandonando-se a colocação privatística, fundada nas disposições civilistas.

O assunto da responsabilidade civil do Estado também recebeu tratamento diferente no tempo e no espaço. Várias teorias foram formuladas. Em alguns sistemas, como por exemplo o anglo-saxão, prevaleciam os princípios de Direito Privado; noutros, como por exemplo o europeu-continental, adota-se o regime publicístico. Durante muito tempo, o que se adotou foi a teoria da irresponsabilidade; caminhando-se, posteriormente, para a responsabilidade subjetiva, ligada à culpa, teoria esta ainda aceita em diversas hipóteses. Seguidamente, partiu-se para a teoria da responsabilidade objetiva, sendo aplicada mediante variados requisitos, dependendo de um sistema para outro, e de concordância com as normas impostas pelo direito positivo (DI PRIETO, 2001, p. 511).

De acordo com Di Pietro (idem, ibidem) várias são as teorias de responsabilidade do Estado. Estas teorias são utilizadas, principalmente, no sistema europeu-continental, oriundas da jurisprudência francesa. São elas: teoria da irresponsabilidade; teoria civilista e teoria publicista.

2 DA IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO

A teoria de que o Estado não tinha responsabilidade por danos foi utilizada na época dos Estados absolutos e se fundamentava na ideia de soberania: “O Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar e o de que aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei.” (DI PRIETO, 2001, p. 512).

Esta teoria, de pronto, começou a ser condenada, por sua manifesta injustiça: se o Estado deve cuidar o Direito, não pode, de maneira alguma, deixar de responder quando, por sua omissão ou ação, ocasionar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e deveres.

Relativa à omissão, tem-se que

Consideramos que debido a los caracteres de la sociedad actual, y las multiples funciones que asumen los Estados modernos em los regimen es emergentes del Estado de Derecho es menester plantear la cuestión que se da frente a ausências del Estado cumpliendo sus funciones esenciales como salud, médio ambiente, edicación, seguridad etc que a la vez nos remitirá al

planteo de la efectividade de los derechos constitucionales y de los Tratados de Derechos Humanos com jerarquia constitucional (CORDOBERA, 2011).

Ainda acerca da omissão, há semelhante entendimento, *verbis*:

A doutrina e a jurisprudência maciçamente entendem que a responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros é a do tipo objetivo, ou seja, decorrente da teoria do risco administrativo, que divisa o risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar dessa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, por meio do erário, representado pela Fazenda Pública. Segunda esta orientação, sublinhe-se, tal assertiva aplica-se tanto aos danos causados por comportamento comissivo do Estado ou de seus delegados como também em decorrência de comportamento omissivo (PESTANA, 2010, p. 610).

Nos Estados Unidos, por exemplo,

em grande parte dos casos, o particular pode acionar diretamente o funcionário, admitindo-se, em algumas hipóteses, a responsabilidade direta do Estado, porém, desde que haja **culpa**, apurada da mesma maneira e tão amplamente como a de um particular em iguais circunstâncias. Trata-se de **responsabilidade subjetiva** (DI PRIETO, 2001, p. 513).

Já na Inglaterra, a partir do

Crown Proceeding Act, a Coroa passou a responder por danos causados por seus funcionários ou agentes, desde que haja infração daqueles deveres que todo patrão tem em relação aos seus prepostos e também daqueles que toda pessoa comum tem em relação à propriedade. A responsabilidade, no entanto, não é total, porque sofre limitações, não se aplicando aos entes locais nem às empresas estatais (DI PRIETO, 2001, p. 513).

Entendia-se ser o Estado irresponsável porque o Estado, pessoa jurídica, representa o Direito, e, assim, não cometia erros. Se o erro ocorresse e causasse dano, a responsabilidade era da pessoa física que exercia a atividade estatal e, não, do Estado, pessoa jurídica. Esse entendimento, naturalmente, não prevaleceu, porque o Estado possui no mínimo *culpa in eligendo* ou *culpa in vigilando* em relação a seu agente.

3 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Da irresponsabilidade do Estado evoluiu-se para a responsabilidade, mas por fundamento civilista, procurando distinguir entre os atos de império e atos de gestão, pois se entendia que nos atos de império, típicos de soberania do Estado, como por exemplo, a desapropriação decretada pelo Executivo, a Lei editada pelo Legislativo e a sentença pelo Judiciário, qualquer dano não deveria ser indenizado, enquanto que nos atos de gestão, como nas hipóteses de concorrências públicas e determinados contratos, se haveria que verificar a culpa, dando lugar a indenização somente na hipótese afirmativa de culpa (LAZZARINI, 1997, p. 58).

É predominante, na atualidade, o entendimento, tanto da doutrina como jurisprudencial, que a responsabilidade do Estado é a regra; e a irresponsabilidade a exceção.

A responsabilidade civil do Estado não é mais de ordem subjetiva, como domina no campo do Direito Privado, sendo, sim, de ordem objetiva.

A compreensão jurisprudencial que predomina atualmente é o de que o Estado deverá indenizar; apenas não o fará se provar que a própria vítima foi causadora do dano. A vítima, ao reclamar a reparação, não necessita demonstrar culpa ou dolo do agente do Estado ou mesmo a culpa anônima do Estado. Basta provar o nexo causal, cabendo ao Estado a citada prova, invertendo-se o ônus da prova.

Neste sentido, transcreve-se o Acórdão do Juiz do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, nos seguintes termos:

Na ação de ressarcimento com fundamento na responsabilidade objetiva prevista no art. 107 da Carta Magna (atual art. 37, § 6.º) basta ao autor a demonstração do nexo etilógico entre o fato lesivo imputável à Administração Pública e o dano de que se queixa. Presumida a culpa do agente, opera-se a inversão do ônus probatório com vistas à eventual exclusão de responsabilidade, cabendo, por isso, à entidade pública provar que o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva da vítima (1.º TACSP. Apelação. 2.ª Câmara Cível. Relator: Juiz Álvaro Lazzarini. Diário Oficial do Estado de São Paulo, 17 out. 1982).

Para deixar bem definido a exclusão de responsabilidade do Estado quando o dano é causado por culpa da vítima, o Supremo Tribunal Federal emitiu o seguinte Acórdão:

Esta Corte tem admitido a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público seja reduzida ou excluída conforme haja culpa concorrente do particular ou tenha sido este o exclusivo culpado (Ag. n.º 113.722 – Ag. Reg. em RE n.º 113.587). No caos, tendo o Acórdão recorrido, com base na análise dos elementos probatórios cujo o exame não é admissível em recurso extraordinário, decidido que ocorreu culpa exclusiva da vítima, inexistente a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público, pois foi a vítima quem deu causa ao anfortúnio, o que afasta, sem dúvida, o nexo de causalidade entre a ação, a omissão e o dano no tocante ao ora recorrido (STF. Recurso Extraordinário 120.924, Rel. Min. Moreira Alves. Publicação em 27.8.1993).

Em resumo, haverá responsabilidade objetiva do Estado pelo dano causado a terceiros. Isto somente não ocorrerá quando o dano for causado por culpa exclusiva da vítima, o que excluirá a responsabilidade do Estado de indenizar pelo dano causado.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL

A responsabilidade do Estado ou de seus agentes está disciplinada na Constituição Brasileira, nos seguintes termos:

Art. 37. [...]

§ 6.º As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No artigo transcrito, a Constituição brasileira distingue dois grupos separados, no tocante a pessoas jurídicas passíveis de responsabilização por danos causados a terceiros: as pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços, e as pessoas jurídicas de Direito Público.

Neste sentido

o texto aprovado apresenta duas novidades: a) firma o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa também para as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, tornando indubitosa a responsabilidade, também, das paraestatais cujos agentes causem danos a terceiros; e b) utiliza-se, pela primeira vez, em texto que se tornou constitucional, o vocábulo agente, ou seja, aquela pessoa física incumbida, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal (MEIRELLES, 1988, p. 49).

Para confirmar nos parece relevante relembrar o recém-transcrito parágrafo 6.º do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil. Ou seja, a partir da promulgação Constituição de 1988 não somente se configura a responsabilidade da pessoa jurídica de Direito Público, mas, também, da pessoa jurídica de Direito Privado prestadora de serviço público, quando estas causarem dano, que estarão obrigadas a indenizar.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO COMPARADO

Na Argentina ainda é discutida a aplicação de normas civis relativas à responsabilidade do Estado. No referido Estado, utiliza-se do Código Civil como teoria geral de Direito de danos ou de obrigação de reparar (CORDOBERA, 2011, folhas 11). Considera ainda a autora que “los principios y elementos que configuran la obligación de reparar y de prevenir los daños constituyen parte de la teoría general, en la que no interesa tanto dónde se encuentran las disposiciones normativas sino el fin que ellas persigan.” (idem, ibidem).

No Brasil, esta etapa já está superada, já que a própria Constituição destaca em seu § 6.º do artigo 37 a obrigação de reparação quando o Estado for o causador do dano, como se viu em tópico anterior.

No México, a Constituição assim prescreve:

Artículo 113. [...]

Segundo párrafo. La responsabilidad del Estado por los daños que, com motivo de su actividad administrativa irregular, cause em los bienes o derechos de los particulares será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

Em 31 de dezembro de 2004, foi publicada no Diário Oficial a Lei denominada “Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado” que regulamentou o artigo 113 da Constituição mexicana, com os seguintes dizeres:

ARTÍCULO 1. La presente Ley es reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus disposiciones son de orden público e interés general; tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado. La responsabilidad extracontractual a cargo del Estado es objetiva y directa, y la indemnización deberá ajustarse a los términos y

condiciones señalados en esta Ley y en las demás disposiciones legales a que la misma hace referencia. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por actividad administrativa irregular, aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate.

Antes da entrada em vigor desta Lei, o sistema de responsabilidade civil do Estado se limitou à responsabilidade civil subsidiária por atos ilícitos de seus servidores e a responsabilidade solidária por seus atos ilícitos dolosos (URTUSUÁSTEGUI, 2006, p. 7).

Não é diferente o entendimento da Constituição Cubana que assim prescreve em seu artigo 26:

Artículo 26.º Toda persona que sufiere daño o perjuicio causado indebidamente por funcionarios o agentes del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley.

Como se verifica, este grupo de países delimita a responsabilidade Civil do Estado em suas legislações, mas o que cabe salientar é que não se vive a realidade de alguns dos países citados, apenas indica-se a previsão da responsabilidade civil que decorre das ações e omissões de agentes ou do próprio Estado.

6 REPARAÇÃO DE DANOS

A reparação dos danos causados, se confirmados o dano e o nexo causal, tanto pode ser por via administrativa como por via judicial.

Quando ocorre o dano, importando na responsabilidade do Estado ou dos particulares que prestam serviços públicos à coletividade, recomenda-se que o ofendido obtenha a respectiva composição ou ressarcimento, inicialmente, no âmbito da esfera administrativa, em se tratando da Administração Pública, ou diretamente junto às empresas privadas, prestadoras dos serviços públicos (PESTANA, 2010, p. 617).

Pestana (2010, p. 618) ainda prescreve que “trata-se de passo que naturalmente se espera daquele que procura a reparação do dano sofrido, ou seja, de amigavelmente e de maneira expedita compor as perdas ocorridas.”. E descreve como será o procedimento:

usualmente é formulado o requerimento endereçado à autoridade pública competente ou à alta administração da empresa prestadora do serviço público, assinalando os dados fáticos e os motivos pelos quais julga, o prejudicado, ter direito ao reparo almejado, que poderá consistir na reparação do bem, sua restauração, na indenização em pecúnia etc. (PESTANA, 2010, p. 618).

Não obstante, se a tentativa de acordo é frustrada, o ofendido ainda terá o direito de recorrer à esfera jurisdicional, quando a Administração Pública, por força de decisão Judicial, compulsoriamente determinará a reparação do dano.

Ademais, dos procedimentos para reparação dos danos, pode-se ainda, em conformidade com a doutrina, dizer que as violações a disposições normativas podem ser realizadas por condutas positivas ou negativas, chamadas de ação comissiva ou omissiva respectivamente.

Desta forma, cabem suas descrições.

6.1 Por Ação ou Comissão

Por Ação ou Comissão são aqueles danos causados diretamente pelos agentes públicos ou empresas privadas no exercício de funções públicas decorrentes do prescrito no § 6.º do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, diretamente. E por resultar o dano de uma ação de seu agente, desnecessário maior enfoque à responsabilidade objetiva do Estado.

Mas, o dano também pode ser causado por uma omissão do Estado que em muitos casos deveria realizar um ato e não o faz. São os casos de responsabilidade por omissão, que se verá a sequência.

6.2 Por Omissão

Omissão, do latim *omissio*, de *omitere* (omitir, deixar abandonar), segundo de Plácido e Silva (1963, p. 1093), exprime a ausência de alguma coisa. É assim: o que não se fez, o que se deixou de fazer, o que foi desprezado ou não foi mencionado. Na linguagem técnico-jurídica, a omissão é a inexistência. É um ato negativo ou a ausência do fato. É o silêncio, anotado pela falta de menção. É a lacuna (LAZZARINI, 1997, p. 71).

O Código Civil argentino prescreve:

Artículo 1.074: Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado um perjuicio a outro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido.

Seguindo esta linha de pensamento do Código citado, estabeleceu-se a responsabilidade do Estado por não efetuar a remoção de uma construção irregular no leito de um canal, ou por obstáculos de uma calçada deficientemente sinalizada, entendendo neste último caso que ao ter outorgado uma autorização, ela implicava uma obrigação mais intensa de cuidado desde a perspectiva do artigo 1.074 do Código Civil, por considerar que a calçada forma parte do domínio público estatal (CORDOBERA, 2011, f. 12).

Todavia, pode-se responsabilizar o Estado por omissão no exercício do poder de polícia, e geralmente para que uma conduta omissiva gere responsabilidade deve estar usualmente ligada ao resultado final, de modo tal que a abstenção possa ser considerada como fator eficiente da consumação operada (CORDOBERA, 2011, f. 12).

Neste sentido, observa que

Não apenas a ação provoca danos. *Omitindo-se*, o agente público também pode causar prejuízos ao administrado e à própria administração. A omissão configura a *culpa in omitendo* e a *culpa in vigilando*. São casos de *inércia*, casos de *não-atos*. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o *agente público omite-se*, empenhando a responsabilidade do Estado por *inércia* ou *incúria* do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o *bônus pater familiae*, nem como o *bonus administrator*. Foi *negligente*. Às vezes *imprudente*, se confiou na sorte; *imperito*, se não previu as possibilidades da concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à idéia de *inação, física ou mental* (CRETILLA JÚNIOR, 1970, p. 210).

Mas, Mello (2000, p. 14) descreve que, apesar do descrito § 6.º do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil afirmar que a responsabilidade do Estado é objetiva, não faz menção aos atos comissivos ou omissivos. E continua, o doutrinador:

se o dispositivo em pauta convida a tal negligência, só o faz com relação aos danos causados pelos agentes públicos. Não com respeito aos danos que por eles não foram causados, como os provenientes de incêndio, de enchentes, de danos multitudinários, de assaltos ou agressões que alguém sofra em vias e logradouros públicos, etc. (MELLO, 2000, p. 14).

E, por fim, acrescenta o mesmo autor na mesma página e em igual obra, que nestes casos “a responsabilidade do Estado será subjetiva”.

Esse posicionamento é rebatido por Mukai (1987, p. 11): “a improcedência de tal raciocínio de que o ato comissivo é causa, enquanto o omissivo não o é, podendo, muito, ser condição de dano.”. Justamente, neste aspecto, é contrário a Mello, fundamentando que “as obrigações, em direito, comportam causas, podendo elas ser a lei, o contrato ou o ato ilícito.” (MUKAI, 1987, p. 11). Desta forma, segue: “causa, nas obrigações jurídicas (e a responsabilidade civil é uma obrigação), é todo fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um poder jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação (de dar, de fazer ou não fazer).” (MUKAI, 1987, p. 11). Assim, surge a conclusão de que a omissão ou o comportamento omissivo podem ser causa e, não, condição ou, “em outros termos, o comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro, é causa e não simples condição do evento danoso.” (MUKAI, 1987, p. 11).

Portanto, verifica-se que o art. 37, parágrafo 6.º, da Constituição, como também entendimento doutrinário, contemplam-se ademais dos atos comissivos, a responsabilidade do Estado pelos atos omissivos.

7 RESPONSABILIDADE POR ATOS JUDICIAIS

Nesta matéria, por princípio geral, a solução tem sido a irresponsabilidade estatal, baseada em que o ato jurisdicional se caracteriza por sua força de verdade legal. Se se considera que a Sentença declara o Direito, não pode surgir responsabilidade dela, pois o ato está em conformidade ao Direito. Assim, em se tratando de atos judiciais, não há reparos a serem feitos, ainda que haja dano.

Mas, este princípio cessa quando “por un acto jurisdicional posterior (revisión) dictado de acuerdo con los procedimientos establecidos al efecto, se reconoce que hubo error judicial en la sentencia impugnada.” (DROMI, 1997, p. 768).

Cabe lembrar que o Supremo Tribunal Federal, tendo como Relator o Ministro Prado Kelly, pela sua 3.^a Turma, firmou entendimento a seguinte tese:

O Estado não lesa o direito dos indivíduos somente por meio de atos ilegais ou ilícitos de seus representantes, podendo fazê-lo igualmente no exercício

de atos inteiramente legais; e a lesão daí decorrente pode ser admitida como razão determinante da responsabilidade, independentemente, portanto, da indagação quanto a culpa (STF. RE 41.359. Publicação em 18 ago. 1967).

De acordo com Di Pietro os doutrinadores que refutam a responsabilidade dos atos jurisdicionais alegam que:

1. o Poder Judiciário é soberano; 2. Os juízes têm que agir com independência no exercício das funções, sem o temor de que suas decisões possam ensejar a responsabilidade do estado; 3. o magistrado não é funcionário público; 4. a indenização por dano decorrente de decisão judicial infringiria a regra da imutabilidade da coisa julgada, porque implicaria o reconhecimento de que a decisão foi preferida com violação da lei (DI PRIETO, 2001, p. 521).

Mas, a própria autora refuta estas alegações descrevendo:

com relação à soberania, o argumento seria o mesmo para os demais Poderes; a soberania é do Estado e significa a inexistência de outro poder acima dele; ela é uma, aparecendo nítida nas relações externas com outros estados. [...] A idéia de independência do Judiciário também é inaceitável para o fim de extrair a responsabilidade do Estado, porque se trata de atributo inerente a cada um dos Poderes. O mesmo temor de causar dano poderia pressionar o Executivo e o Legislativo. Quanto a não ser o juiz funcionário público, o argumento não é aceitável no direito brasileiro, em que ele ocupa cargo público criado por lei e se enquadra no conceito legal dessa categoria funcional. Ainda que se entendesse ser ele agente político, seria abrangido pela norma do artigo 37, § 6.º, da Constituição Federal, que emprega precisamente o vocábulo **agente** para abranger todas as categorias de pessoas que, a qualquer título, prestam serviços ao Estado. O argumento mais forte é o que entende que o reconhecimento de responsabilidade do Estado por ato jurisdicional acarretaria ofensa à coisa julgada. No direito brasileiro, a força da coisa julgada sofre restrições na medida em que se admite a ação rescisória e a revisão criminal. Neste último caso, dúvida inexistente quanto à responsabilidade do Estado, prevista no artigo 630 do CPP e, agora, no artigo 5º, LXXV, da Constituição: “o Estado indenizará o condenado por erros judiciários, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença (DI PRIETO, 2001, p. 521).

Confirmando a responsabilidade do Estado por atos judiciais, Dromi (1997, p. 769) afirma:

Es decir, también, la responsabilidad del Estado por actos judiciales se da, por ejemplo, en el derecho comparado cuando una persona es condenada en primera instancia y absuelta en última instancia, o proveyada y detenida, siendo después sobreesidida definitivamente. En estos casos puede tratarse tanto de una conducta judicial ilegítima (p. ej., una sentencia nula por vicios

de forma, por incompetencia, etc.) como legítima. En la generalidad de los casos el daño y la responsabilidad consecuente emergem de una conducta legítima, no culpable, razón por la cual alguna doctrina clásica se resiste a aceptar la respnsabilidad estatal.

Ou seja, tanto no Brasil como na Argentina, ainda, as jurisprudências nacionais nem sempre têm aceitado que exista um direito a indenização.

Seguidamente, além da responsabilidade civil do Estado por atos do Judiciário, pode ocorrer também prejuízo por atos legislativos. É o que se verá na seqüência.

8 RESPONSABILIDADE POR ATOS LEGISLATIVOS

Em regra, o exercício da atribuição constitucional, de confecção de leis, não acarreta responsabilidade de indenizar do Estado. Se o ato se ajusta à Constituição na há o que se falar em indenização. Mas, contudo, existem situações específicas, que poderão resultar em responsabilidade estatal: a) leis inconstitucionais; b) leis individualizadoras; e c) Medidas Provisórias rechaçadas pelo Congresso Nacional (PESTANA, 2010, p. 624).

A responsabilidade do Estado, no caso de leis inconstitucionais, é unitária, abrange atos dos três Poderes, fundamentado no “princípio do Estado de Direito”, ou seja, o de completa obediência de todas as atividades estatais ao Direito, concebendo-se este como criado pelo Estado, vale dizer, como algo que se coloca acima do Estado (DI PRIETO, 2001, p. 520).

Mas, a responsabilidade estatal por danos causados por leis inconstitucionais dependerá, sempre, da prévia declaração de inconstitucionalidade do vício legal pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Neste sentido, em princípio, não existe obrigação de indenização do Estado por leis legítimas, mesmo que ocasionem danos. Sem embargo, existem exceções como quando, citado acima, a lei é inconstitucional, o prejuízo seja especial ou ainda quando o Estado se enriqueça sem causa (DROMI, 1997, p. 771).

9 RESPONSABILIDADE POR ATOS ADMINISTRATIVOS

A responsabilidade por atos administrativos, do ponto de vista prático, é quantitativamente, a causa mais frequente de ações de reparação de danos, dado pelo caráter imediato,

permanente e contínuo da atividade administrativa exteriorizada pelos três Poderes (DROMI, 1997, p. 774).

Cabe salientar que o Estado no exercício de suas funções, administrativas, legislativas e judiciais, deve prever suas ações. Neste sentido:

Es quizá una de las cuestiones más trascendentes, pues sitúa al Estado en una actividad primordial para la organización de la vida en comunidad, ya que el individuo actual, al no aceptar como un designio divino, exige que se tomen las acciones preventivas para evitarlo, y si esto falla, que sea resarcido (CORDOBERA, 2011, f. 9).

Outra situação é a diferenciação da responsabilidade subjetiva e objetiva do Estado, e neste sentido, Dromi, com base no Código Civil argentino, descreve:

En el Código Civil se exige, em princípio, que el dano sea producido por una conducta negligente o culposa, para que pueda dar lugar a la responsabilidad. Algunos autores y fallos han sostenido a veces, que el Estado, como persona jurídica que es, no actúa con culpa, por ser ésta una característica exclusivamente reservada a las personas físicas. Sin embargo, para el derecho público el Estado actúa a través de órganos que son desempeñados por personas físicas, cuya voluntad, manifestada dentro del ámbito de sus funciones, se imputa al Estado, considerándose como suya; o sea que el Estado puede actuar culposamente a través de la conducta de sus órganos (DROMI, 1997, p. 775).

Ou seja, quando a pessoa física no exercício de funções administrativas, legislativas ou judiciais ocasionam danos por atos comissivos ou omissivos, estarão sujeitos a ressarcir os prejuízos causados a terceiros.

Relativos aos atos omissivos cabe trazer a tona acórdão do STF sobre o tema:

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO MORTO POR OUTRO PRESO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO – CF., art. 37, § 6.º. I – Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, e sentido estrito, esta numa das três vertentes – a negligência, a imperícia ou a imprudência –, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta de serviço. II – A falta de serviço – *faute du service* dos franceses – não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o

dano causado a terceiro. III – Detento assassinado por outro preso: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta de serviço, com culpa genérica do serviço público, dado que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV – R.E. conhecido e não provido (STF. 2.^a T., RE 372.472/RN, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU, 28-11-2003).

Mas, se culpa ou dolo partem exclusivamente do funcionário cabe, por parte do Estado, a ação regressiva contra o funcionário denunciando-o à lide. Assim determina o artigo 70, III, do Código de Processo Civil brasileiro que diz que aquele que estiver obrigado pela lei ou pelo contrato é obrigado a denunciar à lide o servidor para que tenha direito de regresso.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado é pessoa jurídica de Direito Público e, como tal atua por mãos de pessoas físicas, ou seja, seres humanos. Estes estão vinculados ao princípio da legalidade, possuem suas atribuições vinculadas e individualizadas pelas leis (estão dentro de uma esfera de competências legais). No exercício destas atribuições, tais pessoas, atualmente denominadas **agentes públicos**, convertem-se em órgãos públicos, realizadores das vontades da comunidade. Exercendo ditas atribuições, não raras vezes, esses agentes, **por ação** ou **omissão**, causam prejuízos (danos) a terceiros.

Desta forma, ao longo do tempo, sempre aparece a questão da reparação ou não dos danos causados pelos agentes públicos do Estado, sejam eles agentes administrativos, legislativos ou judiciários.

Diante do exposto, verifica-se que o agente público, investido de atribuições legais, atua em conformidade estatal, mesmo atual em conformidade com a lei pode causar danos a terceiros.

Buscou-se expor não somente as ações do Estado que geram prejuízos, como também fazer referências às omissões prejudiciais a terceiros, especialmente quando a omissão exprime a ausência da atividade estatal, a negligência, esquecimento, inércia e desídia das obrigações do Estado de proceder em prol da coletividade.

Se existente a ação ou omissão danosa em qualquer das esferas públicas – administrativa, legislativa ou judiciária – e dessa ação ou omissão advir o dano a terceiros, o Estado está obrigado a reparar o patrimônio do ofendido, respondendo civilmente por danos morais e materiais que vier a dar causa o agente.

Cita-se aqui, como mero exemplo conclusivo: quando a municipalidade, sabedora de que repetidamente alagamentos acontecem em determinado bairro, e mesmo assim, continua autorizado construções ou não realizando nenhuma atividade para solucionar o problema, incorre em ação lesiva (autorização de construção) ou ação omissiva (deixar de tomar as devidas providências para sanar os alagamentos), estará obrigada a ressarcir os prejuízos causados. Isto porque a atividade administrativa visa, entre outros princípios, a proteção a propriedade privada, a proteção à vida e à dignidade da pessoa humana.

Por fim, vale o destaque de que a reparação pode ocorrer por via administrativa, mas quando esta se frustra, nada impede ao terceiro que sofreu o dano avançar as vias jurisdicionais para ter seu patrimônio recomposto.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Ley 340, de 25 de setiembre de 1869. Código Civil Argentino. Buenos Aires: Zavalía, 2007.

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

BRASIL. Lei 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 41.359. Terceira Turma. Relator: Ministro Prado Kely. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 ago. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 120.924. Relator: Ministro Moreira Alves. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário da Justiça, Brasília, DF, 27 ago. 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 372.472/RN. Segunda Turma. Relator: Ministro Carlos Velloso. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário da Justiça, Brasília, DF, 28 nov. 2003.

CORDOBERA, Lidia Maria Rosa Garrido. Cuestiones que plantea la omisión del estado dentro del derecho de daños. In: Academia Nacional de Derecho y Ciencias

Sociales de Córdoba. Córdoba, Argentina. Disponível em: <<http://bicentenario.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/cuestiones-que-plantea-la-omision-del-estado-dentro-del-derecho-de-danos>>. Acesso em: 21 abr. 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**: responsabilidade do estado. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

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

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 6. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

FONT, Montserrat Andrea. **Guia de estudio de administrativo**: programa desarrollado de la matéria. 8. ed. Buenos Aires: Estudio, 2010.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2007.

IVANEGA, Miriam Mabel. **Principios de la administración pública**. Buenos Aires: Ábaco, 2007.

LAZZARINI, Álvaro. **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: NDJ, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MUKAI, Toshio. **Responsabilidade solidária da administração por danos ao meio ambiente**. Curitiba: Surehna, 1987.

PESTANA, Márcio. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo. Apelação. Segunda Câmara Cível. Relator: Juiz Álvaro Lazzarini. **Diário Oficial [do] Estado de São Paulo**, São Paulo, 17 out. 1982.

URTUSUÁSTEGUI, Alejandro Posadas. **La responsabilidad civil del estado: análisis de un caso hipotético**. México: CIDE, 2006.

Submissão em: setembro de 2011. Pareceres favoráveis em: dezembro de 2011

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