Guilherme José Purvin de Figueiredo
(Organizador)

DIREITO, FILOSOFIA E MEIO AMBIENTE

Diálogos com a doutrina de **Alaôr Caffé Alves**

DIREITO, FILOSOFIA E MEIO AMBIENTE

Diálogos
com a doutrina de
Alaôr Caffé Alves

COLABORADORES

Arlindo Philippi Junior

Celso Naoto Kashiura Júnior

Dalmo de Abreu Dallari

Elival da Silva Ramos

Gilda Collet Bruna

Guilherme José Purvin de Figueiredo

José Eduardo Ramos Rodrigues

Márcia Dieguez Leuzinger

Márcio Bilharinho Naves

Márcio Sotelo Felippe

Marcos Alcyr Brito de Oliveira

Ricardo Antônio Lucas Camargo

Solange Teles da Silva

Sônia Letícia de Mello Cardoso

Sonia Maria Viggiani Coutinho

Tércio Sampaio Ferraz Junior

Vladimir Garcia Magalhães

Guilherme José Purvin de Figueiredo
(Organizador)

DIREITO, FILOSOFIA E MEIO AMBIENTE

Diálogos com a doutrina de **Alaôr Caffé Alves**

INSTITUTO BRASILEIRO
DE ADVOCACIA PÚBLICA

Organização
Guilherme José Purvin de Figueiredo

Colaboradores
Arlindo Philippi Junior
Celso Naoto Kashiura Júnior
Dalmo de Abreu Dallari
Elival da Silva Ramos
Gilda Collet Bruna
Guilherme José Purvin de Figueiredo
José Eduardo Ramos Rodrigues
Márcia Dieguez Leuzinger
Márcio Bilharinho Naves
Márcio Sotelo Felippe
Marcos Alcyr Brito de Oliveira
Ricardo Antônio Lucas Camargo
Solange Teles da Silva
Sônia Letícia de Mello Cardoso
Sonia Maria Viggiani Coutinho
Tércio Sampaio Ferraz Junior
Vladimir Garcia Magalhães

Capa / Projeto Gráfico / Diagramação
Rita Motta – Ed. Tribo da Ilha

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito, filosofia e meio ambiente [livro eletrônico] : diálogos com a doutrina de Alaôr Caffé Alves / Guilherme José Purvin de Figueiredo (organizador). -- São Paulo : Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, 2021.
PDF

Vários colaboradores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-88110-03-4

1. Alves, Alaôr Caffé 2. Direito 3. Direito - Filosofia 4. Direito ambiental - Brasil I. Figueiredo, Guilherme José Purvin de.

21-75644 CDU-340.12

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Filosofia 340.12

Eliete Marques da Silva - Bibliotecária - CRB-8/93

IBAP – Instituto Brasileiro de Advocacia Pública
Rua Antônio Carlos, 582 – 8º andar – conjunto 8A
Bairro Consolação
CEP: 01309-010 – São Paulo – SP
Telefone: (11) 3104-2819
Email: secretaria.ibap@gmail.com
Site: www.ibap.org

Nota de Esclarecimento

Este livro foi idealizado há mais de doze anos. Uma série de fatores acabou por postergar a publicação. O primeiro deles, mais prosaico, foi o custo para a impressão de um volume. Como todos sabem, o Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP é uma associação civil cuja receita advém integralmente das contribuições mensais de seus associados. Sem nenhum patrocínio externo e procurando honrar a periodicidade de suas duas principais revistas (Revista de Direitos Difusos e Revista de Direito e Política), não foi possível conseguir publicar àquela época esta homenagem ao nosso querido associado e professor Alaôr Caffé Alves. Mais tarde, a morte de dois grandes amigos minou as energias reservadas para dar prosseguimento ao projeto editorial: José Eduardo Ramos Rodrigues (Dez/ 2013) e Vladimir Garcia Magalhães (Jul/2014), entusiastas na elaboração do livro. Por fim, quando da conta da mudança na sede administrativa da associação, os arquivos do livro acabaram se extraviando. Somente agora é que, por um feliz acaso, em meio à pandemia, foram localizados e recuperados estes valiosos documentos num velho *pendrive*. Embora com grande atraso, esta homenagem ao grande advogado público e jusfilósofo Alaôr Caffé Alves pode, finalmente, ser trazida a lume, tanto no formato impresso como no eletrônico, e com o selo editorial de nosso IBAP.

Guilherme José Purvin de Figueiredo
São Paulo, 11 de agosto de 2021

Alaôr Caffé Alves

Titulação Acadêmica

- 1996 – Livre-docente pela Universidade de São Paulo, com a tese "Linguagem, sentido e realidade da norma jurídica: dialética da norma jurídica".
- 1986 – Doutor pela Universidade de São Paulo, com a tese "Estado, aparência e realidade.
- 1979 – Mestre pela Universidade de São Paulo, com a dissertação "Planejamento metropolitano e autonomia municipal no direito brasileiro".
- 1963 – Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo.

Atividades profissionais

- Procurador do Estado de São Paulo – 1971/1993
- Membro da Comissão Editorial da Revista de Direitos Difusos
- Associado Regular do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública
- Secretário do Meio Ambiente do Estado de São Paulo – 1991-1992

- Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB, Secção de São Paulo, nomeado conforme ato publicado no D.O.E., em 31/05/95, cad. 1, parte III, p. 131.
- Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB, Secção de São Paulo, nomeado conforme ato publicado no D.O.E., em 31/05/95.
- Integrante do Corpo Docente da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, como Prof. Livre Docente, desde 22.04.02.
- Membro do Conselho Administrativo do Núcleo de Informações em Saúde Ambiental (NISAM), vinculado à Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo.

Principais obras publicadas:

- ALVES, Alaôr Caffé (Org.); PHILIPPI JR, Arlindo (Org.). Curso interdisciplinar de direito ambiental. São Paulo: Barueri-SP, 2005. 953 p.
- _____. Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico.. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- _____ (Org.); PHILIPPI JR, Arlindo (Org.). Questões de Direito Ambiental. São Paulo: Editorial Signus Ed., 2004.
- _____; BITTAR, Eduardo C. B.; COMPARATO, Fábio Konder; TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva; GRAU, Eros Roberto; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O que é a filosofia do direito?. Barueri-SP: Manole, 2004. 120 p.
- _____; SOARES, Alcides Ribeiro; BITTAR, Eduardo C. B.; BERCOVICI, Gilberto; NAVES, Márcio Bilhardinho. Direito, Sociedade e Economia: leituras marxistas. Barueri-SP: Manole, 2004.

- _____ (Org.). Meio Ambiente, Direito e Cidadania. São Paulo: Signus – Nisam/USP, 2002.
- _____. Saneamento básico: concessões, permissão e convênios públicos. Bauru-SP: EDIPRO, 1998. 320 p.
- _____; GUNN, Philip Oliver Mary; MALTA FILHO, Cândido; CALLIGARIS, Contardo; EASTMAN, Alberto Concha; JORGE, Maria Helena Prado de Mello; AITCHISON, John; CARDIA, Nancy; SANJUÁN, Ana Maria; KERR, Robert; LAPKIN, Gerald; ISBERG, Joachim J. Save; ADORNO, Sérgio. São Paulo sem medo: um diagnóstico da violência urbana. Rio de Janeiro: Garamond, 1998. 254 p.
- _____. Estado e ideologia: aparência e realidade. São Paulo: Brasiliense, 1987. 362 p.
- _____. Planejamento metropolitano e autonomia municipal no direito brasileiro. São Paulo: J. Bushatsky, 1981. 368 p.

Sumário

CAPÍTULO 1

Organização pública integrada: o exemplo do federalismo brasileiro **13**
Dalmo de Abreu Dallari

CAPÍTULO 2

Soberania, poder e direito **27**
Tércio Sampaio Ferraz Junior

CAPÍTULO 3

Capitalismo e Desenvolvimento Sustentável: Relações entre o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental – Reflexões Introdutórias **53**
Guilherme José Purvin de Figueiredo
Vladimir Garcia Magalhães

CAPÍTULO 4

Pachukanis e a teoria geral do direito e o marxismo **93**
Celso Naoto Kashiura Júnior
Márcio Bilharinho Naves

CAPÍTULO 5

Uma nova racionalidade organizativa – Lógica Dialética **117**
Marcos Alcyr Brito de Oliveira

CAPÍTULO 6

"Por que é feita a norma?" Práxis e Filosofia do Direito **125**
Márcio Sotelo Felippe

CAPÍTULO 7

Gestão metropolitana e sustentabilidade **137**
Gilda Collet Bruna
Sonia Maria Viggiani Coutinho
José Eduardo Ramos Rodrigues
Arlindo Philippi Jr

CAPÍTULO 8

Desenvolvimento tecnológico e preservação da natureza **167**
Márcia Dieguez Leuzinger
Solange Teles da Silva

CAPÍTULO 9

A nulidade ipso iure da norma inconstitucional já não é o que era? **181**
Elival da Silva Ramos

CAPÍTULO 10

O plano diretor do município **197**
Sônia Letícia de Méllo Cardoso

CAPÍTULO 11

A organização como fator de produção na comunicação social: uma reflexão a partir do pensamento de Alaor Caffé Alves acerca dos balizamentos jurídicos do poder econômico privado **225**
Ricardo Antonio Lucas Camargo

[VOLTA AO SUMÁRIO]

CAPÍTULO 1

Organização pública integrada: o exemplo do federalismo brasileiro

Dalmo de Abreu Dallari

1 Organização do povo: integração de conteúdo e forma

O ser humano tem natureza associativa, como já foi muito bem assinalado na obra de Aristóteles. Disso decorre a necessidade de organização da convivência, o que tem implicações de extraordinária importância, pois é indispensável considerar que essa organização não poderá ser arbitrária, não bastando o estabelecimento de uma forma supostamente boa e conveniente, sem considerar que todos os seres humanos têm necessidades essenciais, para cuja satisfação a convivência se faz necessária.

Com a evolução da humanidade foi havendo o reconhecimento dessa exigência de adequação da forma de organização às necessida-

des e aspirações de cada povo, colocando-se, então, com o reconhecimento da necessidade de um governo da sociedade, a exigência de preservação da liberdade dos indivíduos, complementada pela busca da forma ideal de organização visando a satisfação das necessidades básicas, tanto materiais quanto imateriais. Foi assim que se colocou a exigência de governos democráticos, adicionando-se a consciência de que não basta uma forma aceita como democrática sem considerar a adequação e a eficiência para atendimento das necessidades dos indivíduos e de todo o grupo social.

Em decorrência desses elementos de influência foram sendo criadas novas formas de organização, considerando as peculiaridades de cada circunstância concreta num dado momento histórico. Com o surgimento de novas necessidades e novas possibilidades foram sendo buscadas soluções mais adequadas a cada circunstância. Assim, por exemplo, a associação de povos diferenciados para integrarem uma unidade política e jurídica inspirou a criação da forma federativa, que tem grande importância na busca de integração de grupos sociais respeitadas as peculiaridades histórico-culturais de cada um, de modo a se obter uma conjugação de meios para que todos pudessem ser beneficiados sem sofrerem a perda de sua identidade.

Num fecundo e minucioso estudo sobre a necessidade de inovações da organização social para atendimento de novas possibilidades e exigências definidas no final do século vinte, Alaor Café Alves acentua a necessidade de integração de conteúdo e forma na definição de uma organização política, o que deve ser necessariamente considerado quando novas circunstâncias passam a afetar as condições de convivência. Chamando a atenção para o surgimento de novos fatores de influência na convivência humana no final do século passado e a necessidade de integração desses fatores, observa o eminente mestre: “Cada vez mais, conforme ocorre o desenvolvimento econômico,

social e cultural, essa integração e nova organização se tornam necessárias", o que deve ser atentamente considerado para que se busquem as condições ideais de convivência[1].

Um exemplo histórico dessa busca de adequação é a evolução do federalismo brasileiro, que, ao mesmo tempo em que foi sendo definido e aperfeiçoado visando a integração, numa só unidade política, das múltiplas unidades diferenciadas disseminadas pelo território brasileiro, foi também adicionando novos elementos na organização e novos mecanismos de ação, buscando precisamente a integração de conteúdo e forma posta em evidência por Alaor Café Alves. Para que se perceba o significado mais profundo dessa exigência e da busca de solução ideal, será interessante e oportuna uma análise de aspectos do federalismo no Brasil, com as peculiaridades adicionadas pelo constituinte de 1988.

2 Federalismo brasileiro: a busca da convivência ideal

Desde a primeira Constituição republicana brasileira, de 1891, o Federalismo foi associado à República. A partir daí e em todas as Constituições posteriores, a organização federativa do Estado brasileiro foi declarada cláusula pétrea, irremovível, que só uma nova assembleia nacional constituinte poderia rever. As constituintes posteriores a 1891, que produziram as Constituições de 1934, 1946 e 1988, mantiveram o federalismo como cláusula pétrea, o que se acha expresso na atual Constituição, de maneira direta e expressa, sobretudo em dois pontos. No artigo 1º proclama-se que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do

---

1 Alaor Café Alves, *Meio Ambiente e a Questão Metropolitana*, in *Meio Ambiente, Direito e Cidadania*, Vários Autores, São Paulo, Signus Editora, 2002, pág.11

Distrito Federal. E no artigo 60, parágrafo 4º, dispõe-se que não será objeto de deliberação a proposta de Emenda Constitucional tendente a abolir "a forma federativa do Estado".

Como fica evidente, o federalismo é parte essencial da Constituição brasileira, o que significa, obviamente, que a organização e o funcionamento do Estado brasileiro devem ser coerentes com as implicações da opção federativa. Em meu livro *O Estado Federal*[2] registrei a existência de variadas concepções do Estado Federal e, paralelamente, de divergências teóricas a respeito do que se deva entender por *princípio federativo*. Entretanto, ao mesmo tempo em que apontava a pluralidade de concepções assinalei que a adoção dessa forma de Estado tem implicações inevitáveis, que podem e devem ser reconhecidas apesar das divergências conceituais.

O respeito ao princípio federativo deve condicionar a legislação, as iniciativas e ações dos governos e também as decisões judiciais. Uma vez acolhido o federalismo pela Constituição todo ato com implicações jurídicas que for anti-federativo será, por isso mesmo, inconstitucional. Não cabe, no momento da aplicação das normas e enquanto for essa a determinação constitucional, argumentar com eventuais inconvenientes do federalismo ou alegar que poderá ser mais vantajoso agir como se a Constituição não consagrasse o Estado Federal. A Constituição brasileira de 1988 declara expressamente, no artigo 1º, que o Brasil é um Estado Democrático de Direito. Modernamente, a expressão "Estado de Direito", usada com autenticidade e respeitando seu conteúdo intrínseco, significa estar submetido a uma Constituição elaborada com ampla participação popular em ambiente de liberdade. Foi exatamente assim que se elaborou a Constituição brasileira de 1988.

Estando em vigor no País uma Constituição democrática, impõe-se o respeito a um princípio fundamental: **não há inconstitucionali-**

---

2 DALLARI, Dalmo A., *O Estado federal*, São Paulo, Ática, 1986.

dades convenientes. Assim, pois, quando qualquer ocupante de cargo público no Brasil, seja ele do Legislativo, Executivo ou Judiciário, despreza a Constituição por motivos de conveniência -sua conveniência pessoal ou alegada conveniência pública- está praticando uma inconstitucionalidade, agredindo a democracia, prejudicando seriamente o povo. E obedecer a Constituição, no Brasil, significa, entre outras coisas, respeitar o princípio federativo e as normas constitucionais e legais que a ele se ligam ou dele decorrem.

3 Autonomia política e financeira

Numa obra dedicada ao estudo das implicações econômicas e financeiras do federalismo, significativamente denominada *O Preço do Federalismo*[3], Paul E. Peterson, professor de Government na Harvard University, aponta duas características do federalismo que no seu entender são fundamentais. A primeira delas é a existência de diferentes níveis de governo, cada um deles com governantes próprios eleitos pelos cidadãos. Observa ele que se o governante de um desses níveis não tiver seu poder apoiado diretamente no povo ele se torna mero agente do outro.

A segunda característica é que cada nível de governo deve obter seus recursos financeiros através de imposições tributárias sobre o povo que reside na área pela qual é responsável. Quanto a este segundo ponto, acentua com bastante ênfase o professor Peterson: "A menos que cada nível de governo possa arrecadar seus próprios recursos financeiros, ele não poderá agir com independência"[4].

---

3 PETERSON, Paul E., *The Price of Federalism*, Washington, DC, The Brookings Institution, 1995

4 PETERSON, Paul E, ob.cit. pág.14

Aí está um ponto da máxima relevância, que tem sido causa de intensos conflitos entre as diferentes esferas de poder político que compõem a federação brasileira. A União tem evidente superioridade financeira, por força dos próprios dispositivos constitucionais, o que se agrava ainda mais quando o governo federal abusa de suas competências e coloca em plano absolutamente superior seus próprios objetivos, ignorando as exigências constitucionais relacionadas com o federalismo e impondo decisões que representam enorme constrangimento financeiro dos Estados e Municípios e acarretam, na realidade, uma situação de submissão e dependência, anulando a autonomia política implícita na organização federativa.

Esse desequilíbrio financeiro, com inevitáveis consequências políticas, já foi assinalado por mim no livro *O Estado Federal*, anteriormente referido. Ali se encontram as seguintes observações: "Nas Constituições mais recentes a supremacia do poder federal vem sendo estabelecida de modo indireto. Embora mantendo formalmente a equivalência entre os poderes da União e dos Estados-membros, faz-se de tal modo a fixação e distribuição das competências que resulta clara e incontornável a superioridade do poder federal."[5]

Tratando especificamente desse problema no federalismo brasileiro, seguem-se algumas observações que, em grande parte, continuaram válidas após o advento da Constituição de 1988. "Um exemplo bem expressivo dessa prática é a Constituição do Brasil. Em primeiro lugar, a enumeração das competências federais é tão ampla que abrange praticamente tudo o que é essencial em termos de direitos e deveres fundamentais, em relação à economia e às finanças, bem como sobre a organização e ação políticas. A par disso, a União tem também a competência para fixar regras gerais sobre muitas das matérias que figuram entre as competências estaduais. Desse modo, sem dizer que a União é superior e mesmo afirmando expressamente que os Estados

---

5 DALLARI, Dalmo A, ob cit. 60

e Municípios são autônomos, a Constituição assegura a supremacia do poder federal."[6]

4 Distorções do federalismo e abuso do poder federal

A correta aplicação das normas constitucionais já estabelece o risco de desequilíbrio entre os diferentes centros de poder político, favorecendo o poder da União. Isso foi muito agravado no Brasil, em diversas ocasiões, por vários fatores. O principal deles foi o evidente descaso do Presidente da República pela Constituição, bastando lembrar que nas últimas décadas várias Emendas Constitucionais foram impostas ao povo pelo governo, desprezando o que tinha sido estabelecido pela assembleia constituinte de 1988, quando foi intensa a participação popular. Negociando com o Congresso Nacional em termos mal esclarecidos, havendo insistentes referências na imprensa à corrupção de parlamentares, o chefe do Executivo obteve formalmente as emendas, mas ficou comprovado que, na melhor das hipóteses e considerando apenas o que ficou público e notório, os interesses particulares do presidente da República e de parlamentares ou de seus partidos contaram mais do que os interesses do povo. Para satisfazê-los foi deformada a Constituição mediante degradação institucional, anulando-se direitos democraticamente conquistados pelos segmentos do povo tradicionalmente vítimas de discriminação, desprezando-se o princípio clássico do respeito pelo direito adquirido, destruindo-se a certeza dos direitos e de sua garantia.

Dentro desse quadro e coerente com ele, o Congresso tem sido mais do que omisso, tendo-se chegado ao absurdo de uma sessão do Sena-

---

6 DALLARI, Dalmo A, ob cit. 70.

do da República ter durado menos do que um minuto porque isso era da conveniência do presidente da República. O número escandaloso de Medidas Provisórias, praticamente todas inconstitucionais e usurpando competências da Câmara dos Deputados e do Senado sem que estes esbocem a mínima reação, é mais um claro sinal da deterioração das instituições e de nenhum apreço pela Constituição.

A par dessas ações que afrontam os princípios e as normas inerentes ao Estado Democrático de Direito, consagrado no primeiro artigo da Constituição, uma omissão gravíssima e inconstitucional teve e continua tendo efeitos imediatos, extremamente perversos, sobre o federalismo: contrariando o que estabelece a Constituição, tornou-se praxe que o Executivo federal decida sozinho sobre a vida econômica e financeira do Brasil. Durante a década de noventa isso foi feito dilapidando o patrimônio público nacional, tendo também o governo assumido compromissos internacionais danosos ao povo brasileiro, o que, naquela oportunidade, gerou recessão e desemprego e, obviamente, tornou inviável o equilíbrio financeiro dos Estados e Municípios. Isso caracterizou abuso de poder e negação do pacto federativo.

Com efeito, é da essência do federalismo a constante participação dos Estados no governo da União, sendo oportuno lembrar que aí está a justificativa contemporânea para a existência do Senado, onde todos os Estados estão representados com o mesmo peso, sendo essa a razão pela qual todos os Estados têm igual número de Senadores. A par disso, as competências do Congresso Nacional, integrado pelo Senado, revelam, precisamente, que ao se construir o Estado Federal alguns líderes políticos pensaram num mecanismo institucional que, entre outras coisas, impedisse a supremacia do Executivo federal. O artigo 48 da Constituição da República, que dispõe sobre as atribuições do Congresso Nacional, contém vários incisos bastante expressivos em tal sentido, bastando lembrar alguns deles: II. dispor sobre o plano

plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado; IV. dispor sobre planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento; XIII. Matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações.

O artigo 49 reforça o papel do Congresso Nacional como participante do governo da República, enumerando matérias que são da competência exclusiva do Congresso. É muito expressivo o inciso I, segundo o qual é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. É público e notório que todas essas matérias, tanto as do artigo 48 quanto do 49, foram objeto de numerosas e graves decisões, inclusive de sucessivos acordos internacionais celebrados pelo Executivo federal, sem que aos membros do Congresso Nacional tenha sido dada a menor possibilidade de interferir ou sequer de opinar.

Levando ao extremo o desrespeito à Constituição, houve um caso em que o Chefe do Executivo, por sua iniciativa exclusiva e sem estar previamente autorizado, como exige a Constituição, denunciou acordo que fora celebrado com a Organização Internacional do Trabalho mediante a regular autorização do Congresso. Além de não atender a exigência constitucional de solicitar a decisão ao Congresso Nacional, o então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, adicionou outra inconstitucionalidade, pois com aquela denúncia aboliu direitos individuais dos trabalhadores brasileiros, coisa que não poderia ser feita nem mesmo por via de Emenda Constitucional. Todas essas inconstitucionalidades, muitas delas acarretando mudanças substanciais na vida econômica e financeira do País, afetaram e continuam afetando, diretamente, a arrecadação dos Estados e Municípios, reduzindo consideravelmente sua capacidade financeira.

5 Competências constitucionais dos Estados: obrigações prioritárias

Quando a Constituição fixa as competências da União, dos Estados e Municípios está distribuindo poderes. O que não se pode perder de vista é que, ao fazer isso, a Constituindo, está conferindo atribuições, encargos geralmente onerosos, que são deveres daquele centro de poder que recebe as competências. O equilíbrio federativo exige que haja correlação entre as competências, que são encargos, tarefas a serem executadas, e os meios financeiros indispensáveis para seu desempenho.

No momento em que o governo da União, abusando de seus poderes, toma decisões que têm como consequência a redução da arrecadação estadual, está desrespeitando o pacto federativo e descumprindo a Constituição. Esse procedimento do governo federal tem maior gravidade quando, por causa dele, os Estados deixam de conseguir os recursos financeiros necessários para o cumprimento de seus deveres constitucionais, que são prioritários e irrenunciáveis.

Assim, por exemplo, de acordo com a Constituição brasileira os Estados são obrigados a proporcionar, ao povo que vive no seu território, educação, cuidados de saúde, segurança pública, serviços judiciários, devendo ainda manter um sistema penitenciário, uma rede viária e outros serviços básicos, que, obviamente, pressupõem a existência de um corpo de servidores remunerados, além do que são obrigados, também, a manter uma Assembleia Legislativa. Do ponto de vista jurídico, a essas obrigações dos governantes correspondem direitos dos governados, que os governadores devem atender, sob pena de serem responsabilizados por via judicial por falta de cumprimento de um dever legal. Assim, por exemplo, o cidadão de um Estado que tiver filho em idade escolar pode mover ação judicial contra o governador se não for assegurada uma vaga para que seu filho possa estudar.

O funcionalismo do Estado tem direito à remuneração, podendo exigir judicialmente o atendimento desse direito.

Em conclusão, a obrigação de manter os serviços e satisfazer as exigências que decorrem de imposições constitucionais são as prioridades dos governos estaduais, quanto à destinação dos recursos financeiros de que dispuserem. Outros encargos, ainda que decorrentes de contratos ou acordos celebrados com particulares ou entidades públicas, ficam em plano secundário. A eventual impossibilidade de atendê-los, por falta de recursos financeiros, não deve acarretar qualquer consequência jurídica, pois estará claramente caracterizada uma hipótese de força maior. Entretanto, não basta a alegação de insuficiência de recursos, sendo necessário demonstrar, com base em dados objetivos, considerando os encargos correntes e as perspectivas realistas de arrecadação, bem como as prioridades estabelecidas com base nas disponibilidades prováveis, para que fique demonstrada a verdadeira impossibilidade financeira para atendimento de demandas sociais que correspondem a direitos fundamentais das pessoas e dos grupos sociais.

Na situação atual do Brasil, quando se sabe que os Estados tiveram reduzidas suas possibilidades de arrecadação e que isso se deve à política econômica e às diretrizes financeiras adotadas há alguns anos pelo Executivo federal, seria antijurídico, inconstitucional e injusto deixar de cumprir a obrigação constitucional de dar prioridade aos direitos do povo para atender às demandas de recursos financeiros do governo federal que não decorram de emergências nacionais. Assim, também, é inaceitável, por ser essencialmente injusto, dar prioridade ao desenvolvimento econômico, à busca de produção de mais riqueza, se isso não estiver condicionado à distribuição justa e equitativa dos resultados, ao oferecimento de melhores condições para que todos possam gozar efetivamente de seus direitos fundamentais.

6 Busca de nova integração

Voltando-se ao ponto de partida, a convivência é uma exigência natural que se impõe aos seres humanos, para satisfação de suas necessidades essenciais. Por esse motivo, é indispensável que as condições de convivência sejam sempre atentamente observadas, para que os novos elementos que se adicionam à realidade ou que a transformam sejam integrados. A criação da organização federativa do Estado foi, justamente, o resultado bem sucedido de uma busca de integração de novos fatores, conjugando conteúdo e forma. E o federalismo brasileiro, por sua vez, partiu dos mesmos princípios e deu resposta adequada às questões fundamentais então pendentes, podendo dizer que produziu efeitos positivos, porque levou em conta as circunstâncias de tempo e espaço que afetavam o conteúdo e exigiam forma adequada, devendo-se reconhecer que produziu também efeitos negativos, mas estes, quase sem exceção, foram intencionalmente buscados, como a situação privilegiada de oligarquias regionais.

Depois de tudo o que se acabou de expor, cabe aqui, uma vez mais, lembrar a lição de Alaor Café Alves, no trabalho já referido. Assinalando a ocorrência de novos e significativos fatores de influência sobre a vida humana e a convivência social, observa o eminente mestre da Universidade de São Paulo: "Cada vez mais, conforme ocorre o desenvolvimento econômico, social e cultural, essa integração e nova organização se tornam necessárias. A dependência, não só entre cada indivíduo, mas também entre cada unidade governamental, cada entidade pública, institucional, se torna mais evidente. E isso ocorre também entre o público e o privado"[7].

Os seres humanos estão em constante evolução e uma decorrência disso é que existe um dinamismo inerente à convivência humana.

---

[7] Ob. cit., pág.23.

Tendo em conta essas peculiaridades impõe-se uma constante reflexão sobre as transformações que influam ou possam influir sobre a organização da sociedade e as condições de convivência. Sem apego excessivo a formas já definidas e experimentadas, é indispensável que seja sempre buscado o aperfeiçoamento das relações humanas e sociais, mas, necessariamente, sem perder de vista que, mais do que o aperfeiçoamento das condições materiais e o crescimento vegetativo, é fundamental, e deve ser sempre o parâmetro básico, dar prioridade à pessoa humana, a todas as pessoas humanas, sem discriminações e marginalizações.

[VOLTA AO SUMÁRIO]

CAPÍTULO 2

Soberania, poder e direito

Tércio Sampaio Ferraz Junior[1]

"É uma proposta o fato de pensarmos que sempre fazemos as coisas com a nossa vontade conscientemente exercida, sem considerar que possam existir, por trás dela, forças não conscientes que a determinam, que não são só a ideologia e os fatores puramente psicológicos, mas a dimensão material da vida social e das relações sociais".

(Alaôr Caffé Alves: Lógica, São Paulo, 2000, p. 399).

1 Soberania na modernidade

Soberania como poder/direito do soberano já existia desde a Idéia Média. Sua raiz social estava na relação direta e concreta ente o soberano e o súdito por meio dos mecanismos de apossamento da terra. Por isso até hoje soberania e territorialidade são conceitos próximos.

---

1 Professor titular da Faculdade de Direito da USP.

A partir do Renascimento, o crescimento da atividade mercantil, o intercâmbio com o Oriente, as Cruzadas, as grandes descobertas afetam esta relação extremamente concreta do senhor sobre a terra e sobre os que nela vivem. Introduz-se uma nova forma de relação, que não é poder sobre objetos, riqueza, mas poder sobre o corpo e seus atos, o poder sobre o trabalho. Trata-se de um poder – o poder disciplinar – que ao contrário da soberania medieval, é mais contínuo e permanente (cf. Foucault – Microfísica do Poder, Rio de Janeiro, 1999, p. 179 ss.). Não pode ser alimentado por instrumentos ocasionais, mas necessita um sistema de delegações contínuas. O poder disciplinar altera a noção medieval de soberania, que se torna mais abstrata, mas, simultaneamente, mais racionalizável e duradoura. Esta noção oculta, é verdade, a relação de propriedade da riqueza, sob a capa de direitos abstratos que se interpõem e contrapõem no todo social. Mas se *antes a soberania emergia do apossamento da terra, agora ela o constitui.*

Eis aí a idéia nova de soberania que explicará o Estado: o poder soberano como algo que constitui a comunidade política e garante as relações sociais da propriedade. Foi isto que Hobbes percebeu e expôs com genialidade. É a clássica figura do Leviathan. Ao descrevê-lo, Hobbes fala dele como um homem artificial, que faz todas as leis, mas não se submete a nenhuma delas, que não é igual nem desigual em relação aos súditos, apenas é diferente, é um outro, caracterizado pelo direito de ditar as leis e pela força de fazê-las cumprir.

Este "homem artificial", que não se confunde com a comunidade, já havia sido percebida também por Maquiavel. Para este, a relação entre o príncipe e o principado era de *exterioridade* (Foucault), donde ser o exercício do poder um exercício de manutenção, reforço e proteção do principado.

O principado por sua vez, não era apenas um conjunto de súditos e territórios, mas um objetivo: trata-se de algo que ele possui e que

precisa saber guardar e proteger. Em sentido semelhante, Hobbes fala que o soberano tinha por tarefa zelar pela vida boa e cômoda dos súditos e pela sua segurança, mas, simetricamente, o soberano é responsável pela ordem, retribuição à entrega que fizeram os homens de todos os direitos que tinham no estado de natureza. O Leviathan é um sujeito artificial, uma espécie de cimento do corpo político, um terceiro em face da esfera pública (social) e da esfera privada. Entre estas esferas, ao contrário da Antiguidade, não há mais clara distinção nem harmonia complementar. Sua relação se torna conflitual: os interesse públicos (sociais) afetam os privados e estes os públicos. Donde o Estado como terceiro, cuja presença constitui a comunidade política.

Nesses termos, a soberania absoluta decorria de um *pactum subjectionis*. Esse *pactum* não deixava, porém, de ter um sentido encravado no próprio *povo* (como conjunto dos *súditos*). Afinal, a constituição, mediante *pactum*, da *sociedade civil* tinha por objetivo criar condições que superavam, em Hobbes, por exemplo, as inconveniências do isolamento individual no *estado de natureza* (o homem como lobo do homem). Donde a idéia de que o soberano tinha por tarefa pela vida boa e cômoda dos súditos aponta, porém, para uma segunda direção da análise da concepção do Estado na Era Moderna.

Quando Hobbes nos diz que o soberano é responsável pela vida cômoda dos súbitos, pela sua segurança, pela ordem pública, ele lhe confere uma responsabilidade que, no mundo antigo, cabia ao *pater familias.*

Eis aí um novo contorno do poder político: o *Estado* como um todo responsável pela sobrevivência. Como os indivíduos que compõem a comunidade, pelos próprios afazeres, não podem ter este cuidado, então ocorre esta delegação ao "homem artificial".

No momento, porém, em que ao poder político se atribui esta incumbência, é como ocorresse uma espécie de privatização da esfera pública: o público passa a assumir a função da manutenção do indivíduo.

Daí surgimento do que Foucault chama de o problema da *gestão governamental* ou *governamentalidade* (Foucault, Microfísica, cit. p. 277 ss.) .

Pode-se dizer, pois, nesses termos, que o Estado Moderno surge de duas vertentes distintas na compreensão do poder político. Uma é a visão jurídica, com base na noção de império. A outra é a visão econômica, com base na idéia de gestão da coisa pública.

A primeira concepção, jurídica, do poder o vê como um conjunto de positivações no sentido de que os objetivos do poder são ou conduzem a uma estrutura circular: o objetivo do poder é o bem comum, o bem comum é a obediência às leis que o poder estabelece. A visão jurídica do poder, do ponto de vista da velha soberania (suserano/súdito) é eminentemente ética no sentido de que o respeito à lei é primário nas relações de governo. Já a visão econômica do governo como arte, uma arte que, conforme as finalidades, nos ensina a dispor as coisas e as pessoas, é diferente, posto que o seu centro significativo está na idéia de cálculo.

A arte de governar está menos ligada a uma sabedoria prática, isto é, ao conhecimento da equidade, do bom julgamento, da justiça, muito mais a um cálculo. A idéia é de que governar bem é adaptar-se às circunstâncias que permitem o exercício do governo. Governo é trabalhar com as diferentes finalidades que podem aparecer dentro de uma vida social, dentro da vida em comum, e o bom governo se identifica com a gestão medida e sopesada de meios e fins. Esta transformação de visão jurídica para uma visão econômica do poder é ressaltada por Foucault. A alteração produzida pela idéia de arte de governar em oposição à idéia da soberania-império não ocorre, no entanto, de uma hora para outra. Mesmo tendo surgido em pleno século XVI, no século XVII (e no século XVIII) ela custa ainda por se implantar, e isto por algumas razões entre as quais está a presença ideológica forte e preponderante da soberania como problema central do governo. Tanto que,

no século XVIII, um dos elementos básicos da soberania iluminista, a idéia de contrato como fundamento do exercício do governo, é ainda um elemento que manifesta a tentativa de um compromisso entre a visão jurídica e a visão econômica do poder. Esse compromisso se daria, de um lado, porque no contrato está presente a idéia de soberania, da soberania-império que emerge dos contratantes, de um ato de vontade de cada um deles, e de outro lado, posto que contrato é também negócio, um arranjo entre diferentes vontades que se adaptam, na forma de cálculo, temos, então presente algo da visão econômica do poder. O aparecimento e o crescimento em importância da arte de governar é devido também, no plano econômico, ao mercantilismo, embora este não tenha tido força para implantar definitivamente a arte econômica de governar. Isto porque, dada a presença das antigas teorias da soberania, de forma preponderante, o mercantilismo, que apareceu como uma primeira tentativa de uma espécie de "economia política" de sua época, acabou se instaurando com instrumentos gerados pela visão jurídica do Estado e não por essa nova visão.

Afinal, o que provocou grande alteração, pode-se dizer, foi o aumento da complexidade social e o aparecimento de sub-sistemas sociais de tal forma que pouco a pouco assistimos, já no século XVIII, à diferenciação do chamado sub-sistema econômico que passa constituir algo de per si e, isso merecedor da atenção do governo.

Nesse contexto, os conceitos teóricos centrais para a descrição da sociedade, do corpo social e suas vinculações, que na filosofia antiga espelhavam um âmbito mais restrito (falava-se em amizade, virtude, cidadão, coragem), passam a ser dominadas por uma visão econômica. Com isso exigem-se outros instrumentos conceituais, como o são os conceitos de segurança, administração, política, cuja operacionalidade visa a uma situação mais complexa, em que se manifesta um problema desconhecido até então. Trata-se da compatibilização da sociedade (burguesa), de um lado, com a política, de outro, seguindo-se a problematização do poder político como algo que devia ser controlado para a vida se realizasse e se aperfeiçoasse.

A arte de governar não obstante ficou bloqueada durante muito tempo pela idéia de soberania-império. Uma forma pela qual se tentou conciliar a premissa da teoria da soberania territorial com a emergência dos problemas gerados pelo crescimento populacional foi, como se sabe, a idéia de *contrato*. A idéia de contrato, pelo menos num nível de complexidade pequeno, permitia ajustar as exigências de uma teoria soberania imperativa sobre um território, considerado objeto de ação do soberano, com as exigências de conciliação das diferentes vontades populacionais de todos os indivíduos, de tal maneira que a soberania passava a emergir do contrato-vontade-de-todos. No entanto, a teoria contratualista que propiciava este ajustamento acabou se superando e o que permitiu que a teoria do governo, ou a arte de governar, se desvencilhasse desses limites, ou seja, se desbloqueasse, foi como mostra Foucault o crescimento populacional, que se torne problema extremamente complexo e nos faz entender o aparecimento da estatística enquanto arte de governar o Estado. Como?

Em primeiro lugar, porque o crescimento da população permitiu e exigiu a quantificação dos seus fenômenos peculiares. Ao se lhes fazer a quantificação revelou-se uma especificidade irredutível da população como um todo ao pequeno quadro familiar. Com isso a família como o modelo de governo desapareceu.

E, não nos esqueçamos, a família como modelo, estava na base da antiga teoria da soberania. Em segundo lugar, a população começou a ocupar lugar ambíguo dentro do governo. Simultaneamente aparecia como o sujeito das necessidades, das aspirações, mas também como o objeto nas mãos do governo, ou seja, o povo frente ao governo era consciente daquilo que queria, mas inconsciente daquilo que se queria dele. Essa ambigüidade força o nascimento de uma técnica, isto é, de táticas e estratégias novas para que possa governar. E em terceiro lugar, a população com sua complexidade fará com que se passe de uma arte de governar para uma ciência política, cuja base vai

ser a economia, especificamente a economia política. Isto porque a complexidade dos problemas populacionais, que não se reduzem aos problemas de cada família, ao contrário as famílias, com suas exigências é que vão construir um problema para o todo social, reclama um tipo de conhecimento novo, que vai muito além de uma simples arte e exige uma verdadeira ciência ela própria com uma complexidade muito maior: a ciência política. Isto não faz com que a soberania deixe de desempenhar um papel importante.

A soberania não é eliminada, mas tem que ser repensada. Aparece numa forma nova. Antes ela se colocava como uma relação de império entre o governante e o governado, e como não havia ainda a premência da questão econômica, esta relação era exterior, isto é, o território e o principado eram o objeto do príncipe que lhes era externo. Agora, surge uma situação em que o governo não se destaca, como um outro, da própria territorialidade, de que faz parte, e, em assim sendo, a soberania se torna um problema de exercício interno dos atos de governo: gestão soberania. Nesta nova situação, problemas que antes não se colocariam vão tomar sentido, como, por exemplo, a questão da intervenção do Estado no domínio econômico privado. De um lado, a palavra "intervenção" pressupõe ainda a idéia do governo como um ente externo. Mas, de outro, a expressão conota, a idéia de planejamento enquanto atividade gestora global dos interesses nacionais com os quais o próprio governo ideologicamente se confunde.

A soberania entra aí com aquela roupagem nova percebida por Foucault. Não como na Idade Média enquanto relação direta de poder entre o soberano e o súdito (*suserania*), ligada a um mecanismo de apossamento da terra (princípio da territorialidade). Mas como relação mais abstrata, sobre o corpo e a atividade laborial do homem, uma forma de poder contínuo que exige delegação, organização e sistema e se exerce sobre os cidadãos como todo compacto. Esta é já a soberania

da grande monarquia administrativa, que não se elimina no contexto das questões da arte de governar enquanto ciência política; ao contrário, passa ser exatamente importante, mais de tal maneira que vai se estabelecer um triângulo: império, disciplina e gestão econômica. Surge então a mencionada "governamentalidade". Vale dizer, que este conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises, reflexões que permitem exercer esta nova forma de poder soberano que tem por alvo a população, por forma principal de saber a economia política e por instrumentos técnicos os dispositivos jurídicos de segurança e organização.

A idéia do Estado moderno surge, pois, neste contexto. Seu pressuposto está no reconhecimento do governo como uma unidade de ordem permanente, não obstante as transformações e as mudanças que se operam no seio da sociedade e cujo núcleo organizador está na soberania.

2 Estado soberano, o paradoxo da força e a noção de hierarquia

O Estado, como vai dizer V. E. Orlando (*Principii di diritto ammnistrativo*, Florença, 1919), afirma-se como pessoa: é nessa afirmação que se contém sua capacidade jurídica, é esse o momento que corresponde à noção de soberania. No entanto, a concepção do Estado como pessoa jurídica não pode deixar de significar concepção do Estado como atualização perene das forças econômicas da sociedade. Neste sentido, aquela concepção implica necessariamente a idéia de que o Estado subordina, via de regra, as suas atividades aos preceitos do direito que ele declara: não no sentido de que se circunscreve a missão de tutelar os direitos individuais, mas no sentido de que não delimita a priori a sua esfera de interferência, de que fixa a priori a juridicidade

de toda e qualquer interferência neste ou naquele outro setor da produção humana, com o intuito de realizar o bem estar geral.

Na palavra dos juristas, o Estado é, contudo, caracterizado pelo alto grau de formalização de sua constituição. Seus elementos estruturais, como a divisão dos poderes, o conceito de lei, o princípio da legalidade da administração, a garantia dos direitos fundamentais e a independência do Judiciário, contêm em si mesmo as condições de seu modo de atuação: reconhecidos como válidos, eles devem produzir um efeito específico, adaptável aos condicionamentos sociais. Mas, internamente, eles obedecem a uma estrutura peculiar, implícita na noção de soberania: a estrutura hierárquica.

A alternativa do consenso permite ao jurista, nos termos da teoria da soberania, de ver o poder como um misto de força e consentimento, donde o direito aparece como uma regulação do exercício da força, fundado no consentimento (contrato). Aqui as tendências variam no detalhe, mas a base é uma só: o poder é, na sociedade, uma só: o poder é, na sociedade, uma qualidade imanente aos indivíduos (força, capacidade) que é limitada na medida em que se exige o seu agrupamento (consenso).

Na verdade, a relação entre direito, poder e força, na teoria da soberania, aponta para um paradoxo: a força está dentro e esta fora. Fora, como um elemento irredutível a qualquer racionalização. Dentro, numa forma domesticada (pelo direito). Essa estrutura paradoxal explica os dilemas da teoria e as teorias que fazem da soberania um conceito metafórico: por exemplo, *moeda de duas faces* (Bobbio). Nesse sentido a idéia de poder como uma espécie de *catalizador*: um fator capaz de engendrar a norma jurídica a partir de uma profusão de possibilidades normativas. A metáfora, porém, produz um desconcerto conceitual em termos de sua racionalização: ela *mostra* o conceito, mas não o *demonstra*.

As dificuldades de uma racionalização conceitual por virtude do paradoxo que ela enfrenta são passíveis de uma explicação, perceptível na construção da noção de soberania com base em um elemento de ordem antropológica que lhe é inerente: a *hierarquia*.

A noção de hierarquia aponta para fundamentos que se enraízam na natureza animal do ser humano.

Walter Burkert ("Vergeltung" zwischen Ethologie und Ethik, publicação da Carl Friedrich von Siemens Stiftung por meio da Mayo Miesbach Druckerei und Verlag, 1994) relata, a propósito, interessantes estudos com chimpanzés. Nestes, o observador não deixa de constatar contra-reações acompanhadas de irritação não só como contrapartida direta e imediata, mas mesmo quando algum tempo decorre: um comportamento "vingativo" pode ocorrer em face de um comportamento inamistoso, cometido na presença do chimpanzé dominante (chamado Alpha), horas depois, quando Alpha não está mais presente. Trata-se de reações homeostáticas, que asseguram a permanência de situações ambientais favoráveis a indivíduos e grupos, por meio de compensações e perturbações. O animal, num primeiro momento, foge, mas a fuga não é a estratégia mais eficaz. Daí vem a agressão, a contra-agressão, a pressão. Na agressão está contida a explosão de fúria, uma espécie de programação biológica que oferece, ainda que curta e não objetiva, uma resistência a forças contrárias.

Mas a agressão, mesmo entre os chimpanzés, parece estar controlada pela presença do chimpanzé Alpha. Ela é limitada por uma espécie de "hierarquia" grupal. A quebra da "hierarquia", por sua vez é "punida". O Alpha reage à insubordinação, ao que se ligam fortes emoções. Às emoções submetidas a controle, dos subordinados, contrapõe-se a emoção sem limites do "chefe", o que explica as lutas agressivas em disputa da posição superior.

Observa Burkert (em outra obra: cf. Creation of the Sacred – Tracks of Biology in early Religions, Harvard University Press, 1996, p. 83 ss.)

um sistema de graduação é bem estabelecido nas sociedades primatas. Nesses termos, a atenção dos "subordinados" é sempre voltada para aqueles que lhes estão acima numa *hierarquia*.

Ora, essa idéia de um grau superior é algo que os seres humanos costumam visualizar imediata e genericamente numa dimensão vertical muito mais que numa relação horizontal, por exemplo, numa forma centrípeda. Na verdade, nisso não há propriamente uma *lógica*: o que domina a imaginação humana é uma reminiscência do *habitat* pré-humano. Nesse *habitat* as árvores forneciam tanto alimento quanto segurança, possibilidade de escapar de predadores, e também possibilidade de jogar o jogo dos saltos de graus, isto é, de um galho para outro. Da árvore deriva a imagem do vertical. Daí a veneração, presente em quase todas as religiões, da supremacia do mais alto (a montanha, donde o céu, onde habitam os deuses) e os correspondentes sentimentos de inferioridade e superioridade, bem como noções como a de valores e ideais mais altos.

Nos primatas, essas características do sistema gradual ligam-se à proximidade física, mas nos seres humanos, graças ao código lingüístico, elas ganham alguma independência do espaço e do tempo, mas persistem através das distâncias e dos anos.

A noção de *hierarquia* pode ser vista, assim, como um conceito capaz de dar conta dessa independência, somada à persistência, não obstante as dificuldades de sua racionalização. Introduzida, no século V, como *termo* pela influente obra do neoplatônico Pseudo-Dionysius Aeropagita, ela aponta para a totalidade dos seres, dominada por uma grande e dourada cadeia de autoridade, procedente de um único princípio: o Uno.

Esse elemento é visível quando se encaram diferentes formas de *retribuição*, ora como *indenização*, ora como *apenação*.

Nesse sentido, Burkert propõe que a noção de *retribuição* e, por conseqüência, a noção de *pena* admite dois modelos. Um visa à

equiparação de uma pretensão e de uma contra-pretensão. O outro fixa-se numa hierarquia a ser protegida e mantida. O primeiro chama Burkert de horizontal; o segundo de vertical. Ambos podem aparecer numa mesma regra: "concilia-te com quem te infligiu um dano, vinga-te de quem te ofendeu" diz Chilon, um dos sete sábios. *Retribuir* pode significar, assim, *retificar* (ajustar o equilíbrio entre uma coisa e outra, uma ação e outra), mas também *descontar* (no sentido vulgar de infligir um castigo correspondente: por exemplo, a criança que, quando sofre uma ação agressiva de outra, *desconta* a agressão sofrida).

Na prática da retribuição, porém, os dois modelos implicam-se. No prólogo do Código de Hamurabi está dito que o rei ali está "para que o forte não esmague o fraco". Isto indica que, de certo modo, o modelo horizontal precisa do vertical e até se subordina a ele. Com isto, de algum modo, eles se interpenetram: a pena (em grego: *poine*) é quitada pela satisfação resultante da compensação. Daí a idéia de que vingar-se de quem faz uma maldade seja algo justo. Com isto, ambiguamente, a contra-reação enquanto contra-agressão toma também o caráter de câmbio, pagamento, compensação, indenização e reconciliação. Explica-se, assim, a necessidade, no direito, de distinguir, civilmente, entre multa punitiva e multa compensatória. E também a dificuldade de esclarecer a diferença, de natureza, entre a pena criminal e a pena civil, bem como a resistência em aceitar-se a indenização pecuniária por danos morais.

Em contraste com o comportamento animal, os seres humanos desenvolvem uma espécie de procedimentalização das reações que, de um lado, permite a sociabilização dos processos (que corresponde ao sentido de sanção como estabelecimento cerimonial da retribuição) e, de outro, o contacto com meios de pagamento que possibilita a indenização como troca. Ambas, a sociabilização e a indenização, pressupõem a língua (código significativo) e, com isto, uma homeostase por meio de um mundo objetivamente estabilizado (criado pela linguagem) onde ocorrem as negociações. Assim, os procedimentos

retributivos dos seres humanos não são primitivos nem desenvolvidos. Primitivismo e desenvolvimento são conceitos impróprios ao caso. No ser humano, mesmo a vingança, por meio de procedimentos com base lingüística, torna-se orientada e dirigida, não obstante o seu fundamento emocional.

Com essa mesma base teórica tornam-se compreensíveis os rituais de submissão, como o inclinar-se até o solo diante do superior, não olhar diretamente nos seus olhos, mas também o beija-mão e o deixar-se abençoar, e, mais dramaticamente, as regras de capitulação em assuntos de guerra. Entende-se, também, o sentido da expressão *súplica*, *suplicar*, corrente na linguagem jurídica, que vem do latim *suplex* (dobrar os joelhos), donde *supplicatio*.

Torna-se possível, assim, aproximar *submissão* e *soberania*, com base na mesma estrutura hierárquica. Nos jogos políticos, enquanto a dialética contínua de agressão e ansiedade é um dado evidente, pela hierarquia ela é estabilizada por essa estrutura de poder – a soberania – em que a presença concreta do superior é substituída por um mecanismo abstrato. Esse mecanismo, de um lado, guarda a reminiscência da superioridade do mais alto, de sua força efetiva e do medo que ela inspira – donde certa correlação entre soberania e opressão –, mas, de outro, permite o entendimento até mesmo da idéia de igualdade civil, baseada no postulado de que o poder deve operar num círculo de equivalência: ser governado para, por sua vez, governar.

Isso faz com que, na noção de soberania, força e direito guardem uma relação ambígua. Como poder hierárquico supremo, a soberania tem na força do superior (elemento de fundo animal) um dado incontornável e não racionalizável e, ao mesmo tempo, mediado por metáforas racionalizadoras, como as que se desenvolveram, por exemplo, nas modernas teorias contratualistas sobre o *estado de natureza*.

No direito moderno, o estado de necessidade, ou noções como estado de sítio, são proclamações em que se reconhece na irrupção da

força, seja na forma de necessidade, seja na forma de tumulto, seja em que forma for, alguma coisa que *suspende o direito* (cf. Giorgio Agamben: *Estado de Exceção*, São Paulo, 2004). Nessas noções acaba se escondendo perante o direito aquilo que o direito quer fazer parar e que se chama *poder*. Como se o *poder* conhecido pelo direito fosse o tempo todo um *poder domesticado*, sempre regulado. Trata-se, principalmente do poder tomado como *força de um indivíduo* – soberania dos reis, soberania individual – seja na forma de *força de uma organização* – poder popular ou da nação, soberania popular ou nacional.

Na noção de soberania, aquilo que aparece diante do direito como *poder* é sempre alguma relação domesticada ou, mais propriamente, racionalizada pelo direito. O direito não conhece outro *poder* que não esse. Quando, no entanto, se enfrentam situações como: *estado de necessidade, estado de exceção, estado de sítio*, que são juridicamente excepcionais, percebe-se *alguma coisa* que não permite uma redução completa ao direito. Escapa-lhe. Ainda que se argumente, por exemplo, que o *estado de sítio* está regulado pela própria Constituição e, portanto, é uma **exceção** *jurídica* e não **exceção** *de fato*, a análise mostra que tal exceção, no entanto, mesmo com sua roupagem jurídica, ou seja, regulada pela Constituição, na verdade, esconde um fenômeno (o *poder*) que o direito (normas, permissões, proibições) não consegue capturar inteiramente. Trata-se de algo, de certos fatos que não se jurisfazem totalmente.

Afinal, que é *necessidade*, na expressão: *estado de necessidade*? Não é uma noção jurídica. *Estado de necessidade* o é, mas a *necessidade*, à qual se faz referência, com toda a sua *força de fato*, como algo que ninguém segura, parece justamente de que estamos falando quando falamos de *poder.* E na noção de *estado de necessidade*, ou na noção de *estado de sítio* talvez se ache uma curiosa pista para nos mostrar que, na relação entre poder e direito, um não se reduz totalmente ao outro.

O modo usual pelo qual o direito lida com o poder é um modo de jurisfação total. As noções jurídicas para lidar com o poder tentam reduzir o poder ao direito. A noção de soberania, examinada anteriormente, mostra isso. Mas quando se lida com noções como aquelas, percebe-se que há um resto irredutível. E este resto que não se reduz é o que, afinal, se procura, quando fala da relação entre direito e poder.

Para o senso comum, aquilo que se convencionou chamar de *situação kafkiana*, mostra, por exemplo, certo paroxismo do próprio direito: situações em que o direito levado a uma situação extrema mostra uma outra face que não é ele mesmo tal como pretende apresentar-se. Quando se está preso nas *malhas do direito*, não se está mais dentro dele e é isso que a obra de Kafka mostra. Só que ele mostra isso não como um ensaísta, como um filósofo, mas mostra com um artista, em uma história esteticamente construída. Nessa história, percebe-se um fenômeno que está ali dentro, dentro das *malhas do direito* e que é o *poder*, como algo que não se sabe dizer bem o que é. E também não consegue definir juridicamente: escapa.

Lidamos com esse tema a partir da noção jurídica de soberania e chegamos a perceber, nesta noção, que o *poder* não é propriamente *coisa*, que não pode ser captado como uma *coisa*, mas que mais parece uma relação simbólica, que tem manifestações diferentes, difícil de ser captada como um todo homogêneo. Examinamos, assim, a noção de soberania, com todas as suas variações, até chegarmos à situação de complexidade social em que a soberania se confunde com disciplina e a disciplina aponta para situações de organização social, donde a imagem da cebola, em que no meio temos, afinal, um vazio. Será que o poder *é* esse vazio?

Ou seja, numa relação entre direito e poder, realmente o poder é um núcleo ainda, mas que não consegue ser totalmente captado pelo direito. A noção de estado de exceção mostra isso e mais do que tudo, a chamada situação kafkiana revela bem isso, revela o fenômeno do

poder dentro do Direito, subvertendo, por assim dizer, o próprio direito como poder domesticado.

Ora, diante disso, como, então, estudar a relação entre direito e poder de forma a entender este tipo de integração aparentemente paradoxal (direito é poder, mas se contrapõe ao poder)?

3 Poder e comunicação

Uma via possível seria perceber poder e direito como meios simbólicos de comunicação. Afinal, as teorias orgânicas do poder e da soberania nos permitem uma percepção de poder e direito num contexto comunicacional, particularmente analisado por Luhmann em seu livro *Macht* (Stuttgart, 1975).

Em que sentido, porém, a via teórica da comunicação nos permite lidar com a relação entre direito e poder de um modo fecundo?

Sucede que a noção de *comunicação* nos permite comparar as diversas situações de poder e direito, sem que tenha que necessariamente reduzir uma à outra. Isto é, a noção de *comunicação* como uma noção primária permite entender um fenômeno social, como o poder, o direito, em que se pressupõe a comunicação como uma espécie de axioma fundamental: o homem é um ser em comunicação. Esse axioma pode ser percebido na medida em que com ele é afirmado que a situação humana é uma situação em comunicação, de maneira que o ser humano está sempre em comunicação e a comunicação não tem um contrário: não existe a não-comunicação. A não-comunicação é uma forma de comunicação. Não comunicar significa comunicar o *não comunicar*.

A noção de comunicação, nesses termos, tem de ser alterada para poder se tornar um universal axiomático. Por que ela tem que ser alterada? Quando se pensa em comunicação, a primeira coisa que

imaginamos é a troca de mensagens: comunicar é trocar mensagens. E quando se diz *trocar mensagens*, significar-se-ia: *mensagem de um para o outro, do outro para o um*. Isso significaria reduzir *comunicação* àquilo que alguns autores (Habermas é um deles) chamam de *ação comunicativa*. Ou seja, a comunicação, nesses termos, seria um registro dessa ação e o registro do que essa ação provoca nos outros. Daí seguiria a análise dos pressupostos para que isso possa ocorrer.

Adota-se, porém, nesse passo, uma posição mais radical, para criar a base para entender a relação entre poder e direito. Uma noção de comunicação mais radical é uma noção em que a comunicação é uma estrutura de comportamento que envolve desde sempre um e outro, alter e ego. Não é um ato de ego na direção do outro, o alter, nem do alter na direção do ego, mas é um complexo que os envolve. Por assim dizer, a chamada *ação comunicativa* só é possível porque nós estamos envolvidos nesta situação, e não o contrário. Não é a ação comunicativa que gera a comunicação, mas é a comunicação que gera a possibilidade de ação comunicativa.

Nesse sentido é que a comunicação é um dado primitivo, nesse sentido é que estamos lidando com um axioma, em que comunicação não é transmitir informações de um para outro. Neste tipo de concepção do que seja a comunicação, cada qual é portador de algum cabedal de informações que um transmite para o outro. Essa é a noção mais tradicional de comunicação, da qual se afasta. Na noção proposta, na comunicação como um todo que envolve os agentes, aquilo que um transmite para o outro e o outro transmite para o um é constituído por este todo. Comunicação não é uma relação entre indivíduos. Ao contrário, a relação entre eles só é possível porque a comunicação a precede. Não existe nada em nenhum indivíduo, seja *alter*, seja *ego*, que seja detido fora de uma relação comunicativa.

Isso, evidentemente, exige uma outra concepção da própria sociedade, uma concepção radical, tal como a assumida por Niklas

Luhmann. Exatamente por conta desta noção de comunicação, Luhmann define sociedade de uma forma diferente da qual ela vem sendo definida talvez há séculos: a sociedade não é um conjunto de indivíduos, seres humanos; ou, mais radicalmente, o ser humano não faz parte da sociedade. *Sociedade* uma situação comunicacional, comunicação, não conjunto de atos de comunicação. Neste sentido, a sociedade é uma estrutura (comunicacional) que permite que os indivíduos entrem em contato uns com os outros. Ou seja, não é porque os indivíduos entram em contato uns com os outros que a sociedade se forma, mas é o contrário.

Essa concepção da sociedade como uma estrutura comunicacional inverte a noção de sociedade. Esta inversão significa que os indivíduos se valem da sociedade para entrar em contato uns com os outros. Mas não são eles que constituem a sociedade, pois eles são constituídos por ela. Pense-se, analogamente, no fenômeno da língua, na qual estamos desde que nascemos: a língua não existe porque falamos mas falamos porque estamos dentro dela. O que não exclui a possibilidade de, ao falarmos, alterarmos a própria língua que nos constitui como seres falantes.

À diferença das teorias clássicas, o poder, nessa concepção e sociedade, não é entendido, como a língua, como uma qualidade ou propriedade de um dos parceiros da relação entre eles (donde a equivocidade da expressão *ter poder* bem como da expressão *dominar uma língua*). Poder "é" uma comunicação regulada por um código (*medium*). A suposta atribuição de "poder" a um dos parceiros é regulada por esse código (daí seguindo-se conjuntos de símbolos capazes de mediatizar o fortalecimento dos motivos de observância, responsabilidades, institucionalizações sociais etc.). Sob esse enfoque teórico não se vê o poder como **algo** do detentor, nem se confunde o poder com o próprio detentor. Ambos os parceiros, detentor e sujeito submetido, são igualmente importantes. Poder não é coisa, mas relação mediatizada. Por isso, não é força, mas controle.

O poder/*medium* se diferencia de outros meios de comunicação na medida em que seu código pressupõe, de ambos os lados da relação comunicativa, parceiros que reduzem complexidade das possibilidades de ação através do seu próprio *agir*, portanto, através de *ações*.

Da análise dessa relação decorre que, mediante *poder* (como meio de comunicação), o *submetido* (sujeito "passivo" do poder) aparece, de plano, como alguém de quem se espera que escolha sua própria ação, donde a possibilidade da autodeterminação. Só neste pressuposto é que são dirigidos contra ele *fatores de poder*, como as ameaças, no sentido de (vivência ou sentido de orientação) regulá-lo nesta escolha por ele realizada de um movimento (ação como unidade de sentido+movimento). Do mesmo modo, o *detentor* do poder também se autodetermina. Com isso, na relação comunicativa entre ambos fica postulada a possibilidade de uma previsível e "localizada" divergência. A transmissão de complexidade reduzida (seletividade) ocorre quando a seleção da ação de um é co-determinada pela seleção da ação de outro. O sucesso de uma ordem de poder depende assim do aumento nas diferenciações de seletividades ainda relacionáveis, mas não efetivadas. Isso significa que, mediante o meio de comunicação *poder*, ocorre um jogo de inclusões e exclusões, seletividades escolhidas/induzidas num universo de várias seletividades possíveis (complexidade contingente). *Poder*, nesses termos, não significa reduzir e, no limite, extinguir possibilidades de ação, mas, aumentando-as, controlar as escolhas efetivas. Ou seja, uma determinada ordem de poder que não consegue aumentar as diferenciações (muitas possibilidades de ação), que insiste em apenas limitá-las a poucas possibilidades, poder ter que ver diminuída sua quota de poder e aumentada a quota de violência, para sustentar – artificialmente – a situação, substituindo poder por coação. Por exemplo, quem quiser limitar a participação política de estudantes somente ao estudo e ao exercício formal do voto partidário, mediante a exclusão de outras possibilidades, pode ver, no limite, sua quota de poder reduzida pelo aumento correspondente de violência.

Aqui é preciso um esclarecimento, que diz respeito ao papel da força no poder. Se o poder, para exercer sua função comunicativa, deve produzir a combinação de alternativas escolhidas e se outras possibilidades (de escolha) continuam presentes e até aumentadas, então a possibilidade dessa combinação exige a *coordenação paralela* da *exclusão* de alternativas. *Ambos* os comunicadores têm de ver-se diante de alternativas, cuja realização, na verdade, querem evitar. Para ambos os parceiros, tem de ocorrer um conjunto maior de possibilidades para o qual haverá uma *ordem de preferências* que tem mais o sentido de *avaliações negativas*. Por exemplo, faz parte da instrumentalização ideológica do poder a conscientização dos riscos, dos perigos, das situações indesejáveis etc. que, por suposto, ninguém deseja. Ou seja, a *relação de poder* implica não o uso da força, mas a mensagem de que a força é indesejável para ambos os parceiros (força como ameaça). Isso nos permitirá dizer que as relações jurídicas, na medida em que se mostram como relação entre direito e poder, são bem mais complexas que as puras relações entre direitos e deveres. Essas constituem apenas o seu lado positivo, pois mesmo elas têm uma complexidade própria, muito maior do que a vista pela teoria jurídica tradicional: trata-se da sutil e complicada relação entre *obrigação* e *coação*.

Com esse pressuposto, podemos dizer que, na verdade, o código do poder exige não a produção de relações (por exemplo, mando/obediência), mas da relacionalidade *entre relações*, pois seu sucesso está ligado à combinação de *relações* de ação de ambas as partes e não, diretamente, de suas ações. Entende-se assim, a complexidade desse código, pois não basta para o exercício do poder (pelo detentor) o uso de ameaças do tipo "se você não fizer isto, eu o mato". Com isso, ele pode estar tentando mostrar ao submetido uma alternativa que *ambos* querem evitar (resistir/matar). Mas é preciso, além disso, que a relação de cada parceiro em respeito à alternativa a evitar seja estruturada de modo diferente, de maneira que o submetido deseje evitá-la *mais* que o detentor do poder. Portanto: o funcionamento do *poder* repousa sobre

o fato de que certas possibilidades de relação existem, mas cuja realização é evitada. O *evitar* sanções é relação indispensável para a função do poder que, como meio codificado de comunicação, a *relaciona*, por sua vez, com outra relação: cumprir (positivamente) a ordem emitida: o código do poder relaciona – estrutura – relações de ação.

O poder, assim, de um ponto de vista estrutural (antes mesmo que de um ponto de vista jurídico) é constituído sobre o controle das exceções. Isso esclarece a relação entre poder e coação de um modo peculiar. Poder não se confunde com coação, embora não a dispense. Na relação entre o *detentor do poder* e *o sujeito do poder*, o poder como meio de comunicação estabelece a coação como exceção a ser evitada pelas duas partes cuja possibilidade de *ocorrência positiva* não constitui um elemento essencial. Pois a ocorrência efetiva da coação esgota o poder. Assim, se sanções/castigo *não* puderem ser evitadas, se as alternativas de coação a evitar são realizadas, o poder se destrói. E essa hipótese é tanto maior quanto mais complexa for uma sociedade. Em conseqüência, a pura emissão das chamadas *sanções positivas* (prêmios, subvenções, vantagens fiscais) não é exercício de poder, salvo se estiver conectada com a ameaça de sua supressão *por um comportamento do próprio submetido*. Ou seja, a chamada *sanção positiva* (*sanção premial*) só faz sentido, em termos de poder, se relacionada com uma sanção negativa a ser evitada.

Esclareça-se, então, a *estrutura básica do poder*: combinação inversamente condicionada de combinações de alternativas relativamente avaliadas como negativas com outras relativamente avaliadas como positivas. Donde o poder aparecer como *possibilidade* (potência, chance, disposição). Segue-se, daí, uma necessária *modalização* das interações comunicativas conforme o poder/*medium*.

Se poder/meio de comunicação media seletividades fortalecidas de ações possíveis, há de tratar-se de uma *possibilidade* sempre presente, donde segue que essa possibilidade não possa ser esgotada de

uma só vez, isto é, o exercício do poder é, em relação ao poder, também *seletivo*. Segue que uma teoria do poder tem de enfrentar, ao mesmo tempo, duas dimensões simultâneas do poder: as condições genéticas e estruturais de sua constituição enquanto *potência*, e as condições estruturais e situacionais do exercício do poder. Trata-se da diferença entre *potencialidade* e *atualização*.

Segue daí *uma primeira independência entre poder e direito*. Pois essa diferença significa, primeiro, que o código simbólico do poder pode conter instruções para o uso do poder, mas não totalmente especificadas, pois isso eliminaria a potencialidade (uma total atualização elimina o poder como potência). Ora, isso coloca *limites* a uma *jurisfação* do poder, pois toda jurisfação do poder torna o poder *exigível em princípio* (e de forma perigosa). Donde um poder totalmente jurisdizado perder sua potencialidade, ou seja, a relação potencialidade/atualização explica que não é possível uma total relacionabilidade entre poder/dever, pois isto liquidaria o poder como possibilidade aberta, indeterminada. Uma analogia entre poder e dinheiro explica essa relação: na situação *ter dinheiro*, qualquer gasto (atualização) diminui a potencialidade do *ter dinheiro* (crédito). Se essa potencialidade se iguala à efetividade do gasto, a potencialidade (crédito) desaparece. Como numa corrida a bancos, isso significaria a falência do sistema financeiro.

Mas isso assinala também uma dependência entre poder e direito. Pois não se trata, assim, de uma diferença entre poder *potencial* e *atual*, mas entre a *atuação do poder como potência* e a *atuação do poder como exercício concreto*: um poder juridicamente formalizado (metacomunicação do direito sobre o poder: o poder como objeto do direito) de certo modo engendra um poder permanentemente capaz de atuar (atuação do poder como potência), ainda que não sejam utilizados instrumentos de poder (atuação como exercício concreto).

Daí, uma outra conseqüência importante: um poder juridicamente *formalizado* (metacomunicado) permite que as *decisões* de poder

possam ser temporalmente separadas: não é preciso decidir sobre tudo ao mesmo tempo, sem que a ausência de decisão signifique colapso do poder (está aí a possibilidade de sua institucionalização, isto é, de seu reconhecimento independentemente de exercício concreto).

Cria-se, pois, desse modo, a possibilidade, do lado do detentor do poder, do aparecimento de cadeias decisórias: (1) o detentor *esquematiza* a ocorrência desejada das ações; (2) pode verificar, então, se isto basta; (3) em caso de resistência, pode metacomunicar, isto é, mostrar-se como *poder*; (4) afinal, pode decidir sobre aplicação ou não de sanções.

Se essa cadeia (formalização jurídica do tempo do poder) começa por um ou outro ponto do processo, isso depende de cada situação e é determinado não pelo arbítrio do detentor, mas pelas condições de consistência do poder (estratégia). O *poder* torna-se presente no início e em cada momento do processo.

4 Poder/comunicação e soberania

Diante disso, ganha um sentido peculiar a definição da *soberania* e possibilidade de decidir sobre a exceção. A maneira schmittiana (C. Schmitt: Verfassungslehre, München-Leipzig, 1928) é fazer da soberania algo que tenha a ver diretamente com o poder e de modo que o poder é, ao mesmo tempo, aquilo que define a soberania como entidade jurídica e como fato político. Que poder? O poder de decisão, o poder de tomar a decisão sobre a exceção. Isto é, o poder é fato/força puro e simultaneamente ele gera o próprio direito. Vale dizer, a decisão soberana sobre a exceção caracteriza-se como a estrutura original jurídico-política, na base da qual o que é incluído na ordem jurídica e o que é dela excluído adquire o seu sentido.

Com isso, porém, o paradoxo do conceito de soberania se torna visível: o poder, como fato (força), está fora, mas está, também, dentro do conceito. Afinal, a exceção (*ex-capere*: tomar de fora) é, assim, uma espécie de exclusão. Mas o que é excluído, por conta de ser excluído, não fica sem qualquer relação com a lei. Ao contrário, o que é excluído na exceção mantém-se em relação com a lei na forma de "suspensão" da lei. O soberano, diz Schmitt, é aquele que pode "suspender" a lei (cf. Die Diktatur, München-Leipzig, 1928). E aí o paradoxo: a soberania não é um fato (força), pois só pode ser criada mediante a suspensão da lei. Mas, pelo mesmo motivo, não é também uma situação jurídica, pois só surge mediante a suspensão da lei. Ou, como diz Schmitt, a decisão soberana "prova ela própria, não precisar da lei para criar a lei".

Ora, uma teoria do poder como meio de comunicação permite uma revisão do paradoxo. Quando se fala de *poder*, não se trata, propriamente, de uma propriedade do soberano em face do súdito, mas de uma possibilidade de ação cuja excepcionalidade depende de ambos. Assim, a instauração da soberania mediante um poder constituinte não se confunde com ato impositivo de força, mas de uma decisão sobre o seu uso como exceção. O mero uso da força nada *constitui*. Para que o uso da força caracterize poder (constituinte) é preciso que a comunicação social esteja mediatizada por uma estrutura codificada (*medium*): o poder como meio de comunicação. Nesses termos, *soberania* é símbolo codificado do meio de comunicação (*poder*) que media uma seletividade fortalecida de ações conforme uma estrutura básica.

Para isso as codificações jurídicas (mediante esquematismos binários: permitido/proibido) desempenham uma importante função. O ato soberano resulta de uma permissão potencialmente proibida, mas atualmente possível.

Disso segue, afinal, que *soberania* é jurisfação limitada de um poder, cuja potencialidade é mantida mediante uma atualização

normativa não totalmente especificada. Ou seja, é, ao mesmo tempo, possibilidade em aberto, indeterminada (possibilidade como contingência: agir *possível*) e possibilidade limitadamente especificada pelas normas em que se atualiza (possibilidade como modal normativo: *poder* agir). Nesses termos, *poder soberano*, na conjugação do agir *possível* com o *poder* agir, explica-se como potencialidade de decisão (*poder*) sobre a exceção (*possível*), sem que sobre a exceção se tenha que decidir permanentemente.

[VOLTA AO SUMÁRIO]

CAPÍTULO 3

Capitalismo e Desenvolvimento Sustentável:

Relações entre o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental – Reflexões Introdutórias

Guilherme José Purvin de Figueiredo[1]
Vladimir Garcia Magalhães[2]

"A pobreza e a miséria dominam o mundo dos homens, em contraste com as imensas possibilidades abertas pela ciência e tecnologia. É paradoxal, mas é a realidade. A questão, entretanto, não é meramente técnica ou econômica, mas substancialmente social e política. E isto também vai rebater essencialmente em outros limites de grande significado para o processo vital de

---

1 Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procurador do Estado/SP Aposentado. Presidente do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP. Professor convidado dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Ambiental da PUC-SP, PUC-Rio e Escola Paulista da Magistratura.

2 Foi Advogado e Biólogo. Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito de São Paulo. Professor de Direito Ambiental (UNISANTOS). (✞ 2017).

manutenção do homem no planeta: os limites ambiental e ecológico. Compreende o problema da distribuição das riquezas e da justiça social, bem como das possibilidades oferecidas pelos recursos naturais disponíveis, os quais não são ilimitados."[3]

1 Considerações preliminares

A invenção da máquina a vapor[4], marco na história econômica do planeta, constituiu o epicentro da primeira revolução industrial (Séc. XVIII). O grande desenvolvimento tecnológico que sucedeu esta invenção decorreu da mecanização do processo produtivo de bens até então manufaturados quase que exclusivamente a partir da força do trabalho humano. Assim, a um mesmo número de horas trabalhadas passou a corresponder uma produção muito maior de bens, bens estes que demandavam, obviamente, muito maior utilização dos recursos naturais do meio ambiente como matéria-prima da indústria. Paralelamente, a necessidade de mão-de-obra na indústria determinou um grande êxodo do campo para as incipientes cidades industriais. Sem ter mais nem um pedaço de terra para plantar, homens e mulheres, adultos ou crianças, passaram a depender de salários, quase sempre insuficientes, para garantir sua sobrevivência. Os proprietários das indústrias, por sua vez, passaram a lucrar cada vez mais com o aumento da produção associado aos baixos salários de seus empregados.

Com o desenvolvimento das cidades e suas indústrias a população da época também começou a aumentar assim como o seu consumo dos bens produzidos pelas indústrias o que permitiu a expansão de

---

3 ALVES, Alaôr Caffé. O Meio Ambiente e seu Controle: Riqueza e Miséria das Inovações Tecnológicas e a Necessidade de Transformação Sócio-Econômica da Sociedade Mercantil. Revista de Direitos Difusos, São Paulo, v.8, n43, jul/set, 2007, pág.8.

4 A primeira máquina comercialmente viável foi inventada por Thomas Newcomen em 1712. Por volta de 1765, James Watt a aperfeiçoou.

suas atividades e, portanto, da exploração dos recursos naturais disponíveis no meio ambiente. Do mesmo modo aumentou também a produção dos resíduos destas atividades industriais a que denominamos de poluentes e sua emissão para este mesmo meio ambiente o que abrangia, como hoje, os rios.

O aumento das cidades e suas populações aumentou também a emissão de dejetos humanos no meio ambiente o que também constituiu uma forma de poluição das cidades e dos rios às margens dos quais usualmente eram construídas inclusive para utilizar a água destes rios para uso doméstico e industrial, assim como importante meio de transporte e escoamento da crescente produção industrial.

Deste modo, o desenvolvimento do capitalismo industrial suscitou novos problemas para a Humanidade como a destruição ambiental em escala sem precedentes com o uso dos seus recursos e a emissão de poluentes no meio ambiente e aumentou problemas já existentes como a pobreza e a concentração de renda no setor da sociedade detentores da propriedade destas indústrias, denominada de *burguesia* pelo fato de produzirem em suas propriedades industriais nas cidades originadas antes da Revolução Industrial pela atividade comercial. Estas cidades fora dos muros da propriedade feudal eram denominadas de *burgos*.

Assim, esta elite econômica denominada de burguesia antes da Revolução da Revolução Industrial era constituída por comerciantes e após esta Revolução também pelos proprietários de indústrias que passou a ser o segmento mais rico da burguesia.

A concentração de renda nas sociedades industriais na classe burguesa e o conseqüente aumento da pobreza na classe trabalhadora, aumentada com o acelerado desenvolvimento industrial, notadamente a partir da 2ª Revolução Industrial no Século XIX, gerou profundos conflitos sociais que acabaram resultando no início do Século XX na Revolução Socialista no então Império da Rússia que resultou na

extinção da propriedade privada rural e das indústrias neste país existentes, que passaram a ser propriedade do Estado, e na transformação deste outrora poderoso império na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, ou simplesmente União Soviética.

Com o aumento dos conflitos sociais entre a classe da burguesia e a classe trabalhadora nos países industrializados e a existência ameaçadora de um modelo social comunista, o Direito passou a procurar começar a tutelar a classe trabalhadora para garantir à ela melhores condições de vida tentando assim diminuir estes conflitos sociais e o risco de novas revoluções socialistas nos países. Desenvolve-se assim o ramo do direito denominado de Direito do Trabalho. Primeiramente nos países mais industrializados mas posteriormente nos demais países com economias mais ou essencialmente agrícolas que também aumentaram a sua produção pela expansão das suas fronteiras agrícolas e conseqüente destruição das florestas em seus territórios para exportar para os países industrializados com crescente população.

Deste modo, o capitalismo industrial continuou a se desenvolver com grande velocidade e com ele a expansão das suas atividades industriais e agrícolas nos países desenvolvidos industrializados e nos países em desenvolvimento e, consequentemente a destruição ambiental o que ensejou novos conflitos sociais a medida que a ciência, notadamente a biologia e seu ramo ecologia, produziu novos conhecimentos sobre o meio ambiente e que seu impacto pelas atividades humanas, notadamente as econômicas empreendidas pelas indústrias e também a agroindústria, poderia comprometer a qualidade de vida dos seres humanos e mesmo a sua existência. Para dirimir estes conflitos desenvolve-se então, progressivamente, o Direito Ambiental.

Já em seu berço, o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental apresentam similaridades. O surgimento do Direito do Trabalho ocorre no momento da tomada de consciência deste quadro histórico e social absolutamente inaceitável, de completa degradação das condições de

trabalho no século XIX. O Direito Ambiental, de forma semelhante, também nasce num peculiar momento histórico, de consciência e rejeição deste quadro de degradação do meio ambiente urbano e rural, dos mares e das florestas, da fauna e da flora, do ar, da água e do solo. Um quadro, é importante destacar, presente tanto nos países industrializados capitalistas como nos socialistas.

Embora nem todos os autores reconheçam, a relação entre o Direito Ambiental e o Direito do Trabalho é histórica. Embora constem registros esparsos sobre o controle legal da poluição na Babilônia (século XIX a.C.) e na Grécia antiga[5], a mais ampla e inequívoca vertente do Direito Ambiental voltada ao controle da poluição física, química e biológica tem sua origem remota na legislação trabalhista. E isto por um motivo simples: foi na época da Revolução Industrial que se verificou a aceleração do processo de degradação do meio ambiente natural e humano.

Todavia, a ideologia dominante desde então procedeu a uma distinção entre direitos ***do trabalhador*** e direitos ***dos demais cidadãos***. Assim, os primeiros passos do legislador no sentido de procurar controlar a poluição no ambiente laboral foram classificados como "mero" tópico a ser estudado pelo Direito do Trabalho. Com isto, durante mais de um século, a proteção da saúde do trabalhador será regulada quase que exclusivamente por normas ***incomodamente*** inseridas no campo do Direito do Trabalho. Incomodamente porque, enquanto o Direito do Trabalho insere-se na esfera das relações contratuais próprias do Direito Privado, as normas ambientais chamadas de segurança e higiene do trabalho, como de resto todo o Direito Ambiental, situam-se claramente no âmbito do Direito Público.

---

5 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. A Propriedade no Direito Ambiental, 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pág. 45.

São, aliás, bastante evidentes alguns contrastes principiológicos entre o Direito Ambiental e o Direito Individual do Trabalho. Basta recordar que a tarifação das lesões à saúde por adicionais e aposentadorias especiais nunca foi contestada pelo Direito do Trabalho.

Ao explorar as diversas interfaces entre as duas disciplinas, é possível trilhar as normas de Direito Ambiental aplicáveis à disciplina do ambiente do trabalho[6]; ou desenvolver estudos sobre a participação dos trabalhadores na proteção do meio ambiente natural. Mais complexo, porém, talvez, seja traçar um esboço preliminar de identificação de algumas similaridades entre as duas disciplinas, isto é, da forma como o Direito busca normatizar a exploração do homem (Direito do Trabalho) e da terra (Direito Ambiental) no contexto da economia capitalista.

Não se trata aqui de um tema inteiramente inédito na doutrina. Basta lembrar que, já nos idos de 1994, a "*Droit et Ville – Revue de l'Institut dês Études Juridiques de l'Urbanisme et de la Construction*", dedicou sua edição n. 37 ao tema, trazendo a lume, dentre outros, os estudos de Michel Despax[7], Pierre Rodiere[8] e Hubert Seillan[9] sobre a questão.

A questão social e a questão ambiental se entrelaçam. Se as necessidades superam a produção espontânea da natureza, o homem recorre à produção industrial, que não é resultado de uma atividade individual, mas da divisão do trabalho[10]. Esta produção industrial, porém, é dependente da indústria extrativa (v.g., da mineração), cuja expansão

---

6 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Direito Ambiental e a Saúde dos Trabalhadores. 2ª Ed. São Paulo: LTR, 2007.

7 Droit du travail et droit de l'environnment.

8 Travail et environnement: aspects de droit international et européen.

9 Obligations et responsabilités em droit du travail et em droit de l'environnement.

10 MARX, Karl. Miséria da Filosofia. São Paulo: Centauro, 2001. P. 30.

é evidentemente precária, já que nela "necessariamente reina a mais baixa composição do capital"[11].

Não há como dissociar o trabalho da figura do trabalhador. Se o ser humano é resultado de um processo histórico natural, manifestação material de processos naturais, então o trabalho humano não deixa de ser um aspecto da própria dinâmica ambiental. Por outro lado, ainda que, num grau mais apurado de distinção, cuidemos divorciadamente do trabalho e do meio ambiente, estes continuarão constituindo elementos nucleares do ciclo econômico de produção e consumo.

2 Direito tutelar

O Direito Ambiental é um ramo do Direito voltado à proteção dos elementos bióticos e abióticos da natureza, tendo por objetivo precípuo zelar pela manutenção das condições necessárias para uma sadia qualidade de vida do ser humano.

Por cuidar da proteção destes elementos da natureza, o Direito Ambiental tem como principal característica a sua natureza ***tutelar***. Não existe "direito ambiental" de poluir as águas, o ar e o solo, de explorar os bens naturais até seu esgotamento, de colocar em risco as espécies da fauna e da flora, de homogeneizar a biodiversidade até transformá-la em "biouniformidade".

---

11 MARX, Karl. O Capital. Livro Terceiro – O Processo Global de Produção Capitalista. Volume 6. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 1021. Marx observa que, na indústria extrativa, "onde a renda parece decorrer apenas de preço de monopólio, são necessárias condições de mercado extremamente favoráveis para as mercadorias se venderem pelo valor ou para a renda ser igual ao que sobra da mais-valia da mercadoria depois de deduzido o preço de produção. É o que se observa por exemplo com as rendas das zonas de pesca, das pedreiras, das florestas naturais etc."

Isto significa que o Direito Ambiental não é um ramo do Direito voltado simplesmente a regulamentar o uso dos bens da natureza ou a estabelecer limites para a emissão de poluentes. O Direito Ambiental só merece este nome quando efetivamente ultrapassa o paradigma dos marcos regulatórios voltados ao estabelecimento de igualdade de condições entre os sujeitos da ordem econômica capitalista. Vale dizer, não é Direito Ambiental o Direito Empresarial ou o Direito Econômico Concorrencial.

De igual forma, o Direito do Trabalho é – ou ao menos deveria ter sido – um ramo do Direito voltado à promoção da qualidade de vida dos trabalhadores. Da mesma forma que o Direito Ambiental, a principal característica do Direito do Trabalho há de ser necessariamente sua natureza ***tutelar***. Não é Direito do Trabalho a compilação de leis, doutrina e jurisprudência que buscam "jurisdicizar" relações pseudo-contratuais entre os sujeitos da ordem econômica capitalista e os trabalhadores, como o fito de anular direitos historicamente conquistados pelo conjunto dos trabalhadores organizados em sindicatos e fomentar com isso a desigualdade sócio-econômica da população. Isto poderia ser uma faceta obscura do Direito Empresarial numa fase do capitalismo caracterizada pela desconstrução da autonomia sindical e pela ausência de contraponto na política internacional. Nunca, porém, Direito do Trabalho.

3 Princípios de Direito do Trabalho e sua semelhança com os princípios do Direito Ambiental

Os princípios de Direito do Trabalho guardam semelhanças significativas com os de Direito Ambiental.

Com base na doutrina de Amauri Mascaro Nascimento, elegemos três importantes princípios do Direito do Trabalho e os relacionamos com o Direito Ambiental:

a) **Princípio da norma favorável** – Com tríplice função, este princípio destina-se a orientar o legislador a que sempre edite leis trabalhistas que contribuam para a melhoria da condição social do trabalhador; que, na existência de diversos tipos de normas (leis, convenções coletivas, regulamentos de empresa etc.) que disciplinem a mesma matéria, concretamente "prevalecerá, no caso concreto, a mais benéfica ao empregado". E que, "havendo duas ou mais interpretações viáveis para a norma obscura, deverá prevalecer aquela capaz de conduzir ao resultado que de melhor maneira venha a atender aos interesses do trabalhador, para cuja proteção se destinam as leis imperativas"[12].

No campo do Direito Ambiental, a maior efetividade ou abrangência de uma norma para fins de proteção do meio ambiente, ainda que seu nível hierárquico seja inferior ou que ela advenha de diferente esfera federada, será ela aplicada no caso concreto. O município que, para atender a peculiaridade local, entenda necessário ampliar o grau de proteção de encostas de morro, poderá, exemplificativamente, considerar como áreas de preservação permanente as encostas com inclinação menor do que aquelas fixadas por legislação federal. Diante da existência de duas normas (uma federal e outra municipal) regulando a mesma matéria, aplicar-se-á a hipotética lei municipal, mais restritiva. Isto porque na competência concorrente em matéria am-

[12] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 18ª Edição. São Paulo, LTR, 1992. Págs. 68/69.

biental cabe aos Estados suplementarem[13] a legislação da União e na competência residual dos municípios nesta matéria também[14].

Ocorre que suplementar significa "suprir ou compensar a deficiência de" e suplemento significa "parte que se adiciona ao todo para ampliá-lo, esclarecê-lo, e aperfeiçoá-lo". Como o direito ambiental visa proteger o meio ambiente, compensar a deficiência de uma norma e aperfeiçoá-la, os Estados e os somente podem editar normas para proteger mais o meio ambiente do que a norma da União e os Municípios somente podem normas para proteger mais o meio ambiente do que a norma dos Estados e União[15]. Deste modo a natureza tutelar que o Direito Ambiental tem, como já vimos, impede interpretação contrária.

b) **Princípio da condição mais benéfica ao trabalhador** – "Significa que uma condição de trabalho já conquistada não pode ser modificada por outra menos vantajosa ao trabalhador. Como se nota, esse princípio se caracteriza pela transposição, para a esfera do direito do trabalho, das idéias contidas em conhecido princípio do direito comum, o princípio do direito adquirido (Constituição Federal, art. 5º, XXXVI)"[16].

Este princípio de Direito do Trabalho guarda profunda similaridade com o **princípio da vedação de retrocesso ambiental** (ou princípio de proibição da retrogradação socioambiental). Confira-se esta passagem de Carlos Alberto

---

13 No Brasil, nos termos da Constituição Federal, artigo 24, §2º.

14 No Brasil, nos termos da Constituição Federal, artigo 30, inc.II.

15 MAGALHÃES, Vladimir Garcia. Competência Concorrente em Matéria Ambiental. Revista Brasileira de Direito Ambiental, n.2, 2003, págs. 148/149.

16 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Ob. Cit., pág. 69.

Molinaro: "...o que o direito ambiental objetiva é proteger, promover e evitar a degradação do ambiente, portanto, intensamente deve coibir a retrogradação que representa uma violação dos direitos humanos, e uma transgressão a direitos fundamentais. Ao atingir-se um estado superior, não se deve retornar a estágios inferiores, expressa a máxima central do primado da evolução dos seres e das coisas. Portanto, não se deve permitir o movimento de recuo, o declínio, o deslocamento para trás em matéria socioambiental"[17].

Considerando que é bastante limitado o grau de participação da esfera privada na nomogênese ambiental, poder-se-ia dizer que o princípio da vedação do retrocesso ambiental constitui uma limitação ao poder público de legislar em desfavor do meio ambiente. Cuida-se, como brilhantemente observado por Vladimir Garcia Magalhães, de verdadeira tutela de ***direito adquirido*** da população à manutenção de uma legislação ambiental que melhor proteja o meio ambiente, direito este de caráter difuso[18].

c) **Princípio da irrenunciabilidade dos direitos pelo trabalhador** – "A CLT o acolhe (art. 9º). Os direitos trabalhistas são irrenunciáveis. Não é admitida a renúncia prévia de direitos"[19]. O conhecido juslaboralista afirma que "A renún-

---

17 MOLINARO, Carlos Alberto. Direito Ambiental – Proibição de Retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. Págs. 67/68.

18 Observações do Prof. Vladimir Garcia Magalhães em diálogo travado em meados do mês de maio de 2010. Noutro diálogo, desta feita com o prof. Dalmo de Abreu Dallari, por ocasião do 14º Congresso Brasileiro de Advocacia Pública, em João Pessoa/PB (junho de 2010), expus esta tese do prof. Vladimir Magalhães, que foi saudada pelo ilustre professor catedrático da Faculdade de Direito da USP. Na oportunidade, o Prof. Dalmo, de forma precisa concluiu: "se nosso ordenamento jurídico reconhece a existência de direitos difusos, forçosamente há de reconhecer a hipótese de direitos difusos adquiridos".

19 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Ob. Cit., pág. 69.

cia de direitos após a rescisão do contrato é em alguns casos tolerada, desde que com o controle da autoridade. Não se confunde renúncia com transação. Esta importa em concessões bilaterais e pertinentes a direitos incertos. A renúncia, ao contrário, é ato unilateral importando em concessão de uma só das partes e recaindo sobre direitos certos. A tendência das modernas leis trabalhistas é no sentido da proibição expressa da renúncia. Transações, todavia, são admitidas em alguns casos, mesmo porque a transação é manifestação da autonomia dos particulares"[20].

Os direitos difusos também são irrenunciáveis, já que constituem direitos de uma coletividade indeterminável – direitos subjetivos públicos. A hipótese prevista no art. 269, inc. V, do Código de Processo Civil[21] é, evidentemente inaplicável no campo do Direito Ambiental.

4 Lógica do Direito do Trabalho e do Direito Ambiental no capitalismo

As semelhanças entre Direito Ambiental e Direito do Trabalho residem em sua característica tutelar e em seu aparente conflito com o Direito Empresarial capitalista. Nesse contexto, poder-se-ia num primeiro momento dizer que o Direito Ambiental e o Direito do Trabalho são elementos estranhos ao próprio sistema econômico capitalista. Esta, porém, é uma conclusão simplista, que ignora a necessidade deste sistema de construir sua própria legitimidade. Nem o Direito do Trabalho nem o Direito Ambiental são corpos estranhos na estrutura

---

20 Id., pág. 69.

21 Artigo 269. Haverá resolução de mérito: (...) V – quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

do direito burguês: eles certamente o integram, mas seu escopo é indicar (determinar) que a expansão do capitalismo não prescinde do controle estatal:

> "Precisamente porque os indivíduos procuram apenas o seu interesse particular, o qual para eles não coincide com o seu interesse comunitário – a verdade é que o geral é a forma ilusória da existência na comunidade –, este é feito valer como um interesse que lhes é 'alheio' e 'independente' deles, como um interesse 'geral' que é também ele, por seu turno, particular e peculiar, ou eles próprios têm de se mover nesta discórdia, como na democracia. Por outro lado, também a luta ***prática*** destes interesses particulares, que ***realmente*** se opõem constantemente aos interesses comunitários e aos interesses comunitários ilusórios, torna necessários a intervenção e o refreamento ***práticos*** pelo interesse 'geral' ilusório como Estado"[22].

Ensina Karl Marx que certas pessoas têm o monopólio de dispor de determinadas porções do globo terrestre como esferas privativas de sua vontade particular, com exclusão de todas as demais vontades. O Direito Ambiental, direito tutelar por excelência, incomoda o poder econômico, pois estabelece limites para essa vontade particular ao lembrar que o planeta é um patrimônio comum e que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida da humanidade. Ele contraria essa vontade particular, pois tem um caráter educativo. Não é, evidentemente, um corpo estranho na estrutura do direito burguês, mas o integra com a finalidade de lembrar que a expansão do capitalismo não prescinde do controle estatal, sob pena de se matar a galinha dos ovos de ouro constituída pela mão-de-obra saudável também consumidora dos bens produzidas no capitalismo e pelos recursos naturais oferecidos pelo meio ambiente que constituem a matéria-prima das indústrias[23] e ao mesmo tempo são elemen-

---

22 MARX, Karl. A Ideologia Alemã. São Paulo: Centauro, 2002, p. 38.

23 Deve-se salientar que atualmente isto abrange os recursos genéticos e as moléculas biológicas deles derivadas que constituem matéria-prima da moderna indústria biotecnológica como a indústria farmacêutica.

tos envolvidos no equilíbrio dos ecossistemas, essenciais em seu conjunto para a vida humana digna em nosso planeta.

Mesmo considerando que o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental tenham se desenvolvido por razões sociais diferentes, certo é que ambos nascem com a vocação de buscar uma solução jurídica para o insucesso da economia para resolver determinadas questões sociais e ambientais — insucesso que, diga-se de passagem, não se limita ao modelo liberal, vez que no chamado socialismo real também não foi tratada com a profundidade merecida a questão relativa à finitude dos recursos naturais. Basta lembrar que nos países autodenominados comunistas não ocorreu na prática maiores preocupações e cuidados com os impactos ambientais como demonstrou o acidente de Chernobyl na extinta União Soviética.

Porém, o próprio Karl Marx ainda no Século XIX já criticava a superação do campo pela cidade com o desenvolvimento capitalista por "alterar a troca material entre o Homem e a terra, isto é, a volta à terra dos elementos do solo consumidos pelo ser humano sob a forma de alimentos e vestuário, violando assim a eterna condição natural da fertilidade permanente do solo"[24]. Percebe assim, quase intuitivamente, o que hoje a ecologia sabe baseada em pesquisas científicas. Que em um ecossistema equilibrado a energia que sai é a mesma que entra e o consumo pelas cidades da energia, sob forma de matéria (produtos agrícolas, madeira das florestas, etc), dos agroecossistemas os desequilibra.

Afirma ainda este filósofo que a "produção capitalista (...) só desenvolve a técnica e a combinação do processo social, exaurindo as fontes originais de todas as riquezas: a terra e o trabalhador"[25] e que o "desenvolvimento da agricultura e da indústria em geral mostrou-se

---

24 O Capital. Livro 1, v.1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 570.

25 Idem ibidem, p. 570/571.

desde tempos imemoriais tão ativos na destruição das florestas que, em face disso, tudo o que inversamente se fez para a sua conservação e produção é uma grandeza evanescente”[26].

Além disso, Marx revelando uma consciência crítica entre o capitalismo e o meio ambiente afirma que neste sistema econômico e político “as forças produtivas se transformaram em forças destrutivas”[27] e conceitua que a relação Homem e Natureza se constitui em um processo de humanização da natureza e naturalização do Homem e a que a Natureza é o conjunto da realidade englobando o homem e a Natureza. Tanto a transformada por ele quanto a que ele ainda não transformou. Ele considera que mediante o trabalho humano a Natureza leva adiante o seu processo de criação[28]. Assim, pode-se aferir que toda a atividade industrial, e os problemas ambientais decorrentes dela, é conseqüência da evolução da vida no planeta Terra.

Revelando ainda de modo visionário a preocupação com as gerações futuras, Marx entende que do “ponto de vista de uma formação superior da sociedade, a propriedade privada de certos indivíduos sobre o globo terrestre parecerá tão absurda quanto a propriedade privada de um homem sobre outro ser humano. Mesmo uma sociedade inteira, uma nação, mesmo todas as sociedades coesas em conjunto não são proprietárias da Terra. São apenas possuidores, usufrutuários dela e como *boni patres famílias*, deve levá-la melhorada às gerações futuras”[29].

Nas teorias de Adam Smith, Ricardo e Karl Marx, o fator *terra* dá lugar aos fatores *trabalho e capital,* assumindo estes dois uma hipertrófica posição de destaque na Teoria Econômica. Isto porque, reconhe-

---

26 O Capital. Livro 2, v. II. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 183.

27 A Ideologia Alemã. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 72 e 85.

28 SCHMIDT, Alfred. El Concepto de Naturaleza en Marx. Madri: Siglo Veintiuno, 1976, p. 84, 85 e 87.

29 O Capital. Livro III, tomo 2, vol. V. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 224.

cendo-se o caráter limitado e improdutível da terra,[30] era necessário adequar os termos da equação produção / consumo: à improdutividade da terra era necessário corresponder a sua inconsumibilidade. Esta exigência estabelecida pelo modelo econômico liberal, evidentemente, causava um certo desconforto nos economistas, já que evidente era que os recursos naturais (em especial os minerais), mesmo sendo consumíveis, não podiam ser reproduzidos.

5 O papel dos trabalhadores na construção de uma sociedade economicamente sustentável

As questões ambientais urbana e laboral, como já ventilado anteriormente, são contemporâneas. A necessidade de mão-de-obra acarretou a concentração urbana e esta, por seu turno, exigiu novas formas de captação e distribuição de água, energia e alimentos. Destaque-se que a introdução da máquina a vapor não teve por finalidade reduzir esforços físicos, mas potencializar a produção; a máquina desumanizou a economia e o homem passou à condição de seu guardião. A idéia de que este tipo de desenvolvimento tecnológico e econômico solucionaria a crescente miséria da população e de que a economia é uma ciência de crescimento ilimitado revelou-se equivocada, já que a pobreza aumentou e **todos** (não mais somente os trabalhadores) passaram a sofrer as conseqüências da degradação ambiental.

Assistimos nas décadas de 1960 e 1970 à autonomia científica do Direito Ambiental. Desde então, a OIT passa a cuidar das questões envolvendo o ambiente do trabalho sob uma nova perspectiva. O Programa Internacional para Melhora das Condições e Meio Ambiente do Trabalho (PIACT), a Convenção OIT n.º 148 (sobre o meio ambiente

---

30 O termo aqui é utilizado no sentido adotado por Lavoisier e pela primeira lei da Termodinâmica.

de trabalho, contaminação do ar, ruído e vibrações), de 1977, a Convenção OIT n.º 155 (sobre segurança e saúde do trabalhador), de 1981, e o Capítulo 29 da Agenda 21 ("Fortalecimento do Papel dos Trabalhadores e de seus Sindicatos") constituem marcos dessa nova concepção, que resgata os valores sócio-ambientais para uma perspectiva de dignidade humana, rejeitando a monetização da saúde dos trabalhadores. Particularmente significativas foram a Convenção OIT n.º 162, de 24 de junho de 1986, sobre a utilização do asbesto (ou amianto) em condições de segurança; a Convenção n.º 139 sobre o câncer profissional, de 1974; a Lista de doenças profissionais, tal como foi revisada em 1980, anexa à Convenção sobre as prestações em caso de acidentes do trabalho e enfermidades profissionais, de 1964; e o Repertório de recomendações práticas sobre a segurança na utilização do amianto, publicada pelo Escritório Internacional do Trabalho em 1984. Caminham tais Convenções da OIT *pari passu* com o princípio do desenvolvimento sustentável.

Sob a perspectiva ambiental, especial destaque merece a questão relativa à utilização de agrotóxicos que vêm, dentre outros desastres, provocando o envenenamento irreversível dos aqüíferos. Há hoje no planeta aproximadamente um bilhão e quatrocentos milhões de agricultores. De acordo com a OIT, todos os anos, cerca de metade das 335.000 vítimas fatais no local de trabalho são trabalhadores agrícolas. Milhões desses trabalhadores sofrem graves lesões em razão de acidentes laborais ou envenenamento com agrotóxicos e outros produtos químicos de uso agrícola como os fertilizantes. Além disso, lançados no meio ambiente este material é carregado pelas chuvas aos corpos d'água próximos, como os rios, podendo chegar inclusive aos oceanos afetando negativamente as populações de organismos que constituem a parte biótica dos seus ecossistemas desequilibrando-os na proporção da quantidade lançada. Deste modo, ao se proteger a saúde do trabalhador rural pela limitação do uso destas substâncias se está também protegendo o meio ambiente.

O Direito Ambiental Brasileiro antecipou-se ao Direito Internacional do Trabalho ao reportar-se à saúde do trabalhador agrícola no art. 14, "f", da Lei dos Agrotóxicos (Lei 7.802/89), que responsabiliza o empregador quando não fornecer e não fizer manutenção dos equipamentos adequados à proteção da saúde dos trabalhadores ou dos equipamentos na produção, distribuição e aplicação dos produtos.

Em sua 88ª Conferência Internacional do Trabalho, no ano de 2000, a Comissão de Segurança e Saúde na Agricultura da OIT manteve um debate sobre as conclusões propostas com vistas a um projeto de convenção e recomendação sobre o tema. De acordo com a OIT, as novas propostas definirão um marco para o desenvolvimento de políticas nacionais sobre segurança e saúde na agricultura. Os pontos principais hão de incluir meios apropriados de avaliação e gestão do risco, assim como medidas de proteção e prevenção com respeito à segurança e ergonomia, manipulação e ao transporte de materiais, gestão de produtos químicos, manipulação de animais, construção e manutenção das instalações agrícolas.[31]

A globalização trouxe novas perspectivas para o Direito Internacional do Trabalho e para o Direito Ambiental. A par dos problemas econômicos e sociais, permitiu ela que passássemos a vislumbrar nosso planeta como território da humanidade e a compreender que o direito a um ambiente sadio transcende o local e o nacional. A influência da OIT e da OMS, assim como da legislação norte-americana,[32] são altamente positivas.

Falar de qualidade do meio ambiente de trabalho não é apenas pensar na poluição química, física ou biológica nas indústrias, nos hospitais ou na agricultura, mas também na qualidade de vida dos que

---

31 Trabajo, Revista da OIT, ed. n.º 35, jul. 2000.

32 Três importantes leis dos EUA ("The Mine Safety and Health Act", 1969; "The Occupational Safety and Health Act", 1970; e "The Toxic Substances Control Act", 1976) trouxeram inegável avanço ao tratamento jurídico do tema.

trabalham em escritórios ou mesmo em casa. Há que se adotar uma visão holística do ser humano, que é parte integrante de um todo organizacional, com múltiplas dimensões em sua vida social.

Até certo ponto, dispõe o modelo econômico global vigente de uma estrutura apta a promover avanços na propositura de técnicas salubres e não perigosas de trabalho. Vale dizer, não é utópico pugnar pela redução da poluição no meio ambiente do trabalho ou pela eliminação da insalubridade e da periculosidade da atividade laboral. É, assim, lícito afirmar que as normas ambientais laborais, não obstante estejam longe de sua plena implementação, são factíveis e não constituem um aspecto crítico da economia da sociedade industrial.

O ponto crítico, porém, encontra-se do outro lado, do lado de fora da indústria, do lado onde o cidadão despe-se das vestes do personagem trabalhador. Insustentável é a própria produção industrial e agrícola e, nesse sentido, um dos maiores desafios da luta em defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado consiste exatamente na difícil conciliação entre a geração ou manutenção de empregos e a adoção de técnicas de produção limpas ou menos impactantes.

Um risco bastante evidente reside na manipulação de dados técnicos que, em última análise, conduzem a um confronto entre sindicalismo e ambientalismo. No setor do açúcar e do álcool, por exemplo, maliciosamente ou não, diante da justa imposição da sociedade civil de se abolir a prática da queima da palha da cana-de-açúcar, por décadas foi repassada aos trabalhadores e seus sindicatos uma única opção: acolher as exigências dos ambientalistas e, com isto, substituir a mão-de-obra pela mecanização.

No setor de transportes urbanos, temos o caso paradigmático de uma empresa que utilizava óleo diesel na lavagem de peças em garagens. Além de causar danos à saúde dos trabalhadores, o óleo diesel é

um agente ecologicamente agressivo. Uma Convenção Coletiva sobre Segurança e Saúde, assinada em São Paulo no ano de 1996, determinou que os empregados deveriam ser afastados do produto na execução do serviço, com a colocação de mureta e utilização de luvas para evitar o contato com o óleo. Para contornar essa grave lesão sanitária e ambiental, uma empresa adquiriu máquinas para executarem a limpeza. Semelhantes a máquinas de lavar louças, esses equipamentos passaram a limpar as peças. O resíduo da lavagem, que antes seguia para o esgoto geral, a partir de então passou a correr por um encanamento separado até o tanque de contenção distante mais de 150 metros da sala de lavagem. No tanque, o óleo era separado da água.[33] É evidente que, diante de tal quadro, a primeira indagação que um sindicalista faz é: para onde foram deslocados os trabalhadores que realizavam a limpeza das peças com óleo diesel? Busca-se, assim, inaugurar a idéia de exclusão da questão ambiental do rol de reivindicações sindicais.

Esta é, aliás, uma idéia bastante antiga, sendo comuns os casos em que cidades outrora ambientalmente equilibradas deram lugar a um verdadeiro inferno industrial, sem que isso necessariamente tenha implicado geração de novos empregos. Aliás, já em 1992 era dito que "as indústrias poluidoras são uma fonte de empregos cada vez mais insignificante. Na maioria dos países, as indústrias químicas e empresas de energia respondem cada uma por menos de 3% do total de empregos. Mesmo na ausência de uma política ambiental, muitos desses empregos estão desaparecendo devido à crescente automação. Por exemplo, um quarto de todos os empregos nas refinarias norte-americanas foi eliminado entre 1982 e 1990. E, apesar da crescente produção, o nú-

---

33 Reportagem "Garagens: empresas investem na melhoria do trabalho". In Jornal Segurança & Saúde no Trabalho, São Paulo, n.º 25, p. 4, jul. 1998.

mero de empregos na mineração do carvão caiu bruscamente na década de 80 de 250.000 para 150.000".[34]

Tais dilemas são, sem qualquer dúvida, falaciosos, já que se limitam a apresentar soluções a um custo zero para o empresariado, mantendo com isto a opção por um modelo que ignora o princípio da função social da propriedade, insculpido no art. 170, inciso III, da Constituição da República.

Hoje, a relação entre o homem e o ambiente do trabalho é incluída nas leis e planos ambientais e o Direito Ambiental, na busca da proteção da saúde e da vida, incorpora textos sobre segurança, saúde no trabalho, legislação acidentária e leis de Seguridade Social. Todavia, concomitantemente com essa nova tomada de posição, temos o advento do processo de globalização da economia, da automação, da informatização e do desemprego crescente.

Particularmente interessantes foram os quatro Princípios de Houston, aprovados em 19 de maio de 1999 pela Alliance for Sustainable Jobs and the Environment, uma organização formada por líderes ambientalistas e trabalhistas, com sede em Portland (EUA):

1) Um futuro sadio para a economia e o meio ambiente requer uma aliança dinâmica entre advogados laborais, empresariais e ambientais.

2) As mesmas forças que ameaçam a sustentabilidade econômica e biológica também solapam as bases do processo democrático.

---

[34] RENNER, Michael. A Criação de Empregos Sustentáveis nos Países Industrializados. Qualidade de Vida 1992 — Salve o Planeta!, BROWN, Lester R. (org.). São Paulo: Globo, 1992, p. 186.

3) O direcionamento para lucros em curto prazo sem consideração para a sustentabilidade em longo prazo acaba ferindo a população trabalhadora, a comunidade e o planeta Terra.

4) Os grupos laborais, ambientais e comunitários precisam agir no sentido de se organizarem como um contrapeso para o abusivo poder das grandes corporações.

A geração de empregos sustentáveis constitui hoje, mais do que um novo desafio, a única via para a sobrevivência do planeta. Nos países industrializados, ela vem por vezes se apresentando no setor de reciclagem de materiais. No entanto, esta proposta é ainda tímida, vez que trabalha apenas com a extremidade final do processo de produção. Outras alternativas certamente existem e, se ainda não existem, urge criá-las.

Com referência ao Brasil, podemos mencionar as iniciativas do governo do Estado do Amapá, que dispunha desde 1997 de um plano de geração de empregos sustentáveis bastante abrangente, o qual inclui a valorização e modernização do extrativismo, tendo como objetivo a proteção dos recursos florestais daquele Estado e da permanência das comunidades tradicionais. Apenas nessa área foram beneficiadas mais de 200 famílias. Também merecem referência os **sistemas agroflorestais**, um modelo de produção agrícola que pretende inicialmente beneficiar 4.170 famílias e recuperar áreas degradadas através da diversificação da produção, com a fixação das populações tradicionais. O projeto previa o consórcio de culturas anuais (milho, feijão, abacaxi, pupunha, açaí, cacau, coco, murici, laranja e castanha do pará) e oleaginosas (copaíba e andiroba), aliado à criação de pequenos animais (apicultura, avicultura e piscicultura). De acordo com dados oficiais daquele Estado, o primeiro pólo agroflorestal do Amapá foi implantado em abril de 1997 e reúne 1.370 famílias, recuperando 450 hectares de áreas degradadas. Tais projetos, porém, não tiveram continuidade.

A sociedade se vê hoje impotente para apontar para novos paradigmas aptos ao oferecimento de empregos sustentáveis e, se a liberdade política está presente, o desemprego e a insegurança na área social inviabilizam o seu pleno exercício. Isto porque, em última análise, a geração de empregos sustentáveis pressupõe uma produção sustentável, modelo que está longe de ser alcançado pela sociedade industrial capitalista.

Somente através da direção dos trabalhadores é que poderemos pensar na construção de uma sociedade que tenha como princípio fundamental a igualdade de oportunidades para todos, independentemente da condição social, física, racial, de gênero, nacionalidade ou credo — uma igualdade de oportunidades que se estenda sobretudo no plano temporal, para contemplar não só as presentes, mas também as futuras gerações. Nesse contexto, considerando-se as conquistas históricas da classe trabalhadora organizada na defesa do meio ambiente do trabalho, certamente terão os sindicatos um importantíssimo papel como novos porta-vozes da luta por uma sociedade economicamente justa, expressão que, hoje, deve significar igualmente uma sociedade ecologicamente equilibrada. Em outras palavras uma sociedade sustentável: social e ambientalmente justa.

6 Flexibilização do Direito do Trabalho e do Direito Ambiental

A crise juslaboral, prenunciada no final da década de 1980 com as novas teorias de "flexibilização do direito do trabalho", ocorre no contexto da intensificação da automação, da informatização e da globalização da economia, num contexto neoliberal.

Disciplina jurídica praticamente recém-nascida, o Direito Ambiental sofreu um processo de ascensão vertiginosa praticamente na mesma época. Assim, paradoxalmente, ao mesmo tempo em que as normas trabalhistas eram objeto de flexibilização, surgiam novos textos legais visando uma mais eficaz proteção do meio ambiente. Observe-se que, no Brasil, o Código Florestal vigente e a Lei do FGTS datam, respectivamente, dos anos de 1965 e 1967. Convém recordar que a Lei do FGTS constituiu um golpe de morte no regime de estabilidade decenal e, portanto, um retrocesso nos direitos dos trabalhadores. A Constituição de 1988 buscou refrear a irrestrita liberdade conquistada pelo empregador para demitir o empregado, fixando um limite consistente na necessidade de motivar a dispensa. Todavia, decorridos vinte e dois anos de sua promulgação, até hoje não foi editada lei complementar cuidando do tema. Assim, pode-se dizer que os primeiros sinais de decadência do Direito do Trabalho coincidem com os primeiros sinais de vida do Direito Ambiental.

Durou poucos anos, porém, este processo ascensional do Direito Ambiental. Culminando com a Constituição de 1988, foram editados importantes diplomas legais, como a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) e a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei 9.985/00). No início do terceiro milênio, contudo, começaram a ser editadas leis que constituem perigosa sinalização no sentido da flexibilização do Direito Ambiental, dentre as quais destaca-se a nova Lei de Biossegurança, além de insistentes investidas contra o Código Florestal de 1965.

Hoje, sem qualquer dúvida, solapadas praticamente todas as bases do Direito do Trabalho, estamos diante de nova investida, desta vez contra o Direito Ambiental. E, infelizmente é preciso reconhecer, o descaso para com a proteção do meio ambiente acirrou-se justamente a partir da ascensão de um líder sindical à Presidência da República.

No que concerne ao fator ***trabalho***, trata-se de uma crise que já havia sido anunciada por Karl Marx: "O instrumento de trabalho, ao tomar a forma de máquina, logo se torna concorrente do próprio trabalhador. A auto-expansão do capital através da máquina está na razão direta do numero de trabalhadores cujas condições de existência ela destrói. Todo o sistema de produção capitalista baseia-se na venda da força de trabalho como mercadoria pelo trabalhador. A divisão manufatureira do trabalho particulariza essa força de trabalho, reduzindo-a à habilidade muito limitada de manejar uma ferramenta de aplicação estritamente especializada. Quando a máquina passa a manejar a ferramenta, o valor-de-troca de força de trabalho desaparece ao desvanecer seu valor-de-uso. O trabalhador é posto fora do mercado como o papel-moeda retirado de circulação. A parte da classe trabalhadora que a maquinaria transforma em população supérflua, não mais imediatamente necessária à auto-expansão do capital, segue uma das pontas de um dilema inarredável: ou sucumbe na luta desigual dos velhos ofícios e das antigas manufaturas contra a produção mecanizada, ou inunda todos os ramos industriais mais acessíveis, abarrotando o mercado de trabalho e fazendo o preço da força de trabalho cair abaixo do seu valor"[35].

Transplantada para a época atual, a questão foi sabiamente apreendida pelo prof. Alaôr Caffé Alves que, ao observar que, o desenvolvimento das forças produtivas (sofisticação da produção, tecnologia, processos da robótica, da microeletrônica, da informática, das comunicações etc), exigido "pela lei da acumulação e pela competitividade do capital, levam exatamente ao desemprego estrutural, ou seja, o produtor assalariado vai sendo expulso das unidades produtivas e, por conseqüência, não vai conseguir o correspondente salário para o seu

[35] MARX, Karl. O Capital. Livro Primeiro – O Processo de Produção do Capital. Volume 1. 27ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. P. 491.

sustento. Se não ganha salário, não vai conseguir consumir, e aí ocorre um problema complicado e paradoxal. Se os homens são expulsos do processo produtivo, eles, obviamente, não ganham a contrapartida salarial, mas o processo produtivo é feito exatamente para dirigir-se ao próprio homem, à satisfação de suas necessidades. E evidente que, ao ser o trabalhador expulso do processo produtivo, começa a romper o circuito produtivo, o qual se inicia com a produção e termina com o consumo. Com a expulsão da força de trabalho, em razão dos avanços tecnológicos, o mercado comprador sofrerá cada vez maior limitação por falta de distribuição adequada dos recursos. Em grandes linhas, pode-se ver que o sistema mercantil-capitalista entra, nesta fase, num beco sem saída, mergulhado numa progressiva contradição inerente à lógica de seu próprio funcionamento"[36].

A globalização significa uma nova divisão transnacional do trabalho. Com o deslocamento da produção, movimentam-se os contingentes humanos em todo o globo, formando-se blocos de trabalhadores informais. Tal quadro sócio-ambiental implica negação dos fatores segurança e saúde e o resultado é a degradação do meio ambiente de trabalho.

A automação e a informatização contribuíram para a diminuição dos empregos e substituíram a apropriação da energia física do trabalhador pela tensão mental, aumentando os casos de doenças de origem psíquica. A rotina no ambiente de trabalho urbano típico resulta em uma inversão: o instrumento de trabalho não é mais extensão do corpo humano, este é que se torna uma extensão da máquina. No trabalho domiciliar, o ambiente residencial confunde-se com o do trabalho, tornando-se impossível distinguir o acidente de trabalho do aci-

---

36 ALVES, Alaôr Caffé. "A Normatividade e a Estrutura Social como Dimensões Históricas". In: Direito, Sociedade e Economia: leituras marxistas. Barueri, SP: Manole, 2005. ALVES, Alaôr Caffé et al. Págs. 66/67.

dente doméstico. Privado do convívio com os colegas, o trabalhador perde o poder de mobilização, enfraquecem-se os sindicatos e, mais uma vez, o capital lucra, deixando de investir em segurança e saúde. Mas as contradições trazidas pelo ideal da automação e da computação são ainda mais profundas, pois culminam com a redução dos postos de trabalho e, por conseqüência, do próprio consumo dos bens produzidos pelas máquinas – quadro que já foi muito bem desenhado por Alaôr Caffé Alves[37].

---

[37] Nesse sentido, adverte nosso insigne professor homenageado em seu magnífico ensaio "Desafio do Século XXI: Estrutura Econômico-Social, Questão Metropolitana e Meio Ambiente Urbano-Regional":

"Na metade do século XX, se alguém perguntasse a um empresário qual era o índice de seu êxito, ele abriria as portas de sua fábrica e diria: 'Eu emprego tantas pessoas, dou pleno emprego'. A famosa teoria do pleno emprego, de John Maynard Keynes, mostrava claramente isto: o importante era empregar a todos. Hoje, se a mesma pergunta for feita ao mesmo empresário, ao abrir as portas de sua fábrica, ele deverá dizer: 'Olhe quantos robôs eu tenho e que funcionam sem trabalhador, sem operário!'. Os custos de produção são muito baixos; quanto mais automatizado eletronicamente, melhor".

"Essas mudanças estão sendo introduzidas de forma muito rápida, provocando efeitos gravíssimos e prejudicando, em grande parte, as relações sociais entre os homens. Nesse sentido, a organização social capitalista vai entrando em uma contradição consigo mesma, em uma irracionalidade histórica. Ela, como organização estrutural, não dá mais conta daquele nível de desenvolvimento do conteúdo, das condições de produção da vida material da sociedade. Abre-se, assim, um período histórico marcado pela irracionalidade. Se, por um lado, o desenvolvimento das forças materiais, do conteúdo, alterou a maneira como os homens produzem sua vida social; por outro, sua organização social, que é a de distribuição das rendas e da produção, deve sofrer mudanças correspondentes, visto que a manutenção da situação provoca uma série de graves problemas, entre os quais o desemprego e a marginalização. A esfera da circulação, por exemplo, compromete-se por uma distribuição cada vez mais desbalanceada, pois é evidente que aqueles que trabalham, quando perdem seus empregos, deixam de ter renda, não podendo comprar no mercado e consumir os mesmos produtos que estão sendo fabricados automaticamente, em grande quantidade. A questão complica-se conforme a população aumenta. Há um antagonismo, uma contraposição de propósitos, pois o sistema é contraditório em suas próprias

7 O Desenvolvimento Sustentável, o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental

Diante do crescimento dos problemas ambientais mundiais e dos conhecimentos científicos sobre suas possíveis conseqüências presentes e futuras, em 19 de setembro de 1983 a Assembléia Geral da Organização das nações Unidas (ONU) através da Resolução 38/161, criou uma comissão especial para elaborar um relatório sobre o meio ambiente que fizesse um diagnóstico sobre os principais problemas ambientais globais previstos para o Século XXI e apontasse estratégias para preveni-los. Foi nomeada para presidir esta comissão, denominada de Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a então Primeira-Ministra da Noruega Gro Harlem Brundtland. Em razão deste fato esta comissão passou a ser mais conhecida como Comissão Brundtland.

Esta comissão realizou inúmeras audiências públicas nos 5 continentes com a participação nelas da comunidade científica elaborando com base nas informações e análises coletadas nestas audiências o Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, mais comumente denominado de Relatório Brundtland. A este relatório foi dado o título "Nosso Futuro em Comum". Em 16 de junho de 1987, este relatório foi transmitido para a Assembléia Geral da ONU através da Resolução A/43/427 de a de agosto de 1987 com o texto do relatório completo em anexo.

O Relatório Brundtland apontou como estratégia para prevenir ou minimizar os problemas ambientais futuros a adoção pelos países de

---

entranhas. As dificuldades são tão grandes que, de alguma forma, a organização da estrutura social e até da estrutura produtiva deverão ser alteradas, dando lugar a novas formas distributivas das riquezas produzidas" (In: O Direito Ambiental na Atualidade – Estudos em Homenagem a Guilherme José Purvin de Figueiredo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Pág. 3).

um desenvolvimento sustentável onde as necessidades da geração atual seriam atendidas sem comprometer os recursos naturais e preservação ambiental necessários para a sobrevivência das gerações futuras sem impor limitações absolutas apenas aquelas decorrentes da tecnologia disponível no momento[38]. Assim, a sua premissa é a de que a ciência poderia desenvolver novas tecnologias que permitissem conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental.

Além disso, afirmando que a pobreza não é mais inevitável (como se antes fosse) o relatório define que para existir um desenvolvimento sustentável é necessário que todos tenham suas necessidades atendidas e que se estender a todos a oportunidade de atingir suas aspirações por uma vida melhor afirmando que um "mundo onde a pobreza é endêmica estará sempre inclinado a ter catástrofes ecológicas e outras"[39]. Contudo, o que sejam estas aspirações ou o conceito de uma vida melhor não são explicitados neste documento.

Portanto, o desenvolvimento sustentável se constitui em 3 bases: o desenvolvimento econômico, o desenvolvimento social com diminuição da pobreza e a preservação ambiental.

O desenvolvimento econômico tem bases jurídicas vastas. A principal é o direito de propriedade material, consagrado inclusive como direito humano pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU adotada em 1948, e demais normas do Direito Civil, Econômico e Empresarial que tutelam as atividades econômicas.

O desenvolvimento social tem por principal base o Direito do Trabalho que procura (ou ao menos deve) proteger o trabalhador na

---

38 UNITED NATIONS ORGANIZATION. General Assembly. Resolution A/43/427, 1987, p.24.

39 No original: "world in which poverty is endemic will always be prone to ecological and other catastrophes". Idem, p.24/25.

relação desigual com o empregador procurando com isso garantir ao máximo uma vida digna à ele. Sua aplicação resulta em divisão de renda na sociedade pois tende a aumentar a renda do trabalhador com conseqüente diminuição do lucro do empregador, pessoa física ou empresa.

Finalmente, a proteção do meio ambiente é conferida principalmente pelo Direito Ambiental. É fácil notar que existe um conflito entre a lógica essencial do capitalismo constituída pela necessidade de acumulação de capital pelo lucro e o estabelecimento do desenvolvimento social e a proteção ambiental a medida que menores remunerações pagas ao trabalhador resultam em lucros maiores assim como a maior utilização dos recursos naturais os quais tem importante papel na manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado variando este papel conforme o tipo de recurso natural considerado.

O conflito entre a busca de lucro pelas empresas no atual sistema capitalista e o desenvolvimento social é tão grande que mesmo após mais de um século de libertação dos escravos no Brasil e mais de 3 décadas após divulgação pela ONU do Relatório Brundtland e aparente compromisso de implementação pelas nações do desenvolvimento sustentável, coroado pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 no Rio de Janeiro (ECO-92) se encontra ainda em muitos países, como o Brasil, seres humanos em condições de trabalho escravo.

Para termos uma noção, a Comissão Pastoral da Terra em levantamento sobre o trabalho escravo em nosso país apontou que somente em 2009 foram encontrados 4.274 trabalhadores em condições análogas à escravidão, sendo que destes 1.582 (37%) foram libertados na Região Sudeste, geralmente apontada como a mais "desenvolvida" econômica e socialmente do Brasil, tendo o Rio de Janeiro 715

(16,7%) registros[40]. A maioria em grandes propriedades rurais de pessoas físicas e empresas pertencentes a agroindústria. Sem falar nas constantes tentativas de se diminuir ("flexibilizar") a proteção legal aos trabalhadores.

Do mesmo modo, esta busca de lucro conflita com a legislação ambiental existente resultando em no descumprimento sistemático da mesma resultando em sua pouca efetividade ocorrendo o mesmo no plano internacional com a falta de efetividade dos grandes acordos internacionais em meio ambiente notada mente a Convenção sobre a Diversidade Biológica e a Convenção sobre a Mudança do Clima, ambas adotadas na ECO-92, sendo emblemático neste caso que os países sistematicamente não atingiram as metas a que voluntariamente se propuseram através do Protocolo de Quioto, aberto para assinaturas em 1998 e em força desde 16 de fevereiro de 2005. Deve-se destacar que o maior emissor mundial de gases de efeito estufa, os EUA assinaram este protocolo somente em 1998 sendo juntamente com a pobre Somália os únicos países dos 190 que são partes neste acordo, além dos países da União Européia, a não terem ainda ratificado ele[41].

Em relação à efetividade da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) que tem por objetivo a proteção da biodiversidade o quadro é igualmente desanimador. As florestas são complexos ecológicos imprescindíveis para o futuro da Humanidade e da vida no planeta por

---

40 Disponível em: <http://www.ecodebate.com.br/2010/02/26/trabalho-escravo--comissao-pastoral-da-terra-cpt-alerta-para-denuncias-nao-fiscalizadas-na-regiao-norte/>. Acesso em: 07/08/2010. Mais dados sobre o trabalho escravo no Brasil podem ser encontrados no site da Campanha de Combate e Erradicação do Trabalho Escravo da Comissão Pastoral da Terra no site http://www.cptnacional.org.br/index.php/campanhas/30-campanha-de-combate-ao-trabalho-escravo.

41 Cf. Secretariado da Convenção das Nações Unidas sobre a Mudança de Clima. Disponível em: <http://unfccc.int/kyoto_protocol/status_of_ratification/items/2613.php>. Acesso em: 07/08/2010.

protegerem o solo e modularem o fluxo hidrológico preservando assim os recursos hídricos que são essenciais para a sobrevivência humana e mesmo para a atividade agrícola e industrial do sistema capitalista. Abrigam dois terços (2/3) de todas as espécies terrestres conhecidas tendo ainda papel fundamental na manutenção do clima local e global [42].

A organização internacional GREEN PEACE, baseada em estudos científicos, estima que 10% da perda total de florestas no mundo ocorrida desde o surgimento da civilização, ou seja durante aproximadamente 5 mil anos, ocorreram nos últimos 20 anos (1990-2010). Para termos uma noção da perda a área de florestas destruídas é somente um pouco menor que a área da Groelândia[43], o 13º maior pais do mundo com uma área de 2.166.086 km^2. Mais de 25% da área do Brasil que possui 8.514.877 km^2.

Se considerarmos que este importante acordo internacional para o desenvolvimento sustentável foi aberto para assinaturas em 5 de junho de 1992 e entrou em força em 4 de junho de 1993, sendo que dos 192 países integrantes da ONU somente os EUA e Andorra na Europa não a ratificaram não tendo nem sequer assinado ela, podemos facilmente deduzir que a maior parte dos 10% de desmatamento total de florestas do mundo nos 5 mil anos de história da civilização, ocorreram após a entrada em vigor da CDB. Logo, este acordo não está demonstrando atingir seus objetivos e ter efetividade significativa.

Se considerarmos a vertente desenvolvimento social do desenvolvimento sustentável, a situação não está melhor. O Atlas da Desigual-

---

42 MAGALHÃES, Vladimir Garcia. O Acesso aos Recursos Genéticos das Florestas. IN: TELES DA SILVA, S.; CUREAU, S. E LEUZINGER, M.. Código Florestal: Desafios e Perspectivas. São Paulo: Fiúza, 2010, p. 466.

43 Disponível em:< http://www.greenpeace.org/international/campaigns/forests/forest-for-climate-petition/>. Acesso em: 7/08/2010.

dade Global da Universidade da Califórnia aponta é a pior na história da humanidade[44]. Do mesmo modo, pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em parceria com a Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL)[45] da ONU apontam que no período de 1970-1999, portanto abrangendo um período de 12 anos do Relatório Brundtland e 7 anos da ECO-92, aumentaram tanto a desigualdade de renda entre os países quanto dentro dos países assim como o número absoluto de pobres apesar da renda global *per capita* ter aumentado 38% neste mesmo período[46].

Em 2007, o Relatório sobre a Situação Social Mundial do Departamento para Assuntos Sociais e Econômicos da ONU apontou que a taxa de desemprego mundial cresceu de 6,0% em 1996 para 6,3% em 2006. Isto significa que o número de desempregado no mundo todo aumentou de 161,4 milhões em 1996 para 195 milhões de pessoas em 2006 aumentando também neste período a pobreza global[47].

Isto leva a concluir que apesar do comprometimento formal dos países com o desenvolvimento sustentável, ele não está ocorrendo em escala mundial.

Para diversos autores, como MÉSVAROS, existe um antagonismo entre o capital e natureza e o desenvolvimento social pois os seres humanos e Natureza acabam por se submeter à lógica do capitalismo

---

44 Disponível em: <http://ucatlas.ucsc.edu/income.php>. Acesso em: 07/08/2010.

45 Em inglês Economic Commission for Latin America (ECLA)

46 DIKHANOV, Yuri e WARD, Michael. Evolution of The Global Distribution of Income in 1970-99. 2001. Disponível em: <http://www.eclac.cl/povertystatistcs/documentos/dikhanov.pdf>. Acesso em: 7/08/2010.

47 Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/rwss/2007.html>. Acesso em: 7/08/2010.

orientada inexoravelmente para a acumulação e expansão de capital sem levar em conta as conseqüências sociais e para o meio ambiente[48].

Por isto é factível supor que existe um grande conflito entre o sistema capitalista em si e o desenvolvimento sustentável como demonstra a evolução mundial da preservação ambiental e do desenvolvimento social com a continuidade ou mesmo aumento da destruição ambiental e da desigualdade social com aumento do desemprego e da pobreza apesar do aumento de produção da riqueza inclusive pelo uso dos recursos naturais que colaboraram para a maior parte desta destruição ambiental. Especialmente a expansão das fronteiras agrícolas no pouco de áreas de florestas que sobram no mundo como a região de cerrado do centro-oeste do Brasil e a região de floresta amazônica na sua região norte[49].

Esta fraca efetividade dos tratados internacionais e legislações ambientais nacionais revela falta de vontade política dos países capitalistas em aplicar as suas legislações ambientais ou mesmo editá-las quando inexistentes.

É emblemática a atual situação do Código Florestal do Brasil onde o setor do agronegócio está tentando, com grandes chances de êxito, diminuir a proteção às florestas e demais formas de vegetação prevista neste diploma legal. É a materialização política da contradição entre o capitalismo na sua vertente da agroindústria e da preservação am-

---

48 MÉSVAROS, Istvan. Para Além do Capital Rumo a uma Teoria da Transição. Campinas: Ed. UNICAMP, 2002, p. 100.

49 Para maiores detalhes sobre a destruição das florestas no Brasil e sua relação com a agricultura consultar MAGALHÃES, Vladimir Garcia. A Reserva Legal. Tese de Mestrado. Faculdade de Direito ao Paulo, 2001, p.24/34. Para maiores detalhes sobre a destruição das florestas mundiais e dos biomas brasileiros assim como sobre a riqueza de biodiversidade dos mesmos consultar do mesmo autor a obra Acesso aos Recursos Genéticos e a Proteção das Florestas in Código Florestal: Desafios e Perspectivas, p. 466/480.

biental. Considerando-se que esta lei vem tendo pouca efetividade desde sua edição em 1965 pode-se concluir que a lógica do lucro do capitalismo prevaleceu sobre a lógica da sobrevivência humana com dignidade para a qual a preservação ambiental é imprescindível.

8 Conclusão

Retomando a já mencionada assertiva de Marx, no sentido de que, se "certas pessoas têm o monopólio de dispor de determinadas porções do globo terrestre como esferas privativas de sua vontade particular, com exclusão de todas as demais vontades", considerando que estas pessoas fixam o capital à terra, em caráter mais ou menos transitório (com a utilização de fertilizantes e agrotóxicos, abertura de canais de drenagem, obras de irrigação, terraplenagem etc.)[50], então o Direito Ambiental, direito tutelar por excelência, incomodará o poder econômico, pois pretende estabelece limites para essa *vontade particular* ao lembrar que o planeta é um patrimônio comum e que o meio ambiente é essencial à sadia qualidade de vida da humanidade. O Direito Ambiental contraria essa vontade particular, que se pretende incontrastável, em razão de seu caráter didático.

Mas, como já dissemos em outra oportunidade, a segunda lei da termodinâmica ("a energia que se pode converter em trabalho tende continuamente a diminuir") demonstra que a entropia do universo tende a um equilíbrio termodinâmico, negando assim a possibilidade de permanente reciclagem dos bens ambientais. Ora, se o Direito Ambiental cuida de comportamentos que, na sociedade capitalista, resistem vigorosamente a toda tentativa de normatização e se proprietário

---

50 MARX, Karl. O Capital. Livro Terceiro – O Processo Global de Produção Capitalista. Volume 6. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 824 /828.

dos bens de produção (e até mesmo o de bens de consumo) recusa-se, em regra, a adotar um modelo de desenvolvimento sustentável, justamente num momento em que o crescimento brusco e vertiginoso da entropia no planeta sequer permite o atendimento das necessidades decorrentes dos padrões de consumo nas presentes gerações, concluímos que estamos diante de uma grave contradição entre natureza e a economia capitalista[51].

"As forças do capital", ensina Alaôr Caffé Alves, "são muito mais fortes do que os bons desejos dos indivíduos ou dos grupos, ainda que pertencentes à elite governante. Por exemplo, é indiscutível que precisamos de energia para sobreviver. Se precisamos de energia e não a temos à mão, vamos buscá-la em algum lugar – quando alguém precisa de alimento, dependendo da situação, vira uma fera para adquiri-lo. E se vamos buscar energia com muito empenho é porque ela é necessária para nossa sobrevivência. O país mais forte do mundo não prescinde da energia que, por fatalidade natural, não possui em seu território. É preciso de algum modo tê-la para dar continuidade, com segurança e certeza, à reprodução da vida material da respectiva sociedade. E se aqueles outros povos, detentores dos recursos naturais destinados exatamente a prover essa energia, não concordam em fornecê-la com total segurança e a preços módicos, então é preciso levar a guerra a esses povos, para poder justamente obter a energia necessária à reprodução de sua vida material"[52].

A expansão do capitalismo e o implacável processo de apropriação completa da natureza nos conduzem rapidamente aos limites físicos

---

51 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. A Propriedade no Direito Ambiental. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

52 ALVES, Alaôr Caffé. "As raízes sociais da filosofia do direito – uma visão crítica". In ALVES, Alaôr Caffé et al. O que é a filosofia do direito?. Barueri – SP: Manole, 2004. Pág. 86.

da capacidade de regeneração do planeta: a teoria do desenvolvimento sustentável como método para a expansão permanente do capitalismo sem os riscos de esgotamento da biodiversidade e dos recursos naturais revela-se, assim, uma falácia que em muito lembra à ilusão da social-democracia como alternativa para a cessação das desigualdades sócio-econômicas.

Os dois temas, trabalho e meio ambiente, assim, novamente se entrelaçam, demonstrando a inviabilidade do modelo capitalista que, por definição, promove a espoliação dos meios de sobrevivência econômica do trabalhador, o esgotamento da biodiversidade e o envenenamento do ar, da água e do solo.

Diante de tudo exposto, se torna factível imaginar se algum dia será realmente possível de fato se implementar o desenvolvimento sustentável no mundo capitalista todo pois para isto seria necessário se manter e mesmo aumentar a proteção concedida aos trabalhadores pelo Direito do Trabalho e ao meio ambiente pelo Direito Ambiental o limita a expansão e acumulação de capital que é a essência do sistema capitalista. Consequentemente, surge a questão se não seria necessária a mudança deste sistema econômico para outro cuja lógica seja o da preservação da vida e dignidade humana assim como do meio ambiental ecologicamente equilibrado sem o qual o primeiro não pode se sustentar.

O capitalismo, a exemplo das famosas "correntes da fortuna", contém em si o gérmen de sua própria auto-destruição. Com o agravante de que essa auto-destruição é, simultaneamente, a destruição da vida em nosso planeta. Se é assim, pode-se dizer que o Direito Ambiental e o Direito do Trabalho funcionam como verdadeiros "anticorpos" no organismo capitalista.

Referências

ALVES, Alaôr Caffé. "A Normatividade e a Estrutura Social como Dimensões Históricas". In: Direito, Sociedade e Economia: leituras marxistas. Barueri, SP: Manole, 2005. ALVES, Alaôr Caffé et al.

_____. "As raízes sociais da filosofia do direito – uma visão crítica". In ALVES, Alaôr Caffé et al. O que é a filosofia do direito?. Barueri – SP: Manole, 2004. Pág. 86.

_____. ""Desafio do Século XXI: Estrutura Econômico-Social, Questão Metropolitana e Meio Ambiente Urbano-Regional". In: O Direito Ambiental na Atualidade – Estudos em Homenagem a Guilherme José Purvin de Figueiredo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ALVES, Alôr Caffé. O Meio Ambiente e seu Controle: Riqueza e Miséria das Inovações Tecnológicas e a Necessidade de Transformação Sócio-Econômica da Sociedade Mercantil. Revista de Direitos Difusos, São Paulo, v.8, n43, jul/set, 2007.

DIKHANOV, Yuri e WARD, Michael. Evolution of The Global Distribution of Income in 1970-99. 2001. Disponível em: <http://www.eclac.cl/povertystatistcs/documentos/dikhanov.pdf>. Acesso em: 7/08/2010.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Direito Ambiental e a Saúde dos Trabalhadores. 2ª Ed. São Paulo: LTR, 2007.

_____. "A Propriedade no Direito Ambiental. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAGALHÃES, Vladimir Garcia. A Reserva Legal. Tese de Mestrado. Faculdade de Direito ao Paulo, 2001, p.24/34. Para maiores detalhes sobre a destruição das florestas mundiais e dos biomas brasileiros assim como sobre a riqueza de biodiversidade dos mesmos consultar do mesmo autor a obra Acesso aos Recursos Genéticos e a Proteção das Florestas *in* Código Florestal: Desafios e Perspectivas, p.466/480.

_____. "Competência Concorrente em Matéria Ambiental. Revista Brasileira de Direito Ambiental, n.2, 2003.

_____. "O Acesso aos Recursos Genéticos das Florestas. IN: TELES DA SILVA, S.; CUREAU, S. E LEUZINGER, M.. Código Florestal: Desafios e Perspectivas. São Paulo: Fiúza, 2010

MARX, Karl. A Ideologia Alemã. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 72 e 85.

_____. "Miséria da Filosofia. São Paulo: Centauro, 2001. P. 30.

_____. "O Capital. Livro Primeiro – O Processo de Produção do Capital. Volume 1. 27ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010

_____. "O Capital. Livro Terceiro – O Processo Global de Produção Capitalista. Volume 6. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

MÉSVAROS, Istvan. Para Além do Capital Rumo a uma Teoria da Transição. Campinas: Ed. UNICAMP, 2002

MOLINARO, Carlos Alberto. Direito Ambiental – Proibição de Retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 18ª Edição. São Paulo, LTR, 1992.

RENNER, Michael. A Criação de Empregos Sustentáveis nos Países Industrializados. Qualidade de Vida 1992 — Salve o Planeta!, BROWN, Lester R. (org.). São Paulo: Globo, 1992

SCHMIDT, Alfred. El Concepto de Naturaleza en Marx. Madri: Siglo Veintiuno, 1976.

Trabajo, Revista da OIT, ed. n.º 35, jul. 2000.

UNITED NATIONS ORGANIZATION. General Assembly. Resolution A/43/427, 1987

[VOLTA AO SUMÁRIO]

CAPÍTULO 4

Pachukanis e a *teoria geral do direito* e o *marxismo*

Celso Naoto Kashiura Júnior[1]
Márcio Bilharinho Naves[2]

> [...] o advento e a consolidação do modo de produção capitalista, com o fortalecimento e ampliação do processo mercantil, determinaram a necessidade de universalizar os conceitos de "sujeito de direito", "contrato", "negócio mercantil", "propriedade", "força de trabalho", "salário", "liberdade e igualdade jurídicas", "mercadoria", etc. Por isso, na medida em que todos os membros da sociedade passam necessariamente a ser *proprietários*, quer de *bens de produção* que lhes permitem valorizar o capital com a utilização da força alheia, quer de *força de*

1 Professor das Facamp. Doutorando em Filosofia do Direito pela Universidade de São Paulo. Pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência da USP, junto ao grupo de pesquisa "Democracia, Justiça e Direitos Humanos – estudos de teoria crítica". Autor de *Crítica da igualdade jurídica: contribuição ao pensamento jurídico marxista* (Quartier Latin, 2009).

2 Professor do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Autor de *Marx: ciência e revolução* (2ª ed., Quartier Latin, 2008).

> *trabalho* que possam vender em troca de salário para reproduzi-la e fazer subsistir seu suporte na pessoa do produtor direto, *todos passam indistintamente a ser sujeitos de direito*, com capacidade negocial que permite assegurar juridicamente as relações recíprocas entre proprietários individuais autônomos.
>
> (Alaôr Caffé Alves. *Estado e ideologia: aparência e realidade*, p. 330-331).

1 Introdução

O principal livro de Evgeni Pachukanis, *A teoria geral do direito e o marxismo*, logo se tornaria, tanto nos meios jurídicos soviéticos, como alhures, a principal referência marxista no campo da filosofia do direito. Quando ele surge, tinham-se passado apenas sete anos da Revolução de Outubro, e, não obstante os esforços pioneiros, e, por muitos aspectos, importantes, notadamente de Petr Stutchka,[3] a elaboração de uma crítica materialista do direito que partisse dos resultados obtidos por Marx em *O capital* ainda estava por ser feita. Coube a Pachukanis

---

[3] A obra clássica de Stutchka, *Revoliutsionnaia rol' prava i gosudarstva* [O papel revolucionário do direito e do Estado], teve a sua primeira edição publicada em 1921, mas desde 1918 ele já intervinha no campo jurídico. Em português, podem ser consultadas duas traduções distintas desta obra sob o título de *Direito e luta de classes*: uma da editora Centelha, de Coimbra (1976) e a outra da editora Acadêmica, de São Paulo (1978). Em 2001, o Instituto Sundermann, de São Paulo, editou uma coletânea de textos de Stutchka intitulada *Direito de classe e revolução socialista*. Suas obras escolhidas em russo foram publicadas em 1964 com o título: *Izbrannye proizvedeniia po marksistsko-leninskoi teorii prava* [Obras escolhidas de teoria marxista-leninista do direito], e da qual há uma tradução em italiano: Pëtr Stucka, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato e altri scritti*, Turim, Einaudi, 1967. Pode-se consultar ainda, a edição em inglês de um amplo conjunto de seus textos: P.I. Stuchka, *Selected writings on Soviet law and marxism*, Armonk, M.E. Sharpe, 1988. Um importante estudo sobre a concepção jurídica de Stutchka é o de Andris Plotniek, *Petr Stutchka i istoki sovestskoi pravovoi mysli*, 1917-1925 [Petr Stutchka e as origens do pensamento jurídico soviético, 1917-1925], Riga, Latviiskii Gosudarstvennyi Universitet, 1970.

realizar essa tarefa, para a qual estava extraordinariamente habilitado por uma rigorosa leitura da "Introdução de 57", que lhe aparelhou, como a nenhum outro jurista de sua época, para apreender o método empregado por Marx na crítica da economia política, permitindo-lhe, assim, fazer, por sua vez, a crítica das categorias jurídicas fundamentais.[4] Como tantos já notaram,[5] é daí que advém a notável força de demonstração, e a insuperável capacidade analítica que percorrem as páginas dessa pequena obra. O que Pachukanis fez foi uma verdadeira "revolução copernicana" no âmbito do direito, subvertendo completamente o modo de se compreender esse fenômeno, para além de todas as "evidências" e "certezas" consolidadas por séculos de elaboração jurisprudencial. É dele o mérito teórico e histórico de ter buscado, acompanhando as indicações de Marx, especialmente em *O capital*, a natureza íntima do direito no *processo do valor de troca*, portanto, o mérito de ter captado a sua *especificidade burguesa*. A extrema radicalidade teórica e política que decorre desse enunciado basilar, ao implicar na *única crítica consequente ao normativismo* e na *completa interdição de qualquer espécie de "socialismo jurídico"*, até mesmo as que se encobriam sob as enganosas vestes de um direito "popular", "proletário" ou "socialista", elevou Pachukanis ao posto de maior influência no *front* jurídico soviético, mas também foi responsável pelo seu rápido declínio, que culminaria com a sua trágica e prematura morte.

---

4 Cf. Celso Naoto Kashiura Júnior, Dialética e forma jurídica: considerações acerca do método de Pachukanis, in Márcio Bilharinho Naves (org.), *O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis*, Campinas, IFCH/Unicamp, 2009.

5 Cf., por exemplo, Umberto Cerroni, *O pensamento jurídico soviético*, Póvoa de Varzim, Publicações Europa-América, 1976, e Riccardo Guastini, La "teoria generale del diritto" in URSS. Dalla coscienza giuridica rivolu

zionaria alla legalità socialista, in Giovanni Tarello (org.), *Materiali per una storia della cultura giuridica*, v. 1, Bolonha, Il Mulino, 1971.

2 Antecedentes de *A teoria geral do direito e o marxismo*

A elaboração de *A teoria geral do direito e o marxismo* foi precedida por alguns textos que Pachukanis escreveu entre 1921 e 1923: um estudo sobre o jurista francês Maurice Hauriou,[6] uma análise do tribunal popular de Moscou,[7] uma crítica das posições do social-democrata alemão Cunow,[8] e, sobretudo, o comentário sobre Hans Kelsen, no qual Pachukanis antecipa a ideia central que depois desenvolveria amplamente em seu trabalho mais importante. Na verdade, este texto, intitulado "K obzoru literatury po obschei teorii prava i gosudarstvo" [Para o exame da literatura sobre a teoria geral do direito e do Estado],[9] é uma resenha de dois livros de Kelsen publicados naqueles anos: *Das Problem der Souveränität und die Theorie das Völkrechts*, de 1920, e *Der sociologische und juristische Staatsbegriff*, de 1922.[10]

---

6 "Burjuaznyi iurist o prirode gosudarstva" [A natureza do Estado segundo um jurista burguês], in *Krasnaia Nov'*, n° 3, 1921. Pachukanis seria ainda o responsável, em 1929, pela edição russa (juntamente com I. Tcheliapov) e pelo prefácio do livro de Hauriou, *Princípios de direito público*. A respeito da análise que Pachukanis faz do jurista francês, pode-se ver o estudo de Bjork Melkevik: "Pasukanis: une lecture marxiste de Maurice Hauriou", in *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, n° 8, 1989, que, no entanto, considera apenas as referências a Hauriou contidas em *A teoria geral do direito e o marxismo*.

7 "Pervye mesiatsy suschestvovaniia Moskovskogo narodnovo suda" [Os primeiros meses de existência do tribunal popular de Moscou], in *Ejenedel'vik Sovetskoi Iustitsii*, n° 44-45, 1922.

8 "Kunov kak interpretator marksovoi teorii obschestva i gosudartsva" [Cunow como intérprete da teoria marxista da sociedade e do Estado], in *Vestnik Sotsialistchekoi Akademii*, n° 6, 1923.

9 In *Vestnik Sotsialistitcheskoi Akademii*, n° 5, 1923.

10 Sobre a relação entre Kelsen e Pachukanis, cf. Norbert Reich, Hans Kelsen y Evgeni Paschukanis, in Instituto Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho y teoría marxista del derecho*, Bogotá, Temis, 1984, e Moisés Alves Soares, "O antinormativismo em *Teoria geral do direito e o marxismo*: o contraponto entre Pachukanis e Kelsen", in *Captura Crítica*, v. 2, n° 1, 2009.

Nele, Pachukanis questiona o caráter científico da doutrina kelseniana, apontando o quanto ela é "artificial", "paradoxal" e "sem vida", constituindo-se em uma abordagem unilateral e lógico-formal do direito, que leva até às últimas consequências os esforços anteriores do positivismo, até cavar "um abismo lógico entre ser e dever-ser", fechando "ao jurista qualquer passagem do mundo das normas para o mundo da realidade".[11] Analisando as contradições que decorrem da postulação da "norma fundamental", Pachukanis mostra que, em virtude da "compreensão formal do direito" de Kelsen, que o leva a vincular a norma jurídica a essa norma fundamental da qual ela decorre, e considerando, assim, como sendo "indiferente" o conteúdo das normas, ele teria que admitir como "um regime de direito o mais extremado despotismo", que é o que Kelsen efetivamente faz – como mostra o jurista russo – ao admitir a possibilidade da introdução da escravatura como instituto jurídico em um Estado de direito.[12]

Contrapondo-se a essa concepção, Pachukanis demonstra que as construções da jurisprudência dogmática são tão-somente a abstração das "relações reais entre as pessoas, contrapostas umas às outras como produtores de mercadorias".[13] Assim, a doutrina do contrato adquire consistência lógica apenas por ter como seu fundamento o "fato econômico da troca".[14]

---

11 Evgeni Pachukanis, "K obzoru literatury po obschei teorii prava i gosudarstvo", in Evgeni Pachukanis, *Izbrannye proizvedeniia po obschei teoriia prava i gosudarstvo*, Moscou, "Nauka", 1980, p. 231

12 Id., ibid., p. 234.

13 Id., ibid., p. 235.

14 Id., ibid. Pachukanis ainda prossegue: "As categorias imprescindíveis, com a ajuda das quais a jurisprudência apreende essas relações, são os conceitos de sujeito ou pessoa, vontade em sentido jurídico e direito subjetivo, conceitos que são derivados ou exprimem os diferentes aspectos de um mesmo substrato real: o sujeito da economia privada", ibid.

Não conseguindo sustentar a coerência de seu sistema, como afirma Pachukanis, Kelsen acaba por retornar ao direito natural – que ele houvera "tão diligentemente destruído" –, ao reintroduzir "bruscamente" o conceito substantivo de pessoa livre e igual, de tal sorte que a "limpeza metodológica por ele empreendida" perde-se no vazio.[15]

Pachukanis encerra, então, o seu texto com essa passagem que antecipa com perfeição a concepção marxista do direito que depois ele desenvolveria amplamente em *A teoria geral do direito e o marxismo*: "[Grotius] mostrou de forma patente que a chamada 'ideia do direito' nada mais é que a expressão unilateral e abstrata de uma das relações sociais burguesas, a relação entre proprietários independentes e iguais que são o pressuposto 'natural' do ato de troca".[16]

3 Impacto e repercussão de A teoria geral do direito e o marxismo

A redação de *A teoria geral do direito e o marxismo* teria sido precedida de uma exposição de suas teses centrais realizada por Pachukanis na Academia Socialista, conforme nos diz Tanja Walloschke.[17] Publicada em 1923, teve a sua importância imediatamente reconhecida, mesmo sendo apenas uma de muitas outras obras de teoria e filosofia do direito igualmente editadas no mesmo período.[18]

---

15 Id., ibid., p. 236. Cf. a respeito as observações de Aldo Ricci, "Kelsen o la rivincita della volontà", in *Mondoperaio*, n° 5, 1985.

16 Id., ibid.

17 Paschukanis – eine biographischen Notiz, in Eugene Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, Friburgo, ça ira, 2003.

18 Como lembra Robert Sharlet, "apesar de Pachukanis ser um entre 12 autores que publicaram sobre a teoria marxista do Estado e do direito entre 1923 e 1925, sua *Teoria geral do direito e o marxismo* recebeu uma extraordinária recepção crítica nos círculos soviéticos marxistas", Robert Sharlet, *Pashukanis and the commodity*

O livro foi recebido favoravelmente por Stutchka, que era então o principal jurista marxista – tanto por sua obra teórica, como por sua atividade na implementação da legislação revolucionária[19] –, o que contribuiu de modo exponencial para a ampla aceitação dele no meio jurídico soviético. Mesmo afirmando a sua diferença com Pachukanis, que ele diz ser uma "reserva marginal", Stutchka considera *A teoria geral do direito e o marxismo* um "contributo valiosíssimo para a nossa literatura teórica marxista".[20] As sucessivas edições e reimpressões demonstram o interesse na obra: já em 1926 sai a 2ª edição, seguida por uma 3ª em 1927, a qual teve duas reimpressões, em 1928 e em 1929, e uma tradução para o alemão também em 1929.[21] Muito resenhado, o livro foi considerado "um dos melhores trabalhos marxistas sobre o direito", "guia para o futuro desenvolvimento da teoria marxista do direito", "correta aplicação do método do materialismo dialético no campo do direito".[22]

---

exchange theory of law, 1923-1930: a study in soviet marxist legal thought, Universidade de Indiana, 1968, p. 36. Dentre essas obras, pode-se destacar, além do livro já citado de Stutchka (e cuja terceira edição é de 1924): N. Krylenko, *Besedy o prave i gosudarstvo* [Colóquios sobre o direito e o Estado] (1924); Podvolotskii, *Marksistiskaia teoriia prava* [A teoria marxista do direito] (1923); Razumovskii, *Problemy marksistskoi teorii prava* [Problemas de teoria marxista do direito] (1925); Reisner, *Pravo, nache pravo, tchujoe pravo, obschee pravo* [O direito, o nosso direito, o direito dos outros, o direito em geral] (1925). Cf., para mais detalhes, Robert Sharlet, cit., p. 36.

19 Stutchka foi o autor do decreto que organizou a justiça soviética e o primeiro Comissário do Povo da Justiça.

20 Petr Stücka, *Direito e luta de classes*, Coimbra, Centelha, 1976, p. 25. Ele diria, ainda, no verbete "Sovietskoe pravo" [Direito soviético], para a *Entsiklopediia gosudarstvo i prava*: "Durante esses anos nós progredimos muito na teoria do direito. Agora nós temos [...] uma compreensão marxista revolucionária da essência do direito burguês no livro do camarada Pachukanis, *A teoria geral do direito e o marxismo*", apud R. Sharlet, cit., p. 46-47.

21 Cf., a propósito, R. Sharlet, cit., p. 42-44.

22 Apud R. Sharlet, cit., p. 44-51.

A rápida difusão e a grande influência que tiveram as teses sustentadas em *A teoria geral do direito e o marxismo* levaram à constituição de uma rede de pesquisa em vários ramos do direito, inspirados, em diversos graus de aproximação, no método e na linha teórica desse trabalho. No domínio da teoria do direito, destaca-se M. Rezunov, autor do livro editado por Pachukanis, *O marxismo e a escola psicológica do direito*, de 1931;[23] no domínio do direito penal, aparecem N. Krylenko, A. Estrin e especialmente, I. Starosel'skii; em direito civil, aparece L. Gintsburg; na área do direito constitucional e administrativo, os mais representativos são N. Tcheliapov e Rezunov; e no campo da história do direito, os já citados Starosel'skii, autor de um importante estudo sobre o terror jacobino, prefaciado por Pachukanis,[24] e editado por este e por Tcheliapov.[25]

Com a consolidação do stalinismo, *A teoria geral do direito e o marxismo* é proibida, e passa a sofrer violentos ataques, sobretudo de Vichinsky, que assume a liderança do campo jurídico na União Soviética com uma concepção normativista do direito. O próprio Pachukanis é forçado a aceitar a nova orientação teórica agora dominante e a abjurar o seu livro, que cai no esquecimento por um longo período, que nem o fim do stalinismo nos anos 50 viria interromper. Apesar de Pachukanis ter sido "reabilitado", em 1956, o seu livro só seria republicado

---

23 *Marksizm i psikhologitcheskaia schola prava*, Moscou, Kommunistitcheskoi Akademii, 1930.

24 Ia. Starosel'skii, *Problema iakobinskoi diktatury* [O problema da ditadura jacobina], Moscou, Kommunistitcheskoi Akademii, 1930.

25 Uma relação mais ampla de autores pode ser vista no trabalho já citado de Sharlet, que, no entanto, deve ser vista com certa reserva, devido aos critérios muito flexíveis adotados por ele e que o levam a identificar em uma mesma "escola" influências tão diversas como as de Pachukanis e de Stutchka. Merece menção, por isso, a tentativa de A. Stal'gevitch de operar uma síntese das posições de Stutchka e de Pachukanis em seu trabalho *Puti razvitiia sovetskoi pravovoi mysli* [As vias do desenvolvimento do pensamento jurídico soviético], Moscou, Kommunistitcheskoi Akademii, 1928.

em 1980, em uma coletânea de trabalhos intitulada *Izbrannye proizvedeniia po obschei teoriia prava i gosudarstvo* [Obras escolhidas de teoria geral do direito e do Estado].

No exterior, além da edição alemã já citada, e que teve várias reedições, o livro foi traduzido para o inglês, em três diversas traduções e uma reedição, para o espanhol, com três edições, para o japonês, para o turco, para o sérvio, e para o italiano (duas edições), entre outras. Em português, foi editado em Portugal pela editora Centelha, de Coimbra, em 1977, e, no Brasil, pelas editoras Acadêmica (1988) e Renovar (1989).

Por que as reflexões de Pachukanis tiveram essa notável penetração? Como já observamos, isso decorreu, antes de mais nada, da apropriação por Pachukanis do método de Marx, que lhe permitiu estabelecer os vínculos necessários entre a forma do direito e a forma da mercadoria, produzindo assim o conhecimento objetivo da mediação jurídica. Assim, ao contrário de tantos juristas marxistas, inclusive de Stutchka, ele pôde responder à questão do por quê uma certa relação social precisa se manifestar como direito, e não de outro modo qualquer, como a política ou a religião, isto é, ele pôde compreender que é na *forma* que repousa o segredo mais íntimo do fenômeno jurídico. Consequentemente, elaborando o conceito de forma-sujeito, Pachukanis dá conta do mecanismo de funcionamento do direito no processo do capital, ao mesmo tempo em que demonstra, em contrapartida, a necessidade de seu perecimento em uma sociedade sem classes.

4 Método e idéias centrais de A teoria geral do direito e o marxismo

O que se destaca de imediato em *A teoria geral do direito e o marxismo* é o rigoroso desenvolvimento que Pachukanis promove, no campo jurídico, das indicações metodológicas legadas por Marx – sobretudo, como já mencionado, na "Introdução à crítica da economia política"

de 1857. Sua concepção ultrapassa, não por acaso, a mera sistematização derivada daquilo que, de modo esparso e pouco aprofundado, Marx escreveu especificamente sobre o direito, colocando-se verdadeiramente à altura das obras primordiais de Marx: a análise da economia política por Marx em *O capital* e a análise do direito por Pachukanis em sua mais destacada obra têm os mesmos moldes e, por isso, a mesma contundência na apreensão do núcleo real da sociedade burguesa.

Nesse sentido, a abordagem de Pachukanis é precisa porque busca, na exata trilha proposta por Marx, compreender o direito não apenas pelo seu conteúdo, mas antes pela sua forma.[26] Não basta a Pachukanis, portanto, a análise materialista e histórica do direito como conteúdo, ou seja, não basta denunciar a historicidade e o caráter de classe das determinações jurídicas. Tal como Marx procedeu no campo da economia política, importa, para uma teoria marxista do direito, acima de tudo, demonstrar a historicidade do direito como forma, apontando a vinculação da forma jurídica a uma formação social historicamente determinada.[27]

---

26 A esse respeito, Márcio Bilharinho Naves afirma: "Podemos dizer que a concepção de Pachukanis corresponde inteiramente às reflexões que Marx desenvolve, sobretudo nos *Grundrisse* e em *O capital*, a propósito do *lugar central que ocupa a análise da forma* para compreender as relações sociais capitalistas." *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*, São Paulo, Boitempo, 2000, p. 48.

27 "Porém, não resta dúvida de que a teoria marxista não deve apenas examinar o conteúdo material da regulamentação jurídica nas diferentes épocas históricas, mas dar também uma explicação materialista sobre a regulamentação jurídica como forma histórica determinada. Se se recusa analisar os conceitos jurídicos fundamentais, apenas se consegue uma teoria que explica a origem da regulamentação jurídica a partir das necessidades materiais da sociedade e, conseqüentemente, do fato de as normas jurídicas corresponderem aos interesses materiais de uma ou outra classe social. Contudo, fica em suspenso a análise da regulamentação jurídica propriamente dita, enquanto forma, não obstante a riqueza do conteúdo histórico por nós introduzida neste conceito." E. Pachukanis, *Teoria geral do direito e marxismo*, São Paulo, Acadêmica, 1988, p. 21.

Pachukanis rejeita, assim, o entendimento dominante – ao seu tempo e ainda hoje – segundo o qual a forma do direito é a de um conjunto de normas, um ordenamento coercitivo externo. Uma tal forma seria apta a recobrir quaisquer determinações, relativas aos tempos históricos mais diversos, relativas inclusive a uma sociedade posterior à capitalista, de modo que toda a historicidade do direito estaria reduzida ao seu conteúdo. A forma jurídica propriamente dita restaria alheia à história, invariável em todos os tempos e todos os lugares, o que torna impossível encontrar na forma do ordenamento coercitivo externo o que há de específico no direito. Esta forma pode, afinal, ser encontrada indiferentemente em vários domínios da vida social e pode surgir quer numa sociedade de escravos, quer numa sociedade de trabalhadores assalariados. A partir dela, por conseguinte, não se pode responder, por exemplo, a esta questão crucial: por que a relação que envolve o escravo e o seu senhor não exige mediação jurídica e, ao inverso, a relação entre o trabalhador assalariado e o capitalista não pode dar-se senão juridicamente?

A resposta definitiva é apresentada por Pachukanis precisamente ao analisar o direito pela sua forma e, sobretudo, por encontrar a raiz da forma jurídica na realidade social concreta. Pois tal forma não está adstrita à norma, ao *dever-ser* apartado do ser. A norma jurídica não é mais do que um momento derivado, uma expressão posterior da forma jurídica que já se encontra estabelecida independentemente de qualquer norma.[28] Por outro lado, a forma jurídica também não resta indeterminada, identificada com as relações sociais em geral, como pretendera Stutchka. Pachukanis demonstra que há uma relação so-

[28] "Conclui-se então que, para analisar as definições fundamentais do direito, não seja preciso partir do conceito de lei e utilizá-lo como fio condutor já que o próprio conceito de lei, enquanto decreto do poder político, pertence a um estágio de desenvolvimento onde a divisão da sociedade em esferas civil e política já está concluída e consolidada e onde, por conseguinte, já estão realizados os momentos fundamentais da forma jurídica." Id., ibid., p. 12.

cial específica que se exprime juridicamente, ou seja, a forma jurídica é determinada imediatamente por esta relação social e não outra – a relação de troca de mercadorias.

Se, de um lado, como Marx mostrou em *O capital*, esta relação se dá entre coisas dotadas de valor que se equivalem qualitativamente sob a forma de mercadorias, é necessário que, do outro lado, ela se apresente como uma relação entre os portadores de tais mercadorias, seres dotados de vontade que se equivalem qualitativamente sob a forma de sujeitos de direito.[29] O outro lado da redução de todos os produtos do trabalho a mercadorias é necessariamente – já que, como o próprio Marx bem apontou, as mercadorias não podem trocar-se por si mesmas – a redução de todos os homens a sujeitos de direito, portadores de mercadorias que se reconhecem reciprocamente como tais e, consequentemente, iguais um ao outro e livres um do outro.

É o próprio desenvolvimento da economia mercantil que determina a constituição do sujeito de direito numa forma social generalizada. O sujeito de direito surge, então, sob o imperativo da forma mercantil, como o "outro lado" da equivalência das mercadorias fundada no

---

29 "As mercadorias não podem por si mesmas ir ao mercado e se trocar. Devemos, portanto, voltar a vista para seus guardiões, os possuidores de mercadorias. As mercadorias são coisas e, conseqüentemente, não opõem resistência ao homem. Se elas não se submetem a ele de boa vontade, ele pode usar de violência, em outras palavras, tomá-las. Para que essas coisas se refiram umas às outras como mercadorias, é necessário que os seus guardiões se relacionem entre si como pessoas, cuja vontade reside nessas coisas, de tal modo que um, somente de acordo com a vontade do outro, portanto cada um apenas mediante um ato de vontade comum a ambos, se aproprie da mercadoria alheia enquanto aliena a própria. Eles devem, portanto, reconhecer-se reciprocamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, desenvolvida legalmente ou não, é uma relação de vontade, em que se reflete a relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou de vontade é dada pela relação econômica mesma. As pessoas aqui só existem, reciprocamente, como representantes de mercadorias e, por isso, como possuidores de mercadorias." K. Marx, *O capital: crítica da economia política*, v. 1, São Paulo, Abril Cultural, 1983, p. 79.

valor. E isto porque o processo do valor de troca, embora centrado na forma mercantil, não pode realizar-se sem a subjetividade jurídica, isto é, sem os agentes da troca, os "guardiões das mercadorias", que efetivamente realizam o intercâmbio de mercadorias na esfera da circulação. Na relação de troca, portanto, "convergem os momentos essenciais tanto da economia política como do direito",[30] de vez que nela se manifestam com a máxima pureza as formas da mercadoria e a de seu portador, o sujeito de direito.

O sujeito de direito deve figurar, portanto, como Pachukanis bem constata, como uma categoria elementar. Seguindo a diretriz de Marx segundo a qual a totalidade não deve constituir o ponto de partida da teoria, mas, ao inverso, o seu ponto de chegada, Pachukanis descobre que a sua elaboração teórica deve partir do sujeito de direito. Em função do seu posto na estrutura interna da sociedade capitalista, observada esta de um ponto de vista jurídico, o sujeito de direito é categoria-chave que não exige a mediação de nenhuma outra para ser explicada e, ao mesmo tempo, medeia a explicação de todas as demais. O seu posto na estrutura lógica da crítica do direito deve ser, então, o mesmo ocupado pela mercadoria na estrutura lógica da crítica da economia política de Marx. Assim, se Marx busca reconstruir teoricamente a economia capitalista como totalidade a partir da mercadoria, num movimento que ascende da abstração desta categoria primeira ao concreto, visando precisamente encontrar, ao fim, a totalidade na plena riqueza de suas determinações internas (totalidade concreta), Pachukanis propõe algo semelhante no campo jurídico, partindo então da categoria sujeito de direito.

Partir, ao inverso, do direito como conjunto de normas seria o mesmo que partir de uma totalidade abstrata, avançando daí por diante "às apalpadelas" frente a "uma imagem difusa e indiferenciada", isto

---

30 E. Pachukanis, cit., p. 79.

é, vazia do todo.[31] Entretanto, uma análise que se encaminha desde a categoria mais simples poderá encontrar, ao final, pelo processo da síntese, a totalidade concreta. Assim, para reconstruir o direito, na teoria, como totalidade concreta, Pachukanis toma como início da exposição aquela que descobre ser a categoria mais elementar, o sujeito de direito. Será então possível a Pachukanis, pela mediação desta categoria elementar, avançar dialeticamente para as categorias mais complexas – ou, como efetivamente realiza em sua mais importante obra, explicar, pela mediação do sujeito de direito, a relação jurídica e o Estado.

Na relação jurídica, isto é, na relação entre sujeitos de direito, Pachukanis pode encontrar a forma jurídica em movimento, o aspecto vivo e real do direito. Exatamente ao inverso do que propõe a teoria jurídica tradicional, Pachukanis demonstra que não é necessário que uma norma incida sobre uma relação social para que esta adquira juridicidade: relações outras que não a troca mercantil propriamente dita podem apresentar-se juridicamente na medida em que assumem a forma subjetiva da relação de troca, ou seja, assumem a forma de relação entre sujeitos de direito. A incidência normativa não pode, por si só, estabelecer a juridicidade de relação social alguma. A própria norma jurídica figura, portanto, em segundo plano, como uma expressão plasmada e sem vida de uma relação jurídica que lhe é anterior ou, no máximo, como projeto de que uma certa relação jurídica venha a se estabelecer na realidade.

---

31 "Quando se caminha da forma mais simples de um *processus* para as suas formas mais concretas, segue-se uma via metodológica mais precisa, mais clara e, por conseguinte, mais correta do que quando se avança às apalpadelas, nada tendo diante de si a não ser a imagem difusa e indiferenciada da totalidade concreta." Id., ibid., p. 31.

Pela mediação das categorias sujeito de direito e relação jurídica, Pachukanis pode então encarar o Estado. Uma vez mais, o entendimento dominante da teoria jurídica tradicional é superado: o Estado não é, pelo monopólio da produção de normas jurídicas, a condição sem a qual do direito. Pelo contrário, Pachukanis mostra que, na sociedade capitalista, o poder político não aparece imediatamente identificado com uma classe, mas como um poder despersonalizado, como um poder público, porque "ao seu lado e independentemente dele"[32] surge a esfera da circulação de mercadorias. A relação de troca de mercadorias, afinal, não admite em seu bojo qualquer violência direta – a realização do valor consubstanciado em cada mercadoria depende da relação de equivalência entre os portadores de mercadorias, portanto depende da manutenção da forma jurídica desta relação. Na medida em que a circulação de mercadorias se amplia, ou seja, na medida em que as relações jurídicas se ampliam, a dominação direta perde terreno. O poder político só pode aparecer então numa forma paralela à esfera da circulação, como um poder indiferente a quaisquer dos sujeitos de direito engajados na troca[33] – esta cisão se expressa politicamente pela oposição entre sociedade civil, o domínio puramente privado das relações mercantis, e Estado, o domínio puramente público do interesse coletivo. O Estado, portanto, pode pôr o ordenamento

---

32 "O domínio de fato assume um pronunciado caráter de direito público desde que, ao lado e independentemente dele, surgem relações que estão ligadas ao ato de troca, isto é, relações privadas por excelência. Na medida em que a autoridade aparece como o fiador destas relações, impõe-se como autoridade social, um poder público que representa o interesse impessoal da ordem." Id., ibid., p. 92-93.

33 Isto não implica que o poder político sob a forma de Estado tenha efetivamente se colocado "acima" ou "fora" do terreno de luta das classes sociais, mas mostra de modo preciso porque o Estado não pode manifestar-se diretamente como poder privado de uma determinada classe social. Pachukanis é explícito a esse respeito, sobretudo ao criticar a posição de Engels em *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*: v. Id., ibid., p. 94 e seguintes.

jurídico apenas quando a forma jurídica mesma já está plenamente desenvolvida na sociedade civil.

No essencial, Pachukanis interrompe aqui o percurso dialético de sua análise. *A teoria geral do direito e o marxismo* tem ainda outros dois capítulos, um sobre direito e moral (no qual Pachukanis aponta as relações entre o sujeito econômico, o sujeito de direito e o sujeito moral burguês) e outro sobre direito penal (no qual Pachukanis mostra o papel central da equivalência mercantil para a determinação das sanções penais). Trata-se, no entanto, de uma obra incompleta.[34]

De todo modo, é preciso ressaltar ainda que, no seu conjunto, a elaboração teórica de Pachukanis conduz a uma conclusão radical quanto ao caráter histórico do direito. A análise nos moldes do método delineado por Marx permite ainda a Pachukanis compreender que a forma jurídica é, ela mesma, histórica, ou seja, o direito não se apresentou como tal, apenas com diferentes conteúdos, em todos os períodos históricos. A forma jurídica mesma tem condições de surgir apenas num contexto determinado, numa formação social determinada. Em *A teoria geral do direito e o marxismo* resta claro que a forma jurídica é uma forma social eminentemente burguesa, isto é, uma forma social que alcança desenvolvimento pleno apenas na sociedade capitalista.

Ora, como Pachukanis bem aponta, "[o] homem torna-se inevitavelmente sujeito jurídico como inevitavelmente transforma o produto

---

34 É o que se pode depreender do prefácio à segunda edição russa, no qual Pachukanis afirma que seu escrito mantém a forma de um "esboço de exposição", desenvolvido originalmente sobretudo para "esclarecimento pessoal". Cf. Id., ibid., p. 7. No mais, o próprio Pachukanis já apontava, neste mesmo prefácio, a necessidade de avançar, a partir da perspectiva que principia pela forma do sujeito de direito, para explicar a superestrutura jurídica da sociedade burguesa em toda a sua complexidade – tarefa que, ainda hoje, é necessário reconhecer, a teoria marxista do direito não realizou integralmente.

natural numa mercadoria dotada das propriedades enigmáticas do valor".[35] É necessário, para que a forma jurídica desenvolva-se por completo, que os produtos do trabalho assumam universalmente a forma de mercadorias – e isto exige que relações de produção específicas tornem-se socialmente preponderantes. Noutras palavras, o desenvolvimento completo da forma jurídica pode ocorrer apenas com a universalização da circulação mercantil, pois é somente aí que o sujeito de direito torna-se universal. A universalidade da forma mercadoria demanda, como já visto, a universalidade da forma sujeito de direito.

A circulação mercantil, por sua vez, pode tornar-se universal apenas por determinação das relações de produção capitalistas. Tais relações de produção determinam a conversão de todos os produtos do trabalho em mercadorias na exata medida em que transformam o próprio trabalho gerador de valor em mercadoria. Isto exige, por outro lado, transformar todos os homens, os portadores de mercadorias, em sujeitos de direito. A forma jurídica é, portanto, determinada imediatamente pela circulação mercantil, mas é determinada mediatamente, em última instância, pelas relações de produção capitalista.

Assim sendo, fora dos "estreitos horizontes" da sociedade capitalista a forma jurídica não pode apresentar-se como tal. Nas formações sociais historicamente anteriores, a forma jurídica não pôde encontrar as condições objetivas necessárias ao seu desenvolvimento, manifestando-se eventualmente de modo parcial ou indiferenciado. Não se pode supor, deste modo, que o direito tenha aparecido em todas as formações sociais, desde as mais remotas até a contemporânea. Por uma análise que parte da forma plenamente desenvolvida, aquela relativa ao capitalismo, como "chave" para compreender as formas

---

35 Id., ibid., p. 33.

anteriores,[36] Pachukanis mostra que a forma jurídica pôde aparecer nas sociedades pré-capitalistas apenas de modo embrionário.[37]

Do mesmo modo, numa sociedade posterior à sociedade burguesa, na qual as relações de produção capitalistas sejam extintas, também a forma jurídica deverá encontrar a sua extinção. Pachukanis constata que assim como as relações de produção capitalistas demandam a forma jurídica, a persistência da forma jurídica é necessariamente a persistência da sociedade capitalista. O socialismo não pode, portanto, ser "construído" juridicamente – pelo contrário, o processo de transição socialista só pode ser o processo de desaparecimento gradual da forma jurídica.

Em especial, Pachukanis levanta aqui uma radical oposição à possibilidade de um direito socialista ou de um direito proletário.[38] "Enquanto a relação entre os produtores individuais e a sociedade continuar mantendo a forma de troca de equivalentes, esta relação manterá

---

36 Pachukanis segue, ainda neste caso, os passos de Marx, que em célebre passagem afirma: "A anatomia do homem é a chave da anatomia do macaco. O que nas espécies inferiores indica uma forma superior não pode, ao contrário, ser compreendido senão quando se conhece a forma superior." K. Marx, Introdução à crítica da economia política, in K. Marx, *Manuscritos econômicos filosóficos e outros textos escolhidos*, 1978, p. 120.

37 "Efetivamente tenho afirmado, e continuo a afirmar, que as relações dos produtores de mercadorias entre si engendram a mais desenvolvida, universal e acabada mediação jurídica, e que, por conseguinte, toda teoria geral do direito e toda jurisprudência 'pura' não são outra cosia senão uma descrição unilateral, que abstrai de todas as outras condições das relações dos homens que aparecem no mercado como proprietários de mercadorias. Mas, uma forma desenvolvida e acabada não exclui formas embrionárias e rudimentares; pelo contrário, pressupõe-nas." E. Pachukanis, cit., p. 13.

38 Não é exagero afirmar que esta defesa radical da extinção do direito no socialismo, com a consequente negação de um "direito socialista", em pleno auge do stalinismo, cuja doutrina oficial propunha o "reforço do direito e do Estado", custou a Pachukanis não menos do que a própria vida. A esse respeito, v. acima nota nº 4.

igualmente a forma do direito"[39] – a partir disso, Pachukanis conclui corretamente que, numa sociedade na qual a forma mercantil e o princípio da equivalência desapareçam, a forma jurídica deverá igualmente desaparecer.

Ora, Pachukanis compreende que a extinção do direito não deve ser instantânea, admitindo que a forma jurídica sobreviva, ainda por algum tempo, ao longo da sociedade de transição. No limite, enquanto a distribuição do produto social der-se com base na equivalência a forma jurídica, como resquício da sociedade burguesa, ainda persistirá.[40] Trata-se, neste caso, de uma forma jurídica cujo "horizonte ilimitado", no entanto, foi suprimido: que subsiste apenas enquanto as relações sociais que fundamentam o direito são suprimidas gradualmente, ou seja, que subsiste apenas na medida em que gradualmente

---

39 E. Pachukanis, cit., p. 27.

40 Situa-se aqui, no entanto, aquela que pode ser apontada como a maior vacilação teórica de Pachukanis em *A teoria geral do direito e o marxismo*. Pachukanis supõe que as relações jurídicas podem ser superadas pela sua substituição por normas de caráter técnico, nas quais estaria resguardada a comunhão de interesses com vistas ao bem comum, sobretudo no que diz respeito à planificação econômica. A esse respeito, leia-se a crítica de Márcio Bilharinho Naves: "O limite da posição teórica de Pachukanis decorre de sua concepção de que o socialismo possa conhecer normas de caráter 'técnico', não afetadas pela luta de classes, 'isoladas' do processo de transformação das relações sociais, normas rigorosamente 'neutras', do ponto de vista de classe, do ponto de vista da luta política e ideológica que as massas travam contra as formas de existência do capital. Tudo se passa como se houvesse um 'espaço' recortado e subtraído à luta de classes, um espaço em que a política, isto é, a luta de classe proletária não penetra, o que é justamente a representação que a burguesia faz da política, interditando o espaço da produção à luta de classe proletária. Não por acaso, Pachukanis compreende essa esfera técnica como a realização de relações não-fetichizadas, como um espaço de racionalidade, construindo uma oposição que opera inteiramente dentro de um dispositivo teórico especulativo, no qual as figuras idealizadas das relações sociais reais substituem a materialidade dessas mesmas relações." *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*, São Paulo, Boitempo, 2000, p. 121.

desaparece.[41] No entanto, conceber que a forma jurídica possa trasmutar-se em sua natureza, isto é, transformar-se num direito proletário – isto Pachukanis recusa veementemente: "[a] transição para o comunismo evoluído", afinal, não pode dar-se "como uma passagem para novas formas jurídicas mas como aniquilamento da forma jurídica enquanto tal, como uma libertação em face desta herança burguesa destinada a sobreviver à própria burguesia".[42]

5 Conclusões

Por tudo quanto foi exposto, percebe-se que as concepções fundamentais de *A teoria geral do direito e o marxismo* começam claramente a ser delineadas por Pachukanis no início da década de 1920. Em textos deste período, Pachukanis adianta em aspectos significativos a crítica ao normativismo jurídico e, mais ainda, a aproximação entre a troca mercantil e a forma jurídica que aparecerão em sua formulação plena mais tarde, no corpo de sua obra primordial.

A análise desenvolvida em *A teoria geral do direito e o marxismo* possibilitará, de modo então inédito, compreender, em termos exatos, a especificidade do direito, a sua historicidade e a sua profunda conexão com a estrutura social correspondente ao modo de produção capitalista. Pachukanis assim complementa, de certo modo, a análise do próprio Marx, na medida em que as suas conclusões acerca da subjetividade jurídica permitirão entender o lugar central que, ao lado

41 "Eis por que a forma jurídica como tal não contém, em nosso período de transição, essas inúmeras possibilidades que se lhe ofereciam nos primórdios da sociedade burguesa capitalista. Ao contrário, não é senão temporariamente que ela nos encerra no seu horizonte limitado, e sua existência não tem outra função sque esgotar-se definitivamente." E. Pachukanis, cit., p. 89.

42 Id., ibid., p. 28.

da forma mercadoria, ocupa a forma sujeito no interior da sociedade burguesa.

Com efeito, a partir de Pachukanis é possível compreender que o movimento pelo qual o homem é alçado, pela circulação mercantil, à condição de sujeito de direito é, ao mesmo tempo, o movimento que torna possível a produção capitalista. Pois o homem alçado a sujeito de direito é alçado assim, ao mesmo tempo, a mercadoria – ele torna-se proprietário de si mesmo, capaz de vender a si mesmo sob a forma da mercadoria força de trabalho.

Voltando, assim, àquela pergunta crucial mencionada acima, pode-se compreender que a relação entre o trabalhador assalariado e o capitalista demanda mediação jurídica porque só pode dar-se como uma relação de troca mercantil. Ora, a relação de servidão se realizava por intermédio da força, portanto pela desigualdade patente entre o senhor e seu servo, mas a troca entre força de trabalho e salário da sociedade capitalista só pode ser uma relação entre juridicamente iguais.

O desenvolvimento completo da forma jurídica na sociedade capitalista, atestado pela universalização da forma sujeito de direito, tornando pleno o domínio da equivalência jurídica, é também é a completa redução do homem a mercadoria. Isto permite que, pelo ato de troca, um homem possa entregar-se voluntariamente à exploração de outro. Esta troca, dada nas plenas condições de igualdade e liberdade jurídicas da esfera da circulação, permitirá a mais cabal desigualdade e a mais desenfreada exploração do trabalho na esfera da produção. A igualdade jurídica revela-se, então, condição sem a qual da desigualdade essencial da sociedade capitalista, e a liberdade jurídica, a condição sem a qual de toda a dominação de uma classe social sobre outra.

Passados quase 90 anos desde a publicação de *A teoria geral do direito e o marxismo*, nenhuma concepção marxista pôde penetrar mais agudamente na compreensão do lugar primordial que o direito ocupa no modo de produção capitalista. A atualidade da concepção radical

de Pachukanis se mantém, por isso mesmo, em sua inteireza. Também por isso, ela deve servir de base, ainda hoje, sendo desenvolvida e ampliada, às perspectivas teóricas do direito que tenham por horizonte a superação da sociedade burguesa.

Referências

ALVES, Alaôr Caffé, *Estado e ideologia: aparência e realidade*, São Paulo: Brasiliense, 1987.

CERRONI, Umberto, *O pensamento jurídico soviético*, trad. Maria de Lurdes Sá Nogueira, Póvoa de Varzim, Publicações Europa-América, 1976.

EDELMAN, Bernard, *O direito captado pela fotografia: elementos para uma teoria marxista do direito*, trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho, Coimbra, Centelha, 1976.

GUASTINI, Riccardo, La "teoria generale del diritto" in URSS. Dalla coscienza giuridica rivoluzionaria alla legalità socialista, in Giovanni Tarello (org.), *Materiali per una storia della cultura giuridica*, v. 1, Bolonha, Il Mulino, 1971.

KASHIURA JR., Celso Naoto, *Crítica da igualdade jurídica: contribuição ao pensamento jurídico marxista*, São Paulo, Quartier Latin, 2009.

MARX, Karl, Introdução à crítica da economia política, in K. Marx, *Manuscritos econômicos filosóficos e outros textos escolhidos*, 2ª ed., São Paulo, Abril Cultural, 1978.

_____. *O capital: crítica da economia política*, 5 vols., São Paulo, Abril Cultural, 1983.

NAVES, Márcio Bilharinho, *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*, São Paulo, Boitempo, 2000.

_____. *Marx: ciência e revolução*, 2ª ed., São Paulo, Quartier Latin, 2008.

NAVES, Márcio Bilharinho (org.), *O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis*, Campinas, IFCH/Unicamp, 2009.

PACHUKANIS, Evgeni. "Burjuaznyi iurist o prirode gosudarstva", in *Krasnaia Nov'*, n° 3, 1921.

_____. "Pervye mesiatsy suschestvovaniia Moskovskogo narodnovo suda", in *Ejenedel'vik Sovetskoi Iustitsii*, n° 44-45, 1922.

_____. "Kobzoru literatury po obschei teorii prava i gosudarstvo", in *Vestnik Sotsialistitcheskoi Akademii*, n° 5, 1923.

_____. "Kunov kak interpretator marksovoi teorii obschestva i gosudartsva", in *Vestnik Sotsialistchekoi Akademii*, n° 6, 1923.

_____. *A teoria geral do direito e o marxismo*, trad. Soveral Martins, Coimbra, Centelha, 1977.

_____. *Izbrannye proizvedeniia po obschei teoriia prava i gosudarstvo*, Moscou, "Nauka", 1980.

_____. *Teoria geral do direito e marxismo*, trad. Sílvio Donizete Chagas, São Paulo, Acadêmica, 1988.

_____. *A teoria geral do direito e o marxismo*, trad. Paulo Bessa, Rio de Janeiro, Renovar, 1989.

REZUNOV, M, *Marksizm i psikhologitcheskaia schola prava*, Moscou, Kommunistitcheskoi Akademii, 1930.

RICCI, Aldo, "Kelsen o la rivincita della volontà", in *Mondoperaio*, n° 5, 1985.

SALGADO, Remigio Conde, *Pashukanis y la teoría marxista del derecho*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

SHARLET, Robert, *Pashukanis and the commodity exchange theory of law, 1923-1930: a study in soviet marxist legal thought*, Universidade de Indiana, 1968.

STAL'GEVITCH, A., *Puti razvitiia sovetskoi pravovoi mysli*, Moscou, Kommunistitcheskoi Akademii, 1928.

STAROSEL'SKII, Ia., *Problema iakobinskoi diktatury*, Moscou, Kommunistitcheskoi Akademii, 1930.

STÜCKA, Petr, *Direito e luta de classes*, trad. Soveral Martins, Coimbra, Centelha, 1976.

TARELLO, Giovanni, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, v. 1, Bolonha, Il Mulino, 1971.

WALLOSCHKE, Tanja, Paschukanis – eine biographischen Notiz, in Eugene Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, Friburgo, ça ira, 2003.

[VOLTA AO SUMÁRIO]

CAPÍTULO 5

Uma nova racionalidade organizativa – Lógica Dialética

Marcos Alcyr Brito de Oliveira

"**O momento** também não constitui **dentro de si** um tempo, isto é, **no seu interior não corre o tempo, é uma eternidade pontual**. Neste caso, pode-se dizer que o momento indica algo fora do tempo, algo intemporal. **Ora, se não há tempo, não há movimento e se não há movimento, não há contradição. Se não há contradição, não existe dinâmica, não existe história**. Por isso, os princípios lógicos da Lógica Clássica **estão fora do tempo** e devem ser aplicados **a coisas ideais** que são fora do tempo e devem ser aplicados a coisas ideais que são igualmente **intemporais**, como os **conceitos** pensados por nós. Assim por essa razão, **expulsa o movimento das coisas pensadas**, excluindo, em última instância, a história e a evolução do pensamento e do conhecimento. Daí vem o choque entre o lógico e o histórico."[1]

[1] Todas as citações de Alaôr Caffé Alves foram extraídas do livro *Lógica, Pensamento Formal e Argumentação, Elementos para o Discurso Jurídico*, Quartier Latin, 2ª Ed, São Paulo, 2002, fls. 159 a 161.

Na realidade, compreender as coisas significa compreender o seu movimento – a história é um progresso. Segundo Hegel, o vir a ser de muitas peripécias não é senão a história do Espírito universal que se desenvolve e se realiza por etapas sucessivas para atingir, no final, a plena posse, a plena consciência de si mesmo. "O absoluto, diz Hegel, só no final será o que ele é na realidade".

Guiando-se pelas normas de lógica clássica, pode-se considerar a identificação da razão com o histórico paradoxal. De fato, a lógica formal considera que uma proposição fica demonstrada quando é reduzida a uma proposição já admitida, vai do idêntico ao idêntico.

A história, ao contrário, é o domínio do mutável, o acontecimento de hoje é diferente do de ontem, ele o contradiz. Aplicar a razão à história, por conseguinte, seria mostrar que a mudança é aparente, que no fundo tudo permanece idêntico. Aplicar a lógica clássica à história seria negar a história e recusar o tempo.

Hegel, para resolver essa questão, concebeu um processo racional original – o processo dialético: a contradição não é mais o que deve ser evitado a qualquer preço, mas, ao contrário, se transforma no próprio motor do pensamento, ao mesmo tempo em que é o motor da história, já que esta última não é senão o Pensamento que se realiza.

Repudiando o princípio da contradição de Aristóteles e de Platão, em virtude do qual uma coisa não pode ser e, ao mesmo tempo, não ser, Hegel pôs a contradição no próprio núcleo do pensamento e das coisas simultaneamente. O pensamento não é mais estático, ele procede por meio de contradições superadas, da tese à antítese e, daí, à síntese, como num diálogo em que a verdade surge a partir da discussão e das contradições. Uma proposição (tese) não pode se pôr sem se opor a outra (antítese), em que a primeira é negada, transformada em outra que não ela mesma (alienada). A primeira proposição encontrar-se-á finalmente transformada e enriquecida numa nova fórmula que era, entre as duas precedentes, uma ligação, uma "mediação" (síntese).

A dialética para Hegel, portanto, não era como se entendia antes, um procedimento adotado pelo intelecto humano como forma de desvendar um conflito que estava aparente entre dois conceitos opostos, o conflito a ser desvendado era um conflito real.

Por ser um processo de desenvolvimento histórico do mundo da realidade, pois na síntese razão e realidade estão conciliados, a dialética hegeliana é um processo de plenificação do absoluto.

O ponto de partida não são os indivíduos, como faziam os jusnaturalistas, mas aquele todo organizado, organicamente articulado, de indivíduos, que é o povo historicamente determinado. O povo é uma totalidade ética, produto da história e não uma mera soma de indivíduos. É uma totalidade orgânica caracterizada por um modo particular de viver e de pensar, por um sistema determinado de regras de conduta – a eticidade.

Hegel elaborou o conceito de eticidade ligada à sublimação do Estado: a família (tese) e a sociedade civil (antítese) – primeiras formas dessa eticidade que escapa à vontade individual – superam-se e encontram-se no Estado (síntese), que consegue plenificar o ser e o dever do direito.

A consubstanciação do justo e do racional está no Estado, e não no indivíduo e nem na sociedade civil, que são momentos inferiores. Individualidade e moralidade são reinos que devem ser subordinados a um momento superior, que é o da eticidade consubstanciada no Estado.

O pensamento hegeliano é explicado pelo momento histórico em que a burguesia, após sua luta contra o Estado Absolutista e pelo fortalecimento do individuo, tomava o poder estatal é a justificativa filosófica para a nova realidade.

> "Quando temos ***o relativo ajuste entre a forma e conteúdo***, temos a ***racionalidade real***; quando, porém, naquele processo, ***o conteúdo entra em contradição com a forma tentando ultrapassá-la, abre-se um tempo de crise, de irracionalida-***

> ***de, que deverá ser solucionada com uma nova forma que dê conta desse novo conteúdo expandido***. É o que se denominou de "salto dialético" da quantidade em qualidade. Esse pulsar é ***dialético*** e ***ascendente***, levando o espírito a avançar os seus diferentes momentos, numa relação dialética ***racional/irracional***."

Marx e Engels utilizaram o método dialético hegeliano para estudar o processo histórico em que está inserido o homem, utilizando-se, também, da ótica materialista de Feuerbach. Só que, diferentemente de Hegel para quem a realidade é movida pela idéia (o espírito absoluto), para eles a compreensão do real deveria partir da observação do trabalho humano e das atividades práticas de produção do homem, enfim – de sua práxis.

O homem passa a ser compreendido como tal a partir da práxis, ocorrendo neste momento uma ruptura com as tradições tanto materialistas como idealistas, que buscavam, abstratamente, a essência ou natureza humana – a historicidade humana é determinada pelas condições materiais da vida.

Marx superou a dicotomia filosófica moderna de racionalismo e empirismo, criando um método denominado de materialismo histórico, que permite ao homem conhecer-se nas relações sociais, históricas e produtivas. Este método possibilita a conhecimento da construção de uma superestrutura jurídica e política, determinantes das formas de consciência social, efetivada historicamente pelas classes dominantes do sistema produtivo – o domínio por uma classe dos meios de produção produz certa forma de idéias.

Entrelaçou de modo sistemático o materialismo histórico, que permite o reconhecimento do processo material, que cria as condições nas quais amadurecem e se organizam as forças capazes de promover mudanças, com o método dialético, que reconhece no agir humano no mundo a força capaz de transformá-lo.

> ***"[...] as estruturas medievais de organização social e política (forma) suportam determinado conteúdo representado pelo nível alcançado pelas forças produtivas daquela época.*** Com o desenvolvimento dessas forças produtivas (conteúdo), mediante a introdução de novas técnicas produtivas (novos processos de produção da vida material, divisão social do trabalho, etc.), ***abre-se uma profunda contradição*** com aquela ***organização social e política*** (forma), que não mais dá conta da referida situação produtiva (conteúdo). Passa a haver uma fase de irracionalidade e grande luta para ***alterar a forma social e política medieval*** no sentido de instaurar ***novo regime de organização*** entre os homens, dando passo ao ***sistema mercantil-manufatureiro de produção, o sistema burguês de produção***. Aí tivemos uma nova forma de organização sócio-política para um novo conteúdo econômico-social. Nesse novo patamar histórico, alcançamos ***uma nova racionalidade***."

No capitalismo, constitui-se um Estado político baseado no Direito, que destruiu todos os estamentos, corporações, grêmios e privilégios, que eram expressões de separação entre o povo e sua comunidade no regime feudal.

O Estado se constitui como generalidade, onde o homem vive uma vida genérica em oposição a sua vida material na sociedade civil. A revolução política suprimiu o caráter político da sociedade civil, consagrando-se, assim, o idealismo no Estado e o materialismo na sociedade civil.

Esta nova forma de organização sócio-política, que comporta o sistema capitalista reconhece sua base natural nos direitos gerais do homem, que declara o direito humano da liberdade como o direito humano à propriedade privada, e a igualdade como a liberdade de que todo o homem se considere igual, como uma mônada presa a si mesma.

Marx apontou o caráter apenas formal da determinação do Estado como comunidade política, constituindo a propriedade privada universal o seu conteúdo. A finalidade do Estado é garantir o interesse

comum, mas este é concebido como o conjunto dos interesses dos indivíduos proprietários, por isso Marx o caracterizou como "comunidade ilusória".

A sociedade civil liberta o espírito egoísta do homem, que é o homem natural encontrado na sociedade dissolvida, sujeito de direitos, vivendo em um mundo das necessidades, do trabalho, dos interesses particulares, do direito do trabalho, como se estivesse frente à base de sua existência, relegando, dessa forma, a emancipação humana a uma redução do homem: "de um lado, a membro da sociedade burguesa, a indivíduo egoísta independente e, de outro, a cidadão do Estado, a pessoa moral".

O Estado se constitui como uma dupla determinação: exerce funções sociais gerais – resultante da divisão do trabalho – mas as exerce sob uma forma despótica, autoritária, sob a forma do domínio de uma classe sobre outra.

O vínculo do Estado com as classes sociais, já identificado por Marx nos seus primeiros trabalhos, foi retomado e desenvolvido sob um novo ângulo na série de trabalhos seguintes em que Marx analisou a situação da conjuntura política na França ("A guerra civil na França", "O Dezoito Brumário de Luís Bonaparte") e na Alemanha ("A Burguesia e a Contra-Revolução", série de artigos publicada na Nova Gazeta Renana). Nesses trabalhos o Estado foi captado de um ponto de vista dinâmico, em suas transformações, contradições, articulações com outras esferas sociais e diferenças concretas.

Na análise do caso francês, foi destacado o papel das frações de classe e da composição do bloco do poder na determinação das ações e da forma do Estado. Recolocou-se a contradição entre forma e conteúdo do Estado, de modo que as diferentes formas de governo passaram a ser apreendidas como diferentes formas em que se desenvolve a luta de classes, assim, pode-se dizer que, ***se todo Estado moderno***

tinha como conteúdo a dominação burguesa, sua forma não estaria totalmente pré-determinada.

> "Os ***meios de produção*** da vida material e espiritual dos homens (conteúdo) ***ficaram tão avançados e sofisticados*** (informática, robótica, telecomunicações, satélites artificiais, etc.) que a ***estrutura*** e ***organização sócio-política*** (forma) do sistema, ***pautado na relação "capital e trabalho"***, não está mais respondendo **às exigências** do mercado de trabalho, em razão do ***desemprego estrutural*** (não meramente conjuntural) que assola o mundo inteiro. Aquela relação histórica "capital trabalho", ***essencial para a manutenção da lógica do sistema capitalista***, passa a ficar profundamente abalada e comprometida, especialmente no processo chamado "globalização". ***O sistema capitalista de produção*** está vendo as suas bases organizacionais (forma) fugir-lhes dos pés, devendo haver, dentro de um certo tempo histórico, ***profundas alterações que vão descaracterizar o referido sistema***, dando passo a uma nova organização entre os homens, isto é, a uma nova "forma" para atender um novo "conteúdo". ***Nesse momento, impõe-se um novo patamar de racionalidade organizativa entre os homens."***

No entanto, a passagem de um modo de produção a outro não se realiza automaticamente, por movimentos cegos da economia: ele depende de ações humanas, que não são predeterminadas. Assim, não só o papel do trabalho material na auto-criação e na autotransformação do homem é reavaliado por Marx através de seu método dialético, como também o papel dos trabalhadores, que, por sofrerem na própria carne a exploração do trabalho, têm condições de se organizarem e assumirem o papel de sujeito histórico capaz de transformar a história da humanidade.

Influenciado pela noção de alienação de Feuerbach, Marx elaborou uma construção teórica que situa o proletário como o agente transformador que irá promover a emancipação humana.

No entanto, no modo de produção capitalista a exploração que o proletário industrial, obrigado a vender sua força de trabalho aos pro-

prietários das fábricas, sofre é sutil e intensa. A luta de classes ocorre em um ambiente artificial criado pela burguesia, onde prevalece sua ideologia: um mundo dividido entre a sociedade política, prevalecendo a igualdade jurídica, a liberdade formal e a sociedade civil, em que a propriedade privada é Senhora e as desigualdades são naturalmente aceitas.

Marx denunciou a diferenciação teórica construída pela burguesia entre a sociedade civil (entendida como o conjunto das relações econômicas) e a sociedade política já em sua obra *A Questão Judia* (1843). Percebeu que a conexão entre as duas esferas foi separada pelo pensamento liberal, de forma a possibilitar que no Estado existisse uma igualdade formal política, com a anulação das diferenças de nascimento, de status social, de cultura e de ocupação, enquanto na sociedade civil, por ter uma natureza especial "privada", tais diferenças fossem válidas.

Atualmente, a cidadania, sob uma perspectiva global, está bem aquém dos próprios parâmetros da justiça formal burguesa, pois nem todos os países têm plenamente os seus direitos formais garantidos, como é o caso do Brasil.

Já não basta recuperar o conceito de cidadania do ponto de vista formal, é necessário dar um passo além e ir em direção ao estágio previsto por Marx, em que o homem individual real recuperará em si o cidadão abstrato. Em tal momento ocorrerá a emancipação do homem real e a humanidade atingirá a liberdade real, conseqüência da superação do reino da necessidade

[VOLTA AO SUMÁRIO]

CAPÍTULO 6

"Por que é feita a norma?"
Práxis e Filosofia do Direito

Márcio Sotelo Felippe

1 Filosofia da Práxis

"Os filósofos têm interpretado o mundo de diversas maneiras; mas a questão é transformá-lo". Uma das frases mais célebres de Marx, a 11ª. tese sobre Feuerbach foi publicada pela primeira vez por Engels em 1888, após a morte de Marx, na reedição de **Ludwig Feuerbach e o Fim da Filosofia Clássica Alemã**. As **Teses sobre Feuerbach** foram escritas por Marx por volta de 1845, como notas para desenvolvimento posterior ou esclarecimento próprio. Tornou-se lapidar, e como toda fórmula lapidar, mais anuncia do que revela. Há nela um chamamento à atividade prática que implica desprezo à Filosofia? Pelo contrário, é uma valorização da Filosofia. A Filosofia adequada é a que possibilita aos homens acesso aos meios e à consciência da necessidade de transformar o mundo. A emancipação social somente pode ser precedida

da emancipação da consciência, uma razão libertada das sombras e da obscuridade que respondem pela sua alienação. O que está velado por força da expressão linguística, mas implícito na segunda parte da 11ª tese, é que uma Filosofia que não ilumine os homens para a sua emancipação não interpreta adequadamente o mundo. Uma Filosofia que mediante a correta representação do mundo deve conduzir à sua transformação denomina-se *Filosofia da Práxis.*

Os filósofos têm interpretado o mundo de diversas maneiras. Os filósofos do Direito têm interpretado o Direito de diversas maneiras. Na perspectiva da 11ª tese sobre Feuerbach, como se pode entender uma Filosofia do Direito da Práxis? Um singelo esboço da crítica do Direito feita por Alaôr Caffé Alves em confronto com a teoria pura de Hans Kelsen pode apresentar a questão. Kelsen quer descrever o Direito. Na concepção de Alaôr Caffé Alves, posta no interior da tradição marxista, toda descrição implica uma interpretação. Alaôr procede a uma crítica aguda de Kelsen para pôr em evidência os limites de sua interpretação do Direito e da visão de mundo que lhe corresponde.

2 A Norma Fundamental

Recordemos sinteticamente o conceito kelseniano de pirâmide normativa. Para Kelsen, descrever o Direito é descrever normas, desvinculando-as de qualquer consideração econômica, política, sociológica, antropológica, etc. Um contrato de Direito Privado vale não pela condição que os sujeitos contratuais têm na estrutura social. Isto seria confundir o puro estudo teórico do Direito com outras ciências fundadas em fatos, seria derivar o dever ser do ser, derivar normas de fatos. Um contrato vale porque há uma norma que lhe confere validade: o Código Civil. O que leva o pesquisador a perguntar por que o Código Civil vale. Vale porque a Constituição o autoriza. Ao atingir a Constituição, a mesma pergunta cabe: por que a Constituição vale? Neste momento Kelsen não pode responder que a Constituição vale porque

está vinculada ao fato do poder. Mais uma vez, a norma derivaria do fato, o que é logicamente vedado. A validade da Constituição decorre de uma norma pressuposta, lógica, não empírica, com a qual o jurista organiza e dá sentido ao mundo do Direito. Esta norma Kelsen denominou "*Grundnorm*". "*Grund*" expressa em alemão motivo, razão, causa, base, fundamento, e na tradição jurídica brasileira traduzimos por *norma fundamental*. Ela, um ente do entendimento jurídico, é um instrumento lógico que reside no sujeito do conhecimento e diz que a vontade do autor da Constituição *deve* valer. Não é, pois, do fato do poder que deriva a validade da Constituição, mas da *norma* que afirma que a vontade do Autor da Constituição vale

A norma fundamental é a chave da teoria pura do Direito de Kelsen. Identificar a sua gênese filosófica permite apreender o sentido da doutrina kelseniana. Dizia Kelsen: "é absolutamente verdade que o fundamento filosófico da Teoria Pura do Direito repousa sobre a filosofia kantiana (...) este empirismo sonha com o mesmo sentido que se encontra na filosofia transcendental de Kant. Assim como a filosofia transcendental de Kant se dirige contra a metafísica, a Teoria Pura do Direito se dirige contra o Direito Natural, este sendo o correspondente exato, no domínio da realidade social, em geral, e do direito positivo em particular, da metafísica" [1]

3 Os pressupostos filosóficos da norma fundamental

Vejamos de que modo a filosofia transcendental de Kant é apropriada por Kelsen e torna-se a base da norma fundamental e a base do empirismo sonhado pelo teórico austríaco.

---

1 Carta de Kelsen a Renato Treves, Revista Contradogmáticas, n. 9, São Paulo, 1991, tradução de Leonel Severo Rocha.

O conceito de base é o da *revolução copernicana*. David Hume desfechara um ataque devastador a toda Metafísica, que pressupunha os poderes da razão a priori, antes da experiência. No **Ensaio Sobre o Entendimento Humano**, Hume afirmava que o conhecimento não se obtém por raciocínios a priori. Conexões entre fatos, causa e efeito são, na realidade, associações de impressões nas quais a razão não tem lugar. Desafiava a Metafísica a provar que alguém poderia descobrir a explosão da pólvora a priori, ou que das qualidades de fluidez e transparência da água alguém se afogaria.

Kant logo compreendeu o alcance do ataque de Hume. Há juízos que são analíticos. O predicado está contido no sujeito, como na frase "os corpos têm extensão". Ninguém diz corpo sem dizer extensão. Aqui a razão a priori é soberana, mas não acrescenta nada ao que se sabe porque a consciência, dominando o primeiro conceito, apenas o desdobra: corpo e extensão Há, no entanto, juízos que são sintéticos. O predicado não está contido no sujeito, como nos exemplos de Hume. No juízo sobre água e afogamento, o conceito de afogamento não se deduz do conceito de água. Quem diz água não diz, a priori, afogamento. Como é a experiência que vincula os dois conceitos, os juízos sintéticos (que acrescem conhecimento) são sempre a posteriori e por isso neles a razão não desempenha qualquer papel.

Kant dizia que isto o despertou de seu "sono dogmático". Toda a **Crítica da Razão Pura** destina-se a responder ao desafio de Hume. Se Kant pudesse demonstrar que os juízos sintéticos a priori têm função no conhecimento a razão estava salva.

O conceito de *revolução copernicana* sintetiza a resposta de Kant ao desafio de Hume. Os juízos sintéticos a priori são uma estrutura básica do processo de conhecimento e sem eles toda ciência seria impossível. A causalidade – o conceito lógico segundo o qual o evento posterior está necessariamente vinculado ao anterior – é um juízo sintético e é a priori. Mas quem responde por ele é o sujeito, não o objeto. É por meio

deste juízo sintético a priori que organizamos o mundo empírico caótico das sensações. Senão vejamos: seria possível a Newton raciocinar a partir da queda da maça e investigar a gravidade, perguntar por que a maçã caiu em vez de flutuar, se sua consciência não tivesse, desde sempre e necessariamente, a certeza de que aquele fato, reproduzidas as condições de tempo, espaço e dos fenômenos empíricos, como a maturidade da árvore e do fruto, iria ocorrer sempre que ele sentasse à sombra da macieira? Esse mecanismo é uma estrutura da razão, não da experiência. E não fosse essa estrutura da razão, essa condição inerente ao sujeito do conhecimento, estaríamos ainda nas cavernas. Kant denominou de transcendental tal estrutura do sujeito do conhecimento. "Transcendental" expressa, portanto, o que é a priori no sujeito ao conhecer um objeto.

Deste modo, o conhecimento é uma relação sujeito – objeto, e não, como supunha a Filosofia anterior, uma mera representação ou apreensão do objeto pelo sujeito. Não podemos recolher água sem que ela ganhe a forma do recipiente que usamos; não podemos pegar um bloco de neve sem imprimir nele o formato de nossa mão. O conhecimento é também assim. Ao transpor para o sujeito as condições necessárias para o conhecimento, Kant produziu a *revolução copernicana*. Tal como Copérnico pôs o sol no centro do sistema, na Filosofia Transcendental de Kant o sujeito passou a ser o centro do conhecimento.

4 Kelsen: do mundo da natureza para o direito

Kelsen, como vimos antes, afirmava que sua teoria pura do Direito "repousa sobre a filosofia kantiana". Na filosofia do conhecimento de Kant o sujeito projeta na experiência sensível as categorias a priori do conhecimento – causalidade, totalidade, unidade, etc. Kant catalogou doze categorias.

Essas categorias não tem conteúdo. O conteúdo é dado pela experiência. Ao presenciar um fenômeno, nós o interpretamos nos termos da categoria da causalidade. Ao assentar a teoria pura sobre esta parte da filosofia de Kant (e não naquela especificamente voltada para a moralidade e o Direito, a da **Crítica da Razão Prática**), Kelsen reproduz, no Direito, o esquema lógico kantiano de conhecimento da natureza: o sujeito do conhecimento jurídico submete a norma positiva (que equivale à experiência na natureza) à sua categoria a priori. Esta categoria a priori é a norma fundamental (a base lógica) da pirâmide normativa. É uma aplicação da revolução copernicana. Mas, diferentemente do conhecimento da natureza, em que o sujeito estabelece a conexão entre fatos (a causalidade), o sujeito estabelece uma conexão de lógica de ôntica, entre normas, que é de validade. Em outros termos, diante do fato da norma empírica, organiza-se o conhecimento do Direito sobre a pressuposição de que a vontade do autor da Constituição *deve* (é uma norma, pois) valer.[2] Esta pressuposição é vazia de conteúdo, neutra, sem valores e não psicológica. Está fatalmente vinculada ao empírico (a norma positiva). Nela, norma positiva, não podemos interferir *como cientistas*, do mesmo modo como Newton nada podia fazer para impedir a queda da maçã e estava compelido a reconhecê-la na condição de cientista. Na condição de cientistas do Direito, tampouco po-

---

2 *"Se um homem que se encontra em estado de necessidade exige de um outro que lhe preste auxílio, o sentido subjetivo de sua pretensão é que o outro lhe deve prestar auxílio. Porém, uma norma objetivamente válida que vincule ou obrigue o outro só existe, nesta hipótese, se vale a norma geral do amor ao próximo, eventualmente estabelecida pelo fundador de uma religião. E esta, por sua vez, apenas vale como objetivamente vinculante quando se pressupõe que nos devemos conduzir como o fundador da religião preceituou. Um tal pressuposto, fundante da validade objetiva, será designado aqui por norma fundamental (Grundnorm). Portanto, não é do ser fático de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem, mas é ainda e apenas de uma norma de dever ser que deflui a validade – em sentido objetivo – da norma segundo a qual esse outrem se deve conduzir em harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade"* (**Teoria Pura do Direito**, p. 9, tradução de João Baptista Machado, 2ª. ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 1987)

demos deixar de reconhecer o objeto norma positiva, ainda que nós, ou Kelsen mesmo, não a apreciemos. Mas esta apreciação já está fora do campo estrito da *ciência* do Direito. Somente nos resta descrever o objeto, tal como Newton descreveu a lei da gravidade.[3]

Esta norma fundamental não tem somente a função lógica de permitir a validade e o reconhecimento de um conjunto de normas positivas. Ela transfigura-se no próprio Estado. Na **Teoria Geral do Direito e do Estado,** Kelsen afirma que a descrição do Estado como fenômeno de dominação em que homens forçam outros a certas condutas somente pode fazer sentido se essa dominação for legítima, o que decorre de uma ordem normativa válida: "a dominação que caracteriza o Estado tem a pretensão de ser legítima e deve ser efetivamente considerada como tal por governantes e governados. Considera-se a dominação legítima apenas se ocorrer em concordância com uma ordem jurídica cuja validade é pressuposta pelos indivíduos atuantes".[4]

O Estado, diz Kelsen, é um complexo de normas. Citando o conceito de Weber do Estado como "um processo de conduta social

---

3 Nascido em Praga de pais judeus, perseguido pelo Nazismo, com a reputação de social-democrata, tendo sido um dos formuladores da moderna teoria do controle jurisdicional de constitucionalidade, Kelsen levou às últimas consequências sua concepção de uma ciência pura do Direito que descreve normas, como nesta passagem da **Teoria Pura do Direito**: "Mas também quanto ao ato coercitivo que, como consequência é estatuído pela norma jurídica, pode esta visar não só o futuro como também o passado. Com efeito, ela pode determinar que sob certas condições, verificadas antes de sua entrada em vigor, se deverá – no futuro – executar um ato de coerção, mas também que um ato de coerção que, no passado, foi efetivamente executado sem o dever ser, isto é, sem ter o caráter de uma sanção, deveria ter sido realizado (nesse mesmo passado), de forma que, de agora em diante, ele valerá como se fora devido, isto é, como sanção. Assim, por exemplo, sob o regime nacional-socialista, na Alemanha, certos atos de coerção que, ao tempo em que foram executados, constituíam juridicamente homicídios, foram posteriormente legitimados retroativamente como sanções e as condutas que os determinaram foram posteriormente qualificadas como delitos" (ib., p. 14)

4 Teoria Geral do Direito e do Estado, p. 189, tradução de Luís Carlos Borges, 2ª. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1992.

efetiva", afirma, no entanto, que as ações do Estado possuem significação porque são interpretadas pelos indivíduos atuantes de acordo com um determinado esquema, orientadas para certa ideia: "tal ideia é uma ordem normativa, a ordem jurídica"[5]. Veja-se que aqui está presente o mesmo esquema da norma fundamental. A experiência, o domínio de homens sobre homens, ganha sentido pela pressuposição de uma ordem normativa *logicamente anterior*. Para Kelsen, não existem um conceito sociológico e um conceito jurídico de Estado pela simples razão de que um mesmo objeto não pode ter dois conceitos: "O conceito sociológico de um padrão efetivo de conduta, orientado para a ordem jurídica, não é um conceito de Estado: ele pressupõe o conceito de Estado, que é um conceito jurídico".[6]

Na base do conceito de Estado está o esquema lógico-normativo do sujeito. Identificamos um conjunto de ações – o Estado – somente a partir do *conceito prévio* da ordem normativa válida. *O Estado é, portanto, norma e apenas norma porque no plano lógico a norma condiciona o entendimento da coisa*.

É assim que aparece a racionalidade jurídica formal como expressão do Estado, o que, como vimos, mais uma vez segue o esquema kantiano de conhecimento da natureza, mas transposto para a lógica deôntica e para o mundo social. A norma fundamental aparece, em outro modo, como Estado, e o Estado é conceitualmente a racionalidade normativa-formal, não um fato social.

5 A crítica de Alaôr Caffé Alves à racionalidade jurídica-formal

Esta racionalidade normativa-formal é o ponto de chegada de Kelsen. Para Alaôr Café Alves, é o ponto de partida, o ponto a partir do qual

---

5 Idem, p. 190.

6 Idem, p. 190.

desenvolve sua visão crítica do direito. É ela que nos faz vítimas do que ele denomina de "*ilusões jurídicas coisificadas".* O Estado e o ordenamento – para Kelsen uma só coisa no plano lógico, apresentados como resultados, prontos, e não como processo social – desvinculam-se da real dimensão humana. Kelsen capta apenas um momento do processo lógico do fenômeno jurídico, e ao esgotar o conhecimento jurídico nessa etapa, consolida o que Alaôr classifica como *mediações ideológicas*, que desempenham efetivo papel no Estado contemporâneo. O que Kelsen faz é tomar a aparência pela coisa, e, como nos lembra Alaôr na epígrafe de seu **Estado e Ideologia,**[7] afirmava Marx que "*toda ciência seria supérflua se a forma de manifestação e a essência das coisas coincidissem imediatamente (...) A verdade científica é sempre um paradoxo, se julgada pela experiência cotidiana, que apenas agarra a aparência efêmera das coisas"*.

Nesta perspectiva**,** Alaôr, em **Estado e Ideologia,** movimenta-se no plano dialético do jogo entre aparência e realidade. A aparência é a racionalidade jurídica lógica-formal que para Kelsen, como vimos, esgota o conceito de direito e de Estado.

Em um contrato de trabalho, exemplifica Alaôr, aparece para a racionalidade jurídica apenas as figuras jurídicas do *sujeito de direito.* São postos num plano de igualdade formal e abstrata em uma relação afiançada pelo Estado[8]. Desaparecem capitalista e trabalhador assalariado, desaparecem as posições de classe. *Desaparece a realidade*, diríamos. O Estado surge como um "fator de neutralidade"[9] em conexão com um ordenamento jurídico impessoal: *"o direito passa a ser o elemento de intermediação abstrata e formal entre sujeitos sociais desarmados; 'iguala' nesse nível de racionalidade decantada os*

---

7 São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

8 Id., p. 284.

9 Id. p. 285.

economicamente desiguais, ao mesmo tempo que disfarça e oculta as relações contraditórias subjacentes na sociedade"[10]

Essa *aparência* do Estado como um *"universal abstrato, formal, linear, tradução de uma racionalidade instrumental"*[11]cumpre a função de ocultar as relações internas de dominação e exploração[12] e assim possibilitar a *aparência* indispensável à reprodução do sistema. Em outros termos, o ser do Estado pressupõe o seu não ser: é apenas mascarando a real natureza das relações sociais por meio de formas e figuras jurídicas (que precisam, portanto, aparecer como essências), que as relações sociais próprias do capitalismo se mantém e se reproduzem. Os indivíduos não são iguais, mas perante a racionalidade jurídica-formal estão reduzidos à condição formal de sujeitos de direitos. A teoria geral do Direito e a dogmática jurídica aparecem então como uma razão jurídica imanente, que desempenha papel decisivo neste modo em que *"o aparecer social é tomado como o ser social"*[13].

Há uma relação dialética entre a igualdade jurídico-formal e a desigualdade real. A igualdade jurídica é necessária para que a repartição desigual da riqueza social possa ser efetivada de modo dissimulado.[14] Normas e conceitos jurídicos são representações abstratas que nivelam as diferenças sociais: *"O Estado, ao submeter a regras iguais pessoas economicamente desiguais, não faz outra coisa senão reafirmar as desigualdades reais. A lei que proíbe, tanto ao rico como ao pobre, dormir sob as pontes, mendigar nas ruas e furtar o pão não afeta de igual modo a ricos e pobres"*[15]. A igualdade jurídico-formal**,** destarte, possibilita ao Estado submeter a regras iguais pessoas economicamente

---

10 Id., p.285.

11 Id., p. 299.

12 Id., p. 301.

13 Id., p. 287.

14 Id., p. 335.

15 Id., p. 335.

desiguais, e este conceito formal "não faz outra coisa senão reafirmar as desigualdades reais.[16]

Vemos então, nessa perspectiva, considerando o âmbito do normativismo positivista, como esse sujeito kelseniano "neutro", que nos promete uma descrição científica, acaba por produzir uma interpretação do mundo que ao mesmo tempo: (i) interdita sua transformação porque gera a falsa consciência de crer na realidade desse mundo de formas jurídicas; (ii) cumpre uma função essencial na sua reprodução tornando possível que desiguais se tornem iguais. Para Alaôr, não se trata apenas de resistir a essa falsificação do mundo (ou ideologia, na linguagem marxista) produzida pela fixação em um conhecimento extraordinariamente restrito como é o lógico-formal (e conhecimento era tudo que Kelsen nos prometia a partir de sua apropriação da filosofia kantiana); trata-se também de tornar evidente a segunda função dessa suposta "objetividade", aquela que resulta *funcional* para a reprodução das desigualdades: a forma jurídica é parte necessária do mecanismo de reprodução do sistema. Não é algo que se esgote apenas no plano da alienação, subjetiva, mas que também produz, objetivamente, a desigualdade.

Em uma Filosofia do Direito da práxis, aquela da 11ª. a tese sobre Feurbach, em que a correta representação da vida é condição necessária para a transformação da vida, a pergunta que deve ser feita não é, como no como no procedimento kelseniano, *o que é a norma*? A pergunta, afirma Alaôr, é: "*por que é feita a norma*? Qual o motivo? Para que é criada positivamente a norma? Com que fim se faz a norma? Na verdade, o que nos interessa, para obter-se a justiça na aplicação do Direito, é a norma procurada além de sua estrutura lógica. É fundamental saber sobre a estrutura de base e origem social das normas para saber os motivos e os fins da produção e aplicação jurídica. A dinâmica da produção normativa é histórica e social. Isso compreende

[16] Id., p. 335.

justamente a necessidade de lançarmos nossos olhos para além do próprio direito positivado..."[17]

Kelsen não pode, nos seus limites teóricos, perguntar por que é feita a norma. Por isso, somente pode apresentá-la como coisa, ocultando os processos sociais que são sua realidade. Pensar o direito como um processo histórico e social significa incorporar ao direito a pergunta *"por que é feita a norma?"*, a única adequada, no campo jurídico, à ideia de emancipação da consciência humana e de construção da justiça. Isto é uma Filosofia do Direito da práxis.

---

17 O que é Filosofia do Direito, p. 94/95, Eduardo Carlos Bianca Bittar (org.), Barueri: Manole, 2004

[VOLTA AO SUMÁRIO]

CAPÍTULO 7

Gestão metropolitana e sustentabilidade

Gilda Collet Bruna[1]
Sonia Maria Viggiani Coutinho[2]
José Eduardo Ramos Rodrigues[3]
Arlindo Philippi Jr[4]

1 Introdução

"**Tudo está calcado numa relação entre organização e conteúdo, entre matéria e forma"** como diz CAFFÉ ALVES (2002, p. 11), mostrando que na área urbana metropolitana continua o desafio de

1 Universidade Presbiteriana Mackenzie.
2 Faculdade Saúde Pública USP.
3 Instituto Florestal.
4 Faculdade Saúde Pública USP.

organização, posto que essa relação é dinâmica, podendo se ampliar ou se restringir, conforme a vitalidade dessas mesmas relações socioeconômicas e culturais. Mas a organização é que rege essa compressão ou expansão urbana, conforme a fase histórica. Assim, pode-se dizer que nas cidades e suas regiões há um movimento de concentração e reorganização da população no solo urbano.

Como diz Mauro Mascatt (apud BAUMAN 2009, cit. p. 8), com a concentração do capitalismo "as cidades tornam-se objeto de novos e intensos fluxos de população e de uma profunda redistribuição de renda: seja nos bairros nobres (...), seja nos bairros populares (...)". E nessa dinâmica ocorrem fatos naturais e sociais, formando cidades, aglomerados, contínuos de áreas urbanas, regiões metropolitanas.

E há que regular e gerir essas desmesuradas regiões urbanas, metropolitanas. Principalmente porque há impactos antrópicos negativos ao meio ambiente. O objetivo deste capítulo é discutir a metrópole e sua gestão, procurando mostrar as modificações decorrentes da descentralização e participação implantadas com a Constituição Federal de 1988.

No Brasil, essa grande concentração urbana ocorreu com uma utilização deficiente do espaço, constituindo entraves ao desenvolvimento sustentável das cidades. Isto se constitui num problema urbano que tendo alcançado proporções maiores em todo o mundo, passou a ser uma das linhas de atuação da Organização das Nações Unidas, que focaliza a questão a partir de seu Programa Habitat.

De acordo com estimativa das Nações Unidas de 2003, a população mundial urbana deve continuar crescendo, numa taxa maior que o crescimento do total da população mundial. Como conseqüência, cerca de 3 bilhões de pessoas, ou 48% da humanidade, vivia em 2003 em assentamentos urbanos, devendo ultrapassar os 50% em 2007 e 61%, em 2030. Desta forma, a população urbana deve alcançar 4 bilhões, em 2017 e 5 bilhões, em 2030 (UNITED NATIONS 2003).

Além disso, quase todo o crescimento da população total do mundo entre 2000 e 2030 será absorvido pelas áreas urbanas das regiões menos desenvolvidas. Migrações de áreas rurais para urbanas e a transformação de assentamentos rurais em áreas urbanas serão importantes determinantes do alto crescimento da população urbana nessas regiões (UNITED NATIONS 2003).

Por isso é preciso estabelecer uma relação entre organização, conteúdo e forma, como acima mencionados por Alaôr Caffé Alves. E, torna-se importante poder contar com Planejamento e Gestão. Principalmente quando a população da terra vem usando cada vez mais os recursos naturais de produção, ultrapassando a capacidade da terra de prover esses recursos, conforme MEADOWS, RANDERS and MEADOWS (2004). Mais ainda, "é mediante os conceitos e categorias, conceitos do entendimento, que conseguimos alcançar a unidade da realidade, da mesma maneira que os conceitos amealhados do ponto de vista histórico, da experiência, do ponto de vista profissional, (...)" (CAFFÉ ALVES, 2005, cit. p. 298).

Nesse sentido é que se destacam as diretrizes da Organização das Nações Unidas, desde a sua origem, até o término da Segunda Guerra Mundial, que foram centradas nos direitos humanos formulados a partir das Declarações de Direitos do Homem, estabelecendo novas relações internacionais entre os Estados e os cidadãos, e é somente com a criação do Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos, em 1978, após a Conferência sobre Assentamentos Humanos das Nações Unidas, ocorrida em Vancouver, em 1976, denominada Habitat I – realizada em uma época em que os impactos da urbanização ainda não eram muito significativos – que a Organização das Nações Unidas passa a buscar a solução de situações criticas ocasionadas por desastres naturais, guerras civis e mesmo conflitos urbanos, tendo por foco inicial o fornecimento de moradias para pessoas refugiadas, ou seja, para todos aqueles que não as possuíam.

Porém, com o decorrer do tempo, o processo de urbanização acelerou-se, culminando em um mundo essencialmente urbano, gerando novas questões como aquelas relacionadas com a precariedade dos assentamentos nos países mais pobres, a falta de infra-estrutura urbana, a precariedade dos transportes, o abastecimento de água e de energia, o controle dos resíduos, a poluição, a pobreza e as suas conseqüências, como a violência, conflitos e doenças. Este panorama acabou influenciando o Programa das Nações Unidas a afastar-se de sua meta assistencialista inicial para incorporar um papel mais amplo de cooperação entre planos, programas e projetos urbanos, voltados à promoção do desenvolvimento local e à gestão municipal[5].

É que "os seres humanos e o mundo natural estão em curso de colisão. As atividades humanas infligem danos irreversíveis ao meio ambiente (...) e muitas de nossas práticas correntes colocam em sério risco o futuro que se deseja para a sociedade humana e ao reino vegetal e animal, alterando o mundo vivo que não é mais capaz de sustentar a vida do modo que conhecemos" (Population Reference Bureau, 1998 *World Population Data Sheet*, apud MEADOWS RANDERS and MEADOWS, 2004, cit. p. 15), formando extensas áreas urbanas densamente ocupadas. Mas, necessita-se de crescimento econômico para terminar a pobreza. No entanto, esse crescimento como está atualmente estruturado pelo sistema econômico, dizem estes autores, vai acabar perpetuando a pobreza ao aumentar a distância entre ricos e pobres. É que este tipo de crescimento ocorre geralmente em países ricos, formando altos fluxos para pessoas ricas dos países ricos que acabam tendo mais privilégios. Portanto esse sistema de crescimento mantém a pobreza, o crescimento populacional e a tendência do mundo consumir muito além de seus limites. Nos países pobres o

---

5 Além disso, o Programa Habitat pretendia reunir um acervo de experiências inovadoras locais relacionadas ao tema habitat e estabelecer um programa de construção de Indicadores Urbanos para tornar-se um núcleo de observação global do habitat.

crescimento do capital dificilmente se mantém par e passo ao crescimento da população. Os retornos obtidos mais provavelmente precisam ser investidos em saúde e educação e completar as necessidades de consumo e resta pouco para investir na indústria e o crescimento econômico ocorre então, mais lentamente. Também, forma-se uma grande defasagem entre os nascimentos e as mortes, e sem o atrativo educacional ou econômico, MEADOWS, RANDERS E MEADOWS (2004, p. 45-47) dizem que as crianças passam a ser consideradas uma forma de investimento. Assim a população cresce sem que a riqueza cresça. E uma das conseqüências dessa situação do crescimento populacional nos países pobres é que a produção de alimento per capita praticamente não cresceu, enquanto que na Europa e no Oriente, a produção de alimento se mantém à frente do crescimento populacional. Além disso, em termos ambientais esse aumento da produção de alimento vem se fazendo, a expensas de danos causados ao solo, águas, florestas, ou seja, ao ecossistema como um todo, cerceando o aumento futuro da produção. Mas, será que "as limitações naturais podem ser suplantadas por inovações tecnológicas, como a biotecnologia, os novos materiais, a microinformática, (...) [que viriam] mitigar a escassez de recursos e a degradação ambiental"? (PHILIPPI JR, BRUNA, SILVEIRA, 2005, cit. p. 792).

Devido ao rápido crescimento dos assentamentos urbanos e de sua população, a Agenda Habitat II na segunda Conferência, realizada em Istambul, em 1996, teve como objetivo principal estabelecer "um conjunto de princípios e metas, compromissos e um plano global de ação, visando orientar, nas duas primeiras décadas do próximo século, os esforços nacionais e internacionais no campo da melhoria dos assentamentos humanos" (ROLNIK 1996, p. 14).

Estes princípios já vinham sendo estruturados desde a Conferência do Rio, realizada em 1992, (Rio 92), pois já se mencionava que a maioria do crescimento populacional urbano mundial se daria em países do terceiro mundo. Por isto, tanto a Agenda 21, produto desta

Conferência Rio 92, quanto a Agenda Habitat, fruto da conferência de Istambul em 1996, estava de acordo de que o ponto central para se alcançar a sustentabilidade está nas cidades, onde se localiza a maior parte de atividades e pessoas. Assim, com diretrizes que procuravam a sustentabilidade, passaram a orientar as políticas públicas e as práticas urbanas de diversas cidades e metrópoles. Entre essas diretrizes o ideal de desenvolvimento sustentado se destaca, como também a necessidade de coordenação setorial e a descentralização da tomada de decisões que precisam ser compartilhadas com a população e, portanto, passou a ter relevo a participação das comunidades em instâncias específicas da gestão urbana (GROSTEIN 2001), colocando em relevo as questões ambientais.

Para enfrentar esses desafios ambientais, a Declaração de Istambul (1996), com relação ao poder local adota a estratégia e o princípio da parceria e participação, como prioritários para se implementar os compromissos ambientais assumidos. Também, segundo ROLNIK (1996) a Agenda habitat propõe a descentralização da política urbana, como forma democrática de atuar e ainda para fortalecer a capacidade financeira e institucional[6].

2 Expansão Urbana e Meio Ambiente

No Brasil, o êxodo rural, de milhares de pessoas em busca de trabalho como forma de melhoria de qualidade de vida, alcançando serviços

6 "A Declaração de Istambul, que é um dos componentes da Agenda Habitat, ao tratar do Poder Local, adota a estratégia e o princípio da parceria e participação para a realização dos compromissos assumidos. A declaração reconhece as autoridades locais como a mais próxima e essencial parceria na implementação da Agenda Habitat, e propõe a descentralização da política urbana, para governos locais democráticos e o fortalecimento de suas capacidades financeira e institucional" (ROLNIK 1996, p. 16).

sociais e obtendo renda, foi o motor de uma explosão urbana, que elevou a população nas cidades de 19 milhões, em 1950 a 138 milhões de habitantes, em 2000. Esse adensamento ocorreu de forma rápida e desordenada nas cidades, sem prévio planejamento, com carência de recursos e de infra-estrutura, além de ter que conviver com padrões atrasados de gestão, o que acabou gerando problemas de falta de moradia, ausência de saneamento, poluição ambiental e doenças crescentes, atendimento hospitalar deficiente, pobreza e degradação ambiental (CARMO 2005).

Esse crescimento desordenado das cidades, de acordo com FRANCO (1999), torna um crucial a qualidade do espaço ou do ambiente urbano que recebem fluxos intensos de pessoas, energia e de materiais e com isto transformam a dinâmicas de sua história. "São os alimentos" [diz a autora, p. 20] que entram e o lixo que sai ou se acumula, é a água tratada e aduzida por um lado que se transforma em esgoto, na maioria das vezes sem o devido tratamento, que é despejado nos rios ou litoral comprometendo suas características originais. São as crescentes quantidades de automóveis, ônibus, caminhões e outros meios de transporte que circulam utilizando combustíveis, freqüentemente poluentes em escala maior do que o que seria absorvível pelo ambiente. A indústria e o comércio se expandido e se tornando complexos, num espaço que permanece constante mas com número cada vez maior de trabalhadores e consumidores."

Situações como esta é que pressionam para se repensar o sistema de gestão do espaço urbano, no afã de buscar para a comunidade, um futuro com qualidade de vida, senão maior do que este, pelo menos mais aceitável[7].

---

7 Problema semelhante de ausência de qualidade de vida ocorre nas áreas rurais, onde a maioria da população sofre com a falta de infra-estrutura de serviços; com a perda de emprego devido à substituição da mão de obra pela mecanização; pela diminuição da agricultura familiar sufocada pelas grandes monoculturas de exportação; e pela situação de pobreza crescente.

No caso em que o crescimento populacional é muito grande e em que as áreas urbanas dos municípios se conurbam, como diz CAFFÉ ALVES (2002, p. 17), em que "Existe, (...), uma distinção entre um município que envolve uma cidade e o contrário, isto é, a grande cidade que envolve vários municípios dentro dela. Esta metrópole terá problemas básicos unificados e integrados". Esses problemas precisam ser tratados conjuntamente, integradamente, embora cada município metropolitano seja autônomo nessa metrópole, podendo assim, continua o autor, efetuar sua captação fiscal e aplicar sua receita. É quando os conflitos se regionalizam, isto é, não podem mais ser resolvidos unicamente por um município, mas precisam considerar todos os municípios abrangidos pelos mesmos problemas, que se tem a idéia de metrópole e de seu planejamento, envolvendo muitos municípios que precisam resolver seus conflitos conjuntamente. Nesse caso, segundo CAFFÉ ALVES (2002, p. 17), "Existem regiões metropolitanas que não podem ser resolvidas em sua estruturação sem uma integração entre os municípios".[8]

Além disso, a conformação do território brasileiro, baseada no favorecimento do investimento a pólos centrais metropolitanos, mais dinâmicos, em detrimento a áreas mais afastadas, menos dinâmicas ou "estagnadas", acentua também a tendência de concentração da população nesses grandes centros metropolitanos, conduzindo a um círculo vicioso de difícil solução, devido ao tamanho da população a ser atendida. Esta população metropolitana precisa ver resolvido conjuntamente, aqueles serviços de interesse comum dos municípios metropolitanos, ficando ao Estado a função pública de desenvolver uma gestão unificada. Esse é o desafio da gestão de grandes áreas urbanas

---

8 "A idéia de que autonomia do município, que é válida para um município solitário, tradicional, não deve ter a mesma conotação e operacionalidade para os municípios integrantes da região metropolitana" (CAFFÉ ALVES, 2002, p. 17).

constituídas em regiões metropolitanas, sendo regidas por leis estaduais, como coloca CAFFÉ ALVES (2002, p.21).

Já na segunda metade do século XX, segundo GROSTEIN (2001) formaram-se no Brasil 12 metrópoles e 37 aglomerações urbanas que concentram 47% da população do país, sendo 33,6% dessa população residente somente nas 12 metrópoles, que abrangem 200 Municípios. Essa ocupação desordenada em Municípios de gestão independentes, pois Constituição Federal vigente são entes autônomos, embora com situação financeira desigual e sem a necessária ação regional conjunta, conduziu a um agravamento das questões referentes principalmente à infra-estrutura e ao uso e ocupação do solo que culminaram em pressões sobre o meio ambiente, que levaram ao "agravamento das condições de moradia das populações pobres, um processo de "periferização" do crescimento metropolitano, acompanhado de um número significativo nos índices de favelização, e um grau devastador de degradação ambiental provocado por loteamentos ilegais e ocupações sobre áreas protegidas e solos frágeis. Fenômenos originalmente circunscritos ao Município sede reproduzem-se em outros que compõem a região metropolitana, geralmente municípios dormitórios" (GROSTEIN 2001, p.3).

3 Gestão Metropolitana

As regiões metropolitanas no Brasil são hoje 33, abrangendo 407 municípios brasileiros, formadas por Lei Complementar Federal e após 1988, por Lei Complementar Estadual. É que a Constituição Federal em seu artigo 25 reza que os Estados podem instituir regiões metropolitanas, regiões de aglomerações urbanas e regiões urbano-rurais (Quadro 1).

Quadro 1. Relação de Regiões Metropolitanas Brasileiras

Nº municípios	Nome da região metropolitana	Lei
03	Área de Expansão Metropolitana da RM Carbonífera de Tubarão (Criciúma)	Lei complementar estadual Nº 495 / 2002 (Criciúma, Estado de Santa Catarina)
13	Área de Expansão Metropolitana da RM Florianópolis	Lei complementar estadual Nº 495/2010
04	Área de Expansão Metropolitana da RM Foz do Rio Itajaí	Lei complementar estadual Nº 495/2010
18	Área de Expansão Metropolitana da RM Norte/ Nordeste Catarinense	Lei complementar estadual Nº 495/2010
15	Área de Expansão Metropolitana da RM Tubarão	Lei complementar estadual Nº 495/2010
11	Área de Expansão Metroplitana da RM Vale do Itajaí	Lei complementar estadual Nº 495/2010
09	RM da Baixada Santista	Lei complementar estadual 815/1996
05	RM de Belém	Lei complementar federal Nº 14 /1973
34	RM de Belo Horizonte	Lei Complementar Federal Nº 14/1973. Várias Leis Complementares
19	RM de Campinas	Lei complementar estadual 870/2000
14	Colar Metropolitano da RM Belo Horizonte	Lei complementar estadual 56/2000
22	Colar Metropolitano da RM Vale do Aço	Lei complementar estadual 051/1998
26	RM de Curitiba	Lei Complementar Federal Nº 14/1973.

Nº municípios	Nome da região metropolitana	Lei
13	RM de Fortaleza	Lei Complementar Federal Nº 14/1973. Várias leis
11	RM de Goiânia	Lei complementar estadual 27/1999
04	Grande São Luís	Lei complementar estadual 038/1998
07	Grande Vitória	Lei complementar estadual nº 11.445/2007
06	RM de Londrina	Lei complementar estadual 081/1998
08	RM de Maringá	Lei complementar estadual 083/1998
11	RM de Maceió	Lei complementar estadual 018/1998
08	RM de Natal	Lei complementar estadual 152 (02 exceções)/1997
07	Núcleo Metropolitano da RM Carbonífera	Lei complementar estadual 221/2002
09	Núcleo Metropolitano da RM Florianópolis	Lei complementar estadual 162/1998
05	Núcleo Metropolitano da RM Foz do Rio Itajaí	Lei complementar estadual 221/2002
02	Núcleo Metropolitano da RM Norte/Nordeste	Lei complementar estadual 162/1998
03	Núcleo Metropolitano da RM Tubarão	Lei complementar estadual 221/2002
05	Núcleo Metropolitano da RM Vale do Itajaí	Lei complementar estadual 162/1998
31	RM de Porto Alegre	Lei Complementar Federal Nº 14/1973. Várias leis
14	RM de Recife	Lei Complementar Federal Nº 14/1973. Várias leis

Nº municípios	Nome da região metropolitana	Lei
17	RM de Rio de Janeiro	Lei complementar estadual nº 87/1997
10	RM de Salvador	Lei Complementar federal nº 14/1973.
39	RM de São Paulo	Lei complementar federal Nº 14
04	RM de Vale do Aço	Lei complementar estadual 051/1998

Fonte: PNUD, 2010 – modificado pelos autores.

A grande questão que surge em relação às regiões metropolitanas segundo Alaôr Caffé Alves é "a necessidade de se buscar mecanismos mais integradores, mais articulados, com uma engenharia institucional mais aprofundada, procurando resolver esses grandes desafios decorrentes do crescimento das populações e da complexidade social, cultural e econômica da vida moderna. Esse será o grande desafio desse início do século XXI" (CAFFÉ ALVES, 2002, cit. p. 23).

A questão que se delineia é, como conciliar interesses e estabelecer mecanismos de cooperação entre os municípios que compõem as regiões metropolitanas?

Ora, para enfrentar essas questões os estados tiveram que elaborar suas legislações e, no caso do Estado de São Paulo, foi aprovada a Lei Complementar Nº 760/ 1994 que estabelece diretrizes para a organização Regional do Estado de São Paulo. Foi então criado um sistema de planejamento regional e urbano sob a coordenação da Secretaria de Planejamento e Gestão (Parágrafo único do Artigo 1º) e segundo o Artigo 2, o território estadual poderá ser dividido, total ou parcialmente, mediante leis complementares, em unidades regionais, configurando regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, conforme as respectivas peculiaridades.

Nesse sentido, procurou-se organizar a descentralização conquistada, e a autonomia municipal[9] alcançada na constituição de 1988, contando com um arranjo metropolitano que conta com a cooperação entre os entes federativos. Desse modo, encontram-se organizadas duas regiões metropolitanas no Estado de São Paulo, segundo Leis Complementares Estaduais: a região metropolitana de Campinas e a região metropolitana da Baixada Santista. A região metropolitana de São Paulo, porém, ainda se encontra estruturada pela Lei Complementar Federal Nº 14/1973. No entanto, neste caso os conselhos consultivos e deliberativos constante dessa lei Nº 14, não têm funcionado. Seja devido a conflitos político-partidários, seja devido à própria organização proposta por esta lei complementar, o fato é que a participação preconizada pelos conselhos acima mencionados, não vem ocorrendo. Nesse sentido é importante citar novamente ALAÔR CAFFÉ ALVES (2002, p. 17) dizendo que "Existem regiões metropolitanas que não podem ser resolvidas em sua estruturação sem uma integração entre os municípios. A idéia de autonomia do município[10], que é válida para um município solitário, tradicional, não deve ter a mesma conotação e operacionalidade para os municípios integrantes de uma região metropolitana[11]. Isto é impossível. Nesse caso, [continua

---

9 A autonomia municipal é prevista pelos artigos 18 e 29, da Constituição Federal, que reconhecem o poder de auto-organização, através da possibilidade de elaborar sua própria Lei Orgânica; capacidade de autogoverno, através da eleição de Prefeitos e Vereadores; capacidade normativa, através da competência para elaborar suas leis municipais dentro de suas competências, e capacidade de auto-administração, através da manutenção e prestação de serviços de interesse local, bem como legislar sobre seus tributos e aplicar suas rendas. (MEIRELLES, 2003)

10 Somente após a Constituição Federal de 1988, tendo o Município alcançado o status de ente federado e, portanto, dotado de maior autonomia, é que lhe foi dado o direito de editar sua própria Lei Orgânica Municipal.(CF. art.28) No anterior regime constitucional a maioria dos municípios adotava leis orgânicas estaduais. (MEIRELLES, 2003).

11 A Constituição de 1988, ao estabelecer o federalismo, o faz através de uma descentralização do todo, dividindo o Estado federal (todo) em Estados-membros

este autor,] até mesmo o conceito de autonomia deve ser distinguido para os municípios metropolitanos e não metropolitanos (tradicionais) [12], sob pena de não ser aplicado adequadamente à realidade, não solucionando uma situação concreta e urbanística". Assim é que a região metropolitana de São Paulo ainda não se organizou quanto à participação municipal nas decisões de interesse comum metropolitano.

Sim, fala-se em interesse comum, referindo-se àquelas funções metropolitanas que precisam ser equacionadas pelo conjunto de seus municípios, como a poluição das águas dos mananciais da região, pois não adianta alguns municípios, situados a jusante, querer resolver a distribuição de água para abastecimento, se há municípios a montante que continuam poluindo as águas. Desse modo, destaca-se que segundo o Artigo 7º da Lei Complementar Estadual Nº 760/1994, "poderão ser considerados de interesse comum das entidades regionais [– entendam-se aqui as regiões metropolitanas e ainda as aglomerações

(partes), e estabelecendo também o municipalismo, através da descentralização das partes, em Municípios. Tem-se, desta forma, três ordens e não duas como costumava ocorrer no Estado Federal. Tem-se assim: a União, como ordem total; os Estados-membros e o Distrito Federal, como ordens regionais, e os Municípios, como ordens locais.

12 A competência do Município em matéria urbanística deriva da Constituição Federal em seus artigos: art. 30, I que assegura sua competência legislativa para assuntos de interesse local; art. 30, II, que estabelece sua competência legislativa suplementar a legislação federal e estadual; art. 30, VIII, que traça a competência material de "promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano" e do art. 182, que estabelece como objetivo da política de desenvolvimento urbano do Município o ordenamento do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes.

Desta forma "o Município está habilitado a ordenar física e socialmente seu território, através do plano diretor, e a regular o uso e a ocupação do solo urbano, bem como a execução de construções, a instalação de equipamentos e o exercício de atividades que afetem a vida e o bem-estar da comunidade urbana". (MEIRELLES,2003).

urbanas e regiões e as micro regiões, quando legalmente definidas -,] os seguintes campos funcionais:

I – planejamento e uso do solo;

II – transporte e sistema viário regionais;

III – habitação;

IV – saneamento básico;

V- meio ambiente;

VI – desenvolvimento econômico; e

VII – atendimento social".

Ainda em relação às regiões metropolitanas, destaca-se que aquelas instituídas por Lei Complementar Estadual contam com um Conselho de Desenvolvimento Metropolitano, uma Agência Metropolitana e um Fundo Metropolitano para sua administração, também contando com a participação de órgãos estaduais, órgãos municipais e com a sociedade civil. Sendo assim regiões descentralizadas que contam com a participação da população em sua gestão.

Mas para equacionar problemas regionais, como a poluição das águas dos mananciais metropolitanos, o Estado de São Paulo aprovou a Lei Estadual 7.663 / 1991 que estabelece normas de orientação à Política Estadual de recursos Hídricos bem como ao Sistema Integrado de Gerenciamento de Recursos Hídricos, que propõe uma gestão descentralizada, participativa e integrada, adotando a bacia hidrográfica como unidade físico-territorial de planejamento e gerenciamento. É importante observar que por meio dessa lei, a bacia hidrográfica é considerada a unidade de planejamento e que o Estado de São Paulo conta com 22 bacias hidrográficas.

Desse modo, em termos de descentralização, o planejamento ficou descentralizado por bacia hidrográfica, no Estado de São Paulo, segundo 22 bacias. Em relação à participação da população, essa

legislação cria um Sistema Integrado de Recursos Hídricos, moldando a política estadual de recursos hídricos, cujas bacias são geridas por Comitês de Bacias e subcomitês de sub-bacias, que congregam os órgãos estaduais, os órgãos municipais e a sociedade civil, nos termos do artigo 225 da Constituição Federal vigente. Desses Comitês destacam-se o da bacia hidrográfica do Alto Tietê e aquele da bacia do Piracicaba, que vem atuando continuamente.

Pode-se dizer ainda que essa Lei Estadual 7.663 / 1991 serviu de modelo para a Lei Federal 9.433 / 1997 que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Esta Lei Federal 9.433/1997 em seu artigo 6º reza que os Planos de Recursos Hídricos são planos diretores que visam a fundamentar e orientar a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e o gerenciamento dos recursos hídricos. É assim uma política descentralizadora e que em termos de participação atua em conformidade com o Conselho Nacional de Recursos Hídricos, a Agência Nacional das Águas, os Conselhos dos Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal, os Comitês de Bacias Hidrográficas, os órgãos dos poderes públicos federal, estaduais, do distrito federal e municipais relacionados á gestão de recursos hídricos e as agências de Água. Como se vê, a proposta é de descentralização e de participação por meio de conselhos e comitês.

Também, no tocante às questões urbanas a Lei Federal 10.257 / 2001, conhecida como Estatuto da Cidade, regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal estabelecendo as diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Desse modo a descentralização faz de cada município o ente local responsável pela aplicação das políticas públicas de desenvolvimento urbano, por meio de seu plano diretor que define a função social da propriedade.

Todas essas legislações focalizam a gestão ambiental e urbana e entre elas é preciso contar também com a Lei Federal 9.985 / 2000 que regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, instituindo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e outras providências.

4 Unidades de Conservação da Natureza e Áreas Verdes

Ora, para a questão da região metropolitana de São Paulo, podem-se focalizar as áreas verdes, ou seja, unidades de conservação da natureza às áreas de proteção aos mananciais.

Assim, o que antes era considerado parque urbano, ou seja, locais em que se podia descansar à sombra das árvores, ouvir música tocada por bandas e comer bem num restaurante denominado "Chalé da Ilha", segundo a administração provincial de João Teodoro (1872-1875), que implantou em São Paulo o novo parque da Ilha dos Amores, situado numa pequena ilha, resultante da retificação do rio Tamanduateí, rente à rua Vinte e Cinco de Março, com aproximadamente trezentos metros de comprimento e largura média em torno de sessenta metros e o braço menor do rio, que era cruzado por uma ponte em arco, servia de piscina pública antes de desaguar adiante, no mesmo Tamanduateí. Pode-se dizer assim que as áreas verdes mereciam apreço do governo e da população paulistana. No entanto, em meados da década de 1890, esse espaço estava totalmente abandonado (BARTALINI, 1999, p. 36-37) e a Ilha dos Amores desapareceria tragada por nova retificação do rio iniciada em 1896 e terminada em 1915 (MOURA, 1980, p. 179-180).

E, durante o século XIX, segundo ROBBA e MACEDO (2002, p. 28-29), o surgimento da praça ajardinada é um marco na história dos espaços livres urbanos brasileiros, pois altera a função da praça na

cidade, na medida em que a praça-jardim deixa de ser (como eram no período colonial o largo, o terreiro e o adro da igreja), o palco da vida mundana e religiosa, civil e militar da cidade. A praça agora é um belo cenário ajardinado destinado ás atividades de recreação e voltado para o lazer contemplativo, a convivência da população e o passeio. Pode-se destacar ainda que em 1893 todas as áreas verdes da cidade passaram da administração do Estado para a do Município. Na gestão do prefeito Antonio Prado (1899-1910) houve alguns avanços no campo paisagístico: remodelação do Parque da Luz, foi implantado o Parque da Independência em frente ao Museu Paulista (CAMPOS, 2002, p. 82-83) e também um Horto Botânico, na parte de trás do prédio do museu (GUARALDO, 2002, p. 87), do qual restou o atual bosque ali situado, já no início do século XX, 1905, embora ainda fossem poucas as áreas verdes de algum porte, de domínio público.

Em 1900 foi inaugurado o Parque Antártica, num terreno de aproximadamente dezoito hectares de propriedade da Companhia Antártica Paulista, na Água Branca. Era um parque projetado com ruas de traçado retilíneo e árvores plantadas com o fim específico de proporcionar sombra aos visitantes. Era servido por uma linha de bondes elétricos com tarifas reduzidas, de modo a estimular a freqüência do lugar (BARTALINI, 1999, p. 42).

Muitos parques, entretanto, eram propriedades privadas, como o Bosque da Saúde que pertencia à Companhia Antártica. Esse parque continha ainda grande extensão de Mata Atlântica, com caminhos e pequenos córregos de água fresca. No entanto, em 1920 os proprietários do Bosque da Saúde queriam loteá-lo e por isso[13] o projeto

[13] Os vereadores Anhaia Melo e Luciano Gualberto, que era médico, apresentaram projeto de lei declarando de utilidade pública as matas do Bosque da Saúde, propriedade de Mário Otoni de Resende, com o objetivo de transformá-las em área verde pública, considerando que o local já seria de fato um logradouro público, com belíssima mata, visitada por uma grande parte da população paulistana, especialmente aos domingos (CAMPOS, 2002, p.309).

de colocá-lo como parque público não foi levado adiante[14] e o Bosque da Saúde se tornou um loteamento, a partir de 1925. Outros parques particulares também só existiram enquanto seus donos assim o desejavam[15].

Mas, segundo o urbanismo moderno os parques eram essenciais à salubridade das grandes aglomerações, a prefeitura priorizou a abertura de praças e espaços livres nos loteamentos mais consolidados, junto à área central (CAMPOS. 2002, p.302)[16]. Outros parques também foram importantes como os parques do Anhangabaú e da várzea do Carmo, ladeando a colina central. Além do propósito higienista, concorriam para a amenização paisagista e para a valorização pitoresca de edifícios que representavam os poderes sediados na capital (CAMPOS, 2002, p. 304).

O Parque Dom Pedro II foi o resultado de um bem sucedido projeto de saneamento e urbanização que transformou o antigo alagadiço da várzea do Carmo, havia décadas já utilizado para o lazer pela população, resultando em grande valorização para a região em termos imobiliários (MACEDO e SAKATA, 2002, p. 27). Com 450 mil metros

---

14 O projeto foi aprovado, mas a desapropriação foi orçada em 2.500 contos de réis, inviabilizando a iniciativa, e o Bosque da Saúde foi infelizmente loteado e destruído a partir de 1925 (poucos anos antes, o terreno havia sido vendido a Mário Otoni de Resende por apenas 400 contos). A imprensa chegou a acusar Luciano Gualberto de pretender locupletar-se por meio dessa tentativa de desapropriação, tentando desmoralizar a louvável intenção do legislativo (CAMPOS, 2002, p. 309).

15 Muitas vezes eram mantidos para propiciar a valorização econômica ou servir de propaganda para a área em que se situavam. Posteriormente eram totalmente loteados, visando a obtenção pura e simples de lucros para seus proprietários. Somente sobreviveram os atuais Parques da Aclimação e Tenente Siqueira Campos (Trianon), eis que adquiridos pela municipalidade

16 Para tanto a mata da avenida Paulista (Parque Villon, depois Parque do Trianon, atual Parque Tenente Siqueira Campos) foi desapropriada em 1911 (BARTALINI, 1999, p. 52); os terrenos da praça Higienópolis (hoje Parque Buenos Aires), em Higienópolis, foram desapropriados em 1912. A praça foi inaugurada em 1913, com jardins projetados pelo paisagista francês Bouvard (HOMEM, 1980, p. 72).

de área total, este parque seria inaugurado em 1922 (CAMPOS, 2002, p.307). Muitos desses parques, no entanto, foram devastados e se tornaram avenidas urbanas, como o Parque do Anhangabaú (Robba e Macedo apud MAIA, 1945, p. 12-13)[17].

Houve sempre uma proposição de se contar na cidade de São Paulo, com cobertura vegetal, como quando em 1924, a Câmara Municipal propôs a aquisição de um trecho de cobertura vegetal que, embora distante do perímetro urbano, possuía especial importância histórica, paisagística e simbólica: o Pico do Jaraguá e as matas circundantes[18]. Mas, apenas em 1940 o sítio passaria a ser de domínio público, porém do Estado de São Paulo. Este transformaria a área no Parque Estadual do Jaraguá, criado pelo Decreto Estadual 38.391 de 03/05/1961 – Pico do Jaraguá –, hoje conhecido como uma unidade de conservação dentro da tipologia do SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – criado pela Lei Federal 9.985 / 2000, ou seja, unidade de conservação, entendida, conforme inciso I do Artigo 2º, como um "espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação

---

17 Na década de 1980, um concurso público realizado pela municipalidade premiaria o projeto dos arquitetos e paisagistas Jorge Wilheim, Jamil José Kfouri e Rosa Grena Kliass. Nesse projeto o tráfego de veículos foi transferido para túneis que passam sob uma grande praça de aproximadamente 60 mil metros quadrados, onde foi restabelecida a conexão peatonal entre os dois lados do centro da cidade, sem pretender trazer de volta o sítio original, mas criar um espaço urbano que enfatizasse as características do vale (ROBBA e MACEDO, 2002, p. 134).

18 Propunha-se que a prefeitura adquirisse duzentos alqueires no Jaraguá, como uma reserva verde na periferia. Seria resguardado, junto com um dos últimos trechos de mata nativa do Município, um ponto relevante para a memória local, ligado à tradição bandeirante. A moção foi aprovada em 1925 e o sítio foi declarado de utilidade pública. Porém a avaliação judicial da área resultou no preço de mil e duzentos contos, embora a gleba tivesse sido vendida pouco antes a um particular por apenas seiscentos e cinqüenta contos. O custo foi considerado inviável pela prefeitura que solicitou a revogação da lei (SÃO PAULO, 1925, p. 874-878).

e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção". E assim sendo uma unidade de conservação da natureza, segundo o inciso II desta lei, "o manejo do uso humano da natureza, compreendendo a preservação, a manutenção, a utilização sustentável, a restauração e a recuperação do ambiente natural, para que possa produzir o maior benefício, em bases sustentáveis, às atuais gerações, mantendo seu potencial de satisfazer as necessidades e aspirações das gerações futuras, e garantindo a sobrevivência dos seres vivos em geral".

Quanto a outros parques[19], na verdade São Paulo era considerada uma "cidade rala", de baixa densidade de ocupação, abundante em terrenos vagos e espaços livres e que, portanto, não teria grande necessidade de parques públicos. É que a presença de parques particulares havia disfarçado a carência de áreas públicas de lazer, que veio à tona quando todas essas matas foram impiedosamente loteadas na década de 1920. Da mesma forma, a dispersão de sua ocupação urbana, até aquele momento, criava a ilusão de uma cidade imersa no verde. Entretanto, podia-se prever que a densidade da construção aumentaria a cada dia, de modo que desapareceriam jardins, pátios e quintais particulares e a cidade terminaria por ser compacta. Era previsível, assim, já na década de 1920 que São Paulo viria a ser, no tocante a áreas verdes, uma das mais desfavorecidas entre as grandes cidades modernas (CAMPOS, 2002, p. 312 e 313).

Desse modo, a procura de áreas verdes[20], mas , o Parque do Ibirapuera somente seria implantado em 1953, para sediar a Exposição do

---

19 Em 1926, quando se iniciava a administração do Prefeito Pires do Rio, a prefeitura decidiu-se pela criação de um grande parque nos terrenos municipais do Ibirapuera, antes pensado para a chácara da Floresta, Jaraguá e outros lugares (CAMPOS, 2002, p. 312).

20 No sentido de ampliar os espaços verdes do Município de São Paulo, medidas também estavam sendo tomadas pelo Estado. Em 1929 seria implantado o atual Jardim Botânico de São Paulo na então chamada "Mata do Governo", destinada à proteção

IV Centenário de São Paulo (MARIANO, 1992, p. 97). Com o desenvolvimento econômico ocorrido a partir do "milagre brasileiro" entre 1968 e 1973, cresceram as migrações internas para a cidade que não estava preparada para tanto, apresentando assim muitas carências. Havia desequilíbrios, penalizando as áreas mais pobres da cidade (PMSP, apud BARTALINI, 1999, p. 113). Apesar dessa situação, em seguida procurou-se melhorar a situação, tendo sido construídos muitos parques, alcançando um total de 60 hectares de parques urbanos. Destes, segundo BARTALINI (2002, p. 113, 114-115) nove parques eram espaços livres de loteamento, não precisando, portanto serem adquiridos pela prefeitura; cinco eram antigas "praças", que para se tornarem "parques", apenas passaram por reformas de pouca monta e foram cercados.

As Áreas Verdes como Unidades de Conservação da Natureza, pode-se dizer, complementam a preservação dos mananciais. Na região metropolitana de São Paulo, estes vêm sendo preocupação de gestão, desde os anos de 1970, com as Leis Estaduais 898 / 1975 e 1.172 / 1976, quando se procurava controlar a poluição das águas por meio do uso do solo e assim preservar a água para abastecimento. Assim, "garantir a existência de água suficiente e em qualidade tornou-se uma questão de sobrevivência para a Região Metropolitana de São Paulo. E encarar tal realidade implica em promover um melhor gerenciamento dos recursos hídricos e a implantação de uma política preventiva capaz de

---

das nascentes do riacho do Ipiranga e que viria a se chamar Parque do Estado em 1929. O Jardim Botânico tornar-se-ia autônomo com a criação em 1938 do Departamento de Botânica, integrante da Secretaria Estadual da Agricultura (GUARALDO, 2002, p. 92). Ao lado deste, seria inaugurado o Parque Zoológico de São Paulo em 16 de maio de 1958, que seria administrado, a partir de 1959, pela Fundação Parque Zoológico de São Paulo, atualmente vinculada à Secretaria Estadual do Meio Ambiente (FUNDAÇÂO PARQUE ZOOLÓGICO DE SÃO PAULO). Posteriormente, o Parque do Estado teve sua denominação alterada para Parque Estadual das Fontes do Ipiranga, tornando-se unidade de conservação integrante do SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

assegurar a preservação dos mananciais e propiciar a continuidade do desenvolvimento da metrópole" (SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS METROPOLITANOS. EMPRESA METROPOLITANA DE PLANEJAMENTO DA GRANDE SÃO PAULO S / A, 1984, cit. p.10, cit. p. 10).

Essa política propunha em linhas gerais, (1) "orientar a expansão do aglomerado metropolitano na direção leste-oeste, onde se encontram os terrenos mais adequados à ocupação urbana, e restringir o crescimento nas direções norte, sul e sudeste, a fim de proteger seus recursos hídricos. (2) promover um sistema integrado metropolitano de grandes espaços verdes abertos visando a proteção aos recursos hídricos e criar áreas de recreação ativa preservando a paisagem regional" (SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS METROPOLITANOS. EMPRESA METROPOLITANA DE PLANEJAMENTO DA GRANDE SÃO PAULO S/A, 1984, cit. p. 15).

Desse modo, as leis acima mencionadas delimitam as áreas a serem protegidas e propõem parâmetros de uso e ocupação do solo nessa área de bacia hidrográfica, mostrando uma forma de estruturar o desenvolvimento metropolitano, a partir da determinação da população de saturação da bacia protegida.

Segundo especialistas, essa é tanto uma forma preventiva como eficiente no que concerne ao tratamento de efluentes, cujo desafio é alcançar a qualidade da água para abastecimento. Há assim uma ocupação máxima admissível, que deve ser observada e categorias de áreas com padrões urbanísticos próprios. Dentre as medidas adotadas, além de índices urbanísticos restritivos, destaca-se que a rede de esgotos deverá tratar e depois afastá-los para bacias não-protegidas. Mas o lodo resultante desse tratamento não pode ser depositado em áreas de proteção, devendo-se garantir uma eficiência mínima de remoção das cargas poluidoras (SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS METROPOLITANOS. EMPRESA METROPOLITANA DE PLANEJAMENTO DA GRANDE SÃO PAULO S/A, 1984).

De 1976 a 1997 a aplicação dessa legislação, na realidade só conseguiu evitar qualquer tipo de ocupação na área, por empresas ou pessoas físicas que pediam orientação para implantação, pois na realidade revelou-se que os parâmetros urbanísticos fortemente restritivos, praticamente inviabilizavam financeiramente essa ocupação, quando possível. Conseqüentemente, ocorreu de fato, uma ocupação irregular ou clandestina, por camadas da população de baixa renda familiar, que se instalaram junto às margens das represas e córregos, sem pedir "licença" para tanto em termos legislativos, e assim, se instalou sem contar com qualquer infra-estrutura de saneamento básico. Como resultado a poluição que geraram e continuam gerando não vem sendo devidamente tratada, pois os esgotos domésticos são lançados a céu aberto e ainda o lixo se acumula em cada canto. Apesar desse aspecto negativo, a prefeitura de São Paulo e de outros municípios como Itapecerica da Serra, vem se esforçando junto à Sabesp para instalar a coleta do esgoto enviando-o para tratamento em Barueri, mas de fato, isso ainda não aconteceu.

Aconteceu, entretanto, que essa legislação foi estendida a todo o Estado de São Paulo, pela Lei 9.866 / 1997 que dispõe sobre diretrizes e normas para a proteção e recuperação das bacias hidrográficas dos mananciais de interesse regional do Estado de São Paulo e dá outras providências. E, para efeito dessa legislação considera APRM – Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais uma ou mais sub-bacias hidrográficas dos mananciais de interesse regional para abastecimento público. Assim sendo as APRM serão definidas e delimitadas por proposta do Comitê de Bacia Hidrográfica. Assim, cabe a estes comitês aprovar a legislação e acompanhar sua implantação. Nesse sentido, em termos da Constituição Federal vigente, é uma legislação descentralizada, cuja participação da população é prevista por meio dos comitês de bacias hidrográficas e suas câmaras técnicas.

Há, no entanto, lentidão na implantação dessa legislação, típica de uma legislação que requer a discussão e aprovação, contando com a

sociedade civil, representantes dos órgãos estaduais e dos órgãos municipais, numa área (bacia hidrográfica) que não coincide com os limites administrativos e que, portanto, pode incluir tanto municípios inteiros como parte de municípios. Assim sendo, não se podem contar os resultados tão rapidamente, ou melhor, pode-se já contar como resultados as reuniões dos comitês discutindo a questão.

Além dessa legislação, vem sendo feito um aprimoramento junto às bacias que contam com população instalada em suas imediações. Foram aprovadas duas leis específicas, uma para a área da sub-bacia do Guarapiranga (Lei 12.233 / 2006) e outra para a sub-bacia Billings (Lei 13.579 / 2009). Para a aplicação da APRM nessas áreas está sendo feito um ajuste, das proposições dessas leis específicas e das leis dos planos diretores de municípios, de modo a compatibilizar as decisões relativas a parâmetros urbanísticos.

5 Considerações finais

A forma de analisar e cuidar do planejamento das cidades se tornou mais complexa, pois agora se almeja alcançar um desenvolvimento com sustentabilidade. Por isto a gestão democrática participativa é o objetivo principal, devendo contar com a participação da população (sociedade civil) e também do estado e dos municípios. O estado é uma entidade regional que dirige o crescimento socioeconômico e nele a própria ocupação urbana. O município é a entidade local que deve cuidar dos interesses das suas comunidades. E, percolando um cenário cultural típico, é preciso tornar a população envolvida com as questões do meio ambiente, tanto urbano, como rural. Envolvida no sentido de que "procure não destruir o meio ambiente, minimizando o uso de recursos não renováveis, prevenido a erosão dos recursos renováveis, o uso dos recursos com a máxima eficiência, [e consiga] diminuir a velocidade e eventualmente parar o crescimento

exponencial da população e seu capital físico" como mostram MCDONOUGH e BRAUNGART (2002).

Se NOVAES (2000, p. 23), ao focalizar a Agenda 21 brasileira, já mencionava a sustentabilidade como um desafio a ser enfrentado, desafio este "tão vasto quanto as possibilidades brasileiras, fundadas em seu território continental, recursos naturais ainda fartos, a maior diversidade biológica do planeta, recursos hídricos relativamente abundantes, insolação durante todo o ano, uma complexa sociedade já superior a 160 milhões de habitantes", no entanto destaca-se que essa população padece, como aquela de muitos outros países, com a desigualdade de renda de sua sociedade e com as disparidades entre suas regiões.

Estas desigualdades são o desafio de organização, como coloca CAFFÉ ALVES (2002) em seu capítulo sobre as regiões metropolitanas cujos reflexos na qualidade de vida. Pois é essa falta de organização que rege a expansão ou compressão das áreas urbanas, e que contribui para a geração da maioria dos problemas sócio-econômicos que afligem grande parte da população das regiões metropolitanas. Desse modo é a falta de gestão, pode-se dizer que acentua essa distribuição desigual de renda, e que também facilita a propagação de doenças, ou ainda a fome e a pobreza que acabam minando a sustentabilidade ambiental.

Por outro lado, pode-se dizer que nas cidades e suas regiões há um movimento de concentração e reorganização da população no solo urbano. Há a criação de panorama cultural que passa a demandar responsabilidade pelo meio ambiente, sem o que todos os esforços da humanidade acabam desperdiçados.

Referências

BARTALINI, Vladimir. **Parques Públicos Municipais de São Paulo: ação da municipalidade no provimento de áreas verdes de recreação**.

São Paulo: FAU USP, (Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo). Tese de Doutorado, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Confianças e Medo na Cidade**. Tradução Eliana Aguiar, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

CAFFÉ ALVES, Alaôr, pp. 11-24, Meio Ambiente e a Questão Metropolitana, in PHILIPPI JR, Arlindo; ALVES, Alaôr Caffé; ROMÉRO, Marcelo de Andrade; BRUNA, Gilda Collet (Editores). **Meio Ambiente, Direito e Cidadania**. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Saúde Pública, Faculdade de Direito, Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Núcleo de Informações em Saúde Ambiental: Signus Editora, 2002, cit. p.11.

CAFFÉ ALVES, Alaôr. pp. 297-357, Fundamentos do Direito e Meio Ambiente, in PHILIPPI JR, Arlindo e CAFFÉ ALVES, Alaôr (Editores). **Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental**. Barueri, SP: Manole, 2005, cit. p. 298.

CAMPOS NETO, Candido Malta. **Os Rumos da Cidade: Urbanismo e Modernização de São Paulo**. São Paulo: FAU USP, (Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo). Tese de Doutorado, 2002.

CARMO, Roberto Luiz do. Urbanização, metropolização e recursos hídricos no Brasil. In: Dowbor Ladislau e Tagnin Renato Arnaldo (org.). **Administrando a água como se fosse importante. Gestão ambiental e sustentabilidade.** São Paulo: Editora SENAC; 2005.

FRANCO, Roberto Messias. Principais problemas ambientais municipais e perspectivas de solução. In: Philippi Jr Arlindo, Maglio Ivan Carlos et al (ed.). **Municípios e meio ambiente:perspectives para a municipalização da gestão ambiental no Brasil**. São Paulo: Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente (ANAMMA); 1999.

GROSTEIN, Marta Dora. Metrópole e expansão urbana: a persistência de processos "insustentáveis". In: **Revista São Paulo em Perspectiva.** São Paulo: Fundação SEADE, V.15/nº1/jan-mar2001 Disponível em <htpp http://www.seade.gov.br/produtos/spp/index.php?men=res > [07/04/2010].

GUARALDO, Eliane. **Repertório e identidade: espaços públicos em São Paulo, 1890-1930.** 2002. 153 p. Tese (Doutorado em Arquitetura) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo.

HOMEM, Maria Cecília Naclério **Higienópolis: grandeza e decadência de um bairro paulistano.** São Paulo: Secretaria Municipal de Cultura, 1980.

MACEDO, Silvio Soares; SAKATA, Francine Gramacho. **Parques urbanos no Brasil.** São Paulo: Edusp; Imprensa Oficial, 2002.

MAIA, Prestes. **Os melhoramentos de São Paulo.** São Paulo: Prefeitura Municipal de São Paulo, 1945.

MARIANO, Cássia Regina. **Parques metropolitanos de São Paulo: subsídios para o desenho.** 1992. 218p. Dissertação (Mestrado em Estruturas Ambientais Urbanas) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo.

McDONOUGH, William & BRAUNGART, Michael. **Cradle to Cradle. Remaking the Way We Make Things**. (2002). New York: North Point Press, 2002.

MEADOWS, Donella; RANDERS, Jorgen; and MEADOWS, Dennis. **Limits to Growth. The 30-Year Update.** Vermont, USA: Chelsea Green Publishing Company, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes**. Direito municipal brasileiro**. São Paulo: Malheiros editores, 7ª ed., 2003.

MOURA, Paulo Cursino de. **São Paulo de outrora: evocações da metrópole.** São Paulo: EDUSP, 1980.

NOVAES, Washington (Coord.), Ribas O, Novaes PC. **Agenda 21 Brasileira: bases para discussão**. Brasília: MMA/PNUD; 2000 Disponível em <http://www.mma.gov.br/port/se/agen21/capa.> [07/07/2004].

PHILIPPI JR, Arlindo; BRUNA, Gilda Collet; e SILVEIRA, Vicente Fernando, pp. 789-810, in PHILIPPI JR, Arlindo e CAFFÉ ALVES, Alaôr (Editores). **Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental**. Barueri, SP: Manole, 2005, cit. p. 792.

[PNUD] Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Composição da regiões metropolitanas do Brasil. Disponível em <http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/Regiao%20Metropolitana%20-%20ordem%20alfabetica.htm> [07/04/2010]

ROBBA, Fabio e MACEDO, Silvio Soares. **Praças Brasileiras. Public Squares in Brazil.** São Paulo: EDUSP, 2003.

ROLNIK Raquel, SAULE JUNIOR N. Habitat II – assentamentos humanos como tema global. In: Bonduki Nabil (org.). **Habitat. As práticas bem-sucedidas em habitação, meio ambiente e gestão urbana nas cidades brasileiras.** São Paulo:Studio Nobel; 1996.

SÃO PAULO (Município). **Anais da Câmara Municipal de São Paulo: 1925.** São Paulo: Ferrari & Losasso, 1925.

SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS METROPOLITANOS. EMPRESA METROPOLITANA DE PLANEJAMENTO DA GRANDE SÃO PAULO S / A. **Região metropolitana de São Paulo**-proteção dos mananciais: legislação e roteiro para implantação de projetos. São Paulo, 1984, cit. p. 10.

UNITED NATIONS (UN). Department of economic and social affairs/population division. **World urbanization prospects: the 2003 revision (executive summary)**. New York; 2003. Disponível em: <http://www.un.org/esa/population/publications/wup2003/2003Highlights.pdf> [07/04/2010].

[VOLTA AO SUMÁRIO]

CAPÍTULO 8

Desenvolvimento tecnológico e preservação da natureza

Márcia Dieguez Leuzinger[1]
Solange Teles da Silva[2]

1 Introdução

O professor Alaôr Caffé Alves, em seu artigo intitulado *"Fundamentos do direito e meio ambiente"*, publicado na coletânea denominada *"Curso interdisciplinar de direito ambiental"*, apresenta, com muita

---

1 Procuradora do Estado do Paraná. Mestre em Direito e Estado e Doutora em Desenvolvimento sustentável / gestão ambiental pela Universidade de Brasília (UnB). Professora de Direito Ambiental e de Direito Administrativo da Graduação e do Mestrado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Líder do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Diretora do IBAP.

2 Doutora em Direito Ambiental pela Universidade Paris I – Panthéon Sorbonne. Professora de Direito Ambiental da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável.

propriedade, em um de seus tópicos, o dilema que envolve o desenvolvimento das forças produtivas e as relações sociais de produção[3].

O autor inicia o tópico demonstrando que, embora grande parte dos economistas defenda que o progresso tecnológico e científico é capaz de resolver todas as questões sociais, ou seja, que a tecnologia e a ciência teriam a possibilidade de solucionar as crises e os impasses da miséria da sociedade, há a necessidade de se ressaltar que o avanço histórico-social do homem não está baseado apenas no desenvolvimento técnico-científico de suas atividades produtivas. Além do conteúdo econômico, deve ser considerada a forma de organização social que esse conteúdo exige, que envolve, atualmente, relações capitalistas, com sua ordem, instituições e direito, pois o desenvolvimento das forças econômicas dá-se sempre no âmbito de uma determinada estrutura social[4].

Por essa razão, continua o autor[5],

> *Não basta apenas o progresso científico-tecnológico para resolver os graves e profundos problemas da humanidade; é preciso reorganizar a produção e o consumo dentro de novas bases estruturais da sociedade, o que significa precisamente a superação da sociedade capitalista de produção. Esta é a dimensão política do problema e deve levar, como já está ocorrendo, a restrições cada vez mais conflitivas na ordem jurídica para evitar-se, ainda dentro do sistema capitalista, o comprometimento e a degradação da vida humana e social, bem como da vida no planeta. Aí está a necessidade de desenvolvimento do direito ambiental, que não se dará apenas pela compreensão científica ou dogmática dele, mas pela tomada de consciência crítica (educação ambiental) e pelas lutas sociais e democráticas em torno da qualidade de vida e da preservação dos recursos naturais do planeta,*

---

3 CAFFÉ ALVES, Alaôr. Fundamentos do direito e meio ambiente. In: PHILLIPPI JR, Arlindo; CAFFÉ ALVES, Alaôr (edit.). **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. São Paulo: Manole, 2005.

4 *Ibidem*, pg. 319.

5 *Ibidem*, pg. 320.

> *arrostando e enfrentando com coragem as forças hegemônicas do capital.*

Como para cada nível de avanço da tecnologia produtiva existe uma forma estrutural determinada, uma organização social do modo de produção correspondente, não é suficiente, conforme aduz o autor, o mero avanço tecnológico para explicar a superação da miséria humana e do desequilíbrio ambiental. É necessário, em especial, transformar as relações distributivas entre os homens, o que significa alterar as relações sociais estruturais (relações mediadas por bens de produção)[6].

A partir dessas premissas, postas por Caffé Alves, o presente artigo tem o objetivo de discutir os efeitos das inovações tecnológicas sobre o meio ambiente, que podem ser positivos ou negativos, bem como a capacidade de se superar a crise ambiental, apenas por meio do avanço científico, observando-se como o direito relaciona-se com essa problemática. Assim, é possível indagar-se se o progresso científico-tecnológico é suficiente para se superar todos os graves problemas ambientais hoje vivenciados no planeta ou se será necessária uma mudança estrutural da organização social e, ainda, se apenas as limitações estabelecidas pelas normas que conformam o direito ambiental interno e internacional bastam para estabelecer limites seguros de acesso (utilização/poluição) ao meio ambiente.

2 Origens da crise ambiental

A crise ambiental que hoje atinge todo o planeta não é uma novidade dos séculos XX e XXI. Ao contrário, graves impactos ambientais já podiam ser observados na Europa medieval, com a destruição florestal

6 *Ibidem*, pg. 323.

acarretada pela necessidade de produção de energia, em especial para as cidades que floresceram a partir da abertura do Mediterrâneo, com o renascimento comercial. Mais tarde, a Revolução Industrial acarretou, ao longo do tempo, não apenas uma grande concentração urbana, mas também um aumento exponencial da poluição, em razão da atividade das fábricas, além de uma necessidade sempre crescente de matérias-primas, retiradas da natureza, para atender à também sempre crescente produção. Com a Revolução Industrial ocorreu, portanto, uma diversificação, bem como uma intensificação e multiplicação dos tipos de poluição.

Pode-se observar que, de fato, foi com o advento da forma capitalista de produção que os efeitos da ação humana sobre o ambiente puderam ser sentidos de forma mais severa, fazendo com que o planeta mergulhasse em uma crise ambiental gravíssima, fruto da intervenção antrópica no meio ambiente. Efeito estufa, degradação da camada de ozônio, escassez de recursos hídricos, perda em massa de biodiversidade são apenas alguns exemplos de problemas ambientais atuais que preocupam não apenas à comunidade científica, mas também à sociedade civil e os cidadãos, seja em razão da paulatina conscientização ambiental, seja em função dos efeitos que essa crise acabou gerando sobre a saúde humana (efeitos da poluição e contaminação ambiental), seja, ainda, em razão do próprio futuro da humanidade, quer dizer, da sobrevivência da espécie humana e das questões relacionadas à segurança hídrica e alimentar.

Desse modo, ainda no final do século XIX já se podia verificar o surgimento, em diferentes países, de um movimento ambiental, que propugnava ora a criação de espaços protegidos, ora a utilização racional de recursos naturais, formando, assim, duas correntes, mais tarde denominadas de "preservacionista" e "conservacionista", respectivamente. O direito ambiental, fruto da crescente mobilização social em torno da necessidade de regulamentação das relações entre os seres humanos e a natureza, acaba, portanto, tanto no âmbito interno, no Brasil,

quanto na esfera internacional, sendo construído a partir desses dois eixos: preservação e conservação[7]. Esse movimento pode ser observado por meio das sucessivas convenções, conferências e tratados internacionais firmados, ao longo do século XX, que buscavam, por vezes, a preservação da natureza em seu estado primitivo, como a Conferência Internacional para Preservação da Flora e da Fauna em seu Estado Natural (Londres, 1933), e, em outras ocasiões, a utilização sustentável dos recursos, como a Conferência Científica das Nações Unidas sobre Conservação e Utilização de Recursos Naturais (Lake Success, 1949).

Por outro lado, grandes desastres ambientais que ganharam repercussão mundial – como Minamata (década de 1950/Japão), Seveso (1976/Itália), Bhopal (1984/Índia), Chernobyl (1986/Ucrânia) – também contribuíram para a discussão, no meio científico, dos efeitos da poluição, e geraram respostas do mundo político com a introdução de normas estabelecendo limites de emissão de poluentes em diferentes países, como também em escala regional[8], além de tratados internacionais[9], dentre os quais se destacam aqueles que versam sobre

---

7 Para a ecologia, enquanto a preservação refere-se ao "ato de proteger contra a destruição e qualquer forma de dano ou degradação, um ecossistema, uma área geográfica definida, ou espécies animais e vegetais, ameaçadas de extinção, adotando-se as medidas preventivas legalmente necessárias e as medidas de vigilância adequadas", a conservação diz respeito a "utilização racional de um recurso natural qualquer, de modo a se obter um rendimento considerado bom, garantindo-se, entretanto, as renovação, ou sua auto-sustentação" ou, em outras palavras, trata-se de proteger os recursos naturais renováveis, possibilitando o seu "manejo para uma utilização sustentada e de rendimento ótimo". LIMA-E-SILVA, Pedro Paulo de et alii. **Dicionário Brasileiro de Ciências Ambientais**. Rio de Janeiro: Thex, 1999.

8 A União européia, por exemplo, adotou após o acidente em Seveso na Itália a Diretiva 82/501/CEE – Diretiva Seveso I – para prevenir acidentes graves envolvendo substancias perigosas e limitar as suas repercussões sobre o homem e o ambiente. Essa diretiva foi posteriormente substituída pela Diretiva 96/82/CE – Diretiva Seveso II, emendada pela Diretiva 2003/105/EC.

9 É possível citar, por exemplo, a adoção, em 1986, da Convenção de Notificação Rápida em Caso de um Acidente Nuclear ou Emergência Radiológica e da Con-

responsabilidade em casos, por exemplo, de derramamento de óleo no mar[10].

Erigiram-se, assim, normas de direito ambiental interno e internacional que visavam a regular as atividades humanas e a responsabilizar aqueles que causassem degradação, mas nenhuma alteração estrutural nas relações sociais de produção, na lógica que envolve o modo capitalista de produção, ocorreu até o momento. Ao contrário, as relações distributivas entre os seres humanos (relações sociais estruturais), como bem coloca Caffé Alves, não se modificaram, o que determina a impossibilidade de superação do desequilíbrio ambiental e da miséria humana. A simples produção de normas e fiscalização, que dependem das opções políticas realizadas por aqueles que, a cada momento, exercem o poder, mostrou-se insuficiente para superar a crise ambiental, sendo os resultados obtidos na avaliação feita na "*Rio mais 10*" (Johannesburg/2002) conclusivos nesse sentido: em quase nada avançamos desde 1992, quando foi realizada a Conferência das Nações Unidades sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro.

2 Evolução Técnico-científica e meio ambiente

Caffé Alves, em seu texto, afirma que[11]

---

venção sobre Assistência no Caso de Acidente Nuclear ou Emergência Radiológica.

10 Em alguns casos, entretanto, as negociações internacionais ainda estão em curso, como no caso mercúrio. Em fevereiro de 2009, o Conselho do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) decidiu iniciar, a partir de 2010, o processo para elaboração de um instrumento internacional sobre diferentes aspectos referentes ao mercúrio.

11 *Ibidem*, pg. 347.

> *"A ciência e a tecnologia, o avanço tecnológico da produção, não são suficientes fatores para resolver os problemas da fome, da miséria e da exclusão social dos seres humanos. Torna-se necessária e incontornável a mudança da organização social, das relações sociais de distribuição de renda e de especificação de consumo racional, tendo em vista a totalidade do processo produtivo. Se não houver uma política social em consonância com uma política econômica, não há política ambiental. A dimensão ambiental se desenvolve segundo determinados critérios, e a forma econômica do capital, que é poderosa e hegemônica, atua no sentido de buscar realizar a sua lei, a lei da valorização e da acumulação do capital, e, muitas vezes, a dinâmica dessa forma entra em conflito com a preservação da natureza e com o equilíbrio ambiental. Entra-se num período de irracionalidade histórica, de desarranjos políticos, econômicos, sociais e ambientais".*

Com relação ao avanço científico-tecnológico, pontuado pelo autor, pode-se, inclusive, ir além, afirmando que não apenas ele é incapaz, sozinho, de resolver os problemas ambientais, como, em muitos casos, ele acaba por agravá-los. Como exemplo, pode-se citar o que ocorreu a partir da revolução verde, nos anos 60, com a introdução de agrotóxicos e fertilizantes químicos na produção agrícola e, consequentemente, contaminação de agricultores e consumidores desses produtos, sem falar na poluição do solo, dos rios e dos lençóis freáticos, além da perda de biodiversidade. Da revolução verde, passando pela revolução da semente, da década de 1970, segue a biorrevolução e o "caminho construído pelas mesmas corporações farmacêuticas, agroquímicas e de petróleo que inicialmente monopolizaram a produção de sementes num imenso negócio (...) agora tem na mira a própria vida"[12]. Como destaca Laymert Garcia dos Santos, o problema é que a biotecnologia "não morre de amores pela biodiversidade"[13] e,

---

12 SANTOS, Laymert Garcia dos. **Politizar as novas tecnologias: o impacto sócio-técnico da informação digital e genética.** São Paulo: 34, 2003, pg. 27.

13 *Ibidem*, pg. 24.

na realidade, ela constitui essencialmente "uma tecnologia promotora de uniformidade de plantas e animais" [14], sempre em busca de uma maior produtividade. E os riscos associados a essa tecnologia?

Não é possível negar que as inovações tecnológicas – e dentre elas a biotecnologia – também ocasionam o aparecimento de novos riscos (riscos futuros e que estão intrinsecamente ligados). Seria a noção de patamares utilizada pelas ciências exatas que se refere a dados quantitativos, estabelecendo, por exemplo, níveis de concentração de determinados poluentes no meio ambiente, espaçamentos entre culturas transgênicas e não transgênicas suficientes para "controlar" tais riscos? O problema que surge é justamente que esses novos riscos, na maioria das vezes, não são quantificáveis. Há a necessidade de qualificá-los: riscos admissíveis ou inadmissíveis? Riscos admissíveis, que podem ser aceitos pela sociedade e são necessários ao seu desenvolvimento, ou riscos inadmissíveis, quer dizer, aqueles que são intoleráveis, por trazerem uma possibilidade de ameaça da segurança ou da própria existência da humanidade. Isso requer não apenas um exercício teórico e técnico, mas também político e social na determinação dos riscos admissíveis e de seu controle[15]. Assim, há um necessário debate sobre a tecnologia e as relações que a mesma mantém com a ciência e o capital, o que importa em informação e transparência nos processos decisórios, bem como a compreensão do alcance do princípio da precaução em uma sociedade capitalista.

---

14 Ibidem, pg. 27.

15 SILVA, Solange Teles da . **Efetividade do Direito Ambiental diante das inovações tecnológicas do século XXI.** InterfacEHS, v. 1, p. 1/38-3, 2007. Disponível em: [http://www.interfacehs.sp.senac.br/images/artigos/46_pdf.pdf], acesso em 25.04.2010.

3 Inovações tecnológicas e o princípio da precaução

O princípio da precaução, consagrado na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, aplica-se a situações em que, justamente, o desenvolvimento tecnológico possa gerar produtos sobre os quais não se tenha certeza das conseqüências ao ambiente ou à saúde humana. Assim, afirma-se que:

> *"De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental" (princípio 15).*

A construção do princípio da precaução figura como uma clara demonstração da impossibilidade de se atribuir ao avanço científico e tecnológico a solução para a crise ambiental, ainda que se defenda, como continuam a insistir alguns, ser desnecessária uma modificação estrutural das relações de distribuição de renda e padrões de consumo, por ser o desenvolvimento sustentável capaz de conciliar regime capitalista de produção e preservação do meio ambiente.

O princípio da precaução busca, assim, a concretização de uma lógica de segurança suplementar que vai além da ótica preventiva e questiona a razão do desenvolvimento das atividades humanas em função de uma melhora qualitativa de vida para o homem, no presente e no futuro. Na realidade, ele constitui o fio condutor da lógica da proteção ambiental, da defesa e da preservação do meio ambiente para as gerações presentes e vindouras[16].

---

16 SILVA, Solange Teles da. *Principio de Precaução: uma nova postura face aos riscos e incertezas cientificas.* In: VARELLA, M. D.; PLATIAU A. F.. (Org.). **Principio de Precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, v. , pg. 84-85.

Mas quais medidas seriam consideradas "eficazes e economicamente viáveis"? No jogo do sistema capitalista, são computados custos e benefícios, mas não é considerado o capital natural, nem tampouco reconhecida a natureza como processo de produção. Em razão dessas premissas, na tentativa de introduzir a variável de conservação do patrimônio ambiental na lógica intrínseca do sistema capitalista, a princípio incompatíveis, surge o conceito de ecodesenvolvimento, mais tarde rebatizado de desenvolvimento sustentável.

4 Desenvolvimento capitalista sustentável: seria esse o caminho para a superação da crise ambiental?

A idéia que embasa o desenvolvimento sustentável não é nova. Gifford Pinchot, figura central da corrente conservacionista norte-americana, já pregava, no final do século XIX, a utilização racional de recursos naturais, de modo a garantir sua existência para as futuras gerações. Seguindo essa lógica, Maurice Strong, na década de 1970, procurando conciliar os ânimos entre países ricos e pobres, em um dos encontros preparatórios à Conferência de Estocolmo/1972, lançou o conceito de ecodesenvolvimento, como aquele capaz de proporcionar desenvolvimento de um lado e conservação do ambiente natural de outro[17].

A partir desse momento, autores como Ignacy Sachs começaram a construir uma teoria do desenvolvimento sustentável, lançando-lhe as bases e, posteriormente, sua conformação por meio de diferentes

---

17 LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Natureza e cultura**: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

dimensões: econômica, social, ambiental, cultural, institucional, política, demográfica etc.

Em 1980, no estudo intitulado Estratégia Mundial para a Conservação, elaborado pela UICN, UNEP e WWF, o termo desenvolvimento sustentável foi utilizado pela primeira vez, como *"a espécie de desenvolvimento que proporciona melhorias reais na qualidade de vida humana e, ao mesmo tempo, conserva a vitalidade e diversidade na Terra. O objetivo é um desenvolvimento que será sustentável. Atualmente, ele pode ser visto como visionário, mas ele é possível. Para mais e mais pessoas ele também é a única opção racional"*[18].

Posteriormente, o estudo realizado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, organismo independente ligado à ONU, denominado Nosso Futuro Comum, publicado em 1987, tornou mundialmente conhecido o conceito de desenvolvimento sustentável por ele utilizado: *"aquele capaz de satisfazer às necessidades presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer as suas próprias necessidades".*

Desenvolvimento sustentável passou, assim, a ser visto como uma fórmula mágica, capaz de resolver todos os problemas ambientais existentes, defendido tanto pelas ONGs ambientais mais radicais quanto pelas indústrias mais poluidoras, o que já demonstra que algo deve estar errado!

Ademais, como adverte Andri Stahel[19], ao buscar-se atualmente um desenvolvimento sustentável, o que se está buscando é, na verdade, um desenvolvimento capitalista sustentável, sem que se questione a sustentabilidade do próprio sistema industrial capitalista de pro-

---

18 Disponível em: WWW.unep.org/GEO/geo3/. Acesso em 20/11/2006.

19 STAHEL, Andri Werner. Capitalismo e entropia: os aspectos ideológicos de uma contradição e a busca de alternativas sustentáveis. In: CAVALCANTE, Clóvis (org.). **Desenvolvimento e natureza:** estudos para uma sociedade sustentável.

dução. Para fazer uma crítica ao conceito tal qual vem sendo posto, o autor demonstra, em primeiro lugar, ser a Terra, do ponto de vista da biosfera, um sistema aberto em termos energéticos, pois a vida se sustenta pela absorção de baixa entropia solar, e um sistema estável do ponto de vista material, na medida em que a sustentabilidade da biosfera se baseia em sua capacidade de reciclagem material. Por outro lado, o processo econômico pode ser descrito, em termos físicos, como uma transformação de energia e recursos naturais, que possuem baixa entropia, em lixo e poluição, que possuem alta entropia, o que traria novos elementos para a discussão da sustentabilidade

A contradição, segundo o autor, reside no fato de que *"rompendo com o tempo circular, central, ao funcionamento biosférico, o capitalismo rompe com a estabilidade da biosfera e a sua capacidade de manutenção frente à degradação entrópica. A aceleração do tempo com o capitalismo é assim a aceleração da degradação entrópica. Maior produtividade e maior produção representam uma maior eficiência na geração de alta entropia, na transformação da baixa entropia em lixo e poluição"*[20].

No mesmo sentido, Clóvis Cavalcanti assinala que a sociedade industrial moderna se caracteriza por *"fluxos de sentido único, em que matéria e energia de baixa entropia se convertem continuamente em matéria e energia de alta entropia, não integrados nos ciclos materiais da natureza*". Adverte Cavalcanti, nesse contexto, ser inviável a sustentabilidade, pois um modelo sustentável teria que se basear em fluxos fechados dentro da sociedade ou ajustados aos ciclos naturais, o que não vem ocorrendo[21].

---

20 STAHEL, Andri Werner. *Op. cit*, pg. 113.

21 CAVALCANTI, Clóvis. Breve introdução à economia da sustentabilidade. In: CAVALCANTE, Clóvis (org.). **Desenvolvimento e natureza:** estudos para uma sociedade sustentável.

Desse modo, apesar de traçar um caminho distinto, utilizando conceitos extraídos da física e da ciência econômica, Andri Stahel chega a mesma conclusão de Alaôr Caffé Alves, no sentido de serem necessárias transformações no regime capitalista para se alcançar a sustentabilidade.

Outros autores, como Sachs e Buarque, defendem que a via do desenvolvimento sustentável implicaria necessariamente na configuração de projetos que partam do local para o global, levando-se em consideração as características culturais de cada sociedade[22]. Em outras palavras, deverão ser desenvolvidos projetos de desenvolvimento sustentável para cada diferente sociedade, respeitando-se sua cultura, em especial em se tratando de comunidades tradicionais. Nesse último caso, as alterações devem ser apenas aquelas efetivamente necessárias para se alcançar sustentabilidade no modo de produção utilizado.

Já as sociedades urbanas industriais capitalistas necessitariam de uma transformação muito mais severa, na medida em que se mostraram, ao longo dos últimos séculos, absolutamente insustentáveis. A questão, portanto, perpassa não apenas a produção, mas também o consumo. A manutenção dos níveis atuais de consumo dos países ricos, capitaneados pelos americanos do norte, já se demonstrou completamente inviável. Um americano médio consome mais do que trinta indianos, e se todos os habitantes do planeta pudessem consumir a mesma quantidade de recursos, seriam necessários quatro planetas.

A manutenção do regime da maneira em que vem se delineando implica, portanto, necessariamente em exclusão, pobreza, marginalização e degradação. Embora não se possa deixar de acessar a natureza para dela extrair recursos, pois as necessidades humanas são consu-

---

22 Nesse sentido: SACHS, Ignacy. Caminhos **para o desenvolvimento sustentável**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2002; BUARQUE, Sérgio. **Construindo o desenvolvimento local sustentável**: metodologia de planejamento. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

midoras de recursos naturais, a medida dessa utilização deve ser considerada, o que novamente nos conduz à necessidade de discussão sobre níveis sustentáveis de consumo[23].

Em conclusão, ainda que se possa pensar na superação da crise ambiental sem a necessidade de mudanças estruturais que superariam o modo capitalista de produção, há a necessidade de rompimento do atual modelo de produção / consumo nos níveis hoje praticados, bem como das disparidades existentes entre ricos e pobres, pois se o excesso de consumo gera degradação, a pobreza extrema também é responsável por danos ambientais severos. Desse modo, apenas pela implementação de projetos de educação ambiental, que gerem níveis cada vez mais altos de conscientização da população mundial, aliados a programas de cooperação norte/sul, com a transferência de recursos e tecnologias mais limpas, e projetos culturalmente adaptados a sociedades tradicionais é que a humanidade começará a trilhar um caminho que, talvez, ainda tenha chance de minimizar os efeitos das ações antrópicas sobre o meio ambiente e permitir a continuidade da vida humana no planeta.

---

23 SACHS, Ignacy. *Op. cit.*

[VOLTA AO SUMÁRIO]

CAPÍTULO 9

A nulidade *ipso iure* da norma inconstitucional já não é o que era?[1]

Elival da Silva Ramos[2]

1 Os sistemas sancionatórios da inconstitucionalidade e suas características básicas

Conforme se constata pelos estudos de Direito Comparado, existem dois sistemas básicos organizados para o enfrentamento do vício de inconstitucionalidade, ora conceituado como a desconformidade de caráter vertical (hierárquico) entre a lei ou ato normativo e a Cons-

1 O texto básico do presente artigo corresponde ao conteúdo de comunicação apresentada no Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional, realizado em Lisboa, Portugal, nos dias 8 e 9 de abril de 2010, pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

2 Mestre, doutor e livre-docente em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procurador do Estado de São Paulo. Ex-Procurador Geral do Estado de São Paulo (2001/2006).

tituição, tendo em vista o conteúdo (inconstitucionalidade material), o processo de formação (inconstitucionalidade formal), a competência para a edição (inconstitucionalidade orgânica) ou a relação com normas constitucionais de sentido finalístico (inconstitucionalidade finalística) do ato controlado[3]. Tal discrepância, em face da supremacia hierárquica do parâmetro de controle (a Constituição) é sempre resolvida em desfavor da lei ou ato normativo inconstitucional, aplicando-se-lhe sanção de invalidade que, ou se enquadra na categoria da nulidade, ou na da anulabilidade, nos moldes das construções teóricas advindas da Teoria Geral do Direito.

A sanção de nulidade imposta a leis e atos normativos inconstitucionais, portanto, guarda estreita correlação com a nulidade dos negócios jurídicos, públicos ou privados, de natureza concreta, apresentando como características básicas: a incidência *ope iure*, isto é, independentemente de decisão judicial; e a invalidade *ab initio* do ato viciado, que se revela incapaz de produzir efeitos jurídicos desde o seu nascedouro.

O que se constata é que o ato legislativo sancionado com nulidade, embora existente, não se projeta no plano da validade, do que lhe resulta a inaptidão absoluta para gerar efeitos jurídicos, inaptidão essa a ser meramente declarada pelo Poder Judiciário[4].

Se o controle de constitucionalidade é o "conjunto de instrumentos predispostos a assegurar a efetividade da sanção"[5] (de inconstitucionalidade), cabe insistir na tese, pioneiramente suscitada na obra

---

3 Com certa dose de reelaboração, trata-se de conceito já exposto na obra *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 63.

4 Por se tratar de uma sanção infligida pelo próprio ordenamento jurídico, automaticamente, sujeita-se às incertezas inerentes à aplicação do direito, sendo, por vezes, negada por juízes ou tribunais, o que não lhe abala os fundamentos teóricos, do mesmo modo que a aplicação de uma lei revogada (quiçá expressamente) não afeta o delineamento do instituto da revogação.

5 Ob. cit., p. 87.

A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção, segundo a qual as notas características do sistema de controle permitem a identificação da sanção de invalidade adotada pelo Constituinte, na medida em que existem técnicas que se revelam incompatíveis ou, ao contrário, indispensáveis a determinada categoria sancionatória. Nesse sentido, "a sanção de nulidade exige a presença do controle incidental, isoladamente ou combinado com o controle principal, pois, de outro modo, enquanto a ação de inconstitucionalidade não fosse proposta ou decidida, estariam os juízes obrigados a aplicar a lei na solução dos casos concretos, o que é incompatível com a idéia de invalidade de pleno direito, inerente a essa modalidade de sanção"[6].

De sua parte, a sanção de anulabilidade, cominada em alguns ordenamentos jurídicos às leis e atos normativos inconstitucionais, difere profundamente da nulidade, ostentando como traços típicos: a imposição por meio de decisão judicial; e a invalidação *a posteriori* do ato viciado, que, em decorrência, produz efeitos jurídicos antes de ser invalidado.

Ao contrário da lei nula por inconstitucionalidade, a lei sancionada com anulabilidade ingressa no plano da validade, ainda que precariamente, isto é, goza de validade condicional, enquanto não desconstituída por meio de competente decisão anulatória[7]. É essa validade condicional que justifica, no plano teorético, a produção de efeitos pelo ato legislativo inconstitucional em ordenamentos jurídicos que adotam a sanção de anulabilidade.

Se o ato nulo é incapaz de gerar efeitos jurídicos desde o seu nascedouro, sendo tal circunstância meramente declarada pelo Poder Judiciário, não há que se falar, propriamente, na retroatividade ou irre-

---

6 Cf. *A inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 99.

7 Sob o prisma processual, as decisões que impõem sanção de anulabilidade são constitutivas (ou constitutivas negativas).

troatividade da decisão de controle[8]. De outra banda, as decisões que anulam leis ou atos normativos por inconstitucionalidade, no que tange à projeção de efeitos temporais, admitem ampla modulação, como se verifica na prática dos sistemas jurídicos que agasalham esse regime sancionatório para o ato inconstitucional. Nos termos de manifestação doutrinária mais recente de minha lavra, "pode-se dizer que as decisões de controle que fazem atuar a sanção de anulabilidade podem ser retroativas ou irretroativas, sendo certo que muito dificilmente poderão adotar a retroatividade em seu grau máximo, apagando por completo os efeitos da lei invalidada"[9].

O que nem sempre se percebe no plano doutrinário é que a sanção de anulabilidade, "implicando ato de invalidação *a posteriori*, exige, também, para a prática desse ato a concentração de competência, já que não se conceberia uma lei que fosse anulada em alguns efeitos e mantida, em sua validade provisória, em outros, mediante decisões com efeitos restritos ou *inter partes*":

> "O ato legislativo, por sua própria natureza, apresenta amplo contingente de destinatários, diretos ou indiretos, o que impõe, paralelamente, que sua invalidação se faça mediante decisão única e de eficácia *erga omnes*, a qual, pela gravidade das conseqüências que apresenta, deve ser proferida por órgão superior da jurisdição ordinária ou por Corte Constitucional[10], consubstanciando controle concentrado de constitucionalidade. Não se compadece, portanto, o sistema da anulabilidade com o controle difuso."[11]

---

8 Consoante precisa observação de Mauro Cappelletti, "trata-se (...) de mero acertamento de uma *preexistente* nulidade absoluta". Veja-se *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*, trad. Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre, Fabris, 1984, p. 117.

9 *O controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 90.

10 Adotou-se, aqui, um sentido estrito de Corte Constitucional.

11 *A inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 100.

2 A relação entre as sanções de invalidade dos atos inconstitucionais e os sistemas de controle

Se tomarmos como fonte de referência os dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade revelados pelos estudos comparatísticos, quais sejam, o de matriz estadunidense e o de matriz européia[12], não é difícil, a partir das considerações feitas no item anterior, estabelecer algumas correlações entre as diferentes sanções de invalidade cominadas às leis e atos normativos inconstitucionais e aqueles sistemas paradigmáticos de controle.

O sistema de controle difuso, em seu delineamento tradicional, advindo da experiência constitucional dos Estados Unidos da América, trabalha com o método de controle incidental, em que a questão de constitucionalidade é enfrentada em sede de fundamentação, enquanto antecedente lógico do exame do pedido[13]. Entretanto, nos Estados que acolheram esse sistema modelar de controle, muito embora os respectivos ordenamentos jurídicos sejam de base romano-germânica, o que se nota, com muita freqüência, é a combinação da técnica do controle incidental com a técnica do controle principal, buscando-se, com isso, atenuar a inevitável falta de uniformidade da jurisprudência constitucional, haja vista os efeitos *inter partes* associados à característica da incidentalidade, sem o contraponto do precedente vinculante.

---

12 O sistema de controle francês sempre apresentou uma conformação peculiar, não obstante nele seja visível a tendência de aproximação com o sistema modelar europeu, o que se acentuou após a reforma constitucional de 2008.

13 Na lição de Jorge Miranda, "a questão de inconstitucionalidade não é uma questão incidental ou de Direito processual, é uma questão prejudicial ou de Direito constitucional substantivo; mas é suscitada *incidentalmente* em um processo que tem por objecto uma questão diferente": cf. *Manual de Direito Constitucional*, 3 ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1996, t. 2, p. 358.

Nos sistemas de controle difusos, quer em sua versão clássica (método exclusivamente incidental), quer nas versões adaptadas à *civil law* (método incidental e principal combinados), como no Brasil e em Portugal, a única modalidade de sanção de invalidade compatível é a da nulidade, porquanto, como se apontou no item precedente, a anulabilidade não se compadece com a difusão, exigindo a concentração da competência decisória.

Sob o aspecto modal ou procedimental, "se é certo que em suas primeiras concreções históricas a fiscalização de constitucionalidade européia se apresentava essencialmente atrelada ao método principal, abstraindo-se de conflitos interpessoais e de seu reflexo no plano processual, não tardou para que a pretensa exclusividade da via direta fosse descartada como uma característica desse sistema-tipo"[14]. Assim é que, "a partir da estruturação dos sistemas de controle italiano e alemão, ao término da 2ª Guerra, pode-se afirmar que, no tocante ao aspecto modal, o controle de constitucionalidade de matriz européia é tipificado pela combinação da via principal da ação direta de inconstitucionalidade com a via incidental ou indireta, a primeira de feições abstratas, ao menos em sua conformação clássica, enquanto a segunda sempre tomando em consideração, em menor ou maior grau, o contencioso subjetivo que lhe serve de pressuposto"[15].

A modelagem originária do sistema de controle europeu, consagrada na Constituição austríaca de 1920, não poderia conviver com outra categoria de sanção de inconstitucionalidade que a de anulabilidade, em face da inexistência da via incidental de controle[16].

---

14 Cf. a monografia *O controle de constitucionalidade no Brasil*, cit., p. 161-2.

15 *O controle de constitucionalidade no Brasil*, cit., p. 162.

16 Não é mera coincidência que o idealizador do sistema de controle austríaco, Hans Kelsen, tenha consignado, em página largamente conhecida: "(...) resulta que, dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula, mas apenas pode ser

No entanto, na maioria dos sistemas de matriz européia ou kelseniana, a ampla possibilidade aberta aos órgãos integrantes da jurisdição ordinária de provocarem a instauração do incidente de inconstitucionalidade, malgrado as cautelas de filtragem, tornou viável a adoção de uma ou outra categoria sancionatória, muito embora haja indiscutível predominância da sanção de anulabilidade, certamente em razão de sua maior flexibilidade no que pertence à eliminação dos efeitos do ato inconstitucional.

3 As insuficiências da sanção de nulidade

A sanção de nulidade é um dos elementos característicos do sistema de controle estadunidense e, tanto quanto este, apresenta nítida imbricação com o modelo de Estado democrático-liberal[17], acolhido pela Constituição de 1787. De fato, a denominada nulidade de pleno direito funciona razoavelmente bem em um Estado que legisla com parcimônia, buscando imprimir disciplina estável às relações entre particulares ou destes para com o Poder Público, de modo a assegurar, em uma e outra situação, a mais intensa fruição possível da liberdade individual[18]. Não é difícil perceber, contudo, o desajuste entre tal técnica sancionatória e o Estado de perfil social-democrático, que, preocupado em alcançar certo padrão de isonomia material, intervém com desenvoltura na vida social, o que, sob o signo do Estado de Direito,

---

anulável." Cf. *Teoria pura do Direito*, 2. ed. bras., trad. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1987, p. 292-3.

17 A obra monográfica *O controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, tem como pano de fundo a pretendida correlação entre os dois grandes sistemas-tipo de fiscalização da constitucionalidade legislativa e os dois protótipos de Estado democrático de Direito, o Estado democrático-liberal e o Estado democrático-social.

18 São as "leis de arbitragem" de que nos fala Manoel Gonçalves Ferreira Filho em *Do processo legislativo*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1984.

importa em sensível recrudescimento da atividade legiferante, indispensável para dotar o Estado de instrumentos de implementação de políticas públicas[19].

Ao discorrer sobre o tema, em *O controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, tendo como foco o paralelo entre os sistemas modelares de fiscalização e o Estado liberal ou social-democrático, tive o ensejo de anotar, à guisa de conclusão:

> "O sistema de controle de matriz estadunidense revela-se adequado ao resguardo de Constituições de perfil liberal-democrático, colhendo situações em que a legislação infraconstitucional viola a Lei Maior com repercussão nas relações intersubjetivas, cominando a tal inconstitucionalidade a drástica sanção de nulidade. Não causa transtornos de monta às instituições liberais quer a falta de uniformidade das decisões de controle, quer o desfazimento das situações constituídas ao abrigo (aparente) da legislação contraventora. Já o sistema de controle de matriz européia se ajusta com perfeição ao Estado social de Direito, cujas finalidades demandam uma abrangência maior dos instrumentos de controle, o que é obtido pela combinação das técnicas de fiscalização principal e incidental. Ademais, a concentração da competência decisória e a produção de coisa julgada *erga omnes* pelas decisões de acolhimento das argüições imprimem ao trabalho da jurisdição constitucional a uniformidade requerida pelo princípio da isonomia. E, por fim, a modulação dos efeitos temporais das decisões de controle, ou, no limite, a dissociação entre a constatação do vício de inconstitucionalidade e a invalidação do ato viciado, permite lidar com fenômenos característicos de um Estado social-democrático, como é o caso da inconstitucionalização progressiva ou da omissão parcial relativa, resguardando melhor as situações construídas ao abrigo da legislação impugnada, o que se afigura vital sob uma ordem jurídica em contínua transformação."[20]

---

19 A referência, nesse ponto, é às "leis de impulsão", igualmente examinadas por Ferreira Filho na citada obra sobre a evolução do processo legislativo.

20 Ob. cit., p. 481.

Bastaria um ligeiro exame de algumas das situações de inconstitucionalidade legislativa que se multiplicaram após o advento da democracia social para constatar a inaptidão da sanção de nulidade para enfrentá-las.

É o que sucede, por exemplo, no tocante à omissão legislativa parcial, em que o legislador não atende, de modo completo ou suficiente, o dever de agir que lhe é imposto pela Constituição, ou, ainda, quando outorga benefícios a um conjunto de pessoas, deixando outras tantas de fora do tratamento favorecido, sem razão suportável à luz do princípio da isonomia[21]. Nesses casos, se a declaração de nulidade da legislação editada (incompleta, insuficiente ou agressiva à isonomia) revela-se insatisfatória, a superação da inconstitucionalidade a princípio detectada, mediante a extensão da disciplina legislativa às situações não contempladas ou insuficientemente contempladas pela disciplina normativa[22], revela-se extremamente problemática, na medida em que envolve, invariavelmente, acréscimo à despesa pública. Tampouco afigura-se satisfatório o mero reconhecimento da omissão legislativa inconstitucional, preservando-se a legislação contraventora, haja vista as dificuldades que se antepõem ao suprimento da inércia do Poder competente. Alternativa mais adequada é a da anulação da legislação inconstitucional, correlata à omissão parcial, porém com efeitos *pro futuro*, de maneira a permitir a atuação, *oportuno tempore*, do legislador. Essa última alternativa, entretanto, somente se mostra viável, via de regra[23], em um sistema sancionatório de anulabilidade,

---

21 No primeiro caso, haveria omissão parcial absoluta, ao passo que, no segundo, restaria configurada a denominada omissão parcial relativa.

22 Estar-se-ia, nessa segunda variante, diante de decisão aditiva, que deve observar os limites traçados pela doutrina para essa modalidade de técnica decisória, sob pena de se converter em fonte profícua de ativismo judicial. Sobre o assunto, remeto ao meu trabalho *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 217-19.

23 Ressalvada a possibilidade, excepcional e inçada de dificuldades, de convalidação parcial de leis sancionadas com nulidade, fazendo-se o que se convencionou

porquanto pressupõe a aceitação da validade pretérita do ato legislativo impugnado.

Tampouco o fenômeno da inconstitucionalização progressiva, em que o órgão de controle reconhece a constitucionalidade do ato legislativo fiscalizado, porém adverte para a possível perda superveniente desse *status*, em face da provável evolução da realidade fática subjacente[24], é conciliável com a categoria da nulidade *ope iure*. Com efeito, como declarar a nulidade *ab initio* de um ato normativo se, por ocasião de sua edição, não estava em dissonância com a Constituição, algo que somente veio a ocorrer mais adiante, em virtude de alteração das circunstâncias fáticas ou dos critérios jurídicos utilizados em sede de jurisdição constitucional? Uma vez consumado o processo de erosão da legitimidade constitucional, haverá que se impor sanção de anulabilidade, modulando-se o efeito da decisão sancionatória, que desconstituirá a lei objeto de censura a partir de um prazo fixado *pro futuro*, a partir da publicação da sentença (*ex nunc*), ou a partir do momento em que se configurou, inequivocamente, no passado, a inconstitucionalidade (retroação parcial).

Por último, há que se mencionar as situações em que a invalidade da legislação controlada induz ao surgimento de "lacuna jurídica ameaçadora", que se mostra mais nociva à ordem constitucional do que a própria subsistência da disciplina legal censurada[25]. Nessa

---

chamar de modulação dos efeitos temporais da decisão declaratória de inconstitucionalidade.

24 De fato, na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, o reconhecimento da inconstitucionalização progressiva ainda não consumada costuma vir acompanhado da formulação de apelo ao legislador (*appellentscheidungen*), no sentido de modificar a legislação questionada, evitando com isso a sua invalidação futura: cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 231-4.

25 Segundo Gilmar Mendes, *Jurisdição constitucional*, cit., p. 211-2, a Corte Constitucional alemã, diante de "lacunas jurídicas ameaçadoras" (*bedröhliche*

hipótese, de indispensabilidade da lei, malgrado inconstitucional, ressalvada a alternativa, de duvidosa compatibilidade com o princípio da supremacia da Constituição, da declaração de inconstitucionalidade sem a imposição de sanção alguma, a técnica sancionatória que permite melhor contornar o óbice é a da anulação com efeitos diferidos para o futuro, viabilizadora da atuação do legislador a tempo de evitar o caos jurídico[26].

4 A modulação dos efeitos temporais das decisões de controle em sistema de nulidade

Se a modalidade de sanção de invalidade cominada à lei inconstitucional pode ser identificada a partir das características do sistema de controle e se este, em ordenamentos estruturados sob a dominância de Constituições dotadas de supremacia hierárquica, situa-se em patamar superior ao da legislação ordinária[27], é lícito afirmar que, na ex-

---

Rechtslücken) lança mão da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.

26 A hipótese não escapou à argúcia de Hans Kelsen, na antológica conferência intitulada "A garantia jurisdicional da Constituição", parte da obra *Jurisdição constitucional*, introd. Sérgio Sérvulo da Cunha, trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão & Maria Ermantina Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 178: "(...) o tribunal constitucional deveria poder decidir que a anulação, em especial das leis e dos tratados internacionais, só entraria em vigor após a expiração de certo prazo a partir da publicação, quando mais não fosse para dar ao Parlamento a possibilidade de substituir a lei inconstitucional por uma lei conforme à Constituição, sem que a matéria regulada pela lei anulada ficasse sem disciplina durante um tempo relativamente longo."

27 Com efeito, se a função de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos é ínsita à função jurisdicional comum acabará sendo inferida das disposições constitucionais que a disciplinam, ao ensejo da montagem do arranjo institucional da separação dos Poderes, como fez o juiz Marshall, em *Marbury versus Madison*. Se, ao contrário, a fiscalização de constitucionalidade adquire autonomia em

pressiva maioria das vezes, a opção entre nulidade e anulabilidade não se encontra à disposição do legislador infraconstitucional, decorrendo do sistema de fiscalização desenhado pelo próprio Constituinte[28].

Todavia, no Brasil, descurando-se de tal condicionamento dogmático, houve por bem o legislador ordinário, ao regular o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, introduzir o instituto da modulação dos efeitos temporais das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, sob forte inspiração do direito constitucional português posterior a 1976[29]. E o fez nos termos seguintes:

> "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, retringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu

---

relação à jurisdição ordinária, adotando-se alguma espécie de controle principal ou concentrando-se a competência fiscalizatória em uma Corte Constitucional, a matéria deverá receber tratamento explícito no Texto Magno, haja vista o caráter de exceção no tocante à configuração habitual da organização dos Poderes, informada pelo princípio da separação.

28 Bem por isso, discorrendo sobre a sanção de nulidade no sistema jurídico brasileiro e na mesma linha de outros constitucionalistas pátrios, assinalei "que a nulidade da lei desconforme à Constituição é, no Brasil, princípio constitucional implícito, que não pode ser afastado pela legislação ordinária, mas isso, reitere-se, não em face da supremacia reconhecida à Carta Magna e sim em virtude das características básicas de nosso sistema de controle": cf. *O controle de constitucionalidade no Brasil*, cit., p. 295.

29 Estabelece o art. 282, n. 4, da Constituição da República Portuguesa, de 2-4-1976: "Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs. 1 e 2." Não pareceu relevante ao legislador brasileiro o fato de que, em Portugal, cujo ordenamento jurídico também adota a sanção de nulidade, a introdução da modulação temporal se fez em nível constitucional.

> trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."[30]

Em conseqüência, a par da polêmica doutrinária que se instaurou a propósito da constitucionalidade da base legal do instituto, encontram-se pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal duas ações diretas de inconstitucionalidade em que se pretende obter a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo supratranscrito[31].

De qualquer modo, desconsiderando-se a controvérsia acerca da invalidade da modulação brasileira, o certo é que se trata de mera atenuação da projeção temporal ínsita às decisões judiciais que declaram a inconstitucionalidade legislativa sob o signo da nulidade de pleno direito. Não se justificam, *data venia*, as cogitações doutrinárias em torno de eventual superação da sanção de nulidade, a partir da introdução da modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Conforme observei alhures, o que faz o órgão de controle, ao utilizar a técnica, "é convalidar, parcialmente, o ato legislativo inquinado de nulidade, assegurando a sua validade e, portanto, a produção de alguns efeitos próprios, durante certo lapso temporal"[32].

Entendo que a atenuação da invalidação radical, inerente à incidência da sanção de nulidade *ipso iure*, nos moldes da modulação temporal adotada pelos ordenamentos português e brasileiro, é mais consentânea com as decisões de controle proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade (controle abstrato de normas) ou em fiscalização concreta que contemple, de algum modo, a generalização dos

---

30 Art. 27 da Lei Federal n. 9.868, de 10-11-99. A Lei n. 9.882, de 3-12-1999, que disciplinou o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, contém dispositivo bastante assemelhado (art. 11).

31 Trata-se das ADIs 2.154-2 e 2.258-0, ambas sob a relatoria originária do ex-Ministro Sepúlveda Pertence que, pouco antes de se aposentar, proferiu voto no sentido da inconstitucionalidade do dispositivo legal impugnado.

32 *O controle de constitucionalidade no Brasil*, cit., p. 300.

efeitos subjetivos da decisão, como ocorre em Portugal, na hipótese do artigo 281, n. 3, da Constituição de 1976[33]. Isso em virtude da maior facilidade de se harmonizar a convalidação parcial da lei inconstitucional que a modulação predica com as exigências decorrentes do princípio da isonomia[34].

5 Conveniência da migração do sistema sancionatório brasileiro para a anulabilidade

A resposta à indagação provocativa que encabeça este trabalho, não deve, a meu juízo, dar margem a qualquer titubeio: a nulidade *ipso iure* do ato inconstitucional, presente de longa data nos ordenamentos luso e brasileiro, continua sendo o que sempre foi, ou seja, a única categoria sancionatória compatível com o sistema de controle impresso nas Constituições de 1976 e 1988, sendo dotada das características tradicionalmente apontadas pela doutrina e jurisprudência respectivas.

A atenuação da invalidade visceral do ato sancionado, que encontrou abrigo na Constituição portuguesa de 1976 e em legislação ordinária brasileira do ano de 1999, conquanto excepcional e limitada, apenas está a demonstrar o descompasso existente entre a categoria sancionatória adotada e o caráter social-democrático de ambos os ordenamentos jurídicos.

---

33 Reza o dispositivo: "O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos."

34 No caso do direito brasileiro, a inserção do instituto da modulação temporal em um diploma legal dedicado à disciplina da ADI e da ADC, parece indicar, claramente, o seu confinamento ao campo do controle abstrato de normas, conquanto tal balizamento não venho sendo observado pela jurisprudência do STF.

Ao menos desde o início da década de noventa (portanto, há 20 anos), venho propugnando pelo abandono (direto e não por meio de subterfúgios) da sanção de nulidade e sua substituição pela de anulabilidade, o que importaria, necessariamente, na migração do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro para o modelo europeu ou de controle concentrado:

> "Avaliados os resultados concretos dos vários sistemas sancionatórios da inconstitucionalidade, parece-nos que, por meio da sanção de anulabilidade, se tem conseguido melhor equilibrar o princípio da supremacia constitucional com as exigências de segurança nas relações jurídicas.
>
> Nem se argumente que a validade provisória da lei anulável implicaria tolerar a violação da Constituição, abrindo profunda brecha na solidez das Constituições rígidas. A anulação *ex nunc* da lei inconstitucional foi abandonada até mesmo na Áustria, considerada o paradigma do modelo, ali construído a partir das lições de Kelsen. Atualmente, os ordenamentos que acolhem a sanção de anulabilidade admitem, em graus variáveis, a retroatividade da decisão anulatória, estipulando-se, em geral, como limite as relações exauridas sob o império da lei a ser desconstituída.
>
> (...)
>
> Não se deve olvidar que a eventual opção pelo sistema de sanção de anulabilidade exigirá profundas alterações no regime do controle de constitucionalidade (...). O controle teria de ser necessariamente concentrado, provocado incidentalmente ou por meio de ação direta (o ideal é a combinação) e dotado de eficácia *erga omnes*. A exigência da concentração permitiria a salutar especialização do órgão controlador, em termos de jurisdição constitucional. Para tanto, poder-se-ia aproveitar o Supremo Tribunal Federal, desde que restrita sua jurisdição à matéria constitucional (em via principal ou por meio de incidente de inconstitucionalidade, suscitado nos demais tribunais ou juízos)."[35]

---

35 *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*, cit., p. 131.

> Por certo a proposta de substituição da sanção de nulidade pela de anulabilidade, acoplada à proposta de completo redesenho do sistema de controle brasileiro, não tem em mira, simplesmente, a perfeição das formas, resultante de elucubrações teoréticas despregadas da realidade. Cuida-se, na verdade, de encontrar o instrumental mais adequado para que se possa, em última análise, vivenciar a plenitude dos direitos fundamentais consagrados na Constituição brasileira em vigor, de indisputável inspiração democrático-social[36].

Essa conexão entre o formal e o real, permite-me a evocação da linha mestra do pensamento filosófico de nosso homenageado, Alaôr Caffé Alves, que na obra coletiva *O que é a Filosofia do Direito*, assim se expressou sobre a essência da questão então a ele posta:

> "(...) acredito que a Filosofia, de modo geral, nos coloca profundas questões de existência. São questões existenciais de grande significação para o homem e que não podem ser resolvidas com mera lógica. Não é o puro pensamento lógico que resolverá isso. E essa concepção (...) é muito mais abrangente, pois revela a compreensão calcada nos valores, calcada nos sentimentos e na condução ética que, ao não desprezar a razão, não se resume, contudo, à pura razão instrumental. Isso porque uma coisa é a lógica, digamos, científica, a lógica da representação intelectiva que envolve os critérios de verdade e falsidade, outra, é o saber da prudência, da vontade dirigida por valores da dignidade humana, da *praxis* humanista."[37]

---

36 Em *O controle de constitucionalidade do Brasil*, consignei: "Se a implantação do projeto social-democrático que o Constituinte consagrou está a exigir a conformação de nosso sistema de controle ao padrão europeu, pode-se afirmar que a evolução rumo a esse modelo de fiscalização não é apenas uma tendência, mas uma proposta a ser defendida, na medida em que se registra autêntico consenso em relação às linhas gerais do sistema político plasmado pela Carta de 1988." Ob. cit., p. 482-3.

37 Ob. cit., Alaôr Caffé Alves & Outros, Barueri/SP, Manole, 2004, p. 86-7.

[VOLTA AO SUMÁRIO]

CAPÍTULO 10

O plano diretor do município

Sônia Letícia de Méllo Cardoso[1]

1 Introdução

O fenômeno urbano é recente e representa uma genuína concepção de sociedade do homem moderno. Embora haja notícias históricas de que os seres humanos vivam no planeta terra há cerca de dois milhões de anos, isso não significa que o homem viveu durante todo esse tempo em áreas urbanas.

A evolução urbana foi lenta, passou por um primeiro período denominado *paleolítico* ou da *pedra lascada*, considerado pré-urbano, onde o homem pré-histórico era nômade, vivia em pequenos bandos,

---

1 Doutora e Mestre em Direito do Estado, sub-área Direito Urbanístico, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direito da Universidade Estadual de Maringá. Procuradora Geral da Universidade Estadual de Maringá/UEM.

não conhecia nenhuma arma ou ferramenta, utilizava galhos e seixos, adquiria o seu alimento colhendo ou caçando à mão e, por isso mesmo, devia deslocar-se de um lado para o outro, incessantemente, para obter o necessário à sua sobrevivência. A sua habitação principal era a caverna.[2]

Numa segunda fase da evolução humana, denominado *neolítico* é que se iniciou o processo de urbanização, conseqüência direta do aperfeiçoamento das armas e ferramentas de trabalho, que implementaram o início da agricultura e da domesticação de animais. Essas descobertas proporcionaram o armazenamento de alimentos e o regular sustento do grupo, possibilitando a fixação e a organização do homem em espaços habitacionais denominados aldeias.[3]

A partir do momento em que o homem deixou de ser nômade e tornou-se sedentário, ante a descoberta da tecnologia necessária para laborar a terra e retirar o sustento, dentro de uma área territorial limitada, é dado o início para a formação das cidades.

Contudo, foi a revolução científica, conforme aponta Gideon Sjoberg, "a base da revolução industrial e da cidade industrial".[4]

---

2 MUMFORD, Lewis. **A cidade na história**: suas origens, transformações e perspectivas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1982. p. 13.

3 PALEN, J. John. **O mundo urbano.** Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 27.

4 Conforme observa o autor "o conhecimento adquirido com a aplicação do método científico é o fator que mais possibilitou a existência da cidade moderna. A ativa atitude experimental facultou ao homem o controle das forças da natureza a um ponto nem sequer sonhado durante a era pré-industrial. [...] Com o desenvolvimento do método científico, entretanto, o saber da elite ligou-se com o conhecimento prático do artesão; o resultado foi uma fundamental revisão de método que tem sido denominado revolução científica. Essa foi a base da revolução industrial e da cidade industrial" (SJOBERG, Gideon. Origem e evolução das cidades. In: **Cidades**: a urbanização da humanidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1977. p. 50).

A revolução industrial despontou na Inglaterra, no século XIX, sinalizando o limiar das grandes revoluções contemporâneas, dentre elas, a tecnológica e a financeira, espraiando um processo de urbanização até então desconhecido e de forma irreversível.

A urbanização acelerada e descontrolada acarreta uma série de conseqüências fatais para as cidades, como, por exemplo, o mau uso e ocupação do solo urbano, traduzido em cortiços, em favelas, em loteamentos clandestinos, a dificuldade do transporte das massas e o caos no trânsito das cidades, o desrespeito ao meio ambiente e a conseqüente poluição e, como ponto nodal dos problemas, a falta de planejamento urbano.

Daí surge o fenômeno da urbanificação,[5] ou seja, o remédio para a urbanização, a aplicação dos princípios do urbanismo com o escopo de corrigir os malefícios ocasionados pelo crescimento descomedido das cidades.

Para solucionar os problemas oriundos da urbanização, devem ser utilizados os instrumentos oferecidos pelo Direito Urbanístico[6]. O plano diretor do município é um dos mais importantes instrumentos da política de desenvolvimento urbano, apropriado a dar concretude ao princípio da função social da propriedade urbana, previsto de forma expressa no art. 182 da Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade.

---

5 Na lição de José Afonso da Silva, a urbanificação é o "processo deliberado de correção da urbanização, consistente na renovação urbana, que é a *reurbanização,* ou na criação artificial de núcleos urbanos, como as cidades novas da Grã-Bretanha e Brasília. O termo "urbanificação" foi cunhado por Gaston Bardet para designar a aplicação dos princípios do *urbanismo*, advertindo que a *urbanização* é o mal, a *urbanificação* é o remédio" (SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 27).

6 No sistema jurídico, o Direito Urbanístico é entendido como o conjunto de normas que disciplina e transforma o ambiente urbano.

2 A função social da propriedade urbana e da cidade

A propriedade privada urbana vem sofrendo uma evolução fenomenal em seus aspectos fático e doutrinário, em razão direta do processo de urbanização da sociedade contemporânea.

Dentre as transformações ocorridas, a fundamental para a ciência jurídica é em relação ao seu regime jurídico sob o enfoque do Direito Urbanístico.

Os doutrinadores jus-urbanistas concebem o regime de propriedade de uma forma mais ampla, não consideram haver apenas um direito de propriedade, mas direitos de propriedade: direito de propriedade urbana, direito de propriedade rural, direito de propriedade intelectual, direito de propriedade de bens de consumo, direito de propriedade de bens de produção e direito de propriedade de bens de capital.

A Constituição Federal de 1988 respalda esse entendimento quando elenca em seus arts. 5º, XXIV a XXX, 170, II e III, 176, 177, 182, 183, 184, 186, 191 e 222 os vários tipos de propriedades com seus regimes jurídicos próprios.

O direito de propriedade, conforme lição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

> [...] é o resultado do regime constitucional e legal da propriedade. Nisto nada há de peculiar, posto que a noção de "direito" postula a idéia de limitações, de contenções. O direito de propriedade, então, é a expressão jurídica da propriedade, o que equivale a dizer que é a propriedade tal como configurada em um dado sistema normativo.[7]

---

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza Jurídica do Zoneamento: efeitos. In: **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 61, 1982. p. 37.

Ao discorrer sobre a propriedade urbana, Federico Spantigati assinala a tese de Pugliatti, segundo a qual a propriedade não constitui uma única instituição, mas sim, várias instituições diferentes, em correlação com os diversos tipos de bens. E, mais adiante, admite que a função social que o ordenamento atribui à propriedade urbana é distinta da atribuída à propriedade rural e também aos instrumentos de produção.[8]

Nesse mesmo sentido é a posição de José Afonso da Silva, ao assinalar que a nossa Constituição adotou de forma "explícita e precisa" a posição da doutrina italiana ao garantir a propriedade em geral, mas distinguindo os seus regimes jurídicos específicos, diferenciando a propriedade urbana da propriedade rural, além de outras manifestações de propriedades, regulamentadas por regras especiais.[9]

Tanto o direito de propriedade quanto a sua função social estão plenamente assegurados na atual Constituição, no capítulo "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", como se depreende do art. 5º, XXII e XXIII: "É garantido o direito de propriedade. A propriedade atenderá à sua função social", bem como no capítulo "Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica", consoante o art. 170, II e III, segundo o qual:

> A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II – propriedade privada e III – função social da propriedade.

Atualmente, a propriedade privada urbana não é considerada disciplina subordinada exclusivamente ao Direito Civil. Sob fundamento constitucional, é entendida mais como matéria típica do Direito

---

8 SPANTIGATI, Federico. **Manual de derecho urbanístico**. Madrid: Montecorvo, 1973. p. 260-292.

9 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 266.

Urbanístico, na medida em que este qualifica os bens como bens urbanísticos e o solo como solo urbano, ambos destinados a cumprir as funções do urbanismo como habitar, trabalhar, circular e recrear, em consonância com o plano diretor municipal.[10]

Pedro Escribano Collado é enfático em sua postura publicista, em estudo sobre a propriedade urbana, ao asseverar que "para a legislação urbanística a figura do plano se tem convertido no instrumento básico da função pública do urbanismo". E, mais adiante, acrescenta que "se confirma assim uma opinião doutrinária sumamente afortunada que considera a propriedade urbana como um direito delimitado e definido pelo plano de urbanismo em seus aspectos mais fundamentais".[11]

No entanto esta matéria não é ainda pacífica, como ressalta Franck Moderne, ao expor o conflito existente entre urbanismo e propriedade privada, nestes termos:

> [...] el urbanismo choca naturalmente con la propiedad privada, en la medida en que pretende ser racional y disciplinar la ocupación del suelo. Nuestro sistema jurídico hace dificil – e incluso prácticamente imposible – el imponer coaciones demasiado fuertes a los propietarios de terrenos urbanos o urbanizables. El apego al derecho de propiedad ha sido siempre muy fuerte en nuestro país, a pesar de las restricciones que ha ido sufriendo contínuamente a través de los años.[12]

Entende-se que o fiel da balança entre o urbanismo e a propriedade privada está no cumprimento do princípio da função social da propriedade, que congrega os interesses individuais e coletivos.

---

10 Ibidem, p. 93.

11 COLLADO, Pedro Escribano. **La propiedad privada urbana**: encuadramiento y régimen. Madrid: Montecorvo, 1979. p. 164-165.

12 MODERNE, Franck. Propriedad privada y urbanismo. In: **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 87, 1988, p. 5.

É óbvio que o princípio da função social não retira o direito do proprietário de desfrutar do que é seu, isto é, não anula o direito de propriedade, que é uma garantia constitucional. O que ocorre é que o proprietário deve dar à propriedade urbana a vocação que lhe é traçada pela norma jurídica, a começar pela Constituição, hoje regulamentada pela Lei Federal n. 10.257/2001, perpassando as constituições estaduais, concretizando-se nas leis municipais junto aos planos diretores das cidades.

O princípio da função social, portanto, é elemento interno, qualificador e integra o conteúdo do direito de propriedade urbana, predeterminando o seu uso, gozo e disposição, em conformidade com as normas do plano diretor do município.

É necessário destacar que há diferenças entre a função social da propriedade urbana e funções sociais da cidade.

A expressão "funções sociais da cidade" surgiu do diploma constitucional de 1988 conforme deflui do *caput* do art. 182, segundo o qual "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".

Apreende-se que as cidades não se formaram repentinamente, mas resultaram de um longo processo histórico, caracterizado pela organização cultural, política e econômica, as quais, ainda, encontram-se em evolução.

Nas palavras de Alaôr Caffé Alves, "a função básica da cidade é produzir e distribuir bens e serviços para um determinado espaço, tornando-se ela o centro de atração ou polarização desse espaço".[13] Portanto, a cidade espelha um ser vivo, porque reflete o domínio do

---

13 ALVES, Alaôr Caffé. **Planejamento metropolitano e autonomia municipal no direito brasileiro**. São Paulo: Bushatsky, 1981. p. 104.

homem sobre a natureza por meio da descoberta de novas tecnologias que a transformam de maneira profunda, destruindo os velhos costumes, alterando continuadamente a sua economia, a sociologia, as relações familiares e as sociais, enfim, impondo uma nova forma de vida em sociedade, a vida urbana.

E assim é, porque "o homem é o conjunto de suas relações sociais. Ele é o agente produtor das relações sociais, visto que sem a ação dos homens não existem relações sociais, e, ao mesmo tempo, é produto delas, determinado por elas, num processo dialético".[14]

Destarte, as "funções sociais da cidade" é expressão multifacetária porque abriga em seu conteúdo a natureza interdependente do ser humano, que se confunde com as funções do urbanismo, quais sejam: habitar, trabalhar, recrear, circular, manter o meio ambiente hígido, compreendendo até mesmo o pleno exercício da cidadania, tudo isso visando o bem-estar da coletividade.

Isto posto, infere-se que a função social da propriedade urbana está necessariamente incluída no conjunto das funções sociais da cidade.

3 A Origem constitucional do plano diretor

Pela primeira vez, a própria Constituição Federal definiu o conteúdo e o alcance do princípio da função social da propriedade urbana, princípio ordenador que traz em sua essência a centelha que harmoniza os interesses individuais e coletivos, o que deverá ser determinado pelo Plano Diretor do Município, *in verbis*: "A propriedade urbana cumpre

---

14 ALVES, Alaôr Caffé. Fundamentos do direito e meio ambiente. In: **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. Arlindo Philippi Jr., Alaôr Caffé Alves (Ed.). Barueri: Manole, 2005.

sua função social quando atende às exigências fundamentais da ordenação da cidade expressas no Plano Diretor" (art. 182, § 2º).

A Constituição também, no mesmo art. 182, § 4º, define as sanções em caso de descumprimento do princípio da função social, quais sejam, parcelamento ou edificação compulsórios, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública.

Verifica-se que, antes do advento do Estatuto da Cidade, o problema inicial que se colocava era quanto ao *caput* do art. 182, que diz "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" (grifou-se). Diante disso, pergunta-se: essa lei seria federal, estadual ou municipal?

Parte da doutrina entendia que essa lei poderia ser tanto federal, quanto estadual ou municipal. Nesse sentido, Toshio Mukai asseverava que: "a nosso ver, essa lei não é obrigatoriamente lei federal, já que estamos tratando de matéria concorrente. Pode ser federal, poderá ser estadual, mas também poderá ser a própria Lei Orgânica Municipal".[15]

Diametralmente oposta era a posição da maioria dos doutrinadores brasileiros, que entendiam que esta lei só poderia ser federal. José Afonso da Silva afirmava que: "[...] conforme diretrizes gerais fixadas em lei. Deve-se entender conforme as diretrizes instituídas por lei federal nos termos do art. 21, XX".[16] Do mesmo modo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho alegava que "o veneno" do texto é a referência a uma lei

---

15 MUKAI, Toshio. Plano diretor nas Constituições, federal e estaduais e nas leis orgânicas municipais. In: **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 94, abr./jun. 1990. p. 153.

16 SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. op. cit., p. 747.

que estabelecerá "diretrizes gerais". E que "a resposta está no art. 21, XX".[17] Por sua vez, Pinto Ferreira expendeu que:

> [...] a Constituição refere-se a uma lei que edita as diretrizes gerais definindo a política do desenvolvimento urbano, enquanto o município edita leis implementadoras. A União baixa e edita as normas gerais de urbanismo válidas para todo o território nacional, contendo princípios nacionais de urbanismo, que devem ser obedecidos em seus padrões básicos pelo Estado e principalmente pelos municípios.[18]

Acompanhando a maioria dos doutrinadores, Celso Ribeiro Bastos pontificou:

> A hipótese mais facilmente descartável é a de a referida lei ser municipal. Nada obstante, não se ignorar a ênfase que é dada pelo nosso direito constitucional à autonomia do município, no caso, entretanto, sobejam razões para fundamentar a tese de que lei municipal não se trata. A mais evidente é o fato de a Constituição exigir uma lei que edite diretrizes gerais, definidoras da política de desenvolvimento urbano. Aos municípios só pode caber a edição de uma normatividade já pronta para ser cumprida e não ao nível de uma legislação meramente diretiva e de caráter genérico. Portanto, resulta claro que há dois níveis legislativos: o das leis de diretrizes gerais e o das leis implementadoras dessas mesmas diretrizes. Só a segunda cabe ao município. [19]

Em meio a todas essas discussões, prevaleceu o entendimento de que a lei, referida no *caput* do art. 182, seria somente a lei federal, apta a fixar as diretrizes gerais de urbanismo (art. 21, XX, CF) e que, ao

---

17 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1995. v. IV. p. 26.

18 Ibidem, p. 433.

19 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. v. VII, p. 207.

Município, competia implementar a sua política de desenvolvimento e expansão urbana por meio do Plano Diretor.

Aos Estados restaria a competência concorrente com a União para legislar sobre o Direito Urbanístico (art. 24, I, CF), estabelecendo as normas de coordenação dos planos urbanísticos entre os seus municípios, bem como, a competência prevista no art. 25, § 3º da CF, onde estabelece que: "os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum".

Com o advento da Lei Federal n. 10.257, de 10.07.2001 – denominada Estatuto da Cidade – tais discussões perderam, naturalmente, por completo seu objeto. Esta lei federal regulamentou os arts. 182 e 183 da Constituição Federal e estabeleceu as diretrizes gerais da política urbana. Em seu art. 4º, III, "a", dispõe que, para fins desta Lei, será utilizado, entre outros instrumentos, o planejamento municipal e, em especial, o plano diretor. Ato contínuo, dedica o capítulo III, arts. 39, 40, 41 e 42 ao plano diretor e especifica, no art. 39, que "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor [...]", ratificando o texto constitucional.

Portanto, o plano diretor foi reconhecido na Constituição Federal de 1988 como sendo o pilar de sustentação, a viga mestra essencial de toda a estrutura urbanística voltada ao cumprimento da função social da propriedade urbana.

4 Conceito de plano diretor

De acordo com o art. 40 do Estatuto da Cidade, "o plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana". E o § 1º esclarece que sendo parte

integrante do processo de planejamento municipal, as prioridades por ele definidas para o ordenamento do município deverão, necessariamente, estar também contidas dentro do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e do orçamento anual.

A análise da expressão "plano diretor" é realizada por Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, nesse sentido:

> [...] no exame analítico da expressão, é plano porque equaciona e estabelece objetivos a serem, pela execução, alcançados, e é diretor porque fixa regras básicas, ou diretrizes, a serem satisfeitas. De um lado, instrumentaliza o Poder Público Municipal para o exercício da política de desenvolvimento urbano, mas, de outro, limita a ação do executor, que deverá obedecer ao planejado. Finalisticamente, o plano diretor é multifário, pois tem função variada, buscando alcançar não só o desenvolvimento econômico social e administrativo, mas também o desenvolvimento físico do território municipal.[20]

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, o plano diretor é:

> [...] o instrumento técnico-legal definidor dos objetivos de cada Municipalidade, e por isso mesmo com supremacia sobre os outros, para orientar toda a atividade da administração e dos administrados nas realizações públicas e particulares que interessem ou afetem a coletividade.[21]

O plano diretor é o instrumento eleito pela Constituição Federal para concretizar o princípio da função social da propriedade urbana na ordenação das cidades, pois *ordenar* significa colocar as coisas no lugar, planejar e viabilizar as condições para que o ser humano possa viver com dignidade.

---

20 NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. A ordem econômica e financeira e a nova Constituição. p. 78 *apud* BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva, op. cit., p. 212.

21 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 393.

5 Função e objetivos do plano diretor

A propriedade urbana, de acordo com Guilherme José Purvin de Figueiredo, "segue diretrizes peculiares para a caracterização de sua função social, vinculadas que estão à ordenação da cidade expressa no plano diretor".[22] Desse modo, compete ao plano diretor fixar as condições para o desenvolvimento físico, econômico e social da área urbana. De suas normas devem defluir a ordenação da cidade, a delimitação, o destino do solo urbano e a sua utilização econômica, para assim minimizar as flagrantes desigualdades econômicas e sociais existentes no espaço urbano.

A função do plano diretor é planejar, para transformar a cidade, em conformidade com a demanda definida pela realidade local e pela manifestação da população, levando em conta também, como suporte para o desenvolvimento dos seus propósitos, o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual.

Sua função traduz-se, portanto, em previamente delimitar e especificar os espaços urbanos sobre os quais irão incidir o planejamento da cidade. De forma prática, tal poderia ser expresso como a delimitação das áreas específicas onde incidirão, por exemplo, os instrumentos urbanísticos introduzidos pelo Estatuto da Cidade, como o IPTU progressivo no tempo, a desapropriação, o usucapião, o direito de superfície, dentre outros.

O plano diretor visa ao atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida nas cidades, consagrando o princípio da função social da propriedade urbana, de forma a estabelecer a justiça social.

---

22 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Relação de consumo, defesa da economia e meio ambiente. In: **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. Arlindo Philippi Jr., Alaôr Caffé Alves (Ed.). Barueri: Manole, 2005.

Dentre outros objetivos do plano diretor, podem-se elencar os seguintes:

> I – ordenar o pleno desenvolvimento do Município, adequando a ocupação e o uso do solo urbano às necessidades sociais;
>
> II – promover a adequada racionalização do espaço urbano, visando atender às diversas atividades urbanas, tais como, residencial, comercial, industrial, de lazer, dentre outras;
>
> III – promover a estruturação de um sistema municipal de planejamento e gestão urbana democratizado, descentralizado e integrado, com a participação direta da população;
>
> IV – promover a compatibilização da política urbana municipal com a metropolitana, a estadual e a federal;
>
> V – preservar, proteger e recuperar o meio ambiente e o patrimônio cultural, histórico, paisagístico, artístico e arqueológico municipal;
>
> VI – promover a integração e a complementaridade das atividades urbanas e rurais de acordo com a vocação do Município, minimizando o êxodo rural e maximizando o desenvolvimento regional.

Para dar cumprimento à função e aos objetivos do plano diretor e concretizar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, deve haver a conjugação dos esforços do Poder Público e dos cidadãos, com a finalidade de potencializar a melhoria da qualidade de vida dos munícipes.

6 Conteúdo do plano diretor

É o plano diretor do município que vai determinar o conteúdo do direito de propriedade urbana informado pelo princípio da função social.

O plano diretor deverá conter, no mínimo, conforme o art. 42 e incisos do Estatuto da Cidade:

> I – a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para a utilização, na forma do art. 5º desta Lei; II – disposições requeridas pelos arts. 25, 28, 29, 32 e 35 desta Lei; III – sistema de acompanhamento e controle.

Sendo assim, necessariamente, deverão estar contidos no plano diretor e por ele especificados:

- o parcelamento, a edificação e a utilização compulsória do solo urbano (art. 5º);
- o direito de preempção ou direito de preferência do município para a aquisição de imóvel urbano (art. 25);
- a outorga onerosa do direito de construir (art. 28);
- a alteração de uso do solo mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário (art. 29);
- as operações urbanas consorciadas (art. 32);
- a transferência do direito de construir (art. 35).

Na medida em que define a ordenação urbana e qualifica as propriedades imóveis urbanas, o plano diretor lhes dá um destino urbanístico para adequá-las ao bem estar da coletividade, norteando os futuros empreendimentos a serem realizados tanto pelo Poder Público como pelo particular.

O plano diretor, em seu conteúdo, deverá envolver os aspectos físicos, econômicos, sociais e institucionais do espaço urbano, o que veio a ser explanado de forma exemplar nas palavras de Joaquim Castro Aguiar:

> No seu aspecto físico, o plano conterá normas e diretrizes sobre o parcelamento do solo, seu uso e ocupação, revitalização e preservação. No aspecto econômico, incentivará a indústria, o comércio, a implantação de serviços, aumentando a oferta de

> empregos e melhorando as condições econômicas da população. No aspecto social, enfrentará desafios referentes às precárias habitações da pobreza e sua moradia, oferecerá serviços de educação, saneamento básico, saúde, esporte e lazer. No aspecto institucional (administrativo), estará atento aos meios necessários à sua implementação, execução e revisão, inclusive quanto à capacitação de funcionários para esse tipo de tarefa.[23]

Importante é ressaltar que o plano diretor não pode comportar um conteúdo rígido e imutável, já que instável e dinâmica é a cidade e todo o seu processo de urbanização. Assim sendo, faz-se mister a necessidade de sua constante atualização e aperfeiçoamento, o que é expressamente determinado pelo art. 40, § 3º do Estatuto da Cidade: "A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos".

Destarte, o conteúdo do plano diretor, além de ordenar e planejar, deverá estar apto a comportar previsões para o futuro, de forma a aquilatar e potencializar os recursos urbanos disponíveis em benefício da população. O plano diretor deverá estar instrumentalizado com recursos de tecnologia e cibernética atuais, para prevenir algumas das sequelas inevitáveis do processo de expansão territorial, demográfico e de imprevisibilidade dos fenômenos naturais que ocorrem nas cidades, tais como: enchentes, inundações e degradação ambiental.

7 Elaboração e implementação do plano diretor

O plano diretor, para ser elaborado, deve contar com as garantias dos Poderes Legislativo e Executivo municipais, no sentido de promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e

---

23 AGUIAR, Joaquim Castro. **Direito da cidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 45.

de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, na publicidade e no acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos, conforme prescreve o art. 40, § 4º, inc. I, II, III do Estatuto da Cidade.

Na elaboração do plano diretor, é necessária a reunião de especialistas de diversos segmentos profissionais, devendo, portanto, ser confiada a órgãos técnicos especializados da Prefeitura, sob a supervisão do Prefeito Municipal, com a participação direta e efetiva da população, por meio das audiências públicas, evitando-se, dessa forma, o descompasso entre o legal e o real. A população, antes de tais audiências públicas, deve ter em mãos todas as informações possíveis para que o debate e as decisões sejam tomados da maneira mais objetiva, próxima e condizente com a realidade.

A instrumentalização da política de desenvolvimento e expansão urbana será realizada, também, por meio do plano diretor, aprovado por lei municipal, e englobar todo o território do município.[24]

Nesse mesmo sentido, a maioria dos doutrinadores jus-urbanistas já entendia que o plano diretor deve abranger tanto a cidade como o campo, pois a cidade não é uma ilha, não vive isolada, ela interage com o campo, ela necessita do campo, não há vida urbana sem a vida rural.[25]

---

24 Lei n. 10.257/2001. Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. § 2º. O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo.

25 Conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "parece mais lógico que deva abranger todo o território do Município – rural e urbano. Por isto, fala-se também. usando um neologismo, em planejamento *urbano*, algo trocadilhesco semelhante ao *urbanismo* de BARDET, mas que tem o condão de ressaltar seu necessário caráter global" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 86). No mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. op. cit., p. 173 e MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 393.

A Constituição, por sua vez, delimitou, em várias oportunidades, o campo de abrangência do Plano Diretor, desta forma: art. 182: "A política de desenvolvimento **urbano** [...] funções sociais da **cidade** [...]" § 1º "obrigatório para **cidades** [...] expansão **urbana**". § 2º "A propriedade **urbana** [...] ordenação da **cidade** expressas no plano diretor. art. 30, VIII, estabelece: [...] adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do **solo urbano"**. E reservou à União competência exclusiva para promover o desenvolvimento rural em todo o seu território, o que se depreende dos arts. 22, I, 184, 187 e 188 da CF.

Nesse sentido, orienta Hely Lopes Meirellles: "o plano diretor deve ser a aspiração dos munícipes quanto ao progresso do território municipal no seu conjunto cidade-campo".[26]

Desse modo, o plano diretor é o instrumento responsável pela ordenação e desenvolvimento da área urbana. Portanto, deverá considerar todo o território municipal, incluindo a área rural, para promover o desenvolvimento urbano de forma integral. Todavia, ressalte-se, deverá se restringir apenas ao planejamento e ao desenvolvimento urbano e de expansão urbana, sem invadir a competência da União, que é o desenvolvimento da área rural.

A área urbana, ou melhor, a zona urbana ou perímetro urbano, é delimitada por lei municipal (art. 30, VIII, CF) para efeitos urbanísticos e tributários.[27] É na zona urbana que está situada a propriedade privada urbana, que se sujeitará às definições do plano diretor do município para dar cumprimento ao princípio da função social da propriedade.

---

26 MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p.393.

27 SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. op. cit., p. 218 e MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 399.

Dentro da área urbana, o campo de abrangência do plano diretor é muito maior que o do zoneamento e, na realidade, este deve emanar daquele.

Hely Lopes Meireles diferenciou plano diretor de zoneamento da seguinte forma: plano diretor é "[...] o complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global e constante do Município [...]". E zoneamento é a "[...] repartição da cidade e das áreas urbanizáveis segundo a sua precípua destinação de uso e ocupação do solo".[28]

Releva aqui salientar a posição de Luís Alberto de Mattos Freire de Carvalho, segundo o qual a natureza jurídica do zoneamento corresponde a "[...] uma limitação administrativa imposta por normas genéricas e abstratas, com o fito de conformar a propriedade à sua função social e que, por não retirar do bem a sua funcionalidade, não enseja nenhum direito à indenização".[29]

Para Celso Ribeiro Bastos, plano diretor é:

> [...] uma tentativa de superar as tradicionais leis de zoneamento, voltadas exclusivamente à ordenação do solo urbano, com regras relativas às edificações, à definição da destinação das diversas áreas urbanas (moradias, indústria, comércio) e, inclusive, com preceituações sobre o parcelamento do solo. O plano diretor há de manter-se fiel ao prescrito no caput do artigo que estatui que a política do desenvolvimento urbano tem por objetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar dos seus habitantes.[30]

Assim sendo, para a elaboração do plano diretor deverá ser considerado o ordenamento do espaço urbano e as regras para o

---

28 MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 393 e 406.

29 CARVALHO, Luís Alberto de Mattos Freire. **Aspectos jurídicos do zoneamento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 141. (Ternas de Direito Urbanístico – I).

30 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva, op. cit., p. 207.

zoneamento, levando-se em conta a área rural. O plano diretor deverá congregar em seu conteúdo todos os aspectos essenciais e necessários ao desenvolvimento citadino, dentre outros: o físico, o econômico, o social, o administrativo, incluindo a conservação ambiental, para assim realizar as funções sociais da cidade, necessárias ao bem-estar de seus habitantes.

A implementação do plano diretor deverá ser mediante lei municipal, que deverá ser aprovada, de preferência, com quorum qualificado, previsto na Lei Orgânica do Município, de forma a proporcionar segurança e garantia aos munícipes.

As normas contidas no plano diretor se concretizam por intermédio dos órgãos e agentes executivos municipais, fazendo-se necessária a elaboração de planos secundários, a saber, os planos setoriais, planos de urbanização, de delimitação de áreas específicas, os quais poderão ser aprovados por decretos.

8 A obrigatoriedade do plano diretor

De acordo com a ordenação jurídica brasileira, o plano diretor (art. 182, § 1º,CF) deverá ser aprovado por lei municipal, corroborando o ditame constitucional segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II).

É o Município o responsável direto pelo controle urbanístico mais incisivo, pois é de sua competência regular o planejamento e o desenvolvimento urbanos, conforme prescrito nos arts. 30, I, VIII[31] e 182 da

[31] Constituição Federal de 1988. Art. 30. "Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local; [...] VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano".

CF e pela Lei Federal n. 10.257/2001 – Estatuto da Cidade – por meio de sua Lei Orgânica e o de seu plano diretor.

O plano diretor é obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, cidades integrantes de áreas de especial interesse turístico, cidades inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional e também para cidades onde o Poder Público municipal pretenda utilizar o parcelamento ou edificação compulsórios, o IPTU progressivo no tempo ou a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, conforme se extrai do art. 41, da Lei n. 10.257/2001.

No caso brasileiro, entende-se que na ausência do plano diretor, a propriedade urbana será condicionada pela Lei Orgânica Municipal e pelas normas urbanísticas municipais, face ao dever que tem o Município de dar concreção ao princípio da função social da propriedade, conforme o art. 182, § 2º e art. 5º, XXIII, da CF. Todavia, com a edição da Lei n. 10.257/2001, que em seu texto criou novos instrumentos urbanísticos, faz-se necessária, senão obrigatória, a existência de plano diretor em municípios com menos de vinte mil habitantes, caso contrário é impossível a sua implementação.

9 Prazos e sanções

Ponto controvertido é o fato de que nenhuma lei menciona qualquer sanção pelo descumprimento do art. 41 da Lei n. 10.257/2001, que prescreve a obrigatoriedade do plano diretor.

Antes da existência do Estatuto da Cidade, o texto constitucional mencionava a obrigatoriedade do plano diretor somente para as cidades com mais de vinte mil habitantes, suscitando à época discussões

sobre o tema. Sanção, de fato, há para o Município que descumprir a norma constitucional. No entanto, a posição mais acertada é a de Pinto Ferreira, ao afirmar que:

> [...] não é possível a argüição de inconstitucionalidade por omissão municipal perante o STF. Embora tal limitação não se encontre expressamente contida como comando constitucional, induz-se pelo art. 102, I, "a", que tal ação tem por objeto lei ou ato normativo federal ou estadual e não lei ou ato normativo municipal.[32]

E, mais adiante, o autor resolve o problema:

> A solução a ser encontrada está no art. 125 § 2º, da Constituição Federal, autorizando os Estados a representação de inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais ou municipais em desacordo com as Constituições estaduais. Em conseqüência, descumprida a exigência da edição dos planos diretores, o remédio cabível é uma ação perante o Tribunal de Justiça do Estado. Outras medidas também podem ser invocadas. No caso de omissão municipal por parte do prefeito, comete ele crime de responsabilidade.[33]

Em sendo assim, entende-se que não é possível a ação de inconstitucionalidade por omissão, e sim mandado de injunção (art. 5º, LXXI), quando a lesão for individual. É possível, também, a representação de inconstitucionalidade, preceituada no art. 125, § 2º da CF, haja vista que o dever municipal de editar o plano diretor consta das Constituições estaduais, razão para a acolhida da ação perante os Tribunais de Justiça dos Estados.

---

32 FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1994. v. VI. p. 431.

33 FERREIRA, Pinto, op. cit., p. 433.

Pode-se suscitar, porém, a seguinte questão: como a função social é cumprida nos municípios que não são obrigados por lei a possuírem plano diretor (os municípios com menos de vinte mil habitantes)?

Pedro Escribano Collado, em análise à Lei do Solo espanhola, levanta esse mesmo problema: "¿ cabe en ausencia de plan la existencia de um destino urbanístico del Suelo? El problema es complejo y exige ser estudiado detenidamente". O autor afirma que a Lei do Solo possui uma série de mecanismos para suprir a ausência do plano, dentre eles:

> [...] 'proyecto de delimitacion' aprovado pela Comision Provincial de Urbanismo, ou ordenações subsidiárias de planejamento. Mesmo assim, se o município não aprovar os projetos subsidiários o problema continua. Nesse caso o autor entende que não existe a propriedade planificada, e sim a propriedade garantida, pois a Lei do Solo garante ao proprietário o direito de construir em seu terreno sob condições mínimas que não desvirtue o princípio da função pública do Urbanismo.[34]

No caso brasileiro, apreende-se que, na ausência do plano diretor, a propriedade urbana será condicionada pela Lei Orgânica Municipal e pelas normas urbanísticas municipais, pois o município tem o dever de dar concretude ao princípio da função social da propriedade, e isso sob o comando do art. 182, § 2º e art. 5º, XXIII, da CF. Entretanto, com a edição da Lei n. 10.257/2001, que em seu texto criou novos instrumentos urbanísticos, faz-se necessário, senão obrigatório, a existência de plano diretor em municípios com menos de vinte mil habitantes, caso contrário é impossível a sua implementação.

Outro problema que se coloca é em relação ao município que formalmente possui um plano diretor, mas, na realidade, não o cumpre. Nesse caso, a existência do plano diretor é insuficiente para o cumprimento da função social da propriedade. Esse ponto é relevante, pois muitos prefeitos simplesmente engavetam as diretrizes gerais

---

34 COLLADO, Pedro Escribano, op. cit., p. 174-175.

}estabelecidas pelo plano diretor e figuram como verdadeiros déspotas dentro do município, tratando a coisa pública como se fosse coisa privada. Nesses casos, para o município que possui o plano diretor, mas não o cumpre, a sanção deve ser endereçada ao prefeito, por crime de responsabilidade por omissão.

O Estatuto da Cidade, em seu art. 52, prevê, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a improbidade administrativa ao Prefeito nos termos da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, quando:

> II – deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4º do art. 8º desta Lei; III – utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei; IV – aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei; V – aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1º do art. 33 desta Lei; VI – impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei; VII – deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei; VIII – adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos artigos 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado.

Para garantir a implementação do plano diretor, o Estatuto da Cidade elegeu a Ação Civil Pública, da qual o Ministério Público é legítimo titular, como guardiã da ordem urbanística, erigida-a ao rol dos interesses difusos.

10 O plano diretor georeferenciado

Grande avanço ocorreu com o chamado plano diretor georeferenciado, elaborado dentro dos padrões do sistema de geoprocessamento,

o qual apresenta, em relação aos planos convencionais, diversas vantagens.

O geoprocessamento pode ser compreendido como um conjunto de procedimentos manuais ou auxiliados por computador, por satélite, utilizados para armazenar e manipular dados geograficamente referenciados.

Verifica-se, conforme pontuam Arlindo Philippi Jr., Gilda Collet Bruna e Vicente Fernando Silveira, que: "existem hoje tecnologias de informação digital com capacidade de armazenamento e manipulação de dados gigantesca. As últimas décadas de evolução digital geraram uma grande quantidade de dados ambientais originários de fontes diversas".[35]

O sistema de geoprocessamento é um sistema dinâmico, assim como dinâmica é a sociedade, pois, além de facilitar a coleta e o armazenamento de informações para o planejamento municipal, incluindo a moderna referência espacial, permite constante atualização de dados e cruzamento de informações espalhadas nos mais diversos órgãos e arquivos da administração pública. Dessa maneira, o plano

---

35 Nesse sentido, complementam: "A superfície do planeta é varrida diariamente por dezenas de satélites específicos para recursos naturais; levantamentos aerofotogramétricos recentes e antigos possibilitam avaliações de séries históricas e mudanças que ocorrem na ecologia da paisagem; os sistemas de posicionamento global (GPS) possibilitam a localização e identificação de elementos da paisagem de forma precisa e eficaz; os sistemas de informações geográficas (SIG) manipulam toda forma de informação com conteúdo espacial e analisam inter-relacionamentos nos dados proporcionando inferência e obtenção de novas compreensões da realidade ambiental". PHILIPPI JR., Arlindo; BRUNA, Gilda Collet; SILVEIRA, Vicente Fernando. Políticas públicas e desenvolvimento sustentável. In: **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. Arlindo Philippi Jr., Alaôr Caffé Alves (Ed.). Barueri: Manole, 2005.

diretor georeferenciado[36] poderá propiciar uma imagem da cidade mais próxima da realidade, monitorando suas transformações físicas e sociais, podendo até mesmo fazer previsões em relação a fenômenos naturais que envolvam processos de degradação ambiental em geral e até mesmo situações de calamidades públicas, com a antecedência necessária para a tomada das providências adequadas.

Por intermédio do plano diretor georeferenciado também é possível o controle da distribuição espacial da população, o uso e a ocupação do solo urbano, planejamento do transporte coletivo, habitação e mesmo o lazer, bem como todas as necessárias adaptações que a cidade demandar em face de seu desenvolvimento, expansão e de seu consequente processo de urbanização.

11 Conclusão

O plano diretor do município é o instrumento básico e fundamental para executar a política de desenvolvimento e expansão urbana, que deverá ser definida e orientada pelos cidadãos e o poder público, sempre no sentido de dar concretude ao princípio da função social da propriedade urbana. Para isso, deverá regular o uso da propriedade urbana compreendendo a sua função socioambiental, em consonância com a realidade da população citadina, visando à melhoria da qualidade de vida dos munícipes para as atuais e futuras gerações.

---

36 O primeiro Plano Diretor Georeferenciado do Brasil foi elaborado pelo município de União da Vitória no Estado do Paraná, resultado de trabalho realizado pelos técnicos do Paranacidade em conjunto com a prefeitura do município. Site de referência: www.paranacidade.org.br em fevereiro de 2002.

Referências

AGUIAR, Joaquim Castro. **Direito da cidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ALVES, Alaôr Caffé. Fundamentos do direito e meio ambiente. In: **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. Arlindo Philippi Jr., Alaôr Caffé Alves (Ed.). Barueri: Manole, 2005.

ALVES, Alaôr Caffé. **Planejamento metropolitano e autonomia municipal no direito brasileiro**. São Paulo: Bushatsky, 1981.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. v. VII.

CARVALHO, Luís Alberto de Mattos Freire. **Aspectos jurídicos do zoneamento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. (Ternas de direito urbanístico – I).

COLLADO, Pedro Escribano. **La propiedad privada urbana**: encuadramiento y régimen. Madrid: Montecorvo, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1995. v. IV.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1994. v. VI.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Relação de consumo, defesa da economia e meio ambiente. In: **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. Arlindo Philippi Jr., Alaôr Caffé Alves (Ed.). Barueri: Manole, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza Jurídica do Zoneamento: efeitos. In: **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 61, 1982.

MODERNE, Franck. Propriedad privada y urbanismo. In: **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 87, 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MUKAI, Toshio. Plano diretor nas constituições, federal e estaduais e nas leis orgânicas municipais. In: **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 94, abr./jun. 1990.

MUMFORD, Lewis. **A cidade na história**: suas origens, transformações e perspectivas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1982.

PALEN, J. John. **O mundo urbano.** Rio de Janeiro: Forense, 1975.

PHILIPPI JR., Arlindo; BRUNA, Gilda Collet; SILVEIRA, Vicente Fernando. Políticas públicas e desenvolvimento sustentável. In: **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. Arlindo Philippi Jr., Alaôr Caffé Alves (Ed.). Barueri: Manole, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SJOBERG, Gideon. Origem e evolução das cidades. In: **Cidades**: a urbanização da humanidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

SPANTIGATI, Federico. **Manual de derecho urbanístico**. Madrid: Montecorvo, 1973.

[VOLTA AO SUMÁRIO]

CAPÍTULO 11

A organização como fator de produção na comunicação social: uma reflexão a partir do pensamento de Alaor Caffé Alves acerca dos balizamentos jurídicos do poder econômico privado

Ricardo Antonio Lucas Camargo[1]

É ao mesmo tempo um desafio e um prazer homenagear o Professor Alaor Caffé Alves, a quem tive o privilégio de conhecer ainda antes de me formar, no agora longínquo ano de 1989, em Fortaleza/CE, por ocasião da Reunião da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. Impressionara-me a introdução que elaborara para as traduções feitas

1 Professor Associado da Faculdade de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Professor Visitante na Università degli Studi di Firenze – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública

por Sílvio Donizete Chagas para o ***Teoria geral do Direito e marxismo***, de Pashukanis, e o ***Direito e luta de classes***, de Stucka. A Guerra Fria ainda não terminara e, embora eu nunca tenha tido – e continue não tendo – sequer simpatias pelo marxismo, sempre me interessei em conhecê-lo especialmente pelo medo que assombrava ainda o mundo ocidental por conta dele, medo, este, que, durante toda a minha infância e juventude, servira de pretexto para tratar como "seres piores do que criminosos comuns" mesmo pessoas que, vistas de perto, como Henrique Teixeira Lott, Juscelino Kubitschek, Edgar de Godoi da Mata-Machado, jamais poderiam ser enquadradas em tal viés ideológico – isto, se as crenças de cada qual fossem, efetivamente, contrariamente à herança do Iluminismo, razão para se atribuírem ou suprimirem quaisquer direitos -, e me surpreendera ao verificar que havia um Professor da Faculdade do Largo São Francisco ligado à, então em voga, "Nova Escola Jurídica", que fora lançada em Brasília pelo Professor Roberto Lyra Filho. O atrevimento do estudante rendeu a este, respondido com generosidade e bonomia pelo Professor, a ocasião de verificar que, a despeito das diferenças de visões de mundo, havia uma comunhão de preocupações no que tange ao problema do titular do poder, público ou privado, agindo com as mãos livres ou condicionado, de tal sorte que pudesse restar espaço para a liberdade de quantos se lhe submetem. A preocupação comum ao Professor e ao autor em face do fenômeno do poder, enquanto um dado inexorável, por um lado, e necessitado de balizamentos, por outro, vem a justificar o tema do presente estudo, que se ligou às pesquisas desenvolvidas pelo signatário durante o seu estágio probatório.

Tomada a organização em relação à atividade desenvolvida pelo particular, emergirá, justamente, a sua identificação com a empresa, que será tratada como fator de produção, recordando as contribuições trazidas sobretudo por Alfred Marshall.

A seguir, identificar-se-ão os órgãos administrativos das empresas de comunicação social, a fim de que se esclareça como se travam as

relações da empresa com terceiros e entre os que vivem a vida da empresa, trabalhando-se primeiro as generalidades concernentes à teoria jurídico-econômica da empresa, para depois investigarem-se as peculiaridades do setor.

Entretanto, quando se traz à balha a questão da possibilidade do abuso do poder econômico neste setor ou mesmo quando se procura identificar o destinatário do direito de liberdade de expressão e manifestação de pensamento, imediatamente emergem as celeumas, não faltando nem mesmo aquelas que sustentam que o tema não merece discussão e que, ademais, quem quer que deseje fazer uso de tal liberdade pode perfeitamente constituir a sua própria empresa.

Está pressuposta, aqui, a própria compreensão do mercado enquanto espaço público, da amplitude das possibilidades de cada qual nele se fazer ativo, para, por méritos próprios, sagrar-se vencedor.

Os temas concernentes ao exercício do poder econômico por parte das empresas de comunicação social serão tratados a partir de assuntos que as aproximam de outros setores – como a dimensão da empresa e as questões concernentes à concorrência – e os que as individualizam em face dos demais – como a nacionalidade e o controle –, sempre recordando que, ao mesmo tempo em que elas são instrumentalizadas pelo poder econômico alheio, são dotadas, também, de poder econômico próprio.

Não serão examinados em minúcia aspectos econômicos relativos a particularidades de casos concretos, com estatísticas ou gráficos, embora o dado econômico venha a ser tomado, aqui, em consideração para o efeito de procurar identificar o significado do tema sob o enfoque jurídico.

Por outras palavras: o fato econômico, no presente texto, somente assumirá interesse enquanto suscetível de ser qualificado também como fato jurídico; não se está, pois, a escrever no âmbito da economia política, ciência do "ser", mas sim do Direito, ciência do "dever-ser".

No que tange às fontes, ter-se-á como critério, antes, a aptidão do autor consultado para esclarecer sobre o ponto versado do que, propriamente, o respectivo prestígio, embora, evidentemente, as autoridades consagradas venham a ser amiúde visitadas.

Por outro lado, recordando o procedimento do Visconde de Bonald, famoso defensor das prerrogativas da realeza contra os próprios ideais da Revolução Francesa, mais do que contra o Terror, em relação a Montesquieu e Rousseau, o fato de eventualmente reportar-se o texto a tal ou qual autor ou mesmo transcrevê-lo não implicará concordância integral com o conjunto do respectivo pensamento.

1 A organização como fator de produção

A clássica dicotomização dos fatores da produção entre "capital" e "trabalho", atualmente, cede lugar à visão que aponta para a existência de um elemento a mais, que vem a cimentar e coordenar todos os outros, que é a "organização".

Quando se fala em organização, tem-se em vista a presença de partes de um todo, praticando atos coligados entre si, em relação de interdependência, todos preordenados à realização de um fim comum[2].

Tal função de aglutinação, a bem de ver, já havia sido antevista pelo divulgador, no Continente Europeu, da obra-matriz do liberalismo econômico, embora concentrasse sua atenção mais propriamente no "empresário"[3] do que identificasse – tal como viria a ocorrer no final do

2 SABATO, Franco di. *Diritto delle società*. Milano: Dott. A. Guiffrè, 2005, p. 19.

3 SAY, Jean-Baptiste. *Tratado de economia política*. Trad. Balthazar Barbosa Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 85.

século XIX e início do século XX[4] – na empresa um centro de interesses próprio, inconfundível, sequer, com o empresário em si mesmo[5].

Não é, evidentemente, a empresa a única forma de organização da atividade econômica, especialmente quando se recorda que hodiernamente se pretende reservar esta designação a complexos voltados ao exercício de atividade lucrativa (ou, numa acepção um pouco mais ampla, voltados a utilizar a riqueza para gerar mais riqueza[6]), embora a ela se pretenda restringir o presente estudo: mesmo sendo o Estado também caracterizado como uma organização de recursos materiais e humanos para se atingir a determinado fim, não pode (ainda que prestigiosa doutrina se refira à atividade econômica como um gênero – a atividade voltada à satisfação de necessidades – de que seriam espécies a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público, partindo do correto pressuposto de que entre estes não haveria uma diferença decorrente da natureza das coisas[7]) ser considerado sob esta rubrica, tendo em vista que, em relação à viabilização da convivência

---

4 MARSHALL, Alfred. *Princípios de economia.* Trad. Rômulo Almeida & Ottolmy Strauch. São Paulo: Abril Cultural, 1982, v. 1, p. 211-2; GUITTON, Henri. *Economia política.* Trad. Oscar Dias Correa. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, v. 2, p.50-1; COASE, Ronald Harry. *The firm, the market and the Law.* Chicago: University of Chicago Press, 1988, p. 36; BARRE, Raymond. *Manual de economia política.* Trad. Pierre Santos. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1970, v. 3, p. 191; LIPPERT, Márcia Mallmann. *A empresa no Código Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 114.

5 SAVATIER, René. *Les métamorphoses* économiques *et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui.* Paris: Dalloz, 1952, p. 83; GIORDANO, Alessandro. Impresa sociale e scopo di lucro. In: CANDIAN, Alfredo et allii. *Studi in onore di Emilio Betti.* Milano: Dott. A. Giuffrè, 1962, v. 5, p. 176-7; SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico.* 6ª Ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 284; QUEIROZ, José Wilson Nogueira de. *Direito Econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 81.

6 GALGANO, Francesco. *Diritto Civile e Commerciale.* Padova: CEDAM, 2004, v. 3, t. 1, p. 238.

7 GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 112.

social – de que a realidade econômica é parte integrante -, a ele incumbe o exercício, em caráter monopolístico, da coação[8].

Nem por isto deixa a empresa de ser, em si mesma, um centro de poder, consubstanciando a ideia de uma obra a ser realizada no grupo social em que opera, com a estruturação do poder necessário a se realizar tal obra e à convergência de manifestações do grupo social em torno não só da ideia como da respectiva realização[9].

---

8 PERROUX, François. *Economia e sociedade.* Trad. Aurora & Mário Murteira. São Paulo: Duas Cidades, 1961, p. 170; BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social.* São Paulo: Malheiros, 2007, p. 131; CHEVALIER, Jean-Jacques. Le temperament politique français. In: CORTIÑAS-PELÁEZ, León [org.]. *Perspectivas del Derecho* Público *en la segunda mitad del siglo XX – homenaje a Enrique Sayagues-Laso.* Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1969, t. 1, p. 724; WEBER, Max. *Economía y sociedad.* Trad. José M. Echavarría et allii. México/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 45; MANKIW, N. Gregory. *Princípios de microeconomia.* Trad. Allan Vidal Hastings & Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Leaning, 2009, p. 10; JAY, John. A União como requisito para a segurança nacional. In: HAMILTON, Alexander, MADISON, James & JAY, John. *O Federalista.* Trad. Heitor de Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 109; SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha de. *Consenso e democracia constitucional.* Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002, p. 30; SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 334; BOBBIO, Norberto. *Ensaios escolhidos.* Trad. Sérgio Bath. São Paulo: C. H. Cardim, [s/d], p. 124.

9 HAURIOU, Maurice. *A teoria da instituição e da fundação: ensaio de vitalismo social.* Trad. Jpsé Ignacio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 21; ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional.* Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 61; RECASÉNS SICHES, Luís. *Tratado general de Filosofía del Derecho.* México: Porrúa, 1970, p. 275-6; BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho.* Trad. Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 218; AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como poder jurídico. In: BARROS, Hamilton de Moraes e et allii. *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira.* Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 287; SILVA, Antonio Álvares da. *Créditos trabalhistas no juízo recursal.* Rio de Janeiro: Aide, 1985, p 30; REQUIÃO, Rubens. Responsabilidade das maiorias e proteção das minorias na sociedade anônima. In: NOGUEIRA, Adalício [coord.]. *Estudos em homenagem ao Professor Orlando Gomes.* Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 554; RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado e o*

A despeito da compreensão de um quadro ideal em que os concorrentes, mantida a respectiva concorrência entre si, lograriam estabelecer um sistema de freios e contrapesos, "a especialização, diversificação, aumento da produtividade e ampliação da produção mercantil conduzem à concentração dos capitais em mãos de grupos econômicos com influência no plano nacional e no plano internacional"[10].

O Mestre das Arcadas, embora estivesse a falar, na obra de onde se extraiu o trecho supratranscrito, mais especificamente de questões relacionadas com a própria distribuição do espaço urbano, com o tema da concentração da propriedade imobiliária, na parte introdutória, de onde a passagem foi extraída, versou em caráter geral o tema da *concentração*, em si mesma, *da propriedade dos bens de produção* como decorrência dos próprios expedientes voltados a permitir que cada um dos agentes econômicos tenha acelerado o respectivo retorno e remova os obstáculos que se colocam para que logrem o respectivo objetivo.

Por outro lado, o papel do poder econômico privado, ora assegurando a posição do Poder Público, ora contribuindo para o desestabilizar, ora tendo-o como aliado contra outros concorrentes menos pujantes ou em face de grupos cujos interesses se contraponham aos seus, ora tendo-o como adversário, quando, eventualmente, adote alguma medida coercitiva, seja impondo um comportamento ativo, seja

---

empregador no Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 118; BUZAID, Alfredo. *Da ação renovatória.* São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, p. 184; GUIMARÃES, Hahnemann. Estudo comparativo do Anteprojeto do Código de Obrigações e do Direito vigente. *Revista Forense.* Rio de Janeiro, v. 41, n. 97, p. 289, jan 1944; NUNES, António José Avelãs. A Constituição Europeia e as políticas sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes &¨STRECK, Lenio Luiz [org.]. *Entre discursos e culturas jurídicas.* Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p. 256; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *A empresa na ordem jurídico-econômica.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 18-9.

10 ALVES, Alaor Caffé. *Planejamento metropolitano e autonomia municipal no Direito brasileiro.* São Paulo: José Bushatsky, 1981, p. 18-9.

estabelecendo uma proibição, seja restringindo o exercício de tal ou qual faculdade.

Ou seja, a própria dinâmica das relações do mercado impõe, para que no combate travado entre os agentes econômicos haja efetiva paridade de armas, o abandono da concepção da realidade econômica exteriorizada como um embate de átomos independentes[11].

A versão balzaquiana do Rei Lear enriquece a partir da fabricação e comercialização de um produto com pouca procura, e ainda menor número de ofertantes, a despeito de utilizar-se de um insumo extremamente escasso:

> Jean-Joachim Goriot era, antes da Revolução, simples operário macarroneiro, hábil, econômico e empreendedor o bastante para ter comprado o patrimônio de seu patrão, que o acaso tornou vítima do primeiro levante de 1789. Estabelecera-se à Rue de la Jussiene, perto da Halle-aux-Blés, e tivera o enorme bom senso de aceitar a presidência do seu departamento, a fim de ter seu negócio protegido pelos mais influentes personagens daquela época perigosa. Tal sensatez fora a origem de sua fortuna que começou na escassez, verdadeira ou falsa, em consequência da qual os grãos atingiram um preço enorme em Paris. O povo se matava diante das padarias, enquanto algumas pessoas iam buscar sem reclamar massas italianas nos armazéns. Durante aquele ano, o cidadão Goriot reuniu o capital que mais tarde lhe serviu para fazer seus negócios com toda a superioridade que dá uma grande soma em dinheiro àquele que a possui[12].

---

11 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 211-2; NUSDEO, Fábio. *Curso de economia – introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 146-7; SILVA, Luís Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e na conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 150.

12 BALZAC, Honoré de. *O pai Goriot*. Trad. Celina Portocarrero e Ilana Weinberg. Porto Alegre: L & PM, 2006, p. 104.

Ao mesmo tempo em que o capital se vai centralizando nas mãos de poucos agentes, acelera-se o processo de dominação da natureza, com a progressiva redução do custo de produção de cada unidade de bens na proporção em que se aumenta o volume produzido[13].

> "Com a supressão da livre concorrência pela concentração de capital, a dominação burguesa passa a necessitar de um Estado politicamente poderoso, para garantir o mercado nacional e se expandir em busca de novos mercados. Os conglomerados, assim, representariam o interesse do capital pelo fortalecimento estatal, unificando o poder econômico e aumentando o seu poder de pressão sobre o Estado"[14].

O dado de fato acima referido, independentemente de juízos de valor comprometidos com a militância em prol de tais ou quais dogmas, seja do mercado como medida de todas as coisas, seja da necessidade da coação pública, exatamente porque está presente no campo da realidade vem a ser objeto dos mais distintos tratamentos por parte do Direito, desde repressão, passando pela tolerância e, conforme o caso, partindo para o estímulo[15].

---

13 FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do antitruste.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 402.

14 BERCOVICI, Gilberto. O ainda indispensável Direito Econômico. In: BERCOVICI, Gilberto et allii. *Direitos humanos, democracia e república – homenagem a Fábio Konder Comparato.* São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 510; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, t. 6, p. 50.

15 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de Direito Econômico.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 284; BRITO, Beatriz Gontijo de. *Concentração de empresas no Direito brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 78-9; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência.* São Paulo: Malheiros, 2002, p. 180; MENEGAT, Bruno & CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. O regime da concentração empresarial como estratégia de desenvolvimento econômico na doutrina contemporânea ao advento da Lei das Sociedades Anônimas de 1976. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, 21º. Anais. Florianópolis/Uberlândia, 2012

Pareceria evidente que qualquer pessoa, independentemente do respectivo credo político, filosófico ou religioso, independentemente de estar numa posição de vantagem ou desvantagem em relação à obtenção de um bem, seja este qual for, para admitir o sacrifício de seu próprio interesse, necessita de um dado que traga uma convincente justificação, ou para o fim de obtenção de uma vantagem adicional ou para o fim de se evitar um mal maior.

> "A falta de regras provocaria uma grande falta de coordenação entre as pessoas, cada qual sustentando ser seu ponto de vista pessoal o prevalente. A ausência de soluções, ainda que elas pudessem ser modificados por razões extraordinárias, provocaria custos excessivos, pois haveria necessidade de solucionar cada caso individualmente com uma autoridade específica e uma fundamentação particular. Ainda, inexistindo regras, os cidadãos sentir-se-iam legitimados a criar soluções mesmo em áreas para as quais é necessário um conhecimento técnico especializado, o que colocaria em risco a segurança das pessoas e a eficiência das decisões"[16].

O impulso natural dos indivíduos não é o de negar a autopreservação, não é o de se proceder à autonegação em qualquer ponto que seja; é, antes, o de projetar a respectiva personalidade sobre o mundo e de encurtar a distância entre si e o objeto que se mostra apto à satisfação de sua necessidade.

> "Como o sistema é de livre empresa, capitalista, a grande questão é saber como pode haver equilíbrio entre as funções do Estado dirigidas ao bem-estar social e a capacidade da sociedade civil em mantê-las, visto que esta é que produz, dentro de critérios privados, os bens de mercado, para satisfação tanto das necessidades individuais como sociais"[17].

---

16 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios.* São Paulo: Malheiros, 2011, p. 114.

17 ALVES, Alaor Caffé. A "privatização" dos serviços públicos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.* São Paulo, v. 25, n. 45/46, p. 13, jan/dez 1996.

"Livre empresa" significa, nesta passagem, o mesmo que livre exercício de atividade econômica, a que se referem, na Constituição brasileira de 1988, os artigos 1º, 5º, XIII, e 170, *caput* e parágrafo único.

O Professor Alaor Caffé Alves, aqui, toma a palavra "empresa" em acepção diversa daquela que se utiliza nos textos de Direito Econômico e mesmo na Constituição, isto é, ele a toma na acepção de "objeto" e não de "sujeito" de Direito.

Divergência à parte – que vem a tomar relevância em outros temas correlatos – acerca da caracterização da "empresa" como sujeito ou como objeto, o dado é que se está de acordo no que tange à referência a ser característico do sistema não ser compulsório o exercício da atividade econômica e, sequer, a constituição de empresa pelo particular.

E, se não é compulsório, daí decorre ser legítima a expectativa de que da atividade decorra uma efetiva contraprestação.

Aliás, os "critérios privados" a que se refere o texto do Professor do Largo São Francisco são precisamente os referidos à busca que cada qual empreende do máximo retorno para o respectivo esforço[18], e é de se notar que, neste particular, o mais temido dos críticos do capitalismo não entra em contradição com os economistas liberais:

> "A *necessidade prática*, o *egoísmo* é o princípio da *sociedade civil*, e revela-se como tal logo que a sociedade produzir plenamente o Estado político. O deus da *necessidade prática* e do *interesse pessoal* é o *dinheiro*"[19].

---

18 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Curso de Direito Ambiental.* São Paulo: Letra da Lei, 2009, p. 97; CLARK, Giovani. A regulação e a Constituição brasileira de 1988. In: BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira [org.]. *Constituição e democracia: aplicações.* Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 109.

19 MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos.* Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 42.

Por este motivo mesmo, a viabilização dos esforços desenvolvidos neste sentido – o de reduzir a distância entre o objeto apto a satisfazer a necessidade e o ser necessitado – por cada indivíduo, pressupõe não só o estabelecimento de uma infraestrutura material cuja possibilidade de utilização não esteja governada pela conveniência de quem a gere como também assegure a coesão entre os integrantes do meio social[20].

Com efeito, a expectativa de obtenção mais célere do retorno do investimento realizado implica a seleção, por parte de quem se disponha a prestar a atividade, dos adquirentes ou usuários entre os que tenham a maior possibilidade material de propiciar tal retorno, ou seja, os que tiverem a situação patrimonial mais elevada.

Claro que isto implicaria considerar que alguns seres humanos mereceriam ter suas necessidades atendidas e outros mereceriam menos e outros sequer mereceriam, dentro de uma visão que, no limite, negaria o próprio conceito de humanidade, o que atrai a pertinente observação de magistrado pernambucano:

> "A nada adianta que as primícias da vida moderna sejam teoricamente possíveis em nosso meio, se não se confere a todos igualdade de tratamento e de oportunidade quanto a seu acesso"[21].

Como agrediria a própria natureza – vez que o instinto de autopreservação está presente em todos os seres vivos – exigir que qualquer ser humano se reconhecesse como integrante de uma categoria menos merecedora de atendimento do que outras ou mesmo de uma

---

20 PEREIRA, Cezar A. Guimarães. *Usuários de serviço público.* São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica).* São Paulo: Malheiros, 2010, p. 134.

21 NOGUEIRA, Roberto Wanderley. À guisa de prefácio. In: CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Regime jurídico-econômico da atividade de comunicação.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013, p. 21.

categoria descartável, o potencial conflitivo decorrente de uma tal situação parece intuitivo[22], e vem a exigir que a satisfação de necessidades tão essenciais que não possam ser deixadas ao ânimo seletivo do prestador seja conferida a uma estrutura que venha a atender a todos e, ainda, que detenha em suas mãos a autoridade[23].

> "Quanto mais intenso e amplo é o serviço a ser prestado e quanto mais se queira atingir camadas menos favorecidas da sociedade, de mais e especiosos recursos. Esses recursos são provenientes, primordialmente, da arrecadação tributária, como parte do excedente econômico produzido pelos agentes produtivos da sociedade civil. Claro que, quanto mais se tira, menos sobra para o capital valorizar e ampliar condições de existência. E isso cria uma crise entre os interesses do capital e os interesses públicos, de responsabilidade do Estado, que os deve prover tendo em vista a manutenção – e legitimidade – do sistema que

---

22 NUNES, Antonio José Avelãs. *Uma introdução à economia política.* São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 437; WALRAS, Léon. *Compêndio dos elementos de economia política pura.* Trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 313; SMITH, Adam. *A riqueza das nações – uma investigação sobre a sua natureza e as suas causas.* Trad. Luís João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, v. 1, p. 118-9; RICARDO, David. *Princípios de economia política e do imposto.* Trad. C. Machado Fonseca. Rio de Janeiro: Atena, 1937, p. 69; MALTHUS, Thomas Robert. Ensaio sobre a população. Trad. Antônio Alves Cury. In: GALVEAS, Ernane [org.]. *Os economistas – Malthus.* São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 253-4; AMARAL, Alexandre Augusto Pinto Coelho de. O contrato coletivo de trabalho no Direito corporativo português. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.* Coimbra, v. 11, p. 331-2, 1953 – supl.; HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem.* Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1986, p. 207; MYRDAL, Gunnar. *Aspectos políticos da teoria econômica.* Trad. José Auto. São Paulo: Nova Cultural, 1986, p. 99-100; MARX, Karl. *O capital.* Trad. Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1974, v. 4, p. 221-3; GALVES, Carlos. *Manual de economia política atual.* Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 168; BETTELHEIM, Charles. *Planificação e crescimento acelerado.* Trad. Dirceu Lindoso. Rio de Janeiro: Zahar, 1968, p. 120-1; GEORGE, Henry. *Progresso e pobreza.* Trad. Américo Werneck Júnior. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1935, p. 106-7.

23 ALVAREZ, Alejandro Montiel. *O Direito entre a ética e a política – perspectivas aristotélicas.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 89, nota 389.

> tutela. Sem essa legitimidade, o sistema não se mantém, ou será mantido, não por muito tempo, mediante a violência"[24].

Note-se que o autor por último transcrito não está a sustentar a possibilidade de se liberar, para a resolução de todos os problemas, o exercício da violência pelos que se acham submetidos, ou que seja eliminável a tal contingência, mas sim que a própria estruturação dos serviços públicos, em última análise, também se vem a voltar a manter o conflito em níveis que o tornem administrável, em níveis que não o tornem apto a destruir a possibilidade de convivência entre os seres humanos.

> "Embora convicções morais e objetivos não necessariamente partilhados possam constituir horizontes apreciáveis de conduta pessoal, o fato é que, de modo geral, sabe-se que o convívio determina atitudes fundadas em expectativas que refletem princípios mais gerais"[25].

É sempre salutar recordar que a violência, em regra, não é repudiada em si e por si, mas somente quando rompa as fronteiras de uma "ordem estabelecida", que se pretenda "natural"[26].

A necessidade de se buscar legitimação de posições de poder mesmo diante da "ralé" não decorre de um "sentimentalismo politicamente correto mal dirigido" ou de uma "condenável fraqueza diante

---

24 ALVES, Alaor Caffé. A "privatização" dos serviços públicos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.* São Paulo, v. 25, n. 45/46, p. 14-5, jan/dez 1996.

25 FLACH, Daisson. Alice e a linguagem do Direito. In: COSTA, Judith Martins [org.]. *Narração e normatividade.* Rio de Janeiro: GZ, 2013, p. 127-8.

26 PINAUD, João Luiz Duboc. O advogado e a violência – violência urbana e violência rural – ordem, violência e punição in: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 12ª. *Anais.* Porto Alegre: 1988, p. 257; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Direito Econômico, direitos humanos e segurança coletiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007, p. 188.

da escória"[27], mas de um cálculo consciente da esgotabilidade dos recursos tanto humanos quanto materiais no que tange à eficiência da ação repressiva[28].

Antes que se venha a trazer a conhecida objeção no sentido de que isto implicaria uma desconfiança no gênero humano apta a negar valor à liberdade individual, é de se recordar que o próprio pressuposto da economia de mercado é o egoísmo humano[29], e o estabelecimento

---

27 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e revisão.* Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 507; PRADO, Ney. A Constituição de 1988 e o grevismo selvagem. *LTr.* São Paulo, v. 77, n. 2, p. 141, fev 2013; SADDI, Jairo. Nota a: Nóbrega, Maílson da. O futuro chegou. Rio de Janeiro: Ed. Globo, 2005, 399p. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais.* São Paulo, v. 9, n. 391, julho/set 2006; AMARAL FILHO, Marcos Jordão do. *Privatização no Estado contemporâneo.* São Paulo: Ícone, 1996, p. 37; TIMM, Luciano Benetti & DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Aspectos gerais do novo Código Civil. In: TIMM, Luciano Benetti [org.]. *Direito da Empresa e contratos.* São Paulo: IOB Thomson Flores, 2005, p. 20; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2001, v. 6, t. 1, p. 68-9, nota 6; BING, Plínio Paulo. *Sociedade limitada – atos mercantis no contexto do Código Civil.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 267; ALVARENGA, Tales. Romaria de esquerda. *Veja.* São Paulo, v. 39, n. 1.941, p. 49, 1 fev 2006; FARHAT, Emil. *O país dos coitadinhos.* São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966, p. 422.

28 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 200; BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho.* Trad. Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 163; SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 89-90.

29 SAY, Jean-Baptiste. *Tratado de economia política.* Trad. Balthazar Barbosa Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 146; SMITH, Adam. *A riqueza das nações – uma investigação sobre a sua natureza e as suas causas.* Trad. Luís João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, v. 1, p. 74; GOSSEN, Hermann Heinrich. *The laws of human relations and the rules of human action derived therefrom.* Transl. Rudolph C. Blitz. Cambridge: The MIT, 1983, p. 187; VEBLEN, Thorstein. *A teoria da classe ociosa.* Trad. Olívia Krahenbühl. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 82; BASTIAT, Claude-Frédéric. *A lei.* Trad. Ronaldo da Silva Legey. Rio de Janeiro: José Olympio/Instituto Liberal, 1987, p. 70-1; WALRAS, Léon. *Compêndio dos elementos de economia política pura.* Trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 265; MISES, Ludwig von. O intervencionismo. Trad. José Joaquim

de um referencial externo para o fim de estabelecer o equilíbrio entre o interesse individual e o coletivo decorre do dado de que "cada cual es el mundo entero para si mismo: pues todo lo objetivo existe sólo indirectamente, como simple representación del sujeto" [30].

Como dito por um pensador liberal acerca dos condutores de reformas sociais, qualquer que fosse "a escolha que fizeram, a dificuldade essencial era a mesma. Se as decisões fossem descentralizadas, elas tropeçavam logo num caos de opiniões locais. Se fossem centralizadas, a política do Estado estava baseada nas opiniões de um pequeno grupo social da capital. Em qualquer caso, a força era necessária para defender um direito local contra o outro, ou para impor a lei e a ordem nas localidades, ou para resistir à classe governamental no centro, ou para defender toda a sociedade, centralizada ou descentralizada, contra a barbárie externa" [31].

A empresa, outrossim, pode ser de titularidade pública ou privada, como se sabe, e, quando o Poder Público atue como empresário em concorrência com o setor privado, caber-lhe-á, nos termos do § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, seguir as mesmas regras, para não atuar como concorrente privilegiado.

Teixeira Ribeiro. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.* Coimbra, v. 20, p. 437, 1945; SAMUELSON, Paul A. *Introdução à análise econômica.* Trad. Luiz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Agir, 1966, v. 2, p. 150; SOMBART, Werner. *El burgués.* Trad. Maria Pilar Lorenzo. Madrid: Alianza, 1992, p. 180; MYRDAL, Gunnar. *Aspectos políticos da teoria econômica.* Trad. José Auto. São Paulo: Nova Cultural, 1986, p. 48-50; SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 326; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Economia política para o curso de Direito.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 94.

30 SCHOPENHAUER, Arthur. *Los dos fundamentos de la ética.* Trad. Vicente Romano García. Buenos Aires: Aguilar, 1965, p. 129.

31 LIPPMANN, Walter. *Opinião pública.* Trad. Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 254.

Diversa, de acordo com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal[32], será a situação em que as empresas estatais forem prestadoras de serviço público, sem concorrerem com o particular, embora mantenham a personalidade de direito privado.

A distinção entre o que seja o "setor público" e o "setor privado" da economia, para os efeitos da definição dos respectivos regimes jurídicos, vem a fazer-se presente também na disciplina do planejamento econômico posta no § 1º do artigo 174 da Constituição brasileira de 1988, que vem a colocar esta função do Estado, tão temida pelos liberais, paradoxalmente, como uma das garantias da precisão do cálculo econômico das empresas, na medida em que o Estado indicará os rumos – e, consequentemente, reduzirá a margem de riscos de malogro – que a respectiva política econômica seguirá.

O artigo 223, *caput*, da Constituição brasileira de 1988, chega mesmo a falar, no que tange aos meios eletrônicos de comunicação, em setor privado, estatal e público, e é de se notar, especificamente quanto à radiodifusão, que os conflitos em torno da utilização do espectro radioelétrico estiveram na raiz do anseio do Principado de Andorra pela soberania que veio a conquistar em 1993[33].

Quanto à empresa privada, interessa, também – como se verá mais adiante – a questão da respectiva nacionalidade, dada, inclusive, a empresa transnacional, produto da inteligência jurídica voltado a possibilitar a reação do poder econômico privado aos condicionamentos postos pelo Poder Público de cada um dos Estados soberanos.

---

32 Recurso Extraordinário 229696 / PE. Relator para o acórdão: Min. Maurício Correa. DJU 19 dez 2002; Recurso Extraordinário 220699 / SP . Relator: Min. Moreira Alves. DJU 16 mar 2001; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 230161 / CE. Relator: Min. Néri da Silveira. DJU 10 ago 2001; Recurso Extraordinário 220907 / RO. Relator: Min. Carlos Velloso. DJU 31 ago 2001; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 243250 / RS. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJU 23 abr 2004.

33 COLLIARD, Jean-Claude. L'État d'Andorre. *Annuaire Français de Droit International.* Paris, v. 39, p. 382, 1993.

> "Todo o *pathos* liberal vira-se contra a coerção e a falta de liberdade. Todo prejuízo, toda ameaça à liberdade individual e, em princípio, ilimitada, à propriedade privada e à livre concorrência significa 'coerção', sendo, *eo ipso*, algo mau. O que este liberalismo ainda deixa valer do Estado e da política se limita a assegurar as condições da liberdade e a afastar interferências nesta liberdade"[34].

O papel do Estado enquanto ente a que se atribui o monopólio da coação não é estranho ao pensamento liberal; antes, está nele pressuposto, já que é pela organização da coação que os particulares terão, cada qual, assegurado o respectivo espaço, inclusive para o desempenho de atividades econômicas.

Por outro lado, a própria "liberdade dos outros" enquanto "limite natural" do "espaço de liberdade de cada um", no extremo, necessita de uma garantia mais forte do que a simples boa vontade das pessoas em reconhecer o espaço alheio[35], justamente porque como pressuposto inarredável do pensamento liberal está a busca de cada qual pelo atendimento do próprio interesse, com exclusão de todos os demais, cada qual configurando-se como um mundo em si mesmo e o restante

---

34 SCHMITT, Carl. *O conceito do político – teoria do* ***partisan***. Trad. Geraldo Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 77.

35 ALEXY, Robert. O conceito de Kant de lei prática. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso [org.]. *Direito natural – Direito positivo – Direito discursivo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 267; KANT, Immanuel. *The critique of practical reason.* Transl. Thomas Kingsmill Abbott. London: Encyclopaedia Britannica, 1952, p. 304; MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Direito e coerção.* Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 171; BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho.* Trad. Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 248-9; KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito.* Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 48; MADEIRA, Vinicius de Carvalho. *República, democracia e reeleições – o princípio da renovação.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013, p. 52

dos seres humanos como meros fantasmas, qual observado anteriormente[36].

Uma vez verificados os aspectos gerais concernentes à organização enquanto fator de produção, passa-se ao exame da fisiologia da empresa de comunicação social, pelo estudo dos respectivos órgãos.

2 Órgãos da empresa de comunicação social

Sobejamente conhecido o dado de que, ao contrário do que supõe o senso comum, não basta pertencer ao gênero humano para se ter atribuída, juridicamente, personalidade, embora, nos tempos atuais, não haja ordenamento jurídico civilizado que negue a qualquer ser humano a condição de pessoa.

Com efeito, basta recordar como era referido o escravo no pensamento helênico, enquanto "ferramenta com alma"[37], e que "o conceito humanitário de humanidade do século XVIII foi uma negação polêmica da ordem feudal-aristocrática ou estamentária então existente e de seus privilégios"[38].

De outra parte, emergem massas de interesses transcendentes a cada um dos indivíduos que se juntam para ser atingido um objetivo comum, separando, para tanto, um determinado patrimônio, que, ao

---

36 SPINOZA, Baruch. *Tratado político.* Trad. José Pérez. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013, p. 64-5; SCHOPENHAUER, Arthur. *Los dos fundamentos de la ética – el fundamento de la moral.* Trad. Vicente Romano García. Buenos Aires: Aguilar, 1965, p. 128; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Regime jurídico geral e especial da atividade econômica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 21.

37 ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1997, p. 21-2.

38 SCHMITT, Carl. *O conceito do político – teoria do* ***partisan***. Trad. Geraldo Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 59.

se formalizarem em um estatuto e ao serem registradas, vêm, também, a terem reconhecidas em seu prol a personalidade jurídica.

O tratamento da comunicação social como atividade econômica, em face do ordenamento jurídico brasileiro, impõe, necessariamente, que se examine o modo como ela se vem a comportar no contexto jurídico-econômico pátrio.

> "Ninguém ignora que o jornal moderno seja empresa comercial. Pratica atos de comércio, profissionalmente, sendo comerciante, que se interpõe entre uma riqueza, um produto, e o consumidor, com fito de lucro"[39].

Não ultrapassa o óbvio a recordação de que a pessoa jurídica, tanto no que diz respeito às suas relações com o exterior como no que tange às relações que se travam no íntimo de sua estrutura, vive por seus órgãos[40].

Quando se tratar das empresas de comunicação social, faz-se verificar quais dentre tais órgãos se mostram imprescindíveis ao desenvolvimento das suas atividades específicas, tornando-se presentes em todas elas[41].

---

39 LEÃO, Anis José. *Limites da liberdade de imprensa.* Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961, p. 164.

40 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. 1, p. 373; PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 5; CAVALCANTI, José Paulo. Pessoa jurídica: representação ou teoria orgânica. In: NOGUEIRA, Adalício [coord.]. *Estudos em homenagem ao Professor Orlando Gomes.* Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 288; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1, p. 197; CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo; Revista dos Tribunais, 1982, v. 1, t. 1, p. 729; LIMA, Osmar Brina Correa. *Responsabilidade civil do administrador de sociedade anônima.* Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 47.

41 GALIZIA, Alberto. *L'azienda giornalistica.* Roma: Athenaeum, 1913, p. 7.

Os órgãos administrativos da grande empresa jornalística se distribuem pelas seguintes Divisões: 1) Direção, contendo, ainda, os departamentos de Caixa e Cobrança; 2) Serviços Comuns, que ofertaria o apoio a todos os demais, e conteria os departamentos de Portaria, Protocolo, Conservação, Material, Pessoal, Compras e Contabilidade; 3) Redação, onde cabem Secretaria Administrativa, Comunicações, Sucursais, Edição de Jornal e Edição de Suplementos; 4) Gráfica, com os departamentos de Eletricidade, Mecânica, Gravura ou Fotomecânica, Linotipia, Estereotipia e Impressão; 5) Circulação, em que aparecem os departamentos de Inspetoria e Expediente, de Assinaturas, de Venda Avulsa, de Transporte e de Papel de Imprensa[42].

Pela simples denominação, verifica-se que alguns dentre os órgãos se voltam às relações da empresa com o público – é o caso da Diretoria, que pratica os atos jurídicos tornando-a presente, é o caso da Redação, onde se elaboram os produtos que serão entregues ao público – e outros dizem respeito às relações *interna corporis*.

Quando se trate da empresa de radiodifusão, tem-se por relevante a indicação do diretor e do redator-chefe, encarregado dos serviços de notícias, reportagem, comentários, debates e entrevistas[43].

Estrutura-se em cinco departamentos: 1) Artístico, que responde pela programação não jornalística; 2) Comercial, que lida com a busca e a venda de espaços para anúncios; 3) Produção, com a incumbência de proceder ao cálculo de custos, ao controle de despesas, bem como à aquisição de insumos; 4) Engenharia, relacionada com o emprego e manutenção dos equipamentos, bem como com a geração e aquisição de tecnologia; 5) Jornalismo, ao qual compete elaborar e levar

---

42 CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo; Revista dos Tribunais, 1982, v. 1, t. 1, p. 861.

43 MIRANDA JÚNIOR, Darci Arruda. *Comentários à lei de imprensa.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, v. 1, p. 123; NOBRE, Freitas. *Comentários à lei de imprensa.* São Paulo: Saraiva, 1985, p. 71.

ao conhecimento do público o conteúdo de caráter eminentemente informativo, tanto notícias quanto comentários[44].

A exigência da especialização para que empresas se pudessem dedicar à radiodifusão, interdita a exploração, por elas, de qualquer outra atividade, foi salientada pelo CONTEL, que afirmou, contudo, que tal interdição não atingiria os sócios, tendo em vista a disposição do Código Civil de 1916, artigo 20, que estabelecia a não confusão entre a pessoa jurídica e os respectivos membros[45], tese que, num certo sentido, não poderia deixar de render ensejo à utilização da pessoa jurídica com o escopo de ladear a proibição legal, ainda mais tendo em vista a concepção da função social da empresa como conceito afeto ao legislador, sem espaço para a respectiva construção por parte das autoridades executiva e judiciária[46], justamente porque, neste caso, estaria presente, mediante a ponderação manifestada no comando de caráter geral e abstrato, a possibilidade do equilíbrio entre o interesse individual e o coletivo, sem se cair no arbítrio da vontade de cada indivíduo encarregado de decidir, num ânimo bem ilustrado pelo êmulo balzaquiano de Ricardo III:

---

44 HOUAISS, Antônio & CASTRO, Moacir Werneck de. Televisão. In: HOUAISS, Antônio et allii. *Enciclopédia Mirador Internacional.* Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica do Brasil, 1975, v. 19, p. 10.820-1.

45 BRASIL. CONTEL. Parecer 245-68. Relator: Conselheiro José Antonio Marques. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, v. 23, n. 95, p. 257, 1969; LIPPERT, Márcia Mallmann. *A empresa no Código Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 142.

46 GALGANO, Francesco. *Diritto Civile e Commerciale.* Padova: CEDAM, 2004, v. 3, t. 1, p. 242-3; RODOTÀ, Stefano. Note critiche in tema di proprietà. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.* Milano, v. 14, n. 2, p. 1.286-7, 1960; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica).* São Paulo: Malheiros, 2010, p. 207; BENCKE, Carlos Alberto. *Acionistas minoritários na sociedade anônima.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 66; MÜLLER, Sérgio José Dulac. *Direitos essenciais dos acionistas.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 114-5.

> Quem sou eu? Vautrin. O que faço? O que me agrada. Vamos em frente. Quer conhecer o meu modo de ser? Sou bom com aqueles que me fazem bem e cujo coração fala ao meu. A esses, tudo é permitido, podem me dar pontapés nos ossos das pernas sem que eu lhes diga: Cuidado! Mas, ora bolas, sou mau como o diabo com os que me atrapalham, ou que não me agradam[47].

A distribuição das funções no comando da empresa jornalística, outrossim, se coloca nos seguintes termos: há o Diretor ou Presidente, propriamente dito, a quem incumbe ofertar a direção tanto doutrinária quanto comercial do veículo que explora. Em seguida, tem-se o redator-chefe, a quem incumbe os artigos que espelhem, efetivamente, as posturas atribuíveis ao veículo, gerenciando, também, os demais trabalhos de redação, auxiliado pelo redator-secretário, que recebe os escritos dos demais colaboradores – sejam estes empregados ou autônomos, permanentes ou esporádicos –, corrige-lhes eventuais deslizes, esboça o jornal, realiza a distribuição dos artigos e do noticiário, escolhe títulos, subtítulos, *leads*, deixando-o pronto para o envio às oficinas, onde o chefe da paginação fará o seu trabalho. Ao chefe de reportagem cabe, trabalhando ao lado do redator-secretário, receber as notícias dos repórteres e demais correspondentes, nacionais e estrangeiros[48].

Ao lado da empresa jornalística, é de se estudar, também, neste setor, a empresa publicitária, voltada a dar ao conhecimento público os produtos e serviços ofertados no mercado, embora se venha, cada vez mais, estendendo a outros setores, como a divulgação institucional da Administração Pública.

---

47 BALZAC, Honoré de. *O pai Goriot.* Trad. Celina Portocarrero e Ilana Weinberg. Porto Alegre: L & PM, 2006, p. 118-9

48 FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial.* São Paulo: Saraiva, 1962, v. 7, p. 177-8.

Pelo fato de desempenhar atividade complementar à atividade jornalística, a independência desta perante o Poder Público é considerada devida ao financiamento pela publicidade comercial[49].

E esta última será produzida com maior eficiência a partir da organização empresarial, à vista do complexo de atividades que pressupõe, como se poderá ver no parágrafo seguinte[50].

As atribuições dos órgãos das empresas publicitárias são as seguintes: 1) Relações Públicas, consistente no estabelecimento do contato com quem desempenhe a atividade ou produto ou serviço que se pretenda promover; 2) Pesquisa de Mercado, consistente na obtenção e análise dos dados que conduziriam o público à procura de determinado produto ou serviço; 3) Redação, consistente na elaboração de textos e roteiros para a veiculação da mensagem publicitária; 4) Produção, consistente na elaboração da peça publicitária; 6) Estúdio, consistente na oferta dos meios necessários para a Produção; 7) Veiculação, consistente na compra de espaço e tempo nos meios de comunicação para levar a público as peças publicitárias; 8) Promoção e Vendas, consis-

---

49 RUIZ, Fernando J. Últimas notícias da fronteira democrática – fatores críticos do jornalismo na América Latina. Trad. Pedro Maia Soares. In: HOFMEISTER, Wilhelm [Ed.]. *A mídia entre regulamentação e concentração.* Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2008, p. 123; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. *Direitos da criança e do adolescente em face da TV.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39; DOTTI, René Ariel. Arts. 61 a 74. In: CRETELLA JÚNIOR, José et allii. *Comentários ao Código do Consumidor.* Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 260; BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. *O Direito da Comunicação e da Comunicação Social.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 247; BAGDIKIAN, Ben G. *Sociologia da comunicação: máquinas de informar.* Trad. Nathanael G. Caixeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1973, p. 282.

50 BORTOLON, Clodovi. *A percepção da comunidade sobre a contribuição econômica e social de uma empresa de comunicações para o desenvolvimento regional: o caso da RBS TV Uruguaiana Ltda.* Porto Alegre: Escola de Administração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2001, p. 60 (dissertação de mestrado profissional).

tente no planejamento e desenvolvimento de outras atividades publicitárias[51].

Uma das manifestações da comunicação social para as quais menos se tem dado importância entre os estudiosos do Direito em geral – e do Direito Econômico, em especial – e, no entanto, vem a ser uma das mais poderosas manifestações do poder econômico privado é precisamente a atividade de relações públicas:

> O serviço de relações públicas tem por fim dar a conhecer a política geral de uma empresa para aumentar seu prestígio, ampliar e aperfeiçoar a ação publicitária[52].

Compreende-se o desenvolvimento desta atividade, exigindo a modificação da visão puramente atomística do contrato (expressa sobretudo em termos da concepção da *res inter alios*[53]), como expressão de um contexto em que

> tudo se motorizava. Os transportes não se faziam mais com a ajuda das morosas diligências. A produção bruscamente saía do regime de artesanato e passava ao da produção em série e em massa. Os adensamentos populacionais se multiplicavam nos grandes centros.[54]

---

51 HOUAISS, Antonio & FAGUNDES, Carlos Henrique de Escobar. Propaganda. In: HOUAISS, Antonio et allii. *Enciclopédia Mirador Internacional.* Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1975, v. 17, p. 9.347; BUONOCORE, Vincenzo. "La cultura giuridica italiana" dagli anni sessanta ad oggi. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.* Milano, v. 59, n. 1, p. 15, genn/mar 2005.

52 LEÃO, Anis José. *Limites da liberdade de imprensa.* Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961. p. 152.

53 SCHILLING, Arno. *A ilicitude na responsabilidade civil extracontratual.* Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1964. p. 116; GABURRI, Fernando. *Responsabilidade civil nas atividades perigosas lícitas.* Curitiba: Juruá, 2011. p. 102.

54 SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco.* Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962. p. 94-5; CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 14-5.

O contato 'homem a homem', cada vez mais, vai perdendo a relevância para o estabelecimento das relações econômicas, principalmente pelo surgimento das grandes companhias e com o avanço da tecnologia de comunicação.

Longe de se manter a concorrência em sua concepção inicial, com a presença de indivíduos em igualdade de condições a lutarem pela sobrevivência, a necessidade de se obter a economia de escala conduziu à concentração empresarial:

> em lugar dos indivíduos ou das empresas isoladas na configuração da 'concorrência', passou-se ao capitalismo dos grupos, que levaram aos monopólios ou aos efeitos que se lhe assemelham. A 'concentração' e a 'integração' da empresa, tomados como fenômenos 'inevitáveis', levavam a estes resultados, sem que o Direito oferecesse obstáculos efetivos à anulação da vontade na escolha e na decisão até mesmo de contratar ou de deixar de fazê-lo, quando a necessidade se tornava rígida e insubstituível. Efetivamente, esta liberdade de opção por contratar ou não cada vez mais perde o sentido na chamada 'sociedade de massa', onde os produtos e os serviços essenciais, desde os alimentos, o vestuário, os bens de uso durável, os transportes, as diversões e outros que compõem a escala de satisfação das necessidades não permitem regateios sobre a qualidade ou os preços e muito menos a decisão de não adquiri-los.[55]

A sofisticação das técnicas de oferta de bens e serviços ao mercado, bem como de diálogo das instituições com o mundo no qual operam, a crescente despersonalização das relações das instituições com terceiros, e mesmo no âmbito interorgânico, conduz, necessariamente, a que seja chamada a atenção do jurista para esta atividade[56].

---

55 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de Direito Econômico.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 124-5.

56 BALDISSERA, Rudimar. Relações públicas: uma perspectiva a partir do paradigma da complexidade. In: BALDISSERA, Rudimar et allii. *Fronteiras e fundamentos conceptuais das relações públicas*. Covilhã, LabCom, 2014, p. 53.

Por outro lado, tem sido comum, desde que entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor, a criação de 'ouvidorias' no âmbito das instituições, para a coleta de reclamações, algumas delas até mesmo autodenominando-se '*ombudsman*', como é o caso de um prestigioso jornal da capital do Estado de São Paulo.

A própria atuação dos grupos de pressão, "procurando obter bens de caráter coletivo de quem está habilitado a lhos conceder"[57], liga-se a esta atividade, sobretudo se for considerado que tal atuação pode chegar mesmo à infiltração no setor público de pessoas a eles ligados, movendo-se, quase sempre, às ocultas, já que o respectivo mote é contemplar interesses de categorias sociais ou econômicas particularizadas:

> "as organizações de pressão não são apenas reflexo de um grupo de opinião, pois, até certo ponto, são também fabricantes dessa opinião"[58].

Também aqui é intuitiva a presença da atuação de quem atua profissionalmente no setor das relações públicas, uma vez que se trata de comunicar a quem detém o poder quais são os interesses a serem atendidos[59].

Não se pode esquecer, mesmo tendo em vista a aparente obviedade do que se vai enunciar, que "o poder econômico pode interferir – e certamente interfere – na condução política do Estado" [60], de tal sorte que,

---

57 NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para a codificação do Direito Econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 49.

58 RIBEIRO, Favila. *Direito Eleitoral.* Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 227; BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional.* Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 280.

59 BALDISSERA, Rudimar. Relações públicas: uma perspectiva a partir do paradigma da complexidade. In: BALDISSERA, Rudimar et allii. *Fronteiras e fundamentos conceptuais das relações públicas*. Covilhã, LabCom, 2014, p. 53.

60 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Advocacia Pública e a defesa do meio ambiente à luz do art. 225 da CF. In: BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Org.). *Direito Ambiental e as funções*

ao mesmo tempo em que este tem o poder de coação, o grau de submissão ao agente econômico privado, por vezes, pode tornar-se tal que a própria ideia da possibilidade de alternância das posições no Poder Público, inerente à democracia, vem a ser relativizada: pouco importa que a situação perca se a oposição mantiver, em linhas gerais, a sacralidade do atendimento aos interesses do agente econômico privado.

Mostra-se intuitiva a importância de tal distribuição dos centros de competência para a definição efetiva dos rumos a serem adotados pela empresa tanto em sua condição de instrumento para o exercício do poder econômico por parte de outros setores como também de detentora de poder econômico próprio.

> "Mais recentemente, com a consolidação da indústria de cultura e comunicação, os meios de comunicação deixam, efetivamente, de ser entendidos como canais, passando a ser potenciais responsáveis pela formação da opinião pública e das agendas dos grandes debates sociais, revelando-se em verdadeiro poder no mundo contemporâneo"[61].

---

essenciais à justiça – o papel da Advocacia de Estado e da Defensoria Pública na proteção do meio ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 34.

61 CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. Mídia e processo penal: influência da imprensa no julgamento dos crimes dolosos contra a vida. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, v. 20, n. 94, p. 203, jan/fev 2012; PELUSO, Vinicius Toledo Piza. Sociedade, *mass media* e Direito Penal: uma reflexão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, v. 10, n. 39, p. 178, jul/set 2002; TORON, Alberto Zacharias. Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco: os novos padrões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, v. 9, n. 36, p. 265, ou/dez 2001; BARATTA, Francesc. La violência y los *mass media*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, v. 8, .n. 29, p. 255, jan/mar 2000; MELLO, Silvia Leser. A cidade, a violência e a mídia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, v. 6, n. 21, p. 193, 1998; SHECAIRA, Sérgio Salomão. A criminalidade e os meios de comunicação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, v. 3, n. 10, p. 139, abr/jun 1995; CERVINI, Raúl. Incidência de los *mass media* en la expansión del control penal en Latinoamérica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, v. 2, n. 5, p. 42-4. jan/mar 1994; SILVA, João Alves. Opinião pública, direito e democracia. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne & ALBUQUERQUE, Paulo

E tal distribuição vem a assumir tal importância, sobretudo, tendo em vista o papel que, cada vez mais, em termos de comando, os administradores assumem, superando, mesmo, a importância dos participantes do capital[62], embora não se possa deixar sem registro posição em sentido contrário[63], com a qual não se concorda, tendo em vista que o administrador está muito longe de ser, pura e simplesmente, a *longa manus* do acionista controlador, ainda que as grandes decisões a este compitam, e está longe de o ser por conta de a legislação lhe conferir o dever-poder de solucionar problemas urgentes, fora da possibilidade de aguardo da convocação e realização de assembleias gerais da companhia, que se lhe apresentem, embora, obviamente, tais soluções não possam ultrapassar os poderes estatutariamente definidos.

Tem a atividade de relações públicas sido, nos últimos tempos, estudada como um dos principais instrumentos voltados a construir não só a credibilidade das instituições – principalmente empresas – perante a opinião pública como também ao atalhar de crises que poderiam implicar maiores custos para que essas mesmas instituições pudessem sobreviver no meio social em que operam, integrada, assim, no ativo intangível das empresas[64].

Antônio de Menezes [org.]. *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller.* Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 383.

62 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico.* 6ª Ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 288; COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macroempresa.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 83-4; LIMA, Osmar Brina Correa. *Responsabilidade civil do administrador de sociedade anônima.* Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 46.

63 PARGENDLER, Mariana. Cinco mitos sobre a história das sociedades anônimas no Brasil. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins [org.]. *Temas essenciais de Direito Empresarial – estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 873; EIZIRIK, Nelson Laks. O mito do controle gerencial. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.* São Paulo, v. 26, n. 66, p. 104, abr/jun 1987.

64 LOPES, Valéria de Siqueira Castro; GRANDI, Guilherme. O valor da comunicação organizacional e das relações públicas. Organicom, São Paulo, v. 6, n. 10-/11, p. 34-5, 2009.

Uma vez examinada a distribuição das tarefas pelos órgãos da empresa de comunicação social, as questões mais comumente associadas ao tema do poder econômico privado – a dimensão da empresa e a tutela da concorrência – serão versadas no próximo tópico.

3 Dimensão da empresa e concorrência

Quanto à organização, também se coloca o tema da dimensão da empresa, determinada, em muito, pela abrangência que pretenda ter e pelas condições de acessibilidade ao mercado, como em qualquer outro setor da economia.

É de se notar que, também no Direito Francês, o caráter comercial da empresa jornalística, atraindo, na omissão de regra específica, a disciplina própria das empresas mercantis, é posto fora de dúvidas[65].

Assim, aparentemente, se mostra possível o acesso à exploração do jornalismo impresso por parte de qualquer pessoa, nos termos do § 6º do artigo 220 da Constituição Federal, proibido condicioná-lo a autorização e, *ipso iure*, afastada a incidência dos artigos 1.123 a 1.125 do Código Civil de 2002[66].

A oscilação do funcionamento do mercado entre as "situações-limite"[67] do monopólio – por conta de, eventualmente, só um agente ou só um grupo totalmente coeso de agentes, ofertar o bem ou serviço em

---

65 MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas.* Trad. Eveline Boutellier. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 309.

66 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 542.

67 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Grupos de fato: da legislação societária e empresarial à legislação trabalhista. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins [org.]. *Temas essenciais de Direito Empresarial – estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 371.

questão, no caso, os bens simbólicos – e do monopsônio – especialmente no que diz respeito a somente um agente ou grupo de agentes vir a ser um possível adquirente de tais bens e serviços – também se verifica neste campo, sendo digno de nota que, juridicamente, a situação de oligopólio ou oligopsônio é tida como equivalente à de um só comparecer a um polo ou outro da relação econômica[68].

Entretanto, a presença de pequenas e médias empresas, neste setor, vem a limitar-se a grupos sociais menores (e.g., os moradores de um bairro, os sócios de um clube, os indivíduos filiados a um sindicato etc.), sem que se possa falar em uma efetiva concorrência à atuação das grandes cadeias jornalísticas, viabilizadas por estruturas empresariais aptas à mobilização de grandes capitais e à realização de operações negociais em alta velocidade[69].

Trata-se de atividade de alto risco, na qual se "fabrica um produto de consumo não durável, vendido em grande quantidade e que necessita recorrer a processos cuja complexidade e custos estão sempre em ascensão. Além do fato de cada empresa ter que enfrentar a concorrência, existe uma concorrência intermídia (imprensa e televisão ou cinema e televisão, por exemplo) ou intramídia (as diferentes revistas de informação ou as diferentes cadeias de televisão)" [70].

É por conta, mesmo, de tal aptidão que "a macro-companhia acentua ao extremo essa predominância das coisas sobre os homens, trans-

---

68 GALGANO, Francesco. *Diritto Civile e Commerciale.* Padova: CEDAM, 2004, v. 3, t. 1, p. 251.

69 ALVES, Alaor Caffé. Desafio do século XXI: estrutura econômico-social, questão metropolitana e meio ambiente urbano-regional. In: SÉGUIN, Élida, DANTAS, Marcelo Buzaglo & AHMED, Flávio [org.]. *O Direito Ambiental na atualidade – estudos em homenagem a Guilherme José Purvin de Figueiredo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1; BULGARELLI. Waldírio. *Concentração de empresas e Direito Antitruste.* São Paulo: Atlas, 1997, p. 23.

70 TOUSSAINT, Nadine. *A economia da informação.* Trad. Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Zahar, 1979, p. 14.

formando-se em gigantesco mecanismo de poder econômico despersonalizado, tanto no que se refere aos seus acionistas como no que tange à relação econômica entre o capital e o trabalho"[71].

Efeitos muito semelhantes, por sinal, podem ser obtidos no caso das denominadas "redes contratuais", adotadas em larga escala no setor de radiodifusão de sons e imagens[72], que, no caso específico da relação da "cabeça de rede" com as respectivas afiliadas, deu ensejo a uma comparação com o contrato de concessão mercantil:

> "O mecanismo da concessão exclusiva é o mesmo utilizado na montagem da relação de 'afiliação' entre as duas empresas de televisão. A única diferença é que, num caso, a concessionária vende mercadorias, enquanto no outro ela transmite programas. Mas o objetivo econômico é essencialmente igual: trata-se, para a empresa concedente, de criar uma rede de distribuição sem investimento de capital"[73].

É em razão desta despersonalização do poder econômico, no sentido da impossibilidade de se o identificar encarnado em um indivíduo fisicamente determinado, que se vai tornando possível o exercício de atos de comando, mesmo no seio da empresa, afetando a grandes coletividades, como se pode exemplificar no voto que se transcreve:

> "A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes.

---

71 COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macroempresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 88.

72 KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos – grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 179.

73 COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial.* São Paulo: Saraiva, 1995, p. 279; GOMES, Orlando. *Contratos.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 374-5; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *A empresa na ordem jurídico-econômica.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 122.

> A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas têm natureza massiva.
> O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea – sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada – é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada." [74]

A necessidade de mobilização de grandes capitais, desde o surgimento das sociedades anônimas, mitigou o princípio muito celebrado da *affectio societatis*, inerente às denominadas "sociedades de pessoas" e, por conta disto mesmo, veio a causar uma equiparação, em sede doutrinária, em muitos pontos, da estrutura da sociedade de capitais à do Estado[75].

> Na sociedade anônima, cuidando-se de sociedade de capital, a relação do acionista com os outros acionistas e com a companhia não possui caráter pessoal, estando seus direitos e obrigações adstritos ao montante integralizado[76].

---

74 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo n° TST-RODC-309/2009-000-15-00.4. Relator: Min. Maurício Godinho Delgado. DJ-e 4 set 2009.

75 GALGANO, Francesco. *Diritto Civile e Commerciale.* Padova: CEDAM, 2004, v. 3, t. 1, p. 317; ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e Direito Comparado.* São Paulo: Saraiva, 1969, p. 142; QUEIROZ, José Wilson Nogueira de. *Direito Econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 214; GOMES, Orlando. *Contratos.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 400.

76 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 467.085/PR. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão. DJ-e 11 maio 2009.

Tem-se considerado a unidade de comando nos grupos societários – principalmente os "de fato" – "perigosa", tendo em vista a possibilidade de se procederem a alterações em relação à imputação de responsabilidade pelas condutas em face de terceiros, como é o caso dos trabalhadores, dos consumidores e dos fornecedores da empresa[77].

Com todo o reconhecimento do reforço de poder que representa a concentração empresarial, mesmo em casos de grupos "de fato", a tradicional separação entre a responsabilidade da pessoa jurídica e a dos indivíduos que a constituem somente em caráter excepcional tem sido admitida pelos Tribunais, partindo do pressuposto de que o exercício de uma faculdade não se pode presumir abusivo e, ainda, a possibilidade do abuso não é motivo para se interditar, pura e simplesmente, o uso:

> A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupos econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, quando verificado que a empresa devedora pertence a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, e, ainda, quando se visualizar a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores[78].

---

77 COMPARATO, Fábio *Konder. O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 290-2; ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e Direito Comparado.* São Paulo: Saraiva, 1969, p. 142-3; FORGIONI, Paula Andréa. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 367; REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do Direito Penal Econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa*? Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, v. 7, n. 28, p. 119-120, out/dez 1999; DEBBASCH, Charles [org.]. *Droit des* médias. Paris: Dalloz, 2002, p. 537; CUNHA, Rodrigo Ferraz Pimenta da. *Estrutura de interesses nas sociedades anônimas – hierarquia e conflito.* São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 281.

78 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 968.564/RS. Relator: Min. Arnaldo Esteves de Lima. DJ-e 2 mar 2009.

Por maiores que sejam os esforços em termos de assegurar a proteção dos sócios "minoritários", bem como de fazer valer as restrições ao abuso do poder de controle[79], é inequívoco que não se pode estabelecer um termo de comparação que assimile estruturas empresariais onde o poder é exercido "de homem a homem" a outras caracterizadas pela "concentração de capitais e sua integração vertical e horizontal, num irreversível regime de coalizões e protecionismos privados"[80].

Uma vez que a liberdade de iniciativa vem a ser albergada como um dos 'fundamentos' da ordem econômica na Constituição brasileira de 1988, em princípio, amplíssima seria a margem de atuação no âmbito da atividade de relações públicas, uma vez que a liberdade, em termos de ausência de cerceios, e a autonomia seriam os bens jurídicos a que se reporta a liberdade de iniciativa enquanto digna de proteção[81].

Entretanto, é prudente recordar que mesmo tal autonomia há de ser compreendida em termos não absolutos, porque, à ausência de um condicionamento de ordem pública, "a liberdade contratual figuraria

---

79 SABATO, Franco di. *Diritto delle società.* Milano: Dott. A. Guiffrè, 2005, p. 566; COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 275-6; FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e internet.* Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 172-3; LIMA, Osmar Brina Correa. *Responsabilidade civil do administrador de sociedade anônima.* Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 38; MEIRELLES, Edilton. *Grupo econômico trabalhista.* São Paulo: LTr, 2002, p. 341; REQUIÃO, Rubens. Responsabilidade das maiorias e proteção das minorias na sociedade anônima. In: NOGUEIRA, Adalício [coord.]. *Estudos em homenagem ao Professor Orlando Gomes.* Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 554-5; ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 42; BENCKE, Carlos Alberto. *Acionistas minoritários na sociedade anônima.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 92; MÜLLER, Sérgio José Dulac. *Direitos essenciais dos acionistas.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 116.

80 CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 85; NUSDEO, Fábio. *Curso de economia – introdução ao Direito Econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 151.

81 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios.* São Paulo: Malheiros, 2013. p. 165.

como expressão do ilimitado 'querer individual', e levaria os indivíduos a fazerem suas próprias leis, criando uma 'ordem privada econômica', onde dominaria o poder do 'mais forte'" [82].

Trata-se de um dos mais interessantes exemplos do desenvolvimento de uma atividade com todos os caracteres de materialização de política econômica apta a reduzir os custos de transação, no que tange, especificamente, à oferta de bens e serviços ao mercado[83].

Neste particular, a atuação do profissional de relações públicas se mostra das mais relevantes no fortalecimento do poder econômico privado.

Em primeiro, pela sua tarefa de construção da imagem da instituição perante o público. Seu papel, aqui, é o de alimentar a denominada 'publicidade institucional', na qual

> o que se anuncia é a própria empresa e não um produto seu. Seus objetivos são alcançados a mais longo prazo, beneficiando muitas vezes produtos ou serviços que sequer já são produzidos pela empresa. Em certas ocasiões, especialmente quando a empresa enfrenta problemas de imagem, uma campanha de publicidade institucional pode ser a solução para alterar a forma como o público a enxerga.[84]

A imagem da instituição, inequivocamente, vai-se constituindo a partir de referenciais, em geral, ligados a aspirações positivas da

---

82 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de Direito Econômico.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 126; LOPES, Vera Maria Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 144-5; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Regime jurídico-econômico da atividade de comunicação.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013, p. 143.

83 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 6. t. 2. p. 331-2.

84 BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. Arts. 29 ao 45. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et allii. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 174.

coletividade que teriam pertinência, ou à atividade da instituição ou a determinados valores dessa mesma coletividade em que opera.

Vale recordar, sem qualquer compromisso com o significado dos vocábulos no âmbito da psicanálise, preso ao arcabouço conceitual dos estudiosos dos direitos da personalidade, que "a imagem é a projeção da individualidade na comunidade"[85].

É um dado merecedor de nota ter já sido discutida a irrogação de inépcia na construção da imagem da estrela do futebol como apta a caracterizar dano à imagem da empresa de relações públicas[86].

Assim como a atividade dos corretores e agentes, a de relações públicas propicia aos interessados

> economia de tempo, antes de tudo, pois lhes poupa horas preciosas na busca de candidatos ao negócio, no estudo de suas possibilidades e na seleção dos pretendentes; rapidez no acabamento das transações, eis que pelo seu próprio mister está de antemão senhor dos possíveis interessados ou dos meios onde encontrá-los, indo diretamente a eles, facilitando, deste modo, uma mais rápida circulação das riquezas.[87]

A redução do lapso de tempo entre o esforço despendido e o resultado vem a constituir um dado que traduz um diferencial quanto à capacidade de sobrevivência no mercado, e nisto se revela a importância de

---

85 LOPES, Caetano Levi. Os entes despersonalizados e os direitos da personalidade. In: CATEB, Salomão de Araújo (Org.). *Direito Civil e Constitucional – estudos em homenagem à Professora Lúcia Massara*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 15.

86 Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70029825098. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. Julgado em 27 maio 2010.

87 CARVALHO NETO, Antonio. *Contrato de mediação.* São Paulo: Saraiva, 1956. p. 23-4; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Rio de Janeiro:-Forense, 2006. v. 3. p. 384.

> as organizações contarem com um programa efetivo de comunicação, que contemple tanto os processos internos quanto externos, promovendo ações institucionais que construam pontes entre a administração e seus colaboradores, e entre a organização e a sociedade, esta representada por todos os públicos a ela vinculados.[88]

É de se notar que o aproveitamento dos esforços despendidos neste sentido com os contatos com pessoas públicas e privadas, a elaboração de estudos, confecção de materiais para a realização de eventos geraria, para a instituição beneficiária, o dever de prosseguir até o final com o profissional de relações públicas, praticando ilícito se, no momento da realização do evento, o substitui por terceiro[89].

O seu papel na multiplicação da força do agente econômico também se revela por sua condição de titular privilegiado de informações, com a possibilidade de influir diretamente no ânimo do possível adquirente do bem ou serviço ofertado, justamente porque, dentre todos os meios, "o esclarecimento no ponto de venda costuma ser importante para a formação da vontade do adquirente"[90].

O potencial de exploração da falha de mercado conhecida como 'assimetria de informações' faz com que seu exercício venha a resvalar para a possibilidade do que foi denominado por certa doutrina, com felicidade, como 'abuso de posição jurídica', porque abrange tanto

---

88 WELS, Ana Maria Córdova. Aspectos históricos da atividade de relações públicas – paralelos com a origem as assessorias de comunicação social. In: MOURA, Cláudia Peixoto de (Org.). História das relações públicas – fragmentos de memória de uma área [recurso eletrônico]. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p. 202. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/historiarp.pdf>. Acesso em: 27 jan 2014.

89 São Paulo. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 9000145798260100. Relator: Des. Melo Colombi. Julgado em 31 jul 2013.

90 FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 373.

situações em que se fale do exercício de direito subjetivo quanto de exercício de poder[91].

A presença da assimetria de informações é uma constante, justamente pela diferença do nível de conhecimentos de cada um dos integrantes da sociedade, e por isto não surpreende que, mesmo sendo possível falar em uma pluralidade de percepções e gostos, tanto no âmbito político quanto no âmbito das relações de mercado, "a 'vontade manufaturada', no sentido que lhe atribui Schumpeter, é um resíduo praticamente não declinável no processo de redistribuição do conhecimento e da informação" [92].

Daí por que os monografistas identificam como componente da boa fé objetiva o dever de esclarecimento dos termos dos negócios, que não deixa de ser uma especificação do dever geral de informação[93].

Não constitui segredo que as empresas de comunicação social, além de serem titulares de poder econômico próprio, desempenham um papel fundamental na instrumentalização do poder econômico dos demais agentes.

Um dos principais objetivos da comunicação social enquanto instrumento do poder econômico privado é a criação da denominada 'procura viscosa', isto é, a criação de um grupo de consumidores cativos.

Em todas as suas modalidades – seja no jornalismo, seja na publicidade, seja nas relações públicas – ela se presta a isto, a tornar mais

---

91 MIRAGEM, Bruno. *Abuso de direito – proteção da confiança e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas.* São Paulo/Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009. p. 88-9.

92 VALENTINO SOBRINHO, Rafael. A função político-econômica da ignorância no Direito Constitucional brasileiro. In: BALEEIRO, Aliomar et allii. *As tendências atuais do Direito Público – estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco.* Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 410.

93 CAMPOS, Miriam de Abreu Machado. *Jus commune* contemporâneo? In: CATEB, Salomão de Araújo (Org,). *Direito Civil e Constitucional – estudos em homenagem à Professora Lúcia Massara.* Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 188-9.

interessante a obtenção de bens ou a prestação de serviços continuamente de um determinado agente, de preferência a seus concorrentes.

É de se notar que programas de fidelização, voltados à criação de procura viscosa, podem eventualmente configurar abuso de poder econômico, como já chegou a decidir o Conselho Administrativo de Defesa Econômica[94].

Fora do campo das relações de consumo, ingressando no campo concorrencial, há a necessidade de comprovação de que a estratégia seria, em si, apta ao estabelecimento de uma situação de vantagem contrária ao Direito.

Isto porque, se é normal o objetivo de se estabelecer a presença de uma clientela cativa, e se "a razoabilidade impõe, na aplicação da norma jurídica, a consideração daquilo que normalmente acontece"[95], segue-se que a conduta deletéria deve ser provada, especialmente quando se tratar de atuação do profissional de relações públicas e não das agências de publicidade.

Agora, mesmo que as estratégias empresariais definidas, seja pela empresa de relações públicas, seja pelo departamento de relações públicas da empresa interessada, possam submeter-se a controle, para se verificar se estaria presente ou não o abuso do poder econômico, a grande questão que se coloca é quando se verifica, efetivamente, a responsabilidade de quem desenvolve a atividade de relações públicas.

Uma saída para este aparente impasse, no que tange à imputação, poderia buscar-se em atividade análoga, também de caráter intelectual, exigente de conhecimento técnico, e que lida com o imponderá-

---

94 GONÇALVES, Priscila Brolio. Comentários aos incisos III a VI do § 3º do artigo 26. In: BAGNOLI, Vicente et allli (Org.). *Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Gen/Método, 2012. p. 133.

95 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios.* São Paulo: Malheiros, 2013. p. 174.

vel, que é a responsabilidade do advogado[96]: dificilmente, quando se estabelecer perante terceiros (e, em se tratando do que é relevante em sede de Direito Econômico, que é a prática do abuso do poder econômico), estará desligada da responsabilidade da instituição para a qual trabalha.

Alguns dispositivos legislativos podem servir, inclusive, como indicativos para o que se deva entender como "promoção de maior integração da instituição com a comunidade", como se pode exemplificar com o inciso V do artigo 4º da Lei 8.078, de 1990, que atribui aos que ofertam bens e serviços o mister de desenvolver meios eficientes de solução de conflitos de consumo, de tal sorte que a instituição para a qual trabalhe o profissional ou a empresa de relações públicas se coloque "no mercado como um parceiro igualmente susceptível de aperfeiçoar-se e de melhor cumprir sua missão, sem o recurso a expedientes ilícitos"[97].

Neste sentido, cabe referir os serviços de atendimento ao consumidor, voltados a não somente permitir a apresentação de queixas em relação a defeitos do produto vendido ou que tenha tido a respectiva posse cedida a título oneroso ou do serviço prestado, como também a ministrar informações sobre as características e o modo adequado de utilização ou fruição do produto ou serviço por parte do consumidor[98].

Já chegou o Superior Tribunal de Justiça a acolher a tese segundo a qual a disponibilização desses meios constituiria um direito do consumidor, proporcional à área abrangida pela empresa[99], e que não poderia ser restringida a apenas uma modalidade de comunicação,

---

96 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 164; DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 430.

97 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de Direito Econômico.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 296.

98 Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70053783973. Relator: Des. Eugenio Facchini Neto. Julgado em 18 dez 2013.

99 Recurso especial 1.308.830/RS. Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJ-e 19 jun 2012.

especialmente em se tratando de empresa concessionária de serviço público[100].

Como se trata de comunicação direta das instituições com os integrantes da coletividade, vem a ser evidente que se trata do próprio funcionamento do serviço de relações públicas.

Quando a atividade jornalística vem a ser desempenhada pela "macro-empresa", tais características vêm a acentuar-se: com efeito, a capacidade de uma empresa jornalística influenciar e formar a opinião em uma grande área dispensa a harmonia entre os participantes do capital, mostrando-se, antes, maior quanto mais a sua capacidade de autofinanciamento seja tal que faça com que os anunciantes venham a disputar espaço para a respectiva publicidade.

> "Os anunciantes de massa não têm a intenção e nem ao menos desejam o monopólio da mídia. Às vezes, até reclamam amargamente a falta de concorrência roubar-lhes o poder de barganha no momento de discutir os preços de publicação dos anúncios. Mesmo assim, têm sido a principal causa do monopólio de jornais nos Estados Unidos, não devido a más intenções ou a conspirações, mas devido às escolhas racionais que fazem segundo o moderno padrão econômico da mídia" [101].

É de se observar que a publicidade aparece como o meio principal para se cobrirem os eventuais agravamentos no custo das empresas jornalística sem que se os tenha de repassar no preço pago pelo consumidor[102].

---

100 Recurso especial 644.845/RS. Relator: Min. José Delgado. DJU 4 abr 2005; Recurso especial 1.216.077/SC. Relator: Min. Herman Benjamin. DJ-e 4 maio 2012.

101 BAGDIKIAN, Ben G. *O monopólio da mídia.* Trad. Maristela M. de Faria Ribeiro. São Paulo: Página Aberta, 1993, p. 151.

102 MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas.* Trad. Eveline Boutellier. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 312.

Por outro lado, o próprio prestígio do trabalhador intelectual vem a depender, cada vez mais, do prestígio da empresa jornalística que o toma ao respectivo serviço, num pressuposto análogo ao que conduz determinadas empresas a participarem, na condição de franqueadas, do contrato de *franchising*, qual seja, poder ter o respectivo nome associado a uma "marca" de grande aceitação[103].

Tal prestígio tende a se consolidar a partir do maior número de pessoas que, potencialmente, venha a ser atingido – o que tem relação direta com a dimensão da empresa – e com a credibilidade que, longe de traduzir mera resposta às exigências da procura[104], vem a ligar-se, também, à capacidade de os meios de comunicação criarem a procura pelos seus produtos.

> "O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje 'bombardeado' diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca" [105].

---

103 GALIZIA, Alberto. *L'azienda giornalistica*. Roma: Athenaeum, 1913, p.33; MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações mercantis*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 577; REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia comercial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 69-70; VENDRAMINI, Silvia. Franchising ou franquia comercial. In: LIMA, Osmar Brina Correa [org.] *Atualidades jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, v. 3, p. 324; PINHEIRO, Waldemar Antonio. Nota a: SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. Apelação Criminal 161.147. Relator: Juiz Silvio Lemmi. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.* São Paulo, v. 22, n. 51, p. 122, jul/set 1983; SAVATIER, René. *La théorie des obligations – vision juridique et* économique. Paris: Dalloz, 1969, p. 68; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *A empresa na ordem jurídico-econômica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 154.

104 PEMBER, Don R. & CALVERT, Clay. *Mass media Law.* New York: McGraw-Hill, 2007, p. 557.

105 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 63.981/SP. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJU 20 nov 2000.

É interessante notar que a altíssima semelhança que a programação de cada uma das redes de televisão guarda com a das outras vem a traduzir um dos mais eloquentes exemplos do que se denomina doutrinariamente "paralelismo consciente" [106].

Isto porque, em se tratando dos bens ofertados pelas empresas de comunicação social, cabe a regra de se partir do consumo verificado anteriormente, conhecendo, ainda, as tendências psicológicas dos consumidores, a fim de se saber qual a melhor estratégia de captação de leitores ou de audiência[107].

Tal, aliás, a razão que explica, no plano sociológico, a proliferação dos denominados "reality shows", praticamente dando vida à distopia de Ray Bradbury, levada às telas por François Truffaut, na qual, em casas à prova de fogo, num mundo em que os livros eram banidos, o tempo ocioso dos indivíduos era preenchido por tal programação[108].

De outra parte, mesmo no que diz respeito à radiodifusão, onde o relacionamento dos particulares que a pretendam explorar com o Poder Público se impõe, não há como dizer peremptoriamente que se trate de um espaço reservado somente a unidades organizacionais maiores, pois existem, também, emissoras sem intuito comercial, as rádios e televisões comunitárias, disciplinadas pela Lei 9.612, de 1998, embora não se possam considerar "empresas", nem mesmo para o efeito da invocação do tratamento privilegiado a que se refere o inciso IX do artigo 170 da Constituição Federal, dado que seu papel é apenas e tão-somente o de ofertarem um canal, sem fins comerciais, para

---

106 FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 346-7.

107 BUARQUE, Cristovam & JAVIER OCHOA, Hugo. *Avaliação econômica de projetos*. Trad. Maria do Carmo Dutra de Oliveira. Rio de Janeiro: Elsevier, 1994, p. 44-6.

108 CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Os meios de comunicação no Direito Econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 54.

as comunidades se pronunciarem e receberem os bens simbólicos de que necessitam[109].

Vale aqui, pela contribuição ao esclarecimento deste tema sobre o qual a doutrina jurídica é rarefeita, a despeito da abundante jurisprudência, sobretudo criminal, transcrever o voto que se segue:

> "O serviço de radiodifusão comunitária, instituído pela Lei 9.612/1998, consiste em importante instrumento para a livre manifestação do pensamento e o acesso à informação, valores constitucionais invioláveis (art. 5°, IX e XIV, da Constituição da República).
> Nos termos do art. 3° da Lei 9.612/1998, a finalidade legal consiste no atendimento da comunidade beneficiada, com o objetivo de: I – dar oportunidade à difusão de ideias, elementos de cultura, tradições e hábitos sociais da comunidade; II – oferecer mecanismos à formação e integração da comunidade, estimulando o lazer, a cultura e o convívio social; III – prestar serviços de utilidade pública, integrando-se aos serviços de defesa civil, sempre que necessário; IV – contribuir para o aperfeiçoamento profissional nas áreas de atuação dos jornalistas e radialistas, de conformidade com a legislação profissional vigente; V – permitir a capacitação dos cidadãos no exercício do direito de expressão da forma mais acessível possível.

---

109 LOPES, Cristiano Aguiar. *Política pública de radiodifusão comunitária no Brasil – exclusão como estratégia de contra-reforma*. Brasília: Faculdade de Comunicação da Universidade de Brasília, 2005, p. 61-2 (dissertação de mestrado); BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes federais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 666-7; FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e internet.* Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 242-3; BASTOS, Celso Ribeiro. As rádios comunitárias e a Constituição de 1988. *Cadernos de Diretio Constitucional e Ciência Política.* São Paulo, v. 5, n. 17, p. 61-3, out/dez 1996; CARVALHO, Wesley Corrêa. Da contratação de rádio comunitária pela administração pública. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3126, 22 jan. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20910>. Acesso em: 27 mar. 2013; TEIXEIRA, Francisco Dias. Crime em telecomunicação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, v. 9, n. 33, p. 169, mar 2001; PAGANELLI, Wilson. Rádio comunitária. Ilegal? Crime?. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 21, 19 nov. 1997 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/502>. Acesso em: 27 mar. 2013.

O regime jurídico-administrativo das concessões de serviço de radiodifusão comunitária permite que, em um mesmo Município, haja o funcionamento de mais de uma rádio, respeitados os limites para operação em baixa potência e cobertura restrita, consoante o disposto no art. 1° do aludido diploma legal:

> Art. 1º Denomina-se Serviço de Radiodifusão Comunitária a radiodifusão sonora, em freqüência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço.
>
> § 1º Entende-se por baixa potência o serviço de radiodifusão prestado a comunidade, com potência limitada a um máximo de 25 watts ERP e altura do sistema irradiante não superior a trinta metros.
>
> § 2º Entende-se por cobertura restrita aquela destinada ao atendimento de determinada comunidade de um bairro e/ou vila.

A Lei 9.612/1998 foi regulamentada pelo Decreto 2.615/2008, que, no art. 6° de seu Anexo, conceituou cobertura restrita como a área limitada por um raio igual ou inferior a mil metros a partir da antena transmissora, destinada ao atendimento de determinada comunidade de um bairro, uma vila ou uma localidade de pequeno porte.

Para a outorga do serviço, o art. 9° da Lei 9.612/1998 estabelece que as entidades interessas devem encaminhar petição ao Poder Concedente, indicando a área onde pretendem prestar o serviço. Segundo o art. 7°, tais entidades devem atender aos seguintes requisitos: a) que a natureza de fundações ou associações comunitárias sejam sem fins lucrativos; b) que elas estejam legalmente instituídas e devidamente registradas; c) que tenham sede na área da comunidade para a qual pretendem prestar o Serviço; d) que seus dirigentes sejam brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos.

Após análise da viabilidade técnica do peticionante, o Poder concedente publicará comunicado de habilitação e promoverá sua mais ampla divulgação para que as entidades interessadas se inscrevam (art. 9°, § 1°). Havendo apenas um interessado e caso a documentação por ele apresentada atenda aos ditames legais, diz a lei que a autorização será outorgada à referida entidade (art. 9°, § 3°). Entretanto, se mais de uma entidade for

> habilitada, deve-se buscar inicialmente acordo para que se associem (art. 9° § 4°). Se frustrada essa tentativa, a escolha da entidade deve levar em consideração o critério da representatividade, evidenciada por meio de manifestações de apoio encaminhadas por membros da comunidade a ser atendida e/ou por associações que a representem (art. 9°, § 5°). Por fim, se o grau de representatividade for idêntico, o certame será decidido por sorteio (art. 9°, § 6°)."[110]

Também é de se ter presente a distinção, no que toca à radiodifusão, entre a que é explorada em caráter comercial e a que tem caráter educativo, sujeita a regime próprio, nos termos do Decreto-lei 236, de 1967, e que, de acordo com a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não pode ser custeada por publicidade comercial[111].

> "A competência para a exploração da televisão educativa é da a) União; b) Estados Territórios e Municípios; c) Universidades Brasileiras; d) fundações constituídas no Brasil, cujos estatutos não contrariem o Código Brasileiro de Telecomunicações. Interessante notar que a partir da criação da televisão educativa podendo ser explorado pelas pessoas jurídicas de direito público acima expostas parece ter o legislador distinguido competências funcionais ao tratar no art. 16 da figura da emissora comercial da radiodifusão, de caráter privado com fins possivelmente distintos do educativo. Não atentou para a alínea "d" do Art. 38 da Lei 4117 que dispõe sobre a subordinação dos serviços de radiodifusão as finalidades educativas e culturais inerentes ao próprio conceito de radiodifusão. Temos que as consequências de tal inovação na distinção entre serviço de radiodifusão comercial e educativa se dão em função da situação fática em que já haviam os serviços de televisão definido os seus fins lucrativos. Interessante notar que a partir da criação da televisão educativa podendo ser explorado pelas pessoas jurídicas de direito público acima expostas parece ter o legislador distinguido competências funcionais ao tratar no art. 16 da figura da emissora

---

110 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança 17.902/DF. Relator: Min. Herman Benjamin. DJ-e 1 fev 2013.

111 Recurso especial 333.245/PR. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. DJU 24 jun 2002.

> comercial da radiodifusão, de caráter privado com fins possivelmente distintos do educativo"[112].

É de se notar que a concorrência entre os meios de comunicação, albergada no § 5º do artigo 220 da Constituição Federal, mais do que à tutela da efetividade na autodeterminação do consumidor – razão principal, aliás, para que se diga que a tutela da "concorrência", enquanto um bem jurídico (Constituição Federal, artigos 170, IV, e 173, § 4º), não se confunde com a tutela dos sujeitos concorrentes[113] –, visa a assegurar a maior diversidade de espaços à disposição de quem quer que pretenda exteriorizar o respectivo pensamento[114], como seria, aliás, da essência do Estado Democrático numa percepção normativista:

> "O 'politeísmo dos valores'(Weber), como fenômeno incontornável da vida política, encontra seu fundamento e sua justificativa na natureza subjetivo-emocional de todo e qualquer valor. Todas as questões valorativas carecem de objetividade,

---

112 TEIXEIRA, Demetrius Barreto & CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. Legitimação para a exploração dos serviços de radiodifusão educativa e comercial, no contexto da Lei 4.117, de 1962, e do Decreto-lei 236, de 1967. Revista Eletrônica da Fundação Brasileira de Direito Econômico. Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <http://www.fbde.org.br/news/legitima%C3%A7%C3%A3o-para-a-explora%C3%A7%C3%A3o-dos-servi%C3%A7os-de-radiodifus%C3%A3o-educativa-e-comercial%2c-no-contexto-da-lei-4-117%2c-de-1962%2c-e-do-decreto-lei-236%2c-de-1967-/>. Acesso em 28 mar 2013.

113 D'ALBERTI, Mauro. Lo Stato e l'economia in Giannini. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico.* Milano, v. 49, n. 4, p. 1.108, 2000; FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do antitruste.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 242-3.

114 DEBBASCH, Charles [org.]. *Droit des* médias. Paris: Dalloz, 2002, p. 261; NALINI, José Renato. *Constituição e Estado democrático.* São Paulo: FTD, 1997, p. 268; ANANIAS, Patrus. Constituição cidadã, 20 anos. In: BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira [org.]. *Constituição e democracia: aplicações.* Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 273; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo.* São Paulo: Malheiros, 2010, p. 244; LEÃO, Anis José. *Limites da liberdade de imprensa.* Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961, p. 162-3; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *A empresa na ordem jurídico-econômica.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 118-9.

> tendo, portanto, o mesmo peso e merecendo a mesma consideração"[115].

É interessante observar que os grupos empresariais, neste setor, originaram-se, muitas vezes, da compra de acervos de empresas jornalísticas em dificuldades, e que o alerta que se costuma fazer acerca da concentração, aqui, é o de submeterem-se os direitos viabilizados mediante esta atividade às conveniências do poder econômico privado[116].

> "Mas a grande empresa suporta um certo número de inconvenientes: o peso dos custos administrativos e a falta de flexibilidade. Dificilmente ela pode mudar de política quando a situação se torna perigosa no plano financeiro: a passagem de uma produção de prestígio para uma produção 'econômica' é delicada. As readaptações ou reconversões são às vezes insuperáveis em razão do peso dos hábitos e dos problemas sociais que arrisca engendrar"[117].

Tais as questões que se colocam no que concerne a estes temas relacionados diretamente com o poder econômico das empresas de comunicação social – a dimensão e a concorrência –, permitindo, agora, o encaminhamento dos temas específicos mais candentes no que tange às peculiaridades do estudo do poder econômico de tais empresas: o da nacionalidade respectiva e o do controle.

---

115 BARZOTTO, Luís Fernando. *A democracia na Constituição.* São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 136; SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 104; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios.* São Paulo: Malheiros, 2011, p. 128-9; KELSEN, Hans. *A democracia.* Trad. Ivone Castilho Benedetti et allii. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 202-3; SCHOPENHAUER, Arthur. *Los dos fundamentos de la ética.* Trad. Vicente Romano García. Buenos Aires: Aguilar, 1965, p. 83.

116 MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas.* Trad. Eveline Boutellier. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 324-5.

117 TOUSSAINT, Nadine. *A economia da informação.* Trad. Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Zahar, 1979, p. 63.

4 Nacionalidade e controle

Muitas vezes, parece algo estranho num contexto de "globalização econômica" pretender insistir em algo que teria o sabor de "arcaísmo", como é o conceito de "nacionalidade da pessoa jurídica".

Na realidade, "cumpre observar também a respeito das incoerências ocorridas dentro do campo de cada ciência em particular, principalmente em se tratando das ciências sociais, onde as referências conceituais são induzidas por inevitáveis forças ideológicas de graus os mais diversos. Os critérios, nesse sentido, podem variar a ponto de os próprios especialistas de um determinado campo não se entenderem a respeito da identificação de um certo fenômeno"[118].

Com efeito, a despeito da máxima spinoziana, aprofundada pela escola weberiana, a respeito da irrelevância dos sentimentos que se nutrem a respeito de um determinado dado da realidade para se o ter como verdadeiro, entendê-lo e tomar a atitude mais adequada em relação a ele, é comum, principalmente no âmbito das ciências sociais, o temor de que a admissão da veracidade de uma proposição venha a comprometer o êxito de uma causa em que milite o analista.

> "No presente estado da educação, a opinião pública é primariamente uma versão e codificada dos fatos. Estou argumentando que o padrão dos estereótipos no centro de nossos códigos determina largamente que grupo de fatos nós vemos e sob que luz os enxergaremos"[119].

Independentemente de simpatias ou antipatias pelo capital proveniente do estrangeiro, o fato é que da atribuição de nacionalidade

---

118 ALVES, Alaor Caffé. *Planejamento metropolitano e autonomia municipal no Direito brasileiro.* São Paulo: José Bushatsky, 1981, p. 145.

119 LIPPMANN, Walter. *Opinião pública.* Trad. Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 120; MAMEDE, Gladston. *Semiologia e Direito: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e cultura.* Belo Horizonte: Editora 786, 1995, p. 39.

à pessoa física ou jurídica decorrem, dentre outras consequências, as respostas a respeito do regime de propriedade sobre os bens que essas mesmas pessoas utilizam, sejam de consumo, sejam de produção, em sua vida social[120].

Evidente que, aqui, a preocupação está posta no regime dos bens de produção e da possibilidade de os respectivos frutos serem apropriados por quem com eles tem de lidar.

Quanto ao "controle", a palavra, aqui, está na acepção anglo-saxã de comando e não na francesa de fiscalização, para indicar, pois, a quem incumbe dizer os rumos a serem seguidos, tanto no plano mais abstrato como no plano mais concreto, da ação, por parte da empresa[121].

Nesta acepção, o controle se pode manifestar pela titularidade permanente do capital votante, ou pelas modificações decorrentes dos acordos de acionistas, nos termos do artigo 118 da Lei 6.404, de 1976[122], sendo, ainda, tratada com extremo cuidado a prática da

---

120 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo.* São Paulo: Malheiros, 2010, p.799; LIMA SOBRINHO, Alexandre José Barbosa. *A nacionalidade da pessoa jurídica.* Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1960, p. 64; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1, p. 206; SANTOS, Theophilo de Azeredo. *Regime jurídico das sociedades comerciais.* Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 31; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 549; D'OVIDIO, Antonio Lefebvre. *La nazionalità delle società commerciale.* Milano: Dott. A. Giuffrè, 1939, p 3.

121 COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 10-1.

122 MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas.* Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 2, t. 1, p. 124-5; BULGARELLI, Waldírio. A regulamentação jurídica do acordo de acionistas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.* São Paulo, v. 19, n. 40, p. 90-1, out/dez 1980; LIMA, Osmar Brina Correa. Direito de voto na sociedade anônima. *Revista dos Tribunais.* São Paulo, v. 68, n. 530, p. 34, dez 1979; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica de acordo de acionistas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.* São Paulo, v. 20, n. 41, p. 65-6, jan/mar 1981.

outorga de procurações para se evitar o "falseamento" das relações de poder nas assembleias gerais[123].

No âmbito da administração, vem a manifestar-se tanto pelas deliberações do Conselho de Administração como pela atuação de diretor autorizado a falar pela pessoa jurídica.

Também se pode vislumbrar controle na situação denominada "leverage", pela qual o produtor de um determinado bem que seja essencial à utilização de outro venha a determinar o comportamento de mercado daquele que esteja em relação de dependência[124].

Vale lembrar, ainda, o dado de, hoje, a "alteração do controle" de empresa em crise econômico-financeira estar prevista dentre as medidas destinadas a permitir-lhe a recuperação, de acordo com o inciso III do artigo 50 da Lei 11.101, de 2005[125], e que tal medida, em relação às empresas jornalísticas, tradicionalmente consideradas como dedicadas à "mercancia", não encontra qualquer obstáculo de ordem fáctica ou jurídica para se entender perfeitamente aplicável.

---

123 LACERDA, Galeno. *Obrigações civis.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 7, p. 209-210; COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 378; CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas.* São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2, p. 591; ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e Direito Comparado.* São Paulo: Saraiva, 1969, p. 345.

124 FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do antitruste.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 299.

125 GUERRA, Glauco Martins & CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. Intervenção do Estado no domínio econômico e recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de & ARAGÃO, Leandro Santos de [org.]. *Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas.* São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 260; COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135; ALONSO, Manoel. Comentários ao artigo 50. In: LUCCA, Newton de & SIMÃO FILHO, Adalberto [org.]. *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências.* São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 258.

No âmbito das empresas jornalísticas, aparece ainda, como expressão do comando, a orientação intelectual, isto é, a linha doutrinária de atuação do veículo, que é totalmente distinta dos aspectos propriamente de gestão patrimonial[126].

Tanto o controle acionário quanto a direção das empresas jornalísticas, desde 1934, ficam restritos a brasileiros, mesmo com a atenuação realizada em 2002, permitindo o ingresso, em menor percentagem, do capital estrangeiro, por conta da Emenda Constitucional n. 36[127].

Tal abertura, rompendo parcialmente com uma tradição nacionalista inaugurada em 1934 no Brasil, veio num contexto em que essas empresas, na América Latina, entraram em dificuldades para satisfazerem as respectivas obrigações, muitas contraídas no estrangeiro, expressas em moedas mais fortes do que as de seus países de origem, ingressando, praticamente, numa situação que lhes poderia

---

126 GALIZIA, Alberto. *L'azienda giornalistica*. Roma: Athenaeum, 1913, p. 98-9.

127 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 847; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, t. 6, p. 309-310; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1, p. 208; RAMOS, Elival da Silva. *A proteção dos direitos adquiridos no Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 249; FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962, v. 7, p. 76; COSTA, Adroaldo Mesquita da. CONTEL – TELEVISÃO – ADMINISTRAÇÃO E ORIENTAÇÃO INTELECTUAL – Não existe nenhuma intromissão do Time-Life na administração e orientação intelectual da TV-Globo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 23, n. 95, p. 260, 1969; CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Associações e fundações de utilidade pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 152-3; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 551; BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer GQ-181. Relator: Luiz Alberto da Silva. Diário Oficial da União. Brasília, 22 jan 1999; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 35.230/SP. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJU 20 nov 1995.

comprometer a mínima rentabilidade para sobreviverem num mercado que, de nacional, passa a ser compreendido como global[128].

> "Tornada mais fácil a presença de capitais e interesses estrangeiros no País, pelas Emendas Constitucionais, também antes desta chamada 'abertura' a penetração era realizada pelos chamados 'homens de confiança', os famosos 'testas-de-ferro', 'bonecos de palha', que, ostentando nacionalidade brasileira, são meros empregados sob as ordens de patrões estrangeiros" [129].

Trata-se de um dos poucos setores, no entanto, que ficaram imunes ao debate acerca dos efeitos da Emenda Constitucional n. 6, de 1995, que baniu do Texto da Constituição de 1988 os dispositivos onde constava a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional[130].

Embora, para efeitos trabalhistas, as agências de notícias sejam tratadas como empresas jornalísticas – a equiparação, para fins de responsabilidade civil e penal, foi arredada, com o pronunciamento da não recepção da Lei 5.250, de 1967 pela Constituição de 1988 -, com estas não se podem, para quaisquer outros efeitos, confundir, pois não estando voltadas à comunicação com o público, mas sim à coleta de

---

128 MASTRINI, Guillermo & AGUERRE, Carolina. Muitos problemas para poucas vozes: a regulamentação da comunicação no século XXI. Trad. Pedro Maia Soares. In: HOFMEISTER, Wilhelm [Ed.]. *A mídia entre regulamentação e concentração.* Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2008, p. 55; D'ALBERTI, Mauro. Lo Stato e l'economia in Giannini. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico.* Milano, v. 49, n. 4, p. 1.105, 2000.

129 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico.* 6ª Ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 305; SANTOS, Theophilo de Azeredo. *Regime jurídico das sociedades comerciais.* Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 74.

130 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 370; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica).* São Paulo: Malheiros, 2010, p. 138.

informações para abastecer às empresas jornalísticas[131], não havendo razão para que ao regime destas últimas se pretenda submeter as agências de notícias, que ficariam, portanto, sob a égide do regime geral da atividade econômica[132].

Em relação às empresas publicitárias, não incide a restrição nacionalista, mas nem por isto se poderá dizer que não existirão condicionamentos para o respectivo funcionamento.

É de se salientar que, por vezes, a veiculação de mensagens de qualquer natureza por parte das empresas jornalísticas poderá ser determinada pelas conveniências do anunciante, que, muitas vezes, pode assumir um poderio tal que mesmo o Estado, a despeito de formalmente ser o detentor do monopólio da coação, pode vir a ter de submeter-se aos desígnios daquele[133].

> "O dono do jornal está-se tornando, por toda parte, o homem de negócios de ideias. Sua aritmética euclidiana se inspira naquilo que conta ou tilinta, nos algarismos da moeda sonante. Na sua ciência matemática, o redator é zero, não se contam o pensamento autêntico, as ideias de autonomia moral. Esquecidos de que o jornal é um capital, pelo menos moral, de toda a comunidade, os donos das empresas jornalísticas curvam-se francamente diante da palavra de ordem vinda de assinantes influentes, de anunciantes pontuais, de agências noticiosas

---

131 NOBRE, Freitas. *Comentários à lei de imprensa.* São Paulo: Saraiva, 1985, p. 44; MIRANDA JÚNIOR, Darci Arruda. *Comentários à lei de imprensa.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, v. 1, p. 98-9.

132 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios.* São Paulo: Malheiros, 2011, p. 120.

133 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição.* São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 265; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. *Direitos da criança e do adolescente em face da TV.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48; JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço público no Direito brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins et allii. *Direito Administrativo Econômico.* São Paulo: Atlas, 2011, p. 375.

> franca ou disfarçadamente a serviço pessoal dos administradores públicos"[134].

Foi justamente um pensador preocupado com a expansão do Estado em face do domínio econômico, a ponto de haver lançado, em um colóquio realizado em Mont Pélérin, Suíça, as sementes do que hoje tem sido denominado "neoliberalismo" que asseverou, diante da aparente desejabilidade do deslocamento do centro das decisões políticas do Estado para as empresas de comunicação social:

> "Quanto melhores forem as instituições, quanto mais todos os interesses envolvidos forem formalmente representados, mais as questões estão desembaraçadas, mais perfeitamente um assunto pode ser apresentado como notícia. E no melhor dos casos a imprensa é serva e guardiã das instituições; e, no pior, um meio pelo qual alguns exploram a desorganização social para seus próprios fins. [...] A imprensa não é substituta para as instituições. É como um raio de holofote que se move sem descanso, trazendo um episódio e depois o outro da escuridão à visão. Os homens não podem fazer o trabalho do mundo através dessa luz, somente. Eles não podem governar a sociedade por episódios, incidentes e erupções" [135].

Nunca é demais frisar que nem sempre o poder econômico do particular vem a encontrar-se em situação de maior debilidade em face do poder do Estado, uma vez que este pode estar em tal situação de dependência em relação àquele que, em realidade, vem a fazer-se necessária a presença de mecanismos para conter o despotismo privado, tal como existem os mecanismos para deter o despotismo público.

---

134 LEÃO, Anis José. *Limites da liberdade de imprensa.* Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961, p. 158.

135 LIPPMANN, Walter. *Opinião pública.* Trad. Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 308; FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito.* São Paulo: Malheiros, 2010, p. 233; GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública.* São Paulo: Malheiros, 2002, p. 260.

> "Nenhum político gosta de perder a simpatia de sequer um jornal ou estação de rádio. Já para um líder nacional, perder o apoio de uma importante porção da mídia americana significa o mesmo que desastre" [136].

Daí se entende o porquê de, durante a II Grande Guerra, haver a Suprema Corte dos EUA reconhecido à *Federal Communications Commission* poderes para a fiscalização não só dos aspectos técnicos referentes à ordem do uso das frequências e aos perigos de interferência, como das medidas necessárias á consecução do interesse público, sem ofensa à tutela da liberdade de expressão e manifestação de pensamento posta na Primeira Emenda[137], fonte de inspiração, como se sabe, da consagração destas liberdades no Direito Constitucional positivo brasileiro.

É necessário ter sempre presente o caráter complementar da atividade de publicidade em face de outras e recordar que, embora ela venha a traduzir o exercício de um mister eminentemente artístico, não deixa de estar afetada a um fim econômico[138].

Isto significa, por outras palavras, que se, em princípio, não caberia a sindicabilidade jurídica do mérito artístico, filosófico ou ideológico dos seus produtos, pode ser sindicada, entretanto, a medida em que

---

136 BAGDIKIAN, Ben G. *O monopólio da mídia*. Trad. Maristela M. de Faria Ribeiro. São Paulo: Página Aberta, 1993, p. 122.

137 LOPES, Cristiano Aguiar. *Política pública de radiodifusão comunitária no Brasil – exclusão como estratégia de contra-reforma*. Brasília: Faculdade de Comunicação da Universidade de Brasília, 2005, p. 32 (dissertação de mestrado); JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 89; PEMBER, Don R. & CALVERT, Clay. *Mass media Law*. New York: McGraw-Hill, 2007, p. 671-2.

138 FUSI, Maurizio. *La communicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1970, p. 33; ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 455; GALGANO, Francesco. *Diritto Civile e Commerciale*. Padova: CEDAM, 2004, v. 3, t. 1, p. 54; QUEIROZ, José Wilson Nogueira de. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 209.

eles possam servir como instrumentos capazes de ensejar o domínio do agente econômico – público ou privado – sobre o ambiente em que operam[139].

Por outro lado, a dependência de outras atividades, econômicas ou não, em relação à da empresa publicitária vem a explicar o tratamento jurídico a ela posto.

A própria prestação de serviços de publicidade ao Poder Público vem a ser objeto de disciplina especial: quanto ao conteúdo, a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu uma interdição a que tivesse o caráter de promoção pessoal de autoridades ou de servidores ou de pessoas físicas ou jurídicas a eles ligados, restringindo-lhe a finalidade à informação, educação ou orientação social[140].

No âmbito da legislação ordinária, proibiu-se a dispensa ou a declaração de inexigibilidade de licitação quando o objeto fosse a prestação destes serviços[141], pois partiu-se do pressuposto de que isto poderia render ensejo a que se viesse a desequilibrar mesmo uma eventual disputa por cargos eletivos, diante da possibilidade de contar tal ou qual empresa publicitária com uma fonte permanente e cativa de recursos, no caso, públicos, produzindo, também, efetivo desequilíbrio no mercado entre as empresas do ramo.

---

139 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.004283/2000-40. Relator: Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, v. 65, n. 255, p. 327-364, set/dez 2010; PEMBER, Don R. & CALVERT, Clay. *Mass media Law.* New York: McGraw-Hill, 2007, p. 622-3.

140 LEÃO, Anis José. Sobre o projeto de lei de imprensa. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.* São Paulo, v. 6, n. 22, p. 288, jan/mar 1998; BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. *O Direito da Comunicação e da Comunicação Social.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 263.

141 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* São Paulo: Dialética, 2001, p. 55.

Entretanto, deve ser registrado um precedente em que foi admitida exceção a tal proibição:

> ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAMPANHA PUBLICITÁRIA. DIVULGAÇÃO. ART. 25, II, DA LEI 8.666/1993. CASO CONCRETO. EXCEPCIONALIDADE. PREMISSAS FÁTICAS ESTABELECIDAS PELO ACÓRDÃO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público, nos termos dos arts. 10, VIII, e 11, I, da LIA, contra gestores da Eletroacre, visando à anulação de contratos de publicidade firmados com emissoras de televisão e jornais locais sem licitação (alegada a inexigibilidade), ao ressarcimento ao Erário pelo pagamento indevido e à responsabilização dos agentes públicos envolvidos. A sentença de improcedência foi mantida pelo Tribunal de origem. 2. À luz do objeto licitado, o acórdão recorrido asseverou textualmente estar "centrado o motivo da inexigibilidade da licitação na inviabilidade da concorrência ante a necessidade de contratação de todas as empresas televisivas e jornalísticas para veiculação de campanha publicitária educativa, portanto, sem possibilidade de escolha da proposta mais vantajosa, refugindo a hipótese daquelas enumeradas nos incisos do art. 25, da Lei de Licitações". Aduziu ainda a especificidade do "público alvo da campanha publicitária, qual seja, a população geral da cidade de Rio Branco, no Acre – consoante delineado na Exposição de Motivos dantes transcrita – inexistindo interesse na veiculação da campanha além das fronteiras desta Capital". 3. Os fatos narrados criam condição excepcionalíssima. O acórdão afirmou que a competição era inviável diante da contratação de todas as empresas atuantes no mercado, o que justificaria, em tese, a inexigibilidade da licitação. É impossível sindicar tais premissas fáticas do acórdão (v.g., se era viável a competição ou se houve restrição indevida do objeto do certame), em razão da Súmula 7/STJ. 4. Recurso Especial não conhecido[142].

Claro, emergiriam daí várias outras matérias para debate, a começar pelo dado de, onde se impõe licitação, importar que se assegure a

---

142 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1.202.715/AC. Relator: Min. Herman Benjamin. DJ-e 8 nov 2011.

qualquer empresa que desempenhe a atividade que englobe os serviços a serem prestados e opere no território nacional a oportunidade de habilitar-se, justamente para se evitarem situações em que ajustes privados possam instrumentalizar em seu prol o próprio poder encarregado de exercitar o monopólio da coação.

> "A vontade dos dirigentes, após assumirem as posições de mando, passa a ser, na verdade, cooptada por poderosas agências econômicas que, em última instância, dirigem a ação pública da forma mais compatível possível com seus interesses, sempre com o cuidado de fazerem parecer que o fazem em razão de toda a comunidade, de modo neutro e imparcial"[143].

Vistos, pois, a voo de pássaro, as questões concernentes à influência da nacionalidade e ao controle das empresas de comunicação social enquanto temas ligados à mensuração do poder econômico respectivo, vai-se encaminhando a conclusão.

5 Conclusão

No caso de, a partir das clareiras abertas por este ensaio, virem os aspectos descortinados a ser estudados e discutidos com a necessária profundidade, a homenagem a um Mestre que, assim como o Sócrates platônico, vem a despertar no interior dos seus interlocutores a consciência de que ainda há um longo caminho a ser percorrido para se superarem as ilusões de ótica geradas pelos preconceitos e estereótipos terá, dentro dos limites dos recursos intelectuais e estilísticos do signatário, sido bem sucedida.

---

143 ALVES, Alaor Caffé. Desafio do século XXI: estrutura econômico-social, questão metropolitana e meio ambiente urbano-regional. In: SÉGUIN, Élida, DANTAS, Marcelo Buzaglo & AHMED, Flávio [org.]. *O Direito Ambiental na atualidade – estudos em homenagem a Guilherme José Purvin de Figueiredo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 8.

A reflexão sobre as estruturas de poder, especialmente na realidade de um Estado garante do funcionamento do regime econômico "capitalista", como constante no pensamento do homenageado, justificou trazer a esta coletânea o exame da organização empresarial enquanto estrutura para o exercício do denominado "quarto poder", bem como para os balizamentos do respectivo exercício.

Procurou-se investigar o papel da organização no que tange ao regime da atividade de comunicação social enquanto "atividade econômica", com seu dúplice aspecto de instrumento do poder econômico e de sujeito de poder econômico próprio.

Após a retomada dos conceitos fundamentais no que tange ao tratamento da "organização", rastrearam-se os órgãos por onde vivem as empresas de comunicação social, tanto jornalísticas quanto de publicidade, para o fim de se identificar quais os centros de competência que contribuem para se identificar o rumo que elas tomam, no que diz respeito ao dúplice papel referido no parágrafo anterior.

Quanto à definição dos temas concernentes às empresas de comunicação social enquanto sujeito de poder econômico próprio, as questões, comuns a outros setores da economia, da respectiva dimensão e dos aspectos concorrenciais-concentracionistas relacionados a elas.

Em seguida, também ligadas ao tema da configuração da empresa de comunicação social enquanto sujeito de poder econômico próprio, foram examinadas as questões concernentes à nacionalidade e ao controle, no sentido de comando dos rumos respectivos, tendo em vista a repercussão que têm tais questões em relação às especificidades do setor.

A reflexão sobre as estruturas de poder, especialmente na realidade de um Estado garante do funcionamento do regime econômico "capitalista", como constante no pensamento do homenageado, justificou trazer a esta coletânea o exame da organização empresarial enquanto estrutura para o exercício do denominado "quarto poder", bem como para os balizamentos do respectivo exercício.

Procurou-se investigar o papel da organização no que tange ao regime da atividade de comunicação social enquanto "atividade econômica", com seu dúplice aspecto de instrumento do poder econômico e de sujeito de poder econômico próprio.

Após a retomada dos conceitos fundamentais no que tange ao tratamento da "organização", rastrearam-se os órgãos por onde vivem as empresas de comunicação social, tanto jornalísticas quanto de publicidade, para o fim de se identificar quais os centros de competência que contribuem para se identificar o rumo que elas tomam, no que diz respeito ao dúplice papel referido no parágrafo anterior.

Quanto à definição dos temas concernentes às empresas de comunicação social enquanto sujeito de poder econômico próprio, as questões, comuns a outros setores da economia, da respectiva dimensão e dos aspectos concorrenciais-concentracionistas relacionados a elas.

Em seguida, também ligadas ao tema da configuração da empresa de comunicação social enquanto sujeito de poder econômico próprio, foram examinadas as questões concernentes à nacionalidade e ao controle, no sentido de comando dos rumos respectivos, tendo em vista a repercussão que têm tais questões em relação às especificidades do setor.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 6. t. 2.

ALEXY, Robert. O conceito de Kant de lei prática. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso [org.]. *Direito natural – Direito positivo – Direito discursivo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALONSO, Manoel. Comentários ao artigo 50. In: LUCCA, Newton de & SIMÃO FILHO, Adalberto [org.]. *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ALVARENGA, Tales. Romaria de esquerda. *Veja*. São Paulo, v. 39, n. 1.941, p. 49, 1 fev 2006

ALVAREZ, Alejandro Montiel. *O Direito entre a ética e a política – perspectivas aristotélicas.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

ALVES, Alaor Caffé. A "privatização" dos serviços públicos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.* São Paulo, v. 25, n. 45/46, p. 13, jan/dez 1996.

ALVES, Alaor Caffé. Desafio do século XXI: estrutura econômico-social, questão metropolitana e meio ambiente urbano-regional. In: SÉGUIN, Élida, DANTAS, Marcelo Buzaglo & AHMED, Flávio [org.]. *O Direito Ambiental na atualidade – estudos em homenagem a Guilherme José Purvin de Figueiredo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVES, Alaor Caffé. *Planejamento metropolitano e autonomia municipal no Direito brasileiro.* São Paulo: José Bushatsky, 1981.

AMARAL FILHO, Marcos Jordão do. *Privatização no Estado contemporâneo.* São Paulo: Ícone, 1996.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como poder jurídico. In: BARROS, Hamilton de Moraes e et allii. *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira.* Rio de Janeiro: Forense, 1984.

AMARAL, Alexandre Augusto Pinto Coelho de. O contrato coletivo de trabalho no Direito corporativo português. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.* Coimbra, v. 11, p. 331-2, 1953 – supl.

ANANIAS, Patrus. Constituição cidadã, 20 anos. In: BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira [org.]. *Constituição e democracia: aplicações.* Belo Horizonte: Forum, 2009.

ARISTÓTELES. *A política.* Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1997, p.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e Direito Comparado.* São Paulo: Saraiva, 1969.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios.* São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios.* São Paulo: Malheiros, 2013.

BAGDIKIAN, Ben G. *O monopólio da mídia*. Trad. Maristela M. de Faria Ribeiro. São Paulo: Página Aberta, 1993.

BAGDIKIAN, Ben G. *Sociologia da comunicação: máquinas de informar.* Trad. Nathanael G. Caixeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1973.

BALDISSERA, Rudimar. Relações públicas: uma perspectiva a partir do paradigma da complexidade. In: BALDISSERA, Rudimar et allii. *Fronteiras e fundamentos conceptuais das relações públicas*. Covilhã, LabCom, 2014.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes federais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BALZAC, Honoré de. *O pai Goriot.* Trad. Celina Portocarrero e Ilana Weinberg. Porto Alegre: L & PM, 2006.

BARATTA, Francesc. La violência y los *mass media*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, v. 8, n. 29, p. 255, jan/mar 2000

BARRE, Raymond. *Manual de economia política*. Trad. Pierre Santos. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1970, v. 3.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional.* Belo Horizonte: Forum, 2013.

BARZOTTO, Luís Fernando. *A democracia na Constituição.* São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

BASTIAT, Claude-Frédéric. *A lei.* Trad. Ronaldo da Silva Legey. Rio de Janeiro: José Olympio/Instituto Liberal, 1987.

BASTOS, Celso Ribeiro. As rádios comunitárias e a Constituição de 1988. *Cadernos de Diretio Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v. 5, n. 17, p. 61-3, out/dez 1996

BENCKE, Carlos Alberto. *Acionistas minoritários na sociedade anônima*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. Arts. 29 ao 45. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et allii. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição.* São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. O ainda indispensável Direito Econômico. In: BERCOVICI, Gilberto et allii. *Direitos humanos, democracia e república – homenagem a Fábio Konder Comparato.* São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BETTELHEIM, Charles. *Planificação e crescimento acelerado.* Trad. Dirceu Lindoso. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

BING, Plínio Paulo. *Sociedade limitada – atos mercantis no contexto do Código Civil.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. *O Direito da Comunicação e da Comunicação Social.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

BOBBIO, Norberto. *Ensaios escolhidos.* Trad. Sérgio Bath. São Paulo: C. H. Cardim, [s/d].

BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho.* Trad. Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1976.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social.* São Paulo: Malheiros, 2007.

BORTOLON, Clodovi. *A percepção da comunidade sobre a contribuição econômica e social de uma empresa de comunicações para o desenvolvimento regional: o caso da RBS TV Uruguaiana Ltda.* Porto Alegre: Escola de Administração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2001 (dissertação de mestrado profissional).

BRITO, Beatriz Gontijo de. *Concentração de empresas no Direito brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BUARQUE, Cristovam & JAVIER OCHOA, Hugo. *Avaliação econômica de projetos*. Trad. Maria do Carmo Dutra de Oliveira. Rio de Janeiro: Elsevier, 1994.

BULGARELLI, Waldírio. A regulamentação jurídica do acordo de acionistas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.* São Paulo, v. 19, n. 40, p. 90-1, out/dez 1980

BULGARELLI. Waldírio. *Concentração de empresas e Direito Antitruste.* São Paulo: Atlas, 1997.

BUONOCORE, Vincenzo. "La cultura giuridica italiana" dagli anni sessanta ad oggi. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.* Milano, v. 59, n. 1, p. 15, genn/mar 2005.

BUZAID, Alfredo. *Da ação renovatória.* São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *A empresa na ordem jurídico-econômica.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Direito Econômico, direitos humanos e segurança coletiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Economia política para o curso de Direito.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Os meios de comunicação no Direito Econômico.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Regime jurídico geral e especial da atividade econômica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Regime jurídico-econômico da atividade de comunicação.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013.

CAMPOS, Miriam de Abreu Machado. *Jus commune* contemporâneo? In: CATEB, Salomão de Araújo (Org,). *Direito Civil e Constitucional – estudos em homenagem à Professora Lúcia Massara*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CARVALHO NETO, Antonio. *Contrato de mediação.* São Paulo: Saraiva, 1956.

CARVALHO, Wesley Corrêa. Da contratação de rádio comunitária pela administração pública. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3126, 22 jan. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20910>. Acesso em: 27 mar. 2013

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas.* São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2.

CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CAVALCANTI, José Paulo. Pessoa jurídica: representação ou teoria orgânica. In: NOGUEIRA, Adalício [coord.]. *Estudos em homenagem ao Professor Orlando Gomes.* Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p.

CERVINI, Raúl. Incidência de los *mass media* en la expansión del control penal en Latinoamérica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, v. 2, n. 5, p. 42-4. jan/mar 1994

CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo; Revista dos Tribunais, 1982, v. 1, t. 1.

CHEVALIER, Jean-Jacques. Le temperament politique français. In: CORTIÑAS-PELÁEZ, León [org.]. *Perspectivas del Derecho* Público *en la segunda mi-*

tad del siglo XX – homenaje a Enrique Sayagues-Laso. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1969, t. 1.

CLARK, Giovani. A regulação e a Constituição brasileira de 1988. In: BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira [org.]. *Constituição e democracia: aplicações.* Belo Horizonte: Forum, 2009.

COASE, Ronald Harry. *The firm, the market and the Law.* Chicago: University of Chicago Press, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas.* São Paulo: Saraiva, 2009.

COLLIARD, Jean-Claude. L'État d'Andorre. *Annuaire Français de Droit International.* Paris, v. 39, p. 382, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macroempresa.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial.* São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio *Konder. O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

COSTA, Adroaldo Mesquita da. CONTEL – TELEVISÃO – ADMINISTRAÇÃO E ORIENTAÇÃO INTELECTUAL – Não existe nenhuma intromissão do Time-Life na administração e orientação intelectual da TV-Globo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 23, n. 95, p. 260, 1969

CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. Mídia e processo penal: influência da imprensa no julgamento dos crimes dolosos contra a vida. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, v. 20, n. 94, p. 203, jan/fev 2012

CUNHA, Rodrigo Ferraz Pimenta da. *Estrutura de interesses nas sociedades anônimas – hierarquia e conflito.* São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Associações e fundações de utilidade pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

D'ALBERTI, Mauro. Lo Stato e l'economia in Giannini. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico.* Milano, v. 49, n. 4, p. 1.105, 2000.

D'OVIDIO, Antonio Lefebvre. *La nazionalità delle società commerciale.* Milano: Dott. A. Giuffrè, 1939.

DEBBASCH, Charles [org.]. *Droit des* médias. Paris: Dalloz, 2002.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel. Arts. 61 a 74. In: CRETELLA JÚNIOR, José et allii. *Comentários ao Código do Consumidor.* Rio de Janeiro: Forense, 1992.

EIZIRIK, Nelson Laks. O mito do controle gerencial. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.* São Paulo, v. 26, n. 66, p. 104, abr/jun 1987.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e internet.* Belo Horizonte: Forum, 2009.

FARHAT, Emil. *O país dos coitadinhos.* São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Grupos de fato: da legislação societária e empresarial à legislação trabalhista. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins [org.]. *Temas essenciais de Direito Empresarial – estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial.* São Paulo: Saraiva, 1962, v. 7.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Advocacia Pública e a defesa do meio ambiente à luz do art. 225 da CF. In: BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Org.). *Direito Ambiental e as funções essenciais à justiça – o papel da Advocacia de Estado e da Defensoria Pública na proteção do meio ambiente.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Curso de Direito Ambiental.* São Paulo: Letra da Lei, 2009.

FLACH, Daisson. Alice e a linguagem do Direito. In: COSTA, Judith Martins [org.]. *Narração e normatividade.* Rio de Janeiro: GZ, 2013.

FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do antitruste.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012*undamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito.* São Paulo: Malheiros, 2010.

FUSI, Maurizio. *La communicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici.* Milano: Giuffrè, 1970.

GABURRI, Fernando. *Responsabilidade civil nas atividades perigosas lícitas.* Curitiba: Juruá, 2011.

GALGANO, Francesco. *Diritto Civile e Commerciale.* Padova: CEDAM, 2004, v. 3, t. 1.

GALIZIA, Alberto. *L'azienda giornalistica.* Roma: Athenaeum, 1913.

GALVES, Carlos. *Manual de economia política atual.* Rio de Janeiro: Forense, 1972.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2009.

GEORGE, Henry. *Progresso e pobreza.* Trad. Américo Werneck Júnior. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1935.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública.* São Paulo: Malheiros, 2002.

GIORDANO, Alessandro. Impresa sociale e scopo di lucro. In: CANDIAN, Alfredo et allii. *Studi in onore di Emilio Betti.* Milano: Dott. A. Giuffrè, 1962, v. 5.

GOMES, Orlando. *Contratos.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, Priscila Brolio. Comentários aos incisos III a VI do § 3º do artigo 26. In: BAGNOLI, Vicente et allli (Org.). *Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência.* Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Gen/Método, 2012.

GOSSEN, Hermann Heinrich. *The laws of human relations and the rules of human action derived therefrom.* Transl. Rudolph C. Blitz. Cambridge: The MIT, 1983.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica).* São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GUERRA, Glauco Martins & CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. Intervenção do Estado no domínio econômico e recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de & ARAGÃO, Leandro Santos de [org.]. *Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica de acordo de acionistas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.* São Paulo, v. 20, n. 41, p. 65-6, jan/mar 1981

GUIMARÃES, Hahnemann. Estudo comparativo do Anteprojeto do Código de Obrigações e do Direito vigente. *Revista Forense.* Rio de Janeiro, v. 41, n. 97, p. 289, jan 1944

GUITTON, Henri. *Economia política.* Trad. Oscar Dias Correa. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, v. 2.

HAURIOU, Maurice. *A teoria da instituição e da fundação: ensaio de vitalismo social.* Trad. Jpsé Ignacio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

HOUAISS, Antônio & CASTRO, Moacir Werneck de. Televisão. In: HOUAISS, Antônio et allii. *Enciclopédia Mirador Internacional.* Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica do Brasil, 1975, v. 19.

HOUAISS, Antonio & FAGUNDES, Carlos Henrique de Escobar. Propaganda. In: HOUAISS, Antonio et allii. *Enciclopédia Mirador Internacional.* Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1975, v. 17.

JAY, John. A União como requisito para a segurança nacional. In: HAMILTON, Alexander, MADISON, James & JAY, John. *O Federalista.* Trad. Heitor de Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* São Paulo: Dialética, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes.* São Paulo: Dialética, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço público no Direito brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins et allii. *Direito Administrativo Econômico.* São Paulo: Atlas, 2011.

KANT, Immanuel. *The critique of practical reason.* Transl. Thomas Kingsmill Abbott. London: Encyclopaedia Britannica, 1952.

KELSEN, Hans. *A democracia.* Trad. Ivone Castilho Benedetti et allii. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito.* Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos – grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LACERDA, Galeno. *Obrigações civis.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 7.

LEÃO, Anis José. *Limites da liberdade de imprensa.* Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961.

LEÃO, Anis José. Sobre o projeto de lei de imprensa. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.* São Paulo, v. 6, n. 22, p. 288, jan/mar 1998

LIMA SOBRINHO, Alexandre José Barbosa. *A nacionalidade da pessoa jurídica.* Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1960.

LIMA, Osmar Brina Correa. Direito de voto na sociedade anônima. *Revista dos Tribunais.* São Paulo, v. 68, n. 530, p. 34, dez 1979

LIMA, Osmar Brina Correa. *Responsabilidade civil do administrador de sociedade anônima.* Rio de Janeiro: Aide, 1989.

LIPPERT, Márcia Mallmann. *A empresa no Código Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIPPMANN, Walter. *Opinião pública.* Trad. Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2008.

LOPES, Caetano Levi. Os entes despersonalizados e os direitos da personalidade. In: CATEB, Salomão de Araújo (Org.). *Direito Civil e Constitucional – estudos em homenagem à Professora Lúcia Massara.* Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

LOPES, Cristiano Aguiar. *Política pública de radiodifusão comunitária no Brasil – exclusão como estratégia de contra-reforma.* Brasília: Faculdade de Comunicação da Universidade de Brasília, 2005 (dissertação de mestrado).

LOPES, Valéria de Siqueira Castro; GRANDI, Guilherme. O valor da comunicação organizacional e das relações públicas. Organicom, São Paulo, v. 6, n. 10-/11, p. 34-5, 2009.

LOPES, Vera Maria Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MADEIRA, Vinicius de Carvalho. *República, democracia e reeleições – o princípio da renovação.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013.

MALTHUS, Thomas Robert. Ensaio sobre a população. Trad. Antônio Alves Cury. In: GALVEAS, Ernane [org.]. *Os economistas – Malthus.* São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MAMEDE, Gladston. *Semiologia e Direito: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e cultura.* Belo Horizonte: Editora 786, 1995.

MANKIW, N. Gregory. *Princípios de microeconomia.* Trad. Allan Vidal Hastings & Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Leaning, 2009.

MARSHALL, Alfred. *Princípios de economia.* Trad. Rômulo Almeida & Ottolmy Strauch. São Paulo: Abril Cultural, 1982, v. 1.

MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas.* Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 2, t. 1.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações mercantis.* Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2001, v. 6, t. 1.

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos.* Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MARX, Karl. *O capital.* Trad. Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1974, v. 4.

MASTRINI, Guillermo & AGUERRE, Carolina. Muitos problemas para poucas vozes: a regulamentação da comunicação no século XXI. Trad. Pedro Maia Soares. In: HOFMEISTER, Wilhelm [Ed.]. *A mídia entre regulamentação e concentração.* Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2008.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Direito e coerção.* Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

MEIRELLES, Edilton. *Grupo econômico trabalhista.* São Paulo: LTr, 2002.

MELLO, Silvia Leser. A cidade, a violência e a mídia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, v. 6, n. 21, p. 193, 1998

MENEGAT, Bruno & CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. O regime da concentração empresarial como estratégia de desenvolvimento econômico na doutrina contemporânea ao advento da Lei das Sociedades Anônimas de 1976. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, 21º. Anais. Florianópolis/Uberlândia, 2012

MIRAGEM, Bruno. *Abuso de direito – proteção da confiança e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas.* São Paulo/Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009.

MIRANDA JÚNIOR, Darci Arruda. *Comentários à lei de imprensa.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, v. 1.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, t. 6.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. 1.

MISES, Ludwig von. O intervencionismo. Trad. José Joaquim Teixeira Ribeiro. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.* Coimbra, v. 20, p. 437, 1945

MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas.* Trad. Eveline Boutellier. Barueri, SP: Manole, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e revisão.* Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MÜLLER, Sérgio José Dulac. *Direitos essenciais dos acionistas.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MYRDAL, Gunnar. *Aspectos políticos da teoria econômica.* Trad. José Auto. São Paulo: Nova Cultural, 1986.

NALINI, José Renato. *Constituição e Estado democrático.* São Paulo: FTD, 1997.

NOBRE, Freitas. *Comentários à lei de imprensa.* São Paulo: Saraiva, 1985.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. À guisa de prefácio. In: CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Regime jurídico-econômico da atividade de comunicação.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013.

NUNES, António José Avelãs. A Constituição Europeia e as políticas sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes &¨STRECK, Lenio Luiz [org.]. *Entre discursos e culturas jurídicas.* Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

NUNES, Antonio José Avelãs. *Uma introdução à economia política.* São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia – introdução ao Direito Econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para a codificação do Direito Econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PAGANELLI, Wilson. Rádio comunitária. Ilegal? Crime?. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 21, 19 nov. 1997 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/502>. Acesso em: 27 mar. 2013.

PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PARGENDLER, Mariana. Cinco mitos sobre a história das sociedades anônimas no Brasil. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins [org.]. *Temas essenciais de Direito Empresarial – estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PELUSO, Vinicius Toledo Piza. Sociedade, *mass media* e Direito Penal: uma reflexão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, v. 10, n. 39, p. 178, jul/set 2002

PEMBER, Don R. & CALVERT, Clay. *Mass media Law.* New York: McGraw-Hill, 2007.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. *Direitos da criança e do adolescente em face da TV.* São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PEREIRA, Cezar A. Guimarães. *Usuários de serviço público.* São Paulo: Saraiva, 2008.

PERROUX, François. *Economia e sociedade.* Trad. Aurora & Mário Murteira. São Paulo: Duas Cidades, 1961.

PINAUD, João Luiz Duboc. O advogado e a violência – violência urbana e violência rural – ordem, violência e punição in: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 12ª. *Anais.* Porto Alegre: 1988.

PINHEIRO, Waldemar Antonio. Nota a: SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. Apelação Criminal 161.147. Relator: Juiz Silvio Lemmi. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.* São Paulo, v. 22, n. 51, p. 122, jul/set 1983

PRADO, Ney. A Constituição de 1988 e o grevismo selvagem. *LTr.* São Paulo, v. 77, n. 2, p. 141, fev 2013

QUEIROZ, José Wilson Nogueira de. *Direito Econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 1982.

RAMOS, Elival da Silva. *A proteção dos direitos adquiridos no Direito Constitucional brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do Direito Penal Econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa*? Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, v. 7, n. 28, p. 119-120, out/dez 1999

RECASÉNS SICHES, Luís. *Tratado general de Filosofía del Derecho.* México: Porrúa, 1970.

REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia comercial.* São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

REQUIÃO, Rubens. Responsabilidade das maiorias e proteção das minorias na sociedade anônima. In: NOGUEIRA, Adalício [coord.]. *Estudos em homenagem ao Professor Orlando Gomes.* Rio de Janeiro: Forense, 1979.

RIBEIRO, Favila. *Direito Eleitoral.* Rio de Janeiro: Forense, 1988.

RICARDO, David. *Princípios de economia política e do imposto.* Trad. C. Machado Fonseca. Rio de Janeiro: Atena, 1937.

RODOTÀ, Stefano. Note critiche in tema di proprietà. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.* Milano, v. 14, n. 2, p. 1.286-7, 1960

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional.* Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

RUIZ, Fernando J. Últimas notícias da fronteira democrática – fatores críticos do jornalismo na América Latina. Trad. Pedro Maia Soares. In: HOFMEISTER, Wilhelm [Ed.]. *A mídia entre regulamentação e concentração.* Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2008.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado e o empregador no Direito brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SABATO, Franco di. *Diritto delle società.* Milano: Dott. A. Guiffrè, 2005.

SADDI, Jairo. Nota a: Nóbrega, Maílson da. O futuro chegou. Rio de Janeiro: Ed. Globo, 2005, 399p. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais.* São Paulo, v. 9, n. 391, julho/set 2006

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

SAMUELSON, Paul A. *Introdução à análise econômica.* Trad. Luiz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Agir, 1966, v. 2.

SANTOS, Theophilo de Azeredo. *Regime jurídico das sociedades comerciais.* Rio de Janeiro: Forense, 1958.

SAVATIER, René. *La théorie des obligations – vision juridique et* économique. Paris: Dalloz, 1969.

SAVATIER, René. *Les métamorphoses* économiques *et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui.* Paris: Dalloz, 1952.

SAY, Jean-Baptiste. *Tratado de economia política.* Trad. Balthazar Barbosa Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SCHILLING, Arno. *A ilicitude na responsabilidade civil extracontratual.* Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1964.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político – teoria do* ***partisan****.* Trad. Geraldo Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Los dos fundamentos de la ética – el fundamento de la moral.* Trad. Vicente Romano García. Buenos Aires: Aguilar, 1965.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A criminalidade e os meios de comunicação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, v. 3, n. 10, p. 139, abr/jun 1995

SILVA, Antonio Álvares da. *Créditos trabalhistas no juízo recursal.* Rio de Janeiro: Aide, 1985.

SILVA, João Alves. Opinião pública, direito e democracia. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne & ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes [org.]. *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller.* Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo.* São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e na conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. *O novo Código Civil e a Constituição.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco.* Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações – uma investigação sobre a sua natureza e as suas causas.* Trad. Luís João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, v. 1.

SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

SOMBART, Werner. *El burgués.* Trad. Maria Pilar Lorenzo. Madrid: Alianza, 1992.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha de. *Consenso e democracia constitucional.* Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de Direito Econômico.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico.* 6ª Ed. São Paulo: LTr, 2005.

SPINOZA, Baruch. *Tratado político.* Trad. José Pérez. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013.

TEIXEIRA, Demetrius Barreto & CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. Legitimação para a exploração dos serviços de radiodifusão educativa e comercial, no contexto da Lei 4.117, de 1962, e do Decreto-lei 236, de 1967. Revista Eletrônica da Fundação Brasileira de Direito Econômico. Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <http://www.fbde.org.br/news/legitima%C3%A7%C3%A3o-para-a-explora%C3%A7%C3%A3o-dos-servi%C3%A7os-de-radiodifus%C3%A3o-educativa-e-comercial%2c-no-contexto-da-lei-4-117%2c--de-1962%2c-e-do-decreto-lei-236%2c-de-1967-/>. Acesso em 28 mar 2013.

TEIXEIRA, Francisco Dias. Crime em telecomunicação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, v. 9, n. 33, p. 169, mar 2001

TIMM, Luciano Benetti & DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Aspectos gerais do novo Código Civil. In: TIMM, Luciano Benetti [org.]. *Direito da Empresa e contratos.* São Paulo: IOB Thomson Flores, 2005.

TORON, Alberto Zacharias. Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco: os novos padrões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, v. 9, n. 36, p. 265, ou/dez 2001

TOUSSAINT, Nadine. *A economia da informação.* Trad. Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

UBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem.* Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1986, p.

VALENTINO SOBRINHO, Rafael. A função político-econômica da ignorância no Direito Constitucional brasileiro. In: BALEEIRO, Aliomar et allii. *As tendências atuais do Direito Público – estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco.* Rio de Janeiro: Forense, 1976.

VEBLEN, Thorstein. *A teoria da classe ociosa.* Trad. Olívia Krahenbühl. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

VENDRAMINI, Silvia. Franchising ou franquia comercial. In: LIMA, Osmar Brina Correa [org.*] Atualidades jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 1993, v. 3.

WALRAS, Léon. *Compêndio dos elementos de economia política pura.* Trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

WEBER, Max. *Economía y sociedad.* Trad. José M. Echavarría et allii. México/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1992.

WELS, Ana Maria Córdova. Aspectos históricos da atividade de relações públicas – paralelos com a origem as assessorias de comunicação social. In: MOURA, Cláudia Peixoto de (Org.). História das relações públicas – fragmentos de memória de uma área [recurso eletrônico]. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/historiarp.pdf>. Acesso em: 27 jan 2014.

ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COLABORADORES

Arlindo Philippi Junior
Celso Naoto Kashiura Júnior
Dalmo de Abreu Dallari
Elival da Silva Ramos
Gilda Collet Bruna
Guilherme José Purvin de Figueiredo
José Eduardo Ramos Rodrigues
Márcia Dieguez Leuzinger
Márcio Bilharinho Naves
Márcio Sotelo Felippe
Marcos Alcyr Brito de Oliveira
Ricardo Antônio Lucas Camargo
Solange Teles da Silva
Sônia Letícia de Mello Cardoso
Sonia Maria Viggiani Coutinho
Tércio Sampaio Ferraz Junior
Vladimir Garcia Magalhães

INSTITUTO BRASILEIRO
DE ADVOCACIA PÚBLICA

ISBN: 978-65-88110-03-4

VERSÃO DIGITAL