

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional



Volume 9 | Número 16 | Janeiro/Junho 2017



ABDCONST

ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167
E-mail: abdconst@abdconst.com.br

*Solicita-se permuta.
We ask for exchange.
Se pide canje.
On demande l'échange.
Wir bitten um austausch.
Oni petas intersangam.
Si richiede lo scambio.*

Ficha Catalográfica

Constituição, Economia e Desenvolvimento
Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional.
Programa de Pós-graduação em Direito
Vol. 9, n. 16 (jan./jun. 2017) - Curitiba: 2017
Publicação semestral
ISSN 2177-8256
1. Direito 2. Academia brasileira de Direito Constitucional.

Endereço para correspondência:

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E
DESENVOLVIMENTO: REVISTA ELETRÔNICA
DA ACADEMIA BRASILEIRA
DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Editor responsável:

Ilton Norberto Robl Filho

E-mail: ilton@abdconst.com.br.

Publicação semestral. Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação somente será permitida após a prévia permissão escrita do autor. Os conceitos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores. As matérias desta revista podem ser livremente transcritas, desde que citada a fonte.

CONSELHO EDITORIAL

Editor Responsável

Ilton Norberto Robl Filho

Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor Adjunto da UFPR e permante do Mestrado em Direito do IDP. Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR. Visiting Scholar na Universidade de Toronto - Canadá. Pesquisador Visitante no Max Plank Institut em Heidelberg - Alemanha. Pós-doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR.

Editores Assistentes

Rafael dos Santos-Pinto

Graduado em Direito pela UNESP, Mestre em Direito pela UFPR e Doutorando na UFPR.

Fernanda Lissa Fujiwara Homma

Mestra e Doutoranda em Direito das Relações Sociais pela UFPR.

Membros do Conselho Editorial

Antonio Carlos Wolkmer

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC.

António José Avelãs Nunes

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor Honoris Causa da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra.

Eroulths Cortiano Junior

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR, Secretario Geral da OAB/PR e Doutor em Direito pela UFPR.

Fábio Nusdeo

Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP.

Flávio Pansieri

Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR e Presidente do Conselho Fundador da ABDConst. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

Ingo Wolfgang Sarlet

Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemanha.

Luís Fernando Sgarbossa

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.

Marco Aurélio Marrafon

Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR.

Marcus Firmino Santiago

Professor do Curso de Direito das Faculdades Espam/Projeção – Brasília e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho

Mariana Mota Prado

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale.

Milena Petters Melo

Professora da Universidade de Blumenau – FURB e Doutora em Direito pela Università degli Studi di Lecce, UNISALENTO.

Ricardo Lobo Torres

Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF.

Sabina Grabowska

Professora de Direito na Universidade de Rzeszow, Polônia. Doutora pela universidade de Rzeszow e Pós-doutora pela Universidade de Lublin.

Conselho de Pareceristas da Revista da ABDConst

Abraão Soares Dias dos Santos Gracco	Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira	Gustavo Almeida Paolinelli de Castro
Aldo Muro Júnior	Cristiane Helena de Paula Lima Cabral	Gustavo Silveira Siqueira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Daniel Francisco Nagao Menezes	Hamilton da Cunha Iribure Júnior
Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia	Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis	Heder Carlos de Oliveira
Alexandre Hamilton Oliveira Santos	Daniela Rezende Oliveira	Heitor de Carvalho Pagliaro
Alexandre Morais da Rosa	Delmo Mattos da Silva	Henrique Napoleão Alves
Alexandre Walmott Borges	Demetrius Nichele Macei	Henry Atique
Alfredo Copetti	Diana Carolina Valencia Tello	Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães
Alvaro Borges de Oliveira	Eduardo Antônio Klausner	Jackelline Fraga Pessanha
Alvaro de Oliveira Azevedo Neto	Eduardo Biacchi Gomes	Jacqueline de Souza Gomes
Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci	Eduardo Molan Gaban	Janaina Machado Sturza
André Luiz Costa-Corrêa	Eleonora Mesquita Ceia	Jean Carlos Dias
Andrea Boari Caraciola	Eliana Franco Neme	João Paulo Capelotti
Angela Issa Haonata	Eloi Martins Senhoras	Jorge Jose Lawand
Ângela Maria Cavalcanti Ramalho	Emerson Gabardo	José Carlos Buzanello
Antonio Baptista Gonçalves	Emilio Peluso Neder Meyer	José de Magalhães Campos Abrósio
Antonio Celso Baeta Minhoto	Eneas De Oliveira Matos	José Francisco de Assis Dias
Antonio Gomes Moreira Maués	Érico Hack	José Luiz Ragazzi
Braulio de Magalhães Santos	Erivaldo Cavalcanti E Silva Filho	José Renato Martins
Carla Izolda Fiuza Costa Marshall	Eroulths Cortiano Júnior	Josemar Sidinei Soares
Carlos Bolonha	Evertton das Neves Gonçalves	Josias Jacintho Bittencourt
Carlos Victor Nascimento dos Santos	Ezilda Claudia de Melo	Juliana Cordeiro Schneider
Carolina Alves Vestena	Fabianne Manhães Maciel	Julio Pinheiro Faro
Cátia Rejane Liczbinski Sarreta	Fabício de Assis Campos Vieira	Jussara Maria Leal de Meirelles
Célia Barbosa Abreu	Fabício Ricardo de Limas Tomio	Katiucia Boina
Christiane De Holanda Camilo	Fausto Santos de Moraes	Leilah Luahnda Gomes De Almeida
Cláudia Luiz Lourenço	Fernando Nagib Marcos Coelho	Leonardo Vieira Wandelli
Claudio Gonçalves Munhoz	Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior	Lilian Márcia Balmant Emerique
Claudio Smirne Diniz	Germano André Doederlein Schwartz	Livia Gaigher Bósio Campello
Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior	Geziela Iensue	Luana de Carvalho Silva Gusso
	Giovani da Silva Corralo	Lucas Abreu Barroso
	Gisele Mascarelli Salgado	Lucas Catib de Laurentiis
		Lucas Gonçalves da Silva

Luciana Costa Poli
Luciana Fernandes Berlini
Luciana Souza de Araujo
Luciene Dal Ri
Luis Fernando Sgarbossa
Luis Renato Vedovato
Luiz Claudio Araújo Coelho
Luiz Eduardo Anesclar
Luiz Ricardo Guimaraes
Maraluce Maria Custodio
Marcelo Henrique Nogueira
Diana
Marcelo Lamy
Marcelo Sant'Anna Vieira
Gomes
Márcia Jucá Teixeira Diniz
Márcio Pugliesi
Marco Antônio Ribeiro Tura
Marco Aurélio Marrafon
Marcos Alves da Silva
Marcos Augusto Maliska
Marcos Catalan
Marcus Firmino Santiago
Margareth Anne Leister
Margareth Vets Zaganelli
Maria Da Graça De Moraes
Bittencourt Campagnolo
Mário Ferreira Neto
Martinho Martins Botelho

Mateus de Oliveira Fornasier
Micheli Pereira
Miguel Calmon Teixeira de
Carvalho Dantas
Milena Petters Melo
Monica Bonetti Couto
Mônica Helena Harrich Silva
Goulart
Murilo Melo Vale
Nelci Lurdes Gayeski
Meneguzzi
Nina Tricia Disconzi
Rodrigues
Pablo Malheiros da Cunha
Frota
Paulo Ricardo Schier
Paulo Sérgio da Silva
Phillip Gil França
Rafael de Oliveira Costa
Rafael Silveira e Silva
Rafael Tomaz De Oliveira
Ricardo Aronne
Ricardo Carneiro Neves
Júnior
Ricardo Serrano Osorio
Rodrigo Fortunato Goulart
Ronaldo Lindimar José
Marton
Samantha Ribeiro Meyer
Pflug

Sandra Sereide Ferreira da
Silva
Sandro Luís Tomás Ballande
Romanelli
Sandro Marcelo Kozikoski
Sandro Rogério Monteiro de
Oliveira
Saulo Bichara Mendonça
Sebastião Neto Ribeiro
Guedes
Simone Tassinari Cardoso
Sonia Barroso Brandão
Soares
Sulamita Crespo Carrilho
Machado
Sylvio Alarcon
Tiago Resende Botelho
Túlio Lima Vianna
Valéria Cristina Pereira
Furlan
Valéria Silva Galdino Cardin
Vanessa Oliveira Batista
Berner
Vânia Beatriz Rey Paz
Wagner Silveira Feloniuk
Walter Guandalini Junior

Pareceristas que participaram desta edição:

Alexandre Morais da Rosa
Antonio Celso Baeta
Minhoto
Cristiane Helena de Paula
Lima Cabral
Clodoaldo Moreira dos
Santos Júnior
Eduardo Antônio Klausner
Eloi Martins Senhoras
Fabrício Ricardo de Limas
Tomio

Geziela lensue
Giovani Corralo
Gustavo Silveira Siqueira
João Paulo Capelotti
Katiucia Boina
Luana De Carvalho Silva
Gusso
Luciana Souza de Araujo
Luciene Dal Ri
Milena Petters Melo

Pablo Malheiros da Cunha
Frota
Paulo Ricardo Schier
Rafael Silveira e Silva
Sandro Marcelo Kozikoski
Vanessa Oliveira Batista
Berner
Vânia Beatriz Rey Paz
Wagner Silveira Feloniuk

Editoração

Karla Kariny Knihs



EDITORIAL

A Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst publica hoje o décimo sexto número (2017, v. 9, n. 16, Jan./Jun.) da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, comemorando o encerramento de mais uma fase da gestão editorial do periódico. Observam-se três eixos temáticos centrais nos artigos desta edição: **I)** Órgãos internacionais e direitos humanos **II)** Direitos fundamentais e políticas públicas, **III)** Regulamentação, poder judiciário e desenvolvimento.

No primeiro eixo, “Órgãos internacionais e direitos humanos”, temos em primeiro lugar o trabalho “El alzamiento de la corte ante una sentencia de la CIDH” do professor Mario Midón, titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidad Nacional del Nordeste da Argentina que estuda o cumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelos tribunais nacionais argentinos. O segundo artigo deste eixo intitula-se “Num contexto mundial de unilateralismos exacerbados, seria possível uma Corte Constitucional Internacional?” de autoria do professor Alexandre Pagliarini, docente efetivo da graduação e do mestrado em Direito da UNINTER, que trata dos pressupostos, doutrina e operacionalização do Tribunal Constitucional Internacional. O terceiro e último trabalho é de autoria de Marco Aurelio Rubick da Silva e intitula-se “Direitos humanos e neoliberalismo: os reflexos da globalização neoliberal na concretização da Constituição” e verifica a possível influência do neoliberalismo no descumprimento da Constituição, sob diversas perspectivas.

O segundo eixo foi denominado “Direitos fundamentais e políticas públicas”. O primeiro artigo é “Human rights and taxation” de autoria do professor Moris Lehner da Ludwig-Maximilians Universidade de Munique que aborda o papel da tributação na concretização dos direitos humanos, tanto no nível nacional como no internacional. Em seguida temos o trabalho do professor Marcos Catalan, docente no curso de Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle e no curso de Direito da Unisinos, o qual é intitulado “Defendam Jerusalém! O rolezinho e a fragmentação do direito nos tribunais brasileiros” e que busca fazer um estudo crítico do fenômeno jurídico dos rolezinhos a partir da análise de decisões judiciais. Em terceiro lugar temos o artigo “Posse e propriedade: uma constante tensão em busca da concretização da função social” dos professores da Faculdade de Direito de Vitória,

Rodrigo Cardoso Freitas e Adriano Sant'Ana Pedra, que analisa a complexa relação entre os direitos de propriedade e posse na concretização dos princípios da função social e dignidade humana. Em terceiro lugar, o artigo “Responsabilidade civil nuclear como instrumento para a teoria política da ‘nova economia do bem-estar’: uma Análise Econômica do Direito com base no acidente nuclear de Fukushima” de autoria da professora Gabriela Garcia Batista Lima Moraes, Professora Adjunta da Universidade de Brasília que versa sobre a relação entre a responsabilidade civil e a Nova Economia do Bem-Estar, tendo por base o acidente nuclear de Fukushima. Por fim, temos o trabalho de das professoras Marisa Rossignoli, docente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília e Maria de Fátima Silva, docente dos Cursos de Administração e Ciências Contábeis da Universidade de Marília, com o título “Direito à educação, política fiscal e desenvolvimento econômico: uma análise do Fundo de Financiamento Estudantil – FIES”, o qual busca discutir a política fiscal e as funções do Estado a partir do FIES.

O terceiro eixo tem como tema central a “Regulamentação, poder judiciário e desenvolvimento”. O primeiro artigo, de autoria dos professores Alexandre Walmott Borges, docente da Universidade Federal de Uberlândia e José Carlos Carbonell professor da Universidade Autônoma de Barcelona e do mestrando Leonardo Martins Pereira, intitulando-se “Direito e economia para um desenvolvimento sustentável: a introdução das biorrefinarias nas políticas nacionais como instrumento de efetivação do princípio do estado socioambiental e a consolidação dos objetivos da política energética brasileira” e propõe a obrigatoriedade do Estado de adotar fontes renováveis e limpas de energia para o cumprimento de preceitos constitucionais. Em seguida temos o trabalho “O intervencionismo estatal por meio das agências reguladoras: da regulamentação à regulação” de autoria do professor Alfredo Copetti Neto, docente permanente no Mestrado em Direitos Humanos na UNIJUÍ e Professor Adjunto de Teoria do Direito da UNIOESTE e do mestrando José Ricardo Maciel Nerling que busca fazer uma análise sobre as agências reguladoras, contextualizando-as no direito econômico brasileiro atual. Em terceiro lugar temos a mestranda da Universidade 11 de Novembro de Angola, Ângela de Fátima Barros de Boa Morte Costa com o artigo “O papel do poder local e das autoridades tradicionais no desenvolvimento local de Angola” que estuda a relação existente entre o poder público local e as autoridades tradicionais em Angola. Por fim, em quarto lugar, temos o artigo “Governo dos juízes: nuances entre discricionariedade e arbitrariedade no ato de criação do Direito” submetido pela professora Margareth Vetis Zaganelli Titular de Direito Penal e Teoria do Direito da Universidade Federal

do Espírito Santo – UFES e por Breno Panetto Moraes que aborda o atual cenário do ativismo judicial brasileiro.

Os artigos selecionados e publicados nesta edição são exemplos de estudos de qualidade e originalidade forjados em instituições de todo o país e estrangeiras. Atende-se, assim, a missão da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional de incentivar a produção de estudos de excelência nas perspectivas democrática e de efetivação dos direitos fundamentais. Desejamos ao público leitor um bom proveito dos trabalhos publicados e acreditamos que estes estudos instigarão a pesquisa e o aprofundamento dos temas de reflexão para novas e profícuas direções.

Boa Leitura!

Ilton Norberto Robl Filho

Editor Responsável da Constituição, Economia e Desenvolvimento:

Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional

Rafael dos Santos Pinto

Editor Assistente da Constituição, Economia e Desenvolvimento:

Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional

Fernanda Fujiwara

Editora Assistente da Constituição, Economia e Desenvolvimento:

Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional

SUMÁRIO

Doutrina

EL ALZAMIENTO DE LA CORTE ANTE UNA SENTENCIA DE LA CIDH THE ASCENSION OF THE COURT OVER A JUDGEMENT OF THE CIDH

Mario A. R. Midón 12

NUM CONTEXTO MUNDIAL DE UNILATERALISMOS EXACERBADOS, SERIA POSSÍVEL UMA CORTE CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL? IN A WORLD CONTEXT OF EXACERBATED UNILATERALISM, WOULD AN INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL COURT BE POSSIBLE?

Alexandre Coutinho Pagliarini 27

DIREITOS HUMANOS, CULTURA E PODER: UM ESTUDO SOBRE POSSÍVEIS INFLUÊNCIAS DA IDEOLOGIA NEOLIBERAL NA COMPREENSÃO DO DIREITO E NA CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

HUMAN RIGHTS, CULTURE AND POWER: A STUDY ON POSSIBLE INFLUENCES OF NEOLIBERAL
IDEOLOGY IN THE COMPREHENSION OF LAW AND CONSTITUTION FULFILLMENT

Marco Aurélio Rubick da Silva 39

HUMAN RIGHTS AND TAXATION

DIREITOS HUMANOS E TRIBUTAÇÃO

Moris Lehner 60

DEFENDAM JERUSALÉM! O ROLEZINHO E A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

DEFEND JERUSALEM! 'ROLEZINHO AND THE FRAGMENTATION OF LAW IN BRAZILIAN COURTS

Marcos Catalan 71

POSSE E PROPRIEDADE: UMA CONSTANTE TENSÃO EM BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL

POSSESSION AND PROPERTY: A CONSTANT TENSION IN SEARCH OF THE SOCIAL FUNCTION

Rodrigo Cardoso Freitas / Adriano Sant`Ana Pedra 85

A RESPONSABILIDADE CIVIL NUCLEAR COMO INSTRUMENTO PARA A TEORIA POLÍTICA DA “NOVA ECONOMIA DO BEM-ESTAR”: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COM BASE NO ACIDENTE NUCLEAR DE FUKUSHIMA

CIVIL LIABILITY FOR NUCLEAR DAMAGE AS AN INSTRUMENT OF THE "NEW WELFARE ECONOMY": AN
ECONOMIC AND LAW ANALYSIS BASED ON FUKUSHIMA

Gabriela Garcia Batista Lima Moraes 114



**DIREITO À EDUCAÇÃO, POLÍTICA FISCAL E DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO: UMA ANÁLISE DO FUNDO DE FINANCIAMENTO
ESTUDANTIL - FIES**

RIGHT TO EDUCATION, FISCAL POLICY AND ECONOMIC DEVELOPMENT: AN ANALYSIS OF THE FUND FOR
STUDENT FINANCING

Marisa Rossignoli / Maria de Fátima Silva 141

**DIREITO E ECONOMIA PARA UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL:
A INTRODUÇÃO DAS BIORREFINARIAS NAS POLÍTICAS NACIONAIS
COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ESTADO
SOCIOAMBIENTAL E A CONSOLIDAÇÃO DOS OBJETIVOS DA POLÍTICA
ENERGÉTICA BRASILEIRA**

THE INTRODUCTION OF BIOREFINERIES ON THE NATIONAL POLICIES AS A MEANS TO EFFECT THE SOCIO-
ENVIRONMENTAL STATE PRINCIPLE AND THE CONSOLIDATION OF THE BRAZILIAN ENERGETIC POLICY
OBJECTIVES

*Leonardo Martins Pereira / Alexandre Walmott Borges / José Carlos Remotti
Carbonell* 164

**O INTERVENCIONISMO ESTATAL POR MEIO DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS: DA REGULAMENTAÇÃO À REGULAÇÃO**

STATE INTERVENTION BY REGULATORY AGENCIES: FROM REGULATION TO REGULATION

Alfredo Copetti Neto / José Ricardo Maciel Nerling 185

**O PAPEL DO PODER LOCAL E DAS AUTORIDADES TRADICIONAIS NO
DESENVOLVIMENTO LOCAL DE ANGOLA**

THE PAPER OF LOCAL AUTHORITIES AND TRADITIONAL IN THE DEVELOPMENT OF ANGOLA

Ângela de Fátima Barros de Boa Morte Costa 207

**GOVERNO DOS JUÍZES: NUANCES ENTRE DISCRICIONARIEDADE E
ARBITRARIEDADE NO ATO DE CRIAÇÃO DO DIREITO**

GOVERNAMENT BY JUDGES: NUANCES BETWEEN DISCRITIONARY AND ARBRITRARY ACTS OF CREATION OF
LAW

Breno Panetto Morais / Margareth Vetis Zaganelli 233

REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS 248



EL ALZAMIENTO DE LA CORTE ANTE UNA SENTENCIA DE LA CIDH¹

THE ASCENSION OF THE COURT OVER A JUDGEMENT OF THE CIDH

Mario A. R. Midón²

Resumen

Al estado-nación de nuestro tiempo no le basta con regular acontecimientos que se producen dentro de sus fronteras. El fenómeno de la integración y el de la universalidad de los derechos humanos, lo han llevado al terreno de ensanchar espacios con la creación y recreación de instituciones supranacionales, porque se alberga la convicción de que a través de esos mecanismos puede llegar a concretarse lo que a muchos le parece utópico, a saber: la de conferir suficientes seguridades a la vigencia de los derechos del hombre.

Palabras-clave: Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica.

Abstract

It does not suffice for the nation-states of our times to regulate situations that occur within their borders. The phenomenon of integration and the universality of human rights created and recreated spaces and instituted supranational institutions because it shows conviction that these mechanisms may make concrete much of what seems utopic: to confer sufficient security to human rights.

Keywords: Interamerican system of human rights. San Jose of Costa Rica Pact.

Sumario: I. La Corte le hace decir al Pacto lo que el Pacto no dice. II. Un derroche de formalismo. III. Los deberes que impone una sentencia no son divisibles, mucho menos cuando los propios actos avalan su cumplimiento. IV. El supuesto valladar del artículo 27 de la Constitución Nacional. V. Acerca del mentado exceso del tribunal supranacional y el exequátur que impuso la Corte. VI. Referencias.

Los procesos de integración no son lineales. Quiero decir con esto que más allá de los compromisos que cada Estado asume realizar, el cumplimiento de los

¹ Paper submitted in 03/08/2017, approval communicated in 01/09/2017. (Artigo submetido em 03/08/2017, aprovação comunicada em 01/09/2017).

² Profesor titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidad Nacional del Nordeste da Argentina. Doutor em Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Magíster en Procesos de Integración Regional (Universidad Nacional del Nordeste). Presidente da Asociación Argentina de Derecho Constitucional. E-mail: <midonmario@gmail.com>.



deberes de las partes está sujeto a la voluntad de quienes ejercen poder para efectivizarlos.

Como es sabido, nuestro país es parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y se propone, junto a otras naciones de la región, que las facultades más elementales del hombre tengan común denominador en toda la geografía de los países signatarios del Pacto de San José de Costa Rica.

Es que al estado-nación de nuestro tiempo no le basta con regular acontecimientos que se producen dentro de sus fronteras. El fenómeno de la integración y el de la universalidad de los derechos humanos, lo han llevado al terreno de ensanchar espacios con la creación y recreación de instituciones supranacionales, porque se alberga la convicción de que a través de esos mecanismos puede llegar a concretarse lo que a muchos le parece utópico, a saber: la de conferir suficientes seguridades a la vigencia de los derechos del hombre.

Estos razonamientos introductorios vienen a cuento de una resolución emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa identificada como “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”[1], tribunal que en respuesta a una solicitud de esa secretaría de gobierno dispuso no dar cumplimiento a un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que se declaró que el Estado argentino había violado la libertad de pensamiento y expresión.

El decisorio se remonta, en cuanto antecedente fáctico, al año 2001. En esa oportunidad nuestro tribunal de la cumbre confirmó una sentencia de cámara a través de la cual se condenó a los periodistas Jorge Fontevecchia y Héctor D’amico a abonar a Carlos Saúl Menem una suma de dinero a título de indemnización por los daños que este experimentó como consecuencia de una publicación realizada por esos periodistas, relativa a la existencia de un hijo extramatrimonial del ex presidente.

Los afectados por la condena civil instaron el procedimiento de denuncia y en la causa “Fontevecchia y D’amico vs. Argentina” obtuvieron de la Corte Interamericana un pronunciamiento en el que a título de reparación se ordenó al Estado argentino, en su parte pertinente, que:

a) ““El Estado debe dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Hector D’Amico, así como todas sus consecuencias, en el



plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 105 de la misma.”

b) “El Estado debe realizar las publicaciones dispuestas en la presente Sentencia, de conformidad con lo establecido en el párrafo 108 de la misma.

c) “El Estado debe entregar los montos referidos en los párrafos 105, 128 y 129 de la presente Sentencia, dentro del plazo de un año contado a partir de su notificación y conforme a las modalidades especificadas en los párrafos 131 a 136 de este Fallo.”

El decisorio del que vamos a ocuparnos se dictó por mayoría de los miembros de la Corte nacional, con los votos de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosenkrantz y Rosatti, según su voto y, con la disidencia de Maqueda.

En su centralidad, la negativa de la Corte se sostiene en que no es posible dejar sin efecto su sentencia por la Corte IDH, pues ello importaría “privarla de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los artículos. 27 y 109 de la Constitución”.

La determinación, amén de representar un alzamiento al tribunal de tribunales como lo es la Corte IDH, es regresiva y luce emblemática como emitida con antelación a la oportunidad en que el órgano judicial interamericano oficializara el control de convencionalidad, mecanismo con reconocida carta de ciudadanía en la jurisprudencia nacional, incluyendo a la mismísima Corte doméstica.

I LA CORTE ARGENTINA LE HACE DECIR AL PACTO LO QUE EL PACTO NO DICE

El fallo, tampoco le escapa a la autocontradicción. Ello, porque al tiempo que afirma que las sentencias de esa Corte son obligatorias, según el art. 68.1 del Pacto, declara que no es posible cumplir esa su decisión, en orden al hallazgo de una excepción que el tribunal elabora para el caso.

Así, para fundar su decisión, nuestra Corte le hace decir al Pacto lo que el Pacto no dice.

En efecto, el artículo 68.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos prescribe que:



“Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”

Esa cláusula no fue objeto de reserva, ni de declaración interpretativa por el Estado argentino al momento de suscribir el documento que rige ininterrumpidamente desde 1984, razón por la cual no existe posibilidad de alterar tan claro mandato positivo.

Por ende, afirmar como lo hace el cimero que;

“ ... Se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH) ...”, para colegir luego que; “ ... dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales y sostener que ... es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana ...”, (Considerando 6° del voto de Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz), constituye una artificiosa creación cortesana que no se compadece con la realidad textual del tratado, mucho menos con las prácticas de nuestro tribunal supremo en materia de derechos humanos.

Disentimos con esa incorrecta lectura de la CSJN, en cuanto sostiene que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias, en principio.

La expresión “en principio” es una muletilla de la Corte y cuando recurre a ella lo hace con el propósito de usarla como sinónimo de la palabra “regla”, ya que toda regla admite excepciones. Por eso, afirmar que los fallos de la Corte IDH son obligatorios “en principio”, significa decir que el deber de cumplimiento es relativo y dependerá de las circunstancias del caso, según evalúe nuestra Corte.

Al contrario de cuanto se afirma, lo que está fuera de discusión es el deber de acatar las sentencias de la Corte IDH “en todos los casos”, compromiso que se asumió no para cumplirlo “en principio”, sino para siempre, en tanto nuestro Estado sea parte en el caso.

El cumplimiento íntegro y puntual de los decisorios de la Corte IDH es la consecuencia o, si se quiere, el costo de haber delegado competencias y jurisdicción en un órgano supranacional. No lo decimos con resignación, sino con sentido explicativo, en la convicción de honrar el compromiso asociativo que asumió el



Estado argentino cuando se integró al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

II UN DERROCHE DE FORMALISMO

Para incumplir la proposición de la parte de la sentencia emanada de la Corte IDH que mandó “dejar sin efecto” la sentencia de la Corte nacional, los jueces de nuestro alto tribunal razonaron de este modo.

“ ... En este sentido, la CADH establece que “cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.” (art. 63.1, CADH). En consecuencia, el tenor literal de la norma no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional...” (Considerando 13 del voto de los doctores Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz)

Esas razones nos merecen las siguientes reflexiones:

Primero, es una práctica reiterada de la Corte IDH la de disponer en su parte resolutive que el Estado condenado, como ocurrió en este caso, debe dejar sin efecto la sentencia que resultó violatoria del o los derechos humanos en juego y así lo reconoce el voto mayoritario (considerado 15).

Segundo, si bien es cierto que en la letra de la Convención no aparece de modo expreso el atributo de la Corte IDH de “dejar sin efecto una sentencia” que lesionó derechos humanos, no es menos cierto que no exige mayor intelección hallarla comprendida en la facultad genérica de garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, en los términos que refiere el artículo 63.1. Sino ¿de qué otro modo podría repararse el daño causado?

La liturgia a que recurre nuestra Corte es contraria al principio de que los pactos se han hecho para ser cumplidos, inequívoca muestra de que se ha tomado distancia del principio de la buena fe en materia convencional y, de rebote, se ignoraron las reglas del principio pro homine que consagra la Convención IDH.



Tercero, a esta altura del proceso de integración en el marco del SIDH, es archisabido que con miras a reparar la violación a las libertades de pensamiento y expresión –porque de eso se trató el caso, la Corte IDH dispuso hace buen tiempo, mucho más que dejar sin efecto una sentencia. Lisa y llanamente instó a modificar la Constitución de un Estado parte en el caso “La última tentación de Cristo vs. Chile” y, el Estado infractor acató el pronunciamiento adverso.

Cuarto, ante tanto derroche de formalismo hay que convenir que si esa sacralización se mantuviera, no hubiera nacido el Amparo porque carecía de letra y la Corte le dio vida. Sin regulación alguna irrumpieron a su tiempo, también sin texto formal, el recurso extraordinario por gravedad institucional, el cómputo de la depreciación monetaria, el control de razonabilidad de los arrestos dispuestos por el Poder Ejecutivo durante el Estado de Sitio, etc.

III LOS DEBERES QUE IMPONE UNA SENTENCIA DE LA CORTE IDH NO SON DIVISIBLES, MUCHO MENOS CUANDO LOS PROPIOS ACTOS LO AVALAN

La Corte nacional ensaya una división del tema decidido por la Corte IDH y acata una parte de él, pero no la otra. En efecto, la Corte anuncia que ha cumplido las publicaciones que aquella sentencia dispuso, pero selecciona puntillosamente que porción del pronunciamiento debe acatar.

En tal sentido, afirma nuestro cimero que

“ ... En cuanto al punto “b” la medida ha sido cumplimentada —en lo que a este Tribunal compete— mediante la publicación instrumentada a través de dos portales: el Centro de Información Judicial y la página de jurisprudencia del Tribunal, ámbito donde figura también la publicación de la sentencia dictada por esta Corte en la causa “Menem” ...” (Considerando cuarto del voto conjunto de la mayoría)

Empero, en lo concerniente a la obligación de dejar sin efecto su fallo, la Corte aduce que:

“ ... En este caso, dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público



argentino. Desde esta perspectiva constitucional, el art. 27 de la Carta Magna prescribe “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

“Estos principios reseñados se traducen en el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado argentino. El constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (Fallos: 316:1669; entre otros).”

Entre dichos principios inmovibles se encuentra, sin duda alguna, el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del art. 108 de la Constitución Nacional (Fallos: 256:114; 289:193; 318:986; 319:1973; 328:2429; 329:3235, 5913; 330:49, 251; 338:1575; entre muchos otros). Revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional ...”.

Nos preguntamos, el deber que impuso la Corte IDH y que fue ejecutado por el tribunal nacional, en lo concerniente a las publicaciones que realizó ¿no privan a la Corte de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino? o, es que ¿esa capitis diminutio que el tribunal cree hallar vale para habilitar el cumplimiento de una parte de la sentencia, pero no la restante? Acaso ¿el tribunal que la Corte llama “internacional” no sustituye la decisión del órgano local? cuando en la el mismo decisorio ordena publicar su sentencia y ese mandato es cumplido por tribunal nacional.

No es posible parcelar el decisorio de la Corte IDH, toda vez que el mandato de publicación contenido en el, es parte de la unidad lógica que conformó la sentencia y una consecuencia natural de haber dispuesto dejarla sin efecto. Si el tribunal interamericano no hubiera resuelto dejar sin efecto el fallo de la Corte argentina, tampoco hubiera dispuesto su correlato que consistió en la publicación ordenada.



La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados prohíbe a un Estado denunciar, retirarse o suspender su aplicación parcial, art. 44. Entonces, si el gobierno (es decir los tres poderes del Estado argentino no tienen atribuciones para fragmentar -si quiera en conjunto- los efectos de un tratado internacional) mucho menos los tiene uno de sus departamentos.

Además, ese principio de ejecución que la Corte realizó de la sentencia emanada de la Corte IDH, con la publicación que ella ordenó y la Corte nacional acató, conduce a valorar su propio acto como de íntegra aceptación, sin que haya lugar para esa suerte de bipartición que ha ensayado la Corte argentina.

IV EL SUPUESTO VALLADAR DEL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Tanto en el voto conjunto de la mayoría, como en el emitido por Rosatti, el valladar infranqueable que el tribunal doméstico encuentra para negarse a acatar la sentencia de la Corte IDH está en el artículo 27 de la ley mayor de la Nación, reputado como “esfera de reserva soberana ... al cual los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad ...”

Incluso se sostiene que:

“ ... Esta comprensión del artículo 27, lejos de haber sido alterada por la reforma de 1994, ha sido reafirmada con ella. Así lo ha entendido él constituyente argentino cuando al otorgar jerarquía constitucional a la CADH —entre otros tratados internacionales sobre derechos humanos— ha establecido expresamente que sus normas “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”, reafirmando la plena vigencia de los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental como valladar infranqueable para los tratados internacionales (doctrina de Fallos: 317:1282).

Conviene recordar, una vez más, que el controvertido párrafo de que los tratados internacionales constitucionalizados “no derogan artículo alguno de la primera parte” fue el resultado de las presiones que sobre la Convención Constituyente ejercieran los representantes de las organizaciones que nucleaban a los medios de difusión, especialmente los escritos. Los exponentes del mundo periodístico suponían que la jerarquía constitucional de la Convención Americana de



Derechos Humanos, en cuyo texto se incluía el derecho de réplica, diluiría las previsiones constitucionales contenidas en la primera parte de la ley de leyes, en lo atinente al derecho a publicar las ideas por la prensa sin censura previa. Forzada a dar señales de que ello no era así, la Convención optó por incluir esta disposición. Desafortunadamente esos guiños del constituyente, no fueron los más apropiados desde el punto de vista técnico.

No obstante, para interpretar el alcance de los preceptos en juego, la Corte se recuesta en la opinión de Joaquín V. González, con pensamiento acuñado en 1909, cuando la integración no se conocía y era sacrílego que un tratado internacional no fuera inferior a la ley, sino inconcebible que tuviera jerarquía constitucional.

Diremos más, en 1853 cuando se dictó la Constitución Nacional –lo mismo en 1909 fecha de la obra citada- los tratados a que refería el artículo 27, generalmente, eran solo de “paz” y “comercio”; paz en cuanto antítesis de guerra y comercio en la más pura acepción del vocablo..

Pero, lo más grave de todo, es que al tiempo que realiza esa opción, nuestro intérprete final prescinde del juicio del constituyente del 94 que fue quien confirió jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos a que refiere el artículo 75 inc. 22.

Es ilustrativo recordar que en el seno de la Convención Constituyente de 1994, el convencional Juan Pablo Cafiero, sostuvo que

“Los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana, conforman una obligación para todos, erga omnes y todo Estado debe estar jurídicamente interesado en la protección del derecho del hombre. El Estado no puede sustraerse de su responsabilidad con el pretexto de que es un ámbito —esencialmente— de su competencia nacional con un concepto antiguo de la soberanía, porque, de lo que se trata, es de la protección internacional. La persona es el sujeto del derecho internacional. El Estado, a través de sus poderes, tiene responsabilidades concretas. (Énfasis agregados nuestro) Quizás el Poder Ejecutivo sea el que deba restringir más su acción. El Poder Ejecutivo es el que debe sentir el primer freno del hombre fijándole límites a su accionar. El Poder Legislativo debe traducir en normas positivas la progresividad y la aplicación de los derechos humanos y el Poder Judicial debe estar al servicio de un recurso ágil y



rápido para reponer a la persona que ha sido violada en su derecho a su situación anterior o, al menos, para exigir una reparación sin perjuicio de la responsabilidad internacional. De esta manera, la República Argentina da su consentimiento en obligarse por los tratados de derechos humanos universales y regionales, por todos aquellos que protegen un derecho en particular. También acepta la competencia de las instancias internacionales de control establecidas en los mismos tratados y la jurisdicción de los tribunales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bidart Campos —que es un fogonero de esta cuestión— dijo que le gustaría, de reformarse la Constitución, que se previera la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, incluida la Constitución. Esto como propuesta de máxima, pero como propuesta de mínima —que es la que conlleva el dictamen en mayoría— la supremacía de los tratados internacionales en los que Argentina sea o se haga parte.[2]

Por el mismo carril, la constituyente Elisa Carrió expresó:

“a) Otorgar jerarquía constitucional a tratados que por su contenido tienden a reforzar libertades y no a suprimirlas, no significa afirmar que los mismos estén exentos del control en relación a las pautas establecidas en el art. 27, sino que la norma constitucional estima que los tratados en derechos humanos, justamente en función de su especial contenido refuerzan tales principios y merecen por esta misma razón que se les otorgue jerarquía constitucional, I) Es el Congreso de la Nación exclusivo destinatario de la norma contenida en el art. 27, cuando habla de gobierno federal, como órgano habilitado para delimitar la correspondencia de los principios de tratados con el derecho público interno, es a él a quien le corresponde realizar el análisis de tal concordancia. En todos los tratados que hoy se incorporan con rango constitucional, tal control se ha efectuado y nadie ha discutido la absoluta correspondencia con el derecho público interno de los mismos. A tal control se le adiciona hoy el que efectúa ésta Honorable Convención al decidir elevarlos a Jerarquía Constitucional. II. El equívoco que hay que clarificar es que el art. 27 no establece una graduación jerárquica de los tratados, sino que sólo es una directiva constitucional al Congreso en cuanto gobierno federal, expresión también utilizada en el art. 6 de la C.N., y que conforme el caso Orfila debe entender cómo Congreso de la Nación para que los tratados que aprueba se corresponda con el derecho público interno. Por ello es que la ley 24.309 habilitó a esta Honorable Convención a



determinar la jerarquía de los tratados internacionales y es ella en el marco de su soberanía la que establece el carácter supra legal de los tratados en general y el carácter constitucional de determinados tratados en materia de derechos humanos. III) La afirmación, en el sentido que otorgarles igual jerarquía que la Constitución viola el principio de supremacía de la Constitución, no resiste el menor análisis, porque justamente por el carácter supremo de ella, puede una norma de tal carácter equiparar a ella otras disposiciones de derecho interno. En efecto no es una ley u otra disposición de derecho interno la que establece la jerarquía constitucional de una norma, sino que es el propio poder constituyente, a través de una norma constitucional, quien eleva a su propia jerarquía a otras normas de derecho interno.” [3].

Estos conceptos, conviene subrayarlo, no fueron rebatidos por ningún exponente del cuerpo en ocasión de votarse la cláusula del artículo 75 inc. 22, de modo que ellos quedaron documentados como la auténtica voluntad legislativa del reformador extraordinario. [4]

Es que la resolución constitucional argentina de incorporar al texto de la ley de leyes tratados internacionales de derechos humanos debe leerse en un marco axiológico inocultable. Así como incorporar cierta norma constitucional implica atar a la comunidad política de manera que no pueda sin dificultad y reflexión apartarse de esa norma, incorporar a la constitución un tratado internacional de derechos humanos significar a atar a la comunidad política a las definiciones en materia de derechos humanos contenidas en la convención internacional. Y ¿qué significa esto más precisamente? Como mínimo, que las autoridades locales no pueden decidir discrecionalmente que la convención internacional sea seguida sólo en los casos puntuales en los que el sentido de sus normas les parece adecuado. El uso estratégico de las decisiones de los órganos internacionales hace al estado pecar de inconsistencia e implica no tomarse seriamente el compromiso internacional, que es con la comunidad internacional pero también (y posiblemente sobre todo) con la comunidad nacional, las personas bajo el gobierno del estado argentino. En definitiva atarse a una convención internacional significa sostener el criterio convencional de la comunidad internacional que uno integra. Los conceptos, los derechos, sus alcances, no puede ser redefinidos domésticamente. [5]



V ACERCA DEL MENTADO EXCESO DEL TRIBUNAL SUPRANACIONAL Y EL EXEQUÁTUR QUE IMPUSO LA CORTE

La Corte, entre otras cosas, sostiene también que el órgano Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha excedido en su competencia en cuanto decidió “dejar sin efecto” una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada emanada de la Corte nacional y, que tal exceso deviene del hecho que con tal resolución convierte en una cuarta instancia al tribunal supranacional.

Es muy elemental que por hacer lo que hizo, la Corte IDH no es una cuarta instancia y lo dicho no requiere de ninguna explicación.

El yerro de nuestro tribunal radica en suponer que el dispone de la facultad de conceder el “pase” o ejercer una suerte de “exequátur” a las sentencias del tribunal interamericano. Y, esa gafe tiene que ver con el hecho de prescindir de la naturaleza supranacional que en el SIDH tiene la Corte IDH.

En efecto, conferir a un tribunal ese carácter, importa entre otras cosas dotarlo de aptitud para emitir decisiones que se incorporan de pleno derecho al ordenamiento de los Estados partes, porque son de aplicación inmediata y directa, todo en la convicción que los componentes de esa organización son partes de un esquema distante y distinto que excede el ámbito de los Estados partes que integran la asociación, ya que sus componentes no representan a un Estado determinado, sino a la configuración superior que está situada por encima y más allá del Estado.[6]

La figura ha sido admitida expresamente también por el reformador del 94, cuando en el artículo 75 inc. 24 autorizó, de manera expresa, la delegación de competencias y jurisdicción en órganos supraestatales, previendo para ello la concurrencia de requisitos de fondo y de forma que los poderes constituidos han observado cuando nos integramos al SIDH y volvieron a revisarse cuando se constitucionalizó el Pacto.

Arremeter contra un proceso asociativo que se propone uniformar la vigencia de los derechos humanos, amparándose en la idea de la soberanía cuasi bodinesca, torna muy actual el razonamiento de Pescatore que en el tema tiene más de medio siglo. El autor sostenía que ese tipo de propuestas, en nombre de una soberanía intangible e intacta se presta a crear o recrear a favor de los estados una especie de



reducto, un lugar seguro a partir del cual pueden impunemente volver a poner en discusión cuando les plazca y de acuerdo con su interés cualquiera de sus compromisos, con lo que se arriba a la negación potencial de los efectos de la integración[7].

Por otra parte, para ser congruente con su tesis de la prevalencia del derecho interno sobre el derecho internacional, como mínimo, la Corte debía declarar la inconstitucionalidad del artículo 27 de la Convención de Viena que rige entre nosotros. Ello así, porque se trata de una disposición que de manera incontrovertible es opuesta al artículo 27 de la Constitución Nacional, en cuanto estatuye que un Estado no puede invocar su derecho interno para incumplir un tratado.

Sin embargo, esa determinación le pesó al tribunal que se limitó a proclamar la supremacía constitucional sin descalificar la norma supuestamente “infractoria”.

El problema entonces, no es solo el de esta sentencia de la Corte argentina. Es previsible que ella, apeada al precedente vuelva en otras causas, con su discrecional criterio, a refugiarse en los lindes rituales de razones que se dicen soberanas para desautorizar el esquema integrativo habilitado por el constituyente.

Tampoco puede decirse que “... el constituyente ha consagrado en el citado artículo 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por “los principios de derecho público ...” (Considerando 5° del voto de Rosatti)

Genéticamente, la institución del margen de apreciación nacional es creación del derecho supranacional europeo, donde se la definió como espacio de discrecionalidad con la que cuentan los Estados partes para fijar el contenido y alcance de los derechos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, tomando en consideración circunstancias jurídicas, sociales y culturales, en el entendimiento de que su ejercicio se encuentra sujeto al control del Tribunal Europeo y, a su labor continua en la construcción de un consenso europeo. [8]

En 1971, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos utilizó por primera vez la expresión y, lo hizo para justificar la detención de un grupo de vagabundos registrada en uno de los países de la comunidad, afirmando que respecto de ellos no se vulneró el derecho contenido en el art. 8.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, toda vez que el estado que la produjo la medida pudo tener



razones valederas para defender el orden y preservar infracciones penales contra la moral, la salud y reputación de otros.[9]

También, más contemporáneamente, lo hizo la Corte IDH para validar una ley del Estado de Costa Rica que acordaba preferencia a algunas personas para adquirir la ciudadanía por naturalización.

La doctrina que explica al instituto del llamado margen de apreciación nacional precisa que, en todo derecho de fuente internacional cabe distinguir entre un núcleo “duro”, esencial, básico, mínimo, inalterable e innegociable, común para todos y otros más flexible y maleable, que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y de aplicación, atendiendo las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país, su idiosincrasia y experiencia,[10] pero el instituto, de ninguna manera conlleva, a que invocándose sus presupuestos un tribunal nacional se niegue a acatar una sentencia emanada de la Corte IDH.

Esta resolución es una muestra de que, al menos la mayoría del alto tribunal, le quitó vida a muchos pronunciamientos de su paternidad. Entre ellos, aquel que dice “... Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la esfera de sus atribuciones, ... [11] debe velar porque la buena fe que rige la actuación del Estado Nacional en el orden internacional para el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional no se vea afectada a causa de actos u omisiones de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla[12]

Con el mismo sentido crítico de este comentario, destacamos el voto del ministro Maqueda. Preciso, coherente y sobre todo, ajustado a derecho.

VI REFERENCIAS

[1] SC M 368, L. V

[2] Convención Constituyente, Diario de Sesiones, 22ª Reunión- 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 2 de agosto de 1994, p. 2829.

[3] Convención Constituyente, Diario de Sesiones, 23ª Reunión-3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 3 de agosto de 1994, p. 3112.



[4] Reseña muy ilustrativa es la que realiza ANDRES GIL DOMINGUEZ a propósito de la voluntad del constituyente, Ver en Under Constitucional, El fallo muro de la Corte Suprema, los Rosattis y los Maquedas, 18/02/07.

[5] BASCH FERNANDO, Sobre la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana y la necesidad de conformar una verdadera comunidad internacional de principios, borrador del trabajo presentado en las Jornadas Una Constitución para el Nuevo Siglo, Mayo 2010, Facultad de Derecho, UBA.

[6] MIDON MARIO A..R., Control de Convencionalidad, pág. 41, Astrea, Buenos Aires 2016.

[7] PESCATORE, PIERRE, El aporte del derecho Comunitario al Derecho Internacional Público, pág. 501, París, 1970.

[8] GONZALEZ VEGA JAVIER A. Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la Interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual, Revista Española de Derecho, N° LVI, pág. 178, Enero 2004.

[9] BARBOSA DELGADO FRANCISCO R. El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

[10] SAGÜÉS NESTOR PEDRO, La interpretación judicial de la Constitución, pág. 222, 2° edición, Lexis Nexis, Buenos Aires 2006

[11] Fallos 12:134

[12] Fallos 315:1492.



NUM CONTEXTO MUNDIAL DE UNILATERALISMOS EXACERBADOS, SERIA POSSÍVEL UMA CORTE CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL?¹

IN A WORLD CONTEXT OF EXACERBATED UNILATERALISM, WOULD AN
INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL COURT BE POSSIBLE?

Alexandre Coutinho Pagliarini²

Resumo

Este artigo científico trata do assunto Tribunal Constitucional Internacional. Na Introdução, são expostos os pressupostos constitucionais e internacionais que evidenciam ser possível a criação do referido Tribunal. No desenvolvimento do texto, primeiramente é exposta a doutrina internacionalista pura, sobretudo assentada no pensamento de Hans Kelsen; num segundo momento, os Direitos Humanos são apresentados como substrato material para sustentar o Tribunal a ser criado; na sequência, prova-se que o Tribunal aqui estudado também se ocuparia de controlar a “constitucionalidade internacional” de uma nova ONU.

Palavras-chave: Tribunal Constitucional Internacional. Direitos Humanos. Nova ONU. Controle da Internacional Constitucionalidade.

Abstract

This paper is about the International Constitutional Court. It espouses in its introduction the constitutional and international reasons that indicate the possibility of creation of the reported Court. In the development of this paper, we firstly expouse a pure internationalist doctrine, above all based on the thought of Hans Kelsen; therefore, Human Rights are presented as being the material substrate to sustain the Court to be created; in the wake, we prove that the Court here studied would also occupy itself on the matter of the control of an “international constitutionality” to meet a new UN.

Keywords: International Constitutional Court. Human Rights. New UN. Control of the International Constitutionality.

Sumário: I. Introdução. II. Desenvolvimento de um rol de justificativas em prol do Tribunal Constitucional Internacional. (a) A doutrina internacionalista pura (o DIP na Comunidade Internacional). (b) Os Direitos Humanos Internacionais como normas constitucionais universais (Globais, Mundiais, Internacionais e/ou supranacionais). (c)

¹ Artigo submetido em 29/02/2016, pareceres de análise em 15/05/2017, 23/08/2017 e 29/08/2017, aprovação comunicada em 30/08/2017.

² Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor do Mestrado e da Graduação em Direito da Uninter (Curitiba, Paraná, Brasil). E-mail: <alexandrepagliarini@terra.com.br>.



O Tribunal Constitucional Internacional como instrumental de controle de Constitucionalidade (Internacional) das normas estruturantes da Comunidade Jurídica Internacional, mais especificamente das Nações Unidas (ONU). III. Conclusões. IV. Bibliografia Referencial.

I INTRODUÇÃO

Há de se compreender que a Constituição, nascida do exercício do poder constituinte (que não é um poder jurídico), é um instrumento normativo rígido; isso lhe garante supremacia. Os norte-americanos deram início à ideia sistematizada (e implantada) de controle de constitucionalidade, chamando este sistema de difuso (incidental ou concreto). Já os europeus, mediante influência filosófica kantiana (KANT, 2008, p. 96) (e até socrática (SÓCRATES, *In*: PLATÃO, 2011, p. 38), na antiguidade), sobretudo por meio do trabalho de Hans Kelsen, implantaram os tribunais propriamente – e exclusivamente – constitucionais para exercer o que se chama de controle abstrato (direto ou concentrado) de constitucionalidade. Por sua vez, a evolução da experiência brasileira de controle de constitucionalidade levou este país a adotar um modelo híbrido (ou misto), influenciado tanto pelos Estados Unidos quanto pela Europa, sendo certo que na atualidade o papel do Supremo Tribunal Federal (a “Corte Constitucional” brasileira) se revela mais impactante pela forma concentrada de defesa da Constituição.

Quando se fez constar a expressão *poder jurídico* no início do parágrafo anterior, quis-se dizer o seguinte: o poder constituinte originário não é um poder que se refira as coisas postas, existentes, mas sim a um poder constituinte formador de uma nova realidade que ele irá estruturar – a Comunidade Política (nacional ou internacional) – e nela definir e garantir Direitos Fundamentais. Isso significa que o poder constituinte originário não se confunde com o Poder Legislativo, nem com o Executivo, nem com o Judiciário, e nem com qualquer outra estrutura estatal posta (existente). Trata-se ele – o poder constituinte originário – de uma latência social (sociológica), política, econômica e até da conjuntura internacional; é por isso que nenhuma das 192 Constituições escritas do mundo (excetuando-se a da Inglaterra, que é consuetudinária) prevê em seu texto o exercício do poder constituinte originário, mesmo porque este jamais poderia ser limitado por qualquer poder jurídico preexistente, nem pela Constituição anterior que ele – o Poder Constituinte originário – vai derrogar. É por isso que o poder constituinte originário não é um



poder jurídico, mas sim um poder *sócio-econômico-político*, includente, nos dias atuais, daquilo que Canotilho (2005, p. 343-352) chama de “(...) poder constituinte includente da *International Community*”.

Para os que defendem a lógica jurídica da Teoria Monista do Direito, então as normas internacionais não de ser superiores hierarquicamente às normas nacionais, e para assim se pensar há respaldo nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. E, de fato, foi com base na ideia de supremacia das normas internacionais (de Direito Internacional Público – DIP) que se multiplicaram nos séculos XX e XXI Tribunais Internacionais Permanentes e Organizações Internacionais (O.I.).

Especificamente no que tange à União Europeia, positivou-se, a partir das Comunidades, um Direito superior aos Direitos nacionais, chamado Direito Comunitário, que, tanto para a formação da atual União Europeia quanto para nela garantir os Direitos Fundamentais, encontrou respaldo em atuações decisivas da Corte de Luxemburgo e da Corte de Estrasburgo. Em favor dos Direitos Humanos – e em escala mundial –, não se espera atuação diferente do Tribunal Penal Internacional (TPI) e do Conselho de Segurança das Nações Unidas (ONU), principalmente em tempos de terrorismo(s). De facto, o que ocorre na União Europeia é a verificação não só de um Direito Comunitário europeu, mas, sim, de um verdadeiro **Direito Constitucional Material (Substancial) Supranacional Europeu**, e prova disso é o Tratado de Lisboa – mesmo que *ainda* não haja uma Constituição formal para o bloco supranacional chamado União Europeia. Friso e grito: sim, o Tratado de Lisboa é uma Constituição material europeia!

Se há um aspecto que chama a atenção da Teoria Crítica do Direito, este aspecto é o fato de que o que era globalização só econômica se tornou também globalização política e jurídica, sendo por esta razão que se percebe debutante um verdadeiro Direito da Pós-Modernidade, o Direito Constitucional Internacional que privilegia sobretudo as normas de Direitos Humanos, mesmo aquelas contidas em “meras” Declarações (não advindas de tratados internacionais em que se tenha manifestado o consentimento expresso dos Estados, a *pacta sunt servanda*), resultando isso do que podemos chamar de “Mundo Novo” e implicando isso não só na superação dos alicerces do Estado-nação mas na multiplicação de organismos judiciários (ou decisórios) supranacionais (na União Europeia) e internacionais (no



mundo todo). Isso sim pode ser entendido como *neoconstitucionalismo* ou *neointernacionalismo* e uma *neojurisdição* é esperada – e, de certo modo já se vê presente – para operacionalizar a supremacia da Constituição (quando for o caso) e a do novo Direito Internacional.

Em termos nacionais, o que tem garantido a supremacia da Carta Magna no território nacional, pragmaticamente falando, é o ter sido previsto em seu texto original a rigidez no processo de modificação (reforma) das normas constitucionais – ou seja, a maior dificuldade de se exercer o poder constituinte derivado em relação ao que se pratica no processo legislativo ordinário. Já numa perspectiva de Direito Constitucional Internacional, é certo que a Constituição Internacional (ou um Tratado Constitucional Internacional) teria a sua supremacia garantida pelo próprio tratado, ao ser constituído pelos Estados soberanos ratificadores do texto.

Adverte-se, desde já – nesta Introdução –, que não cabe neste escrito discutir temas já vistos como ultrapassados pelos autores europeus e pelos *bons* pensadores dos países protagonistas do Novo Mundo, razão pela qual aqui não há espaço para procedimentalismos, substancialismos, teorias aderentes ao Realismo Jurídico (*versus* democracia) ou às estéreis discussões sobre a judicialização da política ou acerca dos “Direitos Civis Constitucionais e congêneres”. De fato, a noção que se quer passar aqui é a de uma Teoria Crítica que percebe o Direito como um instrumento de modificação não adstrito às fronteiras das normas estatais-nacionais.

II DESENVOLVIMENTO DE UM ROL DE JUSTIFICATIVAS EM PROL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

(A) A DOUTRINA INTERNACIONALISTA PURA (O DIP NA COMUNIDADE INTERNACIONAL)

Um juiz de uma Corte Permanente Internacional, ao julgar, por exemplo, um litígio entre Estados soberanos, deve aplicar o DIP, e não o direito do Estado “x”, nem o do “y”. Numa comparação, é como age um ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro: em caso de conflito de normas de dois Estados da federação brasileira (Minas Gerais *versus* Paraná), ele deverá aplicar a Constituição e usá-la para resolver o impasse; aliás, para Sua Excelência, sempre a Constituição será o



nexo de validade de todas as outras normas jurídicas produzidas domesticamente. No sentido acima exposto, o DIP sempre terá preponderância hierárquica sobre os direitos nacionais; e tal afirmação, para um internacionalista, é absolutamente provida de lógica; caso contrário, não se terá DIP (ou seja, o DIP não poderá ser considerado como Direito) e não mais serão necessários juízes internacionais, nem as suas respectivas Cortes permanentes. Neste sentido, nas próximas linhas, interessante será entender as lições de Kelsen.

De fato, para Hans Kelsen, o DIP é Direito (ou seja, é um sistema normativo jurídico!), isto porque existe a sanção, ou seja: um ato de força socialmente organizado e autorizado oficialmente pela Comunidade Internacional, ato este que se explicita na represália ou na guerra, significando isto que na hipótese de um Estado ver os seus interesses (Direitos) ofendidos por um outro Estado, o Estado ofendido poderá criar uma situação que, em condições normais, não seria permitida, reagindo, portanto, à violação provocada por este outro Estado. Para o austríaco, a violação dos interesses entre os Estados constitui-se em delito internacional – não se devendo compreender aqui a palavra interesse egoisticamente, mas devendo-se, sim, ler, “interesses entre Estados” como expressão sinônima de Direitos estabelecidos entre Estados e de algum modo violados. A reação ao delito é uma sanção, e a sua aplicação é feita pelo próprio Estado ofendido, por *ainda* faltar na Comunidade Internacional um órgão que seja encarregado dessa tarefa, como os existentes nas ordens jurídicas nacionais. Caso estejam Estados litigantes, entretanto, inseridos no *sistema* de uma mesma ordem jurídica – num Tribunal Internacional ou numa Organização Internacional – poder-se-á vislumbrar a aplicação da sanção pelo terceiro ente (o Tribunal Internacional ou a Organização Internacional), e não pelo Estado cujo direito fora violado. Mas a regra é *ainda* a da falta de centralidade na Comunidade Internacional, isto por conta da inaplicabilidade do conceito de soberania estatal para o DIP. ***E é justamente esta falta de centralidade que se verifica na Comunidade Internacional que começa a justificar, aqui neste artigo, a criação de um Tribunal Constitucional Internacional.***

Lembre-se que, quanto à soberania, entendia realmente Kelsen que era um conceito que, se existisse, só poderia se aplicar ao Direito Internacional Público, e não às dezenas de ordens jurídicas nacionais: ora, de facto, se *soberania* quer dizer



poder total, então é de se perguntar: como pode no mundo haver 193 poderes totais (193 é o número correspondente ao de Estados filiados à ONU)?

O DIP, então, é uma ordem normativa das condutas humanas, obrigando pessoas, mediata ou imediatamente. Porém, os destinatários imediatos das normas de DIP são só os sujeitos clássicos de DIP (Estados e Organizações Internacionais); os indivíduos são destinatários mediatos, em regra. Kelsen percebe que não há uma centralização da criação e da aplicação do direito na Ordem Jurídica Internacional. Trata-se o DIP, segundo ele, de uma ordem jurídica primitiva, cujo último estágio de evolução tende para a formação de um Estado mundial, nos moldes dos Estados nacionais contemporâneos; a outra saída kelseniana seria a de um mundo sem Estados nacionais; de um modo ou de outro, daí sim falar-se-ia em soberania com rigor científico!

De qualquer modo, conclui Kelsen que o DIP é superior hierarquicamente aos direitos nacionais, razão pela qual se lhe dá a coroa de “rei do Monismo Jurídico”, com o DIP no topo de uma só (daí o monismo) ordem jurídica chamada Direito. Efetivamente, a tendência, até dos governos que ratificaram a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, é a de começarem abrir as suas soberanas portas para o entendimento de que o DIP é superior e deve ser aplicado, implementando-se, assim, maior centralidade ao DIP, e fugindo-se, destarte, do primitivismo denunciado cientificamente por Kelsen. Tal tendência é o que se depreende do preâmbulo da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, quando: 1) reconhece a importância cada vez maior dos tratados como fonte do direito internacional e como meio de desenvolver a cooperação pacífica entre as Nações, quaisquer que sejam os seus regimes constitucionais e sociais; 2) constata que os princípios do livre consentimento e da boa-fé e a regra *pacta sunt servanda* são universais; 3) proclama o respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais; 4) afirma que as regras do Direito Internacional Consuetudinário continuarão a reger as questões não reguladas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Sobre o Direito Consuetudinário Internacional, quando foi professor da Universidade de Genebra (*Institut de Droit International*), Kelsen explicou de forma contundentemente clara que a “sua” Norma Hipotética Fundamental era, na realidade, o *Droit Coutumier International* (Direito Costumeiro Internacional).



Por fim, aos olhos do DIP, para afirmar a superioridade deste sobre os direitos nacionais, assim estatuíram os seguintes dispositivos da Convenção acima comentada:

“Artigo 26.º- Pacta sunt servanda: Todo o tratado em vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa-fé.

Artigo 27.º- Direito interno e observância dos tratados: Uma Parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o incumprimento de um tratado”.

(B) OS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS COMO NORMAS CONSTITUCIONAIS UNIVERSAIS (GLOBAIS, MUNDIAIS, INTERNACIONAIS E/OU SUPRANACIONAIS)

São várias as razões que induzem os estudiosos de mente aberta a não terem dúvidas sobre a hierarquia constitucional das Declarações e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Enumeremo-las:

1ª RAZÃO – a partir da consideração de que a Constituição nasceu, por escrito e formalmente, no final do século XVIII para cumprir a função de estruturar o Estado e a de proclamar e garantir Direitos Fundamentais, só se pode inferir que normas de Direitos Humanos são normas materialmente constitucionais.

2ª RAZÃO – Se se tomar por exemplo e modelo a realidade constitucional brasileira, o Preâmbulo da Carta Magna em vigor (desde 1988) fala em

“(...) assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna (...).”

Sim, aqui estamos a imprimir força normativa ao Preâmbulo de qualquer Constituição pelo simples fato de que sempre exprime a que veio o país!

Isto significa que, antes de tudo, o Brasil do constituinte de 1988 é um país que deve primar pela observância ampla dos Direitos Fundamentais. Complementam e concretizam o que aqui é dito os artigos 1º, II, III e IV; 3º, IV; 5º, §1º; 6º; 7º; 8º; 9º; 10º; 11; 12; 13; 14; 15, dentre vários outros mais específicos plasmados formalmente na Carta. No que tange às relações internacionais do Brasil,



quis a Assembleia Nacional Constituinte que este país fosse regido, dentre outros princípios, pelo da prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, II); *prevalência... frise-se!*

Ainda no desenvolver deste tópico pontual sobre a Constituição brasileira, desejamos aqui apelidar o §2º do art. 5º de “janela aberta” para a prevalência dos Direitos Humanos e para a introdução de normas desta espécie no ordenamento jurídico “tupiniquim”. Através da interpretação desta normativa, infere-se que o constituinte brasileiro de 1988, humildemente, não desejou fechar o elenco de Direitos Fundamentais somente nos setenta e oito incisos casuísticos do artigo quinto. Deixou, destarte, a “janela aberta” para que também se pudesse considerar como normas de Direitos Humanos as provenientes de princípios constitucionais **e de tratados internacionais**. Isto significa que a Constituição brasileira criou três edifícios de peso Constitucional para a construção dos Direitos Humanos com a mesma estatura e a mesma eficácia de seu próprio texto formalmente escrito.

No Brasil, os três edifícios constitucionais de Direitos Humanos são:

- (a) aqueles elencados enumeradamente na Carta;
- (b) os que os intérpretes da Constituição apontarem como decorrentes de princípios constitucionais de Direitos Humanos;
- (c) os que forem formalizados em tratados internacionais de que o Brasil fizer parte.

Em análise fria e que privilegia os Direitos Humanos (sejam ele internacionais, ou não), neste estudo pontual sobre a Constituição brasileira se pode afirmar que a Emenda Constitucional (EC) 45 é inconstitucional! Isto porque criou uma dificuldade para os tratados internacionais de Direitos Humanos. A partir da referida emenda, tais tratados passaram a dever tramitar no Congresso Nacional como se emendas constitucionais fossem, e, como é sabido, antes da EC/45, os tratados internacionais tramitavam pelo Congresso necessitando de maioria simples em sua votação única. Ora, criar um caminho – como criou a EC/45 – que dificulte a caracterização e a execução de normas de Direitos Humanos, num país de democracia tardia, é, para além da ignorância, má vontade e violação explícita ao preexistente art. 60, §4º, que, em português claro, prescreve que não deve ser objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir (ou a diminuir o grau de abrangência dos) os Direitos Fundamentais. Entretanto, a EC/45 criou norma



formalmente constitucional, e, enquanto não for derrubada pela Corte Suprema (o STF brasileiro), deve ser aplicada.

Daí, pergunta-se: e os tratados de Direitos Humanos que o Brasil ratificou antes da emenda em tela? A resposta é: são normas materialmente constitucionais, do mesmo modo, por tratarem-se de normas de Direitos Humanos; são normas que, na época, seguiram o trâmite que existia (ato jurídico perfeito), o mesmo da votação da lei ordinária, sendo, portanto, tais tratados, perfeitamente aceitáveis como normas de Direitos Humanos de força constitucional porque, apesar de naquele tempo serem votados no Congresso como leis ordinárias, na realidade – em sua substância material – veiculavam já aqueles tratados normas materialmente constitucionais por serem tratados de Direitos Humanos.

A afirmação é peremptória: tratados internacionais de Direitos Humanos têm hierarquia constitucional no sistema jurídico brasileiro pelas razões acima expostas.

(C) O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTAL DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (INTERNACIONAL) DAS NORMAS ESTRUTURANTES DA COMUNIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL, MAIS ESPECIFICAMENTE DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU)

É certo – e assim ficou demonstrado acima – que os Direitos Humanos se constituíam num dos dois pilares da atuação de um futuro Tribunal Constitucional Internacional, isso porque as normas de Direitos Humanos fazem parte do constitucionalismo moderno desde o advento da Constituição escrita nos fins do século XVIII, assim como têm sido os Direitos Humanos Fundamentais tema recorrente do Direito Internacional Público. Daí, pergunta-se: ora, se os Direitos Humanos são um dos dois pilares do constitucionalismo internacional, ***qual seria o outro pilar?***

Em resposta à pergunta acima lançada, assumimos que o segundo papel (ou pilar) do Direito Constitucional Internacional deve ser o de estruturar o mundo por intermédio da recriação da Organização das Nações Unidas (ONU). E como se reestruturaria a ONU? A resposta é: pela democracia representativa! E do seguinte modo: cada um dos 193 Estados soberanos hoje existentes no mundo teria dois âmbitos de representação na ONU, quais sejam: (i) um equivalente ao Senado de



um Estado federal – como o Brasil –, com, por exemplo, dois ou três representantes, independentemente da sua densidade populacional, de modo que China e Paraguai teriam o mesmo número de representantes destes dois Estados; (ii) outro representativo do povo de cada um dos 193 Estados soberanos hoje existentes na Comunidade Internacional, proporcional ao número de eleitores de cada um desses países, estabelecendo-se, evidentemente, um número máximo e um número mínimo de representantes.

Do modo sucintamente descrito no parágrafo anterior, ter-se-ia um órgão político internacional (a ONU) reestruturado e democrático, e isso, indubitavelmente, seria substrato material para a criação efetiva de um Tribunal Constitucional Internacional que, por funções, seria a Corte Mundial de controle de constitucionalidade das normas estruturantes da nova ONU (a verdadeira e reformulada *Cosmópolis*) e das normas internacionais de Direitos Humanos, todas elas – as normas estruturantes e as de Direitos humanos – superiores hierarquicamente às normas domésticas dos 193 países-membros da ONU.

III CONCLUSÕES

A globalização era só econômica; mas, há tempos, ela se tornou também globalização política e jurídica, sendo por esta razão que se percebe debutante um verdadeiro Direito da Pós-Modernidade, o **Direito Constitucional Internacional**; daí a necessidade de um **Tribunal Constitucional Internacional**, o qual que seria (i) o guardião da estrutura da *Cosmópolis* ONU e que (ii) privilegiaria, essencialmente, as normas de Direitos Humanos, mesmo aquelas contidas em Declarações (não advindas de tratados internacionais, *soft law...???*). Resulta tal possibilidade jurídica do *admirável* “Mundo Novo” e implica isso não só na superação dos alicerces do Estado-nação, mas na multiplicação de organismos judiciários (ou decisórios) supranacionais (na União Europeia) e internacionais (no mundo todo, neste caso pelas mãos da ONU).

Fica apresentado aos leitores deste livro o que hodiernamente pode – com trunfos científicos! – ser entendido como *Neoconstitucionalismo* ou *Neointernacionalismo*, e uma *Neojurisdição* é esperada e já se vê presente – para operacionalizar a supremacia do Direito Constitucional Internacional.



À guisa de conclusão, afirmamos que o Direito Internacional deve se mostrar como um Direito superior – e isto deve ser garantido pelos Tribunais Internacionais e aceito pelos Estados! –, senão ele (o DIP) sempre estará sujeito aos unilateralismos das Constituições e dos Estados.

De toda sorte, ambos – Direito Internacional e Direito Constitucional – muito mais se aproximam na TGD (Teoria Geral do Direito) do que se afastam, e disso não temos dúvida uma vez que **ambos organizam ora a Polis, ora a Cosmópolis, e na polis (ou na Cosmópolis) definem e garantem Direitos Humanos.**

Há que se tomar posição: portanto, opinamos pela superioridade hierárquica do Direito Constitucional Internacional, e oxalá seja ela garantida pelas jurisdições! Gritamos, outrossim por imediatas conversações convergentes para a criação do **Tribunal Constitucional Internacional**, Corte esta que – repita-se! – cumpriria dois papéis: 1º- ela seria a guardiã dos Direitos Fundamentais internacionais; 2º- ela seria a guardiã de uma nova e reestruturada ONU (*Cosmópolis*).

IV BIBLIOGRAFIA REFERENCIAL

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Revista de História das Ideias**. Universidade de Coimbra: 2005, V. 26.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole – O que a globalização está fazendo de nós**. Rio de Janeiro: Record, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Après l'État Nation**. Paris: Fayard, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2001.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. São Paulo: L&PM, 2008.

LEBEN, Charles. **Hans Kelsen: écrits français de droit international**. Paris: PUF, 2001.

MACHADO, Jónatas, E. M. **Direito internacional do paradigma clássico ao pós-11 de setembro**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan. **Cooperação jurídica internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.



PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI.**

Tradução: Alexandre Coutinho Pagliarini. Prefácio: Jorge Miranda: Apresentação: Francisco Rezek. São Paulo: Saraiva, 2014.

SÓCRATES. In: PLATÃO. **Apologia de Sócrates.** São Paulo: Saraiva, 2011.



DIREITOS HUMANOS, CULTURA E PODER: UM ESTUDO SOBRE POSSÍVEIS INFLUÊNCIAS DA IDEOLOGIA NEOLIBERAL NA COMPREENSÃO DO DIREITO E NA CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO¹

HUMAN RIGHTS, CULTURE AND POWER: A STUDY ON POSSIBLE
INFLUENCES OF NEOLIBERAL IDEOLOGY IN THE
COMPREHENSION OF LAW AND CONSTITUTION FULFILLMENT

Marco Aurélio Rubick da Silva²

Resumo

Este estudo tem por objetivo compreender o que se convencionou a chamar de neoliberalismo, entendendo-o como um aspecto da globalização, e identificar qual a relação entre suas expressões de poder, a *psique* das pessoas e a(s) cultura(s) de uma sociedade, considerada uma construção histórica, mas que não deixa de incorporar, de tempos em tempos, determinados elementos. A partir daí, tenta-se relacionar o neoliberalismo a alguns dos problemas sociais atualmente constatados, bem como verificar a sua possível influência no descumprimento da Constituição sob distintas perspectivas, ressaltando-se a importância do equilíbrio entre as matrizes social e liberal para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Neoliberalismo; Direitos Humanos. Concretização de Direitos. Exclusão Social. Cultura.

Abstract

This study aims to understand what is conventionally called neoliberalism, understood as an aspect of globalization, and to identify what is the relation between their expressions of power, the psyche of the people and the culture of a community as a historic construct that does not cease to incorporate, from time to time, certain elements. Since then, attempts to relate neoliberalism to some of the social problems currently observed and verify their possible influence in breach of the Constitution under different perspectives, underscoring the importance of balance between the social and liberal mold to give concretion of Democratic Rule of Law.

¹ Artigo submetido em 25/04/2015, pareceres de análise em 25/05/2015 e 27/05/2015, aprovação comunicada em 27/10/2016.

² Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau - FURB. Pesquisador Associado à Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Integrante do Grupo de Estudos da ABDConst/FURB no projeto "O Patrimônio Comum do Constitucionalismo Democrático e a Contribuição da América Latina". *E-mail:* <marcoaurelio.dir@gmail.com>



Keywords: Neo-liberalism. Human Rights. Rights Fulfillment. Social Exclusion. Culture.

Sumário: I. Introdução. II. A Ideologia Neoliberal. III. Cultura, Moral e Neoliberalismo: Complexidade Em Construção. IV. Constituição, Problemas Sociais e Proteção aos Direitos Humanos. V. Conclusão: Equilíbrio Entre as Matrizes Social e Liberal para a Consolidação do Estado Democrático de Direito. VI. Referências.

I INTRODUÇÃO

Com o advento da globalização foram identificadas profundas alterações em diversos campos, como o filosófico, tecnológico econômico e cultural. Essas alterações influenciam sobremaneira a forma com a qual os sistemas sociais são vistos e operados. A partir daí, e em conjunto com alguns fatos e tendências verificados no âmbito econômico, alguns autores têm discutido sobre um possível aspecto ideológico ligado às alterações, o que denominam de neoliberalismo, que se fundaria na defesa da liberdade total do mercado, que deve se autorregular sem qualquer intervenção do Estado.

Diante disso, torna-se importante a compreensão de tal fenômeno, de modo a discutir se tais mudanças corresponderiam ao que alguns afirmam ser a consolidação do neoliberalismo na sociedade contemporânea, ou se as alterações na forma de pensar os sistemas, inclusive o direito, seriam decorrência de um caminho natural pautado pela própria evolução da sociedade e pela complexidade atual.

Para tanto, alguns aspectos relacionados à cultura precisam ser considerados, porquanto ao concebê-la como um fenômeno historicamente construído, mas que nunca deixa de agregar elementos em razão de interações das mais diversas ordens e ao aceitar a existência de uma ideologia neoliberal operante na contemporaneidade, refletindo determinados valores através de mecanismos próprios de expressão de poder, faz-se possível a afirmação de que esses valores poderiam ser culturalmente incorporados, passando a fazer parte da própria subjetividade dos indivíduos e expressando aspectos da própria identidade de uma sociedade.

Nesse contexto se insere a discussão acerca das expressões de poder que poderiam ser ligadas ao mercado. Com a introjeção na *psique* das pessoas da



perspectiva de que o seu desenvolvimento no meio social é diretamente ligado ao poder de consumo disponível, haveria a expressão do poder condicionado, que seduziria o indivíduo e faria crer que o consumo é quase uma necessidade biológica. A introjeção dos valores caros ao neoliberalismo faria alterar o modo de se pensar os próprios sistemas sociais, como o da política e o do direito. A consciência do indivíduo poderia, de certa forma, ser manipulada com uma enxurrada de informações que, persuadindo-o a seguir e a valorizar um determinado modo de vida, projetaria em sua consciência elementos que, após processos mentais, inserir-se-iam em sua personalidade e orientariam a forma através da qual os sistemas são vistos e conduzidos.

A partir disso, alguns autores relacionam o neoliberalismo com o agravamento de determinados problemas sociais, como o desemprego, a desigualdade na distribuição de renda, a precariedade de serviços públicos, a exclusão social dos indivíduos não detentores de capital ou não inseridos na lógica de mercado e o aumento na criminalidade, razão por que deve se tentar compreender, partindo-se de aspectos que normalmente são ligados neoliberalismo, qual a possível relação entre essa ideologia e alguns dos problemas atualmente verificados na sociedade e com o cumprimento (ou não) da Constituição da República.

II A IDEOLOGIA NEOLIBERAL

Como uma decorrência da globalização (em seu aspecto econômico) o neoliberalismo, segundo Noam Chomsky, indica um sistema de princípios que, ao mesmo tempo em que é novo, baseia-se em ideias clássicas do liberalismo de Adam Smith³. Sugere-se, com ele, um respeito a uma ordem global orientada para o mercado, traçado pelos Estados Unidos e por instituições financeiras internacionais que é implementada de diversas formas, como programas de ajustes estruturais e geralmente em sociedades mais vulneráveis. Afirma que resumidamente as suas

³ Um aspecto interessante do conceito de Chomsky é o de ressaltar um forte vínculo entre as ideias inseridas no que se chama de neoliberalismo e os princípios desenvolvidos e aplicados durante o período do liberalismo clássico, que influenciou inclusive movimentos constitucionais e moldou uma estrita separação entre sociedade e Estado (este mínimo), prestigiando a autonomia privada, o mérito e a igualdade meramente formal entre as pessoas.



regras básicas são a liberalização do mercado e do sistema financeiro, fixação de preços pelo mercado, fim da inflação e privatizações, devendo os governos ficar afastados (CHOMSKY, 2002, p. 9).

Após a Segunda Guerra Mundial e com o advento de taxas de crescimento econômico extremamente elevadas e a constatação de níveis aceitáveis de desemprego, sem pressões inflacionistas preocupantes, houve o convencimento de que os vícios atribuídos por Keynes ao capitalismo (desemprego involuntário e desigualdades acentuadas) haviam sido superados. Com isso, no início da década de 70 a Administração Nixon rompeu unilateralmente o compromisso assumido em Bretton Woods (quanto à convertibilidade do dólar em ouro), e passou a adotar o regime dos câmbios flutuantes⁴. Foi o início de uma contrarrevolução monetarista, que se efetivou com a imposição dos dogmas neoliberais como uma ideologia de pensamento único (NUNES, 2012, p. 19-20), pautado em um “Estado mínimo” e em “desenvolvimento”, desconsiderando as propostas de Keynes quanto à unificação monetária com uma moeda não vinculada a qualquer Estado específico – o *Bankor* – e com um sistema monetário governado por instituições internacionais independentes (AMIRANTE, 2008, p. 65-66).

A ideologia neoliberal difundida através da globalização se traduz essencialmente na criação de um mercado mundial unificado, sem a existência de qualquer barreira física ou legal para que se possa circular todo o tipo de produto, inclusive os financeiros (capitais e tecnologia), permitindo a grandes conglomerados transnacionais colocar dinheiro e pedir dinheiro emprestado em qualquer parte do mundo, seguindo as características da desintermediação (os lucros são maximizados sem intermediadores e acesso direto a financiamentos), descompartimentação (abolição de fronteiras) e desregulamentação (liberalização de movimento dos capitais). Além disso, relaciona-se ao esvaziamento do papel do Estado na economia, com a diminuição do Estado nacional e aposta na utilização de aparelhos ideológicos como instrumento de domínio da sociedade, a ideia do pensamento único, de uma ideia de que o desenvolvimento é medido a partir de padrões de consumo e a felicidade do indivíduo também seguiria esses padrões (NUNES, 2003, p. 68-74).

⁴ As taxas de câmbio (meios de pagamento internacionais) escapavam do controle de autoridades nacionais ou internacionais e ficavam na dependência do próprio mercado (especuladores).



Os professores Souza Neto e Daniel Sarmento, ao tratarem da crise do Estado Social, destacam:

A globalização realizou-se sob a influência do pensamento neoliberal, que preconiza a redução do tamanho do Estado, a desregulação econômica e a restrição dos gastos sociais. Até pouco tempo atrás, os Estados que não seguiam esta fórmula – apelidada de “Consenso de Washington” – eram criticados por agências internacionais, como o FMI e o Banco Mundial, que lhes negavam crédito, sinalizando para que os investidores internacionais também os abandonassem. (SOUZA NETO, 2016, p. 85).

E complementam:

De fato, a partir da década de 1980, começa a se tornarem hegemônicas propostas de retorno ao modelo de Estado que praticamente não intervinha na esfera econômica. Sob o estímulo da globalização da economia, se inicia um processo de reforma do Estado que alcança escala mundial. Reduzem-se barreiras alfandegárias e não alfandegárias ao comércio internacional e ao fluxo de capitais. Os Estados diminuem ou eliminam a proteção que reservavam à empresa nacional. Desterritorializa-se o processo produtivo. A nova dinâmica da produção global estimula os Estados a flexibilizarem suas relações de trabalho, com o intuito de atrair investimento produtivo e de alcançar a maior competitividade do mercado global. (SOUZA NETO, 2016, p. 85).

Alguns estudiosos indicam que um dos mais nefastos efeitos dessa substancial alteração no campo econômico é a hegemonia do capital financeiro sobre o capital produtivo. O capital financeiro foi criado como um instrumento de gestão de riscos quanto à instabilidade de taxas de juros e de câmbio e corresponde a produtos virtuais, cujo valor global equivaleria a vinte anos da produção mundial (NUNES, 2013, p. 125-126).

O capital financeiro não tem qualquer relação com economia real ou atividades produtivas (que criam riquezas), mas é fictício, e o valor é fixado em razão dos ganhos que os apostadores preveem que podem obter, chamando para si uma parte da riqueza efetivamente criada pela economia real. Esses produtos fictícios servem tão somente para se ganhar dinheiro com especulação. O grande problema é que como se torna mais atrativo e seguro investir no capital financeiro (que atrai bancos, seguradoras, grandes empresas e outros expressivos investidores) o capital produtivo – o que gera a riqueza real – fica com um investimento mais diminuto.

Nessa perspectiva, o professor Avelãs Nunes, considerando o maciço investimento no capital financeiro, destaca:



Em última instância, a lógica do capital financeiro privilegia a obtenção de lucros da especulação a curto prazo e desvaloriza os planos de investimento a médio e longo prazos, ficando em causa o financiamento adequado do investimento produtivo e da inovação, com a conseqüente menor criação de emprego e maior pressão para cortar nos custos salariais, na tentativa de compensar o aumento dos encargos financeiros das empresas. (NUNES, 2013, p. 43)

Dessa maneira, o neoliberalismo pode ser considerado um reflexo da própria globalização e que também a instrumentaliza para difundir os seus preceitos. Está a promover profundas alterações operadas em alguns aspectos, como o cultural, social, político e econômico (especialmente neste) e reverbera, através de mecanismos próprios, que ainda serão analisados, alterações de valores na própria *psique* das pessoas, que, por conseqüência, acabam por influenciar em outros sistemas, como o sistema político e o próprio sistema do direito. Por ser decorrência da globalização e influenciar diversos campos, a complexidade ligada a esse fenômeno acaba por gerar também complexas conseqüências.

III CULTURA, MORAL E NEOLIBERALISMO: COMPLEXIDADE EM CONSTRUÇÃO

A importância de se analisar a relação entre o chamado neoliberalismo, a cultura e a moral decorre da extensão das influências exercidas por essa ideologia e da necessidade de se indagar através de que forma determinados valores são introjetados na *psique* das pessoas, que passam a decidir e a agir com base nesses novos elementos e, por conseqüência, passam a alterar os sistemas em que estão inseridas.

Cultura é um daqueles termos difíceis de conceituar, cujas palavras parecem não ser suficientes para expressar a amplitude e complexidade relacionadas a ele. No entanto, pretende-se neste estudo identificar a cultura como um fenômeno historicamente construído pela sociedade, mas que permanece agregando determinados elementos a partir das expressões e evoluções da própria sociedade correspondente.

Para Miguel Reale, cultura é o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, seja para modificá-la, seja para modificar a si mesmo. É o conjunto de utensílios e instrumentos, das



obras e serviços, também das atitudes espirituais e formas de comportamento que o homem veio formando e aperfeiçoando (REALE, 2004, p. 25-26).

Ela pode ser referida localmente, regionalmente, nacionalmente, pode se referir a determinado período histórico, ou mesmo à civilização como um todo. É relativa. Tudo dependerá da especificação do próprio objeto e dos elementos a serem considerados. Assim, diversos contextos culturais podem ser identificados, dependendo da perspectiva que é adotada.

Fala-se, por isso, de cultura jurídica, de cultura da improbidade, da cultura do jeitinho. Também é por isso que se identificam alguns alimentos e festas como expressões culturais de determinada localidade, ou o futebol e o carnaval como culturalmente associados ao Brasil.

Além disso, essa construção social, que interage com aspectos geográficos, históricos, econômicos, é qualificada pelos próprios indivíduos, que a caracterizam por suas práticas, modos de vida e potencialidades.

Assim, sabe-se que diversas culturas podem coexistir em um mesmo espaço, podendo haver interações entre elas (multiculturalismo/interculturalismo) e, posteriormente, qualificar as especificidades desse fenômeno como novas expressões culturais.

É importante destacar, ainda, que o termo cultura quer traduzir algo mais amplo do que apenas as expressões artísticas, expressões de *modus vivendi*, de manifestações literárias etc. O termo, além desses aspectos, relaciona-se com os próprios valores interiorizados pelos atores sociais. Relaciona-se com a própria subjetividade e manifesta a identidade de um grupo de indivíduos.

Esses esclarecimentos são válidos, pois considerando que a cultura de uma sociedade está sempre em construção, na medida em que incorpora, abandona e expressa diversos elementos de tempos em tempos, a partir de uma substancial mudança fática ou de uma necessidade evidenciada, é possível afirmar que uma nova ideologia, como, por exemplo, o neoliberalismo, que é carregada de determinados valores, ideais e mecanismos próprios, pode indubitavelmente influenciar os indivíduos, que, por sua vez, identificando-se com isso, incorporam culturalmente.

Contudo, nem toda a identificação com valores deve ser aceita e considerada culturalmente. Muito menos quando a expressão desses valores é



velada. Tanto é que atualmente são presentes na sociedade alguns valores que não se coadunam com a contemporaneidade, como, por exemplo, do histórico poder que os homens exerciam sobre as mulheres. Trata-se de um valor que está em desmantelamento cultural, mas ainda é possível encontra-lo em algumas localidades. Fundamentava-se basicamente na maior força física dos homens e na crença de que era a ordem natural das coisas (o que era reafirmado por instituições como igrejas e escolas, por exemplo).

Também se podem citar como exemplo os casos de racismo que ocorrem nos Estados Unidos ou mesmo, no Brasil, a preterição do gênero feminino em diversos espaços (como o da política), a já mencionada cultura da corrupção⁵, além do desprezo pela diversidade de orientação sexual e outras minorias. Esses exemplos correspondem a patologias culturais consolidadas historicamente e em processo de desmantelamento.

Confirmando a necessidade de se conhecer as relações sociais e as influências operadas a fim de compreender alterações culturais, Amartya Sen, precisamente, afirma que há muita dificuldade de se imaginar como as pessoas na sociedade podem pensar, escolher ou agir sem que sejam influenciadas pela natureza e pelo funcionamento do mundo ao seu redor. Assevera que quando alguém pensa, escolhe e faz algo, certamente é essa pessoa (e não qualquer outra) quem efetivamente faz tais coisas; contudo, seria diferente compreender como e o porquê ela realiza tais atividades sem que haja compreensão das relações sociais (SEN, 2011, p. 278-280).

Além da necessária compreensão das relações sociais a que e refere Amartya Sen, deve-se também compreender a origem dos próprios valores introjetados na *psique* dos indivíduos, que influenciam as respectivas condutas e a compreensão que a pessoa tem do mundo e dos sistemas ao seu redor, como o da política e do direito.

Os valores morais do indivíduo, as concepções que ele tem do que é certo ou errado, são componentes integrantes da própria consciência do sujeito. São aspectos que, portanto, são valorados nos processos mentais realizados e direcionam fundamentalmente a sua conduta em sociedade.

⁵ Resgata a ideia da tradicional e histórica deturpação do poder, que fazia com que escândalos de corrupção fossem vistos com passividade, como se fosse a ordem natural das coisas, já que sempre fora assim. Há registros de que a corrupção endêmica no Brasil remonta a própria fase colonial.



Na medida em que novos valores são internalizados pelas pessoas, outros processos mentais são possíveis e a expressão da consciência do sujeito é alterada, podendo fundamentar alterações, também, em sua conduta.

O filósofo Noam Chomsky explica que o modo como se faz juízos e encaram as coisas tem um significativo fator cultural. Além disso, as pessoas constantemente fazem juízos morais em situações inteiramente novas, seja expressa ou tacitamente, e o resultado desse juízo é a base para a própria escolha de ação dos indivíduos. Tais avaliações são feitas sobre a base de valores adicionados à mente, os quais dão respostas, totais ou parciais, a situações inovadoras (CHOMSKY, 2005, p. 478-479).

Assim, uma nova ideologia como o neoliberalismo, com todos os valores que lhe são próprios, veiculada através de determinados atores internacionais, pretende, conforme afirmam alguns autores, introduzir culturalmente a ideia de um único modo de vida, que condiciona a atuação das pessoas aos valores por eles estabelecidos.

O jurista italiano Carlo Amirante destaca, em seu livro *Dalla Forma Stato Alla Forma Mercato*, que partir de uma hegemonia cultural propagada ao resto do planeta, sobretudo após a segunda guerra mundial, realiza-se a interiorização dos novos modos de pensar, operar, viver, que são introjetados não só através das instituições, mas através dos meios de comunicação, como, por exemplo, o cinema, e a televisão, e, mais em geral, por meio de um aparato complexo e variado cujos componentes frequentemente não são conscientemente e racionalmente perceptíveis aos sujeitos que absorvem o novo *way of life*, como único caminho hoje percorível (AMIRANTE, 2008, p. 59).

Um dos objetivos aqui propostos é a identificação de alguns dos instrumentos utilizados para a difusão de dogmas e a sedimentação da ideia de que só existe um *modus vivendi* na sociedade contemporânea, um único pensamento, bem como a existência de padrões de consumo para medir o desenvolvimento dos indivíduos no meio social.

O professor António José Avelãs Nunes explica que de tal fenômeno emerge um pilar fundamental para o neoliberalismo, o chamado *Homo Aeconomicus* (um agente racional máximo), formado especialmente a partir da interiorização da ideia de que o mercado é o único mecanismo racional de afetação de recursos escassos a usos alternativos e de que o sistema de preços é o único instrumento com o qual



se pode explicar todos os fenômenos sociais, de modo a reduzir a vida humana a um problema de preços que o mercado resolve normalmente (NUNES, 2003, p. 62-63).

Esse processo biopolítico, a formação do *Homo Aeconomicus*, a interiorização de um modo único de pensar e viver, moldando a cultura da sociedade, afetada fundamentalmente pela globalização (e suas vertentes), com todas as facilidades e consequências a ela inerentes, reflete um dos poderes do mercado na sociedade contemporânea.⁶

Assim, com a introjeção de valores caros ao neoliberalismo e a difusão do modo único de vida, é possível que as pessoas interiorizem a ideia de que o seu desenvolvimento é medido por padrões de consumo, que reflete para uma necessidade quase biológica do indivíduo. Isso passa a integrar a própria psique do sujeito, passa a refletir e ser refletido em sua própria personalidade. Trata-se de expressão de um poder condicionado implícito e explícito utilizado pelo mercado. Neste sentido, de modo elucidativo o filósofo John John Kennet Galbraith afirma:

Enquanto o poder condigno e compensatório são visíveis e objetivos, o poder condicionado, em contraste, é subjetivo; nem os que se sujeitam a ele estão necessariamente sempre cientes de que ele está sendo exercido. A aceitação da autoridade, a submissão à vontade alheia, torna-se a preferência mais alta daqueles que se submetem. Esta preferência pode ser deliberadamente cultivada – **pela persuasão ou pela educação**. Este é o condicionamento explícito. Ou pode ser ditada pela **própria cultura**; a submissão é considerada normal, apropriada ou tradicionalmente correta. Este é o condicionamento implícito. Nenhuma linha nítida separa um do outro; o condicionamento explícito transmuda-se gradualmente em implícito. (Grifos apostos). (GALBRAITH, 1986, p. 25-26)

O poder condicionado, especialmente o implícito, de tão sutil e penetrante, chega a ser tido como parte natural e integrante da própria vida, não deixando transparecer qualquer esforço específico para a conquista da crença e da submissão, mas após consegui-lo, a crença e obediência são considerados produto do senso moral ou social do próprio indivíduo. Fazem parte da valoração do que seja correto, bom e necessário (GALBRAITH, 1986, p. 34-35).

Já o explícito, por sua vez, transmitido também pela educação, parte da utilização de relações de poder na sociedade (relação pais e filhos ou professores e

⁶ Historicamente outro exemplo de processo de difusão ideológica e de incorporação de dogmas através de propagandas maciças foi a experiência nazista.



alunos) para repassar, paulatinamente, os novos valores morais, que normalmente já estão incorporados por quem os repassa.

Portanto, pelos instrumentos de poder destacados são repassados valores que possibilitam com que o indivíduo veja o mundo através de um filtro específico e que, por sua vez, influencia os espaços sociais frequentados pelo sujeito, acabando por direcionar esses valores em relações interpessoais, meios político, jurídico, social, dentre outros.

Em um plano maior é possível identificar também como um elemento de pressão a chamada *lex mercatória*, que dá a alguns empresários e empresas multinacionais o poder de serem protagonistas da vida econômica mundial, conferindo-os o poder de escolha sobre onde localizar suas fábricas e sedes, tendo em vista os marcos regulatórios nacionais que lhes sejam mais convenientes. Isso força alguns Estados nacionais a adaptarem seus ordenamentos às imposições da *lex mercatória*, sob pena de serem abandonados pelas empresas e investidores, mormente em razão da convergência entre referido instrumento e os interesses de instituições internacionais, como o FMI, Banco Mundial e OMC, o que acaba restringindo o leque de opções do Estado na regulação econômica (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 92).

IV CONSTITUIÇÃO, PROBLEMAS SOCIAIS E PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

A crise que o constitucionalismo social enfrenta desde os retrocessos ocorridos no *welfare state* foi impulsionada pela globalização econômica, que reduziu a capacidade dos Estados na formulação e implementação de políticas públicas para atender demandas sociais e econômicas, na medida em que gerou o fenômeno da desterritorialização do poder (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 85).

Em razão disso, é importante neste momento identificar qual é a possível relação do neoliberalismo com alguns dos problemas sociais atualmente constatados no Brasil e com a concretização da Constituição.

Segundo António José Avelãs Nunes, o neoliberalismo e o projeto político por ele veiculado exigem, para sua própria manutenção, a existência de um forte



estado de classe capaz de prosseguir objetivos ambiciosos, tais como a plena liberdade de ação das instituições financeiras; a livre circulação de capitais à escala mundial; a privatização dos serviços públicos; a aplicação de sistemas tributários que favorecem os ricos e prejudicam os pobres; a desregulamentação das relações trabalhistas, transformando o direito do trabalho em direito do empresário; a limitação dos sindicatos; a destruição do estado-providência; e o fortalecimento dos mercados, de modo a dar-lhes poder suficiente para a eficaz defesa dos interesses das classes dominantes (NUNES, 2013, p. 146).

Existem atualmente no Brasil problemas de diversas ordens relativos à materialização dos direitos fundamentais, sobretudo os fundamentais sociais, ou prestacionais, e é possível relacionar alguns desses problemas como reflexo da consolidação da globalização econômica. A hegemonia do capital financeiro sobre o capital produtivo, que direciona os investimentos e favorece a diminuição de postos de trabalho, a exclusão social, a apropriação cada vez maior de espaços públicos e a acentuada desigualdade gerada são exemplos desses problemas, que acabam por desequilibrar o Estado Democrático de Direito, priorizando o aspecto liberal em detrimento do social e desconsiderando os próprios objetivos e Direitos Fundamentais enunciados pela Constituição.

Esses aspectos favorecem sobremaneira a exclusão social, que ocorre direta ou gradativamente e sob distintas frentes. A mais direta, impactante e que invariavelmente conduz a outras formas de exclusão é a dificuldade de acesso ao emprego ou mesmo a perda dele. A partir da lógica de maximização desenfreada dos lucros alguns grandes estabelecimentos têm utilizado inovações tecnológicas para reduzir os gastos com pessoal, substituindo parcela dos trabalhadores por mecanismos e livrando-se dos encargos salariais e tributários vinculados ao trabalhador. Como exemplo, basta analisar a desconsideração do direito fundamental social atinente à proteção em face da automação (art. 6º, XXVII) com a gradativa substituição dos trabalhadores de guichês (em cinemas, estacionamentos, venda de passagens etc.) por modernos equipamentos. Por um lado, pode-se defender eventual melhoria na prestação dos serviços, por outro, há indiscutível redução de postos de trabalho e vulneração do trabalhador.

Vinculado a diversos problemas sociais existentes no país está a acentuada desigualdade na distribuição de renda. No mês de julho de 2015 foi divulgado pela



Receita Federal do Brasil um relatório anual com base em dados de 2013 concluindo que cerca de 71 mil brasileiros concentram 22,7% de toda a riqueza declarada em bens e ativos financeiros, o que corresponderia a 0,3% dos declarantes do imposto de renda (ALVARENGA, 2015).

A desigualdade na distribuição de renda, a maximização dos lucros de grandes empresas com a redução de postos de trabalho, a imposição do dogma do modo único de vida (o pautado pelo capital) tende a gerar exclusão social, o que pode originar um aumento inclusive em indicadores de criminalidade. A exclusão social também enseja uma afetação nos vínculos sociais do sujeito, uma estigmatização, a depender do fator de exclusão (como devedor, no caso de desemprego, ou bandido, perigoso, no caso de ter sido excluído em razão de pena privativa de liberdade).

Com efeito, a exclusão – por diferentes aspectos – do sujeito em razão da lógica neoliberal, de acordo com o professor Juarez Cirino dos Santos, propicia as condições estruturantes da criminalidade, pois a política criminal do Estado vem a excluir as políticas sociais de emprego, salários dignos, saúde, educação, moradia, dentre outras, tais como programas para a redução da fome, da pobreza, em suma, do desespero da população frente a um capitalismo feroz (SANTOS, 1984, p. 86-96).

Aliado a esses fatores é possível citar ainda a apropriação privada de espaços que normalmente eram geridos pelo Estado, como, por exemplo, os serviços de tratamento de água e esgoto, a saúde, a educação e até os presídios. Essas apropriações são acompanhadas por discursos de desqualificação estatal e valorização da eficiência do setor privado. Segundo o professor Avelãs Nunes, a redução do Estado pode se constituir em um perigo para a própria democracia e na morte da política econômica estatal, pois sem entidades nacionais responsáveis a prestação de contas – pedra de toque da democracia, segundo ele – ficaria impossibilitada (NUNES, 2011, p. 127).

Um exemplo disso é a privatização dos presídios, o que é bastante comum nos Estados Unidos. No Brasil, a ideia ainda está sendo praticada em poucos, mas costuma ser, inclusive, uma bandeira política não raras vezes levantada, juntamente com a argumentação de que o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo e algo precisa ser feito a respeito. Uma das experiências brasileiras está a ocorrer em Ribeirão das Neves, em Minas Gerais, e em seu contrato o Estado se



compromete a manter a capacidade mínima de 90% do complexo penal, bem como repassar ao presídio em torno de R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) mensais, ao passo que no sistema público (a despeito de tudo) o preso custa entre R\$ 1.300,00 (mil e trezentos reais) a R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) (SACCHETTA, 2015). A mercantilização dessa obrigação estatal, com a administração privada da execução da pena deve ser seriamente debatida, pois as possíveis consequências decorrem do próprio senso lógico, quando considerados os dogmas vinculados ao sistema neoliberal.

Percebe-se, assim, que permitir fatores externos influenciem decisões importantes no âmbito interno pode vir a desequilibrar o projeto de Estado Democrático de Direito projetado pelo constituinte, que congrega valores sociais e liberais, pretendendo um equilíbrio que permita o desenvolvimento do indivíduo, da sociedade e do país.

Os professores Souza Neto e Daniel Sarmento, tratando da crise da soberania estatal, explicam:

O Estado continua sendo o principal ator político no mundo contemporâneo. Porém, a globalização, impulsionada por avanços em campos como os transportes, a informática e as telecomunicações, diminuiu a importância das fronteiras políticas e impulsionou o fenômeno da desterritorialização do poder. Atualmente, o Estado nacional perdeu em parte a capacidade que tinha para controlar os fatores econômicos, políticos sociais e culturais que atuam no interior de suas fronteiras, pois esses são cada vez mais influenciados por elementos externos, sobre os quais os poderes públicos não exercem quase nenhuma influência. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 88).

Diante dos aspectos levantados, é importante avaliar a relação entre o neoliberalismo e os Direitos Humanos, que são aqueles titularizado por todos os indivíduos, reconhecidos e garantidos internacionalmente. Na medida em que se aceita a existência de uma dita ideologia neoliberal na sociedade contemporânea, estruturada a partir da segunda guerra mundial, mas consolidada (ou consolidando-se) mais recentemente, exige-se a criação de mecanismos para assegurar o avanço até então alcançado, impedindo que a busca desenfreada pelo capital mitigue conquistas históricas.

Vale lembrar que, de acordo Norberto Bobbio, o processo de reconhecimento dos Direitos Humanos se relaciona com conflitos e demandas



políticas pelo reconhecimento de novos direitos, que não nascem todos de uma vez, mas nascem quando devem ou podem nascer, a partir das especificadas relacionadas a dado momento histórico, quando o homem aumenta o seu poder sobre o homem, que acompanha o progresso técnico (BOBBIO, 2004, p. 9).

Por derradeiro, no contexto das influências de fatores externos na concretização da Constituição, relembra-se do clássico “embate” entre Ferdinand Lassale, com a obra “O que é uma Constituição?” (LASSALE, 1933)”, publicada em meados do século XIX, e Konrad Hesse, com a Obra “A Força Normativa da Constituição” (HESSE, 1991).

Quando, ao fazer a distinção histórica entre a Constituição Formal (um pedaço de papel, em sua visão) e a Constituição Material, Lassale teorizou acerca dos chamados Fatores Reais de Poder, que compunham a Constituição Material. Dentre os Fatores Reais de Poder – que em sua visão eram os que realmente regiam determinada sociedade – Lassale inseriu a burguesia, os banqueiros e a nobreza. Em seu olhar eram esses, além de outros fatores, que mandavam na sociedade.

O contraponto feito por Hesse em 1959 foi fundamental para que se pudesse identificar com mais clareza os perigos de se considerar a Constituição como parte mais fraca em eventual embate com os fatores reais de poder. Na verdade a Constituição possui força normativa e deve sempre prevalecer. Portanto, não faz sentido que hodiernamente se permita que o que se pode identificar como um fator real de poder possa apropriar-se de espaços e serviços destinados Constitucionalmente ao Estado e instituem a lógica do lucro, possa excluir sujeitos de direitos constitucionalmente tutelados ou mesmo criar óbices à concretização da própria Constituição.

Não há como aceitar no contexto brasileiro que se permita a subtração do dever do Estado e da sociedade de reduzirem a desigualdade social e a possibilitarem a efetiva fruição dos direitos fundamentais por todos os setores da sociedade (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 86). Os direitos fundamentais sociais devem inspirar progressiva materialização.



V CONCLUSÃO: EQUILÍBRIO ENTRE AS MATRIZES SOCIAL E LIBERAL PARA A CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com a presente pesquisa se pretendeu estudar o fenômeno do neoliberalismo, que se caracteriza como uma ideologia que expressa um conjunto de determinados valores relacionados especialmente ao campo econômico, mas cujas expressões de poder acabam por projetá-los na própria consciência dos indivíduos, que, incorporando-os, passam a considerá-los em processos mentais para fundamentar as escolhas da vida e influenciar os diversos sistemas sociais.

Partindo-se da efetiva existência de um sistema que vem sendo estruturado prevalentemente após a segunda guerra mundial e que traduz em sua essência a necessidade de unificar mundialmente os mercados (sob o padrão dólar, que evidentemente, não é neutro), sem barreiras físicas ou legais para que os diversos produtos, inclusive os financeiros, possam circular, e a pretensa desregulamentação, tornou-se importante discutir como esses fatores podem influenciar uma sociedade, quais alterações possibilitam na *psique* dos indivíduos, através das já referidas formas de expressão de poder, e como podem, mesmo de maneira obnubilada, incorporar-se à cultura, fazendo parte do que é tido por normal.

Quanto à(s) cultura(s) de uma sociedade, salientou-se a complexidade do tema, bem como a relatividade no que tange à identificação do que é expressão cultural, que varia, pois, a partir da perspectiva adotada; contudo, a despeito de aspectos como o multiculturalismo ou as interações geográficas, históricas, religiosas ou sociais que podem ser peculiares a determinada sociedade, conceituou-se a cultura singelamente como um fenômeno historicamente construído, que considera valores de diversas ordens, mas que não deixa de estar em construção ou desconstrução.

Nessa perspectiva, apontou-se diversos problemas culturais que ainda podem ser constatados nas sociedades contemporâneas e que estão em processo de desmantelamento cultural, como o racismo e outras formas de preconceito, como também o machismo, oriundo de uma visão historicamente monocular e masculinizada de encarar o mundo, bem como a corrupção, que no Brasil remonta à era colonial e tem caráter endêmico.



Na medida em que a cultura de uma sociedade está de tempos em tempos em processo de incorporação ou desincorporação de valores, a partir de mudanças fáticas constatadas ou de necessidades apreciadas, destacou-se que uma nova ideologia, como o neoliberalismo, que carrega consigo valores determinados, pode incorporar-se culturalmente e influenciar os indivíduos.

A moral do ser, a noção do certo, do errado e os valores subjacentes são substancialmente afetados por fatores externos, tanto é que a moral também é relativa, de modo que os valores morais variam de pessoa para pessoa, de sociedade para sociedade. Os fatores externos que constroem a moral ou mesmo interferem nela são de várias ordens, podendo citar a interferência da família, da religião, da escola, de relações interpessoais, de experiências de vida. Esses aspectos são tão complexos que se relacionam até mesmo com teorias da criminologia, como, por exemplo, a da associação diferencial⁷. Digno de destaque, ainda, que compreendendo as influências externas na formação moral do indivíduo, a Constituição da Bolívia deixou expresso no artigo 8º não os valores que orientam o Estado, mas os valores ético-morais que devem orientar o próprio indivíduo em sociedade.

Assim, com a interiorização de novos valores pelos indivíduos, são possíveis novos processos mentais, que fundamentam alterações de condutas, que, por sua vez, expressam os valores incorporados na consciência. Por essa razão, objetivou-se destacar neste trabalho a identificação de alguns dos instrumentos utilizados para a difusão de dogmas e a sedimentação da ideia do pensamento único na sociedade contemporânea, bem como a existência de padrões de consumo para medir o desenvolvimento dos indivíduos no meio social.

Identificou-se tais instrumentos como expressões de poder do mercado, que, em suma, são os que permitem a recepção subjetiva de determinados conteúdos, como modos de pensar, viver, e operar os sistemas e são introjetados, por exemplo, através dos meios de comunicação, tais como o cinema e a televisão, mas também pelas instituições⁸ e pelo que Galbraith chama de poder condicionado, que pode ser

⁷ Em síntese, a teoria criminológica da associação diferencial estuda a relação entre os comportamentos criminosos e a aprendizagem. Ela assevera que o comportamento criminoso não se inventa, mas se aprende por contato social, em processos de comunicação, correspondendo a um conjunto de valores favoráveis à violação da lei, que preponderam sobre os valores favoráveis à obediência.

⁸ Através do que Louis Althusser chama de Aparelhos Ideológicos do Estado.



explícito (operado pela persuasão e educação, refletores de pontos de poder existentes na sociedade, como a relação entre professor e aluno ou pais e filhos) ou implícito (ditado pela cultura e expressando um produto do senso moral do indivíduo).

Isso confirma a importância de se perceber a complexidade do fenômeno estudado (e que muitas vezes se apresenta de maneira obnubilada, oculta) e de observar criticamente, as influências que pode operar na criação, interpretação e aplicação do direito e na formulação de políticas, de maneira a permitir, através disso, a busca por soluções ou equilíbrios que venham a preservar valores caros à sociedade e que não podem, seja de maneira direta, ou mesmo de maneira encoberta, ser suprimidos ou relativizados.

Como reflexo dessa incorporação de valores e alteração nas relações sociais se buscou relacionar alguns problemas sociais atualmente existentes no Brasil com algumas características do que se está a chamar de neoliberalismo, como, por exemplo, a desigualdade na distribuição de renda, corroborando a afirmação com dados da Receita Federal divulgados em julho de 2015 que concluem que em torno de 71 mil brasileiros detêm cerca de 22,7% de toda a riqueza declarada; a exclusão e estigmatização de indivíduos não detentores do capital; a diminuição de postos de trabalho; a hegemonia do capital financeiro sobre o produtivo e a apropriação de espaços públicos pelo setor privado.

Através dos problemas sociais já destacados e das características atribuídas ao neoliberalismo, considerou-se a dogmática constitucional brasileira para reafirmar o necessário cumprimento da Constituição da República. Por mais que se saiba que a Constituição deva ser concretizada, percebe-se não só violações a suas disposições, mas também um andar vagaroso, sobretudo na materialização das normas tradicionalmente conceituadas como programáticas.

O fundamento da dignidade da pessoa humana; objetivos como a redução das desigualdades sociais e regionais e a construção de uma sociedade justa e solidária; Direitos Fundamentais Sociais como o salário mínimo adequado para as necessidades básicas, a proteção em face de automação, são exemplos de violações ou desconsiderações verificadas ao longo deste estudo, como a diminuição de empregos, a substituição de trabalhadores por máquinas (o exemplo dos guichês), a desigualdade de renda, a exclusão social dos indivíduos não detentores de capital.



É válido referir que uma grande conquista do constitucionalismo moderno relaciona-se com sua própria definição. De acordo com Gomes Canotilho, o constitucionalismo é uma técnica de limitação de poder com fins garantísticos (CANOTILHO, 1993, p. 64-65)⁹. Na medida em que o instrumento que limita o poder e confere direitos e garantias aos indivíduos não é efetivado, inviabiliza o próprio projeto de Estado que se tenta construir.

Sabe-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou no artigo 1º o Estado Democrático de Direito¹⁰ e trouxe fundamentos e objetivos (art. 3º) que congregam tanto uma matriz social quanto uma matriz liberal. Diversos dispositivos reafirmam esses valores em sintonia, como o que trata da livre iniciativa e do valor social do trabalho de maneira conjunta (art. 1º, IV) e o que estabelece os princípios gerais da ordem econômica (art. 170).

A atividade econômica é fundamental para o desenvolvimento dos indivíduos, da sociedade e para a própria realização dos fins do Estado, por isso, é importante identificar e avaliar as influências externas, especialmente quando não se apresentam de maneira clara, para que os valores expressados na Constituição não sejam desconsiderados.

Nessa perspectiva é possível sustentar que a recente crise econômica mundial, que foi deflagrada nos últimos anos a partir dos Estados Unidos, foi causada por ausência de regulação estatal, e não por excesso dela, e o quadro vem sendo enfrentado em vários países por meio da ampliação da intervenção do Estado na economia, e não com a insistência nas políticas neoliberais (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 86).

Em outras palavras, não se pode tolerar, no atual estágio do Estado Democrático de Direito, a hegemonia do capital sobre o social, ou do social em absoluto sobre as pretensões e liberdades individuais. Com a regência da

⁹ Vale referir que as diferenças entre os modelos de constitucionalismo são aferidas a partir dessa noção. Tanto os mecanismos de limitação de poder, quanto as garantias conferidas acabam por se diferenciar em razão das peculiaridades dos próprios contextos históricos em que são analisadas. Seja no constitucionalismo liberal, no democrático, no democrático do pós-guerra ou no chamado “novo” constitucionalismo latino-americano, as técnicas de limitação de poder e as garantias ou direitos estão presentes a seu modo, permitindo um progressivo aprimoramento através de evoluções aquisitivas.

¹⁰ A expressão traz um complexo teórico por si só, abrangendo as evoluções aquisitivas relativas aos paradigmas do Estado social e liberal, mas também inovando no que tange a novas gerações de direitos fundamentais, que se complementam, a vinculação vertical, horizontal e transversal dos direitos fundamentais, a maior cooperação e controle sociais etc.



Constituição da República é necessário observar adequadamente os espaços público e privado e ponderar as práticas e influências que expressem impactantes consequências na concretização da Constituição.

A palavra de ordem, portanto, é o equilíbrio, para que, na medida em que o país se desenvolve, assegurem-se os direitos já conquistados, aliado à concretização da Constituição e efetivação do Estado Democrático de Direito.

VI REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Darlan. **71 mil brasileiros concentram 22% de toda a riqueza.** [online]. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/08/71-mil-brasileiros-concentram-22-de-toda-riqueza-veja-dados-da-receita.html>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

AMIRANTE, Carlo. *Dalla Forma Stato alla forma Mercato.* (trad. Milena Petters Melo) Torino: Giappiachelli, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos.* (Trad. Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLÍVIA. *Nueva Constitución Política del Estado*, de 07 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.patrianueva.bo/constitucion/>> Acesso em: 03 out. 2015.

BRASIL. *Constituição Federal*, de 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 out. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CHOMSKY, Noam. *O Lucro ou as Pessoas.* Trad. Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CHOMSKY, Noam. *Para Entender o Poder* (Tradução Eduardo Francisco Alves). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* 22. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia do Poder.* 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1986.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)* (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Fabris, 1991.



- LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** (trad. Walter Stonner). São Paulo: Fonte digital: 1933.
- NUNES, António José Avelãs. **A Crise Atual do Capitalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NUNES, António José Avelãs. **As Voltas que o Mundo Dá...** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NUNES, António José Avelãs. **O Estado Capitalista e Suas Máscaras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- SACCHETTA, Letícia. **Quanto Mais Presos, Maior o Lucro**. [Online]. Disponível em: <<http://apublica.org/2014/05/quanto-mais-presos-maior-o-lucro/>>. Acesso em: 03 ago. 2015.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **As Raízes do Crime**: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. (Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes). São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.



HUMAN RIGHTS AND TAXATION¹

DIREITOS HUMANOS E TRIBUTAÇÃO

Moris Lehner²

Abstract

All over the world political systems and constitutions vary in many ways. But there is something all states have in common. The most important means to generate these resources and to finance a state as a whole is taxation. Modern states depend upon taxation. The Right to equal treatment before the law has to be shaped in the very specific legal context of the subject matter at stake. This is also true for the protection of Human Dignity. Constitutional provisions must be interpreted in their very context. A constitution is not an agglomeration of autonomous provisions. A constitution is an assembly of interacting provisions, which are based on the consent of a legal community.

Keywords: Human rights. Taxation. Equality.

Resumo

Em todo o mundo os sistemas políticos e constituições variam de vários modo. Mas existe algo que eles tem em comum. A forma mais importante de gerar estes recursos e financiar o Estado como um todo é a tributação. Estados Modernos dependem de tributação. O direito ao tratamento igual perante a Lei devem ser moldado no contexto específico que a temática em questão exige. Isto é também verdade para a proteção da Dignidade Humana. Normas constitucionais devem ser interpretadas em seu contexto. A constituição não é uma aglomeração de normas autônomas. A constituição é uma conjunção de normas interativas que se baseiam no consenso da comunidade.

Palavras-chave: Direitos humanos. Tributação. Igualdade.

Summary: 1. *The necessity of taxation.* 2. *Taxation and Human Rights.* 3. *International and national perspectives.* II. *The international perspective of Human Rights and Taxation.* 1. *The issue of double taxation.* 2. *The principle of territoriality and the principle of nationality.* 3. *Requirements of equality in international tax law.* 4. *The issue of justification.* III. *The national perspective of Human Rights and Taxation* 1. *The basic problem of equality in national taxation.* 1. *The principle of the ability to pay.* 2. *Human Dignity, a borderline for taxation?* IV. *Final remark.*

¹ Artigo submetido em 03/04/2016, aprovação comunicada em 01/09/2017.

² Professor Doutor titular da Ludwig-Maximilians-Universidade de Munique. E-mail: <moris.lehner@jura.uni-muenchen.de>



1 THE NECESSITY OF TAXATION

All over the world political systems and constitutions vary in many ways. But there is something all states have in common. They all depend upon financial resources in order to provide their citizens and residents with an infrastructure, such as health care, social support, legal protection, energy supply, traffic and public transportation, communication, protection in case of war and many other services which are indispensable and essential not only for the wellbeing of their citizens and residents but also for the development of economic wealth. The most important means to generate these resources and to finance a state as a whole is taxation. Modern states depend upon taxation.

2 TAXATION AND HUMAN RIGHTS

The necessity to tax requires answers to very important basic questions, which are the questions of whom to tax, what to tax and how much to tax. Should everybody be taxed? Should everybody be taxed at the same rate? 10 %, 20 % 30 %? Or should the tax rate depend on the amount of income earned? Should the tax rate be pro-gressive or should it be a flat tax rate? Should corporations be taxed the same way as individual entrepreneurs? Should foreign investors get a preferential tax treatment?

In terms of Human Rights these questions are primarily basic questions of equal treatment. Equal treatment is a very basic Human Right. It is embodied in every constitution (see Article 5 of the Constitution of Brazil).

Questions of equal treatment coincide with questions of the protection of the family which is granted by many constitutions without explicit reference to taxation (see Article 226 of the Constitution of Brazil). From this perspective we have to ask questions like: Should parents or singles who bring up children and thus have to use their earned income to sustain their children, should these parents be taxed like childless individuals, who do not have to carry such financial burdens? Should children who support their needy parents be entitled to a tax relief? Should taxpayers who make donations to charity organisations be entitled to tax relief? These questions are, in broader sense, questions of the social determination of a legal



system which is re-quired by some constitutions without specific reference to taxation. These questions again coincide with the very basic Human Right of Human Dignity which might be infringed by taxation if taxation causes poverty or neediness.

3 INTERNATIONAL AND NATIONAL PERSPECTIVES

I would like to start out from an international perspective of Human Rights and taxation which is very important all over the world and then go on to discuss the issue of Human Rights and taxation from the perspective of national law.

II THE INTERNATIONAL PERSPECTIVE OF HUMAN RIGHTS AND TAXATION

Starting with the international perspective of Human Rights and taxation we have to ask the following questions: Should only residents of a country be taxed by the country of residence or should only citizens of a country be taxed by the country of their nationality (citizenship)? Should only that income be taxed which is derived from sources in the country of residence / nationality or should the country of residence / nationality also tax income derived from other countries? Does double taxation of the same income by two different states (state of residence and state of the source of income) - which happens many times - violate the principle of equality?

1 THE ISSUE OF DOUBLE TAXATION

Tax systems all over the world differ in their particularities and in many details but they are more or less similar in their basic structures.

All states tax individuals who are residents in their territory. Residents are individuals who live in a state. In terms of taxation residence is either constituted by living in a permanent home or by habitual abode in a state. Residents are being taxed by their state of residence on income which they derive from sources in their state of residence. This is quite comprehensible. But in addition to that the state of residence will also tax its residents on income which they derive from abroad.



Taxation of national and of foreign income by the state of residence is called worldwide taxation by the state of residence. Worldwide taxation by the state of residence is also called 'unlimited taxation of residents on a worldwide basis' because tax liability of residents encompasses their worldwide income. No matter where the income comes from. It will be taxed in the country of residence.

In addition to residence-based taxation all states tax non-residents on income which non-residents derive from sources within the country. We call this source-based taxation or limited tax liability because taxation of foreigners is limited to income which they derive from the country where they have a source of income without being residents of this country.

To give you an example: If someone, let us name him A, a resident of Brazil, derives income from a business which he runs in Brazil, he will be taxed in Brazil on this income. This is more or less evident and comprehensible. But let us assume that A, who is a resident of Brazil does not only derive income from a business which he runs in Brazil. Moreover he also derives income from a business which he runs in Germany. In this case Brazil, according to new policies, like other countries always did, would tax its resident A on his national (Brazilian) and on his foreign (German) income. But this is not the end of the story: A, who derives income from Germany, will not only be taxed by Brazil (country of residence) but also by Germany. Germany would tax our Brazilian resident A because he derives income from a source which is located in Germany (source country). So A will face double taxation of the income which he derives from Germany, because he will be taxed by his state of residence (Brazil), on his world-wide income, thus including income from Germany and, in addition to that, A would be taxed by the source state (Germany). Does this double taxation violate Human Rights? Does it violate the principle of equality?

2 THE PRINCIPLE OF TERRITORIALITY AND THE PRINCIPLE OF NATIONALITY

Let us look a little bit closer to make that question clear and to find an answer to it. Both, taxation of residents and taxation of non-residents in the source-country follow the principle of territoriality. In my example A has his residence within the territory of Brazil and he has a source of income which is located in the territory of



Germany. On the other hand, the United States of America establish unlimited tax liability according to the principle of *nationality*, which is citizenship. If you are a US citizen you face unlimited tax liability with your worldwide income in the US even if you are a resident of another country. This is quite severe because a citizen of the United States of America who is a resident of Germany and who earns his income in Germany would be taxed in the United States of America with his worldwide income including the income from German sources. In addition to that he would, according to his residence in Germany, face unlimited tax liability in Germany: Double unlimited tax liability.

So there are two different systems which establish unlimited tax liability of worldwide income, namely the common system which is based upon the principle of territoriality (residence) and the US system which is based on the principle of nationality (citizenship). And in addition to that both systems would allow taxing foreign residents on a territorial basis of limited tax liability (a resident of state A who derives income from state B would also be taxed in state B).

3 REQUIREMENTS OF EQUALITY IN INTERNATIONAL TAX LAW

Let us now come back to taxation and Human Rights in this setting of international taxation. Are Human Rights touched by taxation according to these principles of territoriality and nationality? Do we have a problem of equal treatment?

Territoriality based worldwide taxation treats residents who derive income from their country of residence and residents who derive income from abroad equal. Imagine A, resident of Brazil, who earns income from a business which he runs in Brazil and B, another resident of Brazil whose business is not located in Brazil but in Germany. If Brazil would tax A, who derives income from Brazil and would not tax B who derives income from another country then there would be no equal treatment of A and B in Brazil. The same is true if we look at the United States. If the US would tax US citizens who derive income from the US and not tax US citizens who derive income from Germany there would be no equal treatment of US citizens by the US. Is this really so easy? Are these arguments really convincing? They are not because we did not take into account that, as I explained before, in addition to taxation in the country of residence (Brazil) or in the country of nationality (US) there is taxation in



the source state (Germany). Why? Because Germany would apply the rules of limited tax liability and would therefore tax foreigners who derive income from Germany. So we face the problem of double taxation which is triggered by taxation in the country of residence or nationality and in addition by taxation in the source country. Moreover: If the US citizen who derives income from Germany is a resident of Germany he will face nationality-based unlimited tax liability in the US and in addition to that he will face residence-based unlimited tax liability in Germany. Does this double taxation by two states (state of residence and source state) violate the Human Right of equality? Why? Because in a pure national context income which is derived from sources within the state of residence, would not be double taxed. It would be only taxed by the state of residence.

4 THE ISSUE OF JUSTIFICATION

So now we have a real problem. We can only solve the problem if we link the issue of equal treatment to some prerequisites and this is true, as we shall see later, for all problems of equal treatment. So from our international perspective our first and basic question is whether taxation based on territoriality is more justified than taxation which is based on citizenship (nationality). Taxation based on residence connects the obligation to pay tax to a country with the convincing assumption that living in a country is a basic prerequisite to earn money in this country. From this perspective residence-based taxation is a *quid pro quo*: You pay taxes to the country which provides the infrastructure you need in order to earn money in this country. So those who are residents in this country and those who derive income from this country even if they are not residents, they should pay taxes by getting in return all the prerequisites in terms of infrastructure which is necessary in order to earn their income. This very convincing territorial justification of taxation is not convincing as far as taxation is based on citizenship. Citizenship is a mere legal concept which has no link to the use of infrastructure necessary for earning income. I know that these arguments are very general but in their substance they are convincing. So we can draw the consequence that equality of taxation in an international setting must be equality which compares the possibilities to use the infrastructure of a country. But even if we conclude that taxation based on nationality cannot be justified we still have the problem of double



taxation. Remember my example: A who is a resident of Brazil and who derives income from a business which he runs in Germany, will be taxed in Brazil (taxation of residence-based worldwide taxation) and in addition to that A will be taxed in Germany (limited tax liability based on his source of income in Germany). Both, residence based worldwide income taxation and limited source based income taxation are in line with the principle of territoriality. So we get to the point that double taxation violates the principle of equal treatment because in a pure national setting (deriving income in your state of residence) there is no double taxation. But who is responsible to alleviate or avoid double taxation? Is it the state of residence who taxes the resident on his worldwide income or is it the state of source who taxes the non-resident on his source-state income? Which state has a better right to tax foreign income? I think that it is the state of source, not the state of residence. Why? As I said before the justification of taxation goes along with the possibility to earn income by taking advantage of the infrastructure of a country. In general this would be the country where the source of income is located; not the country of residence. This is why, speaking in general terms of international taxation and of double taxation agreements the state of residence must refrain from taxing foreign income: either by not taxing foreign income at all or by crediting the tax paid in the source country. Due to time limits I cannot discuss details but I would gladly answer questions later.

III THE NATIONAL PERSPECTIVE OF HUMAN RIGHTS AND TAXATION 1. THE BASIC PROBLEM OF EQUALITY IN NATIONAL TAXATION

Let us now look at Human Rights in Taxation from a national perspective and we shall see very clearly that the problems of equality are of similar structure. According to Art. 5 of the Constitution of Brazil “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”. This is very similar to Art. 3 (1) of the German Constitution which declares that all people shall be equal before the law. What does this mean in terms of taxation? If everybody has to pay taxes in the same amount of 30 % of his oncome, according to the mere wording of our constitutional provisions of equal treatment this would not violate the constitutional prerequisite of equal treatment. The same would be true if everybody would have to pay a fix amount of money to the state, e.g. 10.000 or 50.000 or 15.700 EURO per year. Let me ask you



a question which might surprise you: Would a law violate Human Rights that would force every-body who earns income to deliver his income in full amount to the state and then get back what he needs to pay for his sustenance? I shall come back to this question later. There is another interesting question, which is more realistic: In Germany par-ents or singles that bring up children are allowed to a tax deduction. Those who feed a horse are not allowed to such a tax deduction. Does this violate the Human Right of equality? How about those, who do not earn money but get financial support by par-ents or friends? How about those who have no option to earn income at all? If they obtain social aid, should these payments be treated like earned income and be taxed? If the law, like in Germany and other countries allows for the deduction of business expense, does equal treatment require that losses should also be deducti-ble? Does it matter whether losses were generated by national trade or business or from foreign investments?

If we look at the mere wording which is used by our constitutions like: *All people are equal before the law* we cannot answer these questions. This is why we have to real-ize, that the requirement of equal treatment is not an independent rule in our and in other constitutions. Again: The requirement of equal treatment is not an independent rule in national settings and, as we saw before, it is not an independent rule in an international setting.

1 THE PRINCIPLE OF THE ABILITY TO PAY

The basic question underlying further questions of equality in taxation is: equality in relation to what? The answer, at the first glance, is quite simple and it has been given by old philosophers like Adam Smith (“Equality in Taxation”). It is the very basic prin-ciple of taxation according to the ability to pay. This principle had been stipulated in Art. 134 of the old German Weimar Constitution from 1919 but not taken over into our current constitution. It is, however, stipulated in the constitution of Brazil:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...] § 1º Sempre que possível, os impostos terão ca-ráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do con-tribuente, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetivid-ade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.



Let me explain this principle of ability to pay by referring to tax deductions which are granted to those, who bring up children. If we compare these parents to people who earn the same amount of income we might say that the ability to pay taxes of those who bring up children is restricted compared to those who do not have to bear this kind of financial burdens. But the same is true if we compare those who sustain their horse with those who do not. So what is ability to pay taxes? If I spend all my money in the casino, my ability to pay taxes is zero. Is my ability to pay taxes equal to those who do not earn money? As I said before, we can only solve the problem of equal treatment if we do not look at this basic Human Right which is stipulated in our consti-tutions as an isolated prerequisite. The mere wording of equality before the law can-not answer our question. Moreover we have to judge the differentiations at stake in the specific *constitutional* context of the differentiations to be made. So the constitu-tion might, as both the Brazilian and the German constitutions do, specifically protect the family but not protect animals the same way. And as far as my casino-example is concerned there is no constitution in the world that would approve gambling and put spending money for gambling on the same constitutional level as spending money for bringing up children and protecting them from neglect. So this shows us that differen-tiations according to the principle of equality have to be made by determining equality and ability to pay in the constitutional context of the specific subject matter. In theory this is simple; in practise it is hard. Let me give you another example in the realm of the very basic constitutional protection of Human Dignity.

2 HUMAN DIGNITY, A BORDERLINE FOR TAXATION?

In Germany, like in many other countries, Human Dignity is the most important Human Right and of course it is protected by the constitution. The protection of Human Dignity does not only oblige the state to ensure privacy and, in coercion with other Basic Rights, protect personal freedom and equality. The Protection of Human Digni-ty, according to our Federal Constitutional Court, also obliges the state to sustain those, who for what reason ever, are not able to make a living on their own. The state, according to the constitutional protection of Human Dignity, has to provide the poor with financial means which are indispensable for



minimum standards of life. This so called margin of existence (breadline) is computed by referring to average cost of living including food, clothing, housing and cultural needs on a low level. Of course these payments are tax free. On the other hand the protection of Human Dignity draws a borderline for taxation. Taxation must not surpass the margin of existence (breadline) which is established for those who are needy.

Now please remember a question which I have asked a little while ago: Would a law violate Human Rights if it would force everybody who earns income to deliver his in-come in full amount to the state and then get back from the state what he needs to pay for his sustenance? Believe it nor not. In Germany we have a legal setting which is not as harsh as my example but it is quite similar. In Germany there are people who earn income which does not surpass the breadline. So their earnings do not surpass the amount which the state would pay to the needy for their basic sustenance. Now we are not in a bad movie. I am describing what happens in Germany. Although our Federal Fiscal Court has ruled that taxation may not go below the margin of existence (breadline), these people whose earnings do not surpass their breadline, have to pay taxes on their very low income. So believe it or not: Although these people earned enough income to live along their breadline “before” taxation, the tax burden they suffer pushes them below this breadline. Taxation makes them needy. So what happens? They get social aid in order to reach the standard of life come back to standards of life which is required by the basic Right of Human Dignity.

As we say: the state takes it from your left pocket and puts it back into your right pocket (as long as you can afford trousers). But seriously: those who earn and pay taxes on their low income get a little bit more compensation and end up with a little bit more money than those who receive full social aid. So in the end they are a little bit better off.

Is this *take and give back* constitutional? Let me see your vote. Who thinks that this is constitutional? Who thinks that this *take and give back* violates constitutional principles?

My answer: Human Dignity encompasses elements of equality and of personal freedom. As I said before, equality has to be determined in line with other constitutional standards. The same is true for the protection of personal freedom.



Both, equality and freedom are core elements of Human Dignity. Equality can provide same stand-ards for everybody by giving to those who have no means and by taking from those who could afford to give. In a certain range this is a major aim of the social state. But taking from those who managed to make their own living on a very low level must respect minimum standards of freedom. In terms of taxation we can define this mini-mum standard of freedom: The state must not cause social neediness by taxation, thus discouraging the affected individual and forcing them to apply for social aid.

IV FINAL REMARK

Human Rights and Taxation is a very important subject. Human Rights, especially the Right to equal treatment is important not only in international but also in national set-tings. As we could see, the requirement of equal treatment is no stand alone. It can-not be satisfied by following the mere wording of our constitutions. Moreover, the Right to equal treatment before the law has to be shaped in the very specific legal context of the subject matter at stake. This is also true for the protection of Human Dignity. Constitutional provisions must be interpreted in their very context. A constitution is not an agglomeration of autonomous provisions. A constitution is an assembly of interacting provisions, which are based on the consent of a legal community. This is not only true for taxation.



DEFENDAM JERUSALÉM! O ROLEZINHO E A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS^{1/2}

DEFEND JERUSALEM! 'ROLEZINHO AND THE FRAGMENTATION OF LAW IN BRAZILIAN COURTS

Marcos Catalan³

Resumo

Programas sociais visando à transferência de renda, sucessivos aumentos *reais* do salário-mínimo e oferta de crédito a *dezenas de milhões* de brasileiros transformaram *farrapos humanos* em consumidores. No desvelar desse processo de mutação social, um exército de adolescentes ocupou espaços, até então, reservados, *exclusivamente*, à elite econômica brasileira: os *shoppings*. A estratégia utilizada: o *rolezinho*. Ocorre que tal prática – fundada em uma *liberdade prometida* há mais de vinte e cinco anos – foi recebida como um ato de hostilidade. Aos olhos da elite econômica *verde-amarela*, o que ocorreu foi a ocupação – também *simbólica* – de *paraísos* incrustados em meio ao caos que marca o dia a dia da *urbe*. Afinal, tais espaços não pertencem a todos. E o Direito – tanto o privado, como o público –, tão acostumado com inclusões excludentes, parece ter produzido, uma vez mais, um discurso que impede o acesso à cidadania material. A partir da aludida hipótese e, metodologicamente, orientado pela percepção crítica do *fenômeno jurídico*, este artigo propõe-se a comprová-la (ou não) a partir da análise de decisões judiciais.

Palavras-chave: Sociedade de Consumo. Propriedade privada. Rolezinho. Fragmentação do direito. Direito e sociedade.

Abstract

Social programs aiming at income transfer, the real successive minimum wage raises, and the supply of credit to tens of millions of Brazilians – workers, retirees and pensioners – turned “*human rags*” into consumers. In unveiling this process of social change, an army of teenagers occupied spaces previously reserved exclusively to

¹ Este ensaio foi produzido no desvelar dos projetos (a) *Observatório Direito e novos movimentos sociais no Brasil* [441774/2014-8] e (b) *Abrindo fissuras nas paredes da sociedade do espetáculo* [442136/2014-5], financiados com recursos do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq.

² Artigo submetido em 19/11/2015, pareceres de análise em 31/01/2016 e 21/02/2016, aprovação comunicada em 10/10/2016.

³ Doutor summa cum laude em Direito pela Faculdade de Direito do Largo do São Francisco. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Professor no curso de Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle, no curso de Direito da Unisinos e em cursos de especialização pelo Brasil. Advogado, parecerista e consultor jurídico. Diretor do Brasilcon. *E-mail*: <marcoscatalan@uol.com.br>.



the Brazilian economic elite: the malls. The strategy employed: the *rolezinho*. It happens that the exercise of freedom, promised more than a quarter century ago, was received as an act of hostility. In the eyes of the *yellow-green* elite, there was the symbolic occupation of embedded havens amid the chaos that marks the daily life of the metropolis in Brazil. After all, such privileged spaces do not belong to everyone. And the Law – both private and public – so used to exclusive inclusions, once again produced a discourse that denies access to material citizenship. Methodologically guided by a critical reading of the Law, this paper proposes to prove that *Brazilian Courts of Justice* decisions denies access to material citizenship.

Keywords: Consumption society. Private property. *Rolezinho*. Fragmentation of law. Law and society.

Sumário: 1. *A Sociedade de Consumo, seus templos, guardiões e rituais*. 2. *Defendam Jerusalém: hordas de vândalos e cavaleiros templários*. 3. *Referências*.

1 A SOCIEDADE DE CONSUMO, SEUS TEMPLOS, GUARDIÕES E RITUAIS

Imagine-se no interior de um *shopping*.

O sol está prestes a se pôr⁴.

Note que o tempo, lá fora, flui agitado, com pressa.

Busque, agora, lentamente, *sentir o que ocorre a sua volta*.

Tente notar como a temperatura toca, suavemente, a sua pele.

Arrisque-se a identificar como os aromas fluem por suas narinas.

Procure perceber como os sons reverberam através de intermináveis corredores.

É factível supor que tais estímulos tenham conduzido o leitor à construção de um simulacro bastante acolhedor. Um *ambiente imaginário* esboçado a partir de formas etéreas, tingido com tons suaves – entre rosa e azul, talvez⁵ – e, arquitetonicamente, moldado a partir da fusão de fragmentos da realidade⁶ à

⁴ Bornhein (1972, p. 109-115). “A experiência poética instaura um modo originário de ver o mundo. [...] O poeta subverte a maneira usual de ver as coisas, inserindo-as numa nova perspectiva e desempenhando um papel essencial no ato de transformação do mundo, por arrancá-lo de sua estaticidade. [...] Justamente porque a poesia subverte o modo usual de ver as coisas, a linguagem alça-se nela a uma dimensão que transcende o falar trivial”. Com lastro em tal percepção e, também, ante a impossibilidade de despir-me de mim mesmo – e deixar de ser aquilo que sou –, é que cada palavra grafada nestas páginas foi, cuidadosamente, eleita na tentativa de lhes atribuir sentidos que possam ser decodificados pelo leitor.

⁵ A ideia é reenviar o leitor à tela de Renoir, de mesmo nome.

⁶ Alusão feita ao cotidiano da vida em sociedade.



fantasia “fantástica do consumo e da abundância”⁷ que se revela ao mundo nos óculos, sapatos, echarpes, cintos e carteiras que, diuturnamente, exhibe o luxo, de forma tentadora, ao nosso alcance⁸.

Um universo colonizado pelo *Mercado* (LIPOVETSKY; SERROY, 2011. p. 14).

Um cenário – imaginário (CASTORIADIS, 1982) e, ao mesmo tempo, absurdamente, real – construído pelo labor de sentidos tão absorvidos quanto os dos homens de *Ulisses* na Ilha dos *Lotófagos*⁹ e adornado com símbolos dos quais pulsa a percepção da impossibilidade de se evitar que o *frenesi* promovido pela reposição incessante¹⁰ de produtos nas araras, prateleiras e vitrines de lojas¹¹, quase sempre, projetadas para privar mulheres e homens, crianças, adolescentes, adultos e idosos do pouco de racionalidade que insiste em persegui-los (SARTRE, 2011), impregne as páginas dos roteiros reitores das vidas vividas nos palcos da Sociedade de Consumo.

Os *shoppings*¹² ecoam no imaginário social como o cenário onde haverá acesso instantâneo à cultura gravada em *long plays*, *cds*, *dvds* e *blu-rays*, impressa

⁷ Baudrillard (2011, p. 13-14). “[Os] homens da opulência não se encontram rodeados, como sempre acontecera, por outros homens, mas por objetos. O conjunto das suas relações sociais já não é tanto o laço com seus semelhantes quanto [...] a recepção e a manipulação de bens e de mensagens. [...] Vivemos o tempo dos objetos: [...] existimos segundo o seu ritmo e em conformidade com a sua sucessão permanente. Atualmente somos nós que os vemos nascer, produzir-se e morrer, ao passo que em todas as gerações anteriores eram os objetos, instrumentos ou monumentos perenes, que sobreviviam às gerações humanas”.

⁸ Tungate (2014, p. 15). “Descobrimos que podíamos entrar na loja Louis Vuitton da Champs Elysées, em Paris, em comprar um produto relativamente barato e sermos tratados com uma deferência apenas ligeiramente inferior à dispensada [a uma] princesa árabe”.

⁹ Ulisses e seus homens – levados pelo mau humor de Poseidon, enquanto tentavam retornar à Ítaca –, em dado momento, chegaram a uma ilha desconhecida e foram bem-recebidos pelos moradores. Esses eram bastante pacíficos – ao contrário da maior parte das personagens apresentadas ao leitor ao longo da narrativa – e estranha-se neles apenas o fato de se alimentarem de flores de lótus. Os homens de Ulisses, experimentando tal flor, imergem em um universo de fantasia, perdendo a noção do tempo e da realidade que os envolve a ponto de não mais desejarem retornar para suas casas.

¹⁰ Lipovetsky; Serroy (2011, p. 119). “O hipercapitalismo de consumo se caracteriza [...] por uma economia da variedade e da renovação rápida dos produtos. Não é a redução, e a sim a explosão da diversidade que marca a cultura-mundo. Todo ano, 20 mil novos produtos de grande consumo são oferecidos aos europeus [...]. A Zara renova seus modelos a cada duas semanas, produzindo cerca de doze mil *designs* todo ano”.

¹¹ Baccega (2008, p. 02). E não há como não notar que, com a expansão tecnológica, a cada instante, exurgem novas possibilidades, novas formas de estar com o outro e (ou) de circundar o(s) mundo(s).

¹² Baudrillard (2011, p. 17). “O *drugstore* [ou melhor, o *shopping*] possui outro sentido diferente: não justapõe categorias de mercadorias, pratica a *amalgama dos signos*, de todas as categorias de bens considerados como campos parciais de uma totalidade consumidoras de *signos*. O centro



em livros de papel (ou não), esboçada nos *menus* de restaurantes e, é evidente, nos sabores e aromas que emergem de pratos, *mundialmente*, locais ou, ainda, a que está prestes a ser degustada nos espetáculos de dança, nas peças teatrais, nos filmes que transitam, semanalmente, pelas salas de cinema e, quiçá, mais recentemente, na possibilidade de comparecer à *avant-première* da Ópera de Paris, mesmo a milhares de quilômetros dali e sem poder recorrer ao próximo voo.

O palco no qual vidas saudáveis são fornecidas, cotidianamente, nas aulas de *ballet*, *jazz*, *muay thai*, boxe, ginástica ou musculação e promessas de emagrecimento sem esforço são comercializadas em pílulas e programas alimentares, e a juventude eterna está, difusamente, espalhada nos centros estéticos e saunas, salões de beleza e massagistas exóticas. Aliás, se *Chronos* o permitir, onde, também, haverá acesso a todo o necessário a uma existência digna e, especialmente, a tudo o que é, imperceptível e, ao mesmo tempo, explicitamente, supérfluo. Um lugar onde será possível encontrar descontos imperdíveis, embora, nem sempre exista, a clara percepção de quem os oferece. Um ambiente onde, certamente, haverá espaço para estacionar¹³, especialmente, porque não há tempo a perder, à procura de uma vaga e, muito menos, flanelinhas para incomodar.

Afinal, com a morte de Deus (NIETZSCHE, 2012), sem salvação, foi preciso encontrar um espaço no qual as angústias cotidianas pudessem ser minimizadas. E, bem melhor, se isso puder ser feito em um local distante da insegurança epidêmica das ruas¹⁴, sob o olhar atento de comprometidos guardiões, vestidos em seus, nem

cultural toma-se nele parte integrante do centro comercial. [...] *Culturaliza-se*. Ao mesmo tempo a mercadoria culturaliza-se igualmente, porque surge transformada em substância lúdica e distintiva, em acessório de luxo, em elemento no meio de outros elementos da *panóplia* geral dos bens de consumo”.

¹³ O maior *shopping* da América Latina está situado em São Paulo. O conjunto é formado pelo *shopping Leste Aricanduva*, *Interlar Aricanduva Móveis* e *Auto Shopping Aricanduva*, um conglomerado construído em 425.000m² e no qual estão distribuídas quase 600 lojas, 03 hipermercados, 15 concessionárias de automóveis, agências bancárias, Detran e pista de *test drive*. Há, ainda, 16 pistas de boliches, parede de escalada, *games*, *mini park*, sala de brinquedos, 14 salas de cinemas 3D com capacidade individual para até 546 pessoas. Um último detalhe: o estacionamento comporta até 14.700 veículos ao mesmo tempo. Disponível em: <<http://top10mais.org/top-10-maiores-shoppings-do-brasil/#ixzz3WfYtZBUU>>.

¹⁴ “O Brasil quebrou um triste recorde: teve o maior número de pessoas mortas em um ano, segundo [do] Mapa da Violência 2014, que compila dados de 2012. Ao todo, foram 56.337 mortes, o maior número desde 1980. O total supera o de vítimas no conflito da Chechênia, que durou de 1994 a 1996. É o dado mais atualizado de violência pelo Brasil e tem como base o Sistema de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, que registra as ocorrências desde 1980. A taxa de homicídios também alcançou o patamar mais elevado, com 29 casos por 100 mil habitantes. O índice considerado “não epidêmico” pela OMS é de 10 mortes por 100 mil habitantes”. Disponível em:



sempre, belos uniformes. Defensores bem treinados, com mais olhos¹⁵ que *Argos Panoptes*¹⁶ e dispostos a fazerem o impossível – além da dimensão foucautiana (FOUCAULT, 1980) que permeia a reflexão, seus empregos dependem disso – para manter a convivência harmônica no interior dos *templos sagrados da orgia consumista*.

Não por acaso, no Brasil, os números impressionam:

Os shoppings no Brasil ¹⁷	
Número total de <i>shoppings</i> (03.2015)	522
Área construída (03.2015)	33.230.000 m ²
Vagas para carros (03.2015)	823.244
Total de lojas (03.2015)	95.242
Lojas-âncora e megalojas (03.2015)	4.762
Salas de cinema (03.2015)	2.488
Faturamento estimado (12.2014)	R\$ 142.280.000,00
Vendas em relação ao varejo nacional (12.2014)	19% ¹⁸
Tráfego de pessoas (12.2014)	430.501.000

Números que explicitam o *frenesi* interminável que se arrasta sete dias por semana conduzindo à tentativa da satisfação de pantagruélicos desejos¹⁹ através de escadas rolantes, corredores espaçosos e vitrines sedutoras, cuidadosamente, arquitetadas para estimular infrequentes instantes de êxtase. Centenas de milhões

<<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/05/27/brasil-tem-recorde-historico-de-homicidios.htm>>.

¹⁵ Graças aos sistemas de videovigilância.

¹⁶ Lipovetsky (2014, p. 57-58): “Para luchar contra [...] la delincuencia hay ya en las calles, en los centros comerciales, en los transportes colectivos y en los establecimientos millones de cámaras y medios electrónicos de vigilancia [...] está en marcha la sociedad de la hipervigilancia”.

¹⁷ Dados fornecidos pela ABRASCE. Disponível em: <<http://www.portaldoshopping.com.br/site/monitoramento>>.

¹⁸ Esse cálculo não considera as vendas de combustíveis e de GLP e, somente, computou os dados de shoppings com lojas locadas, lojas-âncora e vagas de estacionamento com área igual ou superior a 5.000 m². Disponível em: <<http://www.portaldoshopping.com.br/site/monitoramento>>.

¹⁹ Lipovetsky (2014, p. 118). Incomodado com a ideia de alienação, o autor afirma que o poder de sedução de uma mercadoria é uma força produtora de engano, mas, também, capaz de atuar na emancipação do indivíduo.



de pessoas, vagando em busca da felicidade²⁰ – etérea e fugaz, inacessível²¹ e bulímica (LIPOVETSKY; SERROY, 2011, p. 119) –, perseguindo raros instantes de regozijo, escondidos em experiências que foram, estão sendo e, talvez, ainda, serão vivenciadas em histórias marcadas, inexoravelmente, pela *espetacularização* da vida²².

Ser, ter, parecer (DEBORD, 2012, p. 13).

2 DEFENDAM JERUSALÉM: HORDAS DE VÂNDALOS E CAVALEIROS TEMPLÁRIOS

Abertas as portas do século XXI, (a) a criação do programa *Bolsa-Família*, (b) o aumento real do salário-mínimo – ocorrido a partir de maio de 2005 – e (c) a oferta de crédito a dezenas de milhões de seres humanos que esperavam pela oportunidade de obter dinheiro a *baixo custo*²³ promoveram a alteração radical do cenário socioeconômico, até então, existente no Brasil.

²⁰ Porter (2011, p. 61-78): “[E]studos revelam que as pessoas mais ricas tendem a ser mais felizes que as pessoas mais pobres. Isso porque o dinheiro fornece inúmeras coisas que melhoram a vida das pessoas. Países mais ricos, em geral, são mais saudáveis e tem [sic] mortalidade infantil menor, bem como expectativa de vida mais alta. [...] Gente rica, geralmente, tem mais tempo de lazer, viaja mais e tem mais dinheiro para apreciar as artes”.

²¹ Debord (2012, p. 40): “Na imagem da unificação feliz da sociedade pelo consumo, a divisão real está apenas suspensa até à próxima não-completa realização no consumível. Cada produto particular que deve representar a esperança de um atalho fulgurante para aceder, enfim, à terra prometida do consumo total, é, por sua vez, apresentado cerimoniosamente como a singularidade decisiva. Mas como no caso da difusão instantânea das modas de nomes aparentemente aristocráticos que se vão encontrar usados por quase todos os indivíduos da mesma idade, o objeto do qual se espera um poder singular não pôde ser proposto à devoção das massas senão porque ele foi tirado de um número de exemplares suficientemente grande para ser consumido massivamente. O carácter prestigioso deste qualquer produto não lhe vem senão de ter sido colocado por um momento no centro da vida social, como o mistério revelado da finalidade da produção. O objeto, que era prestigioso no espetáculo, torna-se vulgar no instante em que entra na casa do consumidor ao mesmo tempo que na casa de todos os outros. Ele revela demasiado tarde a sua pobreza essencial, que retira da miséria da sua produção”.

²² Debord (2012, p. 13): “O espetáculo submete a si os homens vivos, na medida em que a economia [ou, o *Mercado*] já os submeteu totalmente. Ele não é mais que a economia desenvolvendo-se para si própria. [...] A primeira fase da dominação da economia sobre a vida social levou, na definição de toda a realização humana, a uma evidente degradação do *ser* em *ter*. A fase presente da ocupação total da vida social pelos resultados acumulados da economia conduz a um deslizar generalizado do *ter* para o *parecer*, de que todo o *ter* efetivo deve tirar o seu prestígio imediato e a sua função última”.

²³ Singer (2009, p. 93): Assevere-se que “a redução do risco decorrente do pagamento garantido acarretou uma queda em quase treze pontos percentuais da taxa de juros, e, em 2005, depois de crescer quase 80%, o crédito consignado colocava em circulação dezenas de bilhões de reais, usados, em geral, para o consumo popular”.



Um processo de emancipação que facultou a milhões de brasileiros – a muitos deles, pela primeira vez, em suas vidas (REGO; PINZANI, 2013) – a possibilidade de experimentarem alguns dos *néctares e manjares* com os quais sonharam²⁴ ao longo de suas existências – alguns, literalmente, por mais de meio século²⁵ –, sem que pudessem, entretanto, prová-los, ante a impossibilidade de se libertarem dos grilhões que os atavam à pobreza²⁶.

Dentre eles, uma miríade de jovens, buscando viver sua juventude! Crianças, adolescentes e jovens adultos – libertados dos grilhões que os condenara a uma vida de misérias –, atraídos pelo canto das sereias até os templos do consumo.

Templos que, até então, sequer constavam nos mapas conhecidos por um número *deveras eloquente*²⁷ de *Prometheus* acorrentados ao Cáucaso da invisibilidade social. Castelos recheados de promessas²⁸: alimentos, roupas, música e dança e, o mais importante, príncipes e princesas. Santuários – e, neles, a promessa de uma vida hedonista – situados em um mundo a ser conhecido e conquistado.

Hordas assustadoras aos olhos do mundo civilizado.

Um exército de jovens bárbaros invadindo espaços sagrados aos milhares²⁹.

²⁴ Sonhos, no mais, construídos pelo Mercado por meio do recurso à publicidade.

²⁵ Charles (2014, p. 25). “La segunda fase del consumo, que nace alrededor de 1950, señala el momento em que la producción y el consumo de masas dejan de estar reservados para una clase privilegiada, en el que el individualismo se libera de las normas tradicionales y en el que aparece una sociedad cada vez más volcada hacia el presente y las novedades que trae, cada vez más regida por una lógica de seducción pensada bajo la forma de una hedonización de la vida accesible a todas las capas sociales”.

²⁶ Lipovetsky; Serroy (2011, p. 37): “Em um universo livre de referências coletivas fixas, o hipercapitalismo faz crescer a insegurança [e] um grande número de pessoas, inclusive da classe média, vive uma experiência cruel de fracasso pessoal no isolamento e na vergonha se si mesmo, que dão origem à amargura, ao desencorajamento, à depressão”.

²⁷ Em um país, com mais de 200.000.000 de habitantes, poucos números não são expressivos.

²⁸ Fígaro; Grohmann (2014, p. 10): “MC Chaverinho explica [...] que ‘o *shopping* é o local onde a gente se identifica. Tenho vontade de consumir, comer um *McDonald’s*, comprar um tênis [...]. Só porque o jovem – da periferia – tem um tênis de R\$ um mil já é considerado bandido’. Para outro organizador, Duda Mel, os ‘rolezinhos’ são para se divertir, paquerar e conhecer gente nova”.

²⁹ Fígaro; Grohmann (2014, p. 08-09). “Os rolezinhos [...] são encontros marcados por jovens pela *Internet* e tiveram início nos *shopping centers* em São Paulo. O encontro do dia 8 de dezembro de 2013 [...] reuniu cerca de seis mil pessoas. As notícias nos jornais trouxeram declarações dos responsáveis pelos *shoppings centers* e, invariavelmente, tais declarações tomaram esses jovens como invasores do espaço privado, baderneiros ou, o que dá no mesmo, perigosos manifestantes que provocam medo nos clientes. [...] Nas redes sociais, as postagens repercutiram em grande medida as declarações das direções dos *shoppings*, quando não eram ainda mais enfáticas em relação à necessidade de proibição desses eventos, prisão de seus organizadores, identificados



Aos olhos dos *habitués*, um enxame³⁰ de vândalos, balbuciando dialetos desconhecidos e exibindo-se em seus uniformes – bonés, bermudas, correntes, tênis e camisetas – casuais demais para os parâmetros estéticos compartilhados pelos titulares do direito de ir e vir através dos corredores dos shoppings e, ao mesmo tempo, caros demais, para uma tribo que traz tatuadas na pele – e, muitas vezes, na cor da pele – as marcas de vidas preches de privações.

Uma legião movida pela ilusão de liberdade (BARBER, 2009, p. 68), disseminando o medo³¹.

Os Tribunais foram convocados a promover a defesa dos valores do Estado Democrático de Direito. E, apesar de instantes marcados pelo humanismo e pelo respeito à alteridade³², o que se viu, em regra, foram textos construídos por penas forjadas nos fornos de uma retórica, explicitamente, excludente³³.

como bandidos que põem em risco a segurança das boas famílias. Nada mais comprobatório das disputas por espaço, reconhecimento e direitos”.

³⁰ Bauman (2008, p. 99): “Em uma sociedade líquido-moderna de consumidores, o enxame tende a substituir o grupo [e] pode passar sem nenhum desses adornos sem os quais um grupo não se formaria, nem conseguiria sobreviver. Os enxames não precisam arcar com o peso dessas ferramentas de sobrevivência. Eles se reúnem, se dispersam e se juntam novamente, de uma ocasião para a outra, guiados a cada vez por relevâncias diferentes, invariavelmente mutáveis, e atraídos por alvos mutantes e móveis”.

³¹ Debord (2012, p. 18). Ou vítimas do *lótus* contido nos sonhos de consumo? Consoante o autor, “a alienação do espectador em proveito do objeto contemplado exprime-se assim: quanto mais ele contempla, menos vive, quanto mais aceita reconhecer-se nas imagens dominantes das necessidades, menos compreende a sua própria existência e o seu próprio desejo. A exterioridade do espetáculo em relação ao homem ativo revela-se no fato de os seus próprios gestos já não serem seus, mas de outro que lhes representa. Eis porque o espectador não se sente em casa em nenhum lugar, porque o espetáculo está em toda parte.

³² TJRJ. Apelação cível 0000549-78.2014.8.19.0207. 4ª Câmara Cível. Rel. Paulo Maurício Pereira. j. 17.07.2014. “Com efeito, nenhuma ilegalidade existe no fato narrado na inicial, visto que a marcação de reunião em local público não é proibida, nem a convocação feita pelas redes sociais. Nenhuma incitação à prática de violência ou vandalismo existe nas convocações. É certo que os direitos garantidos constitucionalmente devem ser exercidos com limites, a fim de que um não venha a sobrepor ou mitigar outro. É certo, também, que no caso presente, verifica-se que nas páginas da *Internet* mencionadas existem alguns “comentários” onde se percebe protesto contra temas como racismo e exclusão social. Mas é precipitado afirmar que todos aqueles que se manifestaram na rede sobre o evento tem o mesmo sentir de causar tumulto e desordem. Entendo possível exigir a retirada de sites de palavras ofensivas às pessoas, mas não de uma convocação para um ato que não é proibido, sob a alegação de que poderiam haver atos de violência ou vandalismo”.

³³ Fígaro; Grohmann (2014, p. 09): “Os rolezinhos [...] Nada mais comprobatório das disputas por espaço, reconhecimento e direitos. Uns acham que têm mais direitos do que os outros (estranhos, mulatos, pobres, favelados, oriundos da periferia e da escola pública). Também nada de novo, é histórica e recorrente a face fascista das classes médias quando se sentem ameaçadas e confundidas com as camadas populares, expressão pura da luta de classes”.



Um atentado à liberdade de milhares – talvez, milhões – de jovens³⁴.

Jovens que ousaram transitar pelos templos do consumo³⁵.

Que cultuam o mesmo deus³⁶ e são movidos pelos mesmos sonhos³⁷.

Tratados como vândalos, simplesmente, porque nasceram diferentes³⁸.

Condenados – em rituais que remetem ao tempo das ordálias – simplesmente por se arriscarem a ultrapassar algumas das fronteiras simbólicas existentes no Brasil, transitando por territórios que não lhes pertencem³⁹.

Censurados por atentaram contra a tranquilidade e a harmonia – leia-se, harmonia, que permeia as relações vividas em algum lugar distante do contexto do *apartheid* social tupiniquim – reinantes em um presente perpétuo embalado, constantemente, pela criação – e reprodução industrial em série – de incomensuráveis pseudoinovações no início de cada estação (MATOS, 2008, p. 25).

³⁴ Os Vândalos – tribo germânica – invadiram o Império Romano no desvelar da primeira metade do século V, ocupando Cartago e, pouco depois, saqueando Roma, em meados do mesmo século. É curioso notar como dezesseis séculos depois, do outro lado do Atlântico, jovens da periferia são, indiscriminadamente, qualificados como vândalos, portanto, bárbaros, como se vê, por exemplo, em: TJRJ. Agravo de instrumento 0002936-08.2014.8.19.0001. 21ª Câmara Cível. Des(a). Mônica Sardas. j. 09.04.2014. “Trata-se de ação de interdito proibitório, requerendo a autora o deferimento da liminar, inclusive com antecipação da tutela recursal, com a expedição de mandado proibitório, determinando ao movimento réu, seus líderes, integrantes e aderentes que se abstenham de prática de atos de vandalismo, arruaça e ilícitos penais tendo em vista o iminente risco de dano ao patrimônio e de violência gratuita contra os frequentadores do *shopping center*”.

³⁵ Bauman (2008, p. 161): “Desnecessários, indesejados, desamparados – onde é o lugar deles? A resposta mais curta é: fora de nossas vistas. Primeiro, precisam ser removidos das ruas e de outros lugares públicos usados por nós, legítimos residentes do admirável mundo consumista. Se por acaso são recém-chegados e não tiverem vistos de residência em ordem, podem ser deportados para além das fronteiras e, assim, excluídos fisicamente do domínio das obrigações devidas aos portadores de direitos humanos”.

³⁶ O capital.

³⁷ De consumo.

³⁸ Hamilton (1995, p. 693): “The crusade movement marked the first major shift in medieval Western religious thinking away from an ideal of world renunciation to one of world affirmation for lay people. However mistaken the crusading ideal may appear to modern religious sensibilities, the First Crusade was designed to offer the fighting men of western Europe an opportunity to use their aggressive instincts in the service of God and his church, so that they could live the Christian life not by renouncing the world and becoming monks, but by dedicating their everyday skills to a religious purpose”.

³⁹ Barber (2009, p. 47-49): “O capitalismo fechou um ciclo. [...] Hoje, sua capacidade de produção ultrapassa as necessidades às quais ele antes servia, enquanto sua capacidade de distribuição é obstruída pelas crescentes desigualdades globais que ele catalisou. Dependendo, para ter sucesso, do consumismo e não da produtividade, gerou um etos de infantilização que preza os mesmos atributos que o etos protestante condenava. Parece estar literalmente consumindo a si próprio, deixando a democracia em perigo e o destino dos cidadãos incerto”.



Brasileiros aos quais foi negado o *status* de consumidores⁴⁰ – e, antes disso, é importante frisar, a *qualidade* de cidadãos (NISHIYAMA, 2010, p. 125-184), simplesmente, por terem nascido na pobreza ou morarem na periferia.

A cada manifestação de um potencial exercício de liberdade substancial⁴¹, templários vestidos com togas negras afirmavam a relevância de “zelar pela segurança dos clientes”, de impedir “saques, furtos e depredação do patrimônio”⁴² e de evitar a ofensa à liberdade de locomoção em espaços privados, destinados ao comércio e ao lazer⁴³.

Espaços sagrados protegidos pela normatividade que pulsa da vedação do anonimato, da necessidade de não confundir, “espaço público, com espaço com acesso público” e da alusão ao fato de que a ponderação⁴⁴ dos “princípios constitucionais em colisão” restringiria a liberdade – e o *direito fundamental ao consumo, de titularidade da horda de vândalos* – ao garantir a proteção da “integridade física, [da] ordem pública e [do] direito à propriedade [...]”⁴⁵ – daqueles que chegaram, antes, aos templos do consumo⁴⁶.

⁴⁰ E é evidente o direito fundamental ao consumo, densificação da liberdade, constitucionalmente, garantida.

⁴¹ Curiosamente, informados, de forma ostensiva, aos inimigos por meio das redes sociais.

⁴² TJSP. Apelação cível 1009239-72.2014.8.26.0114. 6ª Câmara de Direito Privado. Rel. Vito Guglielmi. j. 19.03.2015. “Autor impedido de ingressar em *shopping center* por ser menor desacompanhado de responsável e por conta da notícia de ocorrência de rolezinho no local. Contexto fático que justifica a medida acautelatória tomada pelo demandado. Inexistência de ilicitude na conduta do preposto. Exercício regular do direito de bem zelar pela segurança dos clientes do estabelecimento. Ausência de prova de que a abordagem haja se dado de forma constrangedora. Autor que, posteriormente, já acompanhado por responsável, teve o acesso liberado ao interior do estabelecimento. Caso em que ferida mera suscetibilidade do demandante, o que não traduz dano”.

⁴³ TJMT. Agravo de instrumento 5271/2014. 2ª Câmara Cível. Rel. Maria Helena Gargaglione Póvoas. DJE 22.04.2014. “Interdito proibitório – Caso rolezinho [...] Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal [...] não são limitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna. Se a livre manifestação for exercida de maneira a cercear o direito de locomoção e trabalho em *shopping center*, local privado e destinado ao comércio, prestação de serviços e lazer, não há como ignorar a ofensa ao direito daqueles que clamam pela proteção judicial, ainda que não se trate de um caso clássico de interdito proibitório. O Estado Democrático de Direito deve ser garantido a todos os cidadãos, todavia, o seu exercício deve ser analisado em um contexto geral, não se admitindo que a livre manifestação e o livre trânsito de uns atinjam o direito de propriedade e o direito de locomoção de outros, bem como o direito ao trabalho, também assegurado pela Carta Magna”.

⁴⁴ Sem nenhuma alusão, entretanto, a como tal mecanismo deveria funcionar.

⁴⁵ Direito de propriedade, pois a expressão “direito à propriedade” deve ser significada a partir da ideia de acesso à titularidade proprietária.

⁴⁶ TJRJ. Agravo de instrumento 0002936-08.2014.8.19.0001. 21ª Câmara Cível. Rel. Mônica Sardas. j. 09.04.2014. “1. O direito à livre manifestação, para ser legal, necessita não ser anônimo, ser realizado em local aberto e não prescinde de prévio aviso à autoridade competente. 2. Os corredores de *shoppings centers* não podem ser equiparados à [sic] ruas, avenidas e praças, nem



Ocorre que, ao obstarem a possibilidade de perturbação da ordem pública (?) e evitarem (?) a incitação ao crime⁴⁷, decapitaram – no exercício da *jurisdictio* – sonhos e feriram sensibilidades, impedindo que o humanismo florescesse de sementes lançadas na tentativa de tutelar liberdades substanciais de crianças e adolescentes, simplesmente, diferentes (MARQUES; MIRAGEM, 2012), estancando, sonhos ao recorrerem, retoricamente, a homilias formais⁴⁸.

*Narcisos*⁴⁹ invadiram os *shoppings*.

Enviaram-nos, de volta, ao *Hades*.

são projetados para suportar manifestações públicas; não são locais abertos – não se podendo confundir espaço público com espaço com acesso público. 3. Ponderação [!?] dos princípios constitucionais em colisão, diante do critério da razoabilidade e proporcionalidade, devendo preponderar sobre o direito a [sic] livre manifestação os direitos à integridade física, ordem pública e direito a [sic] propriedade. 4. Presença dos pressupostos legais autorizadores da concessão da liminar. O *fumus bonis iures* [sic], eis que os *shoppings centers* são estabelecimentos privados que, amparados no direito à propriedade, devem coibir atos que possam causar desordem pública acarretando tumulto, correria e possíveis atos de depredação. O *periculum in mora*, eis que a defesa da integridade física e material reside no risco de nova convocação por rede social, sem prévia comunicação, podendo causar prejuízos não só ao autor, mas também a clientes e lojistas. 5. Incabível que se exija da parte autora, para garantir quer o direito à propriedade, quer a integridade física de seus frequentadores e a proteção dos lojistas, que feche as portas do *shopping center*, como tem ocorrido. 6. Concessão da liminar, determinando aos participantes do “rolezinho no shopping tijuca”, seus líderes e aderentes, que se abstenham de realizar manifestação nas dependências do Shopping Tijuca, sob pena de multa”.

⁴⁷ TJSP. Agravo de instrumento 2028611-41.2014.8.26.0000. 10ª Câmara de Direito Privado. Rel. João Carlos Saletti. j. 28.11.2014. “Rede social *facebook*. Decisão determinando a exclusão de página em que organizado evento ou reunião denominado rolezinho e assim também de todas as páginas em que eventos dessa natureza estiverem designadas para realização junto ao mencionado estabelecimento. Reunião que constitui direito a todos constitucionalmente assegurado. Vedação, no entanto, de utilização do meio para organizar evento com perturbação da ordem e da atividade empresarial, despreço ao direito dos demais frequentadores de shopping, e com incitação ao crime [...]. Retirada da página, legítima. Precedentes da Corte Superior e deste Tribunal Decisão mantida. Impossibilidade, no entanto, de ordenar, de forma indeterminada, a exclusão de toda e qualquer página em que eventos da mesma natureza estejam designados para o estabelecimento da autora, não indicadas na petição inicial Decisão reformada nessa parte. Agravo parcialmente provido”.

⁴⁸ TJSP. Agravo de instrumento 2040960-76.2014.8.26.0000. Câmara Especial. Rel(a). Claudia Grieco Tabosa Pessoa. j. 09.06.2014. “Quando do recebimento do recurso, aduzimos que, a despeito da ação em comento apontar que crianças e adolescentes estão suportando danos decorrentes de ilegalidades e abusos, supostamente cometidos pelas pessoas jurídicas listadas na inicial, no afã de coibir a realização dos denominados rolezinhos em suas dependências, é certo que se tratam [sic] de entes individuais, que apesar de desenvolverem a mesma atividade fim, possuem administração própria e desvinculada. ... fugiu ao recorrer a argumentos formais ... [...] Ação civil pública interposta em face de *shoppings centers* do Estado, com fins de cessar as proibições de entrada e permanência dos jovens que participam dos chamados “rolezinhos”. [...] Ações pontuais que já vem [sic] sendo tomadas de maneira individual em todo o Estado. Ausência de indícios de ações conjuntas ou articuladas”.

⁴⁹ Lipovetsky (2005, p. XXI): “Que outra imagem é melhor para significar a emergência desta forma de individualismo na sensibilidade psicológica, desestabilizada e tolerante, centrada sobre a realização emocional de si mesma, ávida de juventude, de esportes, de ritmo, mais empenhada em se realizar continuamente na esfera íntima do que em vencer na vida?”.



Devolvam minhas flores de lótus.

Às vezes, prefiro não ter consciência da minha infelicidade.

3 REFERÊNCIAS

- BACCEGA, Maria Aparecida. Consumo e identidade: leituras e marcas. In: BACCEGA, Maria Aparecida (Org.). **Comunicação e culturas do consumo**. São Paulo: Atlas, 2008.
- BARBER, Benjamin. **Consumido**: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos. Rio de Janeiro: Record, 2009.
- BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Trad. A. Morão, Lisboa: 70, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BORNHEIN, Gerd. **Metafísica e finitude**. Porto Alegre: Movimento, 1972.
- CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. São Paulo: Record, 2004.
- CASTORIADIS, Cornélius. **A instituição imaginária da sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 1982.
- CATALAN, Marcos. O crédito consignado no Brasil: decifra-me ou te devoro, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 87, p. 125-148, 2013.
- CHARLES, Sébastien. El individualismo paradójico. In: LIPOVETSKY, Gilles. **Los tiempos hipermodernos**. Trad. Antonio Prometeo Moya. Barcelona: Anagrama, 2014.
- DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Trad. Francisco Alves e Afonso Monteiro. Lisboa: Antígona, 2012.
- FÍGARO, Roseli; GROHMANN, Rafael. Lutas de classes e os 'rolezinhos': uma abordagem na perspectiva dos estudos de recepção In: **XXI Encontro da Compós 2014**, Belém/PA. Anais da Compós, 2014.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica del poder**. Trad. Julia Varela y Fernando Alvarez-Uría. 2. ed. Madrid: DE, 1980.



GHERSI, Carlos Alberto. Tercera vía en derecho de daños: anticipación, prevención y reparación, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 13, n. 50, p. 225-238, abr./jun. 2004.

HAMILTON, Bernard. Ideals of holiness: crusaders, contemplatives, and mendicants, **The International History Review**, v. 17, n. 4, p. 693-712, nov./1995.

LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio**: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Trad. Therezinha Monteiro Deutsch. Barueri: Manole, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. **Los tiempos hipermodernos**. Trad. Antonio Prometeo Moya. Barcelona: Anagrama, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura mundo**: resposta a uma sociedade desorientada. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: RT, 2012.

MATOS, Olgária. A cena primitiva: capitalismo e fetiche em Walter Benjamin. In: BACCEGA, Maria Aparecida (Org.). **Comunicação e culturas do consumo**. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A gaia ciência**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Ecce homo**: de como a gente se torna o que a gente é. Trad. Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM, 2009.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PORTER, Eduardo. **O preço de todas as coisas**: por que pagamos o que pagamos. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

REGO, Walquiria Leão; PINZANI, Alessandro. **Vozes do bolsa família**: autonomia, dinheiro e cidadania. São Paulo: Unesp, 2013.

SARTRE, Jean-Paul. **A náusea**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SINGER, André. Raízes sociais e ideológicas do lulismo, **Novos Estudos**, São Paulo, n. 85, p. 83-102, nov. 2009.

SOZZO, Gonzalo. Daños derivados del acto de consumo, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 9-33, abr./jun. 2000.

TJMT. Agravo de instrumento 5271/2014. DJE 22.04.2014.



- TJRJ. Agravo de instrumento 0002936-08.2014.8.19.0001. j. 09.04.2014.
- TJRJ. Apelação cível 0000549-78.2014.8.19.0207. j. 17.07.2014.
- TJSP. Agravo de instrumento 2028611-41.2014.8.26.0000. j. 28.11.2014.
- TJSP. Agravo de instrumento 2040960-76.2014.8.26.0000. j. 09.06.2014.
- TJSP. Apelação cível 1001737-51.2014.8.26.0577. j. 10.02.2015.
- TJSP. Apelação cível 1009239-72.2014.8.26.0114. j. 19.03.2015.
- TOMASETTI JUNIOR, Alcides. A configuração constitucional e o modelo normativo do cdc, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 14, p. 28-32, abr./jun. 1995.
- TUNGATE, Mark. **Mundo do luxo**: o passado, o presente e o futuro das marcas de luxo. Trad. Celina Falck-Cook. São Paulo: Seoman, 2014.
- YEAGER, Suzanne. The siege of Jerusalem and biblical exegesis: writing about Romans in fourteenth-century England, **The Chaucer Review**, v. 39, n. 1, 2004, p. 70-102, 2004.



POSSE E PROPRIEDADE: UMA CONSTANTE TENSÃO EM BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL¹

POSSESSION AND PROPERTY: A CONSTANT TENSION IN SEARCH OF THE SOCIAL FUNCTION

Rodrigo Cardoso Freitas²

Adriano Sant'Ana Pedra³

Resumo

O presente artigo analisa a constante tensão entre os direitos de propriedade e posse, objetivando a concretização dos princípios da função social e dignidade humana, além dos direitos fundamentais de propriedade e moradia. Também examina as soluções extraídas da jurisprudência para a solução do conflito de regras e colisão dos princípios atinentes aos direitos de posse e propriedade. Por fim, busca identificar os critérios objetivos utilizados para o trabalho de interpretação constitucional, tendo em vista a aplicação da técnica da ponderação.

Palavras-chave: Posse. Propriedade. Tensão. Função social.

Abstract

This article analyzes the constant tension between the rights of ownership and possession, aiming at the realization of the principles of social function and human dignity, in addition to the fundamental rights of property and housing. It also examines solutions extracted from case law for the resolution of the conflict rules and collision of principles relating to ownership and property rights. Finally, seeks to identify the objective criteria used for the constitutional interpretation work, with a view to implementation of the ponderation technique.

Keywords: Posse. Property. Tension. Social role.

Sumário: 1. Introdução. 2. A função social entre a posse e a propriedade como fonte de tensão. 3. A busca de uma solução para dirimir a tensão no caso concreto. 4. Algumas respostas extraídas da jurisprudência em casos de máxima tensão entre posse e propriedade. 5. Conclusão. 6. Referências.

¹ Artigo submetido em 10/10/2016, pareceres de análise em 11/04/2017 e 21/05/2017, aprovação comunicada em 22/08/2017.

² Doutorando do programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Função Social do Direito da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Professor da graduação e pós-graduação *lato sensu* da FDV. *E-mail:* rflafreitas@hotmail.com.

³ Doutor em Direito do Estado (PUC/SP), mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV), professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Procurador Federal. *E-mail:* adrianopedra@fdv.br.



1 INTRODUÇÃO

O tema relativo ao cumprimento da função social é constantemente revisto em trabalhos acadêmicos, especialmente a partir da vigência do Código Civil de 2002, a partir de quando restou aclarada não somente a necessidade de revisão dos elementos que integram a estrutura dos direitos de propriedade e posse, mas também o distanciamento destes direitos, ao menos no que diz respeito à autonomia quanto aos respectivos regimes jurídicos.

A função social também passou a servir tanto de fonte externa à pessoa humana, legitimadora da propriedade e da posse, quanto de instrumento para a concretude do princípio da dignidade humana e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais relacionados ao que se denomina de mínimo existencial, dando causa, mesmo que excepcionalmente, a conflitos de interesses entre proprietários e possuidores.

Não obstante a constante discussão do referido tema, ainda é oportuna exposição não apenas da constante tensão entre os institutos mais importantes do direito das coisas, notadamente quando em jogo a colisão dos princípios da propriedade privada, da função social e da dignidade humana, mas também das soluções que estão sendo obtidas em situações peculiares, mediante a aplicação das técnicas da proporcionalidade e ponderação.

Para tanto, será inicialmente exposta a tensão envolvendo os direitos de posse e a propriedade, naturalmente decorrente dos interesses antagônicos de seus respectivos titulares, tendo como premissa o reconhecimento da existência de funções sociais independentes, mesmo que voltadas para a concretização da justiça social.

Em seguida, será exposta a busca de uma solução uniforme para dirimir a referida tensão segundo as particularidades do caso concreto, inclusive mediante a exposição de questionamentos quanto a liberdade do julgador para aferir a possibilidade ou não de aplicação de solução exposta no ordenamento.

Por fim, serão expostos alguns precedentes considerados paradigma no que diz respeito à tensão entre o direito de propriedade e a situação possessória consolidada, nos quais foram aplicadas soluções que possuem afinidade quanto às



razões de precedência dos princípios da função social e da dignidade humana, sem, contudo, anular o direito fundamental de propriedade.

O que se almeja com o registro dos principais argumentos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência envolvendo o tema é contribuir com a identificação de critérios objetivos, necessários para o aperfeiçoamento das técnicas utilizadas para a solução de conflitos de regras e colisões de princípios reiteradamente existentes nos litígios que envolvem a posse e a propriedade.

2 A FUNÇÃO SOCIAL ENTRE A POSSE E A PROPRIEDADE COMO FONTE DE TENSÃO

Dispõe a Constituição Federal qual a compreensão do princípio da função social, ao menos no que diz respeito aos limites da atuação do Poder Público em relação à propriedade privada. É o que se extrai dos artigos 182, 184 e 186, da Carta Magna, que, ao disciplinarem como as propriedades urbana e rural cumprem a sua função social, prescrevem as consequências jurídicas que podem ser aplicadas pelo Município e pela União, respectivamente, em caso de descumprimento de seus comandos.⁴

A função social da propriedade, contudo, não fica restrita às mencionadas limitações, muito menos à eventual relação envolvendo o Poder Público e o titular da propriedade privada. É reconhecido, atualmente, que o princípio da função social também deve ser aplicável no fenômeno puramente possessório, independentemente da existência de propriedade.⁵

⁴ Neste sentido, afirma Paulo Luiz Netto Lôbo: “Para determinadas situações, a Constituição estabelece o conteúdo da função social, como se lê no artigo 182, § 2º, relativamente à propriedade urbana, e no art. 186, relativamente à propriedade rural. Neles, evidentemente, não se esgota seu alcance. A desapropriação por interesse social arma o Poder Público de poderoso instrumento para alcançá-la, pois não se trata de expropriação tradicional, que transfere o bem particular para o domínio público, mas de transferência de bem particular, que não realizou a função social, para o domínio ou posse de destinatários particulares, que presumivelmente a realizarão. No caso da propriedade urbana, outros mecanismos de intervenção estatal estão previstos: o parcelamento ou a edificação compulsórios e o imposto progressivo no tempo. O conflito entre a concepção individualista da propriedade e a concepção social emerge na reação que se nota nos tribunais à implementação, pelos municípios, do imposto progressivo sobre terrenos urbanos desocupados, apenas utilizados para fins especulativos” (LÔBO, 2009, p. 34).

⁵ Neste sentido: ALBUQUERQUE, 2002. FACHIN, 1988, p. 18-20; FARIAS, 2012, p. 72-73; HERKENHOFF, 2008, p. 313-332, p. 317; LISBOA, 2005, p. 53-56; MARTINS-COSTA, 2002, p. 154; TORRES, 2007, p. 303-304.



É que, conforme expõe Teori Albino Zavascki, a mencionada função social da propriedade deve ser entendida como sendo a função social dos bens, pouco importando a existência de título de domínio ou de posse, pois são “os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidos a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo” (ZAVASCKI, 2002, p. 844).⁶

Por tais razões, entende Zavascki que “a função social da propriedade (que seria melhor entendida no plural, “função social das propriedades”), realiza-se ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor”, tenha ou não título a justificar tal posse. Assim, conclui o autor que “o princípio da função social diz respeito mais ao fenômeno possessório que ao direito de propriedade” (ZAVASCKI, 2002, p. 844).

Com efeito, é cada vez maior a expectativa em torno da ampliação do espectro do princípio da função social (SILVA, 2015, p. 344-345)⁷, quase sempre justificada pelas necessidades essenciais à dignidade humana e inerentes a uma compreensão moderna de cidadania em seu sentido material⁸, não mais vinculada somente à participação no processo político (SILVA, 2015, p. 344-345), mas também voltada para a máxima concretização de direitos fundamentais e do mínimo existencial.⁹

Neste sentido, afirma Lucas Abreu Barroso que o “Direito está comprometido com os ditames da cidadania material e justiça social, atinentes aos Estados de direito democráticos, abandonando definitivamente as matrizes individualistas que permearam os últimos séculos, em proveito dos valores coletivos” (BARROSO,

⁶ Diz o autor: “Bens, propriedades são fenômenos da realidade. Direito - e, portanto, direito da propriedade - é fenômeno do mundo dos pensamentos. Utilizar bens, ou não utilizá-los, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, representa atuar no plano real, e não no campo puramente jurídico” (ZAVASCKI, 2002, p. 844).

⁷ Observa Paulo Luiz Netto Lôbo que a ideia de propriedade extraída da Constituição é “mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os códigos civis ainda alimentam”, razão pela qual abrange o “controle empresarial, o domínio sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais”. Como consequência, também é ampliada a órbita de abrangência da função social constitucionalmente exigida (LÔBO, 2009, p. 35)

⁸ Neste sentido: BARROSO, 2011, p. 157-173.

⁹ Lucas Abreu Barroso afirma que “os direitos fundamentais incidem de maneira direta e imediata em face das normas de direito privado”, razão pela qual afirma que “a função social da propriedade está inclinada a atender aos reclamos da dignidade da pessoa humana” (BARROSO, 2011, p. 164).



2011, p. 162). Como consequência, afirma que “os direitos fundamentais incidem de maneira direta e imediata em face das normas de direito privado”, fazendo com que a função social da propriedade fique “inclinada a atender aos reclamos da dignidade da pessoa humana” (BARROSO, 2011, p. 164).

Como reflexo do referido quadro, afirma Marco Aurélio Bezerra de Melo que a posse não pode mais ser vista como mera exteriorização do domínio, pois a sua densidade, especialmente em uma sociedade desigual, “que oscila entre a pobreza e a miséria e que adota como modelo tradicional para a aquisição de bens a compra e venda e o direito hereditário”, demonstra a sua vocação para realizar o acesso à dignidade (art. 1º, III, da CRFB) e à moradia (art. 6º da CF) (MELLO, 2004, p. 9-11).

O referido autor perfilha o mesmo entendimento manifestado por Ana Rita Vieira de Albuquerque (2002, p. 213), no sentido de que o princípio da função social provoca, dentre outras consequências, “a elevação da dignidade da pessoa humana a um plano concreto, como um instrumento efetivo para atender as exigências de moradia, de aproveitamento do solo e os programas de erradicação da pobreza”, sendo, portanto, “instrumento positivo de afirmação da cidadania” (MELLO, 2004, p. 9-11).

Teresa Arruda Alvim Wambier afirma, na mesma linha de pensamento, que o princípio constitucional da função social impõe que o direito de propriedade seja exercido de forma contextualizada com os anseios da sociedade em que está inserido, sendo esta uma tendência do direito contemporâneo, no qual “predomina a visão de que o direito, de um modo geral, tem a vocação de gerar o bem-estar coletivo” (WAMBIER, 2007, p. 536-537). Expõe a autora, em relação ao nosso ordenamento, que houve um afastamento paulatino do “quadro ideológico e valorativo dominante no período da Revolução Francesa”, ao ponto de ser a função social da propriedade, atualmente, fruto do quadro valorativo predominante no nosso País¹⁰, notadamente em razão da “carência de habitações rurais e urbanas, exacerbada nos últimos tempos pelo considerável aumento da população, que dobrou em 30 anos, e da pesada migração da população rural para as áreas urbanas, em busca de melhores condições de vida” (WAMBIER, 2007, p. 536-537).

¹⁰ Afirma a autora: “A função social da propriedade pode ser vista, na verdade, como o inverso do abuso do exercício deste direito. Pode-se pensar em que o não-uso ou a subutilização da propriedade estariam abrangidos por este abuso” (WAMBIER, 2007, p. 536-537).



De outra plana, Chaves e Rosenvald explicam, em relação à posse, que as teorias clássicas não respondem às atuais expectativas sociais, notadamente por justificarem a proteção da posse como forma de proteção da propriedade, visão que reduz substancialmente o espectro social do instituto (CHAVES; ROSENVALD, 2007, p. 39). Neste sentido, dizem os autores que os “momentos históricos de Savigny e Ihering hoje são insuficientes para exprimir a densidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, além de completamente divorciadas da realidade do Brasil, como nação de escassos recursos e enormes conflitos fundiários.” (CHAVES; ROSENVALD, 2007, p. 39). No referido contexto, afirmam Chaves e Rosenvald que as teorias sociológicas da posse melhor atendem a realidade atual, pois desvinculam o fenômeno possessório da propriedade, demonstrando que a posse deve ser vista de acordo com os valores sociais nela impregnados, como um poder fático de ingerência socioeconômica sobre determinado bem da vida, mediante a utilização concreta da coisa (CHAVES; ROSENVALD, 2007, p. 39).

Pelas razões expostas, lecionam que a vinculação do fenômeno possessório ao direito de propriedade enfraquece a efetividade do instituto, mantendo sua clássica compreensão como mera aparência de propriedade ou “instrumento mais célere posto à disposição do proprietário para facilitar a defesa jurídica de sua situação patrimonial” (CHAVES; ROSENVALD, 2007, p. 39). Pela mencionada incompatibilidade de tal pensamento com os dias atuais, defendem que a tutela da posse deve ocorrer “pela própria relevância do direito de possuir, em atenção à superior previsão constitucional do direito social primário à moradia (art. 6º da CF-EC nº 26/01), e o acesso aos bens vitais mínimos hábeis a conceder dignidade à pessoa humana (art. 1º, III, da CF)”.¹¹⁻¹² Também expõem ser comum a tensão entre

¹¹ Segundo os autores, “a oponibilidade *erga omnes* da posse não deriva da condição de direito real patrimonial, mas do atributo extrapatrimonial da proteção da moradia como local de reguardo da privacidade e desenvolvimento da personalidade do ser humano e da entidade familiar” (CHAVES; ROSENVALD, 2007, p. 40).

¹² Teoria Albino Zavascki leciona que a autonomia da posse decorre da sua função social. Vejamos: “A Constituição Federal, que estabelece enfaticamente ser “garantido o direito de propriedade” (art. 5º, XXII), não tem dispositivo semelhante em relação à posse. A disciplina da posse e a correspondente tutela jurídica se dão indiretamente, na medida e em consideração àquilo que ela representa como concretização do princípio da função social das propriedades. Com efeito, já se afirmou que tal princípio diz respeito à utilização dos bens e, como tal, refere-se a comportamentos das pessoas - proprietários ou não proprietários - que detêm o poder fático, a efetiva disposição dos bens, assim considerados no seu mais amplo sentido. Ou seja: é princípio que se dirige ao possuidor, independentemente do título da sua posse” (ZAVASCKI, 2002, p. 847).



a posse e a propriedade, especialmente em situações em que resta evidenciada tanto a negligência dos proprietários quanto aos seus poderes/deveres previsto em lei, quanto a diligência de possuidores que exercem a ingerência socioeconômica sobre o bem. Nesta hipótese, surge o conflito de interesses constitucionalmente protegidos: “de um lado, o direito fundamental à propriedade (art. 5º, XXII, da CF); de outro, a função social da propriedade que, apesar de omitida pelo titular formal, é concedida por um possuidor, ao deter poder fático sobre o bem (art. 5º, XXIII, da CF).” (CHAVES; ROSENVALD, 2007, p. 40).

Explicam Chaves e Rosenvald que a referida tensão, na maioria dos casos, será resolvida pelos institutos legais disponíveis, especialmente pelas hipóteses de usucapião e desapropriação privada; porém, algumas situações serão solucionadas pela ponderação dos interesses conflituosos, segundo as particularidades do caso concreto. Não pode ocorrer, contudo, a convivência com a “noção da posse reduzida a direito real”, pena de “estaremos submetendo-a preconceituosamente ao império da propriedade, reduzindo a sua enorme importância Social.” (CHAVES; ROSENVALD, 2007, p. 40)¹³. Como visto, os autores enxergam na função social a dignidade que a posse merece ter. Vejamos:

Na função social da posse o possuidor não é mais inserido entre os *erga omnes*, como mero sujeito passivo universal de um dever de abstenção, que difusamente titulariza o direito subjetivo de exigir que o proprietário cumpra as suas obrigações perante a coletividade. Aqui, o possuidor adquire individualidade e busca acesso aos bens que assegurem a si e a sua família o passaporte ao mínimo essencial. (CHAVES; ROSENVALD, 2007, p. 40).

Por tais razões, predomina na doutrina o entendimento de que, mesmo tendo a propriedade uma função social, quem efetivamente a realiza é o possuidor, fenômeno que não gera qualquer conflito quando ambos são a mesma pessoa. Todavia, sendo o possuidor e o proprietário pessoas distintas, pode ocorrer a mencionada colisão entre os “princípios da função social da propriedade e da função social da posse”, que deverá ser solucionada seja por meio da consequência prevista em lei, seja pelo magistrado, mediante o emprego da proporcionalidade

¹³ Eusébio Carvalho afirma que a tensão entre posse e propriedade acaba sendo resolvida por meio da função social, que, a exemplo do demais princípios constitucionais, “entra como fiel da balança para definir a proteção possessória, fazendo com que ganha cada vez mais autonomia” (CARVALHO, 2009, p. 291).



(CHAVES; ROSENVALD, 2007, p. 40)¹⁴. Não há dúvidas, portanto, quanto a existência da função social da posse que, sendo distinta da função social da propriedade, “não apenas se sanciona a conduta ilegítima de um proprietário que não é solidário perante a coletividade, mas também estimula o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana”.¹⁵

Como visto, mesmo sendo inegável a tensão entre a posse e a propriedade, busca a doutrina reconhecer no fato da posse uma justificativa para a satisfação de anseios sociais, sem vínculo necessário com o direito de propriedade. A posse, assim, independentemente de como era vista anteriormente, deve, diante do seu aspecto social, voltar seus olhos apenas para o futuro, servindo ao propósito almejado, que inclui o desejo de se conceder dignidade, cidadania, justiça social, moradia, bem estar, dentre outros direitos que integram o mínimo existencial. Da referida justificativa de proteção é que se extrai, na maioria dos casos, a constante tensão entre os direitos de posse e de propriedade, servindo o princípio da função social e os direitos fundamentais como fundamentos para a solução do caso concreto.

3 A BUSCA DE UMA SOLUÇÃO PARA DIRIMIR A TENSÃO NO CASO CONCRETO

Não obstante a relevância da visão exposta no tópico anterior, é inevitável a exposição de alguns questionamentos relevantes tanto para a compreensão da tensão provocada pelo exame da função social, quanto para as eventuais soluções

¹⁴ Afirma Teori Albino Zavascki que “a função social da propriedade (que seria melhor entendida no plural, “função social das propriedades”), realiza-se ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse. Bem-se vê, destarte, que o princípio da função social diz respeito mais ao fenômeno possessório que ao direito de propriedade. Referida função é 'mais evidente na posse e muito menos na propriedade', observa a doutrina atenta, e daí falar-se em função social da posse” (ZAVASCKI, 2002, p. 844).

¹⁵ Afirmam Chaves e Rosenvald: “Cumpra perceber que a função social da propriedade recebeu posituação expressa no Código Civil (art. 1.228, § 1º), mas o mesmo não aconteceu com a função social da posse. Contudo, a ausência de regramento no direito privado em nada perturba a filtragem constitucional sobre este importante modelo jurídico, pois o acesso à posse é um instrumento de redução de desigualdades sociais e de justiça distributiva” (CHAVES; ROSENVALD, 2007, p. 40-42).



pautadas pela conjugação da norma positivada com a interpretação constitucional acerca da incidência dos princípios e direitos fundamentais. Tais questionamentos, contudo, estão mais voltados para o exame do método de interpretação realizado pelo julgador para se alcançar a solução mais justa no caso concreto – especialmente quando afastada a norma disponível no sistema, do que em relação as conclusões expostas no tópico anterior.

Não há dissenso, por exemplo, quanto ao reconhecimento de que, mesmo sendo a posse um valioso instrumento para a concretização da função social, alguns parâmetros indicados pela Constituição Federal aproximam a posse da propriedade, até mesmo por ser a posse o meio pelo qual a propriedade cumpre a função social. Desconsiderar tal aproximação extirparia a função social da propriedade. Por mais que se prestigie a autonomia da posse, esta autonomia, tal como se apresenta o nosso ordenamento, não pode ser usada para mitigar o conteúdo mínimo da propriedade, também considerado um direito fundamental delimitado por sua função social, muito menos se conferir à posse um maior prestígio que a propriedade, apenas em razão do propósito de se fazer justiça social, até mesmo porque o possuidor de hoje será o proprietário de amanhã, fazendo jus, mesmo que no futuro, ao mesmo tratamento.

A afirmação exposta pode transparecer certo conservadorismo acerca dos institutos do direito das coisas, mas, na verdade, apenas representa o reconhecimento da necessidade de estabelecimento de critérios para se alcançar a mesma justiça social sem, contudo, fulminar como o núcleo essencial mínimo da propriedade (ALVIM, 2006, p. 15). Tais critérios serão importantes para o aperfeiçoamento das técnicas que venham a ser utilizadas para a interpretação da norma constitucional e enfrentamento da colisão dos princípios expostos no presente trabalho, relacionadas à mencionada tensão entre a posse e a propriedade.

Conforme expõe Paulo Luiz Netto Lobo, “a propriedade é o grande foco de tensão entre as correntes ideológicas do liberalismo e do igualitarismo”, tendo a Constituição Federal refletido tal quadro ao dispor que é garantido o direito de propriedade privada, observado o cumprimento da função social, ou seja, há um conflito entre o interesse individual e outro social. Diz o autor que, “mais que uma solução de compromisso, houve uma acomodação do conflito”, cujo caminho, em seu ver, passa pela “utilização do critério hermenêutico do princípio da



proporcionalidade, largamente adotado pelos teóricos da interpretação constitucional e pelas cortes constitucionais, nomeadamente o do balanceamento ou da ponderação de direitos e interesses em conflito”. Somente assim, segundo Zavascki, haverá um “sentido harmônico de ambas pois têm igual dignidade constitucional” (LÔBO, 2009, p. 33-34).

A questão, contudo, é problematizada por Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 5), que, ao examinar a técnica legislativa utilizada pelo Código Civil de 2002, especificamente no que se refere às cláusulas gerais, das quais é exemplo, em seu ver, o princípio da função social, adota a autora uma posição mais conservadora quanto à forma de se alcançar soluções não acolhidas pelo ordenamento. Diz a autora que “as cláusulas gerais, ao lado dos princípios jurídicos e dos conceitos vagos ou indeterminados, que cada vez mais integram os textos das leis, são elementos característicos do direito contemporâneo”, configurando expressões de significados vagos, que atuam como “poros” por meio dos quais ocorre a comunicação entre direito e realidade (ALVIM WAMBIER, 2007, p. 534).¹⁶ Demonstrem que o direito contemporâneo “tende a ser aberto e flexível”, em busca de aproximação com a realidade.¹⁷

Todavia, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, as cláusulas gerais acabam tendo uma vocação mais ampla que as demais normas, sendo, “por assim dizer, ‘mais importantes’ do que as outras”, objetivando não abranger não só a realidade atual, mas também a que está por vir, especialmente diante da “complexidade que passou a caracterizar as sociedades do meio do século passado até nossos dias e a velocidade com as mudanças ocorrem”, que tornam insuficientes as técnicas legislativas anteriormente usadas em um sistema fechado, inspirado no “racionalismo iluminista”.¹⁸⁻¹⁹

¹⁶ Sobre as cláusulas gerais, vide: MAZZEI, 2006, p. 390; e MAZZEI, 2005. V. 1, p. LXXIII-LXXXIX.

¹⁷ Explica a autora: A complexidade das sociedades contemporâneas já não permite que nem mesmo o presente, em sua integralidade, seja abrangido pelo direito escrito, se este se amoldar às codificações oitocentistas, que tinham a pretensão de esgotar o mundo real. A função das cláusulas gerais, conforme a jurista, seria a de desempenhar o papel de ‘janelas abertas para mobilidade da vida, criando pontes que o ligam a outros corpos normativos, mesmo que Meta-jurídicos’ (ALVIM WAMBIER, 2007, p.535).

¹⁸ Afirma a autora: “As cláusulas gerais ‘incorporam princípios, diretrizes e máximas de conduta originariamente estranhas ao *corpus* codificado’ e a atividade de concreção destas normas acaba resultando na constante formulação de novas normas” (ALVIM WAMBIER, 2007, p.535).

¹⁹ Sustenta a autora: “São, no magistério de Gustavo Tepedino, ‘normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os



Após admitir que a utilização das cláusulas gerais devem ser conjugadas com técnicas tradicionais, “sob pena de se criar um sistema capaz de gerar um grau praticamente insuportável de segurança” – afirma que, mesmo sendo inevitável a incerteza, a mesma deve ser “admissível em certo grau que não resulte em convulsão social” (ALVIM WAMBIER, 2007, p. 534) – esclarece Teresa Alvim Wambier (2007, p. 534) que cabe ao intérprete conferir o respectivo sentido normativo, a partir das peculiaridades do caso concreto, socorrendo-se dos “elementos vindos da esfera social, econômica e moral, que são, justamente, de certo modo, juridicizados pela cláusula geral.” Contudo, partindo-se da premissa de que a função social da propriedade é uma espécie de cláusula geral e após explicar todo o contexto normativo no qual se insere esta função (ALVIM WAMBIER, 2007, p. 536-537), questiona a autora: Qual a espécie de liberdade que é conferida ao juiz quando decide com base numa dessas cláusulas? A resposta da autora pode ser resumida nas seguintes afirmações:

1 - Genericamente, as “cláusulas não se consubstanciam em porta aberta para que o juiz exerça qualquer tipo de valoração de caráter subjetivo”, tendo liberdade apenas para buscar dar sentido aos princípios no *ethos* dominante, notadamente por ser o legislador o principal destinatário da cláusula geral da função social da propriedade, limitado pela Constituição, e não o juiz – considerado destinatário secundário -, que não pode “desfigurar a propriedade ou declará-la inexistente” pela ausência de cumprimento da função social;²⁰

2 – Pode o juiz julgar com amparo na cláusula geral, “desde que não afaste dispositivo legal expresso que preveja a solução para aquela determinada situação”, razão pela qual deve a cláusula geral ser “o ponto de apoio pra a formação judicial da norma adequada ao caso concreto”, tendo como objetivo nutrir o julgador de critérios para suprir o julgamento com variáveis sociais, “desde que se trate de situação para a qual não conste no direito posto solução expressa”;

3 - A cláusula geral possui três funções, quais sejam, “é regra de integração hermenêutica, é fonte criativa de direitos e deveres jurídicos e limita o exercício de direito subjetivos”. Tomando o Código Civil e o ordenamento em geral como “pauta de conduta para todos”, não é “tarefa do sistema, e nem dos juízes, mudar a ordem” por meio dos “poros” do sistema (princípios jurídicos, conceitos vagos e cláusulas gerais), mas apenas “amoldá-lo, adequá-lo” à realidade, ou seja, “as cláusulas gerais deverão gerar decisões que poderão ser tidas como precedentes, para as hipóteses em que no

limites para a aplicação de demais disposições normativas.’ As cláusulas gerais, querendo retratar a fenomenologia social sobre a qual recai a disciplina, não pode a todas as situações referir-se de modo individualizado. Seu enunciado ‘recolhe os traços mais salientes da conjuntura a versar, originando-se tipos empíricos ou tipos da vida’ (ALVIM WAMBIER, 2007, p. 535).

²⁰ “O proprietário tem, na cláusula geral da função social da propriedade, um padrão de conduta; os terceiros, caso não seja obedecido este padrão, podem exigir a harmonia da conduta do proprietário com esta regra” (ALVIM WAMBIER, 2007, p. 534).



direito positivo não se encontrem respostas para o caso posto sob a apreciação do juiz”;

4 - A função das cláusulas gerais deve ser compatível com Estado de Direito e com princípio da legalidade, com a ressalva de que, mesmo não estando o juiz adstrito exclusivamente à lei, sua atuação está “vinculada ao direito (=sistema jurídico), que é composto de normas postas, de princípios jurídicos de direitos fundamentais, de doutrina, de jurisprudência”, sendo imprescindível preservar o “valor segurança”, notadamente em seu “sentido de previsibilidade”, já que “são a pauta de consulta mais visível para o jurisdicionado”;

5 - Os princípios jurídicos, cláusulas gerais e conceitos vagos também consistem em pauta de conduta, mas “não devem incidir, para resolver casos concretos, afastando preceitos legais expressos”, quadro somente possível por meio de alteração ou revogação normativa. Atuam como “poros” que oxigenam o sistema jurídico, que não pode permanecer imutável, sendo “responsáveis pela evolução do direito no sentido de se adequar às necessidades sociais”;

6 - O controle da decisão judicial pode ocorrer sobre duas dimensões da sua motivação, uma interna, de *subsunção*, e outra externa, que consiste na justificação de terem sido escolhidos estes ou aqueles fundamentos, estes ou aqueles fatos, cumprindo ao juiz “justificar-se pela escolha dos fatos x e y, para embasar sua decisão, quando provados foram fatos x, y, z, k, h. Assim como se deve o juiz explicar por que apoiou sua decisão em certo texto legal e não em outro, por que fez uso de um determinado princípio e não de outro”. Caso o juiz se afaste do texto de lei “para aplicar ao caso princípio jurídico ou cláusula geral, sua decisão desrespeita o princípio da legalidade e afronta o Estado de Direito”, sendo que “o juiz só pode, no nosso sistema, afastar texto de lei, quando considerá-lo inconstitucional, em tese. Não basta considere o juiz a lei inconstitucional no caso concreto, e não a aplique”;

7 - “Aquele que pretende ser parcial deve, portanto, integrar o Poder Legislativo ou a Administração Pública, pois a função do juiz é a de aplicar as soluções previstas no ordenamento jurídico assumindo necessariamente princípios (valores) que neste ordenamento estão contidos. Somente em situações-limite poder-se-ia afastar a letra da lei e aplicar uma cláusula geral, ou um princípio, para resolver o caso concreto”, situação difícil de ocorrer diante da imensa Constituição em vigor”; (ALVIM WAMBIER, 2007, p. 539-541).

8 - Por fim, Teresa Arruda Alvim Wambier indica a necessidade de que se “estude também o direito privado em face dos direitos fundamentais”. Contudo, expõe o mesmo problema que ensejou a análise do seu texto no presente trabalho: “direitos fundamentais apenas enquanto descritos na lei? Ou direitos fundamentais oponíveis à lei, quando esta estabelece restrições àquele?” Como resposta, diz a autora: “Claus - Wilhelm Canaris faz alusão ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da insuficiência, significando este que pode o juiz ‘criar’, quando o legislador ordinário se omite em disciplinar (ou o faz insuficientemente) uma situação em que se está em jogo um direito fundamental.”²¹

²¹ A autora cita os exemplos mencionados por Claus - Wilhelm Canaris: “Exemplifica com a pretensão de um filho, nascido fora do casamento, dirigida contra a mãe para obter informações



Os ensinamentos e as conclusões de Teresa Arruda Alvim Wambier demonstram não apenas a dificuldade em se aceitar o processo de interpretação constitucional - para afastar, no caso concreto, a norma positiva em prol da precedência de um princípio constitucional -, mas também a importância – ou necessidade – de se estabelecer critérios objetivos para tal liberdade, ratificando a afirmação de que existe uma constante tensão entre a posse e a propriedade, tendo como origem a possibilidade de aplicação, *prima facie*, de princípios constitucionais colidentes, que podem realizar direitos fundamentais. Referida tensão somente será solucionada no caso concreto, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, mediante a técnica da ponderação.

4 ALGUMAS RESPOSTAS EXTRAÍDAS DA JURISPRUDÊNCIA EM CASOS DE MÁXIMA TENSÃO ENTRE POSSE E PROPRIEDADE

A situação exposta no tópico anterior demonstra a complexidade do tema relacionado aos conflitos entre posse e propriedade, sendo oportuno o exame das soluções alcançadas em alguns precedentes judiciais paradigmáticos, notadamente pela possibilidade de identificação de alguns critérios coincidentes ou até mesmo de uma linha de pensamento que espelha a doutrina mencionada no primeiro tópico do presente trabalho. É o que se denota, por exemplo, do julgamento promovido em 16/12/1994 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da Apelação Cível 212.726-1-4/TJSP²², envolvendo a conhecida “Favela Pullman”, oportunidade em que foi lavrado o seguinte acórdão:

Ação reivindicatória. Lotes de terreno transformados em favela dotada de equipamentos urbanos. Função social da propriedade. Direito de indenização dos proprietários. Lotes de terreno urbanos tragados por uma favela deixam de existir e não podem ser recuperados, fazendo, assim, desaparecer o direito de reivindicá-los. O abandono dos lotes urbanos caracteriza uso anti-social da propriedade, afastado que se apresenta do princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece,

sobre seu pai biológico. Trata-se de caso em que o juiz garantiu um direito fundamental, o de se saber quem são seus pais biológicos, sem que houvesse, no plano do direito posto, solução para esta hipótese específica. O mesmo raciocínio deve ser feito quando se pensa na incidência das cláusulas gerais, que autorizam, assim como os princípios jurídicos, o juiz a exercer certa dose de criatividade, cujo o pressuposto é não ter a decisão o efeito de causar surpresa ao jurisdicionado, sob pena de, afrontando-se o Estado de Direito, acabar-se inutilizando inteiramente grandes conquistas da civilização” (ALVIM WAMBIER, 2007, p. 530-541).

²² TJ/SP. Apelação Cível 212.726-1-4/SP. Rel. José Osório de Azevedo Júnior. 16/12/94.



todavia, o direito dos proprietários de pleitear indenização contra quem de direito.²³

Quando do julgamento promovido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entendeu o Desembargador Relator, mesmo tendo sido registrado um loteamento em 1955, os respectivos terrenos foram sendo ocupados ao ponto de transformar o local em uma favela, inclusive, com o apoio do Poder Público, transformando o quadro fático de forma substancial ao ponto de considerar a situação irreversível. Eis o resumo dos fundamentos empregados:

Os lotes de terreno reivindicados e o próprio loteamento não passam, há muito tempo, de mera abstração jurídica. A realidade urbana é outra. A favela já tem vida própria, está, repita-se, dotada de equipamentos urbanos. Lá vivem muitas centenas, ou milhares, de pessoas. Só nos locais onde existiam os 9 (nove) lotes reivindicados residem 30 (trinta) famílias. Lá existe uma outra realidade urbana, com vida própria, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade. O comércio está presente, serviços são prestados, barracos são vendidos, comprados, alugados, tudo a mostrar que o primitivo loteamento hoje só tem vida no papel (...);²⁴

Loteamento e lotes urbanos são fatos e realidades urbanísticas. Só existem, efetivamente, dentro do contexto urbanístico. Se são tragados por uma favela consolidada, por força de uma certa erosão social, deixam de existir como loteamento e como lotes. A realidade concreta prepondera sobre a 'pseudo-realidade jurídico-cartorária'. Esta não pode subsistir, em razão da perda do objeto do direito de propriedade. Se um cataclismo, se uma erosão física, provocada pela natureza, pelo homem ou por ambos, faz perecer o imóvel, perde-se o direito de propriedade(...);²⁵

O desalojamento forçado de 30 (trinta) famílias, cerca de 100 (cem) pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior da extensa favela, já consolidada, implica uma operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito. É uma operação socialmente impossível. E o que é socialmente impossível é juridicamente impossível(...);²⁶

²³ TJ/SP. Apelação Cível 212.726-1-4/SP. Rel. José Osório de Azevedo Júnior. 16/12/94.

²⁴ TJ/SP. Apelação Cível 212.726-1-4/SP. Rel. José Osório de Azevedo Júnior. 16/12/94.

²⁵ TJ/SP. Apelação Cível 212.726-1-4/SP. Rel. José Osório de Azevedo Júnior. 16/12/94.

²⁶ Consta do voto, ainda:: "Ensina L. Recaséns Siches, com apoio explícito em Miguel Reale, que o Direito, como obra humana que é, apresenta sempre três dimensões, a saber: "A) Dimensión de hecho, la cual comprende los hechos humanos sociales en los que el Derecho se gesta y se produce; así como las conductas humanas reales en las cuales el Derecho se cumple y lleva a cabo. B) Dimensión normativa (...). C) Dimensión de valor, estimativa, o axiológica, consistente en que sus normas, mediante las cuales se trata de satisfacer una série de necesidades humanas, esto intentan hacerlo con las exigencias de unos valores, de la justicia y de los demás valores que esta implica, entre los que figuran la autonomía de la persona, la seguridad, el bien común y otros. (...) pero debemos precatarnos de que las tres (dimensiones) se hallan reciprocamente unidas de un modo inescindible, vinculadas por triples nexos de esencial implicación mutua" (Introducción al estudio del derecho, México, 1970, p. 45). Por aí se vê que a dimensão simplesmente normativa do Direito é inseparável do conteúdo do ético-social do mesmo, deixando a certeza de que a solução que se revela impossível do ponto de vista social é igualmente impossível do ponto de vista jurídico."



No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social. O loteamento pelo menos no que diz respeito aos 9 (nove) lotes reivindicados e suas imediações – ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978-1979, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação, não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários. O *jus reivindicandi* fica neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece a eventual pretensão indenizatória em favor dos proprietários, contra quem de direito.²⁷⁻²⁸

A mesma tensão entre a posse e a propriedade se repete posteriormente em outro importante julgamento. Apesar de não haver referências formais neste sentido, parece que a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo inspirou o julgamento ocorrido em 06/08/1998, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando do julgamento do Recurso de Agravo de Instrumento Nº 598360402. Vejamos o acórdão:

Liminar que concedeu a reintegração de posse da empresa arrendatária em detrimento dos "sem-terra". Liminar deferida em primeiro grau suspensa através de despacho proferido nos autos do agravo, pelo desembargador de plantão. Competência da Justiça Estadual. Recurso conhecido, mesmo que descumprindo o disposto no Art. 526 do CPC, face dissídio jurisprudencial a respeito e porque a demanda versa direitos fundamentais. Garantia a bens fundamentais como mínimo social. Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa. Propriedade: garantia de agasalho, casa e refúgio do cidadão. Inobstante ser produtiva a área, não cumpre ela sua função social, circunstância esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a União. Imóvel penhorado ao INSS. Considerações sobre os conflitos sociais e o Judiciário. Doutrina local e estrangeira. Conhecido por maioria; rejeitada a preliminar de incompetência, proveram o agravo, por maioria.²⁹

²⁷ Disponível: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/apelciv21272614.htm>>. Acesso em: 17 set. 2016; <https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/217899/mod_resource/content/1/APELA%C3%87%C3%83O%20C%C3%8DVEL%20TJ-SP%20-%20RELATOR%20DESEMBARGADOR%20JOS%C3%89%20OS%C3%93RIO%20-%20FAVELA%20PULLMAN.pdf>. Acesso em: 17 set. 2016; <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/190231594/apelacao-apl-3273211620098260100-sp-0327321-1620098260100/inteiro-teor-190231604>>. Acesso em: 17 set. 2016).

²⁸ Ao analisar o referido julgamento, Lucas Abreu Barroso afirma que o órgão prolator da decisão “assimilou com maestria a arte de julgar nos tribunais, colocando em prática a função social da judicatura – a que corresponde uma imensa responsabilidade social e política, e não simplesmente, moral e jurídica – em proveito da realização da justiça pronta, bem intencionada e esclarecida (as três fórmulas fundamentais da justiça)” (BARROSO, 2011, p. 161).

²⁹ TJRS. Agravo de Instrumento Nº 598360402. 19ª Câmara Cível. Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos. 06/10/1998. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=DIREITOS+FUNDAMENTAIS+DAS+600+FAMILIAS&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&ge>



Quando do citado julgamento, foi registrado o dilema enfrentado pelo julgador entre a aplicação da norma positiva, em favor da patrimonial da empresa que utilizava o terreno, e a realização dos direitos fundamentais das 600 famílias dos sem-terra que invadiram o local. Vejamos parte da fundamentação utilizada para se alcançar o desfecho contido no acórdão:

A Constituição Federal, ao garantir o direito de propriedade e possessório que lhe é inerente, em seu artigo 5º XXII e XXIII, condicionou seu exercício ao atendimento de uma garantia maior, qual seja, a de que este exercício do poder dominial em toda a sua amplitude, fica limitado, ao atendimento de sua função social. Respeitante à terra, mãe provedora de todos nós, já que a extração de nossa subsistência a ela se liga diretamente, deve atender não apenas ao sentido funcional direito, de ser produtiva, senão, também, a um sentido oblíquo, considerando o tempo e o lugar que os fatos se dão, de garantir o abrigo seguro, a casa, a moradia e o sustento do povo, que em exame mais teleológico, é seu verdadeiro senhor.³⁰

Analisando o primeiro julgamento aqui referido, pertinente à “Favela Pullman”, O Superior Tribunal de Justiça manteve o entendimento exposto no acórdão, lavrando em 21/06/2005 o seguinte acórdão relativo ao Recurso Especial nº 75.659/SP³¹:

Civil e Processual. Ação Reivindicatória. Terrenos de Loteamento situados em área favelizada. Perecimento do direito de propriedade. Abandono. CC, arts. 524, 589, 77 e 78. Matéria de fato. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva. II. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ. III. Recurso especial não conhecido.^{32,33}

tfields=&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 17 set. 2016.

³⁰ Trecho extraído da obra: AFONSIN, 2003, p. 254.

³¹ Recurso Especial nº 75.659 – SP (1995/0049519-8). Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7207144/recurso-especial-resp-75659-sp-1995-0049519-8/relatorio-e-voto-12956707>. Acesso em: 17 set. 2016.

³² Recurso Especial nº 75.659 – SP (1995/0049519-8). Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR. 4ª Turma. j. 21.06.2005. Fonte DJ 29.08.2005. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7207144/recurso-especial-resp-75659-sp-1995-0049519-8/relatorio-e-voto-12956707>. Acesso em: 17 set. 2016.



Contudo, antes mesmo de julgar tal conflito (Favela Pullman), o mesmo Superior Tribunal de Justiça já havia entendido, no julgamento do Recurso Especial nº 235773/RJ³⁴, ocorrido em 14/12/1999, que deveria ser afastada, no caso concreto, a regra positivada que determina a reintegração de posse de uma área invadida, notadamente diante da consolidação fática da ocupação, inclusive, com o apoio do Poder Público, razão pela qual acabou admitindo a existência de uma desapropriação indireta.³⁵ Vejamos:

³³ Os fundamentos estão resumidos na seguinte notícia, divulgada pela assessoria de imprensa do STJ: "A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) confirmou decisão da Justiça Estadual que julgou improcedente a ação de reivindicação de posse movida por proprietários de terrenos ocupados por uma favela. A área era composta por nove terrenos no Loteamento Vila Andrade, em Santo Amaro, na capital paulista, que passaram por processo de favelização na área conhecida como "Favela do Pullman", próxima ao Shopping Sul. Com a decisão, os atuais moradores têm reconhecido o direito à posse das áreas. O loteamento foi criado em 1955. Segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), a ocupação da favela teve origem há mais de 20 anos e está consolidada, tendo infraestrutura fornecida pelo Poder Público, como água, iluminação pública e domiciliar, obras de alvenaria e algum comércio, pobre, mas indicador de uma vida urbana estável. A primeira instância da Justiça paulista havia considerado a ação procedente, determinando a desocupação da área pelos réus, sem direito à retenção por benfeitorias e tendo que "pagar indenização pela ocupação. Os ocupantes da área recorreram. O TJ paulista reformou a decisão para dar provimento à apelação dos réus e inverter os ônus de sucumbência, concluindo pela extinção da propriedade, ante o seu desaparecimento, em concreto. Os proprietários originais da área recorreram então ao STJ, sustentando que o acórdão deu provimento à apelação por razões não suscitadas nos autos: a prevalência da função social da terra e o perecimento do direito de propriedade. Ainda, afirmaram, a decisão importaria em "verdadeira expropriação de bens particulares". Os réus contra-argumentaram sustentando que ao juiz cabe aplicar o direito aos fatos expostos, e não apenas deliberar segundo a fundamentação apresentada pelas partes. Para o ministro Aldir Passarinho Junior, relator, o loteamento nunca chegou a ser efetivado. Dez anos após sua criação, era um "completo matagal, sem qualquer equipamento urbano, portanto inteiramente indefinidos, no plano concreto, os lotes dos autores". A favelização, afirma, iniciou-se logo depois, solidificada ao longo dos anos, resultando em uma estrutura urbana diferente do plano original e chancelada pelo Poder Público, ao instalar água, luz, calçamento e outras infra-estruturas. "Chama a atenção a circunstância de que até uma das ruas também fora desfigurada, jamais teve papel de via pública", completou. Afirma o relator que, quando proposta a ação de reivindicação de posse, já não era mais possível reconhecer os lotes em sua configuração original, em razão do abandono verificado desde a criação do loteamento. "Nesse prisma, perdida a identidade do bem, o seu valor econômico, a sua confusão com outro fracionamento imposto pela favelização, a impossibilidade de sua reinstalação como bem jurídico no contexto atual, tem-se, indubitavelmente, que o caso é, mesmo, de perecimento do direito de prosperidade", concluiu o ministro Aldir Passarinho Junior. O ministro ainda destacou que as provas trazidas nos autos não podem ser reapreciadas pelo STJ, e a decisão do tribunal local, baseada em tais provas, teria aplicado corretamente no caso a perda de propriedade em razão do abandono" (Notícia divulgada no site do STJ: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=78720>. Acesso em: 06 fev. 2013).

³⁴ STJ. Resp nº 235773/RJ (1999/0097036-5). Rel. Min. José Delgado. 14/12/1999. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8327698/recurso-especial-resp-235773-rj-1999-0097036-5>. Acesso em: 17 set. 2016.

³⁵ STJ. Resp nº 235773/RJ (1999/0097036-5). Rel. Min. José Delgado. 14/12/1999. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8327698/recurso-especial-resp-235773-rj-1999-0097036-5>. Acesso em: 17 set. 2016.



PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INVASÃO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA Nº 07/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL DA SUA CONTAGEM. SÚMULA Nº 70/STJ.

1. Em sede de recurso especial, como é elementarmente sabido, não há campo para se revisar entendimento de segundo grau assentado em prova, haja vista que a missão de tal recurso é de, apenas, unificar a aplicação do direito federal, conforme está sedimentado na Súmula nº 7, desta Colenda Casa Julgadora: "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

2. Não se conhece de recurso especial fincado na alínea c, inciso III, do art. 105, da CF/88, quando a alegada divergência jurisprudencial não é devida e convenientemente demonstrada, nos moldes em que exigida pelo parágrafo único, do artigo 541, do CPC, c/c o art. 255 e seus §§, do RISTJ. Todos os paradigmas apresentados reconhecem que a simples invasão de propriedade urbana por terceiros, mesmo sem ser repelida pelo Município, não constitui desapropriação indireta. Não é o caso dos autos. Concretizada a invasão, o Município assumiu para si a responsabilidade de oferecer condições de infra-estrutura de esgoto e luz para que a população assentada fosse atendida em suas necessidades.

3. A Súmula nº 70/TJ estatui que "os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença".

4. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.³⁶

O entendimento exposto nos acórdãos transcritos acima também foi adotado no julgamento exposto no REsp nº 1144982/PR, ocorrido em 15/10/2009, oportunidade em que o Superior Tribunal de Justiça afirmou que a invasão no imóvel pode provocar o completo esvaziamento dos elementos do direito de propriedade ao ponto de não apenas privar o titular do bem do respectivo proveito econômico, mas também de impedir que o mesmo cumpra a função social. Também constou o entendimento de que o Poder Público assumiu, no caso, a responsabilidade pela ocupação irregular.³⁷ Vejamos o acórdão:

TRIBUTÁRIO. ITR. INCIDÊNCIA SOBRE IMÓVEL. INVASÃO DO MOVIMENTO "SEM TERRA". PERDA DO DOMÍNIO E DOS DIREITOS INERENTES À PROPRIEDADE. IMPOSSIBILIDADE DA SUBSISTÊNCIA DA EXAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Conforme salientado no acórdão recorrido, o Tribunal a quo, no exame da matéria fática e probatória constante nos autos, explicitou que a recorrida não se encontraria na posse dos bens de sua propriedade desde 1987.

³⁶ STJ. Resp nº 235773/RJ (1999/0097036-5). Rel. Min. José Delgado. 14/12/1999. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8327698/recurso-especial-resp-235773-rj-1999-0097036-5>. Acesso em: 17 set. 2016.

³⁷ STJ. REsp nº 1144982/PR. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. 15/10/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6629674&num_registro=200901147493&data=20091015&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 17 set. 2016.



2. Verifica-se que houve a efetiva violação ao dever constitucional do Estado em garantir a propriedade da impetrante, configurando-se uma grave omissão do seu dever de garantir a observância dos direitos fundamentais da Constituição.
3. Ofende os princípios básicos da razoabilidade e da justiça o fato do Estado violar o direito de garantia de propriedade e, concomitantemente, exercer a sua prerrogativa de constituir ônus tributário sobre imóvel expropriado por particulares (proibição do *venire contra factum proprium*).
4. A propriedade plena pressupõe o domínio, que se subdivide nos poderes de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa. Em que pese ser a propriedade um dos fatos geradores do ITR, essa propriedade não é plena quando o imóvel encontra-se invadido, pois o proprietário é tolhido das faculdades inerentes ao domínio sobre o imóvel.
5. Com a invasão do movimento "sem terra", o direito da recorrida ficou tolhido de praticamente todos seus elementos: não há mais posse, possibilidade de uso ou fruição do bem; conseqüentemente, não havendo a exploração do imóvel, não há, a partir dele, qualquer tipo de geração de renda ou de benefícios para a proprietária.
6. Ocorre que a função social da propriedade se caracteriza pelo fato do proprietário condicionar o uso e a exploração do imóvel não só de acordo com os seus interesses particulares e egoísticos, mas pressupõe o condicionamento do direito de propriedade à satisfação de objetivos para com a sociedade, tais como a obtenção de um grau de produtividade, o respeito ao meio ambiente, o pagamento de impostos etc.
7. Sobreleva nesse ponto, desde o advento da Emenda Constitucional n. 42/2003, o pagamento do ITR como questão inerente à função social da propriedade. O proprietário, por possuir o domínio sobre o imóvel, deve atender aos objetivos da função social da propriedade; por conseguinte, se não há um efetivo exercício de domínio, não seria razoável exigir desse proprietário o cumprimento da sua função social, o que se inclui aí a exigência de pagamento dos impostos reais.
8. Na peculiar situação dos autos, ao considerar-se a privação antecipada da posse e o esvaziamento dos elementos de propriedade sem o devido êxito do processo de desapropriação, é inexigível o ITR diante do desaparecimento da base material do fato gerador e da violação dos referidos princípios da propriedade, da função social e da proporcionalidade.
9. Recurso especial não provido.³⁸

Outro precedente significativo é o julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do IF nº 92/MT, ocorrido em 04/02/2010, no qual também foi impedida a desocupação de famílias instaladas no denominado Bairro Renascer, em Mato Grosso, tendo em vista a prevalência da dignidade humana, Vejamos:

DIREITO CONSTITUCIONAL. INTERVENÇÃO FEDERAL. ORDEM JUDICIAL. CUMPRIMENTO. APARATO POLICIAL. ESTADO MEMBRO. OMISSÃO (NEGATIVA). PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

³⁸ STJ. REsp nº 1144982/PR. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. 15/10/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6629674&num_registro=200901147493&data=20091015&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 17 set. 2016.



PONDERAÇÃO DE VALORES. APLICAÇÃO.

1 - O princípio da proporcionalidade tem aplicação em todas as espécies de atos dos poderes constituídos, apto a vincular o legislador, o administrador e o juiz, notadamente em tema de intervenção federal, onde pretende-se a atuação da União na autonomia dos entes federativos.

2 - Aplicação do princípio ao caso concreto, em ordem a impedir a retirada forçada de mais 1000 famílias de um bairro inteiro, que já existe há mais de dez anos. Prevalência da dignidade da pessoa humana em face do direito de propriedade. Resolução do impasse por outros meios menos traumáticos.³⁹

Na referida oportunidade, o Ministro Relator explica as razões que prevaleceram mediante da técnica da ponderação, realizada segundo as particularidades do caso concreto:

No caso concreto, à saciedade, está demonstrado que o cumprimento da ordem judicial de imissão na posse, para satisfazer o interesse de uma empresa, será à custa de graves danos à esfera privada de milhares de pessoas, pois a área objeto do litígio encontra-se não mais ocupada por barracos de lona, mas por um bairro inteiro, com mais de 1000 famílias residindo em casas de alvenaria. A desocupação da área, à força, não acabará bem, sendo muito provável a ocorrência de vítimas fatais. Uma ordem judicial não pode valer uma vida humana. Na ponderação entre a vida e a propriedade, a primeira deve se sobrepor.⁴⁰

Já sob a égide do novo Código de Processo Civil, o entendimento narrado no presente tópico voltou a ser utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, também na análise de uma situação fática que acabou sendo consolidada, oportunidade em que a Corte voltou a tornar explícito que a solução de casos singulares não deve ser realizada apenas pela aplicação da norma positiva, com suas respectivas consequências jurídicas, mas também mediante a aplicação tanto o princípio da proporcionalidade quanto do método da ponderação, objetivando o exame do princípio da função social e a concretude de direitos fundamentais, responsáveis pela realização da dignidade humana. Vejamos o acórdão lavrado em 12/04/16, pela 4ª Turma do STJ, no julgamento do REsp 1302736-MG⁴¹:

³⁹ Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8599726/intervencao-federal-if-92-mt-2005-0020476-3/inteiro-teor-13676312>. Acesso em: 09 out. 2016.

⁴⁰ Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8599726/intervencao-federal-if-92-mt-2005-0020476-3/inteiro-teor-13676312>. Acesso em: 09 out. 2016.

⁴¹ O acórdão recorrido possui o seguinte teor: APELAÇÃO CÍVEL - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - INVASÃO POR PESSOAS LIGADAS AO MOVIMENTO DOS SEM TERRA - AÇÃO QUE TRAMITOU POR VÁRIOS ANOS - CONSTATAÇÃO O ATUAL DE EXISTÊNCIA DE COLETIVIDADE E BAIRRO POPULOSO - EXISTÊNCIA DE TODA INFRA-ESTRUTURA FORNECIDA PELA MUNICIPALIDADE - PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL E COLETIVO - RECONHECIMENTO DO DIREITO À REINTEGRAÇÃO, PORÉM COM IMPOSSIBILIDADE DE



RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC/1973 E 561 DO NOVO CPC. REALIDADE FÁTICA DO IMÓVEL MODIFICADA. IMÓVEL QUE SE TRANSFORMOU EM BAIRRO URBANO POPULOSO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA NOVA REALIDADE NA SOLUÇÃO DA CONTENDA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSE. DIREITO À MORADIA E MÍNIMO EXISTENCIAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PONDERAÇÃO DE VALORES. NEGATIVA DA REINTEGRAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PRESTAÇÃO ORIGINÁRIA EM ALTERNATIVA. ART. 461-A DO CPC/1973. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. "Havendo no acórdão declaração expressa quanto aos fatos e fundamentos que embasaram suas conclusões, não há como vislumbrar-se ofensa aos arts. 458 e 535, CPC, por negar-se o colegiado, em embargos declaratórios, a explicitar as razões pelas quais preferiu apoiar-se em certas provas, em detrimento de outras. O princípio do livre convencimento motivado é um dos postulados do nosso sistema processual". (Resp 50936/SP, DJ 19/09/94).

2. O art. 927 do CPC/1973, reproduzido no art. 561 do novo diploma, previa competir ao autor da ação possessória de reintegração a comprovação dos seguintes requisitos: a posse; a turbação ou esbulho pela parte ré; a data da turbação ou do esbulho e a perda da posse.

3. Ainda que verificados os requisitos dispostos no item antecedente, o julgador, diante do caso concreto, não poderá se furtar da análise de todas as implicações a que estará sujeita a realidade, na subsunção insensível da norma. É que a evolução do direito não permite mais conceber a proteção do direito à propriedade e posse no interesse exclusivo do particular, uma vez que os princípios da dignidade humana e da função social esperam proteção mais efetiva.

4. O Supremo Tribunal Federal orienta que, tendo em vista a impossibilidade de haver antinomia entre normas constitucionais, sem a exclusão de quaisquer dos direitos em causa, deve prevalecer, no caso concreto, o valor que se apresenta consentâneo com uma solução razoável e prudente, expandindo-se o raio de ação do direito prevalente, mantendo-se, contudo, o núcleo essencial do outro. Para esse desiderato, recomenda-se a aplicação de três máximas norteadoras da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

5. No caso dos autos, o imóvel originalmente reivindicado, na verdade, não existe mais. O bairro hoje, no lugar do terreno antes objeto de comodato, tem vida própria, dotado de infraestrutura urbana, onde serviços são prestados, levando-se à conclusão de que o cumprimento da ordem judicial

CUMPRIMENTO DA MEDIDA CONTRA TERCEIROS QUE NÃO FORAM PARTES NA AÇÃO E EM ÁREAS ONDE PREVALECE O INTERESSE PÚBLICO, SOCIAL E COLETIVO - CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS.- Demonstradas a posse anterior do autor e a invasão da área pelos réus, pessoas ligadas ao MST - Movimento do Sem Terras - é de se reconhecer o direito do autor e a procedência da ação de reintegração de reconhecer o direito do autor e a procedência da ação de reintegração de posse proposta, com expedição do respectivo mandado contra aqueles que efetivamente foram réus no processo. Demonstrada a impossibilidade de cumprimento efetivo da medida de reintegração de posse contra terceiros e nas áreas onde há a supremacia do interesse público e social sobre o interesse particular, porquanto tendo a ação transcorrido por mais de 09 anos, verificou-se que a área invadida se transformou em bairro populoso, inclusive com intervenção do Município que forneceu toda a Infra-estrutura, como rede de esgoto, iluminação pública, abertura e pavimentação de ruas, impõe-se a conversão da medida reintegratória em perdas e danos contra os réus, nos termos do artigo 627 do CPC. (TJMG - Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59625911&num_registro=201102308595&data=20160523&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016).



de reintegração na posse, com satisfação do interesse da empresa de empreendimentos imobiliários, será à custa de graves danos à esfera privada de muitas famílias que há anos construíram suas vidas naquela localidade, fazendo dela uma comunidade, irmanada por idêntica herança cultural e histórica, razão pela qual não é adequada a ordem de reintegração.

6. Recurso especial a que se nega provimento.⁴²

A situação fática que ensejou a interposição do referido Recurso Especial foi assim resumida pelo Ministro relator em seu voto condutor:

(i) a invasão da área ocorreu em outubro do ano 2000; (ii) a liminar de reintegração de posse requerida na petição da ação foi deferida em 29.11.2000, mas o mandado não foi cumprido, em virtude da negativa da Polícia Militar de acompanhar a diligência, conforme informado na sentença (e-fl. 1593); (iii) foram interpostos vários recursos, apresentadas contestações de alguns réus com informações sobre outras ações referentes à mesma área; informações de existência de Decreto Municipal de desapropriação em relação à área litigiosa, posteriormente cancelado; audiências de instrução, requerimento e realização de perícias da área objeto da ação; (iv) reconhecimento por sentença do direito à reintegração de posse, mas sem o respectivo mandado, dada à impossibilidade de cumprimento, em virtude da transformação da área invadida em bairro onde vivem centenas de famílias, devidamente atendidas pela Municipalidade, no que respeita à infraestrutura; (v) acórdão da apelação que reformou o dispositivo da decisão de piso, passando a constar da decisão: imediata reintegração de posse nas áreas onde estão assentados cada um dos réus/Apelados (identificados quando do ajuizamento da ação) e somente do espaço físico da área ocupada por cada um deles; quanto à área ocupada por terceiros que não foram partes na ação, bem como nos espaços físicos comuns e que revelam o interesse social e público, praças, vias, ruas, avenidas e passeios, confirmou-se a sentença para reconhecer a impossibilidade da reintegração, aplicando-se a convolação em perdas e danos.⁴³

Após mencionar o resultado do laudo pericial, cujo teor atestava a consolidação da situação fática envolvendo arruamentos, instalações de equipamentos públicos (rede elétrica, posteamento, rede de esgoto, rede de abastecimento de água, etc) e edificações, consignou o Ministro Relator que a solução do problema exigia o “manejo de dois princípios, quais sejam a proporcionalidade e a ponderação”⁴⁴, já que:

⁴² STJ - REsp 1302736/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 23/05/2016.

⁴³ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59625911&num_registro=201102308595&data=20160523&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

⁴⁴ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59625911&num_registro=201102308595&data=20160523&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.



o que está em debate é o litígio entre um particular que teve seu imóvel invadido e inutilizado e um grupo considerável de pessoas, famílias, que naquele bem se instalaram, com o incontestável apoio do poder público municipal, já que, de acordo com os relatos técnicos colhidos, não vivem amontoados, de forma precária, mas ao revés, é comunidade organizada, do ponto de vista da infraestrutura básica.⁴⁵

O Relator registrou, inicialmente, que não pretendia realizar, no exercício jurisdicional, “a análise social da questão da repartição de terras, urbanas ou rurais, tampouco uma análise sociológica da invasão perpetrada”, muito menos “da licitude ou não da forma de ocupação - o que faria precária a posse exercida”, até mesmo porque examinada a lide dentro dos limites vinculados do Recurso Especial.⁴⁶

Todavia, consignou o julgador que o caso era singular, já que, “para a satisfação do desejo de recomposição da situação anterior, para o deferimento da reintegração”, não poderia ser “desconsiderado o surgimento daquele bairro populoso, onde inúmeras famílias construíram suas vidas, sob pena de cometer-se injustiça maior a pretexto de se fazer justiça”⁴⁷. Assim, diante da nova realidade social que se apresentava perante o direito, expôs o Relator:

Com efeito, o direito evolui e essa evolução atingiu, particularmente, o direito de propriedade e posse. Não é mais possível conceber a proteção do direito à propriedade e seus atributos, no interesse exclusivo do particular, uma vez que os princípios da dignidade humana e da função social esperam proteção mais efetiva. Dessa forma, o princípio da função social atua no conteúdo do direito de propriedade, influenciando a interpretação e efetivação de todos os poderes inerentes ao domínio - usar, fruir, dispor e reivindicar -, introduzindo interesse novo e legítimo, o social, que, eventualmente, pode não se afinar com os interesses do proprietário, tornando-o, de certo modo, conflitivo consigo mesmo. Verificada a situação conflituosa, competirá ao Judiciário dar aos litígios solução serena e eficiente.⁴⁸

⁴⁵ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59625911&num_registro=201102308595&data=20160523&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 22 set. 2016.

⁴⁶ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59625911&num_registro=201102308595&data=20160523&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 22 set. 2016.

⁴⁷ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59625911&num_registro=201102308595&data=20160523&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 22 set. 2016.

⁴⁸ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59625911&num_registro=201102308595&data=20160523&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 22 set. 2016.



Seguindo a referida linha de raciocínio, expõe o Relator, citando voto proferido em outro precedente (REsp. nº 1.148.631), que “o princípio da socialidade, que se destaca como valor jurídico-normativo previsto no Código Civil de 2002, 'alterou a compreensão individualista do Código anterior, com o claro desiderato de estabelecer, nas relações privadas, o devido alcance social com a prevalência dos valores fundamentais da pessoa humana’”.⁴⁹

Tal como no referido precedente, o Ministro também cita a doutrina de Rodrigo Reis Mazzei, que afirma que “o princípio da socialidade e o individualismo não sempre de ser confrontados em ângulos mais extensos impondo a relação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação”.⁵⁰ Consigna ainda o Ministro Relator:

Nessa toada, em tema de ponderação de valores, o Supremo Tribunal Federal orienta que tendo em vista a impossibilidade de haver antinomia entre normas constitucionais, sem a exclusão de quaisquer dos direitos em causa, deve prevalecer, no caso concreto, o valor que se apresenta consentâneo com uma solução razoável e prudente, expandindo-se o raio de ação do direito prevalente, mantendo-se, contudo, o núcleo essencial do outro. Para esse desiderato, recomenda-se a aplicação de três máximas norteadoras da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.⁵¹

Seguindo a referida orientação do Supremo Tribunal Federal (IF nº 2915-5/SP) e a doutrina que reconhece a fundamentalidade do direito social à moradia⁵², conclui o Ministro Relator:

⁴⁹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59625911&num_registro=201102308595&data=20160523&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 22 set. 2016.

⁵⁰ Doutrina citada nos autos do REsp 1148631/DF, pelo Ministro Marco Buzzi, da 4ª Turma - DJe 04/04/2014.

⁵¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59625911&num_registro=201102308595&data=20160523&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 22 set. 2016.

⁵² Neste sentido, cita o Relator: “Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves asseveram que a tutela da posse, pela própria relevância do direito de possuir, “deve dar atenção à superior previsão constitucional do direito social primário à moradia (art. 6º da CF – Ec nº 26/01), e o acesso aos bens vitais mínimos hábeis a conceder dignidade à pessoa humana (art. 1º, III, da CF)”. (Curso de direito civil. Reais.v.5. 9.ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 75). O direito à moradia tem razão de ser na salvaguarda da própria pessoa humana. No momento em que esse direito é proclamado pelo ordenamento, que atesta sua importância dando a ele status constitucional, deve-se ter em mente que o objeto dessa proteção é, sem dúvida, o próprio ser humano, a quem deve ser garantido um mínimo existencial, para a tutela da dignidade. Na lição de Marcelo de Oliveira Milagres, membro da IV e V Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, “o maior



É justamente com base nessas ideias que, na ponderação entre a proteção e a efetivação dos direitos à moradia, ao mínimo existencial e, última análise, mas não menos relevante, ao direito à vida com dignidade, se chega à conclusão pela impossibilidade, na hipótese vertente, da reintegração da posse. No caso concreto, à sociedade, está demonstrado - e restou incontroverso - que o cumprimento da ordem judicial de reintegração na posse, com a satisfação do interesse da recorrente, empresa de empreendimentos imobiliários, será à custa de graves danos à esfera privada de muitas pessoas, famílias que há anos construíram suas vidas naquela localidade, fazendo dela uma comunidade, indivíduos irmanados por uma mesma herança cultural e histórica. No caso dos autos, o imóvel originalmente reivindicado, na verdade, não existente mais, a realidade é outra. O bairro hoje existente, no lugar do terreno antes objeto de comodato, tem vida própria, dotado de infraestrutura urbana, onde serviços são prestados. No confronto entre o direito de posse do autor e o de moradia das diversas famílias, é fácil perceber que proporciona mais danos e consequências imprevisíveis e indesejáveis a retirada dos atuais ocupantes da área. Diante dessa constatação, consideradas as peculiaridades do caso concreto e as circunstâncias fáticas exaustivamente narradas na sentença e no acórdão recorrido, penso deva ser mantida a decisão que negou a reintegração.⁵³

Do exposto até o presente momento, é possível perceber, em todos os precedentes citados, a já mencionada tensão entre a posse e a propriedade, originária da possível concretude dos princípios da função social (da posse e da propriedade) e da dignidade humana, razão pela qual tem sido aplicada a técnica da ponderação, idealizada por Robert Alexy, segundo a qual, havendo colisão de dois princípios, um deverá ceder no caso concreto, sem que ocorra a invalidade do princípio cedente, muito menos a inserção de uma cláusula de exceção (ALEXY, 2012, p. 93-94). Conforme explica Alexy (2012, p. 93-94), “o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições” expostas no caso concreto, tornando possível solução oposta caso sejam outras as condições. Há, segundo o autor, pesos diferentes para os princípios que podem

desafio é compreender o direito à moradia, em razão da absoluta essencialidade do bem, como direito de personalidade, podendo a moradia ser entendida como manifestação de identidade pessoal, de privacidade, de intimidade, como expressão do direito ao segredo, como valor imprescindível à dignidade da pessoa humana, embora sem se confundir com esses valores ou bens e apresentando natureza jurídica autônoma em relação a eles”. (Direito à moradia. Direito especial de personalidade? Disponível: www.bibliotecadigital.ufmg.br, 2009). Nessa ordem de ideias, “o direito de moradia está intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, que constitui a pedra nuclear, a base, o alicerce do direito civil constitucional. Por isso direito à moradia é direito civil constitucional”. (GODOY, 2006, p. 47-48).”

⁵³ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59625911&num_registro=201102308595&data=20160523&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.



incidir sobre o caso concreto, sendo aferida a precedência a partir da ponderação entre os pesos elucidados pelas circunstâncias. (ALEXY, 2012, p. 93-94)⁵⁴

Não obstante tal elaboração metodológica, ainda existe reclamação na doutrina quanto à sua precisão, razão pela qual tem sido comum a busca pelo estabelecimento de “critérios mínimos a serem seguidos desse processo”, notadamente por ser admitida a “ideia de que a técnica de ponderação não pode resultar na absoluta supressão de um valor em favor do outro” (SCHREIBER, 2013, p. 258). Neste sentido, afirma Anderson Schreiber (2013, p. 259) que, apesar de ainda não haver tais parâmetros objetivos para a aplicação da técnica de ponderação, a aplicação da técnica da ponderação entre os valores existenciais e aqueles patrimoniais “deve ser feita sempre com a intenção de garantir a menor restrição possível a todos eles, e de evitar ao máximo a supressão de um em favor do outro”. Talvez por tal motivo seja constante nos julgados mencionados no presente tópico a conclusão de que, mesmo em caso de precedência do princípio da função social da posse sobre o princípio do direito de propriedade (ou da propriedade privada), ainda resta ao proprietário pleitear indenização correspondente ao núcleo mínimo essencial do qual ficará desprovido.

O que se conclui do exposto no presente tópico é que, mesmo havendo parâmetros normativos explícitos em relação às consequências jurídicas decorrentes dos conflitos envolvendo a propriedade e a posse, as soluções apresentadas judicialmente foram distintas, obtidas justamente pela mencionada conjugação entre norma positivada com a interpretação constitucional acerca da incidência dos princípios e direitos fundamentais, sem uma prévia configuração ou precisão de quais seriam as consequências jurídicas advindas de tal conjugação, demonstrando a relevância das peculiaridades do caso concreto, tendo em vista a busca por uma justiça social.⁵⁵

⁵⁴ Por tal razão, Robert Alexy expõe a denominada “fórmula do peso”, na qual resta estabelecido que: i) “quanto maior o grau de não cumprimento ou de restrição de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro”; ii) “quanto mais pesada for a interferência em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a justificam” (ALEXY, 2014, p. 6-12).

⁵⁵ Conforme expõe Lucas Abreu Barroso, “a correlação entre propriedade privada e justiça social vê-se sempre ameaçada por um problema de acessibilidade, refletindo o discurso sobre a exclusão, ao se tomar por base uma ordem jurídica civil planejada com base na economia de mercado. Corrigir esta distorção consiste em uma tarefa inarredável do Estado democrático de direito” (BARROSO, 2011, p. 161).



5 CONCLUSÃO

Conforme foi exposto no transcorrer do presente trabalho, ainda é constante a tensão entre a posse e a propriedade, especialmente quando o conflito de interesses decorrer do exame dos princípios da propriedade privada, da função social e da dignidade humana, quadro que normalmente faz transparecer relevantes argumentos voltados à identificação de limites ou critérios objetivos para o alcance de uma solução judicial justa, especialmente sob a perspectiva social.

Tais argumentos identificam a importância da posse não somente para a realização da função social da propriedade, que ocorre naturalmente quando há identidade entre as figuras do proprietário e possuidor, mas também para a realização da função social dos bens, sem qualquer vinculação ao título de propriedade, razão pela qual fundamenta o reconhecimento da função social da própria posse.

Sendo distintas as pessoas do proprietário e do possuidor e havendo conflito entre os interesses, pode ocorrer a colisão não apenas entre os princípios da função social da propriedade e da função social da posse, mas também da propriedade privada e da dignidade humana, solucionável por meio das consequências positivadas (usucapião, desapropriação, etc) ou do emprego da proporcionalidade, à luz do princípio da dignidade humana.

Existem relevantes questionamentos quanto ao que alguns denominam de “liberdade” conferida ao julgador para afastar, no caso concreto, a consequência legalmente prevista, que demonstram as dificuldades da compreensão dos mecanismos de interpretação e aplicação dos princípios constitucionais, mas também a carência de critérios objetivos para tal atividade jurisdicional, quadro que ajuda a manter a tensão entre os institutos.

O exame dos paradigmas judiciais expostos no presente trabalho, contudo, contribui para a compreensão do método que vem sendo utilizado mediante o emprego da proporcionalidade e ponderação de princípios, bem como para o aperfeiçoamento dos critérios mínimos a serem seguidos no referido processo hermenêutico, tendo sempre em mente a justiça social.



6 REFERÊNCIAS

AFONSIN, Jaques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente a situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Alexandre Travessoni Gomes Trivisono, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes [orgs.]. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALVIM, Arruda. Função social da propriedade. **Revista Autônoma de Direito Privado**, Curitiba, n. 1, out./dez. 2006.

BARROSO, Lucas Abreu. Propriedade privada, justiça social e cidadania. In: **A realização do direito civil**: entre normas jurídicas e práticas sociais. BARROSO, Lucas Abreu (Org.). Curitiba: Juruá, 2011.

CARVALHO, Euzébio. Direito à propriedade: do discurso à realidade. In: **Leituras complementares de direito civil**: o direito civil-constitucional em concreto. Cristiano Chaves de Farias [coord.]. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

CHAVES, Cristiano de Faria. ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e da propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direitos reais - vol. 5. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. A função social da posse e a usucapião anômala. In: **Novo Código Civil**: questões controvertidas: direito das coisas. São Paulo: Método, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: direitos reais e direitos intelectuais**. V.4. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.



- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: **Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto**. Cristiano Chaves de Farias [coord.]. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. Função social da propriedade e o Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (coord). **Função social do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MELLO. Marco Aurélio Bezerra. **Novo Código Civil Anotado**. v. 5. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- NERY, Rosa Maria de Andrade (coord). Notas iniciais à leitura do novo Código Civil (apresentação). In: ALVIM, Arruda, ALVIM, Thereza [coord.]. **Comentários ao Código Civil brasileiro: parte geral (arts. 1º ao 103)**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V. 1.
- SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015.
- TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a Posse: Um Confronto em torno da Função Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken et al. (Coord.). **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: RT, 2007.
- ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil. In: **A Reconstrução do Direito Privado**. MARTINS-COSTA, JUDITH [Org.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



A RESPONSABILIDADE CIVIL NUCLEAR COMO INSTRUMENTO PARA A TEORIA POLÍTICA DA “NOVA ECONOMIA DO BEM-ESTAR”: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COM BASE NO ACIDENTE NUCLEAR DE FUKUSHIMA¹

CIVIL LIABILITY FOR NUCLEAR DAMAGE AS AN INSTRUMENT OF THE "NEW WELFARE ECONOMY": AN ECONOMIC AND LAW ANALYSIS BASED ON FUKUSHIMA

Gabriela Garcia Batista Lima Moraes²

Resumo

Analisa-se a relação entre a responsabilidade civil e a Nova Economia do Bem-Estar, tendo por base o acidente nuclear de Fukushima. A interface entre Direito e a referida teoria econômica é aqui proposta como uma análise econômica do direito que permite demonstrar instrumentos jurídicos como partes integrantes de uma teoria econômica. O raciocínio permite avaliar como as atividades escolhidas em sociedade via procedimentos de escolha pública são organizadas via custo-benefício em nome do interesse público, além de se possibilitar verificar o papel do direito nesse contexto. Como instrumento compensatório, a previsão da responsabilidade civil serve de base para a aplicação do conceito de ação eficiente de Kaldor-Hicks, raciocínio inerente à Nova Economia do Bem-estar. O referido conceito permite legitimar uma escolha com base na sua utilidade, ou seja, na sua capacidade de produzir bem-estar social ao se constatar que os ganhos são maiores que as perdas já que estas podem ser compensadas. Todavia, para o direito, não basta a mera previsão, é preciso que seja efetiva a reparação e a compensação de danos. Assim, primeiro se ilustra o acidente de Fukushima e a sistemática de indenização das vítimas. Em seguida se esclarece a relação entre o direito e a Nova Economia do Bem-estar, assim como a interface entre a responsabilidade civil e o conceito de Kaldor-Hicks, para posteriormente se mostrar os limites de tal interface. O caso de Fukushima permite ilustrar não apenas essa relação entre o instrumento de direito e

¹ Artigo submetido em 14/10/2016, pareceres de análise em 23/04/2017 e 29/05/2017, aprovação comunicada em 18/08/2017.

² Professora Adjunta de Direito Ambiental da Universidade de Brasília (UnB), Codiretora do grupo de Estudos Direito dos recursos naturais e sustentabilidade (GERN) e Coordenadora de Extensão da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Doutora (2014) em Direito pela Universidade de Aix-Marseille-França e pelo Centro Universitário de Brasília, Mestre (2009) em Direito pelo Centro Universitário de Brasília em parceria com o Instituto de Desenvolvimento Sustentável e Relações Internacionais da França (IDDRI) e especialista em Direito Internacional Ambiental (2008 - UNITAR-UNEP-Suíça). *E-mail*: glima@gmail.com



a teoria política econômica, mas também a importância de se reforçar a estrutura compensatória como condição de eficácia jurídica do uso da energia nuclear.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Nova Economia do Bem-Estar. Kaldor-Hicks. Fukushima.

Abstract

This paper analyzes the relationship between liability and the New Economics of Welfare, based on the Fukushima nuclear accident. The interface between law and that economic theory is proposed here as an economic analysis of law that evaluates how are the activities chosen in society and organized in favor of public interest, and verify the role of law in this context. As a compensatory tool, the liability forecast is the basis for the application of the concept of efficient action Kaldor-Hicks, reasoning inherent in the New Economics of Welfare. That concept allows legitimate a choice based on their usefulness, namely its ability to produce welfare: the gain is greater than the lost. However, in the legal point of view, is not sufficient the mere prediction of the compensation, it needs to be effective. To do so, first it illustrates the Fukushima accident and the system of compensation for the victims. Then it clarifies the relationship between the right and the New Economics of Welfare, as well as the interface between civil responsibility and the concept of Kaldor-Hicks, later to show the limits of such interface. The case of Fukushima illustrates not only the relationship between the instrument of law and economic policy theory, but also the importance of strengthening the compensatory structure as a legal requirement of effectiveness of the use of nuclear energy.

Keywords: Civil liability. New Economy Welfare. Kaldor-Hicks. Fukushima.

Sumário: 1. Introdução. 2. Análise crítica do acidente nuclear de Fukushima. 2.1. O Acidente de Fukushima. 2.2. Da Sistemática de Indenização das Vítimas. 3. A responsabilidade civil como instrumento da Nova Economia do Bem-estar: o conceito de eficiência econômica de Kaldor-Hicks. 3.1. A Responsabilidade Nuclear no Direito. 3.2. A Conexão entre o Direito e a Nova Economia do Bem-Estar: o Interesse Público e a Produção de Bem-Estar Social. 3.3. A Responsabilidade Civil como Aplicação do Conceito de Eficiência Econômica de Kaldor-Hicks. 3.4. A Responsabilidade Civil na Perspectiva Jurídica: Limites a sua Instrumentalização pela Nova Economia do Bem-Estar. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade jurídica objetiva se apresenta como um aprimoramento da responsabilidade civil tradicional e é voltada, de forma excepcional, para os casos de maior vulnerabilidade, devendo ser expressa em lei. Trata-se de fórmula mais rígida da responsabilidade: no lugar dos elementos básicos de comprovação da autoria, intenção,nexo causal e dano, a lei já indica o responsável, independente de dolo ou culpa, bastando o nexo causal entre a ação ou omissão e o dano ou potencial de dano. Ademais, a depender da legislação, também não se aplicará as



excludentes de responsabilidades como caso fortuito e força maior³. Contudo, por mais eficaz que seja, a responsabilidade objetiva tem os seus limites e são justamente no propósito para o qual foi criada: o amparo rápido e imediato da vítima. Sem um amparo fundado em direito dos desastres (CARVALHO; DAMACENA, 2012, p. 83-97) capaz de articular o mais rápido possível a compensação e a reparação do dano, a responsabilidade objetiva se torna inócua, apenas apontando o responsável.

É um argumento capaz de ser testado nos mais diversos exemplos de dano ambiental e focou-se aqui no caso de Fukushima. Trata-se de dano nuclear oriundo de uma sucessão de eventos em torno da escolha da matriz energética nuclear: o Japão optou por essa matriz energética considerando-a a mais eficiente entre as opções existentes. A escolha pública pelo uso dessa matriz sugere que considerou as possíveis perdas como neutralizáveis diante dos ganhos sociais na sua utilização⁴. A responsabilidade civil objetiva, ao ser apresentada como ferramenta de compensação em caso de dano, é a ferramenta de neutralização de uma possível perda. Neste sentido, a escolha pública pelo uso da matriz energética nuclear como capaz de prover bem-estar social ponderou prós e contras, disponibilidade, tecnologia e acesso acerca dessa fonte energética, considerando o seu uso como algo positivo para a sociedade, em que pese possíveis perdas e danos decorrentes do seu uso.

Em 11 de março de 2011, explosões na operadora nuclear Fukushima Daiichi no Japão causaram a liberação de material radioativo na cidade, exigindo a sua evacuação. O acidente nuclear⁵ foi o resultado da combinação de uma

³ No Brasil, por exemplo, não se aplicam as excludentes de responsabilidade já que se aplica a teoria do risco integral para a responsabilidade objetiva ambiental, nos termos do art. 14 da Lei nº 6.938/81 bem como posicionamento jurisprudencial (STJ - REsp 1114398-PR, Recurso repetitivo). No Japão, por exemplo, há a incidência da força maior como excludentes da responsabilidade objetiva (Parte 2, Capítulo I, seção 3, última parte, da Lei de Compensação japonesa, n. 147 de 1961), embora não foi aplicada no caso Fukushima.

⁴ Baseia-se tal afirmação, no entendimento da decisão pública a partir da teoria da nova economia do bem-estar social. Segundo essa teoria, as escolhas políticas que regulam as diferentes atividades em sociedade buscam equalizar suas ações, considerando prós e contras na criação do bem-estar social, de modo que uma escolha pode ser feita quando os ganhos sociais são vistos como sendo superiores às perdas, sendo estas possíveis de serem compensadas. Mais sobre o assunto: BENTHAM, 1989; YEW-KWANG, 1983, p. 60. HICKS, 1986, p. 219; PÉRÈS, 2010, p. 09.; CHAPMAN, 2005, p. 04.

⁵ Um acidente nuclear é todo fato ou sucessão de fatos que causam um dano nuclear. O dano nuclear, por sua vez, significa todo prejuízo, dano às pessoas, perdas de bens ou danos aos bens, que resultem de propriedades radioativas, ou de uma combinação dessas propriedades com outras que são tóxicas, explosivas, dentre outras características, De acordo com a Convenção de



catástrofe tecnológica em função de uma catástrofe natural, uma vez que as explosões ocorreram em razão da falha do sistema de segurança da usina diante das consequências de um terremoto e de um tsunami. A cidade foi evacuada, o meio ambiente terrestre e marinho contaminados, causando danos à população de Fukushima e ao meio ambiente, com prejuízos ecológicos, sociais, econômicos, patrimoniais e morais – esse último diretamente associado à perda do estilo de vida e perda do lar ou cidade natal (TOBACE, 2015) (AWAJI, 2014, p. 23).

Um sistema de indenização foi formulado para compensar as vítimas em seus diferentes tipos de dano. Até janeiro de 2016, as vítimas receberam cerca de 5.9 trilhões de lene por danos pessoais (físicos) e patrimoniais que, somados aos danos morais somam 7 trilhões de lene (FUKUSHIMA, 2017). São valores altos que podem parecer satisfatório. Mas o que pode parecer suficiente por parte de um observador pode não o ser do ponto de vista de uma vítima. Nesse sentido, torna-se questionável se o uso da compensação em caso de eventual dano nuclear é suficiente para justificar a escolha política em prol do uso desse tipo de energia como matriz energética.

A opção pelo uso matriz energética nuclear é uma escolha política dentre as variáveis energéticas possíveis, como a energia eólica, ou uso de hidrelétricas, ou energia solar, entre outras. Considerada atividade de alto risco, mas com potencial energético de alta eficiência, a energia nuclear é escolhida como matriz energética por vários países como França, Canadá, Rússia, Japão, entre outros.

Com a opção pelo uso dessa matriz, os países se estruturam para se precaver do risco de dano. Buscam se proteger por meio de regras de prevenção, precaução, estudos de impacto, uso das melhores tecnologias disponíveis, obrigatoriedade de sistemas de segurança, seguros e regras de responsabilização em caso de dano, entre outros. Todos esses aspectos políticos, jurídicos, tecnológicos são colocados à disposição do governo como uma fórmula que construíram para controle de riscos (BECK, 2010, p. 1.225) na gestão dos bens e atividades na sociedade. Trata-se de uma fórmula capaz de justificar, politicamente,

Viena de 1963 sobre a Responsabilidade civil por Danos Nucleares, artigo 1, L e K, respectivamente. (INTERNATIONAL Atomic Energy Agency (IAEA). **Vienna Convention on Civil Liability for nuclear damage**. Disponível em: <<https://www.iaea.org/publications/documents/infcircs/vienna-convention-civil-liability-nuclear-damage>>. Acesso em: 02 fev.2017.



o uso daquela atividade, por ser considerada como útil para a sociedade, por gerar algum tipo de ganho, neste caso, alto grau de eficiência energética.

Fukushima foi um choque que certamente fez reviver o medo das graves consequências de catástrofes como de Chernobyl, de 1986, evento em razão do qual se identificou a necessidade de aprimorar a segurança no uso da energia nuclear⁶. Foi uma catástrofe que nos faz repensar sobre o uso da energia nuclear, pois, apesar do ser humano se equipar de tecnologias cada vez melhores, ainda é vulnerável, ainda é suscetível à ocorrência de graves acidentes e suas consequências.

Explicar as escolhas políticas por uma ou outra ação em sociedade (no caso, a escolha pela energia nuclear) pode ser avaliada de acordo com a sua capacidade de produzir bem-estar. É uma perspectiva que parte da Nova Economia do Bem-Estar (BENTHAM, 1989; YEW-KWANG, 1983, p. 60), segundo a qual, as escolhas políticas por essa ou aquela atividade devem considerar os seus prós e contras, custos e benefícios na criação do bem-estar social⁷, ou seja, conforme a sua utilidade⁸. Trata-se de uma teoria política que retomou o seu espaço – principalmente a partir dos anos 1950 – no tratamento das ações estatais voltadas para o bem-estar coletivo. Ainda no entendimento da referida teoria, uma atividade é justificada como produtora de bem-estar coletivo quando os ganhos sociais são vistos como sendo superiores às perdas, sendo estas possíveis de serem compensadas. Grosso modo, eis o conceito de ação eficiente em Kaldor-Hicks: os ganhos podem ser superiores às perdas desde que haja a possibilidade de compensação das perdas como forma de neutralizá-las⁹. A possibilidade de compensação da perda é justamente a previsão jurídica da responsabilidade civil.

⁶ No direito internacional, a energia nuclear é tratada, dentre outros, Convenção de Viena de 1963 sobre a Responsabilidade civil por Danos Nucleares, da Convenção de Paris sobre a Responsabilidade Civil no Domínio da Energia Nuclear, de 1960, ambas interligadas pelo Protocolo aprovado em 1988, Protocolo decorrente justamente da repercussão que teve Chernobyl na necessidade de ser reforçar os parâmetros da segurança energética nuclear. IAEA. **Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage**. Disponível em: <<https://www.iaea.org/publications/documents/conventions/vienna-convention-on-civil-liability-for-nuclear-damage>>. Acesso em: 02 fev.2017.

⁷ O bem-estar social pode ser aferido pelo balanço entre a satisfação alcançada na utilização de riquezas, na produção de ganhos sociais, e o grau de insatisfação do processo, no alcance dessas riquezas. PIGOU, 1948, p. 89; HICKS, 1986, p. 219; YEW-KWANG, 1983, p. 60; CHAPMAN, 2005, p. 01.

⁸ A utilidade de um bem é a sua capacidade de produzir ganhos sociais. BENTHAM, 1989; LAFAYE, 2007, p. 127-131; RACHEL, 1999, cap. 7 e 8; ARAUJO, 2011, p. 97.

⁹ HICKS, 1986, p.219; PÉRÈS, 2010, p. 09; CHAPMAN, 2005, p. 01.



A interface entre direito (pela responsabilidade civil) e teoria política econômica (a Nova Economia do Bem-estar) é aqui proposta como uma análise econômica do direito¹⁰ que permite avaliar, por um lado, como são organizados em nome do interesse público, e por outro, verificar a efetividade jurídica do instrumento de direito utilizado. Em outras palavras, é possível analisar a escolha política do uso da energia nuclear (ou qualquer outra escolha política), por meio da Nova Economia do bem-estar e a sua relação com instrumentos jurídicos, quando presentes (no caso, a responsabilidade civil).

Assim, por meio de uma análise econômica do direito diante do acidente nuclear de Fukushima (1), pretende-se aqui esclarecer como a responsabilidade civil é instrumento para a aplicação do conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, integrante da Nova Economia do Bem-estar, o que deve ser visto com críticas sobre o papel do direito na indenização das vítimas (2).

2 ANÁLISE CRÍTICA DO ACIDENTE NUCLEAR DE FUKUSHIMA

Em uma breve análise crítica, primeiro se esclarece o acidente nuclear e algumas medidas governamentais posteriores (1.1) para posteriormente se abordar, ainda que brevemente, o sistema de indenização aplicado (1.2).

2.1 O Acidente de Fukushima

Na tarde de 11 março de 2011, um terremoto foi registrado no Japão, seguido de um tsunami, 50 minutos depois. Em Fukushima, na central de "Tokyo Electric Power Company" (TEPCO) automaticamente foram interrompidos pelo sistema de segurança da operadora, os reatores nº1,2 e 3. Entretanto, o fornecimento de energia elétrica, essencial para o resfriamento dos outros reatores foi cortado pela violência do terremoto. Diante da ocorrência do tsunami, os sistemas de segurança alternativos de resfriamento foram danificados afetando todas as

¹⁰ Ao se trabalhar por meio de uma análise econômica do direito, objetiva-se uma interpretação do direito tendo não somente respaldos jurídicos, mas também econômicos, é apenas uma forma de interpretar. MACKAAY; ROUSSEAU, 2008, p. 09; DEFFAINS; OBIDZINSKI, 2010, p. 383.



fontes de energia elétrica (AWAJI, 2014, p. 23) (KECSKÉS, 2012, p. 03), impossibilitando o resfriamento dos reatores, levando ao risco de explosão.

Dado o estado crítico da situação, foi ordenada, na noite do dia 11, uma evacuação de habitantes, em uma área de 3km em torno da usina. Nos dias que se sucederam, o resfriamento e ventilação dos reatores tornou-se uma demanda prioritária, mas que resultou frustrada. Uma primeira explosão ocorreu devido ao excesso de gás de hidrogênio acumulado. A evacuação da população se estendeu, então, para um raio de 20 km. No dia 14 de março, uma segunda explosão de hidrogênio ocorreu, afetando o reator de nº 3, e no dia 25 de março, houve outra explosão por acúmulo de hidrogênio, afetando o reator de nº 2. Um incêndio ocorreu no reator nº4. Em 21 de abril, o raio de 20km foi designado como em estado de emergência, na qual os evacuados não podiam voltar sem permissão. As pessoas cujas casas se encontravam entre 20 e 30 km de distância, foram classificadas como de evacuação voluntária. Após o acidente, três comissões de especialistas foram criadas para estudar o que aconteceu nas centrais de Fukushima, além de uma comissão da própria TEPCO (AWAJI, 2014, p. 23).

O dano nuclear é amparado pela responsabilidade objetiva (KECSKÉS, 2012, p. 03) presente na legislação japonesa¹¹, que significa a responsabilização do operador da atividade, independente de dolo ou culpa. As principais leis japonesas sobre a matéria são a Lei de Compensação por danos nucleares, Lei nº 147 de 1961, emendada em 2009, o seu Decreto de execução nº44, de 1962 e a Lei nº148 sobre os Acordos de indenização relativos à reparação de danos nucleares, de 1961. A Lei de compensação prevê que o operador da instalação é o responsável pelos danos nucleares resultantes de sua atividade. De acordo com a referida legislação a responsabilidade é, assim, objetiva¹², independe de culpa, e a atividade

¹¹ Apesar de o Japão não ser signatário das principais convenções internacionais sobre responsabilidade civil por dano nuclear (Convenção de Viena de 1963 sobre a Responsabilidade civil por Danos Nucleares, da Convenção de Paris sobre a Responsabilidade Civil no Domínio da Energia Nuclear, de 1960, ambas interligadas pelo Protocolo aprovado em 1988, dentre outros), suas regras nacionais apresentam certa harmonização com as normas internacionais. O direito japonês procurou prever um suporte jurídico às vítimas, pela delimitação da responsabilidade objetiva, obrigatoriedade do operador da atividade em assinar um seguro e a possibilidade de complementaridade estatal no montante da compensação, se necessário. Sobre essas Convenções: INTERNATIONAL Atomic Energy Agency (IAEA). **Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage, 1963**. Disponível em: <<https://www.iaea.org/publications/documents/conventions/vienna-convention-on-civil-liability-for-nuclear-damage>> . Acesso em: 02 fev.2017.

¹² De acordo com a Parte 2, Capítulo I, seção 3, da Lei de Compensação japonesa (Act on compensation for nuclear damage, nº 147 de 1961). Disponível em: <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1801&vm=&re=02>>. Acesso em: 02 fev. 2017.



deve ser coberta por seguro¹³. Ademais, o governo pode ainda acordar com o operador em compensar os valores que não são cobertos pelo seguro. Uma questão importante é que a previsão da presença da catástrofe natural como excludente de responsabilidade¹⁴.

Dada a peculiaridade do evento, no entanto, o operador de Fukushima - TEPCO assumiu a sua responsabilidade e obrigação de indenizar, mesmo que a causa inicial tenha sido uma catástrofe natural, uma possível excludente de responsabilidade no direito japonês. O caráter excepcional do acidente conduziu à decisão do operador e do governo japonês, a não aplicar a isenção de responsabilidade (KECSKÉS, 2012, p. 03). Todavia, mesmo que o ponto de partida tenha sido um terremoto seguido de um tsunami, o acidente nuclear se deu pela falha nos sistemas de segurança, sendo possível afirmar que foi causado pelo homem e não pela natureza. É o que defende a Comissão Independente de Investigação do Acidente Nuclear de Fukushima¹⁵.

Houve reconhecimento formal, por parte do governo, da sua responsabilidade por ter promovido uma política energética nuclear¹⁶. O governo reconheceu a sua responsabilidade social diante da qual institucionalizou uma entidade para auxiliar o operador da atividade no sistema de compensação pelo dano nuclear (Nuclear Damage Compensation Facilitation Corporation¹⁷),

¹³ De acordo com a Parte 3, Capítulo I, seção 6, da Lei de Compensação japonesa (Act on compensation for nuclear damage, nº 147 de 1961). Disponível em: <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1801&vm=&re=02>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

¹⁴ De acordo com a Parte 2, Capítulo I, seção 3, última parte, da Lei de Compensação japonesa, n. 147 de 1961. Há quem defenda que o terremoto seguido do tsunami foi de tal gravidade que não havia como prever uma catástrofe de tal amplitude na região. A excepcionalidade do evento natural como suficiente para uma isenção de responsabilidade, é a de saber se havia como ser evitado, os danos nucleares decorridos de tal evento. De modo geral, a tese segundo a qual a isenção se aplica aponta que eram inevitáveis diante das dimensões das catástrofes. De modo diverso, a tese que aponta para a não isenção da responsabilidade sustenta que haveria como ser evitado. Para uma melhor compreensão de cada uma das teses: AWAJI, 2014, p. 26 ; OCDE, 2000, p. 12.

¹⁵ V. The National Diet of Japan. **The Fukushima Accident Independent Investigation Commission**. 2012, p. 16. Disponível em: <https://www.nirs.org/fukushima/naic_report.pdf>. Acesso em: 02 fev.2017.

¹⁶ Artigo 2 do Ato da Corporação de Facilitação da Compensação de dano nuclear (Nuclear Damage Compensation Facilitation Corporation Act). Ato nº 94/2011. Disponível em: <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?re=2&dn=1&x=68&y=21&co=1&ia=03&yo=&gn=&sy=&ht=&no=&bu=&ta=&ky=act+2011+emergency+measures&page=6>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

¹⁷ Ato da Corporação de Facilitação da Compensação de dano nuclear (Nuclear Damage Compensation Facilitation Corporation Act). Ato nº 94/2011. Disponível em: <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?re=2&dn=1&x=68&y=21&co=1&ia=03&yo=&gn=&sy=&ht=&no=&bu=&ta=&ky=act+2011+emergency+measures&page=6>>. Acesso em: 02 fev. 2017.



complementando a verba indenizatória se necessário. Em janeiro de 2016, por exemplo, a TEPCO recebeu da referida entidade, 13.4 bilhões de Ienes¹⁸. Além disso, procurou regular medidas de reconstrução de Fukushima (Ato sobre medidas especiais para a reconstrução e revitalização de Fukushima – Ato nº 25/2012¹⁹), e medidas de suporte para a vida das vítimas dos desastres (Ato sobre a promoção de medidas de suporte para a vida das vítimas do desastre para proteger e apoiar crianças e outros residentes sofrendo danos relativos ao Acidente Nuclear da Companhia Tokyo Electric Power – Ato nº48/2012²⁰).

Uma medida criticada na ação governamental pós-Fukushima foi alterar o grau oficial de exposição segura do homem à radiação de 1 sievert (μSv) para 20 μSv ao ano, a fim de evitar evacuação de outras áreas contaminadas²¹. A delimitação de 20 μSv após um acidente nuclear pode ser interpretada como manipulação do risco de dano e pode, no mínimo, suscitar dúvida acerca da sua confiabilidade. Outro ponto a ser criticado é a sistemática de indenização das vítimas, tal como segue.

2.2 Da Sistemática de Indenização das Vítimas

No que diz respeito às vítimas, algumas questões que se sucederam às ordens de evacuação tornaram o processo moroso e consideravelmente traumático²². Destaca-se aqui em primeiro lugar, a dificuldade de lidar com a divisão

¹⁸ TEPCO. **Press release** 2017. Disponível em: <http://www.tepco.co.jp/en/press/corp-com/release/2017/1266357_7763.html>. Acesso em: 02 fev. 2017.

¹⁹ Act on Special Measures for the Reconstruction and Revitalization of Fukushima nº 25 of 2012. Disponível em: <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?re=2&dn=1&x=0&y=0&co=1&ia=03&yo=&gn=&sy=&ht=&no=&bu=&ta=&ky=act+2011+emergency+measures&page=15>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

²⁰ Act on Promotion of Support Measures for the Lives of Disaster Victims to Protect and Support Children and Other Residents Suffering Damage due to Tokyo Electric Power Company's Nuclear Accident nº48 of 2012. Disponível em: <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?re=2&dn=1&x=0&y=0&co=1&ia=03&yo=&gn=&sy=&ht=&no=&bu=&ta=&ky=fukushima&page=6>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

²¹ STARR, Steven. **Costs and Consequences of the Fukushima Daiichi Disaster**. Environmental Health Policy Institute. Physicians for Social Responsibility (PSR). Disponível em: <<http://www.psr.org/environment-and-health/environmental-health-policy-institute/responses/costs-and-consequences-of-fukushima.html>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

²² Salienta-se que a dificuldade de se ter um Sistema de compensação eficaz repete-se em diferentes momentos na história de catástrofes no Japão. Nesse sentido: FELDMAN, 2013, p. 337.



de tipos de vítimas que, nos primeiros anos, foi um verdadeiro impasse, mas, 5 anos depois, possui um rol considerável de diferentes tipos de danos, o que apresenta certo aprimoramento; em segundo lugar, contudo, critica-se o excesso de burocracia do processo de identificação do direito à compensação.

Sobre o primeiro aspecto, o sistema de compensação diferenciava as pessoas que evacuaram por ordem do governo, das pessoas que evacuaram de forma voluntária. Essas últimas tiveram dificuldade de receber mesmo as compensações provisionais emergenciais (MCNEILL, 2013, p. 12) além de ter sido difícil a sua inclusão nos locais de refúgio indicados pelo governo (AWAJI, 2014, p. 23). Imagine o desespero: além de ter que sair às pressas, sem se preocupar de modo objetivo com questões de dinheiro ou comprovação de bens materiais, por medo da radiação, não tem para onde ir, nem como custear e, ao procurar o Estado, há uma classificação dos tipos de vítima que terão auxílio do governo, uma classificação que talvez não te inclua no rol.

Compensações provisionais eram voltadas para o custeio da evacuação e itens imediatos para saúde, transporte, moradia. Foram reguladas pelo Ato sobre Medidas de Emergência causadas pelo Acidente Nuclear de 2011 (Ato nº 91 de 2011). De modo geral, conforme interpretação do referido ato, as compensações provisionais não se confundiam com a indenização que era devida pela TEPCO. O Estado podia ser reembolsado pela TEPCO e, caso a vítima tivesse recebido indenização pela TEPCO, deixava de ter direito à compensação provisional (OCDE, 2012, p. 25).

A TEPCO implementou uma sistemática de compensação para indivíduos (inclusive de evacuação voluntária) além de corporações e proprietário de solo. Os tipos de indenização são a compensação provisional (de caráter emergencial) e a indenização definitiva²³. Abaixo uma tabela conforme dados da TEPCO, em janeiro de 2016, retratando os tipos de indenização e montante até o momento:

²³ V. TEPCO. **About compensation for nuclear damage.** Disponível em: <<http://www.tepco.co.jp/en/comp/index-e.html>>. Acesso em: 02 fev. 2017.



	Indivíduos	Indivíduos de evacuação voluntária	Corporações e proprietários de solo
Nº de casos de aplicações recebidas (cumulativa: compensações provisionais + indenização definitiva)	Aproximadamente 874,000 casos	Aproximadamente 1,307,000 casos	Aproximadamente 391,000 casos
Número de casos de Indenização definitiva realizadas (casos de indenização definitiva cumulada com compensação provisional)	Aproximadamente 782,000 casos	Aproximadamente 1,295,000 casos	Aproximadamente 331,000 casos
Montante de indenização definitiva (sem cumulação com compensação provisional)	Aproximadamente 2,589.3 bilhões de yenes	Aproximadamente 353.6 bilhões de yenes	Aproximadamente 2,796.2 bilhões de yenes

Fonte: TECPO. Status of Indemnification payouts 12.02.2016. Disponível em: <<http://www.tepco.co.jp/en/comp/index-e.html>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

A segunda crítica diz respeito ao procedimento de reconhecimento do direito à indenização, que foi traumático desde o início. No decorrer dos anos que se sucederam ao acidente, um excesso de burocracia na demonstração do direito à indenização foi uma das principais dificuldades enfrentadas pela população.

Por exemplo, o primeiro requerimento preparado pela TECPO era de tamanha complexidade que somente o seu manual tinha cerca de 60 páginas, para explicar como completar o formulário de cerca de 160 páginas. Ademais, para aprovar a compensação, eram requeridos documentos diversos como comprovante de identidade, de propriedade dos diferentes bens, comprovantes de despesas, comprovantes de negócios anteriores prejudicados pelo acidente, entre outros (OCDE. 2012, p. 13).

O procedimento colocou a vítima do dano em uma situação angustiante: além de ter tido de evacuar para salvar a vida do risco de dano nuclear, situação desesperadora por si só, em verdade deveria ter se preocupado em trazer consigo todos os comprovantes de tudo que imagina que deveria exigir a sua compensação.

Uma vez esclarecidas algumas questões do acidente e da indenização das vítimas, passemos ao estudo de análise econômica do direito. Do evento acima



relatado, destaca-se aqui o uso da responsabilidade objetiva como parte integrante da legitimação da escolha pelo uso da energia nuclear, a partir da perspectiva da Nova Economia do Bem-estar e as possíveis consequências da dita interface.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO INSTRUMENTO DA NOVA ECONOMIA DO BEM-ESTAR: O CONCEITO DE EFICIÊNCIA ECONÔMICA DE KALDOR-HICKS

A responsabilidade civil é um instrumento de reparação e de compensação de dano. No caso do dano nuclear, a compensação da vítima prevalece no lugar de reparação justamente por representar os danos que não há como ser reparados²⁴. Essa lógica se encaixa na fórmula de ação eficiente segundo Kaldor-Hicks, recurso integrante da teoria política a Nova Economia do Bem-estar. Esclarece-se aqui, em uma perspectiva com traços lumanianos²⁵ como elementos da sistemática jurídica são utilizados na referida teoria política e como alguns de seus elementos são traduzidos no direito. Embora se tenha partido aqui da análise do evento de Fukushima, tal avaliação pode se aplicar sempre que se analisa a escolha por alguma atividade no alcance do interesse social. Em outras palavras, é estudar as escolhas políticas do governo pela sua coerência ou não com a teoria da Nova Economia do Bem-estar a partir do entendimento legal.

Assim, para a compreensão dessa relação, primeiro se apresenta como alguns elementos da referida teoria podem ser vistos no direito (3.1) e como a responsabilidade civil, elemento jurídico, é instrumentalizada na Nova Economia do Bem-estar (3.2). Em seguida, uma vez apresentada a interface entre o direito da responsabilidade e o conceito de Kaldor-Hicks (3.3), defende-se a importância da autonomia do direito para a efetividade dos seus objetivos, ainda que conexos com objetivos econômicos (3.4).

²⁴ Do ponto de vista técnico-jurídico, a reparação se diferencia da compensação. Enquanto a primeira se volta para a restituição do bem lesado, a segunda se volta para o dano residual, ou seja aquele cuja reparação é impossível. (LIMA, 2014).

²⁵ Não se trata, pois, de uma pesquisa puramente com base em Luhmann. Mas parte da fórmula que Luhmann ensina sobre a interação entre sistemas sociais: uma que identifica que cada sistema social, como o direito e a economia, possuem a sua própria lógica, a sua própria linguagem, os seus instrumentos, os seus objetivos, mas que podem interagir entre si. LUHMANN, 1998, p. 09; TEUBNER; NOBLES; SCHIFF, 2003, p. 03.; TEUBNER, 1996, p. 163.



3.1 A Responsabilidade Nuclear no Direito

Para uma compreensão geral da responsabilidade objetiva da reparação do dano nuclear verifica-se, em suma, a regra da responsabilidade objetiva, por sua direta relação com a gestão de riscos ambientais, o que, por sua vez, tem direta relação com a aplicação do conceito de ação eficiente segundo Kaldor-Hicks. Adentremos, entretanto, em etapas: primeiro um resumo da responsabilidade no direito internacional²⁶, em seguida a sua relação com o risco, para posteriormente entrarmos no direito japonês e finalmente na análise econômica proposta sobre a relação da responsabilidade, o direito, e a Nova economia do Bem-estar, e nela, especificamente, o conceito de Kaldor-Hicks.

A responsabilidade objetiva é um aprimoramento da responsabilidade civil tradicional (com base na culpa) e pela sua rigidez, aplica-se sobretudo quando expressa legalmente. A mesma foi a opção²⁷, por exemplo, da Convenção de Viena de 1963 sobre a Responsabilidade civil por Danos Nucleares²⁸, da Convenção de Paris sobre a Responsabilidade Civil no Domínio da Energia Nuclear, de 1960, ambas interligadas pelo Protocolo aprovado em 1988, dentre outros. Além de objetiva (independe da existência de culpa), é absoluta²⁹, solidária³⁰, e limitada pela definição dos danos compensáveis e reparáveis, assim como pelos valores³¹, preceitos e lapso temporal estabelecidos nas respectivas Convenções e Protocolos³².

²⁶ Mais sobre o assunto: v. LIMA, 2015, p. 325-340.

²⁷ O tratamento do dano nuclear é um dos poucos setores em direito internacional cuja responsabilidade foi atribuída e aceita pela comunidade internacional, como sendo objetiva. Na maioria dos setores, a possibilidade de dano é tratada pela responsabilidade internacional ambiental do Estado, na qual normalmente se avalia a conduta do Estado e sua relação com o dano. DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 779;

²⁸ A Convenção entrou em vigor em 12 de novembro de 1977. Embora o Japão não seja signatário da Convenção, ela é aqui comentada diante da delimitação da regra da responsabilidade objetiva para danos nucleares.

²⁹ De acordo com o artigo IV, da Convenção de Viena de 1963 sobre a Responsabilidade civil por Danos Nucleares. A responsabilidade objetiva pode, no entanto, ser amenizada no caso de negligência da vítima (artigo IV, 2).

³⁰ De acordo com o artigo II, 3, da Convenção de Viena de 1963 sobre a Responsabilidade civil por Danos Nucleares.

³¹ A exemplo do artigo V da Convenção de Viena de 1963 sobre a Responsabilidade civil por Danos Nucleares.

³² Outras exigências são a obrigação do operador em contratar uma seguradora como outra forma de garantia financeira para o montante correspondente à sua responsabilidade. Ademais, se o montante ainda for insuficiente em relação à reparação do dano, o Estado onde se encontra a



O arranjo jurídico é formado com o objetivo de garantir um suporte às vítimas e na reparação do dano nuclear, a partir da delimitação prévia do responsável por um dano nuclear, nos limites estabelecidos legalmente (STOIBER; BAER; PELZER; TONHAUSER, 2003, p. 111). Determinar previamente o responsável é uma forma de incentivá-lo a buscar, desde o início, medidas preventivas e de precaução para evitar a ocorrência de dano, retratando como fundamento o princípio do poluidor pagador (BERNASCONI, 2000, p. 23) junto com o princípio da prevenção e da precaução (CANE, 2002, p. 433) (SACHS, 2008, p. 898).

A opção pela responsabilidade objetiva se dá na sua relação com o risco ambiental e com a escolha pela atividade de risco. Significa o reconhecimento político da utilidade da atividade, em que pese os riscos que representa. O direito entra na internalização do risco, ao tornar regra jurídica para o operador da atividade arcar com as medidas de prevenção, de precaução, de reparação e de compensação. Isso implica em incentivar o responsável na busca de medidas para evitar o dano e ainda, consiste em dinamizar o processo de reparação do dano, caso este ocorra. Trata-se de uma fórmula jurídica de gerenciar o risco de dano nuclear, ao considerarmos como gestão a atribuição de obrigações ao responsável ou responsáveis pela opção de uso da atividade de risco. Nesse sentido, a opção pela responsabilidade objetiva se justifica diante da atividade de risco criado à sociedade (BARBOZA, 1994, p. 315).

No que diz respeito à situação de Fukushima, sobre a responsabilidade e a gestão do risco nuclear, em que pese o Japão não ser signatário das principais convenções internacionais sobre responsabilidade civil por dano nuclear, suas regras nacionais apresentam certa harmonização com as normas internacionais. O direito japonês procurou prever um suporte jurídico às vítimas, pela delimitação da responsabilidade objetiva, obrigatoriedade do seguro e a possibilidade de complementaridade estatal no montante da compensação, se necessário. Importa observar agora, como tal indenização vem sendo estabelecida.

instalação é obrigado a completar a diferença até o limite da responsabilidade do operador³². A competência para os pleitos de indenização no judiciário é do Tribunal da Parte Contratante em cujo território ocorreu o acidente De acordo com o artigo XI da da Convenção de Viena de 1963 sobre a Responsabilidade civil por Danos Nucleares.



As principais leis japonesas sobre a matéria são a Lei de Compensação por danos nucleares, lei n. 147 de 1961, emendada em 2009, o seu Decreto de execução n.44, de 1962 e a Lei n.148 sobre as Convenções de indenização relativas à reparação de danos nucleares, de 1961. A Lei de compensação prevê que o operador da instalação é o responsável pelos danos nucleares resultantes de sua atividade. De acordo com a referida lei, a responsabilidade é, assim, objetiva³³, independe de culpa, e a atividade deve ser coberta por seguro³⁴. Ou seja, embora não seja signatário do direito internacional relacionado, reproduz as principais regras. Ademais, de acordo com a lei sobre as Convenções de indenização, governo pode ainda acordar com o operador em compensar os valores que não são cobertos pelo seguro.

Vale lembrar que os danos ocorreram após uma sucessão de eventos, a instabilidade elétrica causada pelo terremoto seguido do tsunami dificultou os trabalhos de refrigeração, estes que levaram ao acúmulo de hidrogênio e as sucessivas explosões. O caráter excepcional do acidente conduziu à decisão do operador, e do governo japonês, a não aplicar a isenção de responsabilidade (KECSKÉS, 2012, p. 03). De fato, não há como deduzir que os danos ocorreram unicamente em razão da catástrofe natural, mas sim, em razão de uma sucessão de eventos que permitem alocar a operadora como responsável pelo dano.

Escolher a realização de certas atividades de risco, em que pese o seu caráter perigoso, traz consigo o desafio de gerenciar os riscos interligados. Com uma interface entre a atribuição da responsabilidade objetiva e o princípio do poluidor-pagador, é nesta perspectiva que, juridicamente, a gestão do risco consiste em estabelecer uma responsabilidade estrita, objetiva, absoluta, ou por risco integral, obrigando o operador a assumir os riscos que lhe são inerentes. Um sistema de compensação é, portanto, estabelecido pelo direito e se torna parte da formula pública de decisão voltada para o bem-estar social na medida em que a sua previsão (previsão das regras de responsabilidade) é argumento que faz parte da legitimação da escolha pública. É o que juridicamente aplica Kaldor-Hicks.

³³ De acordo com a Parte 2, Capítulo I, seção 3, da Lei de Compensação japonesa, n. 147 de 1961.

³⁴ De acordo com a Parte 3, Capítulo I, seção 6, da Lei de Compensação japonesa, n. 147 de 1961.



3.2 A Conexão entre o Direito e a Nova Economia do Bem-Estar: o Interesse Público e a Produção de Bem-Estar Social

A conexão entre o direito e a Nova Economia do Bem-estar que aqui nos interessa é o objetivo que têm em comum de alcance do interesse público, este que, na referida teoria política, é representado pela produção de bem-estar social.

O interesse público é aqui entendido como o interesse geral, a vontade geral, aquela que o Estado é responsável de gerir. No direito, conhecemos da vontade geral pelos valores expressos constitucionalmente como de interesse público, são os direitos fundamentais, e pelas regras que visam a sua proteção e implementação (CONSEIL D'ETAT, 1999; HERMITTE, 2011, p. 106). Mesmo que tenhamos partido de um caso ocorrido no Japão, a lógica jurídica lá ou aqui não é diferente no que diz respeito à função do Estado em gerir o interesse geral.

No direito constitucional e no direito administrativo, por exemplo, a normatização do modo de funcionar do Estado parte da premissa que a relação jurídica entre o Estado e o cidadão tem por objetivo a proteção dos direitos fundamentais, sociais e difusos deste último. É gerir a sociedade para que o homem possa nela se realizar. É dever do Estado «atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo» (DI PIETRO, 2012, p. 66).

Diante da obrigação de proteção dos direitos fundamentais, a atuação do Estado é devida sempre que o interesse público estiver presente. Aqui se enquadra o diálogo entre Estado e mercado : ainda que a atuação estatal se proponha como subsidiária³⁵ ou seja, como complementar à atuação privada, ela é exigida sempre que se veja nas atividades de mercado, o risco de não cumprir com o interesse público e a proteção dos direitos fundamentais.

A partir desse raciocínio, há um fundamento de proteção dos direitos fundamentais na intervenção do Estado na Economia da economia. Quando o governo promove uma ou outra atividade, avalia os seus prós e contras para a produção de bem-estar coletivo, está exercendo o seu dever de cuidar do interesse

³⁵ A atuação subsidiária do Estado identifica o momento em que este deve intervir: enquanto as atividades privadas forem suficientes para suprir as necessidades básicas físicas, materiais e morais da população, o Estado não intervém. Caso as atividades privadas não se atenham à proteção dos direitos fundamentais, o Estado deve intervir. (ARANHA, 2015, p. 22) (FURTADO, 2007, p. 37).



público. Eis a conexão entre o interesse público no direito, como expressão do interesse geral na política e produção de bem-estar social na economia.

No eixo da Nova Economia do Bem-Estar, a produção do bem-estar coletivo é o parâmetro a ser seguido pelas atividades econômicas. O alcance do bem-estar social se promove a partir da utilização das riquezas e o grau de insatisfação nascido em razão desse alcance³⁶. É um modelo que permite o reconhecimento da utilidade dos bens em função da sua capacidade de produção de bem-estar social. O conceito de utilidade aqui se apoia em Bentham, para quem todas as vezes que uma escolha entre duas ações deva ser feita, o princípio da utilidade impõe o dever de optar pela escolha que resulte nas melhores consequências para todos os envolvidos³⁷. Assim, se uma ação se baseia na Nova Economia do Bem-Estar, significa que esta ação busca as escolhas que darão maior utilidade à sociedade, produzirão mais ganhos do que perdas³⁸. Essa é uma fórmula de eficiência com base em Pareto. Grosso modo, a ação eficiente de Pareto é aquela onde os ganhos são superiores às perdas.

Do ponto de vista econômico, o conceito de Pareto faz referência a um estado de concorrência pura e perfeita que existirá somente se o aumento do bem-estar de um agente não diminuir o bem-estar de outro (JAECK, 2010, p. 24). De uma perspectiva mais geral, o estado de Pareto é uma noção que ajuda a medir a eficácia de uma ação : o seu grau de alcance do bem-estar social. Do ponto de vista político, permite avaliar entre as atividades quais devem ser formentadas pelo Estado e desenvolvidas em mercado, que sejam capaz de promover o bem-estar social. Escolher entre a energia nuclear ou energia eólica, ou energia solar, entre outras, é uma escolha que deve avaliar essas atividades, nos seus custos e benefícios sociais.

Todavia, a partir de um olhar subjetivo, a ação eficiente de Pareto é difícil de ser alcançada. O próprio conceito de perda é subjetivo : o que não é perda para uns, pode o ser para outros. É difícil, pois, medir os ganhos e as perdas e levá-los a um estado onde ninguém saia perdendo (HICKS, 1986, p. 220). É nesse cenário que entra o critério de Kaldor-Hicks como condição de eficiência na ponderação dos

³⁶ V. PIGOU, 1948, p. 89; HICKS, 1986, p. 219; YEW-KWANG, 1983, p. 60; CHAPMAN, 2005, p. 01.

³⁷ V. BENTHAM, 1989; RACHEL, 1999, cap. 7 e 8. ARAUJO, 2011, p. 97.

³⁸ V. BENTHAM, 1989; YEW-KWANG, 1983, p. 60.



ganhos e das perdas : insere a possibilidade de compensação da perda como forma de neutralizá-la e levar a uma situação onde os ganhos são superiores às perdas pois essas podem ser compensadas. E é justamente na configuração desse instrumento compensatório como neutralização da perda que entra a responsabilidade civil.

3.3 A Responsabilidade Civil como Aplicação do Conceito de Eficiência Econômica de Kaldor-Hicks

A responsabilidade civil é o instrumento de compensação que teoricamente legitima a neutralização da perda como forma de avaliar uma ação como eficiente : os ganhos são superiores às perdas, pois estas podem ser compensadas. Se os ganhos são superiores às perdas, há produção de bem-estar social. A inclusão da compensação como complementar a avaliação da eficiência de uma ação com base em Pareto é uma proposição do critério Kaldor-Hicks.

Eram dois economistas, Nicholas Kaldor e John R. Hicks, que avaliaram uma forma de se alcançar o equilíbrio de Pareto : a compensação das perdas porventura existentes. O critério compensatório foi primeiro proposto por Nicholas Kaldor. Em seguida John Hicks o complementou afirmando que para o alcance de Pareto, não é necessário que a compensação exista de fato, basta apenas que ela seja prevista como possível de ser implementada (YEW-KWANG, 1983, p. 60).

Desta feita, uma ação é eficiente economicamente, e, portanto, produzindo bem-estar social, quando os ganhos são superiores às perdas, já que estas podem ser compensadas (CHAPMAN, 2005, p. 01) (HICKS, 1986, p. 91-92). Assim, as escolhas políticas em sociedade são legitimadas porque foram avaliadas na sua produção do bem-estar social e estão respaldadas na presença da legislação de responsabilidade civil: caso haja dano e alguém esteja descontente, pode exigir os seus direitos.

Tal formula, no direito, é controversa. Juridicamente, para que a norma seja efetiva, não basta a mera previsão de uma compensação, é preciso que ela de fato ocorra. Eis o primeiro limite da aplicação do conceito de Kaldor-Hicks no campo do direito. Em segundo lugar, para que uma compensação seja efetiva, é preciso que o



bem possa ser substituído por um outro equivalente³⁹, o que é difícil de se alcançar quando se trata do dano nuclear.

A Nova Economia do Bem-estar, por meio do conceito da ação eficiente de Kaldor-Hicks, arranhou uma forma de desconectar a avaliação da utilidade de uma ação da subjetividade de uma eventual vítima: pelo raciocínio do conceito de Kaldor-Hicks, para que uma ação seja eficiente em sua utilidade, não é preciso que a compensação ocorra, basta que haja a possibilidade de compensação (YEW-KWANG, 1983, p. 60). Em outras palavras, basta a mera previsão da responsabilidade civil, e não a efetividade da mesma. Por outro lado, cabe ao direito, ou melhor, ao operador do direito, o sucesso na efetividade da responsabilidade civil.

3.4 A Responsabilidade Civil na Perspectiva Jurídica: Limites a sua Instrumentalização pela Nova Economia do Bem-Estar

A instrumentalização da responsabilidade civil como legitimadora da eficiência de uma ação para a Nova Economia do Bem-estar deve ser vista com respaldos. Isso porque, pode até cumprir com a sua função na fórmula compensatória de Kaldor-Hicks, mas do ponto de vista do direito, não haverá efetividade na compensação se ela não existir de fato. Além disso, mesmo que exista, pode não cumprir com o objetivo de compensar, pois a subjetividade da vítima também é um limite para a própria compensação. Em que pese esses limites, a compensação é um recurso social de resolução de conflito de interesses (LIMA, 2014), servindo com esse propósito, o interesse público.

Juridicamente, para que a responsabilidade civil objetiva tenha lugar, há de se constatar nexos causal entre o dano e a atividade, sendo desnecessário o exame da culpabilidade do ator, pois é objetiva, já expressa em lei. O objetivo primário é a reparação e, quando não há como reparar, compensa-se. Eis a compensação como parte da responsabilidade no direito: ela entra em cena para amparar o dano residual, ou seja, aquilo que não há como ser reparado⁴⁰.

³⁹ Sobre o critério de equivalência na compensação: LIMA, 2014.

⁴⁰ V. LIMA, 2014; TRÉBULLE, 2009, p. 21-22; MEKKI, 2010, p. 182, MARTIN, 2010, p. 15; LEITE; AYALA, 2012, p. 212; BECHARA, 2007, p. 91.



O dano nuclear afeta o meio ambiente, a saúde humana e o estilo de vida: a pessoa pode nunca poder voltar para o local do evento, devendo alterar todos os seus costumes, casa, relacionamentos; além disso, o risco de dano é intergeracional, pode afetar as gerações futuras. Eis porque a energia nuclear é uma escolha delicada: em que pese a sua eficiência energética, se houver um acidente, as consequências são sempre drásticas. E medir a capacidade de se compensar essas consequências sempre terá o limite da subjetividade da vítima.

Se observarmos o caso de Fukushima, o dano causado pelo desespero da evacuação, pela angústia de não conseguir se enquadrar imediatamente no programa de compensação do Estado, pois evacuou não por ordens do governo, mas voluntariamente, e o dano causado pelo tormento de um excesso de burocracia no reconhecimento do direito à compensação são danos morais às vítimas, uma angústia que o próprio sistema de compensação em caso de dano causou.

Assim, mesmo que prevista, a responsabilidade objetiva não é garantia de uma compensação satisfatória em caso de dano nuclear, haja vista a dificuldade subjetiva de cada uma das vítimas em lidar com as suas consequências. Essa é uma situação que, do ponto de vista de uma vítima, põe em cheque o uso da compensação na avaliação da eficiência de uma ação na sua utilidade, ou seja, na sua capacidade de produção de bem-estar. Esse limite, contudo, esbarra na prevalência do interesse público quando da escolha pública anterior – aquela que escolheu pela atividade que agora é danosa. No momento da escolha pública, elementos de subjetividade são secundários à mera presença da previsão da compensação.

Do ponto de vista da subjetividade da vítima, a compensação por determinado tipo de dano jamais será suficiente para lhe reparar aquilo que perdeu. Se a compensação não é suficiente, em tese, invalida-se a legitimidade da escolha política do governo pela implementação da atividade de risco. Assim, pode ser que os ganhos não sejam superiores às perdas, não justificando a escolha por aquela atividade.

Se a neutralização da perda pudesse ser questionada também na teoria e na fórmula de Kaldor-Hicks, isso deveria refletir na utilidade da atividade, ou seja, na sua capacidade de produzir ganhos sociais, já que esses podem não ser superiores às perdas. Contudo, no momento em que a referida fórmula estipulou a simples



previsão como suficiente para mesurar a ação eficiente, ela distancia a decisão pública da posição da vítima de um dano. A decisão pública se atém aos ganhos para a sociedade, e não às perdas para as vítimas. É uma falha na lógica da Nova Economia do Bem-estar, pois, sempre que se considerar a subjetividade da vítima, Pareto jamais será alcançado. É, assim, uma escolha política: ainda que haja perda, haverá ganhos e para as perdas, que sejam previstos instrumentos de compensação.

Se, por um lado, identifica-se um limite ao uso da compensação, por outro, há de ser observar que para toda escolha política, o Estado deve também se preparar para as suas consequências. Se toda essa angústia foi causada pelo excesso de burocracia no reconhecimento do direito à compensação, é porque falta aprimorar o direito dos desastres (CARVALHO, 2012, p.107-145), o direito que rege a gestão de riscos em seus estágios (FARBER, 2012, p. 3): não somente na prevenção, mas também na compensação.

4 CONCLUSÃO

O uso da análise econômica do direito contribuiu para a percepção da conexão entre o interesse público e a produção do bem-estar social na avaliação das escolhas políticas por uma ou outra atividade, aqui no caso, a avaliação pela escolha do uso da energia nuclear.

As peculiaridades do dano nuclear e a subjetividade da vítima permitem questionar acerca da capacidade do direito de sustentar a escolha política pelo uso da atividade nuclear, considerada uma atividade de risco, já que os danos nucleares não podem ser tão facilmente compensados e reparados, se estendendo por gerações. Embora se possa levantar a pergunta: usar ou não usar energia nuclear? Não há uma resposta correta, já que a escolha pelo uso ou não deste tipo de energia é uma escolha política.

Por um lado, a responsabilidade civil objetiva é uma forma de reforçar o quadro de prevenção de danos nucleares. Existe um raciocínio econômico de incentivo à prevenção, quando se delimita a responsabilidade objetiva. Se o operador da atividade já sabe desde o início que responderá por danos eventualmente causados pela sua atividade, ou seja será responsável por todo o



custo da reparação e da compensação que a sua atividade causar, será, então, incentivado a se munir de sistemas de segurança que possam justamente prevenir o dano.

Ademais, as regras compensatórias existem, mesmo com todas as suas imperfeições, e implementam um equilíbrio e a resolução de um conflito. Existe, na previsão de regras de compensação, um respaldo na teoria econômica da busca do bem estar e do critério de equilíbrio pela ação eficiente de Kaldor-Hicks. Significa dizer a compensação é, nesse sentido, um instrumento para o interesse público e produção do bem-estar social. Ela objetiva ser uma fórmula para equilibrar interesses conflitantes, muito mais que compensar propriamente os bens envolvidos.

Por outro lado, existe uma elevada pretensão de legitimidade no uso da responsabilidade objetiva. A eficiência energética nuclear é legitimada tendo em vista que um possível dano pode ser compensado, afinal, todo um arranjo jurídico foi delineado para tanto. O que se pode observar é que, do ponto de vista jurídico, não é suficiente estabelecer um arranjo determinando a responsabilidade objetiva, obrigatoriedade de seguro e mesmo possibilidade de complementaridade por parte do governo, pois, do ponto de vista da vítima, o dano nuclear tem dimensões irreparáveis. A irreparabilidade do dano não é apenas de valor moral, material ou econômica, mas também acerca do controle dos riscos no processo de descontaminação.

No que diz respeito à escolha pela energia nuclear, a previsão da responsabilidade civil corrobora com a legitimação da escolha política por esse tipo de matriz e cabe ao Direito reforçar os seus instrumentos para oferecer um direito dos desastres com eficácia suficiente para amparar as vítimas e minimizar a sua angústia face ao dano. Sem um tal aprimoramento jurídico, jamais será suficiente simplesmente justificar as escolhas com base no interesse público. Terá o estado burlado o seu dever de proteger o interesse público ao colocar a população em risco de dano.

5 REFERÊNCIAS

Convenção de direito internacional

INTERNATIONAL Atomic Energy Agency (IAEA). **Vienna Convention on Civil Liability for nuclear damage**. Disponível em: <<https://www.iaea.org/publications/>



documents/infcircs/vienna-convention-civil-liability-nuclear-damage>. Acesso em: 02 fev. 2016.

Legislação no Japão

Act on Promotion of Support Measures for the Lives of Disaster Victims to Protect and Support Children and Other Residents Suffering Damage due to Tokyo Electric Power Company's Nuclear Accident nº48 of 2012. Disponível em: <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?re=2&dn=1&x=0&y=0&co=1&ia=03&yo=&gn=&sy=&ht=&no=&bu=&ta=&ky=fukushima&page=6>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

Act on Special Measures for the Reconstruction and Revitalization of Fukushima nº 25 of 2012. Disponível em: <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?re=2&dn=1&x=0&y=0&co=1&ia=03&yo=&gn=&sy=&ht=&no=&bu=&ta=&ky=act+2011+emergency+measures&page=15>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

Act on compensation for nuclear damage nº 147 de 1961. Disponível em: <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1801&vm=&re=02>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

Nuclear Damage Compensation Facilitation Corporation Act nº 94/2011. Disponível em: <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?re=2&dn=1&x=68&y=21&co=1&ia=03&yo=&gn=&sy=&ht=&no=&bu=&ta=&ky=act+2011+emergency+measure&page=6>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

Livros, artigos e outros

ARANHA, Márcio Lório. **Manual de direito regulatório**. 3a edição, Laccademia Publishing, 2015, p.22 ;

ARAUJO, Leandro Shigueo. Uma resposta hedonista à objeção da máquina de experiências. **Fundamento**, v.2, n. 2, jan-abr, 2011, p. 97;

AWAJI, Takehisa. L'Accident nucléaire de Fukushima et la responsabilité de l'exploitant et de l'État, *in*: BOUTONNET, M. (Dir.). **L'après Fukushima, regards juridiques franco-japonais**. PUAM, Droit(s) de l'environnement, septembre 2014;

BECHARA, Érika. **Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental previsto na Lei n. 9.985/2000**. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007, p.91;



- BECK, Ulrich. **World risk society**. Polity Press: Cambridge, 2000, p. 03-06;
- BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna, Nova Cultural, 1989.
- CALABRESI, Guido. The Decision for Accidents: An Approach to Non-Fault Allocation of Costs. **Yale Law School Faculty Scholarship, Faculty Scholarship Series**. Paper 1989, p. 173-174. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1989>. Acesso em: 02 fev. 2016.
- CANE, Peter. Using tort law to enforce environment regulation. **Washburn Law Journal**, vol 41, p.427-467, 2002, p. 439.
- CARVALHO, Délton Winter de. Por uma necessária introdução ao direito dos desastres ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, v. 67, 2012, p.107-145;
- CONSEIL D'ETAT. Réflexions sur l'intérêt général. **Rapport public**, 1999. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/linteret-general-une-notion-centrale-de-la.html>>. Acesso em: 02 fev. 2016.
- CHAPMAN, Bruce. Economic Analysis of Law and the Value of Efficiency. **Economic Analysis of Law: A European Perspective**, Aristides N. Hatzis ed., Cheltenham, U.K.: Elgar 2005, p. 01.
- DEFFAINS, Bruno; OBIDZINSKI, Marie. Vers de nouveaux questionnements: production; design et évolution des systèmes juridiques, *in*: DEFFAINS, Bruno ; LANGLAIS, E. **Analyse Economique du Droit**. France : Boeck Universités, 2010, p. 383.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. Atlas, 2012, p. 66.
- FARBER, Daniel. Introduction: Legal scholarship, the disaster cycle, and the Fukushima accident. **Duke Environmental Law & Policy Forum**, vol 23-1, fall 2012, p. 3. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1237&context=delpf>>. Acesso em: 02 fev. 2016.
- FELDMAN, Eric A. Fukushima: Catastrophe, Compensation, and Justice in Japan. **DePaul Law Review**, Vol. 62, 2013, p. 337.
- FUKUSHIMA Evacuee compensation payment (updated monthly), 15.01.2016. Disponível em: <<http://www.hiroshimasyndrome.com/fukushima-evacuee-compensation-payments.html>>. Acesso em: 15 fev. 2016.
- FURTADO, Lucas. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro : Forum, 2007, p. 37.



- HERMITTE, Marie-angèle. La Nature, sujet de Droit ?, p. 106, **Editions Histoire, EHESS Annales Sociales, Sciences**, 2011/1, 66e année. Disponível em : « <http://palimpsestes.fr/presidentielles2012/mobilisation/septembre/philoeologie/nature%20sujet%20de%20droit.pdf> ». Acesso em 02 fev. 2016 ;
- HICKS, Joh. R. **Wealth and Welfare, Collected Essays on Economic Theory volume I**, Basil Blackwell, 1986, p.219;
- JAECK, Louis. **La dynamique de la réglementation environnemenale :bienveillance ou opportunisme du décideur public ?** Thèse: Économie, Université Paul Cézanne, 2010, p. 24 ;
- KECSKÉS, Gábor. **The Nuclear Liability Issue after Fukushima – The Role of International Law in Liability Theory**. Institute for Legal Studies, Centre for Social Sciences (Hungarian Academy of Sciences), 2012,p. 03, disponível em: “http://www.burges-salmon.com/INLA_2012/10148.pdf” . Acesso em: 02 fev. 2016;
- LAFAYE, Caroline Guibet. Bien-être, in: **Dictionnaire du corps**. Paris, PUF, Quadrige, M. Marzano (dir.), 2007, p. 127-131. Version 2009. disponível em : 'http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/37/33/39/PDF/Bien-EtrePUF-CGL.pdf. Acesso em : 02 fev.2016 ;
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental. Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática**. 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.212;
- LOPEZ, Teresa Ancona, Responsabilidade civil na sociedade de risco. **R. Fac. Dir. Univ. SP**, v. 105, jan. dez. 2010, p. 1225;
- LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: Lineamientos para uma teoría general**. Barcelona : Anthropos, 1998, p. 09;
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Analyse Économique du Droit**. 2a édition. Paris : éditions Dalloz, 2008, p.09 ;
- MARTIN, Gilles, La responsabilité environnementale, in: BOSKOVIC, Olivera. **L’efficacité du droit de l’environnement**. Paris, Dalloz, 2010, p. 15 ;
- MCNEILL, David. Fukushima two years later: Lives still in limbo, in: GREENPEACE International. **Fukushima Fallout, Nuclear business makes people pay and suffer**, GREENPEACE, 2013, p. 12;
- MEKKI, Mustapha. La place du préjudice en droit de la responsabilité civile, p. 182, 2010. Disponível em:



« http://eprints.lib.hokudai.ac.jp/dspace/bitstream/2115/43733/1/5_151-200.pdf ».

Acesso em 02 fev. 2016 ;

OCDE, Nuclear Energy Agency, **Législations nucléaires, Étude analytique Législations nucléaires**, Japon, OCDE Publishing 2000, p. 12 ;

OCDE. **Japan's compensation system for nuclear damage**. OCDE; NEA, Legal Affairs, 2012, p. 25;

PÉRÈS, Cécile. Rapport introductif, *in*: BOLLÉE, Sylvain ; LAITHIER, Yves-Marie ;

PÉRÈS, Cécile (dir.). **L'efficacité économique en droit**. Economica, 2010, p. 09;

PIGOU, A. C.. **The Economic of welfare**. 4 ed., Macmillan and CO, Limited, 1948, p. 89;

POSNER, Richard A., "Guido Calabresi's The Costs of Accidents: a Reassessment;

Md. L. Rev.12 (2005) 64. Disponível em:

"<http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol64/iss1/5>". Acesso em: 02 fev. 2016;

RACHEL, James. L'utilitarisme. Tiré de The Elements of Moral Philosophy. New York, McGraw-Hill College, 1999, cap. 7 e 8. **Éthique et politique**, JCC, texte 7, disponível em: "http://www.cvm.qc.ca/jlaberge/jxx/Textes/T7_Utilitarisme.pdf".

Acesso em: 02 fev.2016;

STARR, Steven. **Costs and Consequences of the Fukushima Daiichi Disaster**.

Environmental Health Policy Institute. Physicians for Social Responsibility (PSR).

Disponível em : « <http://www.psr.org/environment-and-health/environmental-health-policy-institute/responses/costs-and-consequences-of-fukushima.html> ». Acesso em : 15 fev.2016 ;

TEPCO. **About compensation for nuclear damage**. Disponível em:

"<http://www.tepco.co.jp/en/comp/index-e.html>". Acesso em: 02.02.2016;

TEPCO. **Press release 2016**. Disponível em: "http://www.tepco.co.jp/en/press/corp-com/release/2016/1266357_7763.html". Acesso em: 02.02.2016;

TEUBNER, Gunther; NOBLES, Richard; SCHIFF, David. The Autonomy Of Law: An Introduction to Legal Autopoiesis *in*: SCHIFF, David; NOBLES, Richard (eds.). **Jurisprudence**. Butterworth, London, 2003, p. 03;

TEUBNER, Gunther. **Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation**. L.G.D.J, Bruylant, 1996, p. 163 ;



The National Diet of Japan. **The Fukushima Accident Independent Investigation Commission.** 2012, p. 16. Disponível em: “https://www.nirs.org/fukushima/naaic_report.pdf”. Acesso em: 02 fev. 2016;

TOBACE, Ewerthon. Quatro anos depois, produtos de Fukushima sofrem com “maldição”. **BBC Brasil.** 11.03.2015. Disponível em: “http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/03/150311_maldicao_fukushima_et_rm”. Acesso em: 14 fev. 2016;

TRÉBULLE, François Guy. Les fonctions de la responsabilité environnementale : réparer, prévenir, punir, *in*: CANS, Chantal (dir.). **La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation.** Dalloz, 2009, p. 21-22;

YEW-KWANG Ng. **Welfare Economics Introduction and development of Basic concepts,** Macmillan, 1983, p. 60.



DIREITO À EDUCAÇÃO, POLÍTICA FISCAL E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: UMA ANÁLISE DO FUNDO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - FIES¹

RIGHT TO EDUCATION, FISCAL POLICY AND ECONOMIC DEVELOPMENT:
AN ANALYSIS OF THE FUND FOR STUDENT FINANCING

Marisa Rossignoli²

Maria de Fátima Silva³

Resumo

A política fiscal e o financiamento das políticas sociais pode levar um país ao crescimento ou mesmo a uma retração econômica. No atual momento verifica-se um esgotamento do padrão de crescimento adotado pelo Brasil nos últimos anos no qual houve um estímulo ao endividamento e consumo privado, por um lado, e gastos governamentais, pelo outro. Apesar da defesa da continuidade de políticas sociais apresenta-se a necessidade urgente de controle do déficit governamental. Este trabalho discute a política fiscal e as funções do Estado por uma análise Keynesiana, avaliando relações entre o equilíbrio fiscal e o crescimento econômico. Discute-se o direito à educação na Constituição Brasileira e a previsão de ampliação do Ensino Superior, sendo que um dos elementos para este crescimento é o Fundo de Financiamento Estudantil - FIES que financia o curso superior para estudantes na rede privada. Discute-se assim o direito à educação, seu crescimento e também estímulo à economia. Verifica-se que apesar da política ter estimulado o ensino superior no momento de ajustes os mesmos se estendem também para esta área. A metodologia utilizada foi a análise bibliográfica, o método é o dedutivo e apresenta o uso de estudo de caso.

Palavras-Chave: Ajuste fiscal. política fiscal. FIES.

Abstract

Fiscal policy and the financing of social policies can lead a country to growth or even an economic downturn. At the present moment there is a pattern of depletion of growth adopted by Brazil in recent years in which there was a stimulus to debt and

¹ Artigo submetido em 29/10/2015, pareceres de análise em 20/05/2017 e 22/05/2017, aprovação comunicada em 30/08/2017.

² Mestre em Ciências Econômicas pela PUC-SP e Doutora em Educação pela UNIMEP, é docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNIMAR-SP - Universidade de Marília e de cursos da graduação. Marília - São Paulo. E-mail: <mrossinholi@uol.com.br>.

³ Graduada em Ciências Contábeis e Direito pela UNIMAR-SP, Especialista em Controladoria e Finanças, docente dos Cursos de Administração e Ciências Contábeis e é mestranda em Direito na UNIMAR-SP. E-mail: <mfsilva9@hotmail.com>.



private consumption on the one hand, and government spending on the other. Despite the defense of the continuity of social the urgent need to control government deficits. This paper discusses fiscal policy and state functions by a Keynesian analysis, assessing relations between the fiscal balance and economic growth. Discusses the right to education in the Brazilian Constitution and the forecast expansion of higher education, and one of the elements for this growth is the Student Financing Fund - FIES financing the higher education for students in private network. So It discusses the right to education, its growth and also stimulus to the economy. It is found that although the policy has encouraged higher education and qualified many young people at the time adjustments they extend to this area as well. The methodology used was a literature review, the method is deductive and introduces the use of case study.

Keywords: fiscal adjustment. fiscal policy. FIES.

Sumário: 1. Introdução. 2. Política Fiscal e Funções do Estado: Uma Análise Econômico Jurídica. 3. Política Fiscal e Direitos Sociais: O Direito à Educação. 4. A Política do FIES as Universidades Privadas e o Desenvolvimento Econômico e Social. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Sistema tributário e a política fiscal no sentido mais amplo, ao incluir gastos e receitas, apresentam mudanças no decorrer do tempo representando em muitos momentos a configuração assumida pelo Estado no que se refere à sua participação na sociedade.

No atual momento verifica-se um esgotamento do padrão de crescimento adotado pelo Brasil nos últimos anos, apesar da defesa da continuidade de políticas sociais que envolvem gastos públicos apresenta-se a necessidade urgente de controle do déficit governamental.

Neste sentido, este trabalho, objetiva discutir o conceito de política fiscal e suas implicações no sistema tributário e gastos públicos, suas características baseando-se na análise Keynesiana, bem como o atual momento vivenciado pela economia e pelo Estado brasileiro.

Como objetivos específicos analisa-se o Financiamento da Educação no Ensino Superior privado por meio do Fundo de Financiamento Estudantil - FIES que financia o curso superior para estudantes na rede privada, apresentando seu histórico, crescimento enquanto política de financiamento e questões econômicas e política social, além de incentivo as Instituições de Ensino Superior, e seus cortes em função do momento vivenciado pela economia brasileira.



A metodologia utilizada foi a análise bibliográfica de textos relevantes na área do Direito bem como da Economia, o método é o dedutivo e apresenta o uso de estudo de caso.

2 POLÍTICA FISCAL E FUNÇÕES DO ESTADO: UMA ANÁLISE ECONÔMICA E JURÍDICA

O desenvolvimento de pesquisas que relacionam direito e economia tornam-se cada vez mais relevantes e crescentes na academia, tal análise contempla a interdisciplinaridade além de propor reflexões que auxiliam na formação de um pensamento crítico fundamental para o debate a cerca de várias temáticas afins e, claro, reflexos na política econômica.

Quando se discute política fiscal as duas áreas objetivam discutir o sistema tributário, os gastos e impactos para a sociedade brasileira, apesar de por aspectos diferentes.

Assunção (2010, p. 5) observa que:

de um lado, a economia fornece teorias para prever como as pessoas reagem a incentivos e ferramentas para avaliar a eficiência das leis na realização de objetivos sociais importantes. De outro, a ciência jurídica oferece perspectivas teóricas sobre a conformação de medidas econômicas com o ordenamento jurídico vigente, bem como instrumentos legais de promover os objetivos almejados pelo Estado no exercício de suas funções alocativa, estabilizadora e distributiva.

Ao tratar das funções do Estado: alocativa, estabilizadora e distributiva, utiliza a obra clássica de Finanças Públicas de Musgrave e Musgrave (1980) na qual define a função alocativa como sendo o fornecimento de bens públicos utilizando-se dos recursos oriundos do sistema tributário.

Nem sempre a alocação de recursos ocorre naturalmente com uma distribuição espacial que seja satisfatória. Assim, sempre que pela alocação de mercado não forem encontradas condições que assegurem maior eficiência na alocação de recursos o governo deve promover um ajustamento. Nessa condição encontram-se principalmente os bens públicos nos quais o estabelecimento de preço para que exista uma produção pelo setor privado não ocorre. Como exemplo desses



casos temos o fornecimento de serviços para a manutenção da ordem interna e externa, segurança e justiça (REZENDE, 1989).

A função estabilizadora caracteriza-se por manter a inflação controlada, índice de crescimento econômico e do emprego, portanto presume a intervenção do governo na economia, a condução da função estabilizadora deve ocorrer por meio da ação do governo federal coordenada com as esferas subnacionais.

Por fim, a função distributiva deve adequar a distribuição de renda para que haja um estado mais justo, é neste tópico que se apresenta uma grande discussão sobre o corte de gastos públicos e a discussão do financiamento da educação superior que será apresentado no item 3.

A correção de desigualdade na repartição do Produto Nacional pode ser efetuada mediante intervenção governamental. Um dos processos mais utilizados com vistas a tal objetivo consiste, exatamente, em utilizar o sistema tributário e política de gastos governamentais. De um lado, introduzindo maior progressividade nos tributos de forma a impor um ônus relativamente maior sobre indivíduos de nível de renda elevada, e de outro ampliando despesas de transferência que beneficiem direta ou indiretamente (mediante manutenção de serviços gratuitos - Educação e Saúde, por exemplo) as classes de renda mais baixa (REZENDE, 1989, p. 28-29).

Em relação às funções do Estado parece ser o grau de discordância menor que em relação ao nível de interferência que o mesmo deve ter na economia e que o ordenamento jurídico permitirá.

Desde o século XVIII temos discussões sobre o liberalismo econômico com Adam Smith, entre outros elementos, este autor tratou do conceito da mão-invisível, isto é, capacidade do mercado se ajustar sem interferência governamental. Smith defendia que a busca por satisfações individuais conduziria a economia ao crescimento, de modo que o Estado deveria intervir apenas na produção de bens e serviços que não interessassem à iniciativa privada e na regulação da atividade econômica, impedindo a formação de cartéis e monopólios, também deveria garantir segurança e justiça.

Mas é importante verificar que em momentos de elevada crise econômica, e que a mão-invisível parece não funcionar, o pensamento intervencionista ganha espaço. Foi neste contexto que se desenvolveram as idéias de John Maynard Keynes.



Em relação às idéias Keynesianas, é importante destacar que Keynes criticava a teoria clássica da economia, que entre outros elementos, apresentava a existência de equilíbrio na economia, para ele este equilíbrio era apenas uma das possibilidades, mas em momentos de crise os agentes econômicos poderiam optar por manter a liquidez do dinheiro e não demandar bens, o que poderia levar à continuidade da crise, sendo necessário o uso de políticas monetária e fiscal expansivas (KEYNES, 1996).

A política monetária caracteriza-se pelas ações governamentais, normalmente coordenadas pelo Banco Central, relacionadas à oferta monetária e taxa de juros. Posta em prática de forma expansiva reduz os juros e aumenta a circulação de moeda. Mas se a crise for grande e a expectativa dos agentes pessimistas, mesmo com juros baixos e moeda disponível pode não haver demanda, fenômeno este definido por Keynes como armadilha da liquidez, neste caso, a política fiscal expansiva, caracterizada por aumento dos gastos públicos que estimulem demanda e redução dos impostos seria fundamental.

As políticas Keynesianas viveram seu auge no período que se estende dos anos 40 aos anos 70 do século XX, estimulando o que se convencionou chamar Estado de Bem Estar Social ou *Welfare State* (FIORI, 1995) , mas o aumento da carga tributária bem como a reversão do ciclo econômico, endividamento dos Estados que a adotaram por muito tempo e a estagflação, fizeram com que houvesse uma crítica ao mesmo e crescimento das idéias neoliberais (NABAIS, 2010; ANDERSON, 1995).

A estagflação ocorre quando um país apresenta recessão e inflação simultaneamente, derrubando a visão de que a inflação é resultante do aumento da demanda e da circulação monetária. Com a estagflação, os gastos governamentais passam a ser apontados pelos monetaristas e neoliberais como responsáveis pela inflação, representando um importante elemento de crítica e combate ao Estado de Bem-Estar Social.

No Brasil atual vivemos um difícil quadro envolvendo a decisão de política econômica e ajuste fiscal, direitos sociais e o próprio desenvolvimento nacional.

O fato é que, de acordo com a visão Keynesiana, a política que deveria ser adotada no atual momento, recessão econômica, já foi utilizada desde 2008 em função da crise econômica mundial, apesar dos governantes não assumirem a crise



no momento, intensificaram o uso de políticas expansivas, inclusive os gastos sociais que poderiam gerar efeito multiplicador na economia.

Assim, não é possível a continuidade de políticas expansivas se fazendo necessário um ajuste fiscal. A questão que se coloca é como garantir o equilíbrio econômico e não ferir direitos sociais? Como garantir o equilíbrio e pensar no desenvolvimento nacional? Poder-se-ia questionar a necessidade do equilíbrio econômico, mas no momento que não se tem este, a instabilidade afeta a economia como um todo e piora a própria condição de vida da população ao aumentar o índice de desemprego.

Desta forma, não se defende que os direitos sociais sejam abandonados, mas a necessidade de controle de gastos para que o país volte a crescer.

Quando Keynes sugeriu o uso de políticas expansivas, estas deveriam ser de forma cíclica, isto é, a eventual redução de receitas com aumento de gastos precisa ser temporária, o problema não é obrigatoriamente gastar mais que se arrecada, mas sim dizer de onde sairá o dinheiro para cobrir o eventual déficit. Para Keynes o crescimento levaria a normalização da situação fiscal.

Mais uma questão a ser inserida na discussão do sistema tributário, gastos públicos e funções do Estado, destacando-se a função alocativa com fornecimento de bens públicos e a redistributiva, é o previsto na Constituição Federal de 1988 nos artigos 3º e 170:

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais

(...)

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

(...)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego (BRASIL, 2015)

Compreende-se que há uma busca pelo desenvolvimento econômico e pelo emprego que não ocorrerá em períodos de recessão.



A discussão que se apresenta adiante objetiva pensar a educação como função do Estado, direito social e base para "a redução das desigualdades regionais e sociais" bem como elemento necessário para o "pleno emprego", entretanto, os gastos para a mesma estão sendo reduzidos nas esferas públicas e privada.

3 POLÍTICA FISCAL E DIREITOS SOCIAIS: O DIREITO À EDUCAÇÃO

Ao discutir direitos sociais Nabais (2011) apresenta a necessidade da sociedade arcar com os custos de direitos sociais, entre eles a educação:

(...) temos no Estado social ancorado nas constituições actuais, um conjunto de bens públicos, que embora os seus custos possam ser repartidos pelos correspondentes utentes, como os relativos à saúde, à educação, à habitação, à segurança social, ou seja, os relativos aos direitos sociais, o certo é que, por exigência das próprias constituições, esses direitos devem ser estendidos a todos os cidadãos, mesmos àqueles que não tenham condições de os realizar através do funcionamento do mercado. Portanto àqueles aos quais o mercado não oferece condições de saúde, educação, habitação, previdência social, etc. Todo um conjunto de bens que não constituem bens públicos por natureza, antes se apresentam como bens públicos por imposição constitucional. Assim, é, por força de uma estrita exigência constitucional, que os custos com esses bens têm de ser suportados por todos os contribuintes (NABAIS, 2011, p. 15).

Na Constituição Federal de 1988 a educação aparece como direito social no artigo 6º e, apesar de na Emenda Constitucional 59 de 2009 o texto ter garantido no artigo 208 a oferta obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos, no inciso V apresenta o objetivo de "*acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um*", no artigo 214 apresenta a universalização do atendimento escolar e ampliação do percentual do PIB para a educação (BRASIL, 2015).

No Plano Nacional de Educação - PNE previsto pela mesma Emenda Constitucional 59 e aprovado pela lei 13.005 de 2014 para o período de 2014 a 2024, apresenta-se meta (meta 12) para o ensino superior:

e elevar a taxa bruta de matrícula na educação superior para 50% (cinquenta por cento) e a taxa líquida para 33% (trinta e três por cento) da população de 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro) anos, assegurada a qualidade da oferta e expansão para, pelo menos, 40% (quarenta por cento) das novas matrículas, no segmento público (BRASIL, 2014).



Para atingir esta meta várias estratégias são apresentadas no texto do PNE, entre elas:

ampliar, no âmbito do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior - FIES, de que trata a Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001, e do Programa Universidade para Todos - PROUNI, de que trata a Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005, os benefícios destinados à concessão de financiamento a estudantes regularmente matriculados em cursos superiores presenciais ou a distância, com avaliação positiva, de acordo com regulamentação própria, nos processos conduzidos pelo Ministério da Educação (BRASIL, 2014).

Entretanto, em função da política fiscal restritiva e ajuste fiscal adotado, não é isso que se tem verificado.

Neste debate, excluindo-se as questões de caráter exclusivamente político, discute-se o que deve ser prioritário, os cortes ou a política educacional.

Em entrevista à Folha de São Paulo o economista e ex-ministro da Fazenda Delfim Netto defende a necessidade de cortes mesmo que em projetos importantes de uma perspectiva social mas defendendo a importância da estabilidade econômica e avaliação do Brasil no cenário externo, incluindo a avaliação pelas agências internacionais que avaliam risco de se investir em um país.

Neste sentido, o economista, defende que o Bolsa Família é fundamental, mas que nas outras áreas serão necessários cortes.

Com objetivo de aprofundar o debate, no item a seguir, apresenta-se um histórico da política do FIES no que se refere aos gastos de financiamento, incentivo ao setor educacional e política social.

4 A POLÍTICA DO FIES, AS UNIVERSIDADES PRIVADAS E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL

O Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior - FIES é um programa que foi criado como forma de incentivo a educação superior, destinado a estudantes com matrícula regular em cursos superiores promovidos pela iniciativa privada com avaliação positiva efetivada pelo MEC – Ministério da Educação, conforme prevê o artigo 1º da Lei 10.260 de 12 de julho de 2001 (redação dada pela Lei 12.513/2011), e havendo disponibilidade de recursos o FIES é oferecido,



também, para cursos técnicos de nível médio e para cursos de Mestrado e Doutorados:

§ 1º - O financiamento de que trata o **caput** poderá beneficiar estudantes matriculados em cursos da educação profissional e tecnológica, bem como em programas de mestrado e doutorado com avaliação positiva, desde que haja disponibilidade de recursos. (Redação dada pela Lei nº 12.513, de 2011) (BRASIL, 2011).

Esta redação dada pela Lei 12.513/2011, ampliou o alcance do FIES, beneficiando os estudantes de cursos profissionalizantes além dos estudantes de programas de Mestrado e Doutorado e, também, incentivar o desenvolvimento das instituições particulares que oferecessem cursos técnicos.

A criação do FIES não trouxe somente benefícios aos estudantes, trouxe também uma nova opção de crescimento para as instituições de ensino superior que se empenharam para enquadrar-se nas exigências do Ministério da Educação para credenciamento no programa. Estas exigências estão previstas no art. 1ª, § 2º, 3º e 4º da lei 10.260 de 12 de julho de 2001:

§ 2º - São considerados cursos de graduação com avaliação positiva, aqueles que obtiverem conceito maior ou igual a 3 (três) no Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - SINAES, de que trata a Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010) (BRASIL, 2011).

§ 3º - Os cursos que não atingirem a média referida no § 2º ficarão desvinculados do Fies sem prejuízo para o estudante financiado. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 4º - São considerados cursos de mestrado e doutorado, com avaliação positiva, aqueles que, nos processos conduzidos pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Capes, nos termos da Lei nº 8.405, de 9 de janeiro de 1992, obedecerem aos padrões de qualidade por ela propostos. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

Para o cumprimento e enquadramento nas exigências destes parágrafos das Lei as Instituições de Ensino Superior tiveram que melhorar a qualidade de ensino oferecido, visto que a avaliação realizada pelo SINAES - Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – estava e está rodeada de critérios que leva a melhoria do ensino oferecido no País, e sua criação foi com esta finalidade conforme prevê o § 1º do art. 1º da Lei 10.861/2004:

§ 1º - O SINAES tem por finalidades a melhoria da qualidade da educação superior, a orientação da expansão da sua oferta, o aumento permanente



da sua eficácia institucional e efetividade acadêmica e social e, especialmente, a promoção do aprofundamento dos compromissos e responsabilidades sociais das instituições de educação superior, por meio da valorização de sua missão pública, da promoção dos valores democráticos, do respeito à diferença e à diversidade, da afirmação da autonomia e da identidade institucional. (BRASIL, 2004).

As Instituições de Ensino Superior demandaram esforços para aderirem ao Programa do FIES, também porque havia benefício fiscal na contrapartida deste programa. Neste sentido, o programa demonstra um ganho não somente no sentido de desenvolvimento do setor educacional ou para o aluno que faz uso do mesmo, mas também na melhoria da qualidade do ensino, podendo ser apontada como um importante resultado desenvolvimento social.

Esta iniciativa do Estado criar esta política e inclusão, deve ser vista com bons olhos, mesmo porque o índice de profissionais que tiveram o seu curso financiado este programa é muito grande, é claro que neste momento estamos apenas observando o lado de desenvolvimento social por parte dos beneficiários dos programas, os resultados financeiros deste programa comentaremos mais adiante.

A contrapartida para instituições de ensino superior também foram e são favoráveis, é clara, foi por isso que empenharam tanto para aderirem ao programa.

Inicialmente as Instituições recebiam do governo os repasses das mensalidades dos financiados, em forma de títulos da dívida pública emitidos pelo Tesouro Nacional, para pagamento de tributos, priorizando pagamentos de Contribuições para Previdência Social - INSS. O artigo 7º da Lei 10.260/2001 determina a responsabilidade da União para emissão dos Títulos:

Art. 7º - Fica a União autorizada a emitir títulos da dívida pública em favor do FIES.

§ 1º Os títulos a que se referem o caput serão representados por certificados de emissão do Tesouro Nacional, com características definidas em ato do Poder Executivo.

§ 2º Os certificados a que se refere o parágrafo anterior serão emitidos sob a forma de colocação direta, ao par, mediante solicitação expressa do FIES à Secretaria do Tesouro Nacional.

§ 3º Os recursos em moeda corrente entregues pelo FIES em contrapartida à colocação direta dos certificados serão utilizados exclusivamente para abatimento da dívida pública de responsabilidade do Tesouro Nacional.

Os títulos emitidos pelo Tesouro Nacional são denominados Certificados do Tesouro Nacional Série E (CFT-E) são utilizados para pagamento das Instituições de



Ensino Superior em contrapartida do serviço educacional prestado, conforme estabelece o art. 9º da Lei 10.260/2001.

As Instituições de Ensino Superior pagam seus tributos, INSS (prioritariamente), Imposto de Renda e Parcelamentos Tributários, com o recurso recebido do FIES, conforme prevê o artigo 10 da Lei 10.260/2001:

Art. 10. - Os certificados de que trata o art. 7º serão utilizados para pagamento das contribuições sociais previstas nas alíneas a e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, bem como das contribuições previstas no art. 3º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 1º É vedada a negociação dos certificados de que trata o caput com outras pessoas jurídicas de direito privado. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

[...]

§ 3º Não havendo débitos de caráter previdenciário, os certificados poderão ser utilizados para o pagamento de quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, e respectivos débitos, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou a ajuizar, exigíveis ou com exigibilidade suspensa, bem como de multas, de juros e de demais encargos legais incidentes. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010).

As contribuições referidas nas alíneas a e c do art. 7º da Lei 8.212/91 são as contribuições para INSS conta Patronal, ou seja, pago pela empresa e contribuições cota Segurado retidas do salário dos empregados respectivamente.

Os títulos não podem ser negociados com nenhuma outra empresa e, esgotados os débitos previdenciários os créditos poderão ser utilizados para pagamento de outros tributos administrados pela Secretária da Receita Federal do Brasil.

Com este programa o Estado criou um *filão* para as Instituições de Ensino Superior privadas, porque além de pagar os tributos com os recursos do FIES elas podem receber do Estado o saldo remanescente, é clara que para isso deve preencher alguns requisitos, conforme prevê os art. 12 da Lei 10.260/2001:

Art. 12. A Secretaria do Tesouro Nacional fica autorizada a resgatar antecipadamente, mediante solicitação formal do Fies e atestada pelo INSS, os certificados com data de emissão até 10 de novembro de 2000 em poder de instituições de ensino que, na data de solicitação do resgate, tenham satisfeito as obrigações previdenciárias correntes, inclusive os débitos exigíveis, constituídos, inscritos ou ajuizados e que atendam, concomitantemente, as seguintes condições: (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

I - não estejam em atraso nos pagamentos referentes aos acordos de parcelamentos devidos ao INSS;



II - não possuam acordos de parcelamentos de contribuições sociais relativas aos segurados empregados;

III - se optantes do Programa de Recuperação Fiscal (REFIS), não tenham incluído contribuições sociais arrecadadas pelo INSS;

VI - não estejam em atraso nos pagamentos dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

Parágrafo único. Das instituições de ensino que possuam acordos de parcelamentos com o INSS e que se enquadrem neste artigo poderão ser resgatados até 50% (cinquenta por cento) do valor dos certificados, ficando estas obrigadas a utilizarem os certificados restantes, em seu poder, na amortização dos aludidos acordos de parcelamentos. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

Desta forma, se as Instituições que estiverem quites com as obrigações tributárias poderão requerer a recompra dos Certificados remanescentes. O que isto significa? Significa que as Instituições que estiverem em dia com todas as obrigações tributárias no âmbito da Previdência Social e Receita Federal do Brasil terão direito de receber o saldo remanescente em espécie para utilizar da maneira que lhes convierem, conforme prevê o art. 13º da Lei do FIES 10.260/2001:

Art. 13. O Fies recomprará, no mínimo a cada trimestre, ao par, os certificados aludidos no art. 9º, mediante utilização dos recursos referidos no art. 2º, ressalvado o disposto no art. 16, em poder das instituições de ensino que atendam ao disposto no art. 12. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

É evidente que é um bom negócio para as Instituições de Ensino, sem contar que até no final do ano de 2014, o Governo, através do FIES, ignorava a previsão do artigo do art. 13º da Lei 10.260/2001, no que diz respeito a recompra trimestral, visto que e efetiva repasses e recompras mensalmente.

Com todos esses benefícios houve um aumento muito grande na demanda pelo FIES. Sem contar que, para estimular ainda mais o FIES o Governo lançou em 2009 o Fundo de Garantia de Operações de Crédito Educativo – FGEDUC, criado a partida da Lei 12.087, de 11 de novembro de 2009, que recebeu alteração da Medida Provisória 501 de 08 de setembro de 2010 (convertida na Lei 12.385 de março de 2011), que autorizou a participação da União em fundos garantidores de risco de crédito:

Art. 7º Fica a União autorizada a participar, no limite global de até R\$ 4.000.000.000,00 (quatro bilhões de reais), de fundos que, atendidos os requisitos fixados nesta Lei, tenham por finalidade, alternativa ou cumulativamente:



[...]

III - garantir diretamente o risco em operações de **crédito educativo**, no âmbito de programas ou instituições oficiais, na forma prevista nos estatutos dos respectivos fundos. (Incluído pela Lei nº 12.385, de 2011) (**grifo nosso**).

O FGEDUC é administrado pelo Banco do Brasil e possui natureza privada, tem finalidade de garantir parte do risco em operações de crédito educativo, no âmbito do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – FIES, concedidos através do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE a estudantes que, alternativamente, preencha o seguintes requisitos: tenha renda familiar per capita de até 1 (um) salário-mínimo e ½ (meio), que esteja matriculado em curso de licenciatura ou bolsista parcial do programa Universidade para Todos (PROUNI).

O FGEDUC não é um seguro, visto que o estudante continua responsável pelo pagamento da dívida, mesmo depois da garantia, porém, é um meio de inclusão extremamente eficiente que faz com o estudante de baixa renda que não possui fiador consiga alcançar o ensino superior, mas para isso é necessário que a instituição de ensino faça sua adesão, evidentemente.

Nesta nova opção de Programa de Incentivo a Educação, o estudante, para adquirir o Financiamento Estudantil, não precisa de fiador, já que o Fundo Garante e as Instituições e o FIES participam de um percentual da garantia.

As entidades mantenedoras das Instituições de Ensino Superior, que aderiram ao FGEDUC antes de 2012, tem uma conta aberta no Banco do Brasil para depósito da retenção referente a garantia dos contratos fechados até 03/04/2012. Estes valores são retidos mensalmente dos encargos educacionais e, referem-se à denominada “garantia mínima” que correspondem a 2% (dois por centos) de cada contratação de financiamento garantida pelo FGEDUC.

Este valor retido ficará depositado numa “conta-garantida” e sofrerá atualizações pela taxa Selic - Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – este valor será utilizado no caso de ocorrência de inadimplência e somente será devolvido para a Instituição de Ensino superior se o contrato for adimplido.

O Fundo Garantidor garantirá no Máximo 90% (noventa por cento), para contratos firmados a partir de 04/04/2012 e 80% (oitenta por cento) para contratos firmados antes de 03/04/2014, do valor da operação de financiamento e sua garantia



se estenderá até um limite de 10 (dez) vezes o valor do seu patrimônio, conforme § 2º da Portaria Normativa nº 1 de 22 de janeiro de 2010:

§ 2º A garantia do FGEDUC será de 80% (oitenta por cento) para os financiamentos contratados até 03.04.2012 e de 90% (noventa por cento) para os financiamentos contratados a partir de 04.04.2012, condicionada a: *(Redação dada pela Portaria Normativa 14/2012/MEC)* (BRASIL, 2010).

As Instituições de Ensino Superior devem arcar com 6,25% (seis, vinte e cinco por cento) calculado sobre o valor das parcelas de financiamento que forem garantidas pelo FGEDUC ou 5% (cinco por cento) calculado sobre o valor total financiado que serão descontados mensalmente no repasse efetivado em pagamento pelos encargos educacionais. Estes percentuais são denominados Comissão de Concessão de Garantia - CCG e o FNDE deve fazer a retenção baseado nas disposições do termo de Adesão entre as partes, e repassar ao FGEDUC.

O cálculo dos percentuais mencionados no parágrafo anterior é feito com base na Portaria Normativa nº 01/2010:

[...]

I - Para contratos formalizados até 3 de abril de 2012, 6,25% (seis inteiros e vinte e cinco centésimos por cento), a título de Comissão de Concessão de Garantia (CCG), aplicados sobre 80% dos encargos educacionais, e 2% (dois por cento), até o mês de abril, a título de Garantia Mínima, aplicados sobre 100% (cem por cento) dos encargos educacionais; *(Redação dada pela Portaria Normativa 14/2012/MEC)*

II - Para contratos formalizados a partir de 4 de abril de 2012, 6,25% (seis inteiros e vinte e cinco centésimos por cento), a título de Comissão de Concessão de Garantia (CCG), aplicados sobre 90% dos encargos educacionais. *(Redação dada pela Portaria Normativa 14/2012/MEC)* (BRASIL, 2010).

O caput do Art. 3º da Portaria Normativa nº 14/2012, prevê a solidariedade das Instituições de Ensino Superior, que aderiram ao FIES, com relação aos financiamentos garantidos pelo FGEDUC em conformidade com o art. 5º, inciso VI, alíneas *b* e *c* da Lei 10.260/2010:

Art. 5º Os financiamentos concedidos com recursos do FIES deverão observar o seguinte:

[...]

VI - risco: as instituições de ensino participarão do risco do financiamento, na condição de devedores solidários, nos seguintes limites percentuais: *(Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)*



[...]

b) 30% (trinta por cento) por operação contratada, sobre parcela não garantida por fundos instituídos na forma do inciso III do caput do art. 7º da Lei nº 12.087, de 11 de novembro de 2009, para as instituições de ensino inadimplentes com as obrigações tributárias federais; e (Redação dada pela Lei nº 12.712, de 2012)

c) 15% (quinze por cento) por operação contratada, sobre parcela não garantida por fundos instituídos na forma do inciso III do caput do art. 7º da Lei nº 12.087, de 11 de novembro de 2009, para as instituições de ensino adimplentes com as obrigações tributárias federais; (Redação dada pela Lei nº 12.712, de 2012) (**grifo nosso**) (BRASIL, 2010).

Este cálculo é feito da seguinte maneira: O cálculo do CCG – Comissão de Concessão de Garantia será retido no percentual de 6,25% sobre 90% ($90\% \times 6,25\% = 5,63\%$). Estão embutidos neste cálculo os 2% (dois por cento) mencionados anteriormente de garantia mínima que ficará depositado na conta-garantida aberta no Bando do Brasil.

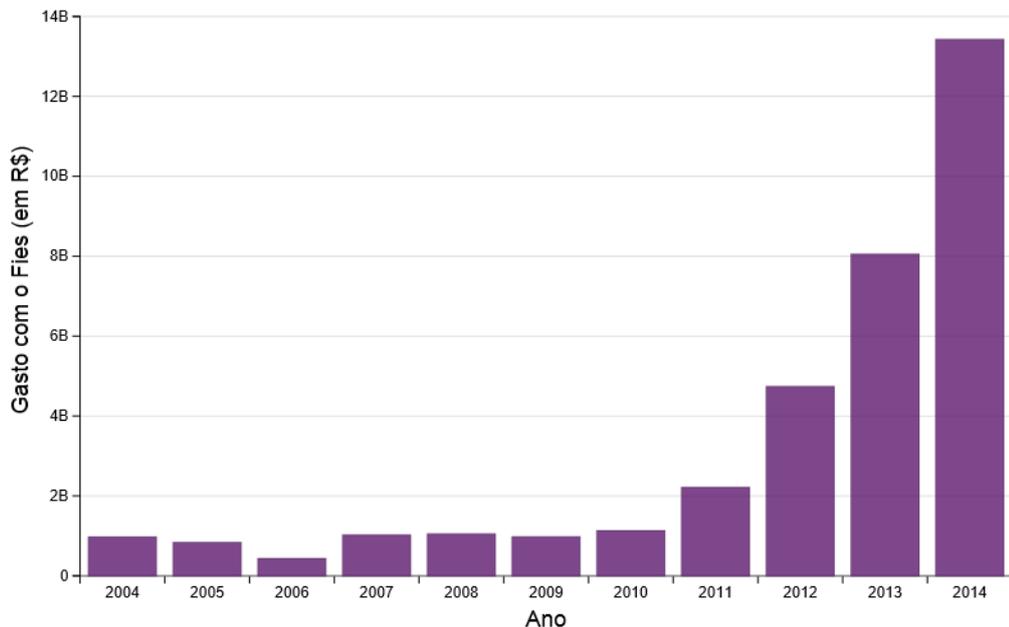
Posto toda esta explicação a respeito do FGEDUC concluímos que esta modalidade de contratação do FIES é uma boa decisão, tendo em vista que se for buscar capital de giro no mercado financeiro, pode ficar muito mais caro do que o que é o retido pelo FNDE nas operações de financiamento garantidos por este fundo.

Com todo este incentivo à adesão ao FIES empenhado pelo Governo e a busca de novas alternativas de crescimento das Instituições de Ensino, veio acompanhado de um crescimento estrondoso. Tanto da parte do desenvolvimento educacional com a dita inclusão dos alunos que não tinha condições de arcar com as mensalidades de cursos em Instituições privadas e viram uma excelente alternativa a juros baixíssimos, quanto das Instituições de Ensino que buscavam uma nova oportunidade de crescimento, que até hoje, apesar dos altos e baixos da crise política e econômica que o País enfrenta, as entidades sólidas permanecem e conseguem criar meios de continuar oferecendo estes programas de inclusão que o Governo patrocina e que traz retorno para ambas as partes. Assim, representou um crescimento do setor e uma política bem sucedida na perspectiva do aumento do número de brasileiros com ensino superior, conforme previsto na Constituição Federal e no Plano Nacional de Educação.

O Gráfico número 1 mostra o crescimento do desembolso do governo federal com o FIES:



Gráfico 1 - Desembolso Federal com o FIES (2004-2014) em bilhões de reais



Fonte: Jornal Estado de São Paulo, 2015.

Com o aumento do desembolso verifica-se um aumento significativo dos novos contratos, na Tabela 1 apresenta-se os dados oficiais até 2013:

Tabela 1 - número de contratos firmados- FIES (2004-2016)

Ano	Número de contratos firmados
2004	44.141
2005	80.961
2006	60.092
2007	49.770
2008	33.319
2009	32.741
2010	76.170
2011	154.265
2012	377.865



2013	559.948
2014	731.300
2015	252.442
2016	192.500

fonte: Plataforma de Indicadores do Governo Federal

Não há dúvidas, portanto, do crescimento do financiamento e estímulo ao setor privado, mas, na verdade todos os envolvidos neste processo de crescimento acelerado, sem sobra de dúvidas, sabiam que em algum momento este crescimento cessaria, ou em função da grande inadimplência dos estudantes quando do vencimento dos financiamentos quanto do Governo. A pergunta era até onde o Governo conseguiria sustentar esta situação de abertura descontrolada, principalmente sem considerar que o momento era de saída de recursos governamentais, uma vez que o programa crescia e ainda não havia um volume suficiente de egressos honrando seus pagamentos.

Pois bem o momento chegou no mês de dezembro de 2014, com a publicação das Portarias Normativas nº 21 de 26/12/2014; 22 e 23 de 29/12/2014 que mudaram a história do FIES no País, foram seguidas de outras publicadas posteriormente.

Não foi só o FIES que mudou, junto com as mudanças veio muita insegurança para as Instituições de Ensino também, já que muitas destas se encontravam em um cenário de dependência financeira dos contratos do FIES, ultrapassando 50% (cinquenta por cento) do faturamento mensal. Estas Instituições contavam com o recebimento mensal do repasse do FIES e contavam com a recompra dos Certificados que até dezembro de 2014 funcionava da seguinte maneira: a Instituição de Ensino recebia o repasse, por exemplo, dos encargos educacionais referente ao mês de Dezembro (mensalidades) no mês de Janeiro e estes encargos, primeiramente eram utilizados para pagamento dos tributos do mês e dentro do mesmo mês (Janeiro) era liberada a recompra que era creditado até o último dia útil do mês, em tese, porque desde o início do ano de 2014 as recompras eram creditadas na conta da Instituição até o segundo dia útil do mês subsequente à recompra.



A portaria MEC nº 23 de 29/12/2014 mudou radicalmente a forma descrita acima, visto que as Instituições de Ensino que possui contratos de Financiamento Estudantil inferior a 20.000, continuam recebendo repasses mensais, porém as Instituições que possui quantidade de contratos superiores a 20.000, passaram a receber 8 (oito) repasses anuais.

Com relação às recompra, estas mudaram para todos, independentemente, do número de contratos. O cronograma anual de recompra passou a ser de 8 (oito) com intervalos de 45 (quarenta e cinco) dias, ou seja, o saldo do repasse ocorridos no mês de Janeiro fica acumulado com o do mês de Fevereiro que abre para recompra no dia 20/02; o saldo do repasse do mês de Março acumula com o do mês de Abril que abre para recompra no dia 23/04; já no mês de Maio ocorre o repasse e no mesmo mês abre para recompra do saldo; o saldo do repasse de Junho acumula com o do mês de Julho que abre para recompra no dia 24/07; já no mês de Agosto ocorre o repasse e no mesmo mês abre para recompra do saldo; o saldo do repasse do mês de Setembro acumula com o do mês de Outubro que abre para recompra no dia 22/10; já nos meses de Novembro e Dezembro ocorre o repasse e a recompra no mesmo mês.

Para todos os meses os créditos na conta da instituição, conforme o cronograma anual de recompras de 2015, estão previstos para o último dia útil de cada mês, porém isso não ocorre efetivamente. Os créditos chegam na conta das Instituições após 5º dia útil deve ser em função de fluxo de caixa, talvez.

O reflexo financeiro de todas estas mudanças para as Instituições de Ensino Superior é extremamente prejudicial, levando em conta o grau de dependências desta para com o Financiamento Estudantil.

Estas mudanças atingiram diretamente o Fluxo de Caixa das entidades. As Instituições que não possuíam capital de giro para se manter nos períodos em que as recompras não ocorreram, com certeza partiram para a busca de capital de terceiros pagando um preço extremamente alto, considerando a situação econômica atual. Sem contar que tudo ficou mais difícil, as matrículas reduzirão em função da mudança na admissão de novos estudantes no programa, com a redução desta matrículas, vem a contenção de custos e despesas que refletirá diretamente no aumento de desemprego nesta área, contribuindo para o cenário de crise presente no nosso País.



Com as incertezas de 2014 vieram as novas mudanças para 2015 que influenciaram no número de estudantes ingressantes no programa, já que as regras tonaram-se mais rígidas e o programa aparece agora com uma roupagem verdadeiramente social voltada às classe social menos favorecidas com renda até 2,5 salários mínimos, mas agora com juros maiores, segundo dados do FNDE/MÊS, esta análise pode ser feita com base nos dados da Tabela 1.

Além das mudanças das regras de contratação do FIES, um fato extremamente prejudicial que é a inadimplência dos alunos formados, esta era profetizada mas, ninguém gostaria de enxergar verdadeiramente que ocorreria, segundo dados do FNDE mais da metade da dívida de 2016 está atrasada.

Assim, houve a reversão do ciclo de crescimento do financiamento e do ensino superior.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa verificou a importância da função alocativa, estabilizadora e distributiva, não em uma ordem hierárquica, mas sendo todas importantes. Apresentou-se também o pensamento Keynesiano do uso de políticas expansivas em momentos de crise, mas que o Brasil fez está desde 2008 e não conseguiu manter o padrão de gastos para o ano de 2015 e diminuindo ainda para 2016 e com perspectiva de mais arroxos para 2017 e 2018.

Neste contexto e, apesar de ser um processo em curso, pode-se afirmar que a política de financiamento do Ensino Superior atendeu aos princípios de um Estado de Bem Estar e, no caso brasileiro, do previsto no texto constitucional. Entretanto a necessidade de um ajuste nas contas públicas fez com que houvesse a redução de recursos para o setor, dificultando a manutenção do próprio setor e dos alunos.

Discutiu-se os benefícios para o ensino privado enquanto setor produtivo da utilização dos recursos do FIES para abatimento de tributos tais como, INSS, Imposto de Renda e parcelamentos tributários, além do recebimento de saldos remanescentes conforme a lei 10.260/2001.

A criação do Fundo de Garantia de Operações de Crédito Educativo - FGEDUC foi o grande estimulador para o crescimento do número de contratos e valores, conforme apresentado no texto, e mais um estímulo ao crescimento da



educação superior no setor privado, que hoje observando o auto nível de inadimplência dos contratos do FIES setor pode ter sido um dos causadores do desequilíbrio das políticas econômicas relacionadas ao FIES.

As mudanças ocorridas em 2015 com corte de novos contratos e redução de repasse para as instituições representaram uma inversão no ciclo.

Pela bibliografia analisada entende-se que o equilíbrio é necessário para continuar a crescer e desenvolver, entretanto resta aguardar como o setor conseguirá se reorganizar-se e como o país conseguirá atingir as metas previstas no Plano Nacional de Educação, pois ainda permanece em declínio.

6 REFERÊNCIAS

ANDERSON, P. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, E.; GENTILI, P. (Org.). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o Estado democrático. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

ASSUNÇÃO, M. C. **Incentivos fiscais e desenvolvimento econômico**: a função das normas tributárias indutoras em tempos de crise. Finanças Públicas XV prêmio. Tesouro Nacional, 2010. p. 6-41.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. atualizada até a EC n. 88 de 2015. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/CON1988_07.05.2015>. Acesso em: 16 set. 2015.

BRASIL. **Diagnóstico FIES**. Brasília. Junho/2017.

BRASIL. **Lei 13.005 de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Brasília, 2014. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 set. 2014.

BRASIL. **Lei 12.513 de 26 de Outubro de 2011**. Institui o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec); altera as Leis nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, que regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial e institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui Plano de Custeio, nº 10.260, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior, e nº 11.129, de 30 de junho de 2005, que institui o Programa Nacional de Inclusão de Jovens (ProJovem); e dá outras providências.



Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12513.htm#art12>. Acesso em: 20 set. 2015.

BRASIL. Lei 12.385, de 03 de Março de 2011. Dispõe sobre a prestação de auxílio financeiro pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no exercício de 2010, com o objetivo de fomentar as exportações do País; altera as Leis nºs 12.087, de 11 de novembro de 2009, 10.260, de 12 de julho de 2001, 8.685, de 20 de julho de 1993, 3.890-A, de 25 de abril de 1961, 10.848, de 15 de março de 2004, 12.111, de 9 de dezembro de 2009, e 12.249, de 11 de junho de 2010; modifica condições para a concessão da subvenção em operações de financiamento de que trata o art. 1º da Lei nº 12.096, de 24 de novembro de 2009; revoga dispositivo da Lei nº 12.096, de 24 de novembro de 2009; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12385.htm#art16>. Acesso em: 25 set. 2015.

BRASIL. Lei 12.087 de 2009. Dispõe sobre a prestação de auxílio financeiro pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no exercício de 2009, com o objetivo de fomentar as exportações do País, e sobre a participação da União em fundos garantidores de risco de crédito para micro, pequenas e médias empresas e para produtores rurais e suas cooperativas; e altera as Leis nºs 11.491, de 20 de junho de 2007, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.001, de 13 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Lei/L12087.htm>. Acesso em: 27 set. 2015.

BRASIL. Lei 10.861 de 14 de Abril de 2004. Institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.861.htm>. Acesso em 25 dez. 2015.

BRASIL. Lei 10.260 de 12 de Julho de 2001. Dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao estudante do Ensino Superior e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10260.htm>. Acesso em: 20 set. 2015.

BRASIL. Lei 8.212 de 24 de Julho 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm>. Acesso em: 26 set. 2015.



BRASIL. **Portaria Normativa nº 21 de 26 de Dezembro de 2014.** Altera dispositivos das Portarias Normativas MEC nº 2, de 31 de agosto de 2008; nº 1, de 22 de janeiro de 2010; nº 10, de 30 de abril de 2010; nº 15, de 8 de julho de 2011; nº 23, de 10 de novembro de 2011; nº 25, de 22 de dezembro de 2011; nº 16, de 4 de setembro de 2012; nº 19, de 31 de outubro de 2012; e nº 28, de 28 de dezembro de 2012, que dispõem sobre o Fundo de Financiamento Estudantil - FIES. Disponível em: <http://sisfiesportal.mec.gov.br/arquivos/portaria_normativa_21_26122014_compilada_050115.pdf>. Acesso em: 27 set. 2015.

BRASIL. **Portaria Normativa nº 22 de 29 de Dezembro de 2014.** Altera dispositivos das Portarias Normativas nº 10, de 30 de abril de 2010, e nº 23, de 10 de novembro de 2011, que dispõem sobre o Fundo de Financiamento Estudantil (FIES). Disponível em: <<http://www.fnde.gov.br/fnde/legislacao/portarias/item/6189-portaria-normativa-n%C2%BA-22,-de-29-de-dezembro-de-2014>>. Acesso em: 27 set. 2015.

BRASIL. **Portaria Normativa nº 22 de 29 de Dezembro de 2014.** Altera dispositivos das Portarias Normativas MEC nº 1, de 22 de janeiro de 2010, nº 15, de 8 de julho de 2011, e nº 21, de 26 de dezembro de 2014, que dispõem sobre o Fundo de Financiamento Estudantil – Fies. Disponível em: <http://sisfiesportal.mec.gov.br/arquivos/portaria_23_29122014.pdf>. Acesso em: 27 set. 2015.

BRASIL. **Portaria Normativa nº 1 de 22 de Janeiro de 2010.** Dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – FIES, regulamenta a adesão de mantenedoras de instituições de ensino não gratuitas e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.fnde.gov.br/fnde/legislacao/portarias/item/3642-portaria-normativa-n%C2%BA-1-de-22-de-janeiro-de-2010>>. Acesso em: 27 de set. 2015.

BRASIL. **Plataforma de Indicadores do Governo Federal.** Disponível em: <<http://pgi.gov.br/pgi/indicador/dashboard/iniciar?id=1743&nome=N%C3%BAmero%20de%20contratos%20de%20financiamento%20estudantil%20firmados%20pelo%20FIES%20por%20ano>>. Acesso em 24 set. 2015.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Blog Estadão Dados.** Disponível em: <<http://blog.estadaodados.com/fies/>>. Acesso em: 24 set. 2015.

FIORI, J. L. Federalismo e reforma tributária In: AFFONSO, R. de B.; BARROS SILVA, P. L.(Org.). **A federação em perspectiva: ensaios selecionados.** São Paulo: FUNDAP, 1995.



KEYNES, J. M. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

LANDIN, R. Turbulência política vai aumentar, diz Delfim Netto. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 12 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/09/1680627-turbulencia-politica-vai-aumentar-diz-delfim-netto.shtml>>. Acesso em: 15 set. 2015.

MUSGRAVE, R., MUSGRAVE, P. **Finanças Públicas**: teoria e prática. São Paulo: Campus, 1980.

NABAIS, J. C. **Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise**. Almedina: Coimbra, 2011.

PIMENTEL, Matheus. **O que muda no Fies. E qual é a história desse fundo de educação**. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/07/09/O-que-muda-no-Fies.-E-qual-%C3%A9-a-hist%C3%B3ria-deste-fundo-de-educa%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 31 out. 2017.

REZENDE, Fernando. **Finanças Públicas**. São Paulo: Atlas, 1989.



DIREITO E ECONOMIA PARA UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: A INTRODUÇÃO DAS BIORREFINARIAS NAS POLÍTICAS NACIONAIS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ESTADO SOCIOAMBIENTAL E A CONSOLIDAÇÃO DOS OBJETIVOS DA POLÍTICA ENERGÉTICA BRASILEIRA¹

THE INTRODUCTION OF BIOREFINERIES ON THE NATIONAL POLICIES AS A MEANS TO EFFECT THE SOCIO-ENVIRONMENTAL STATE PRINCIPLE AND THE CONSOLIDATION OF THE BRAZILIAN ENERGETIC POLICY OBJECTIVES

Leonardo Martins Pereira²

Alexandre Walmott Borges³

José Carlos Remotti Carbonell⁴

Resumo

O trabalho visa analisar a obrigatoriedade do Estado de promover estudos, estimular a pesquisa e adotar fontes renováveis e limpas de energia, em especial as biorrefinarias, para cumprimento de preceitos fundamentais constitucionais. O Estado de Direito Socioambiental deve pautar suas políticas ambientais e políticas energéticas em um cálculo de eficácia socioambiental, ou seja, meios mais eficazes, que garantam o mínimo de danos ambientais e de efeitos colaterais indesejados,

¹ Artigo submetido em 14/07/2017, pareceres de análise em 27/08/2017 e 05/09/2017, aprovação comunicada em 05/09/2017.

² Mestrando do programa de Biocombustíveis da Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Pesquisador do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados. *E-mail*: <lpereira@uol.com.br>.

³ Professor da Universidade Federal de Uberlândia. Doutor em Direito UFSC. Pós-doutor Universidade Autônoma de Barcelona. Professor dos programas de pós-graduação em Direito, e em Biocombustíveis da Universidade Federal de Uberlândia. Professor visitante do programa de pós-graduação em Direito da Unesp. Pesquisador líder do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados. *E-mail*: walmott@gmail.com

⁴ Professor da Universidade Autônoma de Barcelona. Doutor em Direito pela Universidade Autônoma de Barcelona. Profesor de Derecho Constitucional en el Departamento de Ciencia Política y Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona y desarrolla su actividad académica tanto en Grado, Máster, y Doctorado. Actualmente es Coordinador Académico del Master oficial universitario en Derecho Público y de la Integración; y Secretario Académico del Centro de Estudios de Derechos Humanos de dicha Universidad. Pesquisador do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados. *E-mail*: <jcarbonel@gmail.com>.



com o máximo de benefícios sociais, econômicos e ambientais desejados pela população. A efetiva introdução das biorrefinarias nas políticas nacionais, guarda sintonia com esta racionalização de eficácia e com as seguintes dimensões constitucionais fundamentais e indissociáveis: juridicidade, democracia, sociabilidade e sustentabilidade ambiental. A necessidade da concretização do princípio do Estado Socioambiental em si, justificaria, a efetiva promoção de políticas públicas para as biorrefinarias. Devido a otimização do uso da biomassa na busca e utilização de sistemas integrados (matérias-primas, processos, tecnologias, produtos e resíduos) sustentáveis e ecologicamente equilibrados.

Palavras-chave: Biorrefinarias. Políticas Públicas. Estado Socioambiental.

Abstract

The work aims to analyze the State's obligation on promoting studies, stimulating researches and adopting clean and renewable energy sources, especially the to comply with constitutional fundamental principles. The Socio-environmental Rule of Law has to abide its environmental and energetic policies to a socio-environmental effectiveness calculation, that is, means that are more effective, guaranteeing minimal environmental impacts and undesirable side effects, and the maximum social, economic and environmental benefits desired. The effective introduction of biorefineries on the national policies attunes with this rationalization of effectiveness and with the following fundamental and indissociable constitutional dimensions: juridicity, democracy, sociability and environmental sustainability. The need to concretize the Socio-environmental State itself would justify the effective promotion of public policies for biorefineries, due to the optimization of biomass use on the search and use of sustainable, ecologically balanced and integrated systems (sources, processes, technologies, products and waste).

Keywords: Biorefineries. Public Policies. Socio-environmental State.

Sumário: 1. Introdução. 2. Um fim em si mesmo. 3. Necessidades humanas e a modernidade. 4. Biorrefinarias e o cálculo de eficácia. 5. Estado Sócio Ambiental e a consagração dos princípios ambientais. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho tem por objetivo analisar a obrigatoriedade do Estado de promover estudos, estimular a pesquisa e adotar fontes renováveis de energia, em especial as biorrefinarias, para cumprimento de preceitos fundamentais constitucionais.

O Estado de Direito contemporâneo, é ou deveria ser um Estado de Direito Socioambiental, abandonando velhos paradigmas, pois a miséria e a pobreza (como política pública) caminham com a degradação e poluição ambiental.

Os direitos sociais básicos, como saúde, saneamento básico, educação, moradia, alimentação, etc, ou seja, a dimensão social, deve estar integrada aos



direitos fundamentais socioambientais (econômicos, sociais, culturais e ambientais), tal como a uma energia limpa e barata.

Vivemos em uma sociedade tecnológica contemporânea, onde uma vida digna, depende do acesso de todos a uma energia limpa e renovável. Neste diapasão, as biorrefinarias podem otimizar o uso de recursos e minimizar os efluentes, maximizando os benefícios e os ganhos socioambientais.

Mas para que tal mister ocorra, é imperioso que as políticas ambientais e o legislador nacional cumpram com o seu dever Constitucional. Outrossim, a efetivação fática do direito fundamental ora em comento, dar-se-á, a partir da mudança das políticas energéticas brasileiras e com a necessária dicotomia com a Agencia Nacional do Petróleo (ANP).

Essa ruptura com a ANP e a efetiva introdução das biorrefinarias nas políticas nacionais, guarda sintonia com as seguintes dimensões constitucionais fundamentais e indissociáveis: juridicidade, democracia, sociabilidade e sustentabilidade ambiental.

Por esta razão, o Estado tem a obrigação de promover políticas públicas pautadas pelas exigências da sustentabilidade ecológica e o dever de adoção do comportamento público, dando expressão concreta à assunção das responsabilidades dos poderes públicos perante as gerações futuras, consoante ao anunciado expressamente no art. 225, caput, da Constituição Federal.

A necessidade da concretização do princípio do Estado Socioambiental, justifica a efetiva promoção de políticas públicas para as biorrefinarias, devido a otimização do uso da biomassa na busca e utilização de sistemas integrados (matérias-primas, processos, tecnologias, produtos e resíduos) sustentáveis e ecologicamente equilibrados.

2 UM FIM EM SI MESMO

Para a ganância, esclarece Lúcio Anneo Sêneca, toda natureza é insuficiente. E qual seria o motivo? O filósofo, político e advogado latino, há dois mil anos atrás, já constatava que todos os homens querem viver felizes, mas, cada qual a sua maneira, sem se preocupar com as consequências. A tua área cultivada produz mais do que o necessário. Planta árvores só para a tua sombra. Tem



propriedades para além-mar, sem sequer saber o que e quantas são. É negligente com a natureza e não age com sabedoria. Embora possa ir a pé, “prefere fazer isso com um veículo. Assim, se puder ser rico, vai preferir ser de verdade” (SÊNeca, 2012. p. 127).

A felicidade, segundo Sêneca (2012, p. 102), é o que está coerente com a própria natureza: “É a natureza que deve nos guiar” e não nossa ganância, pois de que adiantaria tudo se não restar mais a nossa natureza, pois somos filhos desta terra, parte integrante e indissolúvel da natureza. O que seria do homem sem água, ar e terra? Sem o cultivo da terra, o sol na medida certa, ou seja, o que será da vida na Terra caso não se reverta esta situação para a qual caminhamos?

O homem pertence a natureza, como qualquer outro ser vivo, e dele depende sua existência. “É o homem que pertence à terra, ou é a terra que pertence ao homem? (OST, 1995, p.13-14 *apud* SILVEIRA, 2014, p. 18)”. Este é o problema, o homem apesar de depender da terra para sua sobrevivência, age como se tal fato não fosse verdade.

Este é o contexto, o homem deve perceber que o seu destino é a terra, a natureza em que está inserido, um fim em si mesmo, o homem e a natureza estão interligados, sempre estiveram e serão até a extinção do homem.

Esta preocupação é dos filósofos, políticos, ambientalistas e também do direito. Desde o Código de Hammurabi, no século XVIII a. C., já se defendia os animais, proibindo a excessiva exploração, como também a Lei das XII Tábuas, de 490 a.C., estabelecia dispositivos de proteção ao meio ambiente (ZSÖGÖN, 2010, p. 112).

Mas entre o “dever ser”, ou a conduta desejada em matéria ambiental e o “ser”, a realidade do mundo em que vivemos, a distância é incomensurável. Quanto mais cresce a degradação ao meio ambiente, mais se agrava a crise entre o homem com sua ganância e a natureza. A relação entre o homem e a natureza é de servidão, exploração, desrespeito. Isso, claro é irracional, pois quanto maior é a degradação ao meio ambiente, menor é a qualidade de vida do homem.

Somente com uma mudança de paradigmas, que se propõe na forma de um pacto socioambiental, é que o homem pode mudar o seu destino, salvar o seu planeta e buscar mecanismos para conseguir seus objetivos, ser feliz no seu habitat,



ter uma vida digna e preservar a natureza para garantir que as gerações futuras possam desfrutar de uma vida digna.

Não se pretende ações socioambientais como “jogos de palavras” (ALEXY, 2001. p. 94), mas abordar as verdades que se tornaram problemáticas, tal qual a crise dos recursos ambientais, extrema pobreza e a sociedade contemporânea, trazidas à tona para serem analisadas. Mas, também deve ser aos que estão até aqui lendo este texto, pois o problema é tanto de quem escreve e de quem está lendo, assim, a solução deve ser alcançada em via de mão dupla, caso contrário será apenas um eco, nada mais que um eco, sem sentido, pois seria o caso de nem se dar o trabalho, do escrito e do leitor, pois ambos necessitam de ajudar este planeta, que está em “Guerra”, uma “Guerra Civil”, o modo de vida dos homens contra o seu próprio planeta, este é o caso e o problema.

Assim, como resolver este paradoxo, como modificar o contexto, claro que é agindo, ou melhor no agir do homem, razão pela qual, o proposto aqui, é pois, uma teoria com intenções práticas⁵, a qual não se esgota em si mesmo, mas deve ser continuada e aplicada, pois, as verdades contidas na problemática e a busca de uma solução é um fim em si mesmo, caso em que não seja tal mister alcançado não mais temos a necessidade de alcançar, caso a vida não seja mais possível neste habitat chamado Terra.

Neste condão, a análise das necessidades humanas e a modernidade da sociedade e suas consequências para o futuro do ambiente natural do homem, faz-se necessário, a problemática que é real e digna de atenção, pois o homem deve encontrar caminhos para sua própria sobrevivência.

3 NECESSIDADES HUMANAS E A MODERNIDADE

O homem, vive sua vida como se não dependesse do amanhã, tudo está aí, energia elétrica, água encanada, tudo feito, pronto, muita informação a seu dispor e

⁵ Neste sentido a teoria da modernidade habermasiana procura explicar a gênese da moderna sociedade ocidental, diagnosticar as suas patologias e buscar soluções para a sua supressão. A Teoria da Modernidade faz parte de uma teoria evolutiva mais ampla, preocupada em reconstruir os processos de formação, os princípios de organização e as crises pelas quais passam as formações societárias no decorrer do tempo (cf. HABERMAS, 1973, p. 31 *apud* FREITAG, 1995, p.138-163).



na palma da sua mão. Tudo parece que é inesgotável, água, energia, internet, etc. Nada parece ter fim.

Mas a realidade é diferente pois infelizmente, “925 milhões de pessoas ainda passam fome”⁶. Situação agravada, “pela degradação constante dos solos, da água doce, dos oceanos e da biodiversidade” (ONU, 2016).

Esta compreensão é necessária, pois envolve a ideia de democracia, socioambiental e de direito fundamental socioambiental. Uma compreensão do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual agrega novos sentidos e valores, é fundamental para nossa sobrevivência, de forma a permitir a “existência, a evolução e o desenvolvimento dos seres vivos” (KRIEGER *et. all.*, 2008, p. 124 *apud* MACHADO, 2014), ou seja, para o “bicho-homem”, é necessário o meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas, do mesmo modo é imprescindível a sua sobrevivência social e econômica, pois precisa do emprego, de conviver em sociedade.

O direito fundamental ao meio ambiente, por si só, é insustentável, um discurso vazio, faz-se necessário a garantia do direito fundamental socioambiental, que garanta tirar o homem da miséria, garantir dignidade e ao mesmo tempo preservar a vida, o ecossistema e a terra. É um cálculo de eficácia, onde os meios são ajustados aos fins necessários, o que será tratado no próximo capítulo.

Antes, é necessário, analisar as questões ambientais, na proporção em que cresce a degradação insana ao meio ambiente, também assistimos a miséria e a fome humana. A degradação ao meio ambiente natural, “afeta negativamente a qualidade de vida das pessoas e coloca em risco as futuras gerações” (AMADO, 2015, p. 1), o que implica na necessária intervenção dos Poderes Públicos e da sociedade, ou seja, instituir na sociedade uma “nova visão ético-ambiental” (AMADO, 2015, p. 2), a qual, é ainda muito tímida e inócua.

A crise, também é social, como dito, socioambiental, onde a falta de recurso ambiental afeta diretamente a vida social e econômica do homem. Assistimos hoje nos noticiários e por meio da rede mundial de computadores, a migração de pessoas afetadas pela alteração do ambiente, os chamados refugiados ambientais ou desalojados climáticos:

⁶ Conforme dados da ONU. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/alimentacao.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2016, 16:48:13.



Refugiados ambientais ou desalojados climáticos.

Considerado como um dos maiores desafios de século XXI, as projeções de cientistas e ambientalistas sobre os migrantes ambientais indicam que a escassez de alimentos, a falta de água potável (produto do esgotamento de aquíferos), as inundações e a elevação do nível do mar, consequências diretas da mudança climática serão as circunstâncias que obrigarão mais de 50 milhões de pessoas a deslocar-se de onde vivem nos próximos dez anos. Esse número equivale à população de um dos 5 continentes no final do século. (CARDOSO, 2011).

Um impacto ambiental de proporções continentais, mudando a geopolítica em escala mundial, com esta nova categoria de "refugiados: aqueles que, devido a graves problemas ambientais, são obrigados a migrar para o interior do país ou para o exterior" (CARDOSO, 2011). O número de refugiados, já superam os refugiados de guerra. A visível e inegável mudança climática, modifica a qualidade e a quantidade dos alimentos disponíveis para o homem na Terra, e o mesmo acontece com a escassez de água potável:

A carência cada vez mais crescente da água potável. Por exemplo, em comunidades como a Índia, a China e o México os aquíferos estão se esvaziando por completo, causando a migração de milhões de pessoas. Uma situação similar se relaciona com os desertos, que estão avançando. Cientistas assinalam que devido ao crescimento do Gobi (região desértica situada na China), agora existem "refugiados do deserto", que têm migrado para a Mongólia, a Ningxia e Gansu. Com isso, pelo menos 4 mil comunidades estão enfrentando o despovoamento. O mesmo acontece no Irã, onde comunidades próximas a Teerã foram abandonadas devido à expansão do deserto e também pela falta de água. (CARDOSO, 2011).

Também já é conhecido do homem, que os danos ambientais estão ocasionando à elevação do nível do mar, fato noticiado há décadas. Hoje, as previsões de inundações extremas são alarmantes, "na China, na Índia, na Indonésia, no Paquistão, nas Filipinas, na Coreia do Sul, na Tailândia e no Vietnã, o que forçaria milhões de seres humanos a mover-se para o interior desses países, cujas áreas já estão superpovoadas" (CARDOSO, 2011). E conforme estudos,

75% das populações que serão atingidas por essas violentas migrações climáticas situam-se nas áreas pobres do planeta: como África, Ásia e América Latina. E, apesar de que se acredita que muitos tentarão chegar aos países do Norte, suas próprias possibilidades econômicas e as barreiras fronteiriças serão um freio e a massa se deslocará entre as regiões vizinhas. (CARDOSO, 2011).



Os refugiados climáticos, como nos casos de guerra, perseguições políticas e raciais, os refugiados ou desalojados, sofrem as mesmas crueldades, injustiças sociais e desequilíbrios econômicos, já conhecidos da humanidade. Os "refugiados ou migrantes ambientais,

se encontram tão forçados quanto os migrantes econômicos ou os migrantes raciais, porque igualmente fogem das devastações ambientais que produzem más condições de vida e são perseguidos pela fome, mesmo quando os políticos consideram que as migrações são uma questão de ordem pública.

A realidade demonstra que por trás desse fenômeno há uma luta pela sobrevivência: essas pessoas não têm futuro nem possibilidades de sobreviver em seus lugares de origem. (CARDOSO, 2011).

Um problema socioambiental de escala mundial, parece estar longe da realidade dos brasileiros, o que não é verdade, pois o que mais temos no Brasil, são refugiados ambientais ou desalojados climáticos que há décadas, fogem do Nordeste à procura de sobrevivência, pois não possuem futuro nem possibilidade de sobreviver na caatinga nordestina.

Um caos, que beira a insanidade, que caso fosse um homem um ser vivo apenas, seria exterminado por destruir o seu ecossistema, mas ao que parece, já caminha para esta solução, uma autodestruição, pois ao destruir seu próprio ecossistema, o homem também está se autodestraindo. Infelizmente sofremos de uma visão antropocêntrica, ou seja, o homem acha, ou tem certeza, de que está no centro do Universo, sendo que todo o restante gira ao seu redor.

Assim, “a proteção ambiental serve ao homem, como se este não fosse integrante do meio ambiente, e os outros animais, as águas, a flora, o ar, o solo, os recursos minerais não fossem bens tuteláveis por sí sós” (AMADO, 2015, p. 5). Os bens ambientais, nesta linha de pensamento, servem exclusivamente para fins humanos, para agricultura, pecuária, indústria, medicina, etc.

Um dos reflexos do antropocentrismo é o consumo excessivo, que hoje, acarreta na utilização de combustíveis fósseis, os quais produzem dióxido de carbono, que por sua vez aumentam o efeito de estufa. O efeito de estufa é um mecanismo natural do planeta Terra que impede o planeta de ter uma grande amplitude térmica diurna.



Os efeitos são o aumento do nível do mar⁷ e a grande quantidade de incêndios florestais⁸ ao redor do mundo. Hoje a emissão de CO² é o termostato do planeta Terra⁹, pois a não condensação dos gases de estufa, como o dióxido de carbono, metano, ozônio, óxido nitroso e clorofluorcarbonos, modificam a temperatura atmosférica, e a estrutura sustentável atmosférica (LACIS, 2016).

No século passado, a brutal emissão de CO₂ modificou bruscamente o clima global, tornando a terra muito mais quente. O “recente e rápido aumento do CO₂ atmosférico tem sido atribuído à atividade industrial humana, principalmente a queima de combustíveis fósseis. Isto levou o CO₂ atmosférico para o nível de 400 ppm, muito além do máximo interglacial” (LACIS, 2016).

A consequência, é a “inevitável perturbação da infraestrutura socioeconômica e a produção de alimentos” (HANSEN *et al.* 2008 *apud* LACIS, 2016). O risco, evidentemente, é crescente, de consequências socioambientais

⁷ “O aumento dos mares supera todas as previsões da ONU. As águas dos mares no planeta crescem aceleradamente. Com um avanço de 60% mais rápido do que o estimado por especialistas das Nações Unidas, em seu relatório de 2007. A informação é divulgada em um estudo que acaba de ser publicado em "Environmental Researchs Letters", revista britânica especializada na matéria, e que foi retomado nas últimas horas por diversos meios de informação internacionais.” Publicado em 29/11/2012. (FERRARI, 2012).

⁸ “Aumentos na frequência de incêndios devido às alterações climáticas, como previsto por execuções de modelos computadorizados, estão ilustrados no mapa acima. De acordo com um relatório na WeatherUnderground – “Um grande aumento em incêndios em grande parte do mundo é esperado à medida que avançamos através deste século. Usando modelos de incêndio conduzidos pelos resultados de dezasseis modelos climáticos utilizados no relatório do IPCC de 2007, os pesquisadores descobriram que 38% do planeta deve ver um aumento na atividade de incêndios [devido à mudança climática] durante os próximos 30 anos. Este número aumenta para 62% lá pelo final do século“. AGclatratos, NOAA / METOP. Traduzido do original 2 C Coming On Faster Than We Feared — Atmospheric Methane Spikes to Record 3096 Parts Per Billion, publicado por Robertscribbler em <http://robertscribbler.com/> a 26 de Fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://aquecimentoglobal.info/tag/combustiveis-fosseis/>>. Acesso em: 26 maio 2016, 17:56:38.

⁹ “Atmospheric carbon dioxide performs a role similar to that of the house thermostat in setting the equilibrium temperature of the Earth. It differs from the house thermostat in that carbon dioxide itself is a potent greenhouse gas (GHG) warming the ground surface by means of the greenhouse effect. It is this sustained warming that enables water vapor and clouds to maintain their atmospheric distributions as the so-called feedback effects that amplify the initial warming provided by the non-condensing GHGs, and in the process, account for the bulk of the total terrestrial greenhouse effect. Since the radiative effects associated with the buildup of water vapor to near-saturation levels and the subsequent condensation into clouds are far stronger than the equilibrium level of radiative forcing by the non-condensing GHGs, this results in large local fluctuations in temperature about the global equilibrium value. Together with the similar non-linear responses involving the ocean heat capacity, the net effect is the "natural variability" that the climate system exhibits regionally, and on inter-annual and decadal timescales, whether the global equilibrium temperature of the Earth is being kept fixed, or is being forced to re-adjust in response to changes in the level of atmospheric GHGs.” LACIS, Andrew. **CO₂**: The Thermostat that Controls Earth's Temperature. Disponível em: < http://www.giss.nasa.gov/research/briefs/lacis_01>. Acesso em: 26 maio 2016, 18:01:43.



inaceitáveis e irreversíveis, o que exige que a humanidade urgentemente reduza e controle o CO₂ atmosférico.

Os meios, ou o modo de agir do homem, devem ir ao encontro da racionalização, ajustar os meios aos fins, buscando no saber científico, maneiras mais eficazes, com o mínimo de gastos dos recursos socioambientais e efeitos colaterais indesejados, com o máximo de benefício desejado, no caso a substituição dos combustíveis fósseis por biocombustíveis, modificando a matriz energética, necessária e vital ao homem de maneira a racionalizar este cálculo de eficácia proposto.

Surge, neste contexto de necessidade da ideia de biorrefinarias, a qual, poderia aplicar o cálculo de eficácia, na produção de biocombustíveis e de energia, o que será analisado no próximo tópico, pois esta seria uma proposta de sair da teoria na busca de uma solução prática.

4 BIOREFINARIAS E O CÁLCULO DE EFICÁCIA

Biorrefinaria “é uma instalação que integra processos de conversão de biomassa em biocombustíveis, insumos químicos, materiais, alimentos, rações e energia. O objetivo de uma biorrefinaria é otimizar o uso de recursos e minimizar os efluentes, maximizando os benefícios e o lucro.” (EMBRAPA, 2016) Em outras palavras, seria a aplicação na prática do cálculo de eficácia.

As biorrefinarias, são ajustadas aos fins, pois integram diversas rotas de conversão – bioquímicas, microbianas, químicas e termoquímicas¹⁰ – em busca de meios mais eficazes, que no caso seria o melhor aproveitamento da biomassa e da energia nela contida. Este cálculo de eficiência, é o chamado de máximo de benefício desejado.

¹⁰ “A conversão bioquímica é usada para processar os componentes açúcares da celulose e hemicelulose para convertê-los em etanol pela fermentação.²⁴ Já a conversão química²⁵ através da hidrólise ácida pode levar à produção do ácido levulínico (a partir de polissacarídeos C6) e furfural (a partir de polissacarídeos C5). O terceiro componente da biomassa lignocelulósica, a lignina, não é fermentável, mas pode ser queimada para gerar eletricidade e calor, ou passar por tratamentos termoquímicos para produzir biocombustíveis (diesel-FT a partir de gás de síntese depois da gaseificação) e produtos químicos (pela pirólise). Além disso, todos os três componentes principais da biomassa podem ser gaseificados para gás de síntese ou pirolisados para bio-óleo, os quais podem ser transformados para produzir biocombustíveis ou bioquímicos.” (RODRIGUES, 2011).

Como pode ser ajustado aos fins pretendidos, até mesmo o conceito de biorrefinaria é “dinâmico e ainda está em desenvolvimento e, portanto, não há modelos e padrões consagrados” (RODRIGUES, 2011). Em funcionamento, podem ser apontados “exemplos de biorrefinarias que já funcionam na prática, como as usinas produtoras de açúcar, etanol e bioeletricidade a partir da cana-de-açúcar e as fábricas de óleo, rações, biodiesel e diversos outros derivados da soja” (RODRIGUES, 2011).

Assim, no cálculo de eficiência, uma usina tradicional que transforma cana-de-açúcar em açúcar e etanol (RODRIGUES, 2011):

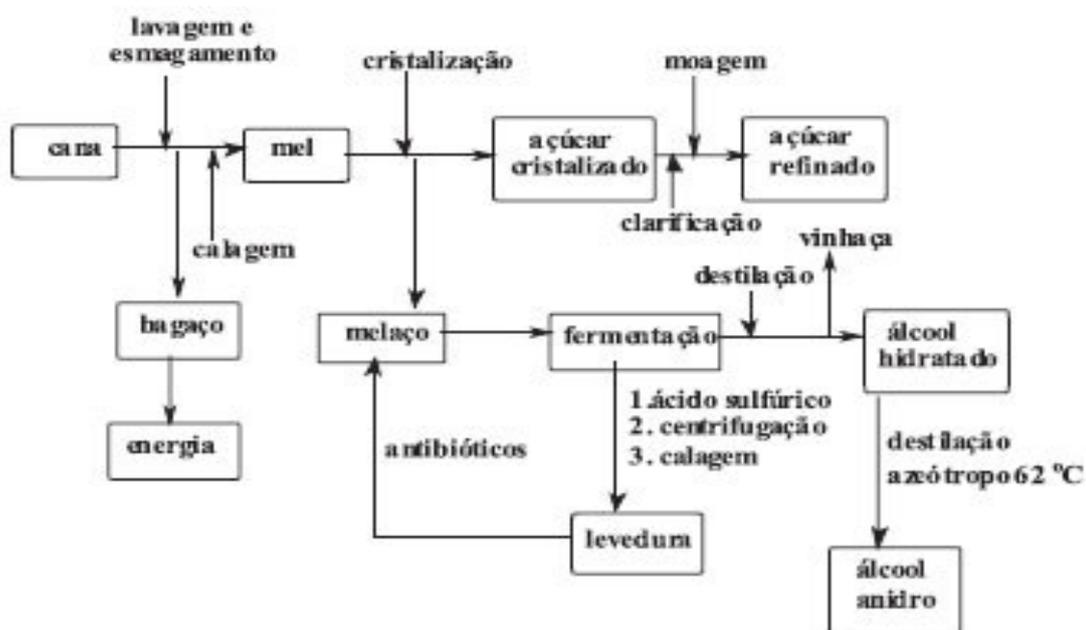


Figura 1. Esquema simplificado da transformação da cana-de-açúcar em açúcar e etanol

Em suma, tem-se a reação de fermentação, onde cada molécula de sacarose produz 4 moles de etanol e 4 moles de gás carbônico. Neste modelo tradicional, a energia necessária para efetuar principalmente a moagem da cana-de-açúcar, nas centrífugas e na etapa da destilação, é fornecida pela queima do bagaço nas caldeiras da usina. “Nas usinas mais eficientes, esta queima do bagaço gera saldo positivo de energia, que é convertida em energia elétrica e vendida para as concessionárias de eletricidade” (RODRIGUES, 2011).



A produção típica brasileira de biocombustível, a qual foi incentivada pelo governo militar na época da crise do petróleo,¹¹ transforma cana-de-açúcar em açúcar, álcool e bagaço. O açúcar é um alimento, utilizado no varejo e no atacado pela indústria alimentícia. Já o etanol é o biocombustível comercializado para veículos de transportes, também como álcool utilizado para as indústrias de bebidas e cosméticos. Tem-se como sobra deste processo o bagaço de cana, que é usado para gerar energia para a própria usina e a sobra é vendida para as concessionárias de eletricidade. Algumas usinas também vendem a sobra de fermento para a indústria de ração animal.

Mas para que seja equalizado o cálculo de eficácia, exigido no contexto socioambiental, “tem sido proposto um complexo fabril, similar ao de uma refinaria de petróleo e que vem sendo chamado de “biorrefinaria” para produzir produtos químicos e energia a partir de biomassa” (RODRIGUES, 2011). Como já anteriormente descrito, biorrefinaria é uma instalação, fabril claro, que integra processos de conversão de biomassa¹² em biocombustíveis, insumos químicos, materiais, alimentos, rações e energia, que é concebida para ajustar aos seus fins, ou objetivos¹³, ou seja, de desenvolvimento sustentável, “as biorrefinarias devem exercer um papel dominante neste atual milênio” (RODRIGUES, 2011).

Os combustíveis baseados em biomassa, os biocombustíveis, são conhecidos como biocombustíveis de primeira e de segunda geração:

Os de primeira geração são aqueles produzidos a partir de matérias-primas usados também como alimentos, para humanos e animais. Em decorrência, estes biocombustíveis geram questionamentos éticos, políticos e ambientais. Para contornar estas inquietações, a produção de biocombustíveis de segunda geração (isto é, gerados a partir de resíduos, rejeitos ou de produtos não comestíveis), vem ganhando crescente interesse nos anos recentes como uma possível alternativa mais verde do que os combustíveis fósseis. (RODRIGUES, 2011).

¹¹ “No início da década de 1980, o governo militar incentivava a substituição de produtos derivados do petróleo, muito escasso no Brasil de então e de custo elevado após a primeira grande crise de meados da década anterior. A indústria buscou no etanol uma fonte para substituir alguns produtos derivados do petróleo, incentivada pela política nacional da álcoolquímica. Algumas empresas de porte desenvolveram produtos como acetato de etila, ácido acético, anidrido acético, butanol, etc., tendo o etanol como fonte primária. Com a diminuição do preço de petróleo no mercado internacional durante a década de 1990, o interesse pela álcoolquímica arrefeceu.” (RODRIGUES, 2011).

¹² “A biomassa é formada por carboidratos, lignina, proteínas, gorduras e numa menor extensão, por várias outras substâncias, tais como vitaminas, terpenos, carotenoides, alcaloides, pigmentos e flavorizantes.” (RODRIGUES, 2011).

¹³ “O objetivo de uma biorrefinaria é transformar estes materiais abundantes em produtos úteis através de uma combinação de tecnologias e processos.” (RODRIGUES, 2011).

O estudo, pesquisa e desenvolvimento constante e dinâmico dos combustíveis de segunda geração, possibilitam aplicar o cálculo de eficácia, com o uso de biomassa em complexos das biorrefinarias, que assegure o máximo de benefício ambiental desejado, com o mínimo de efeitos colaterais indesejados e com o máximo de benefícios energéticos, com à coprodução¹⁴ tanto de bioenergia como de produtos valiosos:



Figura 5. Processos de conversão de biomassa

¹⁴ “Para ser empregada na produção de biocombustíveis e produtos químicos (ou bioquímicos), a biomassa exige um pré-tratamento de despolimerização e de desoxigenação. A desoxigenação é necessária porque a presença de oxigênio em biocombustíveis reduz o conteúdo energético e usualmente aumenta sua polaridade, o que dificulta a sua mistura com os atuais combustíveis fósseis.²³ As aplicações químicas podem exigir uma menor desoxigenação, uma vez que a presença de oxigênio nos produtos frequentemente propicia valiosas propriedades físicas e químicas.” (RODRIGUES, 2011).



Como visto na figura acima, a biorrefinaria objetiva produzir produtos químicos em elevados volumes a partir de biomassa, ajustando os meios aos fins, selecionando diferentes plataformas já utilizadas na indústria petroquímica. Seria, uma revolução, onde “toda a plataforma de uma refinaria de petróleo pode ser substituída pela biomassa” (RODRIGUES, 2011).

No futuro, a biorrefinaria poderá ter sucesso com a combinação de diferentes tecnologias e táticas de processamento da biomassa para a produção de diversos combustíveis e produtos químicos, como informado na figura acima. Mas, existem desafios a serem superados, claro, todas a depender do desenvolvimento constante de novas tecnologias e métodos.

5 ESTADO SÓCIO AMBIENTAL E A CONSAGRAÇÃO DOS PRINCÍPIOS AMBIENTAIS

O Direito Ambiental, pode ser considerado como o “conjunto de normas que reconhecem e tornam efetivo ao ser humano o direito a um meio ambiente são” (DINIZ, 2005, p. 163), que visa, assegurar não só a efetividade a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas também a interligação, necessária e indissociável do homem com a natureza, com a finalidade de preservar a condição de vida no planeta, para esta geração e também para as futuras gerações.

Os princípios, “são normas jurídicas que fundamentam o sistema jurídico” (AMADO, 2015, p. 55), assim os princípios ambientais, fundamentam todo o sistema. Os princípios ambientais são aqui utilizados como “alicerce ou fundamento do Direito. Como ensina Canotilho, ‘os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante ao condicionalismo fático e jurídico” (MACHADO, 2014, p. 61).

A seu turno, “o Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional” (CANOTILHO, 2013, p. 92), o qual para ser um Estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático, ou seja, “o Estado com uma constituição limitadora do poder através do império do direito. As ideias do ‘governo de leis e não de homens’, de ‘Estado submetido ao direito’, de ‘constituição como vinculação jurídica do poder’ (CANOTILHO, 2013, p. 98) que está vinculado a legitimação democrática do poder.



Outrossim, o Estado Constitucional, vai além do Estado de direito, pois o elemento democrático, não só limita o poder, acima de tudo legitima este poder, bem como os novos paradigmas do Estado contemporâneo e os princípios estabelecidos na Constituições, estabelece a necessidade do surgimento de um novo, atuante e efetivo Estado Socioambiental Democrático.

O Estado Socioambiental Constitucional pressupõe uma interligação necessária do ambiente (habitat humano), com o direito, integrado e integrativo do ambiente:

Embora não seja ainda muito claro o conceito de direito integrado do ambiente (o conceito aparece sobretudo na avaliação integrada de impacto ambiental), ele aponta para a necessidade de uma protecção global e sistemática que não se reduza à defesa isolada dos componentes ambientais naturais (ar, luz, água, solo vivo e subsolo, flora, fauna) ou dos componentes humanos (paisagem, património natural e construído, poluição). As consequências de uma protecção integrada do ambiente são relevantes sob vários pontos de vista. O bem protegido – o bem ambiente – tem subjacente uma concepção ampla de ambiente que engloba não apenas o conceito de ambiente naturalista mas o ambiente como o “conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e as suas relações, e dos factores económicos, sociais e culturais com efeito directo ou indirecto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem” (cfr. Artigo 5.º da Lei de Bases do Ambiente) (CANOTILHO, 2011).

O Estado, frente aos problemas ambientais vigente, deve construir dentro desta perspectiva constitucional, um pacto socioambiental, deve formar um Estado Socioambiental de Direito.

Assim Estado e sociedade para a efetivação do Estado Socioambiental, devem garantir os direitos fundamentais sociais e ambientais. Pois, “a miséria e a pobreza (como projeção de falta de acesso aos direitos sociais básicos, como saúde, saneamento básico, educação, moradia, alimentação, renda mínima, etc.) caminham juntas com a degradação e poluição ambiental” (SARLET, 2014, p. 29).

Neste contexto, faz-se necessário abordar outro paradigma, a existência de uma Agencia do Petróleo (combustível fóssil) regulamentando os Biocombustíveis, que em última análise é inconstitucional, pois “rasga” o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado presente na Constituição Federal.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado na Constituição Federal, pode ser classificado, segundo a melhor doutrina, como um



direito fundamental. Onde determina ao Estado Socioambiental, concretizar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Direito fundamental que se desprendem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (direitos de titularidade coletiva ou difusa).

Nossa Constituição Federal estabelece regras e princípios de proteção com a qualidade do meio ambiente, sendo direito fundamental de grande relevância, tanto em âmbito internacional quanto nacional.

Hoje é uma exigência dos Estados-soberanos, políticas, medidas e instrumentos que garantam uma eficaz (e não políticas de faz de conta) preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Direito Fundamental Natural do homem, o Meio Ambiente ecologicamente equilibrado clama por uma nova política mundial e nacional, visando o esclarecimento, a conscientização, e quebras de paradigmas da população referente às questões ambientais. Isto porque as necessidades comuns dos seres humanos podem passar tanto pelo uso como pelo não uso do meio ambiente.

Desta forma, investir em novas soluções ecologicamente eficazes, deve ser analisado a partir de perspectiva concretista dos direitos fundamentais sociais materialmente existentes.

O Estado de Direito contemporâneo, é ou deveria ser um Estado de Direito Socioambiental, abandonando velhos paradigmas, pois a miséria e a pobreza (como política pública) caminham com a degradação e poluição ambiental.

Os direitos sociais básicos, como saúde, saneamento básico, educação, moradia, alimentação, etc, ou seja, a dimensão social, necessariamente deve estar integrada aos direitos fundamentais socioambientais (econômicos, sociais, culturais e ambientais).

Mas para que tal mister ocorra, é imperioso que as políticas ambientais e o legislador nacional cumpram com o seu dever Constitucional. Outrossim, a efetivação fática do direito fundamental ora em comento, dar-se-á, a partir da efetivação e aplicação do necessário cálculo da eficácia ambiental e não com uma política vinculada à uma Agencia Nacional do Petróleo (ANP), a necessária dicotomia dos biocombustíveis e da ANP, com a introdução das Biorrefinarias



guarda sintonia com as seguintes dimensões constitucionais fundamentais e indissociáveis: juridicidade, democracia, sociabilidade e sustentabilidade ambiental.

Razão pela qual o Estado tem a obrigação de investir em bioenergias, nas biorrefinarias para gerar o máximo de benefícios ambientais desejados e promover efetivamente políticas públicas pautadas pelas exigências da sustentabilidade ecológica e o dever de adoção de comportamento público, dando expressão concreta à assunção das responsabilidades dos poderes públicos perante as gerações futuras, consoante ao anunciado expressamente no art. 225, caput, da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

O Estado Democrático de Direito Brasileiro, por força de sua Carta Fundamental, não pode ser outra coisa senão um Estado Socioambiental Democrático de Direito, que tem como mister, garantir para as presentes e futuras gerações um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Sendo o norteador a este Estado Socioambiental a tridimensionalidade ecológica existente no citado artigo: Proteção ambiental; Necessidades sociais; Qualidade de vida.

Estas dimensões ecológicas vivem e convivem em uma interligação necessária, dialética e indissociável, caso contrário não existirá um Estado



Socioambiental, no viés, termos um Estado Marginal, que ficará à margem de sua Constituição Federal.

Para assegurar a efetividade desse direito tridimensional ecológico, incumbe ao Estado Democrático, a racionalização do cálculo da eficácia, determinando a criação, instalação de biorrefinarias, para garantir bioenergia, biocombustíveis acessíveis a população, por meios mais eficazes, com o mínimo de gastos e de efeitos colaterais indesejados e o máximo de benefício a todos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Não há, em verdade, justiça sem homens justos, capazes de traduzir em atos de amor e de prudência o que lhes dita a consciência partícipe dos valores da comunidade; não há realização plena da justiça quando só a determinam frias proporções traçadas pelo intelecto” (REALE, 2002, p. XIX), como também não há, Estado Socioambiental sem uma sociedade socioambiental, homens socioambiental e um governo socioambiental, que em ato de amor possam salvar o planeta e sua própria vida, com dignidade e qualidade de vida.

Sim, pois, o homem pertence a natureza e depende dela, aliás um depende do outro. E a sociedade, o homem e a natureza estão interligados. Minimizar a degradação ao meio ambiente e diminuir a crise entre o homem e a natureza. Não pode mais o homem achar que a natureza existe apenas para servir e explorar.

Não há mais tempo, o homem, a sociedade e o Estado devem criar um pacto socioambiental, para mudar o seu destino, salvar o planeta. Não se pode negar que o homem moderno necessita de uma fonte de energia, de combustíveis, mas por qual razão esta fonte de energia e de combustível, não pode ser racionalizada, dentro do cálculo de eficácia.

A proposta das biorrefinarias, acima analisado, traz a efetiva possibilidade da racionalização, pois aplica o cálculo da eficácia, onde os meios são ajustados aos fins, maneiras mais eficientes de conseguir bioenergia e biocombustíveis, dentre outros produtos úteis ao homem, com o mínimo de gastos ambientais e de efeitos colaterais indesejados, com o máximo de benefício desejado.

Novas tecnologias ambientais, de ciências afins, para garantir a efetividade do Estado Socioambiental Democrático de Direito.



7 REFERÊNCIAS

Agclatratos, NOAA / METOP. Traduzido do original 2 C Coming On Faster Than We Feared — Atmospheric Methane Spikes to Record 3096 Parts Per Billion, publicado por Robertscribbler em: <<http://robertscribbler.com>> a 26 de Fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://aquecimentoglobal.info/tag/combustiveis-fosseis/>>. Acesso em: 26 maio 2016 17:56:38.

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 maio 2016 16:41:48.

BRASIL, **Legislação Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARDOSO, Lenin. **Refugiados ambientais ou desalojados climáticos**. Publicado em 3/3/2011. Disponível em: <http://amaivos.uol.com.br/amaivos2015/?pg=noticias&cod_canal=49&cod_noticia=17312>. Acesso em: 26 maio 2016 17:13:02.

CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed.. Coimbra: Edições Almedina, 2013.

CANOTILHO. J. J. Gomes. **Estado constitucional ecológico e democracia sustentada**. Disponível em: <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/artigo/estado_constitucional_ecol%C3%B3gico_e_democracia_sustentada>. Acesso em: 27 maio 2016 22:18:17,

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva. 2005.

EMBRAPA. Agroenergia. Disponível em: <<http://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/48750/1/biorrefinaria-modificado-web.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2016 13:45:22.

FERRARI, Sergio. **Aquecimento global**. Disponível em: <http://amaivos.uol.com.br/amaivos2015/?pg=noticias&cod_canal=49&cod_noticia=22361>. Acesso em: 26 maio 2016 17:48:30.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Direito Ambiental Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.



- FREITAG, Bárbara. Habermas e a teoria da modernidade. **Cad. CRH.**, Salvador, n. 22. p. 138-163, jan/jun.1995. Disponível em: <[www.cadernocrh.ufba.br/include/getdoc.php?id= 1423%26article](http://www.cadernocrh.ufba.br/include/getdoc.php?id=1423%26article)>. Acesso em: 25 maio 2016 16:30:56.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Responsabilidade civil**, v. 7 – Direito ambiental/ Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery (Orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 112.
- KRIEGER, Maria da Graça; MACIEL, Anna Maria Becker; ROCHA, João Carlos de Carvalho; FINATTO, Maria José Bocorny; BEVILACQUA, Cleci Regina. Dicionário de Direito Ambiental: Terminologia da Leis do Meio Ambiente. 2. Ed. Rio de Janeiro, Lexikon, 2008, p. 124. In MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22^a ed. Malheiros: São Paulo. 2014
- LACIS, Andrew. **CO2: The Thermostat that Controls Earth's Temperature**. Disponível em: <http://www.giss.nasa.gov/research/briefs/lacis_01/>. Acesso em: 26 maio 2016 18:01:43.
- LUTZENBERG, José. **Manual de ecologia: do jardim ao poder**. vol. 1. Porto Alegre: L&PM, 2004.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22. ed. Malheiros: São Paulo, 2014.
- MEDINA. Maná Mininni. **Educação ambiental: uma metodologia participativa de formação**. Petrópolis: Vozes, 1999.
- PINHEIRO, Carla. **Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- REALE, Miguel. **Horizontes do Direito e da História**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRIGUES. José Augusto R.. **Do engenho à biorrefinaria**. A usina de açúcar como empreendimento industrial para a geração de produtos bioquímicos e biocombustíveis. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-40422011000700024 >. Acesso em: 27 maio 2016 14:38:38.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.



SÊNECA, ca.4^a.C.-ca.65 d.C..**Da vida retirada; Da vida tranquilidade da alma; Da felicidade**/Lúcio Anneo Sêneca; tradução de Lúcia Sá Rebello e Ellen Itabajara Neves Vranas. Porto Alegre, RS:L&PM, 2012.

SILVA, Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2004.

SILVA, De Plácito. **Vocabulário Jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da; GRASSI, Karine. Configuração e justificação de um direito fundamental ao meio ambiente à luz dos conceitos de meio justo e de natureza-projeção em François Ost. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira Karine Grassi DOI10.12957/dep.2014.8198. **Revista Direito e Práxis**. Vol. 5, n. 8, 2014, pp. 76-93.

ONU. Disponível em: <<http://www.onu.org.br>>. Acesso em: 25 maio 2016 16:48:13.

ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod. In: TUPIASSU. Lise Vieira da Costa. **O Direito Ambiental e seus Princípios informativos**. Responsabilidade civil, v.7 – Direito ambiental/ Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery (Orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 112.



O INTERVENCIONISMO ESTATAL POR MEIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: DA REGULAMENTAÇÃO À REGULAÇÃO¹

STATE INTERVENTION BY REGULATORY AGENCIES: FROM REGULATION TO REGULATION

Alfredo Copetti Neto²

José Ricardo Maciel Nerling³

Resumo

O presente artigo apresenta uma abordagem sintética em torno das agências reguladoras, contextualizando-as no direito econômico brasileiro atual. Diante disso, realiza-se, num primeiro momento, um estudo sobre a intervenção estatal na economia e como estas ocorreram, perpassando por fatos históricos que envolvem o tema a nível mundial, avaliando inclusive as tendências que fizeram parte desse processo. Num segundo momento, faz-se uma análise em torno do previsto na Constituição Federal no que tange à ordem econômica brasileira, observando as preferências econômicas do parlamento constitutivo. Por fim, discorre-se acerca da constituição das agências reguladoras – bem como suas especificidades –, estudando-as como um objeto em si, e, também, elencando competências relativas ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, e na forma com que esse se insere no direito brasileiro por meio de sua atuação no mercado nacional. O método utilizado para a realização do presente trabalho é o hipotético-dedutivo, de natureza qualitativa, tendo sido operadas, para a consecução do mesmo, bibliografias específicas sobre o tema, por meio de diversos autores ligados à pesquisa doutrinária, normativa e histórica, no intuito de notar o papel imprescindível das agências regulatórias para a aplicação fática das normas de Direito Econômico em

¹ Artigo submetido em 28/09/2016, pareceres de análise em 26/04/2017 e 28/05/2017, aprovação comunicada em 22/08/2017.

² Possui estágio Pós-doutoral na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/PDJ-CNPq, 2014); Doutorado em Teoria do Direito e da Democracia pela Università degli Studi Roma Ter (UNIROMATRE, 2010, Revalidado UFPR) e Mestrado em Direito Público (Filosofia do Direito) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS, 2006). Professor permanente no Mestrado em Direitos Humanos na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), Professor Adjunto de Teoria do Direito da Universidade Estadual do Paraná (UNIOESTE). Advogado OAB-RS. *E-mail*: <alfredocopetti@yahoo.com>.

³ Mestrando em Direito no Programa de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, beneficiário de Taxa Integral CAPES. Graduado em Direito pela Universidade Regional do noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Advogado OAB-RS. Membro do grupo de pesquisa “Direito e Economia às vestes do Constitucionalismo Garantista”, sob orientação do Dr. Alfredo Copetti Neto. *E-mail*: <zejosers@yahoo.com.br>.



território nacional, bem como para a proteção material da ordem econômica constitucional do Brasil.

Palavras-chave: Agências reguladoras. Direito econômico. Conselho administrativo de defesa econômica. Intervenção estatal.

Abstract

This article presents a synthetic approach about the regulatory agencies, contextualizing them in current Brazilian economic law. In the light of this, we do a study on state intervention in the economy is carried out at the outset and how these happened, based on historical facts surrounding the world-wide theme, including evaluating the trends that were part of this process. In a second moment, an analysis is made around that provided in the Federal Constitution regarding the Brazilian economic order, observing the economic preferences of the constituent parliament. Finally, it is discussed the constitution of the regulatory agencies - as well their specificities-, studying them as an object in itself, and, also, listing competences related to the Administrative Council of Economic Defense, and in the way in which it is inserted in Brazilian law through its Performance In the domestic market. The method used to carry out the present work is hypothetical-deductive, of a qualitative nature, and specific bibliographies on the subject have been operated for the accomplishment of this work, through several authors related to the doctrinal, normative and historical research, searching to note the essential role of the regulatory agencies for the factual application of the norms of economic law in national territory, as well as the material protection of the constitutional economic order of Brazil.

Keywords: Regulatory agencies. Economic Law. Administrative Council for Economic Defense. State intervention.

Sumário: 1. Introdução. 2. Mudanças no intervencionismo estatal. 3. A ordem econômica no Brasil e a Constituição Federal de 1988. 4. As agências reguladoras no Direito brasileiro. 5. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 6. Conclusão. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A relação entre as ciências jurídicas e econômicas é, na verdade, um processo gradativo, que se mistura com fatos da história global que vieram a transformar as relações de poder e de organização social. Há, portanto, de maneira muito especial no mundo moderno, em que existe maior rapidez na troca de informações, uma conversação mais abrangente entre os direitos de distintos países soberanos, vez que ligados por uma economia de mercado que cada vez mais ultrapassa as suas fronteiras. Diante disso, há o que poderíamos chamar de uma exigência internacional tácita, no sentido da criação de mecanismos legais e materiais nacionais, para que as regras e princípios basilares do capitalismo também



possam ser promovidos em seus territórios. As agências reguladoras são um exemplo prático dessa adaptação histórico-comparativa (em relação a países precursores desse modelo) a um modelo econômico, tendo se mostrado imprescindíveis (quando cumprem integralmente com suas atribuições) para a regulação do mercado e fazendo parte da organização das economias de Estado, inclusive da brasileira, sendo, portanto, também resultados de um sistema jurídico. Para comprovar a relevância dessas intervenções na economia nacional, realizada por meio dos órgãos oficiais de regulação, faz-se o uso de literatura específica do Direito Econômico, demonstrando em que momentos (e de que maneira) essas ingerências no capital se mostram necessárias para preservar a justa concorrência de mercado e, dessa forma, os interesses econômicos do país. Dessa maneira, faz-se uma análise na forma como ocorreram as mudanças relacionadas ao intervencionismo estatal, especialmente por meio das agências reguladoras em território brasileiro.

2 MUDANÇAS NO INTERVENCIONISMO ESTATAL

Primeiramente, é preciso discutir o que de fato se entende por “intervenção estatal”, tendo em vista que a intervenção do Estado na sociedade civil tem como pressuposto uma cisão entre estes, ou seja, o primeiro estaria adentrando num campo que não lhe é nato: o privado, especificamente, o mercado (GRAU, 2012, p. 21). Porém, de acordo com o que ensina Eros Grau, há certo equívoco nessa concepção, isso porque, nas suas palavras, “Família, sociedade civil e Estado são manifestações, que não se anulam entre si, manifestações de uma mesma realidade, a realidade do homem associando-se a outros homens” (GRAU, 2012, p. 21). Assim, podemos dizer que há, na verdade, uma limitação por parte da coletividade quanto às relações humanas e aos interesses de determinados grupos hegemônicos.

Com o surgimento do Estado Moderno, isso ainda no final da Idade Média, há a adoção de uma nova concepção humanística, fundada na autossuficiência humana, não mais baseada na ideia aristotélico-tomista de que cada ser humano possui um papel previamente direcionado por Deus, basilar da concepção



eclesiástica romana da época e de um modelo hereditário de poder. De acordo com Bedin,

Esta inversão é motivada pela incipiente economia de mercado de então, fortemente impulsionada pelas viagens de descobrimento e pela conquista de novas terras. O indivíduo assim emancipado está pronto para ser a base sobre a qual está alicerçado o Estado moderno. A forma de constituí-lo será o do contrato ou do pacto político entre os indivíduos ou cidadãos (BEDIN, 2008, p. 80).

Destarte, fica claro, em especial com o advento da Revolução Francesa (1789), o caráter libertário do novo momento político e econômico que surge no ocidente. Com esse movimento, a burguesia transforma por completo o papel do Estado – antes visto na pessoa do rei –, que passa a ser, de certa forma, um objeto de tutela do capitalismo, tendo em vista que não era admissível que o mesmo interferisse “na ‘ordem natural’ da economia, ainda que lhe incumbisse a defesa da propriedade” (GRAU, 2012, p. 18). Porém, na visão de Eros Grau (2012, p. 18), é um equívoco presumir “que ambos, Estado e sociedade, existissem separadamente um do outro”. Dessa maneira, é possível dizer que o Estado é reflexo dos anseios da sociedade.

Com o advento da Revolução Industrial (HOBSBAWM, 2006, p. 3), que se deu entre os séculos XVIII e XIX, as relações de subordinação (e exploração pelo conceito da mais-valia) entre empregador (dono do bem de produção) e o operário (detentor da força de trabalho), são teorizadas na obra de Karl Marx. Mais que isso, este ainda delimita novas considerações em torno do próprio ente estatal, considerando que o Estado se trata de uma “superestrutura que reflete o estado das relações sociais determinadas pela base econômica”, e, além disso, “é um aparelho de que se serve a classe dominante para manter seu domínio” (BOBBIO, 2001, p. 164).

A teoria marxista, embora repulse a presença do Estado, se torna uma semente lançada no florescer do Estado Liberal de Direito (“Estado Mínimo ou Estado Polícia”), onde os encargos do ente se limitavam a “funções restritas quase que à mera vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas”. Vale trazer à baila o fato de que, de certa forma, “essa orientação política [liberalismo] favoreceu a implantação do constitucionalismo e da separação de poderes, pois



ambos implicavam o enfraquecimento do Estado e, ao mesmo tempo, a preservação da liberdade de comércio e de contrato” (DALARI, 1998, p. 100).

Porém, dessa mesma maneira, o Estado liberal acabou subsidiando posturas ultra-individualistas e conservadoras, “dando margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos”. Por outro lado, o “impedimento [no seu cerne] de servir aos menos afortunados, causou crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o direito de ser livre, não se assegurava a ninguém o poder de ser livre” (DALARI, 1998, p. 100), uma vez que, na prática, poucos tinham acesso aos bens de produção – e até mesmo de consumo.

Com o surgimento do movimento socialista, no século XIX, não se pensava efetivamente no surgimento de um Estado Socialista. Porém, no momento em que o Estado Liberal deixa de cumprir sequer o que prometia - o direito fático (material) de todos serem verdadeiramente livres -, aquele é posto em xeque. Além disso, a teoria comunista começa, de certa forma, a fazer sentido na sociedade daquele momento histórico, isso por conta da forte exploração dos mais ricos sobre os trabalhadores, da exploração da mão-de-obra em troca de baixos salários, da inexistência de direitos trabalhistas, das jornadas de trabalho extensivas, das crianças em chão de fábrica, entre outros problemas que se revelavam diretamente relacionados à luta de classes.

Tudo isso fez com que o papel do Estado, necessariamente, fosse transformado, buscando colocar os proprietários “diante da necessidade de prestar contas a determinadas exigências funcionais – especificidades econômicas e sociais –, fazendo com que se complexificassem as bases uma vez postas pela(s) teoria(s) do contrato social”. (COPETTI NETO; OLIVEIRA, 2013, p. 46). Isso “estimulou, já no século XIX, o crescimento dos movimentos socialistas e, nas primeiras décadas do século XX, um surto intervencionista que já não poderia ser contido” (DALARI, 1998, p. 100). Em suma, o mercado se mostrou incapaz de se autorregular. Como reflexo disso, ocorre em 1917 a Revolução Russa, havendo, no ano de 1922, a formação da União Soviética nos moldes do Socialismo de Estado. No mesmo momento, surgem as primeiras constituições sociais, também “em 1917, a Constituição do México e, em 1919, e a Constituição de Weimar” (GRAU, 2012, p. 42), na Alemanha. Estas últimas foram constituições precursoras na introdução dos direitos ativos de segunda



dimensão entre o rol de garantias do Estado em relação ao cidadão. No Brasil, isso ocorre com a promulgação da Constituição de 1934.

Destarte, surgem duas novas vertentes de modelos de Estado. Porém, em relação ao que pensavam os bolcheviques ortodoxos sobre o Estado democrático, Bonavides diz que, para eles, a social democracia é

Com todo o teor social que se reveste, apenas outro esforço dissimulado da burguesia capitalista, que, obrigada a concessões de sobrevivência, a recuos ideológicos cada vez mais assinalados, procura, com os direitos outorgados nas Cartas Constitucionais, evitar o desfecho fatal contido na previsão do Manifesto Comunista (BONAVIDES, 2007, p. 185).

Assim, o Estado Social teria sido uma maneira de fuga que a burguesia encontrou para que os trabalhadores não efetivassem a revolução prevista por Marx na sua principal obra. Desta forma, o Estado Social pode ser visto como nada mais do que uma ferramenta para a manutenção do capitalismo, isso porque mantém o sistema, mas corrige algumas “imperfeições” que poderiam vir a ser motivo de rebelião social (caso a vida das pessoas fosse tão difícil, a ponto das mesmas darem-se conta de que são vítimas de exploração). É aí que surgem o que Eros Grau intitula de “constituições progressistas”, que também “conferirão operacionalidade plena ao poder detido pelas classes dominantes” (GRAU, 2012, p. 44), embora, valha ressaltar, – mesmo que assim nominadas pelo autor – ainda não garantam direitos de todas as espécies.

Por outro lado, a criação do Estado Social não deixa de ser uma proposta de resgate do capitalismo, especificamente quando se fala da grande crise de 1929, de modo direto nos Estados Unidos da América, país símbolo do liberalismo econômico. Contudo, o modelo das agências reguladoras surge antes mesmo dessa quebra, já no ano de 1887, o chamado “ICC – Interstate Commerce Commission e, um pouco mais tarde, a FTC – Federal Trade Commission, destinadas a controlar condutas anticompetitivas de empresas e corporações monopolistas” (GROTTI, 2006, p. 3). Num segundo momento, então, entre os anos de 1930 e 1945, conforme ensina Grotti,

A economia norte-americana, abalada por uma forte crise, foi socorrida por uma irrupção de inúmeras agências administrativas que, como parte da política do New Deal, liderada pelo presidente Roosevelt, intervieram fortemente na economia. Tal intervenção, suprimindo os princípios básicos do Liberalismo e conferindo ampla autonomia a tais agências



administrativas, foi motivo de um início de debate constitucional-jurisprudencial substancial (GROTTI, 2006, p. 3).

Isso ocorre porque a própria ideia de intervenção do Estado vai de encontro aos fundamentos do liberalismo clássico, sob o qual a América se fundou. Mesmo assim, em 1945, é editada uma lei (APA – Administrative Procedural Act) nos Estados Unidos da América, conferindo maior legitimidade aos atos das agências. Porém, entre os anos de 1965 e 1985 se observa uma desvirtuação na ação destas, tendo em vista que os agentes privados, por meio de seu poder econômico frente aos entes completamente autônomos ao poder político, tiveram facilidade em aplicar mecanismos de pressão que praticamente determinavam o conteúdo das regulações que sofreriam. Por consequência, os consumidores tiveram um prejuízo deveras maior, tendo em vista a manipulação dos preços e a redução de suas garantias. Somente a partir de 1985 é que há uma redefinição no modelo das agências, que se consolidaram como “um modelo regulatório independente, mas com controles adequados para garantir essa independência” (GROTTI, 2006, p. 3).

Vale trazer à baila o fato de que o direcionamento econômico à regulação, em especial na América do Norte, não se trata de um acaso. Mesmo em décadas anteriores à quebra da bolsa americana, acadêmicos estadunidenses já se debruçavam à crítica do Laissez-Faire, entendendo-o como uma falácia em relação à “proteção constitucional da esfera econômica da vida, no que diz respeito a um mercado moral espontâneo e autodefinido, edificado sob as vestes do regime proprietário e do direito contratual”. Além disso, argumentavam no sentido da “dificuldade em promover a distribuição de riqueza pelas instituições da justiça” (COPETTI NETO, 2012).

Dessa forma, as correntes progressistas entenderam que o “direito tinha um papel transformador e que esse papel seria melhor desenvolvido se fosse difundida a sua relação com a economia, entendida como ciência capaz de fortalecer a promoção da redistribuição da riqueza na sociedade” (COPETTI NETO, 2012), o que se deu por meio do institucionalismo e da leitura econômica por meio da multidisciplinariedade.

Seria possível dizer que a economia brasileira é, de certo modo, um reflexo da economia norte-americana, contudo, não de forma total. Nesse sentido, Mendonça intitula o debate jurídico em torno da regulação da economia no Brasil



como sincrético, uma vez que não há uma única metodologia “cognitiva ou operacional”. Há uma “proximidade cada vez maior em relação à academia e à prática norte-americana, sem que isso implique colonização plena, vez que o referencial europeu, que está no DNA de nosso Direito Administrativo, ainda é muito presente” (MENDONÇA, 2015, p. 286).

3 A ORDEM ECONÔMICA NO BRASIL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

É justamente na segunda metade dos anos 90 que começam os debates em torno da Constituição Federal brasileira de 1988, em meio a um novo período de transição econômica. Após o fracasso social do neoliberalismo dos anos 80, que se mostrou incapaz de suprir de forma plena as necessidades humanas, conforme ensina *Bercovici*,

Abandonada a perspectiva do desenvolvimento e derrotado o padrão monetário internacional convencionado em Bretton Woods, o processo de financeirização da riqueza altera substancialmente o núcleo da regulação econômica estatal, principalmente na periferia do capitalismo (BERCOVICI; MASSONETO, 2009, p. 139).

Como resultado disso, por meio da Constituição Federal de 1988, o “Estado brasileiro é estabelecido como um Estado Democrático de Direito”. Nas palavras de Etiane Köhler, “a implicação que isso tem é que à ordem jurídica estabelecida bem como à atividade estatal é conferida função transformadora do status quo, abrindo a possibilidade de realizações sociais profundas por meio do exercício dos direitos sociais e econômicos nela inscritos” (KÖHLER, 2002, p. 59).

Na mesma carta constitucional se define também a ordem econômica, ou seja, as normas que delimitam o funcionamento da economia do país. Isso pode ser analisado com a leitura do exposto no artigo 170 da Constituição Federal:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e



sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

Observa-se que, nesse momento, foi escolhido um sistema econômico para vigorar no país, no caso, o sistema capitalista. Todavia, mesmo que os princípios básicos sejam característicos do capitalismo, como a propriedade privada, a livre concorrência e a livre iniciativa, a ordem econômica constitucional carrega outros princípios característicos das conquistas sociais dos últimos períodos, como a defesa do consumidor, a função social da propriedade e a meta do pleno emprego, os quais nos obrigam a uma exegética distinta na aplicação dos primeiros (KÖHLER, 2002, p. 63).

Assim, a própria ordem econômica, prevista constitucionalmente, dá margem à necessidade regulatória do Estado brasileiro em relação à economia capitalista e os interesses privados, baseado na ideia norte-americana de expansão das agências de regulação como a própria administração pública. Contudo, embora a ordem constitucional assim expresse, é plausível dizer que majoritariamente sempre houve (e há de forma muito especial neste momento) no Brasil (embora a redundância) uma intervenção do Estado para que o próprio Estado não intervenha na economia (CLARK, 2012, p. 4).

Isso quer dizer que sempre houve uma forte participação de órgãos públicos nos mais diversos setores da economia, o que se deu, um primeiro momento, com “regulamentação” econômica, “onde o Estado se fazia presente por meio das empresas estatais, o chamado Estado empresário (intervenção direta), e das normas legais (intervenção indireta), incluindo as de planejamento” (CLARK, 2012, p. 5). Dessa forma, o Estado também entra no jogo do capital e passa a gerir e produzir riquezas, bem como se utilizar da mão-de-obra nacional.

Num segundo momento, isso se dá por meio da “regulação” econômica (“neoliberalismo de regulação”), em que há a tendência para a criação de um “Estado mínimo, com restritas funções no âmbito da prestação dos serviços públicos e das atividades econômicas, deixando as forças do mercado regê-lo, ou seja, os poderes econômicos privados impondo as normas para o processo produtivo e social”. Na prática, a regulação econômica se caracteriza, por exemplo, pelas



“alterações dos textos constitucionais, privatizações e desestatizações das empresas estatais, redução de direitos sociais, facilitações para a movimentação de capitais, criação de agências reguladoras e reestruturação do comércio internacional” (CLARK, 2012, p. 3), o que, de alguma maneira, se trata de uma regressão histórica, tendo em vista que se abre mão - quase que por completo - dos direitos coletivos até então conquistados pelos movimentos sociais e dos investimentos feitos com capital público (especialmente no que se refere às empresas estatais).

Embora seja característica marcante na regulação, em ambas as modalidades econômicas as agências estão presentes. Na regulamentação, as mesmas atuam “coibindo quaisquer abusos, editando “normas técnicas” de qualidade, quantidade e expansão, definindo reajustes de tarifas, fiscalizando e punindo, administrativamente, a iniciativa privada sujeita aos seus marcos regulatórios”. Já na regulação, há a figura da agência de regulação “estabelecendo normas jurídicas produzidas simultaneamente aos comandos estabelecidos pelos Estados comunitários, entes internacionais (Organização Mundial do Comércio, Fundo Monetário Internacional) e empresas transnacionais” (CLARK, 2012, p. 10 e 5), ou seja, operando a serviço do mercado e não como sua controladora.

Na verdade, em resumo, o que de fato existe é uma gradativa transição da regulamentação, que possui cunho keynesiano, para a “regulação” de cunho neoliberal, o que pode ser observado, de fato, a partir de diversas “emendas constitucionais”, realizadas especialmente por volta dos anos 90, como, por exemplo, a que retirou da Constituição Federal a “distinção entre empresa brasileira e empresa de capital nacional” (1995), a que pôs fim à da “restrição de exploração da pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento de potenciais hidráulicos, mediante autorização ou concessão pela União, a brasileiros ou a empresa brasileira de capital nacional, a quebra do monopólio da empresa estatal – Petrobrás - sobre o petróleo” (1995), a que derrubou a “fixação dos juros reais em 12% ao ano (2003) (CLARK, 2012, p. 7) e a criação da primeira agência reguladora federal – ANEEL” (1996) (MENDONÇA, 2015, p. 295).

Porém, de maneira muito especial, essa transição é marcada pelo lançamento do Plano Real (1994), que “de forma indiscriminada abriu as portas para



a entrada dos produtos importados, estabeleceu a paridade cambial entre o dólar e o real e facilitou a entrada de capital estrangeiro no país” (CLARK, 2012, p. 6).

Outrossim, esse processo também é marcado pela emissão do “programa nacional de desestatização” (1990) (CLARK, 2012, p. 6), em que se manifesta a proposição de se estender “ao setor dos serviços públicos concepções desenvolvidas na atividade econômica privada” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 651), fazendo com que surja de forma marcante a ideia do Estado Regulador – distanciando-se do Estado Social -, em que somente incumbe ao Estado

desempenhar atividades diretas nos setores em que a atuação da iniciativa privada, orientada à acumulação egoística de riqueza, colocar em risco valores coletivos e for insuficiente para propiciar sua plena realização. O Estado deve manter a participação no âmbito da segurança, da educação e da seguridade social, evitando a mercantilização de valores fundamentais (JUSTEN FILHO, 2011, p. 651).

Destarte, há um processo de redução do aparato estatal e, além disso, o abandono de valores nacionalistas previstos na Constituição Federal de 1988. Portanto, é possível dizer que houve uma “parcial desconstrução da constituição econômica original, chocando-se com os fundamentos, fins e princípios” da mesma, “revogando seus limites implícitos e impossibilitando sua eficácia, sobretudo no tocante à execução dos comandos destinados à mutação de nossa realidade socioeconômica perversa, injusta e autoritária” (CLARK, 2012, p. 8).

Nesse sentido, Ferraz Junior (2011) diz que no Brasil, “ao que parece, o modelo original [norte-americano] é que vem sendo tomado para a criação de nossas agências. Sem muita reflexão teórica, mas na esteira de uma fundamentação constitucional não muito consciente”. Isso quer dizer que as agências reguladoras, baseadas em um sistema legal distinto ao que vigora no Brasil, contrariam, de certa maneira, a Constituição Federal de 1988, que vê no Estado

um agente normativo e regulador da atividade econômica. Trata-se, neste âmbito, do exercício das funções de “fiscalização, incentivo e planejamento”, esta última apenas indicativa para o setor privado. A noção de agente normativo e regulador parece dar supedâneo tanto à competência para baixar normas, quanto para intervenções reguladoras no sentido de evitar distorções no comportamento do mercado, por meio de imposições de ordem técnica. No entanto, a criação de agências com atribuições técnicas, de suposta neutralidade política, mais voltadas para a eficiência das regulações e, necessariamente, independentes (com poderes quase legislativos: problema da reserva de lei; quase regulamentares: problema da competência privativa do Presidente da República; e quase judiciais:



problema dos limites do contencioso administrativo), esbarra em conhecidos óbices constitucionais, a começar do disposto no art. 25 do ADCT.

E, portanto, barra em problemas quanto aos limites constitucionais à delegação de poderes e, ainda, em relação à efetivação do princípio da eficiência, também previsto de maneira constitucional.

Acerca da jurisdicionalidade da economia, ainda se discute no Supremo Tribunal Federal se o “sistema financeiro deve se submeter à lei antitruste e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica”, em especial após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2016, vez que os ministros têm entendido que esta não se trata de uma matéria constitucional (ROCHA, COUTINHO, 2016). Essa indefinição tem causado insegurança jurídica para as empresas e prejuízo aos consumidores – por conta dos altos juros -, os quais ficam à mercê das instituições financeiras que não desejam se sujeitar à legislação antitruste.

4 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO

A constitucionalização das agências reguladoras, incorporando estas ao modelo econômico, demonstra, também, uma nova concepção da própria regulação, que deixa de exercer meramente uma “função repressiva” – como no Estado Regulatório – e passa a atuar em uma “função promocional” do direito. Desse jeito,

Surgem, então, as chamadas sanções positivas ou premiaias. A norma jurídica contempla, no mandamento, a determinação de que o sujeito terá direito a receber um benefício. Ou seja, o esquema normativo visa não a punir, mas a premiar. Aquele que cumprir certa conduta terá direito a um benefício em face do Estado (JUSTEN FILHO, 2011, p. 653-654).

Assim, “a atividade regulatória pode se traduzir em planos, compromissos e deveres jurídicos” adotados pelos órgãos do Estado em relação aos interesses privados. Se adota a ideia de o Estado “formula[r] políticas públicas para incentivar os particulares a aplicarem os seus esforços e recursos no desenvolvimento das atividades necessárias ao desenvolvimento econômico e social” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 655) e, portanto, não deixa de ser uma importante política pública de interesse coletivo.



Para o Direito brasileiro, num sentido amplo, as agências reguladoras são “qualquer órgão da administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta”. A aplicação das agências reguladoras, no Brasil, é anterior à Constituição Federal de 1988, isso porque entre o período de 1930 e 1945, foram instituídas “autarquias econômicas, com a finalidade de regular a produção e o comércio”, além de “outros órgãos com funções normativas e de fiscalização” (DI PIETRO, 2006, p. 457).

A intervenção indireta ou normativa acontece por meio da competência legislativa do Estado, a fim de “disciplinar o exercício de atividades econômicas, desempenhadas na órbita pública ou privada” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 657), conforme fundamentado no artigo 174 da Constituição Federal. Lá está previsto que o Estado, por meio dessa intervenção, exercerá funções de “fiscalização, inventivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (BRASIL, 1988). Vale dizer que a regulação é a própria opção pela intervenção indireta, tendo em vista que os termos não se tratam de sinônimos. A “regulação é uma forma de intervenção indireta que se caracteriza somente quando o Estado organiza um conjunto de órgãos especializados para promover a intervenção de modo permanente e sistematizado” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 657), como, por exemplo, as agências reguladoras e o CADE.

A intervenção direta na ordem econômica, por sua vez, se dá de duas formas: por meio de “serviço público” ou por meio de “atividade econômica” propriamente dita.

A primeira das formas (serviço público) se dá “quando uma atividade econômica é necessária de modo direto e imediato à satisfação de direitos fundamentais, que não podem ser promovidos mediante os mecanismos da atuação de mercado próprios da iniciativa privada” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 657). Dessa maneira, o serviço público é uma necessidade subsidiária ao mercado em si, ou seja, um problema que não se resolve por meio do sistema concorrencial ou (de forma crítica) não está na agenda dos interesses dos capitalistas, tendo em vista que, em tese, não almejam na determinada atividade forma de aferir lucro.

A segunda (atividade econômica), por sua vez, “reside no desempenho pelo Estado de atividades que não são diretamente vinculadas à satisfação de direitos fundamentais”. Isso quer dizer que não se trata de uma atividade base do Estado, e



sim uma intervenção do mesmo no mundo dos negócios privados, como um agente de mercado. Isso pode se dar de duas maneiras: “ou o Estado as desempenha em competição com os particulares ou atua sob o regime de monopólio” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 657). No primeiro caso, o Estado se insere no jogo do capitalismo de forma retilínea. Já no segundo, embora opere com intuito de lucro, o Estado se utiliza da sua prerrogativa de editar normas para assegurar determinado mercado nacional somente aos seus cuidados.

Refletindo isso, no artigo 173, § 1º da Constituição Federal está prevista a possibilidade da exploração econômica por parte do estado, por meio das “empresas públicas, das sociedades de economia mista e suas subsidiárias” (BRASIL, 1988). Mais adiante, no artigo 177 da Constituição Federal, são elencados os monopólios da União. Porém, nada impede que as próprias formas de exploração econômicas da União se deem de forma monopolística, vez que o artigo 173 da Constituição Federal não “estabelece distinção entre exploração direta, em regime de monopólio e em regime de participação, de atividade econômica em sentido estrito, - intervenção por absorção e intervenção por participação” (GRAU, 2012, p. 281). Assim, é possível dizer que o Estado, ao mesmo tempo em que age no intuito de erradicar os monopólios, se legitima para usufruir da exceção.

As agências reguladoras se enquadram na modalidade de intervenção indireta do Estado na economia. Na sua atuação, as agências “editam normas, fiscalizam, aplicam sanções, resolvem disputas entre as empresas, decidem sobre reclamações de consumidores”. Ademais, contam com “autonomia em relação ao Poder Executivo, seus dirigentes têm mandato e, portanto, não podem ser demitidos livremente [...]; suas decisões não podem ser alteradas pela Administração Central” (SUNDFELD, 2000, p. 19) (com exceções).

Na Constituição Federal, as agências são chamadas de órgãos reguladores, conforme se pode observar no artigo 21, inciso XI (que dá à União a competência para explorar os serviços de telecomunicações e a criação de um órgão regulador para esses serviços) e no artigo 177, § 2º, inciso III (que dispõe sobre a regulação dos monopólios da União), sendo que o termo agência é derivado (e adotado a partir) do sistema estrangeiro.

Nos atuais moldes do direito administrativo brasileiro, pode-se dizer que existem duas modalidades de agências reguladoras: a) “as que exercem, com base



em lei, típico poder de polícia, com a imposição de limitações administrativas, previstas em lei, fiscalização, repressão” (DI PIETRO, 2006, p. 458); e b) “as que regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público ou de concessão para exploração de bem público” (DI PIETRO, 2006, p. 458.). Em geral, as agências possuem a função de “ordenar setores básicos da infraestrutura econômica” do país (SUNDFELD, 2000, p. 19), como forma de impulsionar o desenvolvimento e também de satisfazer as necessidades mercadológicas (inclusive de defesa dos consumidores) do país.

A personalidade jurídica das agências reguladoras tem roupagem autárquica (SUNDFELD, 2000, p. 26), ou seja, está entre as organizações da Administração Indireta e, conforme previsto no artigo 37 da Constituição Federal, deve obedecer aos princípios da Administração Pública, quais sejam, “a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência” (BRASIL, 1988).

As agências reguladoras não se confundem com o Poder Legislativo na edição das normas, tendo em vista que as mesmas trabalham com um caráter mais tecnicista da legislação, que, em regra, é promulgada de forma geral pelo poder republicano citado; há, destarte, nada mais do que o “aprofundamento da atuação normativa do Estado” (SUNDFELD, 2000, p. 27), atendendo especialmente a um papel de controle e defesa das normas econômicas vigentes.

Vale dizer que as agências não se tratam de um Poder republicano à parte, que vai além da tradicional tripartição proposta por Montesquieu e adotada no Estado Moderno. “Tal deriva da ausência de estruturação orgânica e funcional em nível constitucional” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 670). As agências reguladoras se tratam, portanto, de órgãos autônomos, com “princípios e regras na Constituição que [hes] dão status próprio” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 670). Além disso, é possível afirmar que, na atuação desses órgãos, há características de exercício legislativo e jurisdicional. Porém, a agência reguladora

somente desempenha atividade administrativa de diversa ordem. É titular de competências regulamentares para editar normas em abstrato. Dispõe de competência decisória para solucionar casos concretos. E lhe incumbe dirimir conflitos com e entre particulares. [...] Pode ser disciplinada legislativamente em termos vinculados como de modo discricionário (JUSTEN FILHO, 2011, p. 671).



As agências não têm capacidade para “editar normas de cunho legislativo. E seus atos são revisáveis pelo Poder Judiciário, nos limites em que cabe o controle jurisdicional para atos administrativos” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 671).

As agências possuem a “titularidade das competências privativas”, isso quer dizer que os temas e assuntos que lhes são de competência legal somente cabem a elas, não podendo mais ser deliberados pela Administração direta, por qualquer de seus entes, agentes ou outros órgãos, tendo em vista que não há uma hierarquia.

Além disso, as agências reguladoras possuem “titularidade de competência regulamentar”, o que, pela Constituição Federal, seria uma prerrogativa do presidente da República (artigo 84, inciso IV da Constituição Federal). Há, portanto, uma certa descentralização tácita em relação aos atos da Administração. Ademais, está presente a “titularidade de competência discricionária” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 672 e 673), que garante às agências plenos direitos sobre seus atos, o que, de certa forma, faz com que possa cumprir suas funções livre de pressões políticas.

Porém, essa última afirmativa merece ser relativizada, em especial quando se trata do direito brasileiro, uma vez que as agências reguladoras acabam, na prática, sendo contaminadas pelos atos políticos. Demonstrando isso, vale trazer à baila recente pesquisa realizada pelo Grupo de Estudos das Relações entre Estado e Empresa Privada (GRP) em conjunto com a Fundação Getúlio Vargas (FGV), onde se identifica o fato de que as principais agências reguladoras do Brasil “acabaram capturadas pelo governo” (WIZIACK, 2016).

A pesquisa, trazida ao público na metade do ano de 2016, evidencia o uso político dos órgãos, como forma de acordo entre poderes “republicanos” e partidos políticos. Segundo informações, quase 1/3 (um terço) dos conselheiros ou presidentes das agências pesquisadas eram, à época, filiados a partidos políticos (fato proibido em diversos países), sendo que, também a partir do número total, 34% migraram para as agências a partir de ministérios ou demais órgãos de governo.

Na práxis, de maneira geral, esses conselhos diretores possuem 5 (cinco) integrantes indicados pelo presidente da República. Porém, antes desses tomarem posse, precisam passar pela aprovação do Senado Federal, para, aí sim, receberem seus mandatos (quando já não podem ser demitidos). Essas indicações são feitas em momentos diferentes, no intuito de “impedir indicações em bloco e o alinhamento com interesses de governo”.



Todavia, em vista do “dinamismo” da política entre os poderes, frequentemente as agências são dirigidas por pessoas sem a necessária capacitação técnica para os cargos, uma vez que são colocadas lá por meio de conluíus políticos. Além disso, atrasos nas indicações (por conta da dependência dos acordos) fizeram com que decisões importantes fossem inviabilizadas.

Outro grande problema que envolve as agências reguladoras é o fato de não haver entre elas uma autonomia orçamentária (AMORA, 2016) em relação ao poder executivo, o que faz com que esses órgãos – que, em tese, são independentes – fiquem sujeitos aos ministérios de governo e, por decorrência disso, na mão dos interesses políticos.

5 O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

O CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, e tem por missão “zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência” (CADE, 2016). Na prática, o CADE nada mais é do que um órgão antitruste.

Na sua criação, em 1962, se tratava de um órgão ligado ao Ministério da Justiça, sendo que lhe competia realizar a “fiscalização da gestão econômica e do regime de contabilidade das empresas” (CADE, 2016). Contudo, no ano de 1994, tomou a qualificação atual, desvinculando-se da administração pública direta por meio da Lei 8884/94. Isso ocorreu por conta das preferências econômicas em ebulição a partir do ano de 1990, em que o Estado brasileiro procurou, nas palavras de Pereira Neto e Prado Filho:

(1) transferir à iniciativa privada algumas atividades exploradas pelo setor público; (2) melhorar a sua situação econômico-financeira; (3) viabilizar a emergência de um setor privado com capacidade de investimento nas atividades transferidas; (4) aumentar a competitividade geral da economia; e (5) permitir à Administração Pública concentrar esforços e recursos nas atividades em que a presença estatal é fundamental para os objetivos nacionais (PEREIRA NETO; PRADO FILHO, 2016, p. 14).



No ano de 2011, foi sancionada a Lei 12.529, visando estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispor sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Essa mesma legislação divide o CADE em três órgãos, sendo os seguintes: 1 - Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; 2 - Superintendência-Geral; e 3 - Departamento de Estudos Econômicos (BRASIL, 2011).

O CADE é responsável por promover estratégias visando abrir os campos concorrenciais, o que pode ser feito por meio de medidas (comportamentais) desiguais (a chamada “regulação assimétrica” (PEREIRA NETO; PRADO FILHO, 2016, p. 19), por exemplo), em que é considerado o poderio de algumas pessoas jurídicas em relação a outras, sendo plausível que isso cause na prática uma desvantagem competitiva. Isso também pode ser feito por meio da introdução de um novo nível de competição – premiação ou punição por desempenho – dos agentes em condições análogas (o que chamamos de “regulação por comparação” (PEREIRA NETO; PRADO FILHO, 2016, p. 19-20)). Além desses, é possível adotar uma posição negativa em relação aos agentes de determinado setor, simplesmente não os submetendo a disciplina regulatória.

Nas recentes jurisprudências do CADE, é possível observar contornos próprios à realidade brasileira, embora, de maneira geral, objective “substituir a ordem econômica concorrencial pela regulação econômica e supervisão ativa do Estado” (PEREIRA NETO; PRADO FILHO, 2016, p. 22), baseada na “State Action Doctrine norte-americana”, por meio de medidas estruturais e comportamentais.

É importante dizer que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica não se trata de uma agência regulatória específica, sendo que possui uma jurisdição geral no território nacional, onde costumeiramente faz recomendações às agências reguladoras de determinados setores econômicos.

O CADE trabalha em torno de dois planos de atuação em mercados regulados: 1 – “delimitação do espaço concorrencial”; 2 – “proteção do espaço concorrencial delimitado pela regulação”. Em relação ao primeiro, a autarquia atua de forma cautelosa, de forma a demonstrar certo desconforto em intervir de maneira mais objetiva no setor concorrencial. Em relação ao segundo, o CADE tem se mostrado proativo, adotando uma postura propositiva e positiva em relação à defesa do espaço concorrencial, por meio de “condenações a posturas cartelizadoras”



(PEREIRA NETO; PRADO FILHO, 2016, p. 25 e 34), visando, assim, a proteção da ordem econômica vigente constitucionalmente.

Em síntese, é possível dizer que o CADE objetiva a manutenção de uma concorrência objetiva na economia brasileira, visando afastar a ocorrência de cartéis ou monopólios de mercado privado (até mesmo em vista das exceções da União em relação a este último).

Fato é que a concentração econômica desfavorece a possibilidade de haver um jogo justo no mercado, desinteressando até mesmo ao modelo capitalista, uma vez que a convergência econômica faz com que alguns grupos possam manipular de maneira livre os preços de seu produto (prejudicando de maneira direta os consumidores) e dificultar a entrada de novos agentes econômicos naquele mercado (indo de encontro ao objetivo constitucional da livre iniciativa e impossibilitando o empreendedorismo).

Assim, o Estado adota uma postura em defesa de um modelo capitalista mais conservador, colocando-se em “evidência o papel do Poder Público como agente normativo e regulador da atividade econômica, em substituição parcial à sua atuação empresarial direta” (PEREIRA NETO; PRADO FILHO, 2016, p. 42). Em outras palavras, o Estado passa a intervir na economia como um mantenedor de uma ordem econômica justa e desenvolvimentista, e, destarte, como agente garantidor da vigência plena da Constituição Federal que lhe rege.

6 CONCLUSÃO

Observa-se de forma clara que as agências reguladoras se tratam de verdadeiras ferramentas, forjadas da ineficiência demonstrada pela economia capitalista – de forma autorregulada – em garantir certos direitos (inclusive econômicos) previstos constitucionalmente. São, portanto, uma incumbência de cunho estatal-material subsidiária, uma vez que visam efetivar direitos previstos de maneira formal os quais o mercado não se mostrou capaz de fazê-lo. A necessidade de regulação (e organização) já se evidencia ainda na fase da expansão do sistema de produção, a partir do momento em que se intensificam as relações de consumo e de mercado. Porém, é com o advento do neoliberalismo que as agências passam a ocupar um maior espaço na organização econômica dos países, quando passam,



também, a serem utilizadas pelos poderes monetários internacionais como uma porta de entrada para a aplicação de interesses supranacionais em territórios e legislações de países soberanos. O que de fato se vê, é que existem muitas maneiras de o Estado intervir na economia nacional, seja de forma direta ou indireta, valendo-se de cada uma de acordo com a vontade política de seus governantes. Todavia, como a Constituição Federal prevê que há forte interesse do país na efetivação da livre iniciativa, do direito do consumidor e da livre concorrência, há a obrigação da parte do Estado em fazer com que esses valores sejam efetivados em seu território por meio do fortalecimento da atuação de seus órgãos de regulação econômica.

7 REFERÊNCIAS

- AMORA, Dimmi. **Em reunião com agências reguladoras, Padilha diz que vai garantir autonomia.** Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/06/1777692-em-reuniao-com-agencia-reguladoras-padilha-garante-autonomia.shtml>>. Acesso em: 7 jun. 2016.
- BEDIN, Gilmar Antonio. **A idade média e o nascimento do estado moderno: aspectos históricos e teóricos.** Ijuí: Editora Unijuí, 2008.
- BERCOVICI, Gilberto. MASSONETO, Luís Fernando. Limites da regulação: esboço para uma crítica metodológica do “novo direito público da economia. **Revista de direito público da economia RDPE.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo.** 10. ed. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora UNB, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988.**
- BRASIL. **Lei Federal nº 12.529/2011.**
- CADE. **Histórico do CADE.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>>. Acesso em: 11 jun. 2016.
- CADE. **O CADE.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional>>. Acesso em: 11 jun. 2016.



CLARK, Giovani. **A regulação e a constituição brasileira de 1988**. Disponível em: <<https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/a-regulac3a7c3a3o-e-a-constituic3a7c3a3o-brasileira-de-1988.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

COPETTI NETO, Alfredo. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Entre Direito, economia e política** – as contribuições da ciência do estado alemã (staatswischenchaft) para o surgimento no século XIX de uma nova ciência do direito. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4482>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

COPETTI NETO, Alfredo. **Pragmatismo em filosofia, realismo em direito e duplo assalto à economia política clássica**: as bases do *first law and economics movement* na *progressive era* americana (1880-1930). Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000200010>. Acesso em: 20 jun. 2016.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, nº 6, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-DINORA.pdf?q=reguladoras>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Agências reguladoras**: legalidade e constitucionalidade. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/79>>. Acesso em: 31 jun. 2016.

HOBBSAWM, Eric J. **Il trionfo della borghesia**. 1848-1875. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

KÖHLER, Etiane da Silva Barbi. A ordem econômica na constituição de 1988: contornos e desdobramentos. **Direito em debate**, nº 18. Ijuí: Editora Unijuí, 2002.



MENDONÇA, José Vicente Santos de. **As fases do estudo sobre regulação da economia na sensibilidade jurídica brasileira.** Disponível em: <https://www.academia.edu/22602285/As_fases_do_estudo_sobre_regula%C3%A7%C3%A3o_da_economia_na_sensibilidade_jur%C3%ADdica_brasileira>. Acesso em: 27 jun. 2016.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. **Revista Direito GV**, V. 12 N 1, Jan.-abr. 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n1/1808-2432-rdgv-12-1-0013.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

ROCHA, Jean-Paul Veiga da. COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Regulação financeira e concorrência no STF.** Disponível em: <<http://alfonsin.com.br/regulao-financeira-e-concorrncia-no-stf/>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

SANTOS, Roberto Mizuki Dias dos. Deslegalização e a função reguladora da administração pública. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST.** Curitiba, 2009, vol. 1, n. 1, Ago-Dez. p. 134-152.

SCHNEIDER, Yuri. **Agências reguladoras e democracia:** a necessária aplicação do modelo de democracia cooperativa reflexiva do conhecimento para legitimação de sua atuação. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/4227/Yuri%20Schneider.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. (org.). **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

WIZIACK, Julio. **Agências reguladoras acabaram capturadas pelo governo,** diz FGV. Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/07/1787449-agencias-reguladoras-acabaram-capturadas-pelo-governo-diz-fgv.shtml>>. Acesso em: 7 jun. 2016.

XAVIER, Elton Dias. ALMEIDA, Elizangela Santos de. O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais: abrangência e limites. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, p. 200-239. Curitiba, ABDCConst., 2013.



O PAPEL DO PODER LOCAL E DAS AUTORIDADES TRADICIONAIS NO DESENVOLVIMENTO LOCAL DE ANGOLA¹

THE PAPER OF LOCAL AUTHORITIES AND TRADITIONAL IN THE DEVELOPMENT OF ANGOLA

Ângela de Fátima Barros de Boa Morte Costa²

Resumo

Este trabalho tem como objecto de estudo a análise da relação existente entre o poder local público e as autoridades tradicionais em Angola, nomeadamente como as mesmas autoridades defendem e participam nos interesses das comunidades locais junto das administrações municipais e a sua participação e influência na vida sociopolítica e cultural das comunidades rurais. O objetivo do presente trabalho é o de investigar o papel do poder local público e das autoridades tradicionais no desenvolvimento local de Angola. Para o alcance do objectivo supracitado, usou-se o método descritivo, bem como a observação ativa, pesquisa bibliográfica e a análise documental. Concluiu-se que embora não exista uma lei que regule as áreas de atuação, ou seja, o papel efetivo das autoridades tradicionais, a colaboração entre ambas existe nas mais diversas áreas sociopolíticas e económicas, estruturando e reforçando os serviços de governação administrativa local.

Palavras-chave: Poder Local. Autoridades Tradicionais. Autarquias. Desenvolvimento Local.

Abstract

This work is aimed at to analyze the relationship between local public authorities and traditional authorities in Angola, namely how the same authorities defend and participate in the interests of local communities in municipal administrations and their participation and influence in socio – political life and cultural development of rural communities. The objective of this study is to investigate the role of local public authorities and traditional authorities in the local development of Angola. To reach the above mentioned objective, the descriptive method was used, as well as active observation, bibliographical research and documentary analysis. It was concluded that although there is no law that regulates the areas of activity, that is, the effective role of the traditional authorities, collaboration between them exists in them in diverse

¹ Artigo submetido em 10/04/2017, pareceres de análise em 26/04/2017 e 28/06/2017, aprovação comunicada em 31/08/2017.

² Mestranda em Administração e desenvolvimento local – FE-UON. Licenciada em Economia pela FE-UON e Chefe de Secção Administrativa de Planeamento e Estatística na Faculdade de Economia da Universidade 11 de Novembro – FE-UON. Cabinda, Angola. E-mail: <costaangela92@hotmail.com>.



socio-political and economic areas, structuring and reinforcing the local administrative governance services.

Keywords: Local Power. Traditional Authorities. Local Authorities. Local Development.

Sumário: 1. Introdução. 2. Referencial teórico. 2.1. Desconcentração. 2.2. Descentralização. 2.3. Poder Local. 2.4. Autoridades Tradicionais. 2.5. Autorquias Locais. 2.6. Descentralização Administrativa de Angola. 3. Breve história da política angolana. 3.1. Poder Local em Angola. 3.1.1. Poder local e o processo constitucional. 3.2. Autarquias Locais e a Constituição. 3.3. Princípios Fundamentais das Autoridades Tradicionais e Legitimidade. 4. Conclusões. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A escolha do tema, a análise da relação existente entre o poder local público e as autoridades tradicionais e o seu papel no desenvolvimento local, deve-se ao facto de, pela primeira vez, desde a primeira República, Angola ir implementar um sistema de descentralização administrativa. Esta é razão pela qual o tema em análise é de grande relevância sociopolítica e administrativa. Com este trabalho pretende-se contribuir para o entendimento, segundo Feijó, "da relação do poder local público e das autoridades tradicionais tendo em conta a participação do último no desenvolvimento socioeconómico das comunidades" (FEIJÓ, 2012, p. 14-15).

A problemática em análise, a relação entre o poder local público e autoridades tradicionais, é de extrema relevância para a consolidação do sistema de descentralização administrativa do poder local, uma vez que Angola é um país vasto e multicultural.

A questão em análise é a relação entre o poder local público e autoridades tradicionais, na medida em que as autoridades tradicionais são parte integrante do poder local público de uma circunscrição territorial administrativa descentralizada, de acordo com a realidade sociocultural de Angola e da legislação no âmbito da governação local.

A pesquisa tem por objetivo investigar o papel do poder local público e das autoridades tradicionais no desenvolvimento local de Angola.

As técnicas metodológicas envolvidas foram a observação activa, a pesquisa bibliográfica e a análise documental. Foram primeiramente analisados documentos relacionados ao tema disponíveis e existentes em bibliotecas, *online*, nos Governos



Provinciais e Administrações Municipais. Esta documentação foi analisada tendo em vista a delimitação/produção do enquadramento teórico e metodológico.

Tendo em conta ao tipo específico do tema, a metodologia de investigação tem em conta métodos qualitativos.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Nesta parte, procuramos descrever os principais conceitos que são de grande relevância ao tema e que nos permitem a sua compreensão. Dentre eles, a desconcentração e descentralização, o poder local, as autoridades tradicionais e autarquias locais.

2.1 Desconcentração

Medici (1994) ressalta que no campo do poder institucional e da gestão administrativa, a desconcentração tem sido utilizada como uma parte ou etapa do processo de descentralização, lembrando que quando se fala em descentralização, admite-se avaliar um processo onde ocorre, não apenas uma regionalização do poder institucional, mas sim uma regionalização com autonomia política, financeira, institucional. A autora trata o termo desconcentração no sentido de tirar do centro as tarefas de execução sem que seja transferida a correspondente autonomia, afirmando que:

- 1) Desconcentração é condição necessária, mas não suficiente para um processo pleno de descentralização;
- 2) Desconcentração faz parte do processo de descentralização e pode ser conceituada como uma forma de descentralização.

Siwek-Pouydesseau (1974) complementa que existe uma infinidade de combinações entre centralização, descentralização e desconcentração. O autor fala da existência de uma semi descentralização, porque a verdadeira descentralização supõe que as administrações descentralizadas são inteiramente livres, sem serem submetidas ao controle de nenhuma autoridade administrativa do Estado.



Desconcentrar significa, então, o processo de transferência de responsabilidades administrativas dos serviços públicos do nível nacional ou estadual para os governos regionais ou locais. Portanto, a desconcentração administrativa consiste em divisão de funções entre os vários órgãos de uma mesma administração, sem quebra de hierarquia.

Para Vaz (2008) a desconcentração é uma forma de regionalização, com a transferência de atribuições das instâncias centrais de poder para órgãos regionais, que não dispõem de poder para decidir sobre prioridades ou sobre o planejamento dos serviços, ou seja, as decisões continuam centralizadas, mas sendo executadas longe do centro. Já Rojas (1974) considera que na desconcentração as decisões são tomadas sempre em nome do Estado por um de seus agentes, existindo somente a substituição do chefe da hierarquia por um agente local. Já na descentralização, segundo este autor, a decisão não é tomada em nome e nem por conta do Estado e sim por conta de uma coletividade local, representada por uma instituição. No entanto, os dois procedimentos conduzem à aproximação da administração ao administrado, por meios diferentes.

A autonomia para tomar decisões é um ponto de divergência entre alguns autores, quando se trata de desconcentração. Ao contrário de Medici (1994) e Vaz (2008), Rojas (1974) defende que a desconcentração constitui um procedimento de técnica jurídica, que desloca das autoridades superiores uma boa parte de suas competências, permitindo às autoridades locais tomarem decisões mais rápidas, em benefício dos administrados. O autor acrescenta que a desconcentração, mediante a criação de órgãos fora da sede da administração central, em circunscrições territoriais, assegura um melhor funcionamento da administração, facilitando o tratamento dos assuntos das próprias regiões, sem ter que reportar-se à capital.

Para Medici (1994) as maiores controvérsias sobre descentralização e desconcentração estão baseadas em algumas exclusões, tais como: sem autonomia e poder decisório a desconcentração não se converte em descentralização; sem a participação social a desconcentração não é transmutada em descentralização; e, se não há transferência de autonomia ou poder decisório a descentralização é incompleta.

Siwek-Pouydesseau (1974) resume a diferença entre a desconcentração e descentralização, considerando que em um sistema de desconcentração, todas as



decisões importantes são de competência dos governos centrais, no entanto, existem agentes locais que são nomeados pelo governo central e possuem certa capacidade de decisão por delegação. Nos sistemas descentralizados, a maior parte das decisões é de competência dos órgãos locais independentes e representativos, eleitos pela população.

Para Rojas (1974) existem duas formas de desconcentração, sendo uma horizontal (central) e outra vertical (periférica). A forma horizontal se caracteriza pela atribuição de uma competência de forma exclusiva a um órgão central, médio ou inferior, na hierarquia administrativa. Este tipo de desconcentração se realiza em favor de um órgão, que estende sua competência a todo o território, como por exemplo, quando se transferem competências de um subsecretário a outros órgãos. A desconcentração vertical é aquela em que as competências descentralizadas são em favor de um órgão periférico da administração, determinada por critério territorial.

Já na descentralização, órgãos se administram livremente, sendo subdivisões geográficas do Estado. Este deve ter representante a nível local (esta é a parte desconcentrada) e em geral, o Estado conserva a competência em matéria de defesa, de diplomacia e exerce também, o controle que se chama “tutela”, sobre os órgãos descentralizados, o que não ocorre em sistemas auto-administrados. O poder de tutela não pode dar ordens, mas pode anular algumas decisões em condições previstas por lei e também pode substituir uma autoridade em certas circunstâncias. A tutela é definida como um controle administrativo limitado, outorgado por lei para uma autoridade superior aos agentes descentralizados e sobre seus atos, com o objetivo de proteger os interesses gerais.

2.2 Descentralização

A definição de descentralização pode estar fundamentada em diferentes aspectos e áreas de conhecimento, podendo ser entendida de forma literal como o afastamento do centro, embora, não tenha uma forma independente. Para Medici (1994) a mesma está sempre associada a um determinado objeto, podendo este ser a administração pública ou as políticas sociais, que quando administradas ou executadas por diferentes esferas do governo, caracterizam a descentralização



como uma transmissão de comando, execução ou financiamento destas políticas do nível central para o nível intermediário ou local.

A descentralização também é utilizada para denominar a transferência de atribuições do Estado à iniciativa privada, privatização ou dando concessão de serviços públicos e a transferência de poder do governo para uma comunidade ou para uma ONG. (ABRUCIO, 2006).

Medici (1994) ainda menciona a transferência da administração ou execução de políticas sociais pela administração direta para a administração indireta, como, autarquias, fundações, empresas públicas ou economia mista, como formas de descentralização.

Em relação ao aspecto administrativo, Abrucio (2006) afirma que a descentralização também é tratada como a delegação de funções de órgãos centrais a agências mais autônomas, o que é na verdade um processo de desconcentração administrativa, com o repasse de responsabilidades. No processo político, o autor entende a descentralização como a transferência de poder decisório de um Estado nacional aos governos subnacionais, que: (1) adquirem autonomia para escolher seus governantes e legisladores; (2) comandam diretamente sua administração; (3) elaboram uma legislação referente às competências que lhes cabem; (4) cuidam de sua estrutura tributária e financeira.

A importância da autonomia político-administrativa e financeira em um processo de descentralização é ressaltada por Medici (1994) e Junqueira (1997), onde o primeiro destaca que tal processo pode não ser completo, em função da ausência de autonomies pelos órgãos descentralizados. Já o segundo acrescenta que tais autonomies podem aprofundar a participação da sociedade nos processos democráticos aumentando o controle dos sistemas decisórios. Medici (1994) observa outro ponto importante no processo de descentralização, que é referente ao caráter instrumental da mesma, ou seja, se a descentralização quando implantada é considerada um meio para se atingir determinados objetivos ou simplesmente é considerada o fim do processo. Para os movimentos municipalistas, a descentralização tem sido apresentada como um fim, em função do fortalecimento do poder municipal. No entanto, o autor questiona este aparente aspecto finalístico, por considerar que a descentralização é um meio para melhorar a eficiência e a eficácia da administração pública, possibilitando o governo local desempenhar



melhores resultados para a população, em função de sua proximidade. De modo geral, o significado de descentralização é a transferência de competências do governo central para as instâncias locais, podendo haver, transferência de poder e recursos financeiros, com o objetivo de reduzir o tamanho da estrutura administrativa, o que agiliza a gestão de políticas públicas e aproxima o Estado da sociedade.

Arretche (2002) utiliza os estudos de Lijphart (1999) onde evidencia que na atualidade grande parte dos Estados federativos é descentralizada. A autora ressalta também as idéias de Riker (1975) que demonstra que o nível de centralização na distribuição de competências administrativas se alterou ao longo dos anos nos países federativos, embora não tenha provocado substancialmente a característica essencial do federalismo que é a autonomia política dos governos locais.

Até o final da década de 70, o modelo de gestão pública estava estruturado com base na concentração do poder decisório e na execução no nível do governo federal, definindo atribuições e competências para o nível estadual e aos municípios atribuições de interesse local (JACOBI, 2000).

Carneiro (2008) complementa que nesta época, com a extinção do regime militar em 1979, foi criado o Programa Nacional de Desburocratização, retomando assim, a reforma administrativa, dentro de uma perspectiva de descentralização.

As reais necessidades de se implantar tal processo são o aumento da eficiência e da eficácia dos serviços públicos ou é democratizar o Estado com a aproximação da sociedade, por exemplo. E é neste contexto que Lobo (1989) apresenta alguns princípios e diretrizes fundamentais a serem seguidos na implantação de um processo de descentralização, que são:

a) Flexibilidade: preconiza tratar diferentemente os governos sub nacionais de acordo com diferenças econômicas, financeiras, políticas, técnico administrativas e sociais, intra e extra, regionais, estaduais e municipais que devem ser consideradas e tratadas de forma diferenciada. Não deve existir um “modelo” único e fixo de descentralização;

b) Gradualismo: significa reordenar o poder gradativamente a partir de capacidades reconhecidas e aceitas, e não por decreto, nem de maneira abrupta em um curto espaço de tempo. Incorpora a flexibilidade e trata da adequação da descentralização às distintas realidades definidas no tempo e no espaço, permitindo



que ela se consolide de forma gradual e contínua, não somente a partir de deliberações centrais, mas como resultado de processos pactuados de mudanças;

c) Transparência no processo decisório: é uma condição indispensável já que o processo visa redirecionar núcleos de poder até então localizados centralmente, o acordo, o pacto e a cooperação mútua são requisitos básicos para o sucesso do empreendimento. Sem a participação direta dos envolvidos, governos estaduais e municipais, nas etapas decisórias, dificilmente será possível ter o compromisso e a cumplicidade necessários para levar adiante mudanças que alterarão profundamente as regras do jogo, até então estabelecidas;

d) Controle Social: criação de mecanismos de controle social uma vez que a descentralização aproxima os gestores da população que será beneficiada pelos serviços públicos prestados, e que ela só tem sentido se para isso servir.

Guimarães (2002) situa a descentralização dentro de um plano político institucional, onde esta é concebida como desagregação do poder público, através de diversas modalidades, que vão de uma simples desconcentração de atividades até a descentralização de poder decisório, ou seja, da transferência de competências ou poderes. Neste plano o autor identifica três dimensões complementares sendo: a administrativa, a social e a política. Na dimensão da administração, o termo descentralização é sinônimo de transferência de competências e de funções entre unidades, entre esferas de governo ou entre órgãos. O entendimento administrativo sobre o termo descentralização busca maior eficácia na gestão pública, diminuição do processo burocrático, além de aproximar organismos da esfera pública e da sociedade como um todo visando o atendimento das demandas sociais e o real/melhor “cumprimento de seus objetivos”. A dimensão social sob a aplicação da descentralização eleva significativamente a participação social na gestão pública. Ou seja, é uma forma de divisão/distribuição do poder decisório, antes, pertencente exclusivamente ao Estado, para a sociedade civil organizada, para decidirem sobre problemas da gestão pública local, nas instâncias de tomada de decisão, como forma de exercer funções de fiscalização e controle sobre a gestão dos serviços públicos. Já na dimensão política, a descentralização é uma estratégia para a redistribuição do poder político do Estado, do nível central para os demais.



Em relação às tipologias da descentralização, existe uma grande diversidade de percepções sobre o tema. Guinmarães (2002) destaca as seguintes: (1) funcional, quando são transferidas ao ente descentralizado competências específicas; (2) delimitadas, quando se referem a um só setor de atividade; (3) territorial, quando é transferido poder decisório a órgãos, cujo âmbito de atuação ou cuja jurisdição estão constituídos por um território, ainda que esses órgãos, tendo personalidade jurídica própria, mantenham uma relação de dependência hierárquica na geração de suas autoridades; (4) política, considerada como uma forma máxima da descentralização, quando o corpo descentralizado é gerado a partir de processos eleitorais e se pode reconhecer uma estrutura administrativa descentralizada.

Quadro 1- Espécies de descentralização

Conceito	Características
Descentralização administrativa	Distribuição pelos diferentes graus de hierarquia do Estado, em todo território nacional.
Devolução de poderes	Transferência de poderes pertencentes aos órgãos do Estado para associações e empresas públicas sob orientações políticas gerais do Estado.
Descentralização territorial	Transferências de atribuições e competências a pessoas coletivas territoriais dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial para a prossecução dos interesses das populações respetivas.

Fonte: adaptado de Freitas do Amaral (1993) apud Fauré e Udelsmann Rodrigues, 2012)

2.3 Poder Local

A lei constitucional de 1992, já fazia referência ao poder local, “sendo a organização do estado a nível local compreendendo a existência de autarquias locais e outros órgãos administrativos locais” (Artigo 145º).



A lei constitucional de 1992, já fazia referência ao poder local, “sendo a organização do estado a nível local compreendendo a existência de autarquias locais e outros órgãos administrativos locais” (Artigo 145º).

Relativamente ao vocábulo “local”, vai ser entendido no sentido da delimitação territorial ou espacial, onde as entidades autónomas desenvolvem as suas atividades, de acordo com a divisão administrativa em vigor no país.

Poder local pode ser definido em duas vertentes: do ponto de vista teórico, o poder local é aquele que nasce num local, o poder que emana do povo e não um poder imposto no local. O Estado não é poder local, é um poder imposto no local. Do ponto de vista prático: o poder local é a representação do estado no local (exemplo, as administrações municipais e outros serviços ministeriais). (POULSON, 2009).

Nesta ordem de ideias, podemos retirar as seguintes consequências, que deverão pautar a aplicação da lei:

– O poder local é originário por ser anterior ao do Estado ou até mesmo desenvolver-se fora dele. Refira-se ao poder tradicional é igualmente uma manifestação do poder local. É exequível que, para ser considerado poder local é necessário um reconhecimento extra-estadual, sendo verdade que após este reconhecimento o poder tradicional se funcionaliza no plano jurídico-público, ou seja, se ergue como um verdadeiro poder público. Por isso é importante este reconhecimento constitutivo.

– O poder local é exercido através de órgãos descentralizados, de instituições e isto quer dizer que se optou por uma conceção ampla do poder local para abranger as autarquias locais (órgãos descentralizados administrativa e territorialmente), o poder tradicional e outras formas de participação democrática das populações, como as comissões de bairros. Nesta conformidade, o poder local não é corporizado apenas pelas autarquias, antes pelo contrário, é dimensionado para lá das autarquias locais.

– O poder local visa satisfação dos interesses próprios das populações respetivas. Significa isto que, o poder local não visa a prossecução do interesse geral ou nacional que ao Estado compete prosseguir. O poder local trata, apenas, de interesses ou assuntos próprios das populações respetivas e não dos interesses nacionais ou da comunidade nacional.



Aço (2012), define o poder local como aquele poder político originário ou derivado exercido, nos termos da lei, a nível das comunidades locais através de órgãos descentralizados, de instituições organizativas tradicionais e de outras formas de participação democrática das populações visando a satisfação dos interesses próprios, tendo como principais elementos as autarquias, as autoridades tradicionais e as outras formas de participação dos cidadãos.

Em Angola, o poder local é entendido como administrativo e tradicional, exercido com base na lei e tradição ao nível das comunidades e circunscrições administrativas definidas pela lei, de acordo com as entidades que visam a prossecução dos interesses coletivos. Administrativo, porque determina entidades que nos termos da lei definem condutas e impõem aos outros a própria conduta; Quando nos referimos ao tradicional, estamos a falar daquele poder exercido pelas autoridades tradicionais, baseado nas regras costumeiras características locais.

2.4 Autoridades Tradicionais

[Em Angola as] autoridades tradicionais são entidades que personificam e exercem o poder no seio da respetiva organização política-comunitária tradicional, de acordo com os valores e normas consuetudinária e no respeito pela Constituição e pela lei. A elas lhes são atribuídas competência, organização, regime de controlo, da responsabilidade e do património das instituições do poder tradicional, as relações institucionais destas com os órgãos da administração local do Estado e da administração autárquica, bem como a tipologia das Autoridades Tradicionais, são reguladas por lei³

Para Florêncio (2010), a expressão “autoridades tradicionais” compreende os indivíduos e instituições de poder político que regulam a organização do modelo de produção social das sociedades tradicionais. Desse modo, não integram o conceito os indivíduos que detêm um poder mormente informal ou de influência no poder político como são os casos dos adivinhos, fazedores de chuvas, curandeiros e outros, uma vez que não participam na estrutura formal e institucional, na formulação de normas e decisões sobre a vida social da comunidade e seus membros.

As autoridades tradicionais são pessoas coletivas de substrato cultural que se traduzem em estruturas organizativas forjadas ao longo dos tempos, pré-estatais, e emanam da realidade histórica, cultural, sociológica e antropológica típica de países africanos. (FEIJÓ, 2012).

³ Artigo 224º Lei n.º 17/90 de 20 de Outubro (Lei da Administração Pública).



No encontro Nacional sobre as autoridades tradicionais realizado em Angola, apresentou-se a seguinte conclusão: Concordo que aqueles que designamos "Autoridades Tradicionais" há muito deveriam ter recebido mais respeito e apoio do moderno Estado angolano. Podendo ser interlocutores privilegiados para o conhecimento das sociedades que nos precederam e de que somos herdeiros, são também detentores de um capital simbólico que bem poderia ser melhor investido na consolidação da nossa unidade nacional. E em muitos casos, sobretudo lá onde o Estado é inoperante ou quase inexistente, muitos ou alguns deles são ainda a autoridade respeitada e considerada legítima, detendo uma capacidade de intervenção e organização social que não pode ser desprezada nem ignorada (NETO, 2002).

O reconhecimento destas pelo Estado não é feito através da pessoa física, mas sim pela instituição que ela representa, ou seja, na perspectiva da organização administrativa, o Estado reconhece a instituição autoridade tradicional. Porém, as autoridades tradicionais afirmam que:

Em primeiro lugar, a todos a lei deve dar iguais direitos e o destino social de cada um não deve depender do seu nascimento – seja de linhagem nobre, plebeu ou descendente de escravos, seja homem ou mulher, filho do rico ou do pobre. A História regista diferentes tipos de sociedades hierarquizadas em castas, ordens ou outras categorias hereditárias (como certas situações de escravidão, por exemplo). Hoje em dia, quase todas as sociedades recusam essa vinculação estrita do estatuto social à filiação. (NETO, 2002).

2.5 Autorquias Locais

As autarquias locais são pessoas coletivas territoriais correspondentes ao conjunto de residentes em certas circunscrições do território nacional e que asseguram a prossecução de interesses específicos resultantes da vizinhança, mediante órgãos representativos eleitos das respetivas populações.⁴

Autarquias locais são pessoas coletivas territoriais que visam a prossecução dos interesses próprios das populações, dispendo para o efeito de órgãos representativos eleitos e de liberdades de administração das pessoas coletivas.

O autarca uma vez eleito, com sua personalidade, representa e exerce um poder político tendo em conta o programa eleitoral da lista em que foi eleito, a sua matriz ideológica, valores que defende e estratégia de ação para responder aos problemas e expectativas da comunidade local, observando a sua identidade, seus costumes, sustentação económica e bem-estar. Pardal e Esteves (2013, pp. 13-15)

⁴ (Artigo 217º, n.º 1). Lei n.º 7/81 de 4 de Setembro (Lei dos Órgãos Locais do Estado, Angola).



defendem que o autarca deve conhecer pormenorizadamente a freguesia ou o conselho, a sua história, tradições e contactar de forma sincera e disponível as pessoas, promovendo a interajuda, a coesão social, dando abertura a parcerias múltiplas, públicas e privadas, e compreensão democrática

Para Samy, (2014). autonomia local apresenta-se como uma garantia constitucional, não estando na disponibilidade do legislador a opção entre a existência ou não de uma administração autónoma territorial.

A autonomia local, entendida como poder ou capacidade conferida a determinadas coletividades territoriais intra-estatais de se administrarem a si mesmas, está relacionada com o poder local. Numa perspetiva de grau, só haverá poder local onde a autonomia local se traduzem entidades autónomas locais, com largas atribuições e competências e onde os mecanismos de tutela não sejam demasiado intensos. Daí que, nem sempre autonomia local seja sinónimo de poder local, porque este só existe quando a autonomia é abrangente e a tutela estatal esteja muito atenuada

Em suma, por um lado, o poder local é sempre uma (não a única) manifestação da descentralização administrativa territorial. Não podemos nunca, contudo, confundir com a descentralização associativa que dá lugar, por exemplo, às ordens profissionais, nem com a descentralização funcional ou institucional que dá lugar aos institutos e às empresas públicas.

Poulson, (2009, p. 34), defende que o poder local não é operacionalizado apenas pela descentralização territorial. É necessário que a descentralização administrativa seja encarada no plano jurídico e político, isto é, não é só pelo facto de, por exemplo, existirem autarquias locais no plano jurídico que se afere a existência de um verdadeiro poder local. É necessário ainda apurar se no plano político os órgãos das autarquias locais são livremente eleitos pela população local.

De acordo com os conceitos acima descritos, entende-se que a descentralização se caracteriza pela transformação de um poder antes absoluto e conferido por lei ao estado, num poder que passa a ser repartido. Não existem situações absolutas relativamente a uma desconcentração ou descentralização dos serviços públicos, existindo sempre uma margem presencial de cada sistema (tanto na desconcentração como na descentralização). Já o sistema de governação autárquica difere do sistema desconcentrado, em termos de divisão administrativa



territorial, funcionamento e competências atribuídas. O sistema autárquico é a mais alta descentralização dos serviços administrativos que existem.

Nestes órgãos de poder local estão subjacentes os governos provinciais, municipais, comunais, e também as Autoridades Tradicionais. No âmbito da descentralização, deve haver maior entrosamento entre os governos acima referenciados para que, num esforço conjugado, haja maior e melhor solidificação nos objetivos de crescimento e desenvolvimento local, como tem sido o caso de outros países africanos. Na Namíbia, por exemplo, à semelhança do que se vive em Angola, as autoridades tradicionais desempenham um papel preponderante nas zonas rurais, juntamente com as instituições de base comunitárias, constituindo uma vantagem cultural essencial no que toca à gestão de problemas ambientais, culturais, social e económicos. (BURMEISTER; PARTNERS, 1998).

Os chefes tradicionais são muito influentes nas comunidades rurais, a maior parte das instituições governamentais e das ONG tentam envolvê-los na planificação das novas infraestruturas de água. Trata-se de uma lição retirada da resistência que os opuseram aos planos para a construção da barragem de Epupa na década de 1990, que ameaçou inundar os cemitérios ancestrais dos Himba. Presentemente, os chefes tradicionais estão envolvidos em quase todas atividades de desenvolvimento local, de forma a participarem ativamente nas decisões do futuro da Namíbia.

Em relação ao caso da Nigéria, Wunsch (1998) apud Fernandes (2011) afirma que, quando se devolverem certos poderes aos líderes locais, haverá maior articulação dos interesses de líderes de poder públicos e autoridades tradicionais em prol do desenvolvimento socioeconómico local.

Outro exemplo é o de Moçambique, em que segundo Faria e Chichava (1999), a relação entre o poder público e autoridades tradicionais tem vindo a afirmar-se cada vez melhor em benefício da população local. O ano de 1994 foi marcado pelas primeiras eleições multipartidárias, consequentemente pela primeira legislação relativa às instâncias locais (Lei 3/94), no âmbito do programa que visava a reforma dos órgãos locais (PROL) lançado em 1991. Nessa altura, 1997, ficou estabelecido o quadro jurídico e institucional, com uma nova legislação (Lei 2/97), substituindo a primeira, que introduziu mudanças significativas na reforma. O governo moçambicano pós-independência revogou o quadro de reconhecimento das autoridades tradicionais (*régulos*) de Moçambique com o *slogan* “acabar com o obscurantismo”. Às autoridades tradicionais (*régulos*), na era colonial, competia-lhes a resolução de conflitos internos na perspetiva comunitária, cabendo comunicar à



administração colonial toda situação que ocorresse e possíveis resoluções através de conselho de anciãos mas, após a independência, o partido FRELIMO (Frente de Libertação de Moçambique) destituiu as autoridades tradicionais do espaço político-administrativo, justificando a colaboração das autoridades com o poder colonial. Isto causou fraco desempenho da administração local do Estado, levando a sociedade moçambicana a uma crise social, criando conflitos de valores entre a velha e nova geração, desenquadrando a nova geração no tocante ao sistema tradicional da vida comunitária segundo Feijó (2012, p. 217-218) o afastamento das autoridades tradicionais explica a ineficácia dos serviços administrativos locais. Esta situação leva a sociedade moçambicana, atualmente, a envidar esforços de reenquadrar as autoridades tradicionais nas funções administrativas

2.6 Descentralização Administrativa de Angola

Em Angola, o princípio de descentralização, descrito no Artigo 201º da Constituição da República de Angola, faz menção à criação de coletividades autónomas locais no âmbito do poder autárquico (Artigos 213º e 214º). Esta mudança teve em conta a elevada concentração de população na capital, Luanda, polo de atração da população fugindo da guerra em busca de melhores condições de vida, durante os anos 1980 e 1990. Dada esta concentração e a concentração do poder na capital durante a guerra, Angola tendeu a centralizar a gestão e a administração em Luanda durante vários anos. Existe um programa de Descentralização e Governança local implementado pelo executivo angolano com o apoio do PNUD⁵. As primeiras experiências após 2005 foram feitas nas províncias de Luanda, Benguela, Bié, Uíge e Malange, no apoio estratégico e asseguramento da eficiência da manutenção de normas e, garantir que os recursos sejam utilizados nas áreas mais críticas, no apoio a desminagem, reconstrução de infra estruturas, acesso a educação, cursos de formação profissional, saúde, energia, águas e agricultura.

Administrativamente, Angola encontra-se dividida em províncias, municípios e comunas (ver Quadro 2).

⁵ O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, em Angola, trabalha para reforçar as capacidades das pessoas e apoiar o fortalecimento e resiliência das nações.



Quadro 2- Características da estrutura administrativa em Angola

	Províncias	Municípios	Comunas
Nomeação da liderança	Governador provincial diretamente nomeado pelo presidente da Republica.	Administrador municipal diretamente nomeado pelo governador da província	Administrador comunal diretamente nomeado pelo governador da província
Subdivisões	Administrações subdivididas em Delegações e serviços ministeriais.	Poderes no plano administrativo.	Responsabilidades ao nível da organização e funcionamentos ao nível dos serviços públicos
Orçamento	Orçamento alimentado a nível do orçamento geral do estado	Orçamento alimentado pelo orçamento da província	Acompanhamento e apoio das autoridades tradicionais (sobas e seculos).

Fonte: Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD) E Ministério da Administração do Território do Governo de Angola (MAT) – 2003.

Analisando a situação da relação existente entre o poder local público e autoridades tradicionais já descritos, diversos autores (POULSON, 2009 citado por FEIJÓ, 2012) concluíram que, embora de maneiras deferentes, é preciso respeitar e fazer o enquadramento legal das Autoridades Tradicionais, dos líderes comunitários e outras instituições se, de facto, quisermos a democracia e desenvolvimento local, visto que estas entidades em alguns lugares são a ligação entre a população e os representantes do Estado.

3 BREVE HISTORIAL DA POLÍTICA ANGOLANA

Angola vive atualmente um clima de paz e de estabilidade política; foi durante muitos anos uma colónia portuguesa, situação que levou ao descontentamento dos angolanos, desencadeando numa guerra sangrenta de libertação nacional, entre portugueses e os três principais partidos nacionalistas,



(Movimento Popular de Libertação de Angola-MPLA, Frente Nacional de Libertação de Angola-FNLA, e União Nacional de Libertação Total de Angola-UNITA) até se conquistara independência a 11 de Novembro de 1975. A 25 de Abril de 1974, data impulsionadora em Portugal, oficiais militares de carreira derrubaram o regime fascista em Lisboa, na sequência de um golpe de estado. Este foi feito por um grupo de militares que por sua vez muitos tinham cumprido serviço militar em Angola, situação que exerceu grande impacto na independência de Angola. Segundo Wheeler e Pélissier (2011, p. 355), democracia para Portugal implicaria uma descolonização do império ultramarino, onde se incluía Angola, e um esforço para transformar a economia desenvolvida de Portugal, no intuito de conduzir os portugueses a uma era moderna.

O golpe militar de 25 de Abril, impulsionou a transição do domínio português para a independência de Angola em 11 de Novembro de 1975. Contudo, iniciou-se um trágico desenrolar de uma guerra civil, pautada por várias iniciativas de paz para pôr termo ao conflito entre o MPLA e a UNITA, que durou desde 1975 a Abril de 2002, ano em que Jonas Savimbi líder do último partido pereceu e os restantes líderes da UNITA assinaram um acordo de paz, pondo fim à guerra civil. Desde 4 de Abril de 2002 até à presente data consubstancia-se uma época de um regime político presidencialista, em que o presidente da República é o chefe do Governo, tendo o poder de legislar, sendo também ele quem nomeia os poderes Legislativo, Executivo, e Judicial. Para a consolidação da democracia, reconstrução e reconciliação nacional, o país tem como base a constituição atual, de 27 de Janeiro de 2010.

Embora o sistema de governação administrativa em Angola seja desconcentrado, pretende-se a implementação de um sistema piloto que visa a descentralização da organização e funcionamento dos órgãos da administração do estado a nível local. Após a implementação da primeira República em 1975, Angola manteve o sistema de poder e de centralização administrativa. Em 2002, com o fim da guerra civil, Angola implementa o sistema desconcentrado do poder administrativo. Foram realizadas eleições gerais por sufrágio universal secreto e direto em 2008, que decorreram com suposta transparência e melhor conhecimento dos direitos, deveres, garantias, obrigações e responsabilidades de cada um dos seus variados agentes ou intervenientes.



Em 2010, com a implementação da terceira República, a orientação é de que se comece a implementar o sistema de descentralização administrativa, que neste preciso momento está em curso em Angola.

O resultado deste compromisso é da vontade do poder central, descendo a orientação para o poder local. Pretende-se com este princípio a mais alta descentralização dos serviços administrativos do poder local, visto que a administração dos serviços administrativos locais é, no momento atual, altamente centralizada, uma vez que as decisões de governação local são tomadas a partir do governo central, criando assim um excesso de burocracia nos serviços administrativos locais.

Para a concretização deste projeto é imprescindível a implementação das autarquias locais, em articulação com as estruturas de intervenção e atuação a nível local, que são as autoridades tradicionais, associações e organizações não-governamentais. A legitimidade das denominadas autoridades tradicionais encontra-se no período pré-colonial. Na verdade, estas autoridades eram

Entidades sociopolíticas que detinham o poder sobre as populações antes da colonização. Já em meados do século XX, a governação portuguesa adotou procedimentos administrativos que incluíam codificações dos 'usos e costumes indígenas' e que implicavam que o sistema de articulação com as autoridades tradicionais fosse diminuto. Pelo contrário, a colonização britânica não implicava partilha de poder entre o estado colonial e as autoridades tradicionais (indirectruling). (FEIJÓ, 2002, p. 13-14).

3.1 Poder Local em Angola

As autoridades tradicionais atualmente representam e exercem o poder de acordo com a legitimidade tradicional correspondente às respetivas populações. Assim, o poder tradicional em Angola é entendido como uma das manifestações do poder local. Sendo que este antecede o Estado, é originário e autónomo, quer dizer existe muito antes do colonialismo e do Estado que hoje é Angola.

Segundo Mata (2012), a relação entre o poder local público e as autoridades tradicionais, para além de originar diferenças analíticas (formal, informal, oficial e não oficial), levanta inúmeros problemas de enquadramento jurídico dessas autoridades no sistema normativo estatal angolano, principalmente quanto à eficácia



jurídica formal do exercício do poder tradicional e ao estatuto de tais autoridades, ao papel a este reservado no âmbito da administração pública, limites e reconhecimento das mesmas.

O estado angolano reconhece a existência de tais autoridades tradicionais mas, ainda assim, não existe um reconhecimento jurídico das mesmas. Por esta razão há necessidade de um enquadramento jurídico e administrativo das autoridades tradicionais.

“[...] Ao longo da dominação colonial, com maior ou menor vigor, tentou enquadrá-las como forma de controlo das populações, desta forma hesitando entre o modelo de dominação através da administração indireta” (MATA, 2012).

Entretanto, após a dominação colonial, alguns chefes tradicionais foram-se acomodando ao formato colonial, no intuito de serem transformados em representantes das administrações locais do Estado. A falta de poderes públicos, em certas regiões, na altura fez com que as autoridades tradicionais fossem chamadas a exercer funções administrativas, tornando-as socialmente um poder autónomo.

Devido a estas complexidades, a constituição angolana atual nos seus Artigos 213º e 214º, embora muito discutida, adotou o princípio da descentralização, sendo as autoridades tradicionais um dos elementos principais do poder local. A descentralização dos serviços está intrinsecamente ligada a este poder.

A intervenção das autoridades tradicionais é importante, quer nas questões de desenvolvimento local, quer nas de integração, nas suas dimensões sociais, económicas e institucionais.

Tendo em conta a realidade histórica e cultural do país, as autoridades tradicionais são consideradas como entidades culturais, líderes comunitários, órgãos representativos das comunidades (MATA, 2012).

As autoridades tradicionais são tidas como o elo de ligação dos interesses do Estado junto das populações, tendo em conta a prossecução do desenvolvimento económico, tecnológico, científico, e social do país no âmbito do sistema de governação administrativa (desconcentração e descentralização). O modelo ideal de entrosamento entre o poder local público e as autoridades tradicionais tem sido tema de debate e aceitação nestes últimos anos.



3.1.1 Poder local e o processo constitucional

A constituição atual, no seu (Artigo 213º, nº 1) sobre o poder local, afirma que a organização democrática do Estado ao nível estrutura-se com base no princípio da descentralização política administrativa, que compreende a existência de formas organizativas do poder local”. No seu ponto 2, acresce dizendo que “a forma de organização do poder local compreende as autarquias locais, as instituições do poder tradicionais, e outras modalidades específicas de participação dos cidadãos, nos termos da lei.

3.2 Autarquias Locais e a Constituição

Autarquia local representa uma realidade distinta, uma vez que para a sua delimitação não deixam de confluir a história, o direito comparado, o direito positivo e adoutrina, na medida em que se trata de um conceito universalizável, na base de uma história jurídica igualmente muito rica. Tanto a Lei Constitucional de 1992 (Artigo 146º) como a Constituição de 2010 (Artigo 217º) reconhecem a expressão “autarquia local” que permite chegar a uma formulação como a do texto de 1992:

As autarquias locais são pessoas coletivas territoriais que visam a prossecução de interesses próprios das populações, dispendo para o efeito de órgãos representativos eleitos e da liberdade de administração das respectivas coletividades⁶

Deste modo, estão expressa ou implicitamente presentes na Constituição da República de Angola, os seis elementos do conceito de autarquia local: personalidade jurídica, comunidade de residentes, território, interesses próprios, carácter eletivo dos órgãos e poderes locais.

Vital Moreira apud Poulson (2009), diz que o conceito de autarquias varia de acordo com a época e com o contexto político de cada país. Para Angola, o conceito adequado é aquele que a lei magna faz referência, já para Portugal, Coupers (2005), define-as como sendo pessoas coletivas públicas, de bases territoriais correspondentes aos agregados populacionais de residentes em diversas

⁶ Artigo 217º, n.º 1. Lei nº 17/99 de 29 de Outubro (Lei da Administração Local do Estado, Angola).



circunscrições do território nacional, e que asseguram a prossecução dos interesses comuns resultantes da proximidade geográfica mediante a atividade de órgãos próprios representativos da população.

As autarquias locais são pessoas coletivas públicas, de uma circunscrição territorial, que resultam de um processo de descentralização administrativa e autónoma, visando o interesse da coletividade local. Pese embora várias definições, existem denominadores comuns identificados: são pessoas coletivas, visando o interesse da coletividade local. Isto significa, que todas as definições têm como objetivo a satisfação dos interesses específicos dos cidadãos locais, tendo por base dois princípios fundamentais:

– Princípio das finanças e património local. As autarquias locais, para desempenharem normalmente as suas atribuições devem estar dotados de orçamento próprio, isto é, disporem de receitas próprias para cobrirem as despesas autárquicas. Mas para tal, num primeiro momento o Estado deve transferir para a esfera jurídica das autarquias “alguns bens avaliáveis em dinheiro”, por exemplo, no âmbito fundiário. A lei de terras permite que o Estado afete às autarquias locais terrenos que passaram definitivamente para a esfera jurídica desta entidade local;

– Princípio da autonomia administrativa. As autarquias são entes dotados de competências próprias para prosseguirem os fins autárquicos definidos na lei. A autonomia administrativa não significa que estas entidades sejam independentes dos demais poderes administrativos. Esta autonomia administrativa, significa que as autarquias são pessoas coletivas públicas de autogoverno e de autorregulação. Sendo assim, o Estado, através da tutela administrativa, controla a legalidade e, em casos excepcionais, o mérito da atuação deste tipo de pessoa coletiva, de população e território.

3.3 Princípios Fundamentais das Autoridades Tradicionais e Legitimidade

As autoridades tradicionais devem observar os mesmos princípios ligados ao poder autárquico, como o princípio da representatividade tradicional das autoridades tradicionais. As autoridades tradicionais possuem legitimidade com base no direito costumeiro de cada região.



A fonte imediata do direito é a lei. Esta, porém, por mais que se alarguem as suas generalizações, por mais que se espiritualize, jamais poderá compreender a infinita variedade dos fenômenos sociais, que emergem da elaboração constante da vida e vêm pedir garantias ao direito. Desta insuficiência da lei para dar expressão jurídica a todas as necessidades que a reclamam, para traduzir o matiz da vida organizada em sociedade, resulta, em primeiro lugar, que é forçoso manter, ao seu lado, as fontes subsidiárias do direito, que o revelem quando ela for omissa, e, em segundo lugar, que é indispensável aplicar à lei os processos lógicos da analogia e da interpretação, para que os dispositivos adquiram a necessária extensão e flexibilidade. A Ordem determinava que, na falta de leis regulando a matéria, se resolvessem os conflitos jurídicos pelos estilos da Corte ou costumes. Por estilos da Corte entendiam-se, especialmente, os da Casa da Suplicação, os quais, quando concretizados em assentos, tinham força de lei. Tendo desaparecido esta forma de produção jurídica, a primeira fonte subsidiária do direito pátrio é o costume (CARVALHO, 2010).

Assim, há necessidade de uma lei específica e bem enquadrada no direito civil, que regularize a situação das autoridades tradicionais. Nesta conformidade, surge um paradoxo do princípio democrático que nem sempre tem recetividade no direito costumeiro de alguns povos de Angola. Para Feijó (2001), além da eleição, encontramos, em muitas regiões de Angola, autoridades tradicionais que defendem o princípio da independência como sendo um dos princípios gerais do modelo de poder local autárquico que provem do processo tradicional de sucesso

Porém, o reconhecimento do modo de proveniência não democrático das autoridades tradicionais resulta precisamente do respeito que o Estado demonstra às autoridades tradicionais, visto que é uma realidade que lhe antecede e que com ela se tenciona conformar.

De acordo com Poulson apud Feijó (2001, p.148) a assimetria do modo de provimento de órgãos administrativo não é privativa do poder tradicional local. De resto, os membros do Governo em Angola (Ministros e Secretários de Estado) providos de forma não democrática (nomeação) possuem poderes administrativos próprios. Em princípio, as autoridades tradicionais exercem, de facto, o seu poder, mas não em conformidade com a divisão administrativa enunciada na lei constitucional, nem com a divisão territorial que existia na era colonial. Como exemplo desta situação, temos caso do soberano das Lundas que até em algumas regiões do Congo é reconhecido, sobretudo em regiões fronteiriças.

O Estado tem feito um reconhecimento das autoridades tradicionais, passando necessariamente por atender a todas as especificidades territoriais, não as “submetendo” ao quadro, eventualmente inadequado, tendo em conta a divisão



territorial, para efeitos da administração política e administrativa do Estado (Princípio da legalidade). O poder tradicional está submetido às regras costumeiras e tal facto não se coaduna com o direito positivo, havendo necessidade de ter isto em conta.

4 CONCLUSÕES

O Estado angolano tem promovido ao longo dos anos um conjunto de iniciativas e atividades que visam o reconhecimento institucional e jurídico das autoridades tradicionais, como a determinação do seu espaço de intervenção, a criação de condições para a sua dignificação, que passa pela atribuição de subsídios, fardamento e outros estímulos, embora não exista uma lei jurídica que regule a situação das autoridades tradicionais na sua plenitude. Contudo, é do interesse do poder local público que se institua um enquadramento jurídico-legal para as autoridades tradicionais.

O estudo em questão visou analisar a relação do poder local público com as autoridades tradicionais, investigar a articulação das autoridades tradicionais com o poder local na resolução dos problemas socioeconómicos que afetam as comunidades rurais, no âmbito do programa de descentralização para o desenvolvimento local em Angola.

As autoridades tradicionais são um poder originário, que antecede o Estado. Por esta razão o Estado reconhece a existência deste poder, embora não haja ainda uma lei jurídica que as enquadre. As autoridades tradicionais são elementos constituintes do poder local em Angola e as mesmas articulam-se em quase todas as esferas da vida socioeconómica e política na satisfação das necessidades dos cidadãos, assim como no processo de democratização do país. A inclusão das autoridades tradicionais, como membros de apoio consultivo do conselho do governo provincial, reforça a cooperação efetiva entre o poder local público e as autoridades tradicionais na governação local.

O poder local é concebido na Constituição angolana com base em três estruturas: as autarquias locais, as autoridades tradicionais e outras formas de manifestação democrática. Por esta e outras razões, existe uma relação entre o poder local público e as autoridades tradicionais, que se articulam nas mais variadas áreas de governação local.



Os *sobas* e os *regedores*, que são as autoridades tradicionais de Angola, têm sido verdadeiros advogados na defesa dos interesses das populações. As mesmas autoridades servem de condutores dos problemas comunitários para as Administrações Comunais, nomeadamente aqueles que ultrapassam as suas competências, dado que os problemas ligados à tradição ou à cultura das comunidades rurais, são resolvidos dentro de um tribunal de *sobas* juntamente com a presença de um membro da administração pública.

Assim, como verdadeiros parceiros do governo a nível local, ajudam de acordo com as orientações que emanam do governo provincial. As autoridades tradicionais, são líderes comunitários, informam, sensibilizam e orientam as comunidades de acordo com o programa de desenvolvimento local. Por outro lado, sendo as autoridades tradicionais os verdadeiros líderes comunitários e, aqueles que detêm o conhecimento em matérias ligadas as crenças hábitos e costumes dos ancestrais, conhecedores da cultura, tornam-se conselheiros do governo local, facilitando a melhoria das políticas que mais se adequam à cultura de uma determinada região.

Tais autoridades participam no exercício de governação para o desenvolvimento local, na proximidade dos serviços, levando a orientação do governo local até às comunidades mais recônditas, com orientações ligadas à saúde, educação, agricultura, saneamento básico, desporto e tantos outros problemas sociopolíticos e jurídicos.

As autoridades tradicionais, estão sempre presentes nas inúmeras iniciativas políticas de descentralização do governo local, relativamente ao estudo sobre a macroestrutura da administração local, onde estão representadas várias estruturas do governo, ONG, entidades eclesiais e a sociedade civil em geral. Têm como ponto fulcral, a resolução dos problemas que mais afetam as comunidades, no sentido de melhorar a prestação do serviço dos órgãos da administração local, tanto nas áreas urbanas, como periurbanas e rurais.

Nesta conformidade, verifica-se que as autoridades tradicionais são elementos indispensáveis na governação e têm contribuído para o fortalecimento dos laços de cooperação e entrosamento entre o governo local e a comunidade.



5 REFERÊNCIAS

- AÇO, Samuel. **Experiência Histórica do Poder Local em Angola**. Comunicação apresentada na IV semana social Nacional "Democracia e Participação. Angola. 2012. Disponível em: <http://googleescolar.com/media/users/7/399161/files/23110/Poder_local_Angoladoc.docx>. Acesso em: 12 jan. 2017.
- ARRETCHE, M. **Relações federativas nas políticas sociais**. Educação e Sociedade, 2002.
- ARRETCHE, M. Mitos da Descentralização: maior democracia e eficiência nas políticas públicas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 11, nº 31, p.44-66, Jun. 1996.
- CARNEIRO, J.G.P. **Descentralização e Liberdade**. 3. ed. Instituto Hélio Beltrão: Editora UnB., 2008.
- CAUPERS, J. **Introdução ao Direito Administrativo** (vol. II, 8ª edição). Lisboa: Editora Âncora, 2005.
- FARIA, F. e CHICHAVA, A. **Descentralização e cooperação descentralizada em Moçambique**. Maastricht: European Centre for Development Policy Management. 1999.
- FAURÉ, Yves-A e RODRIGUES, Cristina Udelsmann.. **Descentralização e Desenvolvimento local em Angola e Moçambique: processos, terrenos e atores**. Editora Almedina, 2011.
- FLORENCIO, F. *et al* (Org.), **Vozes do universo Rural: Reescrevendo o Estado em África**. Lisboa: Editora Gerpress e CEA. 2010.
- GUINMARÃES, M. do C. L. O. Debate sobre a Descentralização de Políticas Públicas: um balanço bibliográfico. **Revista Organizações e Sociedade**. v. 8, nº 23, 2002. Disponível em: <<http://www.revistaoes.ufba.br/viewarticle.php?id=88>>. Acesso em: 20 jan 2017.
- JACOBI, P. R. Reflexões sobre as Possibilidades de Inovação na Relação Poder Público-Sociedade Civil no Brasil. **Revista Organizações e Sociedade**, São Paulo. 22 Agosto 8 2001. Disponível em: <<http://www.revistaoes.ufba.br/viewarticle.php?id=76>>. Acesso em: 20 jan 2017.



JUNQUEIRA, L. A. P.; INOJOSA, R. M.; KOMATSU, S. **A Descentralização e Intersectorialidade na Gestão Pública Municipal no Brasil: a experiência de Fortaleza.** XI CONCURSO DE ENSAYOS DEL CLAD. Caracas, 1997.

LOBO, T. **Política social e descentralização.** In projecto: a política social em tempos de crise. Articulação e descentralização. VOL. III. MPAS-CEPA. Rio de Janeiro, 1989.

Ministério da Administração Territorial de Angola. **Memorando sobre a situação actual das autoridades tradicionais em Angola.** Luanda, 2012.

MEDICI, A. C. Economia e Financiamento do Setor Saúde no Brasil. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública - USP, 1994.

PARDAL, S. e ESTEVES, J. P. **Ser Autarca Missão e Desafios.** Lisboa: Sintra Deambulada, 2013.

ROJAS, A. S.. Los Propósitos da La Desconcentracion Administrativa. **Desconcentracion Administrativa.** Secretaria de La Presidência. Dirección General de Estudios Administrativos. nº 01, Coleccion Seminarios, 1974.

SAMY, G. S. Comunicação apresentada às III Jornadas Parlamentares do Grupo parlamentar da UNITA “Grupo Parlamentar da UNITA, com o angolano em 1º lugar”, Uíge, 12 a 15 de Março. 2014.

SIWEK-POUYDESSEAU, J. Antecedentes de La Desconcentracion Administrativa em Francia. In: **Desconcentracion Administrativa.** Secretaria de La Presidência. Dirección General de Estudios Administrativos. nº 01 Coleccion Seminarios, 1974.

VAZ, J. C. Superando o Governo Centralizado. Disponível em: <<http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/article.php?storyid=2006>>. Acesso: 20 jan. 2017.

WHEELER, D. e PÉLISSIER, R. (2011). **História de Angola.** Lisboa: Tinta-da-china. Lei n.º 17/90 de 20 de Outubro (Lei da Administração Pública).

Lei n.º 7/81 de 4 de Setembro (Lei dos Órgãos Locais do Estado, Angola).

Lei nº 17/99 de 29 de Outubro (Lei da Administração Local do Estado, Angola).



GOVERNO DOS JUÍZES: NUANCES ENTRE DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE NO ATO DE CRIAÇÃO DO DIREITO¹

GOVERNAMENT BY JUDGES: NUANCES BETWEEN DISCRETIONARY AND ARBITRARY ACTS
OF CREATION OF LAW

Breno Panetto Morais²

Margareth Vetis Zaganelli³

Resumo

O presente artigo analisa o atual cenário do ativismo judicial brasileiro como mecanismo de concretização de direitos, sobretudo em temas claramente políticos e sob a ótica da interpretação criativa; se pretende fazer a ambientação do tema, comentando acerca dos conceitos de ativismo judicial, discricionariedade e arbitrariedade judiciária e os problemas de legitimidade democrática e de estabilidade institucional no Estado Democrático de Direito, advindos com esta atuação pró-ativa do judiciário. Por derradeiro, investiga a natureza da Lei através da forma de legislar e como o posicionamento de criação de direito jurisprudencial impossibilita discussões saudáveis e democráticas no âmbito do poder competente.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Legitimidade Democrática. Discricionariedade e arbitrariedade judicial. Interpretação criativa. Instabilidade constitucional e democrática.

Abstract

This paper analyses the current scenario of judicial activism in Brazil as a mechanism of concretion of rights, especially in political themes and by creative interpretation. We seek the presentation of this theme by commentaries on the concepts of judicial activism, discretion and arbitrary practices, as well as over problems of democratic legitimacy and institutional stability in the Democratic Rule of Law State, all related to this proactive activity of the judiciary. Lastly, we investigate the nature of Law by the

¹ Artigo submetido em 30/10/2015, pareceres de análise em 11/02/2016, 28/05/2017 e 03/07/2017, aprovação comunicada em 18/08/2017.

² Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES; bolsista do programa de iniciação científica. *E-mail:* <breno.panetto@gmail.com>.

³ Professora Titular de Direito Penal e Teoria do Direito da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES (Vitória/ES), doutora em Direito pela UFMG; possui estágio Pós-doutoral em Bioética e Filosofia do Direito na Scuola di Giurisprudenza da Università degli Studi di Milano - Bicocca - UNIMIB e na Scuola di Giurisprudenza da Alma Mater Studiorum Università di Bologna - UNIB. *E-mail:* <mvvetis@terra.com.br>.



legislative process and how positions over the creation of precedents and legislation makes impossible any healthy discussions over democracy in proper institutions.

Keywords: Judicial activism. Democratic legitimacy. Judicial discretion. Creative interpretation. Constitutional and democratic instability.

Sumário: 1. Introdução. 2. Contextualização: o ativismo judicial. 3. A atividade legislativa e o processo de criação da lei: legitimidade democrática. 4. A atuação do juiz como operador do direito: o ato de interpretar. 5. Nuances entre discricionariedade e arbitrariedade na criação do direito. 6. Conclusão. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

No cenário da recente conquista do Estado Democrático de Direito brasileiro, comumente o ativismo judicial é considerado como mecanismo valoroso para o bom funcionamento do Estado, sobretudo, quando os outros poderes abstêm de resolver certos casos, ou quando se tem direitos violados.

Todavia, a atuação pró-ativa judiciária, no contexto da ainda jovem democracia brasileira, e neste momento de consolidação institucional, pode ser considerada uma verdadeira anomalia proveniente do sistema constitucional dos países que adotam uma constituição escrita extensa, como nosso caso. E que devido aos dispositivos gerais, compostos em sua maioria de princípios norteadores abstratos, os tribunais têm se utilizado de interpretação criativa para afirmar posicionamentos convenientes e encontrar, apenas então, o princípio justificador na Carta Magna.

Nesse contexto, em especial, a atuação do Supremo Tribunal Federal tem aumento cada vez mais em decisões polêmicas, afirmando posicionamentos por vezes tidos como muito mais políticos que jurídicos. Por vezes, em temas políticos de todo relevantes, e em que ou o Poder Legislativo ou o Executivo se omitem, a atuação da Suprema Corte é no sentido de dar respostas para superar essas lacunas. Todavia, em casos como no julgamento do financiamento privado de campanha⁴, a Corte decidiu mesmo ante o tema estar sendo debatido no Congresso Nacional, na esfera da Reforma Política. Ou seja, a atuação pró-ativa não é apenas quando há omissão, mas também em oposição por vezes, àquilo que se decide na esfera dos outros poderes.

⁴ ADI 4650.



Pretende-se, de forma ampla e para reflexão filosófica mais apurada, instigar o pensamento crítico, a fim de ressaltar que a atuação ativista do judiciário em decisões claramente políticas e de todo controversas gera problemas de cunho à instabilidade institucional no Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho traz a tona ainda que, certas vozes e posicionamentos, pela atuação judicante ativista e politizada - e aqui se inclui o chamado reconhecimento do direito das minorias, como com a atuação do Conselho Nacional de Justiça no caso da união homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo⁵ - cada vez menos conseguem se fazer valer dos mecanismos democráticos existentes numa sociedade republicana para a afirmação de direitos e garantias fundamentais; sobretudo, num contexto cosmopolita de sociedade contemporânea, na qual os órgãos de poder precisam ouvir e estar alinhados com as novas realidades.

Assim, a defesa da limitação da atuação criativa dos juízes é uma reposta republicana e democrática para que consigamos que nossas instituições políticas sejam de fato o espaço pleno para se fazer valer o direito e a participação de todos. Garantindo, dessa forma, que a sociedade seja representada e ouvida. Não sendo, pois, a melhor maneira para afirmar direitos, ou ainda, alterações de cunho constitucional, recorrer à judicialização; isso significa fugir dos debates políticos saudáveis para a construção de uma democracia sólida.

A grande questão suscitada aqui se encontra na legitimidade do Supremo Tribunal Federal, e do Poder Judiciário como um todo, para decidir e criar o direito em certos temas, quando não se voltam a resolver lides de casos concretos e como, ao decidindo, cria direitos mesmo com legislação prévia direcionando a agir de outra forma, através da interpretação criativa; e como essa postura é prejudicial à nossa consolidação democrática. Enfim, procura discorrer sobre as nuances entre discricionariedade e arbitrariedade judicial.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO: O ATIVISMO JUDICIAL

Na compreensão da construção histórica do tema, segundo traz BARROSO (2009), a atuação ativista do judiciário nasceu nos Estados Unidos com a decisão da Suprema Corte daquele país com o *hard case* da segregação racial, (Dred Scott v.

⁵ Resolução 175, de 14 de maio de 2013.



Sanford, 1857), trazendo posicionamento divergente do que majoritariamente era defendido socialmente e, exatamente por isso, justificando de forma a interpretar criativamente a Constituição norte-americana.

À guisa de conceituação, ativismo judicial compreende a atuação do papel criativo dos tribunais interpretando a Constituição, sobretudo, de forma abrangente e trazendo conceitos novos para o direito, se utilizando de princípios menos rígidos como base de argumentação na afirmação de certo direito ou, quando não existente, afirmar postura como de legislador, atuação claramente política. Nesse sentido, o faz, por vezes, de forma a decidir não sobre a singularidade do caso concreto em si, mas sobre ideias de justiça, construindo, assim, precedente jurisprudencial antes mesmo à formulação da própria lei.

A doutrina em geral tende a afirmar que as decisões provenientes do Poder Judiciário, sobretudo as relacionadas às sumulas vinculantes, não vinculam o legislador para legislar e tutelar direitos e gerar obrigações. Nessa esteira, escreve Gilmar Mendes (1999) que “é certo, igualmente, que se o Tribunal afirma que determinada lei é (in) constitucional, não fica o legislador impedido de introduzir-lhe modificações ou mesmo de revogá-la.”. Todavia, devido a esta antecipação e pelo caráter imperativo do Poder Judiciário, em se valer de forças coercitivas, caso necessário, para fazer cumprir a decisão, e pela eficácia prática no âmbito da interferência na sociedade civil, acaba que, observando a realidade, os precedentes vinculam, sim, o legislador, ainda que subjetivamente. Devido à pressão social e o sentimento de “este tema já foi resolvido”, como se fosse dada a palavra final. Esse sentimento é de todo problemático, pois faz com que não se tenha a devida discussão acerca daquilo que a comunidade política pretende ter para si.

No caso brasileiro, o STF tem tido atuação claramente ativista. Exemplo dessa postura desvinculada unicamente à vontade da Lei ou a interpretação da Constituição é o voto do ministro Celso de Mello, que assinala

[...] a interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição. A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria CR, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos



processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea⁶.

Assim, se percebe claramente a postura da Suprema Corte em não apenas interpretar a Constituição e garantir que seus efeitos irradiem sobre o povo, mas também em interpretá-la conforme seja conveniente. Justificando tal postura na “necessidade de mudança” da Lei frente às novas realidades sociais complexas, se impondo através de chama de “legitimidade de adequação”.

Conversando com Cappeletti (1999, pp. 81), tal qual nessa decisão do STF, bem como em outras trazidas nesse trabalho, os juízes e tribunais agem não na qualidade de juízes, mas como legisladores, na medida em que inexistente estreita conexão entre a decisão e o caso concreto.⁷ É tomada de postura política, e não de julgador.

A discussão imperativa aqui presente se dá no sentido de que “desde quando esta é a função do Poder Judiciário e, sobretudo da Suprema Corte?”. No sentido de questionar veementemente essa postura, com indagações como: Qual a legitimidade democrática deste Poder em definir as mudanças de paradigmas sociais necessárias? Aonde se encontra garantida a representatividade efetiva da população no Judiciário para que ele se encha de si para dizer quais as atualizações a serem feitas e definir qual novo direcionamento a ser dado? E ainda, como mensurar, sob a ótica democrática, até onde vai o olhar crítico do judiciário em querer dar respostas diferentes das socialmente convencionadas para as questões da realidade social complexa da sociedade contemporânea?

Enfim, são questões intermináveis, que nos fazem refletir sobre o posicionamento pró-ativo dos tribunais. Considerando que pode sim por vezes essa postura levar ao reconhecimento de direitos de forma mais rápida; todavia, leva também a exacerbação da interferência deste poder na vida do cidadão, sem que este tenha os mecanismos necessários de controle desta atuação coercitiva, por não ser o tal Poder designado para esta função. E, bem como, por se tratar do exercício da jurisdição, o povo não vê ali seu desejo político de fato representado, e por isso

⁶ In HC 91.361, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, *DJE* de 6-2-2009.) Vide: ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 25-8-2005, Plenário, *DJE* de 20-8-2010.

⁷ Seja na ausência de nexos lógicos para decidir conforme o caso concreto, a ser resolvido a pedido de parte, seja na decisão de incidência da declaração de inconstitucionalidade de uma norma.



talvez não seja capaz de dizer até que ponto é positivo essa atuação pró-ativa e quais os limites entre ativismo e tirania.

3 A ATIVIDADE LEGISLATIVA E O PROCESSO DE CRIAÇÃO DA LEI: LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

O Estado para desempenhar sua função jurisdicional, encontra em dois de seus poderes funções distintas, mas intimamente relacionadas, as quais, na esteira de Cintra, Ada e Dinamarco (2003, p. 38):⁸

com a primeira, que é a legislação, estabelece as normas que segundo a consciência dominante, devem reger as mais variadas relações, dizendo que é lícito, atribuindo direitos, poderes, faculdades, obrigações; são normas de caráter genérico e abstrato, ditadas a priori, sem destinação particular a nenhuma pessoa e a nenhuma situação concreta. Com a segunda ordem de atividades jurídicas, consistente na jurisdição, cuida o estado de buscar a realização prática daquelas normas em caso de conflito entre pessoas, declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente ao caso concreto e desenvolvendo medidas para que o preceito seja realmente efetivado.

A compreensão da percepção legitimamente democrática da Lei está no fato dela se dar de forma apriorística, ou seja, a norma geral e abstrata é feita com o fim de atingir a todos que se enquadrarem numa conduta hipoteticamente prevista. Dai surge o princípio da legalidade. E que, por isso, se proíbe tribunais de exceção, por julgar fatos com juízos de valor já realizados, em cima de caso concreto passado.

Nessa esteira, Estado de Direito “não significa que tudo é regulado pela lei, mas, ao contrário, que o poder coercitivo do Estado só pode ser usado em casos por estes definidos de antemão, e de tal maneira que se possa prever o modo como será usado” (HAYEK, 2010, pp. 98). Nesse sentido, o exercício demasiadamente

⁸ Esta definição, encontrada na consagrada obra “Teoria Geral do Processo” é fundamental para o esclarecimento acerca da função dos poderes legislativo e judiciário. O presente trabalho buscando encontrar as interfaces do ativismo judiciário e atividade legislativa consegue esclarecer com esta citação que, no âmbito processual, de forma mais específica, como a relação entre autor, estado e réu, fica prejudicada. Podendo afirmar, assim, que o exercício da jurisdição precisa ser feito de forma distinta: prever aprioristicamente a hipótese normativa e seu consequente, por meio de criação legislativa; e aplicar a norma geral e abstrata casuisticamente. Não sendo assim, apenas uma questão de filosofia jurídica o devido papel específico do legislador e do julgador no exercício jurisdicional, mas também uma questão prática processual. Culminando nesta não distinção na ineficácia de resolver as lides, podendo se questionar até mesmo a efetividade do acesso à justiça por meio judicial, já que é o processo um instrumento de serviço do direito material.



discricionário do juiz, buscando legislar com sua interpretação conforme conveniência fica, portanto, em desacordo com seus poderes e limites axiológicos do Estado Democrático de Direito.

É por meio da análise apriorística, portanto, que se garante o caráter mais justo da lei. Também nesse sentido escreve JOSÉ AFONSO DA SILVA (2009, pp. 108), que “a função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis”. Além de compreender filosoficamente como se dá a construção da lei, como sendo em última análise a vontade do indivíduo, é preciso compreender que ela se dá através de um ambiente socialmente favorável à democracia representativa.

Nesse sentido, a defesa máxima é de que “a lei é a justiça”, como trazido por Bastiat (2010, p. 55),

é sob a lei da justiça, sob o reinado do direito, sob a influência da liberdade, da segurança, da estabilidade e da responsabilidade que cada pessoa haverá de atingir seu pleno valor e a verdadeira dignidade de seu ser. E somente sob a lei da justiça que a humanidade alcançará, lentamente, sem dúvida, mas de modo certo, o progresso, que é o seu destino.

Assim, podendo fazer valer os interesses individuais de forma ainda mais efetiva num contexto de evolução do processo político, o qual vem incorporando outros elementos, além dos tradicionais, que promovem uma relação cada vez mais estreita entre os mandatários e o povo, especialmente os instrumentos de cooperação e expressão da vontade popular, tais como: partidos políticos, sindicatos, associações políticas, comunidades de base, imprensa livre, associações políticas etc., como expressão da cidadania, para além do voto, o qual continua ainda como sendo o pleno exercício da vontade política formal.

Segundo aduz Jevaux (2015, pp. 12) “as sociedades complexas contemporâneas já não legitimam direito (assim como o poder) por verdades invariáveis, mas por meio da participação em certos procedimentos, que funcionam como sistemas sociais sincronizados com os processos de decisão”.

Sob este espectro, a compreensão do princípio da participação popular está para além do voto direito, se dá também de forma indireta⁹, como por exemplo,

⁹ Todavia, numa compreensão mais moderna, já se considerada direita essa participação além do voto, por expressar também de forma expressa a vontade do cidadão.



através de projetos de lei de iniciativa popular, acolhidos no art. 14, II, e regulada no art. 62, § 2º, da CR; de referendo popular, no mesmo art. 14; por plebiscito; de ação popular, contida no rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º, LXXIII, entre outras formas de fazer valer a decisão dos indivíduos na esfera político-formal.

4 A ATUAÇÃO DO JUIZ COMO OPERADOR DO DIREITO: O ATO DE INTERPRETAR

A interpretação do direito está umbilicalmente vinculada ao direito. Como traz HART (2001, pp. 220), “as leis exigem interpretação, se quisermos aplicá-las aos casos para que possam, assim, se tornar normas jurídicas”. Isso significa que o aplicador do direito não pode, nem deve simplesmente ignorar a atividade do legislador no ato de criação daquilo que entende que deve ser o mais correto a ser aplicado, por ser o legislador quando prevê a hipótese normativa, em última instância, a voz representativa do indivíduo, cidadão duma comunidade política constituída.

As discussões política, regra geral, não cabem na atuação do operador do direito. É papel do legislador, *prima facie*, e dos órgãos políticos como um todo (assembleias, organizações estudantis, associação de bairros etc.) fazer as discussões acerca das mudanças de paradigmas políticos. O juiz como agente do Estado no exercício da jurisdição, deve, pois, visar pacificar os conflitos sociais.¹⁰

A grande questão da atuação pró ativa está na interpretação. A atuação judicante é primordialmente um ato de hermenêutica jurídica. E, no contexto de ativismo, obviamente, há interpretações e interpretações. Partindo de decisões de fato já previamente tomadas, se utiliza do texto legal apenas para se conseguir argumentar no sentido daquele posicionamento ser válido. Ou seja, pragmaticamente se quer afirmar certa postura, não resolver os conflitos a fim de pacificação social. A questão, pois, é que a decisão jurisdicional, todas elas, devem partir de um dado bem concreto, com cansativa análise do conflito ali trazido, se basear, então, no texto da lei, e o sentido e o alcance da interpretação final não podem ficar à margem do espírito do mesmo texto. E não do espírito arbitrário do juiz como agente do Estado.

¹⁰ Cit. CINTRA, ADA e DINAMARCO, 2003, p. 41.



O ato de atuação no campo da hermenêutica jurídica se vota na liberdade criativa admitida nos casos em que há ambiguidade e vagueza nos conceitos contidos na lei, devido à imprecisão legislativa, e a ausência de linguagem técnica adequada o qual deve ser sanado pelo juiz.

Nesse delinear se encontra o grande “campo aberto” para que a criatividade do juiz floresça, e de tal forma se não houver limites para essa atuação. Assim, quando decide sem levar em conta as decisões judiciais anteriores, bem como, ante escolhas políticas e experiências, faz valer na ordem pública a sua compreensão privada. E, no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade complexo, incidente e abstrato, cumulado com os princípios gerais ainda mais abstratos, resulta no pleno exercício da arbitrariedade do julgador para decidir não conforme a lei, mas conforme a sua conveniência.

Nesse sentido, se compreende a função jurisdicional em tomar decisões, e que todo homem está sujeito às suas análises de foro íntimo para chegar a conclusões. Todavia, o limite aqui pedido é que no ato interpretativo do operador do direito para aplicação da norma no caso concreto, que ele esteja vinculado, não apenas a lei escrita, mas aos limites axiológicos do Estado de Direito.

Nesse sentido, traz Hart (2001, pp. 337) traz duas características fundamentais para que não se torne arbitrária essa atuação: a primeira de que é sempre tomado com base a resolver conflitos de casos concretos difíceis e, de que por não haver norma existente, o juiz decide de forma mais ligada ao foro íntimo, o que pode gerar posições diferentes no caso de outros julgadores. Isso se difere, mais uma vez, da situação à brasileira, em que não se decide, necessariamente, com base num caso concreto, em que percebe lacuna normativa, para então ser necessário o ato de criação jurisdicional, mas sim através de controle de constitucionalidade da norma, interpretando-a de maneira criativa e, com efeito, *erga omnes*, ou seja, a nova interpretação vincula todos os juízes de piso, isso quando não se transforma em súmula. Verdadeira criação arbitrária.

5 NUANCES ENTRE DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE NA CRIAÇÃO DO DIREITO

É, sobretudo pelas diferenças procedimentais de criação do direito, no que tange principalmente à legitimidade democrática do exercício do Poder, que permite



que o processo de ativismo judicial dos tribunais ao legislarem através de decisões jurisprudenciais, seja questionado e posto a prova. Impondo, pois, limites para esse ato de criação por meio da interpretação criativa.

Na concepção de Hart (2001, pp. 335), deve o juiz exercer o poder discricionário e criar direito para o caso quando “em tais circunstâncias juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito e aplica o novo estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito”. Ou seja, até mesmo na concepção de Hart, em que os juízes têm liberdade criativa para a criação de direito, esta é limitada e não pode ignorar as normas pré-existentes. Algo de todo diferente do conceito empregado aqui de ativismo judicial, em que, como visto em decisões da Suprema Corte o juiz simplesmente ignora a norma pressuposta e do alto da sua soberba arbitrária, portanto, cria novo direito em desacordo com as regras jurídicas sob o prisma de nova interpretação. Nada mais antidemocrático que isso.

Reafirmando, mais uma vez, que o grande problema da interferência desse papel criativo dos juízes se dá no mecanismo com que ele é feito, percebendo que os juízes não têm a capacidade¹¹ de compreender de ofício os problemas da complexa realidade social, proveniente das enormes transformações sociais advindas com a globalização. Justamente porque não são vinculados aos interesses que os representantes estão. Os juízes, pela sua razão de ser, devem julgar e não legislar.

Perguntado se existe mesmo essa necessidade, e em até que ponto a “omissão” legislativa para adequar a realidade da Lei às realidades contemporâneas é mesmo uma omissão, se não pode ser considerada como um ato de escolha de não reconhecer como sendo mutáveis determinadas escolhas políticas. E, ainda, se o legislador como representação popular define de uma forma, um Estado democraticamente instituído respeita essa postura, e não passa a ser governado por juízes. O que se tem, na visão deste trabalho, percebido, é a comumente defesa dessa interpretação criativa como nada mais que uma soberba jurídica. No sentido de se entender como “seres iluminados” para definir os rumos do progresso social e, *ex cathedra*, o que é melhor para todos.

¹¹ Capacidade no sentido de competência institucional, e não capacidade cognitiva.



Tamanha é essa soberba de poder que, desde Locke, a compreensão da divisão dos poderes se dá não meramente de forma a garantir o pleno funcionamento formal do Estado, mas também para dirimir a atuação do agente estatal pelo desprazer que o cúmulo do poder traz, e nesse sentido,

como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo.” (LOCKE, p. 72).

A justificativa ao encontro da própria vontade, como previsto por Locke, é o que acontece nas decisões política dos tribunais. Como no caso em que o STF em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político, se utilizando, pois, de princípios vagos para afirmar sua postura, como legislador.

Segundo Barroso (2009, p. 10), três são os grandes riscos trazidos pela judicialização e, sobretudo, com o ativismo judicial no Brasil. As críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

O que se sabe, e isto é fato, que pelo princípio da inércia da jurisdição, a corte apenas vem decidindo porque a ela em chegado esses casos para resolução. O poder judiciário não está saindo se seus tribunais e indo atrás de problemas e casos para decidir, isso é fato. Esse ponto, pois, precisa ser considerado sobre outra ótica, não apenas pela lente cega de ignorar o posicionamento ativista do judiciário sob o ponto de vista formal como “ele está apenas dando repostas ao imperativo de movimentação através das lides que a ele vem chegando”. Essa justificativa normativista pura, clara daqueles que se pretendem ao extremo formalismo marcado pela escola de tradição positivista, não poder unicamente e ser em si considerado.

E, o que mais chama atenção é que justamente na maioria das vezes, aqueles que se pretendem se munem deste argumento o fazem, na verdade, por oportunismo político. De fato, regra geral não crê que é apenas atuação da autoridade legítima e competente criando o direito. Criticam esta tese pura, mas a utilizam para justificar os posicionamentos dos tribunais ativistas, pela ótica



pragmática, ou seja, como forma mais rápida, talvez, de ver garantido determinado direito, ou ainda, de fazer 'evoluir' a perspectiva de certos paradigmas, trazendo novas compreensões e justificativas jurídicas para a interpretação da Lei, como forma de progressismo judicial.

Em crítica a esta postura, Dworkin salienta sobre os males do pragmatismo do ativismo judicial para as sociedades democráticas:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima (DWORKIN, 1999, p. 451-452).

Nesse sentido, é preciso que se faça o questionamento: se, mesmo que, pragmaticamente, essa conquista de novos direitos vem sendo garantida, se fazendo interpretações conforme a Constituição e não interpretações da Constituição, qual a real efetividade, no que diz respeito à segurança jurídica na conquista e consolidação destes direitos no campo da mudança de paradigmas na sociedade civil? E, mais ainda, até quanto usaremos atalhos para fazer com que determinadas vozes e compreensões de mundo sejam garantidas e feitas às vozes válidas?

O que se vê, pois, é que os organismos institucionais criados para o debate político mais tangível possível, como a casa do povo, o Congresso Nacional, com todos os mecanismos de participação popular institucionalmente previsto, como as comissões, o plenário, as propostas de projetos por iniciativa popular, e ainda mais com audiências públicas, criadas para ouvir o cidadão, perdendo valor para as conquistas e afirmações de direitos e garantias individuais, e tememos que, com o tempo, não se tornem, de fato, mecanismos de participação popular para efetivação da vontade daqueles que fazem parte da comunidade política brasileira.

A questão filosófica presente na atuação demasiadamente discricionária, e por vezes arbitrária dos juízes leva, a ponto e fio, no que chamamos de sociedade do governo dos juízes. E isso, por mais que hoje, por grupos de minorias que levam aos tribunais suas demandas esperando decisão capaz de obrigar a aceitar aquilo que pensam frente à maioria, se torna um governo tirano e monocrático. Isto é, se



consegue, sim, que determinado direito seja declarado ou reconhecido, através de criatividade argumentativa inconcebível, mas se vai, pouco a pouco, dando mais poder a voz a um juiz, que a comunidade política como um todo.

A ideia de um Estado Democrático de Direito composto por Poderes “independentes e harmônicos”, como previsto no art. 2º da Constituição da República, pressupõe atuação previamente definida, no sentido da elaboração de uma política de Estado garantidora das liberdades individuais, e isso significa participação dos indivíduos na tomada de decisões. Algo que, em sentido estrito de afirmação de conquistas políticas e de direitos se dá no legislativo, e não pelos tribunais.

Nesse sentido, quando não ocorre essa separação de Poder, podemos ver uma atrofia do Poder, classicamente como acontece com o executivo, nos casos políticos vistos, de tirania e ditaduras. Todavia, não somente àquele; percebendo a tripartição dos poderes e suas funções afins, depositar toda confiança no Poder Judiciário para resolver as questões mais complexas da sociedade, como vem acontecendo, pode levar também à atrofia deste Poder, de caráter também, pois, tirano e ditatorial. E, como é claro e notório, derrubar e limitar a atuação do Poder do Estado quando este não mais se volta ao seu povo, que pode cobrar fazer valer sua vontade, é muito mais complexo e difícil.

6 CONCLUSÃO

Levando em conta o exposto, as considerações finais se vão no sentido de afirmar que o grande problema desse governo dos juízes está no seu caráter de ausência de legitimidade democrática para tamanha atuação criativa e demasiadamente discricionária. É preciso que se compreenda de não ser este o Poder competente e legítimo para as lutas políticas, tas quais se configuram nas esferas da representação. Pois, percebam, é por essa característica representativa legítima do parlamento que garante a ele que a pressão popular sob ele exercida o faça se movimentar; bem como, faz com que se tenha controle muito maior no limite das suas posturas e deliberações.

O poder judiciário não tem esses mecanismos, e nem pode tê-los, sob pena de se perder a função e a confiança de resolver as lides com o foco na paz social.



Não podemos exercer a mesma pressão política sob este Poder. Porque, pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, o juiz decide justamente com base nas provas produzidas pelas partes, e não apenas sob a ótica de sua postura individual ou de certo grupo de pressão. Por esta razão, tirar esse caráter, é nos direcionar no sentido de que não tenhamos nem uma sociedade democraticamente estável na defesa dos interesses individuais bem debatidos e representados, nem uma sociedade justa, no âmbito de o Poder Judiciário não ser legítimo e imparcial para voltar-se às provas, não sendo confiável assim, para resolver os conflitos inerentes a toda sociedade civilizada.

7 REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2015.
- BASTIAT, Frédéric. **A Lei**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil. 3. ed. 2010.
- BRASIL. CNJ. Resolução 175, de 13 de maio de 2013 do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 23 out. 2015.
- CAPPELETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, reimpressão, 1999.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HART, L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 3. ed. 2001.
- HAYEK, F. A. **O caminho da servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 6ª ed, 2010.
- JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teorias do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado do Governo Civil**. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_tratado_Sobre_O_Governo.pdf>. Acesso em: 23 out. 2015.



MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica Virtual. Brasília**, vol. 1, n. 4, ago/1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm>. Acesso em: 22 out. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.



REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS

Chamada permanente para submissão de Artigos, Resenhas e Ensaios para o Periódico *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (QUALIS B.1)

Invitación permanente a publicar Artículos, Reseñas y Ensayos en la Revista *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (QUALIS B.1)

Permanent call for Articles, Reviews and Essays for the publication *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (Constitution, Economics and Development: Law Journal of the Brazilian Academy of Constitutional Law) (QUALIS rank: B.1)

A Revista *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (QUALIS B.1, ISSN 2177-8256, disponível em <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), com periodicidade semestral, recebe artigos, resenhas e ensaios inéditos em português, inglês, espanhol, francês e italiano para a publicação, de acordo com as informações abaixo.

Buscando ampliar a internacionalização e excelência da Revista, será priorizada a publicação de trabalhos escritos em língua inglesa e submetidos por autores com Doutorado.

Cordialmente,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsável (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente (rafael@abdconst.com.br)



La Revista ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (QUALIS B.1, ISSN 2177-8256, disponible en <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), con periodicidad semestral, recibe artículos, reseñas y ensayos inéditos en portugués, inglés, español, francés y italiano para publicación, de acuerdo con las informaciones que se mencionan más abajo.

Para hacer la revista más internacional y ampliar su excelencia será priorizado la publicación de trabajos escritos en lengua inglesa y sometidos por autores con Doctorado.

Un cordial saludo,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsable (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente (rafael@abdconst.com.br)

The Law Journal ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (QUALIS B.1, ISSN 2177-8256, available at <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), published every semester, receives original articles, reviews and essays in Portuguese, English, Spanish, French and Italian to be published, according to the information below.

In order to further internationalize Journal and increment its editorial quality papers submitted in English or by authors with PhD will be favored in publishing.

Cordially,

Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto – Assistant Editor (rafael@abdconst.com.br)

Português - Linha Editorial: o periódico científico ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** publica artigos, resenhas e ensaios inéditos nos âmbitos da teoria e da dogmática jurídica, privilegiando a perspectiva transdisciplinar e comparada, assim como de outros saberes, sobre Constituição, Economia e Desenvolvimento.



Missão: A missão da *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* é incentivar a produção de estudos das relações jurídico-constitucionais com a prática e o pensamento econômicos a partir da perspectiva democrática e da efetivação dos direitos fundamentais. Ainda, visa fomentar as discussões acadêmicas sobre o desenvolvimento econômico, jurídico, humano e social e uma leitura crítica da Escola *Law and Economics*.

Avaliação dos Artigos: Os artigos, resenhas e ensaios são analisados pelo Editor Responsável, primeiramente, para verificar a pertinência com a linha editorial da Revista. Posteriormente, é feito o *Double blind peer review*, ou seja, os trabalhos científicos são remetidos a dois professores-pesquisadores doutores, sem a identificação dos autores, para a devida avaliação de forma e de conteúdo. Quando houver um parecer pela aprovação e outro pela reprovação do artigo, poderá haver a submissão a terceiro parecerista para desempate, depois de exame pelo Editor Encarregado. Após a análise pelos pareceristas, o Editor Responsável informará aos autores o parecer negativo pela publicação ou requererá as alterações sugeridas pelos pareceristas. Neste caso, os autores deverão realizar as modificações e, a partir das alterações feitas, o Editor Responsável emitirá a opinião pela publicação ou não do texto. Em cada número poderão ser publicados até dois trabalhos (20% do total) de autores convidados, selecionados pelo Editor Responsável, de autoria de pesquisadores estrangeiros ou nacionais de grande renome com especial pertinência temática com a revista. Dentre os trabalhos aprovados, por política editorial de internacionalização e excelência, haverá preferência de publicação de trabalhos escritos em língua inglesa, trabalhos submetidos por autores com doutorado e trabalhos com coerência temática no número do periódico.

Gratuidade de submissão: O periódico não cobra nenhum valor, taxa ou preço para submissão ou publicação dos trabalhos submetidos. O processo editorial e a publicação são totalmente gratuitos.

Envio dos Trabalhos Científicos: todos os artigos, resenhas e ensaios deverão ser enviados para o Conselho Editorial da **Revista Constituição,**



Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, com o cadastro no sistema na página da Revista: <<http://www.abdconst.com.br/revistaabdconst>>.

Cessão de Direitos Autorais e Termo de Responsabilidade: Os autores, ao submeterem seus trabalhos, aceitam plenamente o conteúdo do termo de cessão de direitos autorais, obrigando-se a assinar a via disponível no site, o que implica na transferência integral e não-onerosa dos direitos patrimoniais de seu trabalho à Revista. Os autores também assinarão termo de responsabilidade em relação ao conteúdo do trabalho e atestam que o trabalho submetido é inédito e não foi veiculado em outro periódico e que foram tomadas todas as precauções e procedimentos éticos cabíveis no curso da pesquisa.

Identificação dos autores: Os autores devem se identificar inscrevendo seu nome completo logo abaixo do título do artigo. Cada nome deve ocupar uma linha e possuir nota de rodapé com a qualificação completa do autor. A qualificação do autor deve obrigatoriamente conter: o vínculo institucional (instituição, cidade e estado) do autor e dados para contato (preferencialmente e-mail). Caso a pesquisa tenha sido realizada com financiamento de instituição pública ou privada, o vínculo deve ser indicado na última linha da qualificação.

Regras e exame por comitê de ética: Os autores devem obrigatoriamente atender todas as regras éticas de suas respectivas áreas e da pesquisa científica. Os trabalhos serão excluídos do processo de avaliação caso seja constatada alguma violação na ética da pesquisa científica. Se os trabalhos foram desenvolvidos no Brasil, deve-se observar a Resolução n. 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde. Nas pesquisas que envolvam dados pessoais, sigilosos, entrevistas, interação ou intervenção com seres humanos, ou qualquer experimentação e análise que por lei ou regulamento exija parecer ético, o Autor deverá submeter previamente o trabalho para análise da observância das regras sobre ética na pesquisa e, nos trabalhos desenvolvidos no Brasil, os procedimentos de pesquisa necessitam ser analisados por Comitês de Ética cadastrados no



sistema CEP/CONEP. O parecer ou autorização do comitê deverá ser submetido em conjunto com o trabalho.

Principais Normas Editoriais de Formatação: os trabalhos serão redigidos em português, espanhol, inglês, francês ou italiano e digitados em processador de texto Word.

Fonte para o corpo do texto: Times New Roman tamanho 13;

Fonte para as notas de rodapé e citações longas de mais de 3 linhas: Times New Roman tamanho 11;

Entrelinhamento para o corpo do texto: 1,5;

Entrelinhamento para as notas de rodapé e citações longas: 1,0;

Preferência ao uso da terceira pessoa do singular;

Estilo utilizado nas palavras estrangeiras: itálico;

Estilo utilizado para destacar palavras do próprio texto: negrito;

Número de páginas: no mínimo 10 e no máximo 30 páginas, justificado e com páginas não numeradas, podendo a juízo do Editor Responsável ser publicado artigo com mais de 30 páginas.

Normas Editoriais de Estrutura do Texto: os artigos, resenhas e ensaios deverão conter os elementos abaixo:

Cabeçalho: título, subtítulo, nome do(s) autor(es) – o número máximo de autores é três;

Título: deve ser claro e objetivo, podendo ser complementado por um subtítulo separado por dois pontos, em fonte maiúscula e minúscula, em negrito e centralizado;

Nome do(s) autor(es): indicação por extenso depois do título, alinhado à esquerda;

Créditos: qualificação e endereço eletrônico do(s) autor(es), em nota de rodapé;

Resumo: síntese do conteúdo do artigo de 100 a 250 palavras, incluindo tabelas e gráficos, em voz ativa e na terceira pessoa do singular e localizado antes



do texto (ABNT – NBR 6028); expressar na primeira frase do resumo o assunto tratado, situando no tempo e no espaço; dar preferência ao uso da terceira pessoa do singular; ressaltar os objetivos, métodos, resultados e as conclusões do trabalho;

Resumo em outra língua: nos textos em português e espanhol, será apresentado um resumo em inglês. O Editor Responsável providenciará, caso os autores não encaminhem, a tradução do resumo, título e palavras-chave, bem como a correção gramatical e ortográfica;

Palavras-chave: até 5 (cinco) palavras significativas que expressem o conteúdo do artigo, escritas em negrito, alinhamento à esquerda, separados por ponto e vírgula ou ponto;

Palavras-chave em outra língua: nos textos em português e espanhol, serão apresentadas palavras-chave em inglês.

Sumário: informação das seções que compõem o artigo, numeradas progressivamente em algarismo arábico;

Texto do artigo: deverá apresentar como partes uma introdução, desenvolvimento e conclusão, antecedida pelo resumo, resumo em outra língua (português e espanhol), palavras-chave e palavras-chave em outra língua (português e espanhol);

Citação, notas de rodapé e referências bibliográficas: deve-se seguir a ABNT – NBR 10520. As referências bibliográficas completas devem ser apresentadas no final do texto;

Anexo: material complementar ao texto, incluído ao final apenas quando indispensável;

Tabelas ou gráficos: devem ser adotadas as “normas de apresentação tabular” publicadas pelo IBGE. O corpo editorial pode alterar a estrutura formal do texto para adequá-lo às regras editoriais da Revista.

Política de acesso: Constituição Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional” é um periódico acadêmico de livre acesso especializado em direito constitucional, economia e ciência política. Ele é mantido pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), uma associação sem fins lucrativos. Todas as edições estão disponíveis gratuitamente no sítio do periódico, seguindo as diretrizes da Budapest



Open Access Initiative (BOAI). O periódico utiliza a licença Creative Common CC BY, que autoriza a difusão e adaptação do material, requerendo “que você cite corretamente a fonte e indique todas as alterações realizadas” e “que você pode usá-la de qualquer modo razoável, exceto de modo a indicar que o licenciante endossou o seu uso.

Conselho Editorial: Editor Responsável Ilton Norberto Robl Filho (Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Professor da UFPR e do IDP, Vice-Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR, Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR, Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR).

Membros do Conselho Editorial: Antonio Carlos Wolkmer (Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC), Antônio José Avelãs Nunes (Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor *Honoris Causa* da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra), Eroulths Cortiano Junior (Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR e Doutor em Direito pela UFPR), Fábio Nusdeo (Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP), Flávio Pansieri (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR e Presidente do Conselho Fundador da ABDConst. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC), Ingo Wolfgang Sarlet (Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemanha. Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS); Luís Fernando Sgarbossa (Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS); Marco Aurélio Marrafon (Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR), Marcus Firmino Santiago (Professor do Instituto Brasileiro de Direito Público), Mariana Mota Prado (Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale), Ricardo Lobo Torres (Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF) e Sabina Grabowska (Professora de Direito na Universidade de



Rzeszow, Polônia. Doutora pela universidade de Rzeszow e Pós-doutora pela Universidade de Lublin).

Español - Línea Editorial: la publicación periódica científica ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** edita artículos, reseñas y ensayos inéditos en los ámbitos de la teoría y de la dogmática jurídica, privilegiándose la perspectiva transdisciplinar, así como de otros saberes relacionados con la Constitución, Economía y el Desarrollo.

Misión: La misión de *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* es incentivar la producción de estudios en torno de las relaciones jurídico-constitucionales con la práctica y el pensamiento económicos desde la perspectiva democrática y de la efectividad de los derechos fundamentales. Asimismo, fomenta los debates académicos sobre el desarrollo económico, jurídico, humano y social y a una lectura crítica de la Escuela *Law and Economics*.

Evaluación de los Artículos: Los artículos, reseñas y ensayos son analizados primeramente por el Editor Responsable para verificarse la adecuación del trabajo a la línea editorial de la Revista. Posteriormente se realiza una evaluación *blind peer review* que consiste en la remisión de dichos trabajos científicos a dos profesores-investigadores doctores, sin que conste la identificación de los autores, para someterlos a la revisión de la forma y del contenido. Cuando ocurrir un parecer por la aprobación y otro por la reprobación del trabajo, podrá haber sumisión a tercer parecerista para desempate, después de examen por lo editor jefe. Tras el análisis de los evaluadores, el editor jefe les informará a los autores el parecer negativo para la publicación o les solicitará los cambios sugeridos por los evaluadores. En este caso, los autores habrán de realizar las rectificaciones pertinentes y lo editor jefe emitirá una opinión para la publicación o no del texto. En cada volumen podrán ser publicados dos trabajos (20% del total) de autores invitados, seleccionados por lo editor jefe, escritos por investigadores extranjeros o nacionales de gran renombre con especial pertinencia de tema con la Revista. Entre los trabajos aprobados, en acuerdo con la política editorial de internacionalidad y



qualidad, habrá orden de preferencia de publicación, de trabajos escritos en lengua inglesa, sometidos por autores con doctorado y trabajos pertinencia temática en el número del periódico.

Gratuidad de sumisión: Lo periódico no cobra ningún valor para la sumisión o publicación de los trabajos sometidos. Lo proceso editorial y la publicación son totalmente gratuitos.

Envío de los Trabajos Científicos: todos los artículos, reseñas y ensayos deberán ser enviados al Consejo Editorial de la *Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, con el registro en el sistema en el sitio de la Revista: <<http://www.abdconst.com.br/revistaabdconst>>.

Transferencia de derechos de autor y declaración de responsabilidad: Los autores deben obligatoriamente someter conjuntamente con sus trabajos termo de transferencia de derechos de autor, que implica en la transferencia gratuita de los derechos patrimoniales de su trabajo a la Revista. Los autores también someterán declaración de responsabilidad registrando que lo trabajo es inédito y no fue publicado en otro periódico, que no existe conflicto de intereses del autor con lo tema abordado o la pesquisa y que fueran tomadas todas las precauciones y procedimientos éticos pertinentes a la realización de la pesquisa.

Identificación de los autores. Los autores deben identificarse por su nombre completo abajo del título del artigo. Cada nombre debe ocupar una línea y contener referencia con la cualificación completa del autor. La cualificación del autor debe obligatoriamente contener: la afiliación completa de todos los autores (instituto de ensino, ciudad, estado y país) y dados para contacto (endereço, teléfono o e-mail). Caso la pesquisa tenga realizándose con financiamiento o ayuda de alguna institución pública o privada, lo vínculo debe ser informado en la última línea de la cualificación.



Reglas y examen por comité de ética: Los autores son obligados a cumplir todas las reglas éticas de sus áreas y de la pesquisa científica. Los trabajos serán excluidos de lo proceso de evaluación caso sea constatada alguna violación de la ética de la pesquisa. Se los trabajos desenvueltos son en Brasil, debe-se obedecer la Resolución n. 466/2012 de lo Consejo Nacional de Salud. En las pesquisas que envuelvan dados personales, sigilosos, entrevistas, interacción o intervención con seres humanos, o cualquier experimento y análisis que por ley o reglamento necesite de parecer ético, lo autor deberá someter previamente lo trabajo para la análisis de observancia de las reglas éticas sobre la ética en pesquisa y, en los trabajos desenvueltos en Brasil, los procedimientos de pesquisa necesitan de análisis por los Comitês de Ética registrados en lo sistema CEP/CONEP. Lo parecer o autorización de lo comité deberá ser sometido junto con lo trabajo.

Principales Normas Editoriales y su Formato: los trabajos deberán estar redactados en portugués, español, inglés, francés o italiano y digitalizados en procesador de texto Word.

Fuente para el cuerpo del texto: Times New Roman tamaño 13;

Fuente para las notas a pie de página y para las citas textuales, cuando sean superiores a 3 líneas: Times New Roman tamaño 11;

Interlineado para el cuerpo del texto: 1,5;

Interlineado para las notas a pie de página y citas textuales largas: 1,0;

Se da preferencia al uso de la tercera persona del singular;

Estilo de fuente para palabras extranjeras: cursiva;

Estilo de fuente para destacar las palabras dentro del propio texto: negrita;

Número de páginas: no inferior a 10 y no superior a 30 páginas, justificado y con páginas no enumeradas, el artículo cuya extensión supere las 30 páginas podrá ser publicado si el Editor Responsable lo juzga conveniente.

Normas Editoriales para la Estructura del Texto: los artículos, reseñas y ensayos deberán contener los siguientes elementos:

Encabezado: título, subtítulo, nombre del autor o autores – el número de autores no deberá exceder de tres;



Título: debe ser claro y objetivo y puede ser complementado por un subtítulo separado por dos puntos, en fuente mayúscula y minúscula, en negrita y centralizado;

Nombre del autor o autores: completo después del título, alineado a la izquierda;

Créditos: cualificación académica y dirección de correo electrónico del autor o autores que hayan sido informados debajo del nombre;

Resumen: síntesis del contenido del artículo de entre 100 a 250 palabras, incluyendo tablas y gráficos, en voz activa y en tercera persona del singular y colocado antes do texto (ABNT – NBR 6028); se deberá expresar en la primera frase del resumen el asunto de que se trata, situándolo en el tiempo y en el espacio; dársele preferencia al uso de la tercera persona del singular y resaltar los objetivos, métodos, resultados y las conclusiones del trabajo;

Resumen en otro idioma: los textos redactados en portugués y en español, deberán presentarse acompañados de un resumen en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el Editor Responsable se encargará, en caso de que no lo hagan ellos, de providenciar la traducción del resumen en portugués;

Palabras-clave: hasta 5 (cinco) palabras significativas que expresen el contenido del artículo, escritas en negrita, alineadas a la izquierda, separadas por punto y coma o punto;

Palabras-clave en otro idioma: los textos en portugués y español, vendrán acompañados de las palabras-clave en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el editor responsable se encargará de providenciar, en caso de que no lo hagan, la correspondiente traducción de las palabras-clave en portugués;

Sumario: la información de las secciones que componen el artículo, deberán ir numeradas en guarismo arábigo por orden de aparición en el texto;

Texto del artículo: tendrá que presentar como partes: una introducción, el desarrollo y la conclusión, antecedida por el resumen, resumen en otro idioma (portugués y español), palabras-clave y palabras-clave en otro idioma (portugués y español);



Citas, notas a pie de página y referencias bibliográficas: ABNT – NBR 10520. Las referencias bibliográficas completas se deberán colocar al final del texto;

Anexo: material complementario al texto se incluirá al final apenas cuando sea indispensable;

Tablas o gráficos: los datos deben adoptar las “normas de presentación tabular” publicadas por el IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística). El editor puede cambiar la estructura formal del texto para adecúalo a las reglas editoriales de la Revista.

Política de acceso libre: “Constituição Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional” es un periódico académico especializado en derecho, economía y ciencia política. Es administrado por la Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), una asociación sin finalidad lucrativa. Todos los números son disponibles sin costos en lo sitio de lo periódico, con uso de las reglas del Budapest Open Access Initiative (BOAI). Lo periódico utiliza la Creative Common CC BY license, que permite la difusión y adaptación del material, con obligación de “atribuir lo debido crédito, crear un link para la licencia y indicar los cambios” y “es autorizado los cambios, pero no en cualquier manera que sugiera que lo licenciamiento endosa su uso”.

Consejo Editorial: Editor Responsable Ilton Norberto Robl Filho. Coordinador de Investigación y de los Grupos de Estudio Nacionales en la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor de la Licenciatura en Derecho de la UFPR y del IDP, Abogado Miembro de la Comisión de Enseñanza Jurídica de la OAB/PR (Colegio de Abogados de Brasil/ Paraná), Doctor, con grado de Maestría y Licenciado en Derecho por la UFPR (*Universidade Federal do Paraná*).

Miembros del Consejo Editorial: Antonio Carlos Wolkmer. Profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la UFSC (*Universidade Federal de Santa Catarina*) y Doctor en Derecho por la UFSC. Antônio José Avelãs Nunes. Profesor Catedrático de la *Faculdade de Direito de Coimbra*, Doctor *Honoris Causa* por la UFPR y Doctor en Derecho por la *Faculdade de Direito de Coimbra*. Eroulths Cortiano Junior. Profesor del Programa de Posgrado y de la Licenciatura en Derecho



de la UFPR y Doctor en Derecho por la UFPR. Fábio Nusdeo. Profesor Titular de la *Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP (Universidade de São Paulo)* y Doctor en Economía por la USP. Flávio Pansieri (Profesor de la Pontificia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR, Presidente del Consejo Fundador de la ABDConst. Doctor em Derecho por la Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC). Ingo Wolfgang Sarlet (Doctor en Derecho por la Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemania. Professor de la Faculdade de Direito da Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS); Luís Fernando Sgarbossa (Doctor en Derecho por la Universidade Federal do Paraná – UFPR. Profesor de la Faculdade de Direito de la Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS). Marco Aurélio Marraffon. Presidente dela *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor de la Facultad de Derecho dela UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor em Derecho por la UFPR. Marcos Augusto Maliska. Profesor del Curso de Maestría en Derecho dela Unibrasil y Doctor en Derecho por la UFPR. Marcus Firmino Santiago es Profesor en lo Instituto Brasileiro de Direito Público y Doctor en Derecho por la UGF (*Universidade Gama Filho*). Mariana Mota Prado es Profesora en la Facultad de Derecho dela Universidad de Toronto y Doctora en Derecho por la Universidad de Yale. Ricardo Lobo Torres. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor en Filosofía por la UGF (*Universidade Gama Filho*) y Sabina Grabowska (Profesora de Derecho em la Universidade de Rzeszow. Doctora por la Universidad de Rzeszow e Pos-doctora por la Universidade de Lublin).

English - Editorial line: the Law Journal *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* publishes unpublished articles, reviews and essays within the ambit of law theory and dogmatism, especially with the transdisciplinary perspective, as well as other knowledge areas, about Constitution, Economics and Development.

Mission: The mission of *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* is to encourage the production of studies on constitutional law relations with the economical practice and thinking, from the democratic perspective and the stating of fundamental rights. Yet, it



motivates academic discussions on economic, law, human and social development and a critical reading of the School of Law and Economics.

Evaluation of Articles: Articles, reviews and essays are firstly analyzed by the Chief Editor to verify if they are pertinent to the Law Journal editorial line. Then, they are sent for blind peer review – scientific works are sent to two PhD professors-researchers, with no author identification, to evaluate structure and content. If one professor suggests publication and the other rejects the paper, a third professor may be called on for a final decision, after the examination of the Chief Editor. After the professors' analysis, the chief editor will inform the authors of negative opinions or will require suggested changes. In this case, authors shall make the necessary adjustments and the Chief Editor will decide over the publication of the text. Each edition may contain at least two papers (20% of the total) written by invited authors, selected by the Chief Editor, written by international and nationally renowned authors with special thematical relevance to the Journal. After the selection of the article, in accordance to editorial policy of international excellence, papers will be published in an order of preference taking in account papers written in English, papers submitted by authors with doctorate degrees and pertinence with the theme of the given number of the journal.

Submission Fees: The publication does not charge any fees or prices for the submission or publication of sent papers. The editorial process and publication are totally free of costs.

Submission of Scientific Papers: Every article, review and essay should be sent to Editorial Council of the *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* with the registration in the Journal's system on the page: <http://www.abdconst.com.br/revistaabdconst>

Transfer of copyright and declaration of responsibility: Authors must submit along with their papers a term of copyright transfer, transferring without cost the patrimonial rights of his work to this journal. The authors must also sign a



declaration of responsibility stating that the submitted paper is unpublished and was not approved for publishing in other journals and that there is no conflict of interests of the author over the research theme or procedures, and that all ethical precautions were taken in the course of the research.

Identification of the authors: Authors must identify themselves by their complete name inscribed under the title of the paper. Each name must take up one line and contain a reference with the institutional affiliation of the author. The institutional affiliation of the author must contain: complete institutional description of the all authors (university, city, state and country) as well as contact information (address, telephone or e-mail). If the research was financed by any private or public institutions the disclosure must be made in the last line of the author's affiliation.

Rules for submission to ethics committees: Authors are obliged to follow all ethical rules of their respective areas and those of scientific research. Papers will be excluded from the evaluation process if any violation of ethics in research is found. If the research is developed in Brazil must follow Resolution n. 466/2012 of the Conselho Nacional de Saúde. Research that involves personal data, secretive data, interviews, interaction with human beings, and any experiment or analysis that by law or regulation must have ethical approval, it must be previously submitted to ethical analysis by a committee. Research developed in Brazil must submit themselves to analysis by the Committees registered in the CEP/CONEP system. The authorization or opinion must be submitted with the paper.

Main Editorial Rules for Formatting: Works must be written in Portuguese, Spanish, English, French or Italian in a Microsoft Word document.

Main text font: Times New Roman, size 13

Font for footnotes and long quotations (more than 3 lines): Times New Roman, size 11

Main text line spacing: 1.5

Footnotes and long quotations line spacing: 1.0

Preferably written in third person singular



Foreign words style: italics

Text highlighted words style: bold

Number of pages: minimum of 10 and maximum of 30 pages, justified text with un-numbered pages; Chief Editor may publish articles with more than 30 pages.

Editorial Rules for Text Structure: Articles, reviews and essays should have the following parts:

Heading: title, subtitle, name of the author(s) – maximum of three authors

Title: It should be clear and objective, and it may be complemented by a subtitle separated by colon, in upper and lower case, in bold and center aligned

Name of the author(s): indicated after the title, left aligned

Credits: qualifications and authors' emails below the names

Abstract: synopsis of the article contents from 100 to 250 words, including tables and graphics, in active voice and third person singular, before the text (ABNT – NBR 6028); it should express the subject in the first sentence of the abstract, determining time and space; preferably written in third person singular; it should highlight objectives, methods, results and conclusions of the work

Abstract in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be an abstract in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the abstract translation to Portuguese – if authors do not send it

Key-words: up to 5 (five) significant words that express the content of the article, written in bold, left aligned, separated by semicolon or dot

Key-words in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be key-words in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the key-words translation to Portuguese – if authors do not send it

Summary: information about the article sections, progressively numbered in Arabic numerals

Article text: it should present an introduction, main text and conclusion – after the abstract, abstract in other language (Portuguese and Spanish), key-words and key-words in other languages (Portuguese and Spanish)



Quotations, footnotes and bibliographic references: ABNT – NBR 10520. Complete bibliographic references should be presented at the end of the text

Appendix: material to complement the text, included at the end if necessary

Tables or graphics: refer to “*normas de apresentação tabular*” (tabular presentation rules), published by IBGE.

The Editor may change the formal structure of the text to harmonize it to the editorial rules of the Journal.

Open Access Statement: Constituição Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional” is an open access academic journal that specializes in constitutional Law, economy and political sciences. It is maintained by the Brazilian Academy of Constitutional Law (ABDConst) a non-profit society. All issues and articles are available free of charge on the journal’s website, following Budapest Open Access Initiative (BOAI) guidelines. The journal utilizes a Creative Common CC BY license, that allows sharing and adapting the material, stating that "you must give appropriate credit, provide a link to the license, and indicate if changes were made" and "You may do so in any reasonable manner, but not in any way that suggests the licensor endorses you or your use.

Editorial Council: Chief Editor Ilton Norberto Robl Filho, Professor of the Graduation in Law at UFPR and at IDP, Lawyer Member of the Law Education Commission at OAB/PR, PhD, Master and Bachelor in Law from UFPR).

Editorial Council Members: Antonio Carlos Wolkmer (Professor of the Post-Graduation Program in Law at UFSC and PhD in Law from UFSC), António José Avelãs Nunes (Full Professor at Coimbra Faculty of Law, PhD *Honoris Causa* from UFPR and PhD in Law from Coimbra Faculty of Law), Eroulths Cortiano Junior (Professor of the Program of Post-Graduation and Graduation in Law at UFPR, and PhD in Law from UFPR), Fábio Nusdeo (Full Professor at Largo São Francisco Faculty of Law – USP and PhD in Economics from USP), Flávio Pansieri (Professor at Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR, President of the Founding Concil of ABDConst. PhD in Law from Universidade Federal de Santa Catarina –



UFSC), Ingo Wolfgang Sarlet (PhD in Law by Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Germany. Professor of Law in Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS); Luís Fernando Sgarbossa (PhD in Law by Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor in of Law in Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS); Marco Aurélio Marrafon (President of the Brazilian Academy of Constitutional Law, Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Law from UFPR); Marcos Augusto Maliska (Professor of the Master course in Law at Unibrasil and PhD in Law from UFPR); Marcus Firmino Santiago (Professor of Law at Instituto Brasileiro de Direito Público and PhD in Law from UGF); Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho), Mariana Mota Prado (Professor of Law at Toronto University and PhD in Law from Yale University); Ricardo Lobo Torres (Full Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Philosophy from UGF) and Sabina Grabowska (Law Professor at the University of Rzeszów. PhD from the University of Rzeszów post-PhD from the University of Lublin)

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167
E-mail: abdconst@abdconst.com.br
Editoração e Design Gráfico: Karla Knihs – karla.kariny@gmail.com