

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional



Volume 7 | Número 12 | Janeiro/Junho 2015

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.
Pidese 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. 7, n. 12 (jan./jun. 2015) - Curitiba: 2015
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 UPF. Vice-Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR. 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. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR.

Editor Assistente

Rafael dos Santos-Pinto

Graduado em Direito pela UNESP, Mestre em Direito pela UFPR e Doutorando na UFPR. Professor de Direito Empresarial na Faculdade Dom Bosco – Curitiba/PR.

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, Secretário 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

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

Marcos Augusto Maliska

Professor do Mestrado em Direito da Unibrazil e Doutor em Direito pela UFPR

Marcus Firmino Santiago

Professor do Curso de Direito das Faculdades Espan/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

Ricardo Lobo Torres

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

Conselho de Pareceristas da Revista da ABDConst

Abraão Soares Dias dos Santos Gracco
Aldo Muro Júnior
Alexandre Coutinho Pagliarini
Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia
Alexandre Hamilton Oliveira Santos
Alexandre Morais da Rosa
Alexandre Walmott Borges
Alvaro Borges de Oliveira
Alvaro de Oliveira Azevedo Neto
Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci
André Luiz Costa-Corrêa
Andrea Boari Caraciola
Angela Issa Haonat
Ângela Maria Cavalcanti Ramalho
Antonio Baptista Gonçalves
Antonio Celso Baeta Minhoto
Antonio Gomes Moreira Maués
Braulio de Magalhães Santos
Carla Izolda Fiuza Costa Marshall
Carlos Bolonha
Carlos Victor Nascimento dos Santos
Carolina Alves Vestena
Cátia Rejane Liczbinski Sarreta
Célia Barbosa Abreu
Christiane De Holanda Camilo
Cláudia Luiz Lourenço
Claudio Gonçalves Munhoz
Claudio Smirne Diniz
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira
Daniel Francisco Nagao Menezes
Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis
Daniela Rezende Oliveira
Delmo Mattos da Silva
Demetrius Nichele Macei
Eduardo Biacchi Gomes
Eduardo Molan Gaban
Eleonora Mesquita Ceia
Eliana Franco Neme

Eloi Martins Senhoras
Emerson Gabardo
Emilio Peluso Neder Meyer
Eneas De Oliveira Matos
Érico Hack
Erivaldo Cavalcanti E Silva Filho
Eroulths Cortiano Júnior
Everton das Neves Gonçalves
Fabianne Manhães Maciel
Fabrício de Assis Campos Vieira
Fabrício Ricardo de Limas Tomio
Fausto Santos de Morais
Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior
Germano André Doederlein Schwartz
Geziela Iensue
Gisele Mascarelli Salgado
Gustavo Almeida Paolinelli de Castro
Gustavo Rabay Guerra
Gustavo Silveira Siqueira
Hamilton da Cunha Iribure Júnior
Heder Carlos de Oliveira
Heitor de Carvalho Pagliaro
Henrique Napoleão Alves
Henry Atique
Jackelline Fraga Pessanha
Jacqueline de Souza Gomes
Janaína Machado Sturza
Jean Carlos Dias
Jorge Jose Lawand
José Carlos Buzanello
José Francisco de Assis Dias
José Luiz Ragazzi
José Renato Martins
Josemar Sidinei Soares
Josias Jacintho Bittencourt
Juliana Cordeiro Schneider
Julio Pinheiro Faro
Jussara Maria Leal de Meirelles
Katiucia Boina
Leilah Luahnda Gomes De Almeida
Leonardo Vieira Wandelli

Lilian Márcia Balmant Emerique
Livia Gaigher Bósio Campello
Lucas Abreu Barroso
Lucas Catib de Laurentiis
Lucas Catib de Laurentiis
Lucas Gonçalves da Silva
Luciana Costa Poli
Luciana Fernandes Berlini
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 Vetis 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 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

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

Pareceristas que participaram desta edição:

Alexandre Gustavo Melo
Franco Bahia
Alexandre Moraes da Rosa
Alvaro de Oliveira
Azevedo Neto
Angela Issa Haonat
Claudia Luiz Lourenço
Eloi Martins Senhoras
Fabricio Ricardo de Limas
Tomio
Gustavo Silveira Siqueira
Hamilton da Cunha Iribure
Júnior

Katiucia Boina
Leilah Luahnda Gomes de
Almeida
Livia Gaigher Bósio
Campello
Lucas Gonçalves da Silva
Luciene Dal Ri
Luis Renato Vedovato
Luiz Claudio Araújo
Coelho
Marco Antônio Ribeiro
Tura
Margareth Anne Leister

Margareth Vetis Zaganelli
Mônica Helena Harrich
Silva Goulart
Pablo Malheiros da Cunha
Frota
Rafael de Oliveira Costa
Rafael Silveira e Silva
Sandro Rogério Monteiro
de Oliveira
Simone Tassinari Cardoso
Vânia Beatriz Rey Paz

Editoração

Karla Kariny Knihs



EDITORIAL

A Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst publica o décimo segundo número (2015, v. 7, n. 12, Jan.-Jun.) da **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, sendo este momento de comemoração relativa a importantíssimo marco na gestão editorial do periódico.

No primeiro semestre de 2015 a Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional foi avaliada pela Comissão de Área de Direito da QUALIS, obtendo o estrato “B.1” e demonstrando a ampla qualidade e impacto da Revista. Trata-se de relevante passo em direção à excelência e à internacionalização do periódico, refletindo o esforço dos Editores em brindar o público leitor com estudos nacionais e internacionais de qualidade a partir de reflexões sobre o pensamento democrático e acerca da efetivação dos direitos fundamentais.

Nesta edição observam-se três eixos temáticos sobre a Constituição, a Economia e o Desenvolvimento: **i)** mídia, comunicação social e direitos fundamentais; **ii)** Estado, ordem econômica e regulamentação e; **iii)** constitucionalismo e direitos fundamentais. Estes temas denotam pesquisas de ponta realizadas em instituições de todo o país e internacionais, as quais desenvolvem diversos problemas teóricos e práticos em leituras constitucionais e constitucionalizadas.

No primeiro eixo, “mídia, comunicação social e direitos fundamentais”, inserem-se dois importantes trabalhos que analisam o impacto da comunicação social em relação aos direitos fundamentais. O primeiro trabalho é intitulado: “o papel dos meios de comunicação na campanha eleitoral” de autoria da Profa. Dra. María Holgado Gonzáles, professora titular de Direito Constitucional da Universidade Pablo Olavide, Sevilha, Espanha. Neste ensaio crítico, a autora analisa as leis que regulam o acesso dos partidos políticos à mídia na Espanha nos períodos de campanhas eleitorais. O segundo trabalho deste eixo é do professor da UERJ (Universidade Estadual do Rio de Janeiro), Prof. Dr. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, com o título “o ministério público e a mídia”, debatendo o papel do *parquet* na tutela da imprensa e dos valores éticos e sociais. Por fim, o último trabalho a se debruçar sobre este tema intitula-se “A perspectiva jurídica da democratização dos meios de

comunicação social”, de autoria de Letícia Rayane Dourado Pinto, que desenvolve os mecanismos jurídicos de controle da mídia.

O segundo eixo tem como temática comum “Estado, ordem econômica e regulamentação”. Neste eixo temos o estudo comparado do Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama, professor de direito financeiro da UFPR (Universidade Federal do Paraná), intitulado “bens públicos e os royalties do petróleo”, que investiga o regime dos royalties do petróleo na perspectiva dos bens públicos. A seguir temos o artigo “mixed-capital companies and the Brazilian Constitution of 1988” de autoria do Prof. Titular Gilberto Bercovici, professor de direito econômico e economia política da USP (Universidade de São Paulo). Este trabalho apresenta o instituto das sociedades de economia mista no direito brasileiro, analisando minuciosamente seu regime jurídico a partir da perspectiva constitucional.

O terceiro texto deste eixo é “an analysis of the proper integration of reason, substantial legality and consequentialist perspective of the administrative decision and determination”, artigo de autoria do prof. Dr. Phillip Gil França, professor de direito administrativo na UPF (Universidade de Passo Fundo). Este artigo busca analisar a motivação do ato administrativo na perspectiva consequencialista, enfocando o princípio da legalidade e a adequada motivação dos atos administrativos. O quarto trabalho inserido neste eixo é de Rafael Sampaio Rocha, intitulando-se “a ordem econômica brasileira a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito”, o qual busca demonstrar a influência do Estado Democrático de Direito na ordem econômica. Por fim, o último artigo que se insere nesta temática é “análise da prescrição na cobrança de valores relativos ao FGTS à luz da Nova Hermenêutica: importância de uma interpretação hermenêutica concretizadora pautada na interpretação da lei conforme a Constituição” de Tereza Margarida Costa de Figueiredo e de Yara Maria Pereira Gurgel, versando sobre a prescrição tributária e sua interpretação conforme a constituição.

O terceiro e último eixo é composto pelo “constitucionalismo e direitos fundamentais”. O primeiro trabalho que aborda esta perspectiva é de autoria do prof. Ricardo Aronne, professor titular da PUC-RS, denominado “a usucapião por abandono familiar e o cinismo: ligeiro ensaio cínico de longo título sobre o que não é, mesmo que digam ser o que jamais será”, analisando com profundidade o instituto da usucapião por abandono familiar. O segundo artigo que versa sobre o constitucionalismo é de autoria dos professores Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira, que apresentam o ensaio “Neoconstitucionalismo: Vale a pena acreditar?”,

que apresenta uma crítica à construção teórica do neoconstitucionalismo. O terceiro trabalho desta temática é “Human rights: a systemic perspective”, de autoria de Vitor Galvão Fraga, que investiga os direitos humanos sob a perspectiva de Niklas Luhmann. O quarto artigo é de autoria de Tayson Ribeiro Teles, intitulado-se “política de cotas do ensino superior brasileiro: uma análise percuciente *in faciem* do princípio constitucional da igualdade”, que analisa a política de cotas no ensino superior brasileiro à luz direito constitucional e do princípio da igualdade. Por fim, o artigo “A mobilidade urbana sustentável para promoção da dignidade humana e de direitos fundamentais”, de autoria de Daisy Rafaela da Silva e Sérgio Luis Pacheco Machado Junior, do Programa de Pós-graduação da UNISAL, avalaia as políticas públicas de mobilidade urbana e sua sustentabilidade à luz dos direitos fundamentais.

E, por derradeiro, veicula-se a resenha “Resenha da obra Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability de Ilton Norberto Robl Fº”, trabalho produzido por Marco Aurélio Souza Mendes, Fabiana Angélica Pinheiro Câmara e Professor Dr. Alexandre Walmott Borges da UFU (Universidade Federal de Uberlândia). A resenha trata da obra “O Conselho Nacional de Justiça”, de autoria do Editor Responsável deste periódico, trabalho este originado de sua tese de doutoramento na Universidade Federal do Paraná.

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*

SUMÁRIO

1. ARTIGOS CIENTÍFICOS

O PAPEL DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA CAMPANHA ELEITORAL

THE ROLE OF THE MEDIA IN ELECTORAL CAMPAIGNS

María Holgado González 11

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A MÍDIA

DISTRICT ATTORNEYS AND THE MEDIA

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho..... 33

BENS PÚBLICOS E OS ROYALTIES DO PETRÓLEO: BREVE COTEJO ENTRE OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E ITALIANO

PUBLIC ASSETS AND OIL ROYALTIES: A BRIEF COMPARISON BETWEEN THE BRAZILIAN AND ITALIAN LEGAL SYSTEMS

Rodrigo Luís Kanayama 51

MIXED-CAPITAL COMPANIES AND THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988

EMPRESAS DE CAPITAL MISTO E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Gilberto Bercovici 72

AN ANALYSIS OF THE PROPER INTEGRATION OF REASON, SUBSTANTIAL LEGALITY AND CONSEQUENTIALIST PERSPECTIVE OF THE ADMINISTRATIVE DECISION AND DETERMINATION

UMA ANÁLISE SOBRE A ADEQUADA INTEGRAÇÃO DA MOTIVAÇÃO, DA LEGALIDADE SUBSTANCIAL E DA PERSPECTIVA CONSEQUENCIALISTA DO ATO ADMINISTRATIVO

Phillip Gil França 94

A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA A PARTIR DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE BRAZILIAN ECONOMIC ORDER IN THE PARADIGM OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW STATE

Rafael Sampaio Rocha 114

ANÁLISE DA PRESCRIÇÃO NA COBRANÇA DE VALORES RELATIVOS AO FGTS À LUZ DA NOVA HERMENÊUTICA: IMPORTÂNCIA DE UMA INTERPRETAÇÃO HERMENÊUTICO CONCRETIZADORA PAUTADA NA INTERPRETAÇÃO DA LEI CONFORME A CONSTITUIÇÃO

AN ANALYSIS OF PRESCRIPTION IN TAXATION IN LIGHT OF THE NEW HERMENEUTIC: THE IMPORTANCE OF AN HERMENEUTIC INTERPRETATION BASED ON AN INTERPRETATION IN ACCORDANCE WITH THE CONSTITUTION

Tereza Margarida Costa de Figueiredo / Yara Maria Pereira Gurgel..... 142

**A PERSPECTIVA JURÍDICA DA DEMOCRATIZAÇÃO DOS MEIOS DE
COMUNICAÇÃO SOCIAL**

THE LEGAL PERSPECTIVE OF DEMOCRATIZATION OF THE MEDIA

Letícia Rayane Dourado Pinto 164

**A USUCAPIÃO POR ABANDONO FAMILIAR E O CINISMO: LIGEIRO
ENSAIO CINICO DE LONGO TÍTULO SOBRE O QUE NÃO É, MESMO
QUE DIGAM SER O QUE JAMAIS SERÁ**

USOCAPTION IN FACE OF FAMILY ABANDON AND CYNICISM: AN ESSAY WITH A
LONG TITLE ABOUT WHAT IT IS NOT, DESPITE HAVING BEEN SAID TO BE WHAT IT
NEVER WILL

Ricardo Aronne..... 183

NEOCONSTITUCIONALISMO: VALE A PENA ACREDITAR?

NEO-CONSTITUTIONALISM: SHOULD WE BELIEVE IT?

Georges Abboud / Rafael Tomaz de Oliveira..... 196

HUMAN RIGHTS: A SYSTEMIC PERSPECTIVE

DIREITOS HUMANOS: UMA PERSPECTIVA SISTÊMICA

Vitor Galvão Fraga..... 215

**POLÍTICA DE COTAS DO ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO: UMA
ANÁLISE PERCUENTE IN FACIEM DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL
DA IGUALDADE**

AFFIRMATIVE ACTION IN BRAZILIAN UNIVERSITIES: AN ANALYSIS BASED ON THE
CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF EQUALITY

Tayson Ribeiro Teles..... 233

**A MOBILIDADE URBANA SUSTENTÁVEL PARA PROMOÇÃO DA
DIGNIDADE HUMANA E DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

SUSTAINABLE URBAN MOBILITY AS PROMOTION OF HUMAN DIGNITY AND
FUNDAMENTAL RIGHTS

Daisy Rafaela da Silva / Sérgio Luis Pacheco Machado Junior..... 256

2. RESENHAS

**RESENHA DA OBRA CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO E ACCOUNTABILITY DE ILTON
NORBERTO ROBL FILHO**

REVIEW OF THE BOOK CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO E ACCOUNTABILITY BY ILTON NORBERTO ROBL FILHO

*Marco Aurélio Souza Mendes / Fabiana Angélica Pinheiro Câmara /
Alexandre Walmott Borges* 281

**REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE
TRABALHOS**290



O PAPEL DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA CAMPANHA ELEITORAL^{1/2}

THE ROLE OF THE MEDIA IN ELECTORAL CAMPAIGNS

María Holgado González³

Resumo

Os meios de comunicação desempenham um papel fundamental no funcionamento do sistema democrático, especialmente durante a campanha eleitoral, fornecendo as informações necessárias para que os cidadãos exerçam o seu direito de voto de forma livre e racional. Os partidos políticos, conscientes disso, encontram nesses meios, sobretudo na televisão, o canal ideal para apresentar os seus líderes e fazer chegar aos cidadãos a sua mensagem. O Estado, neste ponto, tem que garantir a igualdade de oportunidades a todos os que concorrem às eleições, impondo a neutralidade e o respeito ao pluralismo político na propaganda eleitoral. Este artigo analisa, de um ponto de vista crítico, as leis que regulam, na Espanha, o acesso dos partidos à mídia (proibição de contratar propaganda eleitoral, horários eleitorais gratuitos, programação informativa sobre as eleições etc.), uma regulação que, até o momento, tem-se baseado mais na ideia da propaganda que na de confronto político entre as diferentes opções. Por isso, a fórmula do debate eleitoral é reivindicada como o melhor modo para que os cidadãos conheçam as diferentes propostas políticas e decidam melhor seu voto, assim como uma maior liberdade dos jornalistas na hora de desempenhar seu trabalho na campanha eleitoral.

Palavras-chave: Partidos políticos. Meios de comunicação. Campanha eleitoral. Eleições. Propaganda eleitoral. Debates eleitorais televisivos. Horários eleitorais gratuitos. Liberdade de informação. Neutralidade.

Abstract

The Media plays an essential role in the democratic system, especially during electoral campaigns, because they provide citizens the indispensable information to perform the right to vote in a rational and free manner. Political parties knowing this, consider media (television above all) as the best means to communicate citizens their message and introduce their leaders. The State, in this point, must act in order to guarantee equal opportunities to all political groups that take part in elections, imposing neutrality and the respect of political pluralism in elections information. This article analyses, in a critical point of view, statutes that regulate political parties' access to media (interdiction of electoral publicity, electoral TV free times, etc.) in Spain. This is a regulation that prefers propaganda to controversy between political

¹ Artigo recebido em: 02/04/2015. Aprovação comunicada em 11/06/2015.

² Traduzido por Roberto Dri. Artigo originalmente publicado em língua espanhola na: *Ambitos* n° Especial. 9-10, 2º Semestre 2002, ano 2003. p. 471-484 Disponível em: <<http://grupo.us.es/grehcco/ambitos09-10/holgado.pdf>>. A presente versão do artigo foi ampliada, revisada e atualizada pela autora em comparação com a versão espanhola.

³ Professora Titular de Direito Constitucional da Universidade Pablo de Olavide, de Sevilla. E-mail: <mholgon@upo.es>.



leaders and different choices. Nevertheless we consider electoral debates are the best TV program for electorate to know several political proposals and decide their vote. Journalists should have more freedom in order to develop their role in electoral campaign.

Keywords: Political parties. Media. Electoral campaign. Electorate. Elections. Electoral publicity/electoral TV debates. Free electoral advertising. Freedom of the press. Neutrality.

Sumário: 1. Introdução. 2. A regulamentação dos meios de comunicação durante a campanha. 2.1. Medidas que incidem na propaganda eleitoral. 2.1.1. A proibição/ limitação da contratação de propaganda eleitoral. 2.1.2. A cessão de horários gratuitos ou o chamado “direito de antena”. 2.2. A publicação de pesquisas eleitorais. 2.2.1. O tratamento da informação política na campanha eleitoral. A exigência de neutralidade. 3. Os debates eleitorais 4. Reflexão final. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Sem meios de comunicação seria difícil imaginar, hoje em dia, a democracia. O sistema democrático se assenta sobre dois pilares fundamentais: o direito ao voto e a existência da imprensa. E ambos devem ser capazes de poder atuar e se desenvolver em condições de liberdade. Para que o voto seja livre, deve-se garantir aos cidadãos a possibilidade de escolher entre distintas opções políticas ou, em outras palavras, deve existir pluralismo político. Mas, além disso, para que o voto seja consciente, deve ser decidido com conhecimento da realidade da qual fazemos parte e sobre a qual hão de incidir as políticas, e esta informação que nos permite formar nossa opinião de forma livre é a que nos proporcionam os meios de comunicação. O direito ao voto não é o mesmo, portanto, sem uma imprensa livre.

Se o papel dos meios de comunicação é vital para a própria existência da democracia, ele adquire ainda maior relevância e sentido no período eleitoral. Por essa razão, a vida política se concentra e se desenvolve diante dos meios de comunicação de massa. Não há comício ou cerimônia de partido, intervenção parlamentar, atuação de um membro do governo ou declaração de algum representante da oposição que seja feita sem se considerar sua repercussão na opinião pública. Não é exagerado afirmar, portanto, que, especialmente quando se aproximam as eleições, os partidos e seus líderes atuam condicionados pela possível manchete na imprensa no dia seguinte. É que a influência dos meios de comunicação, que alcança sua extensão máxima no caso da televisão, e sua relevância como fonte



de informação política é inegável na sociedade contemporânea. Na Espanha, temos assistido, nos últimos processos eleitorais (eleições europeias de 2014), ao surgimento de novas coligações (como é o caso de *Podemos* o *Ciudadanos*), cujo aparecimento e impacto no cenário político não teria sido possível ou, pelo menos, não teria ocorrido da mesma forma, sem a intervenção dos meios de comunicação. Isso chega ao ponto de se poder falar, como Sartori, de uma *telecracia*, aludindo ao fato de que “a televisão condiciona fortemente o processo eleitoral, seja na eleição dos candidatos, em seu modo de conceber a batalha eleitoral, ou na forma de ajudar o vencedor a vencer” (SARTORI, 1999, p. 66).

2 A REGULAMENTAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO DURANTE A CAMPANHA

A presença nos meios de comunicação, especialmente na televisão, constitui-se, sem dúvidas, na forma mais importante de os partidos políticos divulgarem sua mensagem e pedirem votos durante a campanha eleitoral, em comparação a outras formas mais clássicas, como a tradicional colocação de cartazes ou a realização de comícios. Na verdade, essas últimas formas continuam ocorrendo, mas com uma finalidade midiática, ou seja, são concebidas para serem televisionadas, captadas por imagens ou manchetes da imprensa, que tem um considerável efeito multiplicador da mensagem. O candidato já não expõe seu programa político unicamente aos expectadores do comício, mas ele o faz, sobretudo, dirigindo-se aos espectadores do telejornal em que seu discurso será divulgado (sabe-se que os líderes que participam desses eventos políticos são alertados no momento em que há conexão ao vivo com um noticiário da televisão) (RALLO LOMBARTE, 1998, p. 67).

Consciente do relevante papel que exercem os meios de comunicação em um momento tão crucial em qualquer sistema democrático, como é o das eleições, o legislador regulou minuciosamente alguns aspectos de seu funcionamento durante a campanha eleitoral na LOREG⁴ e nas Leis Orgânicas regulamentadoras da propaganda eleitoral⁵, com a ideia de garantir o pluralismo político e a igualdade de

⁴ Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LO 5/1985, de 19 de junho).

⁵ Ley Orgánica 10/1991, de 8 de abril, reguladora da propaganda eleitoral nas emissoras municipais de radiodifusão; Ley Orgánica 14/1995, de 22 de dezembro, reguladora da propaganda eleitoral nas



oportunidades entre todas as formações partidárias, de modo que a batalha eleitoral seja a mais justa possível.

Procura-se alcançar essa grande aspiração principalmente através de diversas medidas contidas nessas leis, que incidem fundamentalmente em três âmbitos: a propaganda, as pesquisas eleitorais e os noticiários.

Nesse sentido, as medidas se concentram em restringir, inclusive proibir, a contratação de propaganda eleitoral, e a limitar a publicação das pesquisas, cedendo, em compensação, horários gratuitos na televisão às principais forças políticas. Por outro lado, transferem um sistema idêntico de restrições à atuação informativa dos meios de comunicação durante as eleições, fazendo com que seja deixado de lado o critério jornalístico, e não diferem ao regular, por exemplo, a realização de debates eleitorais televisivos.

2.1 Medidas que incidem na propaganda eleitoral

2.1.1 A proibição/ limitação da contratação de propaganda eleitoral

A primeira destas medidas tenta evitar que os recursos econômicos dos partidos políticos condicionem o acesso aos meios de comunicação, de modo que os que façam uso da propaganda eleitoral televisiva e monopolizem o espaço audiovisual durante a campanha eleitoral sejam os partidos economicamente fortes. É evidente que nem todas as formações partidárias contam com os mesmos rendimentos, nem podem, portanto, empregar o mesmo esforço econômico para fazer chegar aos eleitores sua mensagem e seu programa, através da propaganda. E, como se sabe, a que é veiculada na televisão é das mais caras, de modo que estaria ao alcance apenas de uns poucos partidos. Por esta razão, na Espanha optou-se pela solução de proibir a todos de contratar publicidade nas redes de televisão, tanto públicas quanto privadas. Assim estabelece o artigo 60 da LOREG (Ley Orgánica del Régimen Electoral):

emissoras de televisão local por ondas terrestres; e Ley Orgánica 2/1988, de 3 de maio, reguladora da propaganda eleitoral nas emissoras privadas de televisão, vigente desde 30 de janeiro de 2011 e revogada pela Ley Orgánica 2/2011, de 28 de janeiro, pela qual diferentes aspectos da LOREG são modificados, embora se mantenha o conteúdo principal da mesma.



Não podem ser contratados espaços de propaganda eleitoral nos meios de comunicação de propriedade pública nem em emissoras de televisão privadas.

Desse modo, a presença dos partidos políticos na televisão durante a campanha eleitoral não depende da capacidade econômica dos mesmos, nem da propriedade pública ou privada de tais meios⁶. A proibição da contratação de publicidade é absoluta.

A publicidade na imprensa escrita e nas emissoras de rádio privadas é permitida, porém, deve ficar claro aos leitores e ouvintes de que se trata de propaganda. Por essa razão, ela deve identificar-se como tal para garantir que o eleitor será corretamente informado. Além disso, proíbe-se a estes meios toda discriminação quanto à inclusão, aos preços e à localização desses espaços⁷. Levando em consideração, como é lógico, que quanto mais recursos econômicos estejam disponíveis a uma força política, em melhores condições ela estará para vencer as demais ou para defender seus pontos de vista (LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, 1993, p. 103-193), com essas medidas se consegue, ao menos nesse aspecto, a igualdade de condições entre todos os grupos que concorrem às eleições.

É precisamente em nome dessa igualdade e levando também em consideração o contexto de crise econômica que a Espanha atravessa, que o legislador reduziu o período de tempo em que se pode contratar publicidade nesses meios (unicamente durante os quinze dias que dura a campanha eleitoral)⁸ e restringiu também o volume dos gastos que podem ser dedicados a essa atividade, os quais em nenhum caso poderão superar vinte por cento do limite de gastos previstos para os partidos políticos em cada processo eleitoral⁹.

Esses mesmos critérios de proibição/ restrição da propaganda eleitoral se aplicam igualmente às versões digitais que as redes de televisão, as emissoras de rádio e os jornais possam ter. Os meios de comunicação digitais devem, portanto,

⁶ Em qualquer caso, desde o ano de 2009, já não se permitia nenhum tipo de mensagem publicitária na televisão pública espanhola (Lei 8/2009, de 28 de agosto, de financiamento da Empresa de Rádio e Televisão Espanhola).

⁷ Artigo 58.2 LOREG.

⁸ Artigo 53.2 LOREG: "desde o anúncio das eleições até o início legal da campanha, fica proibida a realização de publicidade ou propaganda eleitoral através de cartazes, mídia comercial ou inserções em jornais, rádio ou outros meios digitais, não se podendo justificar tais ações pelo exercício das atividades regulares dos partidos, coligações ou alianças identificadas na seção anterior".

⁹ Artigo 58.1 LOREG.



respeitar a mesma legislação que os tradicionais, tal como decretou a Junta Eleitoral Central¹⁰.

Para garantir essa igualdade (art. 14), que é absolutamente indispensável para assegurar eleições justas e verdadeiramente democráticas, nossa Constituição obriga também os poderes públicos a intervirem, para que isso não se torne apenas um enunciado formal, mas para que se traduza em uma real e efetiva igualdade de oportunidades, promovendo as condições necessárias para que a igualdade se concretize e removendo os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude (art. 9.2). Os cidadãos, para exercerem com verdadeira liberdade seu direito ao voto, devem poder eleger entre todas as opções que democraticamente se apresentam ao eleitorado e, para isso, elas devem ter oportunidade de se fazer conhecer através de meios que estejam ao alcance de todos. Só assim se assegura o pluralismo político que é considerado como um dos valores superiores de nosso ordenamento jurídico (art. 1 CE).

2.1.2 A cessão de horários gratuitos ou o chamado “direito de antena”

A proibição de contratar propaganda no meio televisivo vem contrabalançada pelo direito de dispor de horários gratuitos nas redes públicas, um direito que tem sido qualificado como uma espécie de “indenização legal frente à expropriação do direito de liberdade de expressão” (ZACCARIA, 1977). Não poderia ser de outra forma, visto que o acesso dos partidos aos meios de comunicação de propriedade pública está garantido constitucionalmente aos “grupos políticos significativos”. Com efeito, nossa Constituição, seguindo o exemplo da constituição portuguesa¹¹, diz:

A lei regulará a organização e o controle parlamentar dos meios de comunicação social dependentes do Estado ou de qualquer ente público e garantirá o acesso dos grupos sociais e políticos significativos a esses meios, respeitando o pluralismo da sociedade e das diversas línguas da Espanha¹².

¹⁰ *Instrucción de la Junta Electoral Central 4/2007*, de 12 de abril, sobre a utilização das novas tecnologias da informação e da comunicação eletrônicas como instrumento de propaganda eleitoral.

¹¹ O primeiro reconhecimento constitucional do direito ao acesso aos meios de comunicação se encontra na Constituição portuguesa de 2 de abril de 1976, cujo artigo 40.2 estabelece que “em época de eleições os partidos políticos concorrentes terão direito a períodos de transmissão regulares e equivalentes”.

¹² Artigo 20.3 CE.



Para poder ter acesso aos horários gratuitos nas emissoras de rádio e televisão de propriedade pública, os partidos têm que ter cumprido o requisito de apresentar candidaturas em um número determinado de circunscrições eleitorais, que varia em função do âmbito das eleições em questão (gerais¹³, municipais¹⁴, europeias¹⁵, de comunidades autônomas¹⁶). O acesso aos meios de comunicação fica assegurado, portanto, a praticamente todas as formações partidárias, estejam ou não representadas no Parlamento, evitando que as opções eleitorais mostradas nos meios de comunicação de massa se reduzam aos dois ou três partidos mais significativos. Isso contribui, de alguma forma, com a mobilidade do sistema de partidos, permitindo que os novos ou os que não alcançaram representação em eleições anteriores se tornem conhecidos e possam difundir sua mensagem através de meios com tanta repercussão, como são o rádio e a televisão. Há alguns autores que consideram, no entanto, que as atuais condições para beneficiar-se desses horários gratuitos são extremamente generosas, por permitirem que partidos fictícios os utilizem com finalidades diferentes das eleitorais, “produzindo, com isso, além de uma clara fraude legal, uma supersaturação do tempo de propaganda eleitoral, o que acaba prejudicando as candidaturas autênticas e, afinal de contas, o conjunto do eleitorado” (SANTOLAYA MACHETTI, 1995, p. 99). Por esse motivo, sugerem endurecer esses requisitos ou exigir um valor como garantia aos partidos que concorrem às eleições, o qual seria devolvido depois de haverem obtido um número determinado de votos (PAJARES MONTOLÍO, 1988, p. 193). Contudo, não parece conveniente que, para evitar uma possível utilização fraudulenta, criem-se obstáculos aos que legitimamente pretendem fazer uso dos horários, levando em consideração que exigir valores a pequenos partidos ou formações políticas nascentes os colocaria em situação de desvantagem diante dos partidos já consolidados, que contam com fundos econômicos suficientes.

¹³ 75% das circunscrições compreendidas no âmbito de difusão do meio de comunicação (artigo 64.2 LOREG).

¹⁴ Municípios que representem 50% da população das circunscrições incluídas no âmbito de difusão do meio de comunicação (artigo 188 LOREG).

¹⁵ Por ser uma circunscrição única, todos os partidos que concorrem às eleições têm direito a horários gratuitos.

¹⁶ Aplicam-se as mesmas normas das eleições gerais quando a Comunidade Autônoma não estabeleceu algo próprio em sua legislação eleitoral.



O acesso aos meios de comunicação tem novamente o objetivo de garantir a igualdade de condições entre todas as formações políticas, igualdade que se traduz em proporcionalidade (tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais), de acordo com o desempenho em eleições anteriores. Este chamado “direito de antena” (GARCÍA LLOVET, 1987) consiste em períodos de tempo reservados nas emissoras de rádio e televisão públicas, que vão de dez até quarenta e cinco minutos para cada partido, em função do número de votos que obtiveram em eleições anteriores¹⁷. As diferentes Comunidades Autônomas têm seguido um critério similar na hora de conceder espaços aos partidos nos meios de comunicação de propriedade pública dentro de seu âmbito territorial de difusão (quer sejam meios da respectiva Comunidade ou meios nacionais, durante a programação regional).

A distribuição desses horários gratuitos é realizada pela Junta Eleitoral Central, tendo em vista a proposta realizada por uma Comissão de Rádio e Televisão constituída por representantes dos partidos políticos com cargos no Congresso dos Deputados, que participam através de voto ponderado¹⁸. Sua tarefa consiste em distribuir entre os diferentes partidos os horários gratuitos reservados nas emissoras de rádio e televisão públicas para a transmissão de mensagens eleitorais, aplicando os critérios estabelecidos pela lei e atendendo às preferências dos partidos majoritários¹⁹. A Junta Eleitoral Central é o órgão responsável pela tomada de decisões e pode aceitar a proposta da Comissão de Rádio e Televisão, modificá-la nos aspectos que considere oportunos ou resolver as divergências que possam ter surgido nessa Comissão. Em se tratando da programação regional ou local desses meios de comunicação públicos, a Junta Eleitoral Central pode e, de fato, assim vem fazendo, delegar a sua competência às Juntas Eleitorais das Províncias, que nomearão uma Comissão com as mesmas funções e composição, no âmbito territorial em questão.

Os partidos políticos têm liberdade na hora de estabelecer o formato e o conteúdo da mensagem que irão usar para divulgar sua candidatura e seu programa

¹⁷ O artigo 64.1 da LOREG estabelece um direito de dez minutos aos partidos que não concorreram ou não obtiveram representação em eleições anteriores, quinze minutos para os que alcançaram 5% dos votos, trinta minutos para os que obtiveram entre 5 e 20% dos votos e quarenta e cinco minutos para os que alcançaram no mínimo 20% do total de votos válidos emitidos.

¹⁸ Artigo 65.3 / LOREG.

¹⁹ Artigo 65.2 / LOREG.



de governo, com a condição, porém, de pedir o voto aos eleitores dentro dos limites do tempo a que têm direito²⁰.

2.2 A publicação de pesquisas eleitorais

Outra medida através da qual o Estado intervém nos meios de comunicação é a proibição de publicar sondagens ou pesquisas eleitorais cinco dias antes das eleições, conforme estabelece o artigo 69.7 da LOREG. Pretende-se, com isso, proteger a liberdade com que o direito ao voto deve ser exercido, que poderia ser afetada pelo conhecimento da intenção declarada pelos eleitores nessas sondagens ou pesquisas realizadas nos dias imediatamente anteriores à jornada eleitoral. Afinal, é comprovado que as pesquisas eleitorais podem influenciar, de certa forma, o público, não tanto na decisão de optar por um partido ou outro, mas no ato da votação em si; quando os resultados da pesquisa apresentam um partido como claro vencedor ou, pelo contrário, quando apontam para uma competição acirrada, podem influenciar na hora de mobilizar o eleitorado ou fazer com que ele perca o interesse de ir às urnas.

Em qualquer caso, a Lei Eleitoral exige rigor na publicação de pesquisas ou sondagens eleitorais, obrigando os meios de comunicação a dar informações detalhadas sobre as características técnicas das mesmas: sistema de amostragem, tamanho da amostra, margem de erro, nível de representatividade, procedimentos através dos quais foram selecionados os entrevistados e data de realização do trabalho de campo. Além disso, devem ser publicados igualmente o nome da entidade realizadora da sondagem e da pessoa encarregada de sua realização, o texto integral das questões propostas e o número de pessoas que não tenham respondido a cada uma delas²¹.

Com tais exigências, pretende-se evitar que cheguem aos eleitores, em um período crucial, informações manipuladas deliberadamente ou distorcidas, que possam influenciar no exercício do direito fundamental ao voto, sendo a Junta Eleitoral Central o órgão encarregado de zelar pelo cumprimento dessas normas, o qual pode

²⁰ A Junta eleitoral Central tem negado o direito a esses horários gratuitos aos partidos políticos que defendem a abstenção ao voto, como foi o caso do EH, que pretendia utilizar os horários de propaganda eleitoral com o lema: “No caminho da autodeterminação: a abstenção” (Acordo da Junta Eleitoral Central de 21 de fevereiro de 2000).

²¹ Artigo 69.1 LOREG.



exigir, quando for o caso, que os meios de comunicação publiquem retificações necessárias²².

2.2.1 O tratamento da informação política na campanha eleitoral. A exigência de neutralidade

Como dizíamos no início, a legislação espanhola tem uma visão dos meios de comunicação que não leva muito em consideração a função informativa que eles possuem. Ao proibir a contratação de propaganda eleitoral e impor horários gratuitos para os partidos nas emissoras públicas de rádio e televisão, as leis parecem considerar os meios de comunicação somente como instrumento ou lugar para a propaganda política. Dito de outra forma, as leis se aproximam mais da ideia do “consumidor a quem se tenta manipular do que do cidadão a quem se deve informar” (ARNALDO ALCUBILLA, 1995, p. 175).

Mas o que ocorre com a programação informativa? Não nos referimos, aqui, aos tempos concedidos aos partidos de forma gratuita para que exponham e divulguem com total liberdade seu programa e seu candidato, mas à informação a respeito das eleições que é elaborada pelos próprios meios de comunicação e que “goza de maior capacidade de influência na formação da opinião pública, pois se pressupõe sua imparcialidade, objetividade e veracidade” (RALLO LOMBARTE, 1998, p. 67). É do conhecimento de todos que as pessoas não prestam muita atenção aos programas políticos obrigatórios cedidos aos partidos, mas mostram maior interesse pelas notícias eleitorais apresentadas nos telejornais e em outros programas.

Pois bem, a única referência à divulgação de informações no período de campanha eleitoral que encontramos nas leis é a que exige que as emissoras de rádio e televisão respeitem os princípios de neutralidade e pluralismo político²³. Precisamente, trata-se do artigo 66 da LOREG, que estabelece:

²² Artigo 69.2 y 69.4 LOREG.

²³ O artigo 23 do *Estatuto de la Radio y la Televisión*, em relação à programação, determina que “durante as campanhas eleitorais aplicar-se-á o regime especial que preveem as normas eleitorais. Sua aplicação e seu controle ficam a cargo da Junta Eleitoral Central, que cumprirá sua função através do Conselho de Administração e do Diretor Geral”. Esta lei esteve vigente até 2006, com a entrada em vigor da Lei 17/2006, de 5 de junho (Lei da Rádio e da Televisão de Propriedade Estatal) que, nesse aspecto, traz praticamente o mesmo enunciado em seu artigo 26.



O respeito ao pluralismo político e social, assim como a igualdade, proporcionalidade e neutralidade informativa na programação dos meios de comunicação de propriedade pública no período eleitoral serão garantidos pela organização dos referidos meios e seu controle previstos em lei.

Qualquer comportamento que se distancie dessa neutralidade pode ser objeto de recurso perante a Junta Eleitoral, quer se trate dos meios de comunicação de propriedade pública ou das emissoras privadas de televisão, emissoras municipais de radiodifusão e emissoras de televisão local por ondas terrestres²⁴.

O princípio da neutralidade informativa nos meios de comunicação de propriedade pública, essencial para o desenvolvimento regular da campanha eleitoral, encontra-se na *Ley de la Radio y de la Televisión de Titularidad Estatal* (Lei da Rádio e da Televisão de Propriedade Estatal) como um dos princípios inspiradores de sua atividade (“a informação objetiva, verdadeira e plural”²⁵). Por outro lado, é evidente que os meios de comunicação públicos também devem realizar uma adequada cobertura informativa da campanha eleitoral, dada a relevância das eleições, do ponto de vista do direito que a sociedade possui de receber informações (GARCÍA LLOVET, 1987).

A submissão das emissoras de televisão privadas aos mesmos limites de neutralidade e objetividade que as públicas durante a campanha eleitoral poderia suscitar dúvidas quanto à constitucionalidade (MARTÍNEZ SOSPEDRA, 1995, p. 29). Como pode o Estado intervir no modo como se veicula uma informação sobre as eleições? Até que ponto pode limitar o exercício da liberdade de informação, exigindo essa neutralidade?

Essas dúvidas são ainda mais relevantes por se referirem a um direito que transcende o simples exercício individual da atividade profissional, porque, como sabemos, as liberdades de expressão e de informação contribuem para a formação de uma opinião pública livre, sem a qual seria inconcebível o próprio sistema democrático. Conforme reconheceu o Tribunal Constitucional, as liberdades de expressão e informação constituem uma “garantia da opinião pública livre, que é uma instituição ligada de modo inseparável ao pluralismo político, valor essencial do

²⁴ Artigo 66 LOREG, interpretado pela *Instrucción de la Junta Electoral Central* (Instrução da Junta Eleitoral Central), de 13 de setembro de 1999.

²⁵ Artigo 3.3.b) da Lei 17/2006, de 5 de junho, (Lei da Rádio e da Televisão de Propriedade Estatal).



Estado democrático, estando essas liberdades dotadas, por isso, de uma eficácia que transcende à que é comum aos demais direitos fundamentais²⁶.

Deve haver, portanto, uma razão legal suficientemente relevante para justificar a limitação da liberdade de informação que ocorre quando se exige, tanto dos meios públicos quanto dos privados, a neutralidade na campanha eleitoral. E essa causa legitimadora é precisamente o exercício, pelos cidadãos, do direito ao voto, que deve ser, como diz a Constituição (artigo 68.1), universal, igual, direto, secreto e também livre. Essa liberdade, por sua vez, não é garantida unicamente pela ausência de qualquer tipo de pressão ou coação durante o seu exercício, mas exige que o eleitor disponha da informação necessária sobre as opções eleitorais (partidos que concorrem às eleições, candidatos, programas de governo etc.).

Se as liberdades de expressão e informação são indispensáveis em uma sociedade democrática, uma vez que permitem formar uma opinião pública livre, o direito ao voto é, como afirma o Tribunal Constitucional, “nervo e sustento da democracia”²⁷, pois através dele se manifesta a vontade popular. Por isso, o Estado deve zelar para que os cidadãos possam ter os elementos necessários para votar de maneira consciente depois de haver recebido de forma apropriada as informações referentes ao seu meio social e político, assim como às opções políticas existentes. Esta é também uma demanda generalizada nos países europeus, onde são admitidas sem nenhum problema as limitações impostas aos meios de comunicação, como instrumentos que são para assegurar a igualdade de todos os participantes no processo eleitoral e a liberdade do direito ao voto (ROLLA, 1999, p. 378 e ss.). Assim, encontramos a exigência de espaços iguais a todos os partidos durante o período da campanha eleitoral, a proibição de transmitir mensagens publicitárias nesses meios durante os dias anteriores às eleições (Itália) ou a sujeição das emissoras de rádio e televisão privadas às recomendações do *Consejo Superior de lo Audiovisual* (Conselho Superior do Audiovisual) e o dever de respeitar um equilíbrio entre todos os partidos políticos ao divulgar informações relativas às eleições (França).

A informação durante o processo eleitoral, além de ser verdadeira, deve ser completa, sem deixar de fora nenhuma das formações partidárias que concorrem às

²⁶ STC 121/1989, de 3 de julio, FJ. 2º. *Vid.* por todas STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ. 3º, STC 104/1986, de 17 de julio, FJ. 5º, STC 165/1987, de 27 de octubre, FJ 10º y STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2º.

²⁷ STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ. 2º.



eleições, e oferecida com objetividade e imparcialidade. Essa regra corresponderia, portanto, à disposição constitucional segundo a qual as liberdades de expressão e informação “estão limitadas pelo respeito aos direitos reconhecidos neste Título” (art. 20.4 CE), a saber, o direito de participar nos assuntos públicos e de ter acesso, em condições de igualdade, às funções e cargos públicos (art. 23 CE). A igualdade aqui, novamente, não deve ser entendida num sentido mecânico, para usar a expressão do Supremo Tribunal, mas como proporcionalidade, isto é, “considerando a representatividade adquirida em disputas eleitorais anteriores”²⁸.

A aplicação desses princípios de neutralidade e igualdade (entendida como proporcionalidade) tem levado, de fato, os programas informativos a se estruturar em blocos cronometrados, em função dos resultados eleitorais alcançados pelos partidos políticos em eleições similares anteriores, de forma parecida à que são regulamentados os programas eleitorais gratuitos. Deste modo, chegou-se a exigir, por parte da Junta Eleitoral Central, que a ordem de aparição das notícias seja determinada por esses resultados, ou seja, que o primeiro lugar seja ocupado pelo partido que conseguiu melhores resultados nas últimas eleições e assim sucessivamente.

A intervenção dos poderes públicos na informação eleitoral se efetiva através de um tipo duplo de controle: um controle prévio e um controle posterior. O controle prévio consiste na obrigação que as emissoras de rádio e televisão públicas têm de divulgar antecipadamente o seu plano de cobertura informativa, levando à Junta Eleitoral Central os critérios que irão seguir ao cobrir a campanha eleitoral. Além desse controle prévio, os diferentes candidatos podem apresentar reclamações à Junta Eleitoral Central ao considerar que qualquer programa, seja estritamente informativo ou não, mas que pudesse ter impacto eleitoral, violou alguns destes princípios: igualdade, proporcionalidade, neutralidade e respeito ao pluralismo político.

Em relação aos meios privados, o tratamento difere ao se tratar de rádio ou de televisão, e o único que é realizado pela Junta Eleitoral Central é o controle posterior. Os meios privados não têm, portanto, que levar o plano de cobertura antecipadamente à Junta, sendo que são submetidos unicamente a um controle posterior de sua própria programação. Na rádio privada é que encontramos a maior margem de liberdade, pois

²⁸ Sentença do Supremo Tribunal de 13 de fevereiro de 1996.



ela só precisa respeitar o princípio da igualdade – a qual não é compreendida como proporcionalidade, pois não há medição de tempos em função de resultados eleitorais – e não lhe é exigida a neutralidade. No entanto, têm-se aplicado aos canais da televisão privada, desde 2011, os mesmos princípios que aos canais televisivos públicos. Exige-se que eles sejam neutros, exige-se que respeitem o pluralismo político e social, mas, sobretudo, exige-se também que apresentem blocos cronometrados de informações, estabelecendo uma ordem de aparição, em função dos resultados eleitorais²⁹.

No entanto, os tempos das notícias eleitorais não deveriam ser uma projeção exata dos horários gratuitos, porque não se trata de propaganda eleitoral, mas de programas de natureza informativa, e “a determinação de seu conteúdo e sua realização deveria ser responsabilidade de empresas de gestão de serviços de Rádio e Televisão” (GARCÍA LLOVET, 1987, p. 172). Do contrário, seria violada a liberdade do meio de comunicação, pois ele é que deve determinar quais fatos na campanha eleitoral são de interesse jornalístico.

Pois bem, como vimos, a interpretação realizada pela Junta Eleitoral Central da exigência de neutralidade e igualdade nos meios tanto públicos quanto privados tem feito com que os critérios que regulam a propaganda eleitoral sejam transferidos também para a programação informativa. E onde ficam, então, os critérios jornalísticos? Qual é o papel do jornalista na hora de elaborar a informação eleitoral? A este respeito, deve-se ressaltar que na Espanha os jornalistas têm-se mostrado claramente contrários à regra que lhes obriga a estabelecer blocos informativos cronometrados, contrários ao que consideram um controle e uma pressão por parte dos partidos políticos. Mostram-se contrários a um modelo de coletiva de imprensa, cada vez mais frequente, em que o candidato ou candidata diz que não responderá perguntas e que, portanto, somente irá transmitir sua mensagem. Mostram-se contrários a cobrir atos ou comícios nos quais não é permitido gravar, mas apenas captar o sinal de áudio e vídeo que o próprio partido emite, decidindo o que é conveniente ou não publicar. Mostram-se contrários ao questionamento de sua

²⁹ Instrução 4/2011, de 24 de março, da Junta Eleitoral Central, de interpretação do artigo 66 da LOREG, relativa às garantias de respeito aos princípios do pluralismo, da igualdade, da proporcionalidade e da neutralidade informativa pelos meios de comunicação no período eleitoral.



neutralidade e a que os políticos os utilizem como arma na própria campanha, com constantes denúncias à Junta Eleitoral Central devido ao seu trabalho jornalístico.

O protesto por parte dos jornalistas espanhóis tem-se traduzido, em alguns casos, em deixar de participar das coletivas de imprensa em que não lhes é permitido fazer perguntas, ou em advertir os telespectadores de que a informação eleitoral que estão transmitindo não foi elaborada com critérios jornalísticos, mas com critérios determinados pela Junta Eleitoral Central³⁰. A imprensa reivindica, desse modo, que sejam utilizados critérios exclusivamente profissionais e que sejam os jornalistas que determinem o que deve ser noticiado. Se os partidos políticos ou as diferentes candidaturas querem que a imprensa divulgue sua atuação na campanha, terão que motivar isso de alguma forma, terão que se esforçar em dizer coisas que sejam relevantes aos cidadãos, terão que despertar, em suma, o interesse da mídia e da sociedade.

3 OS DEBATES ELEITORAIS

Junto aos espaços concedidos às notícias eleitorais nos próprios telejornais e aos que, como acabamos de ressaltar, resultam da aplicação da regra de neutralidade, encontramos o formato televisivo dos debates eleitorais, inaugurado com êxito por Richard Nixon e John Kennedy em 1960 e que se converteu em uma prática generalizada em boa parte dos países democráticos. Na Espanha, porém, as leis guardam absoluto silêncio a respeito desses debates; o oposto do que ocorre com a doutrina, que já há algum tempo vem exigindo sua regulamentação e realização, por considerá-los um meio ideal para que, do enfrentamento entre os diferentes candidatos e da exposição do conteúdo de seus programas, o eleitor obtenha melhor a informação necessária para tomar a decisão que considere mais conveniente, e “um expediente muito mais eficaz para formar a opinião pública” (ARNALDO ALCUBILLA, 1995, p. 176).

Como escreveu Artemi Rallo, “não há dúvida de que os debates eleitorais constituem o instrumento por excelência de uma ideia constitucionalmente correta de

³⁰ Manifesto da Federação de Associações de Jornalistas da Espanha contra as coletivas de imprensa sem perguntas e outras anomalias informativas #sinpreguntasnocobertura, de 5 de maio de 2011.



campanha eleitoral, baseada não só na concorrência formal, mas na qualitativa ou material, em contraste com as outras diversas opções eleitorais em termos de discussão, no debate frente à propaganda, no diálogo frente ao monólogo” (RALLO LOMBARTE, 1998, p. 65). A mesma ideia foi destacada por González Encinar, por ocasião das eleições gerais do ano 2000, nas quais não se chegou a realizar nenhum debate:

O cidadão que, como eleitor, logo terá que decidir entre os diferentes candidatos, necessita, como qualquer outro juiz, que antes as partes confrontem, direta e abertamente, suas respectivas posições. Só assim poderá (...) exercer seu direito ao voto com suficiente conhecimento de causa e de pessoas, tendo visto os candidatos no exercício da atividade essencial e definidora da democracia, o livre, aberto e pacífico debate de ideias (GONZÁLEZ ENCINAR, 2000).

E, embora pareça que os atores políticos preferem a propaganda ao debate (como se demonstra através de algumas leis que, afinal, são obra dos partidos políticos representados no Parlamento, destinatários, por sua vez, das mesmas) e “a simplificação das mensagens ao contraste real de opiniões, pelo risco potencial que sua exposição comporta”, não há dúvidas, segundo os índices de audiência, de que os cidadãos dão mais atenção aos debates, espaços de confronto que apresentam um formato mais atrativo e que se ajustam melhor ao que deve realmente ser a campanha eleitoral, isto é, a livre exposição das ideias dos diferentes candidatos que concorrem às eleições (ARNALDO ALCUBILLA, 1995, p. 178).

Apesar de não estar normatizado na LOREG, esse tipo de debate tem sido realizado, sobretudo nos meios de comunicação de propriedade privada, e a Junta Eleitoral Central tem sido a responsável por construir seu regime jurídico, por ser a encarregada de zelar pelo cumprimento dos princípios de neutralidade e pluralismo, como ressaltamos anteriormente³¹. É no mínimo paradoxal que não tenham sido os meios de comunicação estatais os encarregados de assumir e consolidar essa prática, já que, sendo um serviço público essencial, são o espaço mais apropriado para informar aos cidadãos sobre as diferentes opções políticas que se apresentam nas eleições e submetê-las ao debate e ao confronto. Não se pode esquecer de que o Estado tem o dever de zelar pelo funcionamento correto do sistema democrático, o

³¹ Acordos da Junta Eleitoral Central de 22 de outubro de 1982, 29 de maio de 1987, 3 de outubro de 1989, 16 de abril e 2 de junho 1993 e 7 de junho de 1994.



que passa pelo dever de garantir o exercício do direito ao voto em condições de liberdade e igualdade. E, para isso, os cidadãos devem poder ter acesso a uma informação verdadeira, neutra, completa e que respeite o pluralismo político. Daí alguns autores insistirem na necessidade de que os debates eleitorais se realizem nos meios de comunicação de propriedade pública (ARNALDO ALCUBILLA, 1995, p. 178), sem contar a contribuição dessa medida na redução do gasto eleitoral das formações partidárias³².

De acordo com as orientações da Junta Eleitoral, deve-se entender que a LOREG não proíbe, tampouco obriga a realizar esse tipo de programa, mas, se a direção da mídia em questão – que é a responsável por decidir a programação, sem que a Administração eleitoral possa substituí-la nessa função – decide realizá-los, terão direito a participar dos debates todos os partidos políticos que estejam concorrendo às eleições e que tenham representação parlamentar, quando assim solicitarem (pois se deve respeitar o pluralismo político e social e a neutralidade informativa). Isso não impede a existência de debates bilaterais, desde que se compense a ausência do restante dos partidos concedendo-lhes a oportunidade de participar de outros debates ou dando ampla cobertura a seus eventos políticos.

Essa é também a doutrina do Supremo Tribunal na única sentença sobre debates eleitorais publicada até a presente data, em que se considera que os princípios de igualdade, pluralismo e neutralidade informativa ficam garantidos tanto através de debates bilaterais entre líderes dos partidos com maior representatividade parlamentar quanto através de debates plurilaterais. Essa sentença foi publicada por ocasião do recurso apresentado pela *Izquierda Unida* contra o Acordo da Junta Eleitoral Central de 21 de maio de 1993, que autorizou a realização dos debates bilaterais entre os candidatos Aznar e González nas emissoras de televisão privadas durante a campanha das eleições de 6 de junho de 1993. Segundo o Supremo Tribunal, não cabe impedir a realização de debates eleitorais televisivos quando existir acordo entre os partidos e os meios de comunicação e sempre que, respeitando o princípio da proporcionalidade, seja concedida, da melhor forma possível, uma oportunidade semelhante às demais forças políticas (ou, em outras palavras, sempre que se faça uma “oferta igual” ao restante dos partidos), sem que se possa, em

³² Já que “limitaria muito provavelmente a utilização de meios de propaganda de alto custo e duvidosa eficácia” (DEL CASTILLO, 1992, p. 168).



nenhum caso, “impor um determinado formato de programação informativa, que pode invadir a liberdade do meio de comunicação de configurar tecnicamente esses formatos”³³.

Assim, embora a realização de debates de que participem todos os que concorrem às eleições pareça a opção mais justa, acabou-se levando em consideração que – empregando as palavras de Pérez Royo – “a forma de enfrentamento direto entre os dois candidatos dos dois partidos que têm possibilidade real de assumir o governo é insubstituível para que os cidadãos possam formar uma opinião sobre o programa com base no qual será governado o país ou a comunidade autônoma e sobre a confiança que merece a pessoa que será a portadora desse programa” (PÉREZ ROYO, 2000).

Independentemente de os debates influenciarem ou não de maneira determinante a direção do voto dos cidadãos, o que parece de fato comprovado é que, pelo menos, com esse tipo de programa os meios de comunicação conseguem mobilizar o eleitorado, incentivando a participação nas eleições, algo sem dúvida saudável em todo sistema democrático e que é um objetivo pelo qual devem se empenhar os poderes públicos, como manda a Constituição (artigo 9.2)³⁴.

Como ressaltou o Tribunal Constitucional, “a importância que o direito ao voto tem no sistema democrático justifica que os poderes públicos tentem favorecer a participação³⁵, e essa não é apenas uma medida desejável, pois “é dever constitucional dos poderes favorecer a participação dos cidadãos na vida política, social e cultural”³⁶, garantindo que o exercício desse direito se sustente na otimização dos meios informativos/formativos da opinião pública eleitoral (RALLO LOMBARTE, 1998, p. 81).

Dito isto, deve-se reconhecer que, na prática, para além desses critérios que visam a garantir o pluralismo, os partidos políticos impõem suas próprias regras: negociando as condições de realização dos debates em cada mínimo detalhe; exigindo que os tempos de participação sejam cronometrados, inclusive mostrando-os ao público; combinando os temas a serem debatidos; a ordem de participação dos

³³ Sentença do Supremo Tribunal de 13 de fevereiro de 1996.

³⁴ E, como lembrou o Tribunal Constitucional, “aos poderes públicos corresponde o dever de favorecer o exercício do voto” (ATC 346/1991, de 15 de novembro).

³⁵ STC 189/1993, de 14 de junho, FJ. 5º.

³⁶ STC 208/1989, de 14 de dezembro, FJ. 3º e ATC 346/1991, de 15 de novembro.



candidatos; o papel do jornalista mediador, sendo que às vezes se exige que ele se limite a dar a palavra sem intervir, nem fazer perguntas, nem pedir esclarecimentos; etc.

Como resultado do excesso de zelo por parte dos partidos políticos na hora de controlar o formato e reduzir o risco de exposição do candidato ou candidata, os debates perderam boa parte do interesse informativo. Terminam tão padronizados que, muitas vezes, não são mais do que meras reiterações da mesma mensagem reproduzida em outros espaços de propaganda. O diálogo volta a ser substituído pela justaposição de monólogos dos representantes dos diferentes partidos e a excessiva rigidez é ainda acentuada pela falta de intervenções dos profissionais dos meios de comunicação. Por tudo isso, seria desejável um equilíbrio maior entre, de um lado, a necessidade de igualdade e pluralismo político, e de outro, a liberdade de informação. Ou, o que daria no mesmo, que as restrições às quais os profissionais da informação têm que se submeter para garantir que haja oportunidades iguais e, em suma, que as eleições sejam justas, não anulem a liberdade de informação.

4 REFLEXÃO FINAL

De tudo o que foi exposto até aqui, depreende-se uma ideia principal: os meios de comunicação exercem uma notável influência sobre os cidadãos e os partidos políticos não ignoram isso durante a campanha eleitoral, razão pela qual o Estado deve zelar para que esses meios não interfiram na igualdade de oportunidades entre todos que concorrem às eleições. Para isso, como vimos, as leis eleitorais tentam facilitar o acesso dos partidos à mídia, especialmente à televisão, reconhecendo que ela é o canal ideal, dada sua proximidade e acessibilidade, para que os cidadãos conheçam as diferentes opções políticas existentes.

Dito isso, poder-se-ia objetar que a atual regulamentação da mídia durante a campanha eleitoral parece pautar-se em uma ideia que se aproxima mais da propaganda do que do debate (de fato, limita-se a proibir a contratação de publicidade e a ceder horários gratuitos), ignorando que o cidadão demonstra maior interesse pelos programas de conteúdo informativo e, especialmente, por aqueles nos quais se confrontam as formações partidárias. Precisamente, o maior interesse dos cidadãos



por esse tipo de programa é o que tem motivado a mídia a promover a prática – generalizada em muitos sistemas democráticos, mas ainda não consolidada na Espanha – de realizar debates televisivos entre os principais líderes políticos que concorrem às eleições. A realização de debates depende, em última instância, da vontade dos próprios candidatos de participar desses confrontos. Nesse sentido, a estratégia política tem um papel importante, pois muitos resistem a se expor ao risco que é inerente a todo enfrentamento dialético com um adversário.

Os partidos políticos continuam optando, na maioria das ocasiões, por um modelo de campanha baseado no lema de que “uma imagem vale mais do que mil palavras”, simplificando o conteúdo da mensagem política, que fica praticamente reduzida à imagem do líder e ao slogan de campanha, bem como à reiteração de fórmulas que contém supostos posicionamentos políticos (muitas vezes suficientemente ambíguos para não perder possíveis votos), às promessas eleitorais e críticas ao adversário. São fórmulas engessadas que não admitem nenhum desenvolvimento nem pormenorização diante das possíveis perguntas dos jornalistas ou dos adversários políticos. Vivemos, portanto, “um empobrecimento progressivo no discurso dos líderes e nos conteúdos racionais ou ideológicos do mesmo” (PORRAS NADALES, 1994, p. 75-76). Deveriam, ao contrário, ser aproveitados os aspectos positivos da atuação dos meios de comunicação, em função de sua inquestionável contribuição ao acesso dos partidos aos cidadãos e por possibilitarem uma maior “visualização” e “transparência” do processo de tomada de decisões políticas, tradicionalmente afastado dos olhos da sociedade. Este é o sentido com que se tem empregado o termo “televisação (*sic*) do público” para ressaltar que a televisão “mobiliza as vontades” e “formaliza e potencializa o exercício dos poderes na sociedade atual”, dando “presença, tamanho e forma às instituições” (JIMÉNEZ DE PARGA, 1996).

Por outro lado, seria conveniente evitar que a informação que se oferece através da televisão consista, na prática, em uma reprodução ou um reflexo dos horários eleitorais gratuitos cedidos aos partidos. A informação sobre a campanha eleitoral que é veiculada atualmente, de forma especial pelos meios públicos, não é mais do que um tempo de propaganda em benefício dos partidos (como o Supremo



Tribunal chegou inclusive a reconhecer³⁷). E isso se deve, em grande parte, à pressão exercida pelos partidos políticos, representados nos Conselhos de Administração das Entidades Públicas de Rádio e Televisão, que impõem uma excessiva rigidez na aplicação da regra de igualdade-proporcionalidade e um entendimento incorreto da neutralidade informativa, que esvazia de critérios profissionais os programas informativos. Essa rigidez tem sido favorecida pela posição adotada pela Junta Eleitoral Central no ano de 2011, reduzindo o papel dos profissionais dos meios de comunicação, tanto públicos quanto privados. Está faltando, portanto, uma informação eleitoral menos engessada pelos limites de tempo e pelo formato atual, que consiste simplesmente em mostrar a voz e as imagens dos candidatos discursando para os simpatizantes nos seus diversos comícios.

Reconhecendo a dificuldade de alcançar o perfeito equilíbrio entre, de um lado, a neutralidade e o pluralismo político que os meios de comunicação têm que respeitar, e de outro, o exercício da liberdade de informação, não há dúvidas de que se precisaria avançar para que isso fosse concretizado, o que requer maior força de vontade por parte das forças políticas e um grau maior de confiança nos profissionais dos meios de comunicação, que devem ser e são os primeiros interessados em exercer seu trabalho jornalístico com o rigor que os eleitores merecem e que o direito à informação exige, como alicerce da democracia. Seria necessário flexibilizar mais a informação eleitoral, incentivar o diálogo em vez do monólogo e a informação em vez da propaganda, enfatizando aquilo que interessa aos cidadãos para exercer de forma consciente e livre seu direito ao voto. Os jornalistas, exercendo com diligência sua liberdade de informar, deveriam poder decidir que fatos têm interesse jornalístico e noticiá-los sem ter que se ajustar a diretrizes, expressas ou implícitas, dos partidos políticos com representação nos já mencionados Conselhos de Administração. Porque uma coisa é que se controle a divulgação, no meio televisivo, da pluralidade de opções políticas entre as quais os cidadãos terão que escolher com seu voto, e outra muito diferente é que os espaços de informação sobre as eleições se convertam, como vem sendo a tônica, em uma reiteração dos horários de propaganda. Afinal, para a propaganda já é cedido tempo aos partidos; agora deve ser a hora de os

³⁷ “Não se pode ignorar que, embora a oferta de espaços aos concorrentes eleitorais, sob o ponto de vista da mídia televisiva, tenha a característica de informação, para os concorrentes que deles participam, representa uma oportunidade de propaganda de seus próprios programas e propostas” (STS de 13 de fevereiro de 1996, FJ. 4º).



programas informativos cumprirem com sua verdadeira obrigação: a de informar com veracidade e objetividade.

5 REFERÊNCIAS

- ARNALDO ALCUBILLA, E., "Procesos electorales y opinión pública", **Revista de las Cortes Generales**, núm. 34, 1995.
- DEL CASTILLO, P., "Financiación de los partidos políticos: la reforma necesaria", en González Encinar, J. J. (coord.), **Derecho de partidos**, Espasa Universidad, Madrid, 1992.
- GARCÍA LLOVET, E., "El derecho de antena y las campañas electorales", **Revista de Derecho Político**, núm. 25, 1987.
- GONZÁLEZ ENCINAR, J.J. "Elecciones sin debate", en **El País**, de 2 de marzo de 2000.
- JIMÉNEZ DE PARGA, M., "Televisación de lo público y democracia", **ABC**, 20 de fevereiro de 1996.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., "La financiación de los partidos políticos", no **Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario**, núm. 5, 1993.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., "La financiación de los partidos políticos. Ensayo de aproximación", **Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol**, núm. 11/12, 1995.
- PAJARES MONTOLÍO, E., **La financiación de las elecciones**. Congreso de los Diputados. Madrid, 1988.
- PORRAS NADALES, A., **Representación y democracia avanzada**, Cuadernos y debates, núm. 50, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- RALLO LOMBARTE, A., "Debates electorales y televisión", **Revista de las Cortes Generales**, núm. 44, 1998.
- ROLLA, G., "La reforma electoral en Italia", en Pau i Vall, F. (coord.), **Parlamento y Sistema electoral, VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos**, Aranzadi, 1999.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., **Manual de procedimiento electoral**, Madrid, Ministerio del Interior, 1995.
- SARTORI, G., **Partidos y sistemas de partidos**, Alianza Editorial, Madrid, 1999.
- ZACCARIA, R., **Radiotelevisione e costituzione**, Milano, 1977.



O MINISTÉRIO PÚBLICO E A MÍDIA¹

DISTRICT ATTORNEYS AND THE MEDIA

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho²

Resumo

Atualmente, há uma interlocução direta entre os poderes e a imprensa, que é o órgão que canaliza a prestação de contas dos poderes à sociedade e, assim, participa ativamente do processo de interpretação constitucional. O grande desafio, portanto, para os profissionais do Ministério Público, é prestar informações à imprensa sempre com a reserva das cláusulas constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, bem como saber usar comedida e responsabilmente a atividade jornalística no processo, nos limites da lei; e, para os profissionais da imprensa, estarem cientes de que não é a imprensa, nem a sociedade, os incumbidos constitucionalmente de fazer julgamentos, bem como receber informações obtidas dos agentes do Ministério Público com a mesma reserva das cláusulas constitucionais. O presente trabalho examinará as interlocuções entre a imprensa e o Ministério Público, a partir do exame de alguns casos concretos.

Palavras-chave: Ministério público. Mídia. Direito público.

Abstract

Nowadays there is a direct dialogue between state powers and the press, that is the only institution that channels the accountability of institutions to society and, thus, participates actively in the process of constitutional interpretation. The great challenge, thus, for the members of the District Attorneys office, is to give information to the press regarding the constitutional guarantees of presumption of innocence and due process of law, in the limits of the law, and, to journalists, the conscience that it is not the press nor society that are entitled to pass judgment and must receive information from District Attorneys with the same regard to the constitutional guarantees. This paper will examine the dialogues between the press and the district attorneys by examination of some concrete cases.

Keywords: District attorneys. Media. Public Law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito Difuso à Informação Veraz. 2.1. Debate Collor x Lula nas eleições de 1990. 3. MP, Imprensa e Valores Éticos e Sociais. 4. Atividade Jornalística e o Processo Judicial. 5. MP, Imprensa e Estatuto da Criança e do Adolescente. 6. Entrevista por parte de Membros do MP. 7. Conclusão. 8. Referências.

¹ Artigo recebido em: 22/07/2015. Pareceres emitidos em 09/10/2015 e 20/10/2015. Aprovação comunicada em 21/10/2015.

² Professor Adjunto da UERJ, Professor Titular do PPGD da Universidade Tiradentes, Pós-doutor pela Universidade de Coimbra, Doutor pela UERJ, Mestre pela PUC-RJ e Desembargador aposentado do TJRJ. E-mail: <lgc@centroin.com.br>.



1 INTRODUÇÃO

Durante o período de exceção constitucional que o País experienciou, a imprensa³, por razões óbvias, não costumava transitar pelos meandros dos poderes constituídos, nem os poderes julgavam-se na obrigação de prestar contas à sociedade ou à imprensa. Nesse período não havia qualquer interlocução crítica entre os órgãos públicos e a imprensa, que, na maioria das vezes, se limitava a repassar o que as assessorias de imprensa remetiam às redações dos jornais, sem maiores preocupações com a investigação jornalística.

Deste modo, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário ficaram, durante todos esses anos, a salvo dos questionamentos da imprensa e essa situação se estendeu também ao Ministério Público, como integrante do Poder Executivo.

Após a redemocratização do País, a imprensa redescobriu os poderes constituídos - e a sociedade também - e passou não só a questionar os seus atos e - muito importante - a revolver os seus meandros, os seus procedimentos internos, o seu modo de agir institucional. Não somente os órgãos públicos passaram a ser observados do ponto de vista externo, mas também internamente, bem como os seus ocupantes, como nunca antes havia ocorrido⁴.

Atualmente, há uma interlocução direta entre os poderes e a imprensa, que é o órgão que canaliza a prestação de contas dos poderes à sociedade e, assim, participa ativamente do processo de interpretação constitucional (HABERLE, 1997).

Nesse longo processo de abertura política que levou a imprensa a aproximar-se dos poderes constituídos, há uma coincidência histórica que importa assinalar. Na mesma medida em que a imprensa passou a investigar o funcionamento dos poderes, paralelamente, houve um extraordinário incremento das funções institucionais do

³ Para os fins deste artigo usar-se-á *imprensa e mídia* como termos equivalentes, significando o conjunto dos meios de informação. O artigo 12, parágrafo único, da Lei nº 5.250/67, considera meios de informação *os jornais e outras publicações periódicas, os serviços de radiodifusão e os serviços noticiosos*. O Dicionário Aurélio define *mídia* como *designação genérica dos meios, veículos e canais de comunicação*. A palavra não é registrada em muitos dicionários brasileiros porque, na verdade, tem origem na expressão inglesa *mass media*. *Mídia eletrônica* é definida como a comunicação de sons e imagens através de ondas de rádio, transmitidas pelo espaço ou por fio (ALMEIDA, 1993).

⁴ Nunca a imprensa se preocupou tanto, como hoje, com as vantagens pessoais de parlamentares e juízes, como férias, salários, regime de aposentadoria, etc.



Ministério Público, após a Constituição de 1988. De órgão eminentemente integrante do aparelho repressivo do Estado, cuja mais importante e notável atribuição era a propositura de ações penais condenatórias, passou a exercer outras funções de perfis democráticos, bem como foi dotado de instrumentos para, também, fiscalizar os poderes públicos.

A coincidência histórica está, justamente, no surgimento, no panorama institucional brasileiro, de duas instituições voltadas para o controle e a fiscalização dos poderes públicos. Daí, compreende-se a extrema afinidade que ambas as instituições demonstram, o que se comprova com o auxílio mútuo em investigações de corrupção, fraudes etc., que vêm sendo noticiadas com frequência na vida nacional.

O exercício de tais importantes funções por parte das duas instituições demanda maturidade e responsabilidade, que precisam ser fomentadas pelos respectivos órgãos dirigentes e editoriais, diante do imenso poder que ambas detêm quando funcionam articuladamente, com o inevitável risco da supressão de direitos constitucionais, o que tem ocorrido com alguma frequência com a condenação pública de pessoas acusadas, antes mesmo de qualquer oportunidade de defesa.

O grande desafio, portanto, para os profissionais do Ministério Público, é prestar informações à imprensa sempre com a reserva das cláusulas constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, bem como saber usar comedida e responsabilmente a atividade jornalística no processo, nos limites da lei; e, para os profissionais da imprensa, estarem cientes de que não é a imprensa, nem a sociedade, os incumbidos constitucionalmente de fazer julgamentos, bem como receber informações obtidas dos agentes do Ministério Público com a mesma reserva das cláusulas constitucionais.

Por isso, é preciso que os profissionais do Ministério Público e da imprensa, reflitam sobre algumas consequências diretas dessa interlocução e dessa coincidência histórica, para que ambas sejam proveitosas para a sociedade, mas sem causar prejuízo desnecessário a quem quer que seja.

O presente trabalho examinará as interlocuções entre a imprensa e o Ministério Público, a partir do exame de alguns casos concretos.



2 DIREITO DIFUSO À INFORMAÇÃO VERAZ

Se por um lado aquela coincidência histórica referida no item I aproximou as missões institucionais do Ministério Público e da imprensa no propósito comum de fiscalizar a lei e os órgãos incumbidos de cumpri-la, por outro lado, o desenvolvimento das duas instituições e as demais funções que ambas desempenham em uma sociedade democrática podem colocá-las, eventualmente, em situações de confronto.

Se os poderes constituídos foram desnudados após a redemocratização do País, outros influxos também atingiram a mídia profundamente, de modo a poder-se afirmar que a liberdade de imprensa de hoje é muito diferente da liberdade de imprensa do passado.

A liberdade de imprensa surgiu como uma das bandeiras do liberalismo e foi consagrada, especialmente, na Revolução Francesa e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A imprensa, assim, foi moldada pelo liberalismo: liberdade absoluta, respeito à propriedade privada, não-intervenção estatal, livre intercâmbio de idéias e de produtos.

Nesse regime liberal, o estado não tinha outras funções a não ser permitir que a sociedade e o mercado caminhassem naturalmente, sem interveniência de qualquer espécie. O estado era um servo para manter o status quo social.

Ora, a liberdade de imprensa, nesse período, contaminou-se com o mesmo germe do liberalismo: nenhum compromisso social. Os jornais eram bandeiras de seus proprietários e defendiam os interesses de classes.

Assim, a liberdade de imprensa foi caracterizada como um direito fundamental de primeira geração, ou seja, como um direito de liberdade contra a intervenção estatal.

Com o influxo das idéias sociais da primeira metade do século XX, especialmente após a I Guerra Mundial, outra óptica foi imposta ao Estado. O Estado precisava intervir para igualizar os homens, para torná-los mais iguais em direitos e obrigações. A sociedade demandava maior participação estatal para amparar os que se encontravam à sua margem, os renegados, os excluídos e, assim, surgiram os direitos fundamentais de segunda geração, caracterizados por serem direitos ligados à igualdade. Nesse sentido, a imprensa também recebe a influência do Estado Social



e passa a contribuir para a igualização dos homens, por meio da difusão de conhecimentos e para atenuar as diferenças sociais e econômicas existentes na sociedade. Foi nesse período, porém, que a imprensa conheceu a censura. Na prática, o Estado Social, no afã de realizar-se, passou a interferir no modo de divulgação das informações, mas, com a sua óptica política dos fatos.

Os direitos fundamentais experimentam, ainda, mais uma ampliação e surgem os denominados direitos fundamentais de terceira geração, caracterizados pela fraternidade, pela solidariedade, como o direito a um meio-ambiente saudável, direito à paz social e direito à comunicação, caracterizados como direitos difusos da sociedade. Reforça-se, assim, aquele compromisso da imprensa com o desenvolvimento da sociedade e sua missão é a disseminação da informação para fornecer ao leitor os conhecimentos indispensáveis para o exercício das opções que o regime democrático que impõe.

Portanto, o Estado Democrático de Direito influencia o perfil da liberdade de imprensa, não mais liberal, descompromissada, bandeira do seu proprietário e de sua classe social. Exige-se uma prestação social da imprensa, que, assim, torna-se um serviço de utilidade pública. A imprensa, ao integrar um direito fundamental de terceira geração, passa a ser caracterizada como um direito difuso da sociedade, patrimônio da sociedade, expressão de uma sociedade pluralista. Trata-se de um direito transindividual, indivisível, pertencente a todos, mas a nenhum com exclusividade. Enfim, direito difuso da sociedade e não mais direito liberal do dono do órgão de informação.

Essa imprensa social passa a ter compromissos que antes não eram expressos, nem exigíveis. O que mais se destaca é o dever ser veraz, que impõe que a notícia publicada seja tenha capacidade de demonstrar-se provável. Se o objeto da informação é o fato, o fato deve ter existido e a prova dessa existência incumbe à imprensa. Os fatos existem, não são criados pela imaginação humana. Se existem, devem ser prováveis, devem ser verazes, devem ter aptidão para serem demonstrados, se necessário.

Ora, se a informação veraz é um direito difuso, da sociedade, cabe ao Ministério Público zelar pela veracidade dos fatos publicados pela imprensa, quando



sua publicação tiver importância para a sociedade, quando sua existência ou inexistência tiver impacto no modo de agir, pensar e decidir da sociedade.

Somente de poucos anos para cá, o Ministério Público está se dando conta dessa sua importantíssima função no processo de comunicação social.

São muitas as violações do direito difuso à informação veraz no cenário nacional. Basta lembrarmos algumas, sendo duas de intensa importância na vida política nacional. É público e notório que a Rede Globo, no seu Jornal Nacional, editorou o último debate dos então candidatos à presidência, de modo a exibir os melhores momentos do primeiro candidato e os piores do segundo, não permitindo, desse modo, a livre formação da opção política do povo brasileiro naquela oportunidade.

Nos dias de hoje também chegou-se à certeza de que a reportagem do Jornal Nacional, da Rede Globo, sobre o episódio da bomba do Riocentro, em 30/04/1981, não revelou tudo o que foi apurado pela equipe de jornalistas que fez a reportagem. A primeira filmagem exibida pela emissora revelava outra bomba na parte de trás do carro em que houve a explosão. No Jornal Nacional, essa imagem não constou da reportagem.

O jornal O Dia, em reportagem sobre o tráfico, em 15/03/1998, exibiu em sua primeira página uma reportagem intitulada Órfãos do Vício em que um casal teria se deixado fotografar cheirando cocaína em cima de uma Bíblia, na frente de seu filho de 8 anos, que estaria segurando o prato em que a droga era preparada. Posteriormente o jornal foi acusado de ter encenado aquela reportagem, chegando a pagar aos figurantes.

Em 13/01/1999 o país foi surpreendido com boatos de instabilidade em sua economia, originados em razão da substituição do então presidente do Banco Central. No mesmo dia a Agência Reuters fotografou e divulgou para jornais do mundo toda uma fotografia de uma grande fila que se formou no Banco Banerj, acrescentando, como legenda, que a fila demonstrava uma corrida da população aos bancos para sacar dinheiro por conta daquela instabilidade econômica. Pois bem: aquele dia era o último dia para pagamento do IPVA e aquele guichê do banco onde se formou a fila era destinado exclusivamente a pagamento de impostos estaduais.



Em outro caso, o Ministério Público de São Paulo intentou ação civil pública contra o SBT, pela exibição do Programa do Ratinho, do SBT, tendo sido deferida liminar de restrição à programação, que foi confirmada pelo Tribunal. O programa supostamente estaria encenando dramas familiares fictícios como se fossem verdadeiros.

Também foi objeto de ação civil pública o programa de Gugu Liberato, do SBT, que supostamente teria forjado uma entrevista com integrantes da organização criminosa PCC, de São Paulo. A liminar foi deferida pela 10ª Vara Federal de São Paulo e o programa foi impedido de ir ao ar por um domingo.

Portanto, o Ministério Público pode e deve exercer o controle da veracidade das informações veiculadas, tutelando o direito difuso da sociedade de recebê-las de maneira isenta e não fraudulenta. Não se trata, propriamente, da busca de uma verdade absoluta, mas, tão somente, o controle da qualidade de ser veraz de uma notícia. Para tanto, deve usar o instrumental da ação civil pública prevista na Lei nº 7.347/83, para obter a condenação na obrigação de fazer consistente em publicar a retificação da informação errada ou uma multa que financie a publicação em outro órgão de informação.

2.1 Debate Collor x Lula nas eleições de 1990

É público e notório que a Rede Globo, no seu Jornal Nacional, editorou o último debate dos então candidatos à presidência, de modo a exibir os melhores momentos do primeiro candidato e os piores do segundo, não permitindo, desse modo, a livre formação da opção política do povo brasileiro naquela oportunidade.

3 MP, IMPRENSA E VALORES ÉTICOS E SOCIAIS

A Constituição brasileira, no artigo 221, inciso IV⁵ admitiu expressamente os valores éticos e sociais da sociedade para limitar a informação produzida pelo rádio e

⁵ Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III



pela televisão, deixando a salvo a imprensa escrita. O Decreto nº 52.795/63⁶, que regulamenta a radiodifusão de palavras e de sons, também estabelece uma pauta moral e de respeito aos bons costumes.

Se os três primeiros incisos do dispositivo constitucional referido enunciam normas programáticas, o último investe, desde logo, a sociedade na situação de exigir o acatamento da Constituição.

A propósito, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro teve a rara oportunidade de aplicar concretamente a teoria acima exposta, admitindo ser um direito difuso da sociedade o respeito ao disposto no artigo 221 da Constituição. Veja-se o teor da ementa:

Ação Civil Pública.

Filme.

Vedação de Transmissão Televisada.

Art. 221, inc. IV, da Constituição Federal de 1988.

Mandado de Segurança.

Transmissão de filme de forte conteúdo em cenas de sexo explícito, violência excessiva e brutal, comprometedor de valores éticos, por transmissão televisada.

Vedação amparada por preceptivo constitucional (art. 221, inc. IV, da Constituição Federal).

Cabe ao Poder Jurisdicional o controle e a preservação dos valores morais, sob cujas bases se edifica a sociedade e a família brasileira, evitando que transmissões, em circuito aberto, penetrem nos lares indefesos, confundindo o ético com a liberdade sem freios, o licencioso com a arte cinematográfica.

Segurança denegada. (Conselho da Magistratura, processo 372/92, registrada em 25/09/92, julgado em 10/09/92 - Unânime - Capital - Rel. desembargador Ellis Hermydio Figueira).

Posteriormente, a ação civil pública foi utilizada outras vezes para obrigar as emissoras de televisão a ajustar-se ora ao artigo 221 da Constituição, ora à Lei nº 8.069/90⁷.

- regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

⁶ Artigo 67 do Decreto nº 52.795/63 – As concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão, observado o caráter educacional desse serviço, deverão, na organização de seus programas, atender, entre outras, as seguintes exigências: 1. manter um elevado sentido moral e cívico, não permitindo a irradiação de espetáculos, trechos musicais cantados, quadros anedotas ou palavras, contrários à moral familiar e aos bons costumes; ...

⁷ Quanto à aplicação do ECA, confira-se, por todos: Ação civil pública - Empresa de Rádio e Televisão - Cumprimento de obrigação de não fazer - Recurso interposto contra decisão que concedeu liminar parcial determinado tão-somente que seja respeitado o artigo 17 da Lei Federal n. 8.069/90 - Inexistência de irregularidade a ser sanada - Decisão que não veda a participação de menores no programa televisivo, apenas exigindo respeito à integridade física e psicológica das crianças e adolescentes - Medida que deveria constituir o objetivo de toda sociedade, independentemente de



Com efeito, todos os leitores e espectadores em potencial são titulares de um direito a receber informação que não viole os valores éticos e sociais da sociedade e o Ministério Público é o guardião de tal direito, devendo postular em juízo para obter a proibição da publicação da matéria, quando for este o caso.

4 ATIVIDADE JORNALÍSTICA E O PROCESSO JUDICIAL

Em muitas situações, como referido acima, a atividade jornalística influi ou repercute no processo judicial. É importante, assim, verificar o limite de legalidade para depurar o processo de qualquer possibilidade de nulidade e de violação de direitos. Vejamos algumas situações. O programa Linha Direta caracteriza-se por ter duas composições distintas: uma reportagem sobre um fato verídico e uma dramatização do mesmo fato. Quanto à reportagem, nenhuma dúvida quanto à possibilidade de exibição em julgamentos pelo Júri, se reconhecida a sua necessidade. Mas, a dramatização, em hipótese alguma, pode ser submetida aos jurados, diante da grande possibilidade de influir no ânimo dos juízes leigos, menos afeitos à função judicante. Não foi essa, porém, a orientação da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao julgar um mandado de segurança que visava a combater decisão que impedira a exibição, e que acabou denegado, nos seguintes termos:

Mandado de segurança.

Júri. Homicídio qualificado.

Exibição, em plenário, da fita que contém o programa “Linha Direta”, que vai ao ar às quintas-feiras, à noite, na Rede Globo.

Contendo a fita forte conteúdo emocional, que o locutor empresta à sua reportagem, o que pode afetar a imparcialidade dos srs. Jurados, não deve ser exibida.

Segurança denegada. Voto vencido.

previsão legal - Recurso não provido. (Tribunal de Justiça de São Paulo - Agravo de Instrumento n. 58.647-0 - São Paulo - Câmara Especial - Relator: Oetterer Guedes - 30.09.99 - V. U.). E, ainda: EMISSORA DE TELEVISÃO - EXIBIÇÃO DE FILME - CENAS VIOLENTAS - HORÁRIO IMPRÓPRIO PARA MENORES - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA). Exibição de filme de violência em horário impróprio para menores. Aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma reguladora constitucional. A Constituição limita os direitos, inclusive para programas de rádio e televisão (arts. 220 e 221) e manda proteger a criança (art. 227). A liberdade de expressão e a negativa de censura não impedem que outras normas, da mesma Constituição, sejam observadas (Processo nº 625/00 do Conselho da Magistratura do TJRJ, relator Des. Semy Glanz, julgado em 14/11/2000, **Revista de Direito do TJRJ**, nº 52, p. 158-162).



Em outro caso, durante um rumoroso processo de Júri, julgado no Rio de Janeiro, a então senadora Benedita da Silva, arrolada como testemunha da defesa, prestou uma entrevista a uma rádio, quando se encontrava já nas dependências do Tribunal do Júri, mas antes de prestá-lo. A entrevista impede o depoimento? Não, desde que uma testemunha não ouça o teor do depoimento da outra e, conseqüentemente, o teor da entrevista, como proíbe o artigo 211 do Código de Processo Penal.

A possibilidade de filmagem de audiências e divulgação pela imprensa também pode ensejar alguma controvérsia. As audiências são públicas, em regra. Por isso, podem ser filmadas. Contudo, se houver motivo relevante pode haver restrição à publicidade do processo, conforme permite a Constituição, no artigo 5º, LX (em casos de defesa da intimidade ou interesse social). Pode constituir interesse social não constranger os jurados com uma exposição tão intensa, como uma filmagem, ou pode significar defesa da intimidade não permitir a divulgação de depoimentos de testemunhas. Enfim, a possibilidade ou não deverá ser avaliada no caso concreto, mas, em princípio, a filmagem pode ocorrer.

Do mesmo modo, a filmagem e divulgação de diligências de busca e apreensão domiciliar também podem ser alvo de viva polêmica. Quando se decreta a quebra de uma garantia constitucional, não se despe o cidadão inteiramente da garantia. Apenas se restringe. De modo que a autoridade que determinou a restrição fica obrigada a zelar pela manutenção do que restar do direito restringido. Por isso, não se deve permitir a filmagem de diligência judicial ou policial de busca e apreensão. A restrição permite o acesso a domicílio dos agentes especialmente autorizados para tanto, e nos limites da finalidade do ato, qual seja, a apreensão de provas. Nada mais é permitido. Assim, é inconstitucional filmar-se diligência em moradia alheia. Não haveria aí nenhum propósito de prevenir crimes, pois as autoridades encarregadas já estariam agindo, inclusive quebrando a proteção constitucional do domicílio. Ademais, quando o Judiciário quebra qualquer sigilo constitucional, o faz para fins de prova no processo e somente para esse fim, não podendo ocorrer a utilização da diligência para outro desiderato. Pronunciando-se exatamente sobre a hipótese aventada, a Corte de Nova York decidiu, em 1994, em uma ação cível movida contra a CBS que “a única razão pela qual a CBS estava presente na busca era para estimular a satisfação e o divertimento dos outros” e que “a CBS não tem maior direito do que o de um ladrão



de estar em sua casa”. Assim, é inadmissível que, no cumprimento de mandado judicial, estranhos ingressem em domicílio alheio. A rigor, somente o Oficial de Justiça, as partes e seus patronos, e eventualmente a força policial requisitada, podem ter acesso ao domicílio e aos documentos e objetos que venham a ser apreendidos. Quem deve presidir a diligência é o Oficial de Justiça, que é a longa manus do Juiz.

Aspecto polêmico é a intervenção do Ministério Público em diligências como tais. É comum ver Promotores e Procuradores da República dirigindo tais diligências, o que acarreta diversos problemas. Em primeiro lugar, a diligência é judicial e, portanto, vige o princípio da indelegabilidade de jurisdição. Não pode o Juiz delegar a outrem as suas funções e a execução de um ato jurisdicional. Exatamente para cumprir os mandados judiciais existe o cargo de Oficial de Justiça e é ele que deve presidir o ato, mantendo o Juiz a par do que estiver acontecendo durante a diligência, sem qualquer intervenção ou influência de quem quer que seja. Em segundo lugar, o Ministério Público estará na diligência na qualidade de parte, exatamente a mesma qualidade revelada por quem estiver sendo investigado. Incumbir o Ministério Público de dirigir a diligência significa submeter uma parte à outra parte, violando, assim, o princípio constitucional da isonomia e o princípio processual da igualdade das partes no processo, o que pode vir a macular o resultado da diligência com nulidade insanável.

Pelas mesmas razões, a interceptação telefônica autorizada judicialmente não pode ser divulgada, a não ser que haja interesse público e autorização judicial para a divulgação. É impressionante ver como essas interceptações autorizadas chegam com rapidez aos meios de comunicação, como se a pessoa investigada perdesse todos os seus direitos constitucionais pelo só fato de estar sendo investigada. Assim, impõe-se aos Juízes e Promotores que não permitam essa banalização das interceptações autorizadas por serem uma exceção aos direitos constitucionais, que não pode ser estendida indefinidamente.

O mesmo se diga, em princípio, sobre a divulgação de interceptação telefônica ilícita. Houve um caso polêmico em que, embora ilícita a interceptação, não haveria verossimilhança em decisão liminar proibindo a divulgação por ausência de potencialidade de risco ao direito de intimidade da pessoa cuja conversa teria sido gravada. Tratava-se de um ex-governador do Estado em conversa com um ex-assessor, a respeito de uma empresa sua e de um fiscal fazendário. Na conversa,



segundo notícias da TV Globo, estar-se-ia comentando sobre uma eventual corrupção do fiscal. Considerando que a pessoa pública em referência não só geriu os recursos públicos de um Estado e pretendia ser, como foi, candidato a presidente da República, com poderes também para gerir recursos públicos, e considerando, ainda, que a TV Globo prometia revelar somente os assuntos concernentes à situação fiscal da empresa, em princípio, não estariam presentes os requisitos para a concessão de antecipação de tutela. No entanto, em agravo de instrumento interposto contra a decisão liminar referida, a 18ª Câmara Cível manteve a proibição de divulgação da interceptação telefônica, com a seguinte ementa:

Agravo de instrumento. Liminar concedida.
Impedimento de divulgação de gravações de conversas telefônicas, realizadas por interceptação ilícita.
Liberdade de imprensa e direito à informação que não são absolutos, submetendo-se ao necessário respeito ao direito da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal e da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, prevista no inciso XII do mesmo artigo.
Divulgação de conversa telefônica de terceiros que, em tese, configura delito penal capitulado no artigo 151, p. 1º, II, do Código Penal.
Origem ilícita das gravações que contamina sua divulgação pela imprensa.
Aplicação da Teoria da “árvore venenosa e seus frutos”. Ilícitude das gravações como prova judicial e que, se não vale para o Estado como ente soberano e destinatário da instrução processual, não pode servir para amparar os interesses jornalísticos e de informação, conquanto relevantes.
Controle da legalidade da conduta dos órgãos da imprensa que não se confunde com censura, que é ato do Poder Público de Polícia, através de censores, e não do Judiciário.
Constituição Federal, ademais, que, mesmo que distorcido o conceito de censura nela previsto, só veda, no seu artigo 220, a censura “política, ideológica e artística”, não a jurídica ou legal.
Proteção em Juízo à “ameaça de direito”, que é garantida, sem exceção, pelo artigo 5º, XXV, da Carta Magna.
Ilegalidade da divulgação reconhecida.
Medida liminar mantida.
Recurso desprovido.

5 MP, IMPRENSA E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente contém importante limitação à atividade jornalística, especialmente no artigo 78, complementado pelos artigos 214 e 247.

O parágrafo 2º, do artigo 247, do ECA, que estabelece a penalidade que vai da multa à apreensão do periódico ou suspensão da programação, foi considerado



inconstitucional pelo STF. As penas de apreensão e de suspensão da programação não se coadunam com o texto constitucional, cujo artigo 220, parágrafo 1º, consagra que a lei não pode criar embaraço à plena liberdade de informação. A regra é a ampla liberdade de informação que só deve ser mitigada em casos verdadeiramente graves e quando não houver possibilidade de agir de outro modo. Por outro lado, essa proibição para o futuro não guarda consonância com os valores que a Carta Magna adotou para a liberdade de informação.

Vejamos algumas situações concretas. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro dispensou a obrigatoriedade de embalagem opaca quando a capa do periódico não revelar imagens pornográficas, considerando suficiente a aposição de lacre:

Imprensa. Revista Playboy. Comercialização. Requisitos legais satisfeitos. O senso ético médio do povo não considera pornográfica a simples fotografia de uma atriz com os seios desnudos na capa de uma revista, mormente quando se exhibe na televisão imagens muito mais fortes em programas populares, desfiles de escolas de samba e bailes carnavalescos. E sendo da tradição da revista não expor suas capas imagens pornográficas ou obscenas, não se justifica a exigência de embalagens opacas, bastando que as publicações sejam comercializadas com embalagem lacradas, embora transparentes, com a advertência de seu conteúdo, consoante o art. 78 do ECA. Desprovemento do recurso.

A edição da revista Playboy do mês de dezembro de 2000 estampou na capa a cantora e apresentadora Carla Perez, associando-a ao Natal. Ao divulgar a edição, a revista estampou idêntica imagem em outdoors com uma frase de efeito bastante polêmica. O juízo da 1ª Vara da Infância e da Juventude do Rio de Janeiro determinou a colagem de tarjas pretas nos outdoors e autuou os responsáveis por infração ao artigo antes referido.

6 ENTREVISTA POR PARTE DE MEMBROS DO MP

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei nº 8.625/93 não contém qualquer vedação à entrevista por parte de membro do Ministério Público.

Ao contrário, a Lei Complementar Estadual nº 106, no artigo 82, inciso IV, permite manifestação público nos processos em que os promotores atuarem.



Deixando de lado a discussão acerca da conveniência ou não da concessão de entrevistas, algumas considerações devem ser feitas sobre as entrevistas por parte de promotores e procuradores da república. Em princípio, não deve vigorar uma proibição similar àquela vigente para magistrados (artigo 36 da Lei Orgânica da Magistratura) por uma razão fundamental: do magistrado exige-se o dever da imparcialidade, ao qual corresponde igual direito dos jurisdicionados, enquanto o Ministério Público normalmente é parte interessada, seja nas ações penais de iniciativa pública, seja nas ações civis públicas por ele intentadas. A proibição, ao contrário, teria valia quando o parquet funcionar como custos legis, pois, nessa função, exige-se maior ponderação e equidistância das partes processuais, o que aconselha, para melhor imagem institucional, a vedação de entrevistas.

Portanto, no estágio atual da sociedade brasileira é conveniente possam os membros do Ministério Público conceder entrevistas quando atuarem como partes. Mas, alguns alertas devem ser feitos para que não ocorram a exposição desnecessária da instituição, nem a violação de direitos constitucionais da parte contrária.

A atuação ministerial difere da atuação jornalística. Esta última é dirigida à opinião pública; tem a mesma lógica da sociedade; julga do mesmo modo leigo que o povo julga, com procedimentos igualmente leigos. Nessa lógica, até por razões culturais, os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência mais parecem entraves à apuração da verdade e à punição dos culpados. Diferentemente da imprensa, o Ministério Público atua no processo judicial, presidido pelas garantias constitucionais referidas, com a lógica constitucional e legal de que, diante da dúvida, o Estado brasileiro optou pela absolvição de um possível culpado do que pela condenação de um possível inocente. Sua atuação dirige-se à coleta da prova judicial, em busca da verdade aproximativa, uma verdade convencional porque controlada pela lei, que não é a mesma verdade do povo e da imprensa. Suas prerrogativas funcionais devem ser desempenhadas com vistas à atuação processual. Qualquer desvio de finalidade deslegitima e compromete a sua atuação.

Por essas divergências de objetivos e de postura, deve-se exigir dos membros do Ministério Público certa pauta de conduta, para não exporem desnecessariamente a instituição.



Alguns inconvenientes que ocorrem na concessão de entrevistas. É muito comum o profissional do Direito sofrer pressão da imprensa para divulgar fatos ainda não totalmente apurados e, com isso, contribuir para o linchamento público de pessoas investigadas. Sobretudo o Delegado e o Promotor são os alvos prediletos da imprensa, porque ela precisa se apoiar em alguma autoridade pública para dar a aparência de legitimidade à matéria. A pressão da imprensa pode levar, também, o profissional do Direito a adotar uma postura perante a imprensa que ele não teria normalmente. E ainda é possível que a possibilidade de fama leve o profissional a ter uma conduta combativa perante a imprensa, mas conformada no processo. Há poucos dias, o Presidente do Tribunal de Justiça acusou um Promotor de Justiça de ter esse comportamento e isso precisa ficar claro para a opinião pública.

Outro inconveniente consistiria em privilegiar determinados meios de comunicação no fornecimento de informações. Há alguns anos o Procurador da República Luiz Francisco de Souza gravou uma conversa com o Senador da República Antônio Carlos Magalhães em que este confessou um ato, a princípio, indecoroso. Depois, o Procurador divulgou a fita para uma única revista. Quando, por alguma razão pública, o Promotor ou Procurador tiver de transmitir alguma informação à imprensa, a natureza de seu cargo impõe que o faça com transparência e, não, escolhendo um determinado veículo para prestar a informação. No caso, se havia interesse público na divulgação, que o fizesse com transparência, convocando uma entrevista coletiva, e, não, privilegiando um único veículo de comunicação. O princípio da impessoalidade a isso impõe. A entrevista selecionada, dirigida a um veículo em especial, depõe contra a seriedade da instituição.

Também não se deve permitir a concessão de entrevista ou o fornecimento de informações obtidas no processo em que há proteção legal, como o segredo de justiça, a proteção do domicílio, o sigilo bancário, fiscal, eleitoral, de dados, telefônico ou de correspondência. Há alguns anos, um Procurador-Geral do Ministério Público, de posse de um mandado de busca e apreensão, ingressou em um escritório supostamente usado por um banqueiro de bicho e ali abriu um cofre contendo documentos, tudo à vista de toda a imprensa, convocada para presenciar o ato. Ora, mesmo um banqueiro de bicho tem direito a uma esfera de proteção à intimidade e quando se quebra algum sigilo constitucional, como no caso do mandado de busca, permanece o direito à intimidade pelo menos em alguma medida. Desse modo,



descortinar o que foi encontrado no interior do cofre do bicheiro para toda a imprensa parece que ofende a Constituição. Pense-se que aquele cofre pudesse guardar uma escritura pública de reconhecimento de filiação, por exemplo, para entender-se a razão da proteção constitucional.

Por fim, ultimamente, as colaborações premiadas, como as denomina a Lei nº 12.850/2013, se tornaram o grande foco de informações que interessa à imprensa e ao público. O instituto não é de todo novo no ordenamento brasileiro, mas, agora, tem tido um alcance nunca antes visto. Seu antecedente remoto era a crown witness prosecution, do direito inglês, no século XVII, tempo em que a acusação pública era entregue aos caçadores de recompensa, que recebiam uma soma em dinheiro caso esclarecessem e levasse aos tribunais autores de crimes. Um grande impulso de seu uso ocorreu na Itália, a partir dos anos 90, na luta contra a máfia. No Brasil, desde a Lei nº 8.072/1990, passando pelas Leis nº 9.034/1995, 9.080/1995, 9.269/96, 9.613/1998, 9.807/1999 e 11.343/2006, há previsão expressa de sua utilização no processo criminal. Ocorre que o conteúdo da colaboração premiada é protegido por sigilo legal (artigo 7º, § 3º, da Lei nº 12.850/2012). E a razão do sigilo legal é que seu conteúdo, sozinho, não serve para a condenação, a teor do artigo 4º, § 16, da mesma legislação. Assim, a proibição da divulgação serve ao princípio constitucional da presunção de inocência, que se estende a todos os crimes previstos no ordenamento jurídico nacional. É absolutamente ilegal a divulgação do conteúdo de delações premiadas e não tem qualquer cabimento dizer que determinadas espécies de crimes autorizariam a divulgação à imprensa.

É absolutamente ilegal a divulgação do conteúdo de delações premiadas e não tem qualquer cabimento dizer que determinadas espécies de crimes autorizariam a divulgação à imprensa.

7 CONCLUSÃO

Enfim, como regra geral a todo profissional do Direito que exerça cargo público, convém dizer que toda informação, especialmente a de caráter criminal, deve ser transmitida com a expressa referência à presunção de inocência e ao devido



processo legal, opções políticas do Estado brasileiro e diretrizes para todas as suas formas de atuação institucional⁸.

E, ainda, que não é a pessoa do profissional que atrai a atenção da imprensa, mas, sim, sua atuação, que é pública. Deste modo, a entrevista deve ser dada como desdobramento natural de sua atuação, que é voltada para o processo e, não, para a promoção pessoal.

Como somos todos seres humanos, com os defeitos e imperfeições inerentes, nunca é demais lembrar que alguns defeitos de nossa espécie avultam sorrateiramente durante os poucos minutos de fama, tudo em busca de assumirmos sempre a posição do herói, numa imaginária fábula em que lutamos contra o vilão.

Quando agimos assim, traídos por uma inescondível vaidade⁹ que aflora instintivamente, talvez não sejamos tão heróis assim.

8 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, André Mendes de. **Mídia Eletrônica**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**. São Paulo: Renovar, 1999.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GARCIA, Emerson. A liberdade de expressão dos membros do Ministério Público, **Revista do Ministério Público**, n. 18, p. 31-47, jul./dez. 2003.
- HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

⁸ A falta desse cuidado – ao mesmo tempo dever – levou ao já célebre caso da Escola Base, cujos proprietários foram acusados apressadamente pela polícia, de crime contra os costumes, e foram submetidos a verdadeiro linchamento moral pela imprensa, o que, de certa forma, contribuiu para um estado de comoção social que levou a vizinhança a depredar a escola. Afinal acabaram absolvidos. Os órgãos de imprensa estão sendo condenados civilmente.

⁹ Com toda a propriedade e caminhando no mesmo sentido, vejam-se as conclusões de Santos, (2003) “...o que move a autoridade policial ou mesmo o membro do Ministério Público quando fornece ao repórter os dados, repita-se, ainda não devidamente apurados? A primeira... demonstrar a eficácia da instituição no combate à criminalidade... A segunda...o receio de vir a ser acusado de não colaborar para que a verdade seja levada ao conhecimento do público-leitor. A terceira...é a vaidade (p. 84).. Páginas adiante o autor emite uma conclusão importante e acertada: ...não pode o membro do Ministério Público ignorar que o único meio democrático de apurar fatos supostamente delituosos é o processo” (p. 86).



MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. tomo V, 1987.

SANTOS, Antônio Carlos Coelho dos. O Ministério Público, o réu e a mídia. **Revista do Ministério Público**, n. 17, jan./jun. 2003.



BENS PÚBLICOS E OS *ROYALTIES* DO PETRÓLEO: BREVE COTEJO ENTRE OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E ITALIANO¹

PUBLIC ASSETS AND OIL ROYALTIES: A BRIEF COMPARISON
BETWEEN THE BRAZILIAN AND ITALIAN LEGAL SYSTEMS

Rodrigo Luís Kanayama²

Resumo

Os *royalties* do petróleo têm importância na manutenção das finanças de Estados e Municípios, além de fortalecer a receita de órgãos da Administração Direta da União. Há impasse político e legislativo na forma como devem ser distribuídos os recursos. Para esclarecer o tema, será estudado o regime brasileiro de *royalties* do petróleo, promovendo breve comparação com o regime italiano.

Palavras-chave: Finanças públicas; Federação; Petróleo; Royalties; Pacto federativo.

Abstract

Oil royalties are important for the maintenance of State and municipal finance, and to strengthen the revenue of the government agencies. There are political and legislative impasses on how resources should be distributed. To clarify the issue, the Brazilian regime of oil royalties will be studied, promoting brief comparison with the Italian regime.

Keywords: Public finance; Federation; Oil; Royalties; Federalism.

Sumário: 1. Introdução. 2. O petróleo como bem público. 3. A federação brasileira: histórico; complexidade; competências. 4. Royalties: conceitos e regulação. 4.1. Tratamento constitucional da matéria. 4.2. Tratamento normativo do petróleo e royalties no Brasil. 4.3. Tratamento normativo do petróleo e royalties na Itália. 5. Argumentos conclusivos: as novas regras dos royalties do petróleo no Brasil e propostas para o futuro no Brasil e na Itália. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Assunto polêmico no Brasil, com opiniões divergentes e interesses variados, os *royalties* do petróleo têm importância na manutenção das finanças de Estados e

¹ Artigo recebido em: 30/08/2015. Pareceres emitidos em 03/10/2015 e 13/10/2015. Aprovação comunicada em 25/10/2015.

² Professor Adjunto de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da UFPR e Advogado em Curitiba. E-mail: <rodrigo@kanayama.adv.br>.



Municípios, além de fortalecer a receita de órgãos da Administração Direta da União. Recentemente, o conflito recrudescceu e chegou aos tribunais.

Diante do impasse, procede-se-á, neste trabalho – elaborado para apresentação no evento sobre Direito Comparado *Dialoghi di Diritto Costituzionale Comparato. Alla ricerca dei Beni Comuni: il ruolo delle Costituzioni*, ocorrido na Università del Salento, em Lecce-Salento, Italia, de 6 a 10 de julho de 2015 –, ao estudo do regime brasileiro de *royalties* do petróleo, promovendo breve comparação com o regime italiano. Ainda não se tem notícia de conflito legislativo na Itália sobre o assunto.

Royalties são preços pagos pelo uso de direito ou bem de terceiros – não são preços pagos pela venda ou aluguel de um bem. A Constituição brasileira prevê o petróleo como *bem da União* e que é assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração (art. 20, § 1º da Constituição). Parece singela, mas a discussão sobre a propriedade e repartição da receita da exploração petrolífera é complexa e não é livre de percalços.

A partir daí, sobre o tema serão analisados os seguintes aspectos: (a) o que se entende por *royalties*; (b) quem recebe *royalties* do petróleo; (c) qual o embate que vem ocorrendo em torno do assunto no Brasil; (d) quais as consequências de eventual redistribuição dos *royalties* a todos os entes da Federação brasileira; (e) a descoberta do petróleo do *pré-sal* na costa brasileira; (f) o julgamento – ainda pendente – do Supremo Tribunal Federal das alterações legislativas recentes; (g) o aprimoramento do pacto federativo no Brasil e possível instalação da discussão sobre distribuição de *royalties* na Itália.

Embora o debate pareça ter impacto apenas no assunto específico – receita e *royalties* de petróleo –, traz em seu bojo a rediscussão do pacto federativo cooperativo brasileiro e o papel dos bens públicos da União, sobretudo sobre os bens dominicais. Deve-se determinar a seguinte hipótese: os bens da União, se repartidos, devem promover benefícios a todo território nacional, com entrega a Estados e



Municípios indistintamente, não importando se participam ou não do processo produtivo? Duas correntes conflitam. A primeira defende o direito ao recebimento dos *royalties* pelos Municípios e Estados atingidos, direta ou indiretamente, pela exploração do petróleo. A segunda pugna pela distribuição a todos os entes federativos, pois, sendo bem da União, nenhum pode ser privado de seus benefícios.

No Brasil, vem desde a criação da Petrobrás, pela Lei 2.004/1953, a controvérsia sobre a compensação e indenização pela lavra petrolífera. A partir daí, regimes se alteraram em decretos e leis posteriores. O cenário permaneceu pacificado na Constituição Federal (em 1988), mas tornou-se turbulento, mais uma vez, com a descoberta de grandes reservas de petróleo no subsolo marítimo, na plataforma continental, chamado de *pré-sal*³. É uma camada profunda, abaixo de estrato espesso de sal, com custo alto de exploração⁴.

Surgiram novos diplomas legislativos. Criaram-se novas regras para os novos poços – do *pré-sal* – e para os poços já existentes. Entretanto, recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) suspendeu, em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) proposta pelo Estado do Rio de Janeiro, atual maior credor de receitas de *royalties*⁵, parte das Leis 9.478/97 e 12.351/2010, com alterações da Lei 12.734/2012, pois havia vícios, segundo a decisão liminar – ainda provisória – do STF. Atingiu-se distribuição de *royalties* de contratos celebrados antes do advento da nova lei. A argumentação é no sentido da inconstitucionalidade.

³ “Com uma área total de 149.000 quilômetros quadrados, a província do pré-sal é considerada a maior descoberta de petróleo do hemisfério sul nos últimos trinta anos, e aponta o País para um salto da décima quinta posição para a quarta no seletor ranking das dez maiores jazidas do mundo, colocando o Brasil no radar dos investidores internacionais”. (SEABRA *et al.*, 2011).

⁴ “A chamada camada pré-sal é uma faixa que se estende ao longo de 800 quilômetros entre os Estados do Espírito Santo e Santa Catarina, abaixo do leito do mar, e engloba três bacias sedimentares (Espírito Santo, Campos e Santos). O petróleo encontrado nesta área está a profundidades que superam os 7 mil metros, abaixo de uma extensa camada de sal que, segundo geólogos, conservam a qualidade do petróleo” (FOLHA DE S. PAULO, 2015)

⁵ Conforme dados da Agência Nacional de Petróleo: <<http://www.anp.gov.br/?dw=75950>>. O Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, recebeu, em 2015, até o mês de maio, R\$ 922.696.793,70 (57,22% do total direcionado aos Estados-membros).

Consultar dados sobre a dependência dos Municípios Fluminenses: Penalva Santos, 2008. Disponível em: <http://www.uaemex.mx/fapur/docs/quivera/Quivera1_2008.pdf#page=50>. Acesso em: jun. 2015. Ademais, afirma a autora que: “O indicador que mede o grau de dependência das receitas orçamentárias em relação aos royalties e participações especiais mostra de forma contundente como as cidades médias não-metropolitanas dependem dessas receitas petrolíferas, o que não ocorre com as metropolitanas nem com a capital estadual”.



Conflito federativo que se instalou, pois se o Estado do Rio de Janeiro for vitorioso, provocará retirada de recursos aos outros entes da Federação.

A partir dessas considerações, faremos a análise do arcabouço normativo e da decisão do STF, visando a demonstrar a possibilidade de promover redistribuição de recursos dos royalties do petróleo a todos os entes federativos – Municípios e Estados –, mesmo que distantes do processo produtivo. Assim, ponderando interesses, será respeitado o federalismo cooperativo, em consonância com a norma constitucional. Ao mesmo tempo, compararemos a situação atual da distribuição de recursos na Itália, com o fito de demonstrar como é executada a política de *royalties* de petróleo naquele país e como a experiência brasileira e italiana podem aprimorar as políticas reciprocamente.

2 O PETRÓLEO COMO BEM PÚBLICO

Embora não se encaixe no conceito de bem comum global⁶, o petróleo tem importância indubitável, atualmente, para o funcionamento dos países. Por energia ser não renovável e, atualmente, de alto custo, o petróleo como fonte de energia torna-se fundamental à soberania⁷.

Não pode ser apropriado pelo particular, pois os bens do subsolo pertencem à União e, portanto, são bens públicos. No Brasil, o regime dos bens públicos da União, ou seja, do governo nacional, é definido pela Constituição da República⁸. O texto constitucional evitou, com a vigência dessa norma, qualquer debate já enfrentado em outros países — como nos Estados Unidos (LOUREIRO, 1990, p. 1-

⁶ No conceito apresentado por Inge Kaul, Isabelle Grunberg e Marc A. Stern (Definindo bens públicos globais. (KAUL, 2012). Bens públicos globais são não rivais e não excludíveis.

⁷ Expõe dados empíricos Diego Araujo Reis, José Ricardo Santana (2015), sobre a importância dos *royalties* e dependência dos entes federativos a esses recursos: "Como mostra a tabela 1, são 798 municípios beneficiários de royalties, distribuídos por 15 estados brasileiros. O Grupo 1 é formado em sua maioria pelos municípios potiguares, capixabas e sergipanos. Em relação ao Grupo 2, é destacada a presença dos municípios do Rio de Janeiro, que representam 35% do grupo, contando ainda com municípios capixabas, sergipanos, potiguares e baianos. No Grupo 3 a composição está concentrada pelos 147 municípios baianos, além de 37 municípios paulistas. Quanto ao Grupo 4, o destaque vai para os 67 municípios cearenses, tendo ainda a presença de municípios alagoanos, baianos, paranaenses e paulistas."

⁸ "Art. 20. São bens da União: (...) V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; (...) VIII - os potenciais de energia hidráulica; IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;"



23) —, não restando dúvidas sobre o domínio da União. A realidade, porém, é complexa, e o problema passou a existir em outra seara: na distribuição de recursos decorrentes da exploração do petróleo.

Primeiramente, devemos definir qual é a natureza jurídica desse bem público. Pode não parecer relevante, mas a definição é necessária para estabelecer a forma como o petróleo pode ser utilizado pelo Estado — se comercialmente ou não, inclusive. Classificamos, na linha da definição do Código Civil brasileiro, os bens públicos em: bem de uso comum, de uso especial e dominicais.

No Brasil, são bens públicos de uso comum do povo, entre outros, *os rios, mares, estradas, ruas e praças*; os de uso especial, por exemplo, *os edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias*; e os dominicais são aqueles *que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades*⁹. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis (art. 100, Código Civil Brasileiro), exceto se desafetados – retirada da sua finalidade original. E os bens dominicais

não estando afetados a finalidade pública específica, podem ser alienados por meio de institutos de direito privado (compra e venda, doação, permuta) ou do direito público (investidura, legitimação da posse e retrocessão (...)). (DI PIETRO, 2014, p. 758)

Na doutrina italiana, embora nela se reconheça a proximidade do tema dos bens públicos com o Direito Administrativo, também importa ao Direito Civil, pois previsto no Código Civil (art. 822 e seguintes). Então:

Beni demaniali o beni del demanio pubblico sono i beni dello Stato e degli altri enti pubblici territoriali che in ragione della loro essenziale funzione sono

⁹ Nos termos do Código Civil: “Art. 99. São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar. Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.”



assolutamente incommerciabili, non possono cioè costituire oggetto di atti dispositivi di diritto privato. Beni patrimoniali indisponibili sono i beni dello Stato e degli altri enti pubblici territoriali che possono costituire oggetto de atti dispositivi di diritto privato compatibili con la loro destinazione a fini de utilità generale. (BIANCA, 1999, p. 103)

Os primeiros – *beni demaniali* ou de *propriedade do Estado* ou bens públicos – podem ser classificados em *beni demaniali riservati* (ou *necessari*) e *beni demaniali non riservati*. Os bens públicos reservados (indisponíveis) são *a costa marítima, a praia, baía e portos (domínio público marítimo), rios, córregos, os lagos, e outras águas declaradas públicas por lei especial (domínio público hídrico), atividade destinada à defesa nacional (domínio público militar) (822 cc)*. (BIANCA, 1999, p. 103-104) (tradução livre).

Os bens públicos não reservados (disponíveis) são *a via pública, as estradas, as estradas de ferro (domínio público das estradas); os aeroportos (domínio público aeronáutico); os aquedutos; os imóveis de interesse histórico; arqueológico e artístico; os museus, as pinacotecas, os arquivos, as bibliotecas (domínio público cultural) e outros bens sujeitos à lei especial no regime dos bens de domínio público (822 cc)*. (BIANCA, 1999, p. 104-105) (tradução livre).

Os bens de propriedade do Estado – *beni demaniali* –, em qualquer de suas espécies – *riservati* e *non riservati* – são bens fora do comércio, inalienáveis e imprescritíveis (não são suscetíveis de usucapião) – mas podem ser concedidos. (BIANCA, 1999, p. 107).

Os segundos – *beni patrimoniali indisponibili* – são os bens públicos que pertencem ao Estado, satisfazem interesse público, mas não se confundem com os bens descritos acima. Trata-se de uma leitura do art. 826, 1, cc. (ARSÌ, 2000, p. 1.310). Sujeitam-se ao direito privado – compatível ao direito público. O Código Civil italiano (art. 826 cc) define que são bens patrimoniais indisponíveis as florestas, as minas, as pedreiras, as turfeiras que não estão sob gozo do proprietário do terreno, as coisas de interesse histórico, arqueológico, paleontológico e artístico encontrados no subterrâneo, a fauna, entre outros. (BIANCA, 1999, p. 108). Esses bens devem ter o fim público.

A indisponibilidade dos *beni patrimoniale indisponibili* mantém a sua reserva ao Estado. Importante dizer que



Generalmente, quindi, si suddividono i beni indisponibili tra quelli che prescindono da atti di destinazione al perseguimento di un interesse pubblico (come le miniere e le cose di interesse storico, archeologico, paleontologico e artistico) da quei beni che divengono indisponibili solo in seguito ad un provvedimento di destinazione (come le cave e le torbiere, i beni costituenti la dotazione della Presidenza delle Repubblica, le caserme, gli armamenti, gli aeromobili militari, le navi da guerra (...)) (ARSI, 2000, p. 1.313).

Ainda, pode-se expor os bens patrimoniais – *beni patrimoniali* – como disponíveis, que não são destinados a um fim público direto, nos termos dos atos administrativos. São alienáveis. (BIANCA, 1999, p. 110)

A distinção promovida pela doutrina brasileira não existe em outros países, como a Itália. Segundo Maria Sylvia Di Pietro, o Código Civil adotou terminologia peculiar, prevista no Código Civil e estudada acima¹⁰.

No Brasil, entre os bens públicos definidos em legislação infraconstitucional (Código Civil), entendemos que o petróleo é bem público da União e bem público dominical. São de pronto alienáveis, mas nas condições impostas pela lei. Independem de autorização legislativa que os retire a condição de inalienáveis – ou que os desafete –, conquanto possuam forte regulação de seu uso e exploração.

Diferentemente, no Direito italiano, o petróleo é *beni patrimoniale indisponibili* (bens patrimoniais indisponíveis), possuindo finalidade pública, porém sendo passível de alienação, mas protegidos (reservados) em prol do Estado.

Para Gilberto Bercovici, no Brasil, petróleo e outros recursos minerais são “bens públicos de uso especial, bens indisponíveis cuja destinação pública está definida constitucionalmente: a exploração e aproveitamento de seus potenciais” (BERCOVICI, 2011, p. 289). Para o autor, é um “patrimônio nacional irrenunciável” e

¹⁰ “Não houve, de início, uma classificação dos bens públicos. No Código Civil de Napoleão, de 1804, apenas se declarava que certos bens, como rios, estradas, etc., eram insuscetíveis de propriedade privada. Segundo alguns, estaria aí o germe da divisão dos bens em duas grandes categorias: os do domínio público e os do domínio privado do Estado” / “Deve-se, portanto, a Pardessus a primeira classificação: para ele, existe, de um lado, o domínio nacional, suscetível de apropriação privada e produtor de renda; e, de outro, o domínio público, consagrado, por natureza, ao uso de todos e ao serviço geral, sendo inalienável, imprescritível e insuscetível de servidão.” / “Distinção semelhante foi adotada por Proudhon, que divide os bens em duas categorias, que ainda hoje se adotam no direito francês: os bens de domínio público e os bens de domínio privado do Estado.” / “Na Itália, distingue-se o demanio (domínio público), que corresponde aos bens de uso comum do povo, e os bens patrimoniais, que se subdividem em bens de patrimônio disponível e bens do patrimônio indisponível.” / “No direito brasileiro, a primeira classificação metódica dos bens públicos, ainda hoje subsistente, foi feita pelo Código Civil de 1916, sendo pobre, antes disso, a doutrina a respeito do assunto. O Código Civil de 1916 adotou terminologia própria, peculiar ao direito brasileiro, não seguindo o modelo estrangeiro, onde é mais comum a bipartição dos bens públicos, conforme o regime jurídico adotado.” (DI PIETRO, 2014, p. 743)



inalienável. Sem dúvida, o petróleo, como todo recurso mineral, é imprescindível à manutenção do patrimônio nacional, a despeito de não ser inalienável.

Alinhamo-nos ao argumento de Fernando Facury Scaff, que entende que não se trata de um bem de uso especial – no sentido legal –, mas bem dominical¹¹.

3 A FEDERAÇÃO BRASILEIRA: HISTÓRICO; COMPLEXIDADE; COMPETÊNCIAS

Numa federação como a brasileira, há entes detentores de autonomia definidas em norma jurídica. A despeito de a Federação brasileira estar erigida, ao menos atualmente, sobre o pressuposto – teórico – da cooperação, conflitos de interesses sempre surgirão. Os bens dominicais da União, como minério e petróleo, resultam disputas sobre o pagamento dos *royalties* referentes ao exercício da exploração em seus respectivos territórios.

Diante disso, partamos da análise histórica da Federação brasileira, a qual sofreu e vem sofrendo movimentos irregulares de sístoles e diástoles na repartição das atribuições entre entes. A Constituição da República definiu competências e autonomias, mas não pode controlar todos os movimentos autônomos que podem eclodir.

A Federação brasileira decorre de um simples ato normativo. Em 15 de novembro de 1889, na Proclamação da República, o Decreto nº 1/1889 criou a Federação. (TORRES, 2014, p. 247). Manteve os poderes locais fortalecidos, mas a partilha dos recursos não foi adequada (TORRES, 2014, p. 249), o que levou as Constituições posteriores a reverem o pacto federativo. A ideia de federação cooperativa passou a ganhar força somente mais tarde.

Por existir uma crise na distribuição das receitas, na Constituição de 1934 surge a semente do modelo de federalismo fiscal cooperativo, mas que ficou no papel. Por isso, os entes federativos sustentavam-se com suas próprias receitas. Tal regime

¹¹ “Entende-se inadequada a corrente que vê os Recursos Naturais Não Renováveis, petróleo dentre eles, como um bem de uso *especial* no sentido preconizado pelo Código Civil. (...)”
“Quer nos parecer que se trata de um bem móvel, fungível, não renovável (exaurível), estratégico, mas, com a ótica da classificação legal, um bem dominical” (SCAFF, 2014, p. 62).
Consultar, também, a ADI 3.273, voto do Min. Eros Grau.



permaneceu na Constituição de 1937. (TORRES, 2014, p. 249-250). Somente em 1946 houve ampliação da descentralização, com repartição de receitas. E, com a Emenda Constitucional 18/1965, após o golpe militar de 1964, foram criados mais impostos e os Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios (FPE e FPM, respectivamente), além do sistema de partilha de tributos.

Sob a Constituição Federal de 1988, surge um novo federalismo cooperativo. (TORRES, 2014, p. 243 e ss.). Compete, pois, à União o estabelecimento de normas gerais de Direito Financeiro. Houve aumento dos percentuais dos Fundos de Participação (FPM e FPE), visando ainda mais a redução das desigualdades regionais. Ocorreu, também, o crescimento do número de Municípios (o qual cresceu até 1996). E mais: os Municípios tornaram-se entes federativos, com grau de autonomia elevado.

O número de Municípios fez complicar a equação na repartição de competências tributárias e obrigações administrativas. Como ensina Fabrício Ricardo de Limas Tomio (2005):

A descentralização política foi acompanhada da ampliação de recursos fiscais e das competências tributárias dos municípios e do mais expressivo processo de fragmentação dos municípios brasileiros – algo que, no período posterior à vigência da Constituição de 1988, originou 1.385 novos municípios no Brasil (1/4 de todos municípios existentes atualmente).

O processo de criação de novos entes municipais foi suspenso pela Emenda Constitucional 15/1996, e ainda não foi retomado.

Sintomático. É um sintoma de que o modelo federativo talvez não esteja funcionando adequadamente (seja pela plêiade de entes, seja pela escassez de recursos)¹². O sistema brasileiro não soube ponderar adequadamente as competências e os recursos arrecadados. Em outras palavras, não se sabe exatamente quem arrecada o dinheiro e quem tem a obrigação de prestar serviços à população.

O desequilíbrio é antigo e persiste. E não se resume às competências tributárias, ou às repartições dos fundos (FPE e FPM). Atinge, igualmente, os *royalties*

¹² Paul Marie Gaudemet (1996, p. 176) afirma que “La décentralisation est réele si la collectivité est véritablement maîtresse de ses finances”. Somente distribuindo-se competências e liberdade (autonomia) para alocação de recursos veremos autonomia efetiva dos entes da federação.



do petróleo. Há, em terras brasileiras, debates acalorados entre agentes políticos e juristas sobre como compartilhar parte da arrecadação da exploração do petróleo aos entes federativos envolvidos no processo. E a receita tornou-se indispensável para muitos Estados e Municípios, permitindo o crescimento de alguns com desenvoltura.

As vozes eram isoladas até a década passada, quando se descobriu a maior reserva de petróleo da história brasileira, apelidada de petróleo da camada *pré-sal* — e, certamente, uma das maiores do mundo. Essa reserva traria a tão esperada independência energética ao Brasil. Trouxe, também, intermináveis discussões sobre a alocação desse novo recurso.

Então, aqui, existem dois assuntos: a hígidez da Federação e os sujeitos que participam da distribuição de recursos referentes a um bem público da União — o petróleo. Trata-se de definir se o petróleo (e os *royalties* do petróleo), sendo um bem da União, deve trazer benefícios para todos os entes (Estados e Municípios), tomados individualmente, ou deve promover vantagens apenas àqueles que participam diretamente da exploração e outras atividades relacionadas.

A comparação com o regime italiano a nós interessa, pois a legislação da Itália exige, de modo semelhante à do Brasil, a repartição dos *royalties*. A Itália não é Federação, mas seus entes regionais e locais (*l comuni, le province, le città metropolitane*) possuem autonomia financeira – podendo gerir despesas e receitas públicas (art. 119 da Constituição Italiana). Assim, como os entes descentralizados italianos dependem de recursos – afinal, possuem obrigações –, podem necessitar de recursos financeiros provenientes do petróleo.

4 **ROYALTIES: CONCEITOS E REGULAÇÃO**

O regime de distribuição dos *royalties* no Brasil foi por diversas vezes alterado. Embates de diferentes matizes se formaram em torno do assunto, que interferem na autonomia dos entes federativos. De um lado, não se quer privar os entes que possuam a garantia ao recebimento dos *royalties* previstos na Constituição. Do outro, não desejamos alijar os demais entes brasileiros da receita correspondente.

Pouco conceituamos os *royalties* antes, pois não se trata – o conceito – do objeto central do trabalho. Mesmo assim, seria incompleta a abordagem sem a devida



explicação. Balizados pelos conceitos da doutrina, podemos afirmar que se trata de *um preço a ser pago*. A exploração de direitos ou bens de outrem causa pagamento de um determinado valor, cujo nome é *royalty* (SCAFF, 2014, p. 89)¹³.

Em nenhum momento utilizamos o termo tributos, simplesmente porque estes não se confundem com *royalty* - e por isso que não se apresenta como tradução. De todo modo, ao classificá-los na moldura construída pela doutrina jurídica, a colocação correta, no tocante aos bens minerais, é entre os *preços públicos* (são receitas originárias)¹⁴.

Então, a exploração de bem de outra pessoa que não a proprietária leva ao pagamento dos *royalties*. E, sendo o petróleo bem da União, o pagamento se faz devido ao se retirar o óleo do subsolo (paga-se, como veremos, pela produção).

4.1 Tratamento constitucional da matéria

A Constituição brasileira de 1988 traz a seguinte norma, ao tratar dos bens da União:

Art. 20

(...)

§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

¹³ O autor afirma que, atualmente, "designam-se pelo termo *royalty* diversas realidades: o pagamento realizado pelo uso de invenção, marca, direitos autorais ou petróleo. No caso dos recursos naturais, o termo *royalty* é empregado em razão de que o titular do bem é o Estado e quem quiser explorá-lo deve pagar a este um valor pela sua exploração". A origem do termo é explicada por J. R. Caldas Furtado (2013, p. 340): "(...) é o termo de origem inglesa derivado de *royal* que significa pertencente ao rei, à realeza. Atualmente, a palavra *royalties* se refere aos valores pagos por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, ao titular de direitos sobre recurso natural, produto, marca, patente, etc., pela exploração desses bens, calculados com base em percentagem sobre as vendas ou lucros auferidos". Consultar, também: Machado, 2012, p. 259.

¹⁴ Nesse sentido, doutrina de Fernando Facury Scaff (2014, p. 91): "Pode-se conceituar *royalty* (em sentido específico, para exploração de recursos naturais não renováveis) como *preço público pago ao proprietário do recurso natural não renovável que for extraído, inserido ou consumido por processo produtivo*". Da mesma forma: Guimarães, Olbertz, 2011.



São controversos dois termos adotados nesse dispositivo: *participação* e *compensação*. A redação nem sempre harmônica do texto constitucional torna-se evidente. *Participação* é o recebimento de parcela correspondente ao resultado da exploração de petróleo — para o objeto do presente estudo —, indicando que, por ser uma atividade extrativa com viés econômico, alguns sujeitos recebem parte dos valores correspondentes. A *compensação*, diferentemente, é o pagamento de um certo valor em razão de dano e potencial de dano.

É preciso ressaltar que a Constituição define que está *assegurado* o recebimento, mas não que há exclusividade. Nessa linha de pensamento, é possível interpretar a norma a fim de espriar efeitos por toda a Federação brasileira. Deixemos essa discussão para o próximo capítulo, contudo.

Estudamos que por ser um bem público dominical, o petróleo pode ser alienado nas condições da lei. Sua alienação ocorre de acordo com a legislação infraconstitucional, sobre a qual trataremos em seguida.

4.2 Tratamento normativo do petróleo e royalties no Brasil

Até a nova regulação do petróleo, em 2012, os entes federativos — Estados e Municípios — que não possuíam relação com nenhuma fase da extração e tratamento do bem, não recebiam receitas. A Lei 9.478/97 prevê que o contrato de concessão¹⁵ disporá sobre a participação governamental em *royalties*, previstas no

¹⁵ “No sistema por concessão, as receitas públicas patrimoniais serão apenas *royalties* e as *participações especiais* (...); No sistema de *partilha de produção*, as receitas públicas patrimoniais serão de duas espécies: a) os *royalties* (...); b) e a parcela da produção que vier a ser estabelecida no contrato que, no Brasil, por força de lei, deverá ser recebida pela União em dinheiro, não em espécie”. (SCAFF, 2014, p. 217). Cf. Bercovici, 2011, p. 310-313.

Importante destacar que a “Lei n. 12.351/10 inaugura um novo modelo institucional da indústria petrolífera fundamentado no contrato de partilha de produção, onde a propriedade do petróleo extraído é exclusiva do Estado – em contraste com a propriedade exclusiva do concessionário, no caso da concessão. Nesse modelo, cabe ao contratado o exercício da atividade de exploração e produção à suas expensas, em troca de uma parte do petróleo extraído”.

“O contrato de partilha será aplicado nas áreas do pré-sal que ainda não foram licitadas e nas áreas consideradas de interesse estratégico, mantendo-se inalterado o regime da concessão nas demais áreas. As áreas ainda não licitadas correspondem a 72% do total da área do pré-sal, e as áreas consideradas de interesse estratégico correspondem às áreas em outras regiões do país nas quais, fora do pré-sal, eventualmente existam grandes reservas de petróleo (Confea, 2010)”.

“Nesse ponto, convém salientar que a renda proveniente do pagamento dos *royalties* do petróleo representa apenas parte da renda total obtida com a exploração. No contrato de partilha, além das receitas governamentais (*royalties* e bônus de assinatura) e dos tributos incidentes, a União recebe



edital de licitação (art. 45, II). O pagamento dos *royalties* ocorre *mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural* (art. 47, *caput*)¹⁶. A Agência Nacional do Petróleo pode prever, no edital de licitação, redução do valor dos *royalties* se houver riscos geológicos que justifiquem a medida (art. 47, §1º), devendo permanecer entre cinco e dez por cento.

Sinteticamente, podemos esclarecer como os *royalties* são distribuídos (em notas, faremos o – longo e imbricado – detalhamento). Os tratamentos são diferenciados a depender do local de onde se extrai o petróleo. Então, se a lavra deriva de contrato de concessão (os antigos poços sob a Lei 9.478/97), serão os *royalties* no percentual de 5% da produção (com possibilidade de *royalties* em até mais 5% que exceder à produção – art. 49, Lei 9.478/97). O percentual de 5% será repartido: (a) se a lavra acontece em terra, lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres, aplica-se o art. 48, I, da Lei 9.478/97¹⁷; (b) se a lavra acontece plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva, o art. 48, II, da Lei 9.478/97 (alterada pela Lei 12.734/2012)¹⁸.

ainda parcela do óleo produzido, garantindo a concretização do principal objetivo do governo com a alteração do regime de produção que é ter maior participação nos resultados da riqueza petrolífera nacional.” (SEABRA, *et al.*, 2011)

¹⁶ Contudo, “tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, a ANP poderá prever, no edital de licitação correspondente, a redução do valor dos *royalties* estabelecido no *caput* deste artigo art. 47 para um montante correspondente a, no mínimo, cinco por cento da produção”.

¹⁷ “Art. 48. A parcela do valor dos *royalties*, previstos no contrato de concessão, que representar 5% (cinco por cento) da produção, correspondente ao montante mínimo referido no § 1º do art. 47, será distribuída segundo os seguintes critérios: I - quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres: a) 70% (setenta por cento) aos Estados onde ocorrer a produção; b) 20% (vinte por cento) aos Municípios onde ocorrer a produção; e c) 10% (dez por cento) aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, na forma e critérios estabelecidos pela ANP”.

¹⁸ O dispositivo encontra-se suspenso pelo STF, em ADI 4917. “Art. 48. (...) II - quando a lavra ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva: a) 20% (vinte por cento) para os Estados confrontantes; b) 17% (dezesete por cento) para os Municípios confrontantes e respectivas áreas geoeconômicas, conforme definido nos arts. 2º, 3º e 4º da Lei no 7.525, de 22 de julho de 1986; c) 3% (três por cento) para os Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, na forma e critério estabelecidos pela ANP; d) 20% (vinte por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal (...); e) 20% (vinte por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios (...); f) 20% (vinte por cento) para a União, a ser destinado ao Fundo Social, instituído por esta Lei, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo”.



A parcela que exceder os 5% (*parcela variável*) (SCAFF, 2014, p. 278) será repartida: (a) aplica-se o art. 49, I, se a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres;¹⁹ (b) e se ocorrer na plataforma continental, adota-se o art. 49, II, da Lei 9.478/97 (alterada pela Lei 12.734/2012)²⁰.

Quanto ao novo regime, criado com a descoberta do petróleo na camada do *pré-sal*, a regulação dá-se pela Lei 12.351/2010 (alterada pela Lei 12.734/2012), que adotou o regime de partilha. Quando a produção ocorre em terra, aplica-se o art. 42-B da Lei 12.351/2010²¹. Se acontecer na plataforma continental, mar territorial ou na zona econômica exclusiva, art. 42-B, II, da mesma lei²².

¹⁹ “Art. 49. I - quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres: a) cinquenta e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Estados onde ocorrer a produção; b) quinze por cento aos Municípios onde ocorrer a produção; c) sete inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP; d) 25% (vinte e cinco por cento) para a União, a ser destinado ao Fundo Social, instituído por esta Lei, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo;”

²⁰ Suspenso em decisão cautelar na ADI 4917. “Art. 49. (...) II - quando a lavra ocorrer na plataforma continental: a) 20% (vinte por cento) para os Estados confrontantes; b) 17% (dezessete por cento) para os Municípios confrontantes e respectivas áreas geoeconômicas; c) 3% (três por cento) para os Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, na forma e critério estabelecidos pela ANP; d) 20% (vinte por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal; e) 20% (vinte por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios (...); f) 20% (vinte por cento) para a União, a ser destinado ao Fundo Social, instituído por esta Lei, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo.”

²¹ Dispositivo suspenso em cautelar na ADI 4917. Adiante, a síntese do art. 42-B. “Art. 42-B. Os royalties devidos em função da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção serão distribuídos da seguinte forma: I - quando a produção ocorrer em terra, rios, lagos, ilhas lacustres ou fluviais: a) 20% (vinte por cento) para os Estados ou o Distrito Federal, se for o caso, produtores; b) 10% (dez por cento) para os Municípios produtores; c) 5% (cinco por cento) para os Municípios afetados por operações de embarque e desembarque de petróleo, gás natural e outro hidrocarboneto fluido, na forma e critérios estabelecidos pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); d) 25% (vinte e cinco por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal, se for o caso, de acordo com os critérios definidos na lei, em seguida. e) 25% (vinte e cinco por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios de acordo com os critérios definidos na lei. f) 15% (quinze por cento) para a União, a ser destinado ao Fundo Social, instituído por esta Lei, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo.”

²² Dispositivo suspenso por decisão cautelar em ADI 4917. “Art. 42-B (síntese) II - quando a produção ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva: a) 22% (vinte e dois por cento) para os Estados confrontantes; b) 5% (cinco por cento) para os Municípios confrontantes; c) 2% (dois por cento) para os Municípios afetados por operações de embarque e desembarque de petróleo, gás natural e outro hidrocarboneto fluido, na forma e critérios estabelecidos pela ANP; d) 24,5% (vinte e quatro inteiros e cinco décimos por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal, se for o caso, de acordo com os critérios fixados na mesma lei. e) 24,5% (vinte e quatro inteiros e cinco décimos por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios de acordo com os



Há, ainda, rateio referente às participações especiais, devido a grande produção ou rentabilidade, e só é existente para o modelo de concessão (não na partilha).

As alterações trazidas pela nova sistemática (com a Lei 12.734/2012) promovem a repartição não apenas entre os Estados e Municípios, além de órgãos da Administração Direta da União, porém realiza entrega a fundos especiais que serão vetores de repartição de recursos a todos os entes da Federação. Em outras palavras, mesmo o Município longínquo que não está relacionado ao processo produtivo receberá parte dos recursos. Essa nova configuração está sendo questionada no STF, como veremos no quinto capítulo.

4.3 Tratamento normativo do petróleo e *royalties* na Itália

Para fim de comparação com o sistema brasileiro, tomaremos como ponto de partida da análise da legislação italiana o ano de 1996, a partir do Decreto 625/1996, que fixou como devidos os *royalties* do petróleo pela a produção. As alíquotas foram fixadas em 7% (se a produção se desse em terra) e 4% (mar territorial). Os valores eram distribuídos da seguinte forma: 30% para o Estado (governo central), 55% à Região com estatuto ordinário²³ e 15% aos Municípios (*I Comuni*) – para a exploração em terra – e 45% para o Estado (governo central) e 55% para a Região – para a exploração em mar territorial. As alíquotas e percentuais de repartição foram mantidas na Lei 239/2004.

Mais adiante, pela Lei 99/2009, foram mantidas as mesmas alíquotas (7% e 4%), mas acrescentou-se a alíquota de 3% para a produção em terra, a fim de entregar recursos ao *fundo para a redução do preço na bomba de combustível nas regiões afetadas pela extração de petróleo e gás* (art. 45, L. 99/2009)²⁴. As quotas para o

critérios definidos, novamente, na mesma lei: f) 22% (vinte e dois por cento) para a União, a ser destinado ao Fundo Social, instituído por esta Lei, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo. (...)”

²³ As regiões com estatuto ordinário são autônomas e seus respectivos estatutos são definidos pelos próprios Conselhos Regionais (art. 123, Constituição Italiana). As regiões com estatuto especial (art. 116, Constituição italiana) possuem regimes especiais definidos por lei constitucional.

²⁴ “Art. 45, comma 1. Per le produzioni di idrocarburi liquidi e gassosi ottenute in terraferma, ivi compresi i pozzi che partono dalla terraferma, a decorrere dal 1° gennaio 2009, l'aliquota di prodotto che il titolare di ciascuna concessione di coltivazione è tenuto a corrispondere annualmente, ai sensi dell'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo 25 novembre 1996, n. 625, è elevata dal 7 per cento



Estado (governo central), Regiões com estatuto ordinário e Municípios (*I Comuni*) permaneceram as mesmas, acrescentando os *royalties* devidos somente ao Estado (governo central) se a exploração se der na plataforma continental (ITÁLIA, 2015).

Há o pagamento dos valores para os entes envolvidos na produção, nada tratando a legislação dos demais entes. Entretanto, o Estado (governo central) recebe parcela dos recursos, medida que, indiretamente, vem a promover benefícios a todo território italiano. O modelo, ainda assim, é semelhante ao vigente no Brasil, ao menos até o momento. A diferença – visível – é o complexo emaranhado de normas que se acumulam, no caso brasileiro.

Não há critério semelhante na Itália ao que vem experimentando o Brasil, com a repartição a todos os governos subnacionais diretamente, por meio de um fundo. Inexiste, contudo, vedação a essa modalidade, no Brasil ou na Itália, requerendo, para tanto, lei, somente. No ordenamento jurídico italiano, a saída adotada – sem maiores complicações – é a entrega de percentuais ao governo central, fazendo-se espriar os benefícios para todos. Talvez seja a melhor forma de repartição, no Direito italiano, pelas peculiaridades da organização política naquela península.

5 ARGUMENTOS CONCLUSIVOS: AS NOVAS REGRAS DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO NO BRASIL E PROPOSTAS PARA O FUTURO NO BRASIL E NA ITÁLIA

A descoberta de novos poços de petróleo, anunciada em 2006, na plataforma continental brasileira, trouxe novos horizontes a serem explorados. Em primeiro lugar, a profundidade em que se localiza a reserva petrolífera é excessiva, resultando maiores investimentos em equipamentos e prospecção. Em segundo, novos diplomas legislativos se fizeram necessários para resolver a nova realidade.

A ambiência brasileira difere da italiana na repartição dos recursos de royalties. Em ambos os países, os entes envolvidos no processo produtivo do petróleo recebem os recursos. No entanto, há tempos observa-se tendência na expansão da distribuição a toda a Federação brasileira, independentemente de sua participação.

al 10 per cento. Il titolare unico o contitolare di ciascuna concessione è tenuto a versare le somme corrisponenti al valore dell'incremento di aliquota ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato. Tali somme sono interamente riassegnate al Fondo di cui al comma 2.”



Afirmou-se acima que, ao contrário do que se pode pensar, não existe proibição, no texto constitucional brasileiro – art. 20, § 1º –, à hipótese aventada. A Constituição *assegura* a participação no resultado da exploração de petróleo ou compensação financeira por essa exploração. Não indica *exclusividade* no recebimento. Aliás, a interpretação condizente demonstra que, de fato, é permitida a entrega a outros entes que não participam do processo produtivo.

Até o advento das Leis 12.351/2010 e 12.734/2012, a matéria permanecia em hibernação, sem qualquer debate aprofundado sobre a *justiça* na repartição de recursos. Somente com a descoberta dos novos reservatórios do *pré-sal* e sucessivas leis, sobrevieram novas e fortes vozes em sentido inovador. O problema foi o processo legislativo atrapalhado – provocando, incrivelmente, erros materiais na redação da lei²⁵. E mais: alteraram-se regras vigentes e atingiram-se contratos estabelecidos, em supostas violações a direito adquirido dos Estados e Municípios que atualmente recebem recursos²⁶.

Contra a nova regulação, Estados propuseram Ações Diretas de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADIs 4.916 –pelo Espírito Santo –, 4.917 – pelo Rio de Janeiro –, 4.918 – pela Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro -, 4.920 - por São Paulo). A decisão do STF em ADI 4917²⁷, que recebeu o despacho primeiro – e as demais ADIs foram apensadas –, ainda que em sede de medida

²⁵ A soma dos percentuais dos royalties marítimos em 2019 será 101%, segundo alerta de Fernando Facury Scaff (SCAFF, 2014, p. 281).

²⁶ Conforme Fernando Facury Scaff (2014, p. 282-288), o problema não se deu no recálculo dos royalties terrestres, mas dos royalties marítimos e participações especiais.

²⁷ A decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal, cuja relatora foi a Ministra Carmen Lúcia, restou assim ementada: “AÇÃO DIRETA INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVOS DA LEI N. 9.478/1997 E DA LEI N. 12.351/2010 ALTERADOS PELA LEI N. 12.734/2012. MUDANÇAS DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE ROYALTIES E PARTICIPAÇÕES ESPECIAIS DE ESTADOS E MUNICÍPIOS: ALEGAÇÃO DE DESOBEDIÊNCIA AO ART. 20, § 1º COMBINADO COM A AL. B DO INC. II DO § 2º DO ART. 155 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPUGNAÇÃO RETROAÇÃO DE EFEITOS DA NOVA LEGISLAÇÃO EM INOBSERVÂNCIA A ATOS JURÍDICOS PERFEITOS E AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. Plausibilidade JURÍDICA DEMONSTRADA. EXCEPCIONAL URGÊNCIA CONFIGURADA A IMPOR DEFERIMENTO CAUTELAR AD REFERENDUM DO PLENÁRIO. (...) Pelo exposto, na esteira dos precedentes, em face da urgência qualificada comprovada no caso, dos riscos objetivamente demonstrados da eficácia dos dispositivos e dos seus efeitos, de difícil desfazimento, defiro a medida cautelar para suspender os efeitos dos arts. 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; § 2º do art. 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal n. 9.478/97, com as alterações promovidas pela Lei n. 12.734/2012, ad referendum do Plenário deste Supremo Tribunal, até o julgamento final da presente ação”. (STF - ADI 4917 - MC; Rel. Min. Carmen Lúcia. Decisão de 18 de março de 2013, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/adi4917liminar.pdf>>. Acesso em jun. 2015)



cautelar, liminarmente, trouxe à lume o tema que sempre foi polêmico na Federação brasileira. Não para menos, o assunto é delicado e importante, especialmente para os entes federativos que são diretamente atingidos pela medida. Fazemos referência, em especial, ao Rio de Janeiro.

O regime vigente até 2010 foi abordado acima. Dissemos, também, embora sucintamente, que a Constituição da República não veda o recebimento de *royalties* pelos Estados e Municípios que não participam do processo produtivo do petróleo. Nesse sentido, não haveria vício que contaminasse lei que preveja diversamente à ordem até então vigente. A nova norma, surgida após a descoberta do chamado *pré-sal*, trouxe alguns novos critérios, mas deixou muitas dúvidas — como apontou a decisão liminar na ADI 4917²⁸.

Não obstante a decisão no Supremo Tribunal Federal, entendemos que a fundamentação desenvolvida não se sustenta. O regime jurídico não adere, indefinidamente, o ente político, podendo, sim, ser alterado por quem possui competência legislativa para fazê-lo. Salientamos que não se alteraram os contratos de concessão anteriores, pois as alíquotas remanescem inalteradas. Foram

²⁸ Destacamos os seguintes trechos da decisão: "Pelo menos em sede acauteladora, a plausibilidade dos fundamentos apresentados, que põem no centro da discussão processual a eficácia do princípio federativo e as regras do modelo constitucionalmente adotadas, conduz ao deferimento da medida cautelar requerida. A dicção do § 1º do art. 20 da Constituição brasileira define os titulares do direito à participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração. O direito das entidades federadas, Estados e Municípios, constitucionalmente assegurado, decorre de sua condição territorial e dos ônus que têm de suportar ou empreender pela sua geografia e, firmado nesta situação, assumir em sua geoeconomia, decorrentes daquela exploração. Daí a garantia constitucional de que participam no resultado ou compensam-se pela exploração de petróleo ou gás natural. (...) 29. A alteração legislativa promovida, a aquinoar Estados e Municípios não ajustados nas condições territoriais constitucionalmente descritas, com participação nos resultados da exploração de petróleo e gás natural ou com valores compensatórios, mostra-se dissonante da norma constitucional apontada como paradigma. Note-se que o recebimento de valores pelos Estados e Municípios contemplados pelas regras legislativas questionadas corresponde à perda financeira e jurídica – pois de direito se cuida, segundo alega o Autor, em questão a ser resolvida em julgamento de mérito da presente ação – daqueles que se põem como titulares do direito previsto no § 1º do art. 20 da Constituição brasileira. (...) Das concessões acabadas decorreram direitos que ingressaram no patrimônio público das pessoas federadas e que, mesmo se desdobrando em recebimentos de valores no presente e parcelas no futuro, fundamentam-se em processos findos, válidos, que se formaram e se aperfeiçoaram segundo a legislação vigente no período em que se deram os seus atos. Aplicar a nova legislação àqueles atos e processos aperfeiçoados segundo as normas vigentes quando de sua realização seria retroação, dotar de efeitos pretéritos atos e processos acabados segundo o direito, em clara afronta à norma constitucional do inc. XXXVI do art. 5º, antes mencionado". (ADI 4917 - Rel. Min. Carmen Lúcia - J. 18 de março de 2013)



modificados os rateios, somente. Por isso, não há direito adquirido a ser garantido aos Estados atuais recebedores.

Com esse fundamento, além de pugnar pela isonomia e pela redução das desigualdades regionais, defende Bernardo Strobel Guimarães e Karlin Olbertz que a "atribuição de valores a título de participação na exploração deve estar justificada à luz dos valores contidos na Constituição, sob pena de degenerar-se em favorecimento a alguns entes da Federação, o que não se admite" (GUIMARÃES; OLBERTZ, 2011, p. 55.)²⁹. E, ainda, "a lei que rege o tema pode ser alterada, não havendo qualquer oposição que possa ser invocada caso o novo regime passe a adotar a ausência de fator de discriminação entre os entes federativos, para a finalidade de percepção dos *royalties*. Respeitado o núcleo que garante a participação dos entes no resultado da exploração, tudo o mais pode ser alterado" (GUIMARÃES; OLBERTZ, 2011, p. 56).

Fazemos referência aos dados apresentados no início do texto, em nota 4. Mais da metade dos recursos entregues aos Estados-membros (57,22%) em 2015 (até maio) têm como destino o Estado do Rio de Janeiro. Não se questiona o dever de assegurar a entrega de recursos aos entes federativos afetados pela produção do petróleo. Porém, não é inconstitucional que os demais, mesmo que não produtores – possam participar do recebimento das receitas. Trata-se, simplesmente, de efetivar o art. 3º da Constituição da República – pois constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Trata-se, portanto, de concretizar o pacto federativo cooperativo por completo. *Mutatis mutandis*, na Itália, trata-se de aplicar, por inteiro, o art. 5º da Constituição italiana, pois *la Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento*.

Dessa forma, petróleo, como bem público, deve beneficiar a todos, isonomicamente. Proteção aos entes atingidos e aos demais, cada qual na sua proporção. Esse é o papel dos bens públicos na contemporaneidade.

²⁹ No mesmo sentido, Scaff, 2014, p. 312; Bercovici, 2011, p. 334.



6 REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos do (Coord.). **Direito do Petróleo e outras fontes de energia**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.
- ARSI, Massimiliano. I Beni Pubblici. In: CASSESE, Sabino (coord.). **Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto Amministrativo Speciale**. T. II. Milano: Giuffrè, 2000,.
- BERCOVICI, Gilberto. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- BIANCA, Massimo. **Diritto Civile**, v. 6. Milano: Giuffrè, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.
- FOLHA DE S. PAULO, <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2009/08/440468-entenda-o-que-e-a-camada-pre-sal.shtml>, acesso em 18 de junho de 2015.
- FURTADO, J. R. Caldas. **Direito Financeiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- GAUDEMET, Paul Marie. **Finances Publiques**. 7. ed. Paris: Montchrestien, 1996. T. 1.
- GUIMARÃES, Bernardo Strobel. OLBERTZ, Karlin. Federação e royalties. In: ARAGÃO, Alexandre Santos do (Coord.). **Direito do Petróleo e outras fontes de energia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ITALIA. Ministero do Desenvolvimento Econômico. Disponível em: <http://unmig.sviluppoeconomico.gov.it/unmig/royalties/nomisma_tassazione_idrocarburi.pdf>. Acesso em: jun. 2015.
- KAUL, Inge e outros. **Bens públicos globais**. Rio de Janeiro: Record, 2012.
- LOUREIRO, Sansão José. O petróleo da plataforma continental: fonte de recursos financeiros para os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, n. 26, 1990, p. 1-23.
- MACHADO, Luiz Henrique Travassos. Royalties do petróleo e gás: alguns aspectos de sua estrutura jurídica. **Revista Tributária e de finanças públicas**, v. 103. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 259.
- PENALVA SANTOS, Paulo. Desenvolvimento local e autonomia financeira dos Municípios. *Quivera*, México, v. 10, n. 1, p. 47-64, enero/jun. 2008. Disponível em: <http://www.uaemex.mx/fapur/docs/quivera/Quivera1_2008.pdf#page=50>. Acesso em: jun. 2015.
- REIS, Diego Araujo e SANTANA, José Ricardo, Os efeitos da aplicação dos royalties petrolíferos sobre os investimentos públicos nos municípios brasileiros. **Rev. Adm. Pública**, vol.49, n.1. Rio de Janeiro, jan./fev. 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/0034-76121815>>.
- SCAFF, Fernando Facury. **Royalties do Petróleo, Minério e Energia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SEABRA, Alessandra Aloise de; FREITAS, Gilberto Passos de; POLETTE, Marcus; CASILLAS, T. Ángel Del Valls. A promissora província petrolífera do pré-sal. **Rev. direito GV**, vol. 7, n. 1, São Paulo, Jan./June 2011. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322011000100004>>.



STF. ADI 4917 – MC. Rel. Min. Carmen Lúcia. Decisão de 18 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi4917liminar.pdf>>.

TOMIO, Fabrício. Federalismo, municípios e decisões legislativas: a criação de municípios no Rio Grande do Sul. **Revista de Sociologia e Política**, n. 24. Curitiba, June, 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782005000100009>>.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



MIXED-CAPITAL COMPANIES AND THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988¹

EMPRESAS DE CAPITAL MISTO E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Gilberto Bercovici^{2/3}

Resumo

A sociedade de economia mista é, em sua estruturação atual, um fenômeno do final do século XIX e início do século XX, que se intensificou, especialmente na Alemanha, durante a Primeira Guerra Mundial (1914-1918). A doutrina publicista brasileira contemporânea, com base no artigo 5º, III do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (com a redação alterada pelo Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969), define a sociedade de economia mista como uma entidade integrante da Administração Pública Indireta, dotada de personalidade jurídica de direito privado, cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado. A Constituição brasileira, assim como várias outras constituições contemporâneas, não exclui nenhuma forma de intervenção estatal, nem veda ao Estado atuar em nenhum domínio da atividade econômica. A amplitude maior ou menor desta atuação econômica do Estado é consequência das decisões políticas democraticamente legitimadas, não de alguma determinação constitucional expressa. Mas o Estado deve ter sua iniciativa econômica pública protegida de forma semelhante às das iniciativas privada e cooperativa.

Palavras-chave: Empresas de capital misto. Constituição brasileira de 1988. Direito constitucional.

Abstract

The mixed-capital company is, in its current structure, a late nineteenth and early twentieth centuries phenomenon, which was intensified especially in Germany during the First World War (1914-1918). Contemporary Brazilian theory of public law, based on Article 5, III of Decree-law No. 200 of 25th February 1967 (with the wording amended by Decree-law No. 900 of 29th September 1969), defines mixed-capital company as an entity that is part of Indirect Administration, with legal personality under private law, whose creation is authorized by law, as an instrument of exploitation of an economic activity by the State. The Brazilian Constitution, as well as several other contemporary constitutions, does not exclude any form of state intervention, nor forbids the State to act in any area of economic activity. The greater or lesser extent of the economic role of the State is a result of democratically legitimized political decisions, not of some constitutional determination expressly. But

¹ Paper received in: 10/07/2015. Approved in: 29/08/2015. (Artigo recebido em: 10/07/2015. Aprovação comunicada em 29/08/2015).

² Professor of Economic Law and Political Economy at Law School, USP. Professor of the Graduate Program in Political and Economic Law at the University Mackenzie. E-mail: <gilberto.bercovici@usp.br>.

³ Unpublished paper translated by: Fabiana Angélica Pinheiro Câmara. (Artigo inédito traduzido por Fabiana Angélica Pinheiro Câmara).



the State should have its protected public economic initiative similar to the private and cooperative initiatives.

Keywords: Mixed-Capital companies. Brazilian 1988 Constitution. Constitutional law.

Sumário: 1. *The debate of mixed ownership government corporations.* 2. *Mixed-capital companies in Brazil.* 3. *The economy of mixed company and its controls.* 4. *Mixed-capital companies and government sponsored companies and government acquired companies.* 5. *The economy of mixed-capital company as exploitation of an economic activity by the State in the economy.* 6. *References.*

1 THE DEBATE OF MIXED OWNERSHIP GOVERNMENT CORPORATIONS

The mixed-capital company is, in its current structure, a late nineteenth and early twentieth centuries phenomenon, which was intensified especially in Germany during the First World War (1914-1918) (JELLINEK, 1931, p. 526-528)⁴. The German Constitution of 1919, the Weimar Constitution, in turn, provided expressly, in the article 156, the possibility of socialization, nationalization or state participation in business sector⁵.

The traditional view, inspired by writings of the German industrialist, Walter Rathenau, perceived the mixed-capital company ("gemischtwirtschaftliche Unternehmung") as a free association of private capital and public funds for the exploitation of an economic activity, an "economic" phenomenon, which would not belong to the administrative institutions.⁶ This misconception has led to a series of debates, especially dissimulated among us by Bilac Pinto, about the impossibility of reconciling the public interest (the State) and private (the other private shareholders who aims to get profit), which would lead to the replacement of mixed-capital company by the public company, whose total capital stock belongs to State.⁷

⁴ About "societies at war" ("*Kriegsgesellschaften*"), created in Germany between 1914 and 1918, see Regina ROTH, 1997, p. 103-156.

⁵ See René BRUNET, 1921, p. 298-318; Gerhard ANSCHÜTZ, 1987, p. 725-729; Heinrich FRIEDLAENDER, "Artikel 156. Sozialisierung" in Hans Carl NIPPERDEY (org.), 1975, vol. 3, p. 322-348 and Gerold AMBROSIUS, 1984, p. 64-102. For the debate on economic constitution during the period of The Weimar Republic (1918-1933), see Gilberto BERCOVICI, 2004, p. 39-50.

⁶ Fritz FLEINER, 1933, p. 82-84; Ernst Rudolf HUBER, 1953, vol. 1, p. 529-530; Ernst FORSTHOFF, 1966, vol. 1, p. 485 and Jean-Yves CHÉROT, 2007, p. 471-472. For the difficulties encountered by Brazilian theory of public law with the concept of state-owned enterprise, see Alberto VENÂNCIO Filho, 1968, p. 385-406.

⁷ See Bilac PINTO's classical article, 1954, p. 43-57. See also Waldemar Martins FERREIRA, 1956, p. 151-153. For contemporary critics concerning Bilac Pinto's perspectives, see Alfredo de Almeida PAIVA, 1995, p. 316-317.



In this debate on mixed-capital companies, many authors like Hedemann, one of the founders of economic law, perceived the mixed capital company as an issue predominantly of private law research field, calling it "public business activity" ("öffentliche Hand"). Others, like Forsthoff, although still maintain reservations about mixed-capital companies as administrative entities, they have already perceived them on the basis of the influence that the State could exercise on company's management due to its shareholding position, seeing this capital stock as a constitutive element of mixed-capital companies⁸.

2 MIXED-CAPITAL COMPANIES IN BRAZIL

Contemporary Brazilian theory of public law, based on Article 5, III of Decree-law No. 200 of 25th February 1967 (with the wording amended by Decree-law No. 900 of 29th September 1969), defines mixed-capital company as an entity that is part of Indirect Administration, with legal personality under private law, whose creation is authorized by law, as an instrument of exploitation of an economic activity by the State. Despite its corporate legal personality under private law, mixed-capital company, like any state-owned enterprise, is subjected to special rules due to its nature of being part of Public Administration. These special rules stem from its creation authorized by law, whose text makes exception to corporate, commercial and private law applicable to private companies. In the creation of mixed-capital company, authorized through legislative means, a State laws as public authority, not as a shareholder. Its constitution can only be given in the form of mixed-capital company, whose majority shareholding control belongs to the State⁹, in any of its government spheres, as it was deliberately created as an instrument of exploitation of an economic activity by the State¹⁰.

⁸ Justus Wilhelm HEDEMANN, 1939, p. 146-157 and Ernst FORSTHOFF, vol. 1, p. 485-486. See also Ernst Rudolf HUBER, vol. 1, p. 519-526.

⁹ The mixed-capital company is not allowed to make shareholder agreements that transfer the power of state control to private minority shareholders. The State must be the controller of law and fact that is, it is not allowed to share the controlling power of a mixed-capital company. After all, the State must not freely negotiate the public interest as it is bound by the Constitution and law. Cf. Celso Antônio Bandeira de MELLO, 2006, p. 179; Fábio Konder COMPARATO, 1999, p. 65-68; Lúcia Valle FIGUEIREDO, 2000, p. 227-235 and Eros Roberto GRAU, 2000, p. 350-357.

¹⁰ See, by all, Waldemar Martins FERREIRA, 1956, p. 133-136; Alfredo de Almeida PAIVA, 1995, p. 313-316; Alberto VENÂNCIO Filho, 1968, p. 415-437; Manuel de Oliveira FRANCO Sobrinho, 1983, p. 68-74; Washington Peluso Albino de SOUZA, 1994, p. 273-276; Celso Antônio. Bandeira de MELLO, 2007, p. 111-119; Maria Sylvania Zanella DI PIETRO, 2007, p. 394, 414-415 e 420-421 and



State-owned enterprises, according to legislator of Decree-law No. 200/1967, should have the same operating conditions as the private sector. Moreover, their autonomy should be guaranteed, as they would be linked, not subordinated to ministries, which could only exert control over results.¹¹ This view was held even by Marshal Castello Branco himself, who stated in his message to Congress in 1965, he wanted, with administrative reform, "get the public sector to operate as efficiently as a private enterprise"¹².

How one explains the expansion of state-owned enterprises in the post-1964? Despite the official speech concerning restriction of exploitation of an economic activity by the State of unsuspected liberals like Octavio Gouveia de Bulhões, Roberto Campos, Antonio Delfim Netto and Mario Henrique Simonsen, about 60% of Brazilian state-owned enterprises were created between 1966 and 1976¹³.

The Brazilian military government installed after 1964 had a great concern to tackle public deficit and combat inflation. Therefore, measures recasting fund raising and intergovernmental transfers to state-owned enterprises were promoted, aside from requiring a realistic price policy. The Reforms carried out by PAEG aimed fundamentally at revive market economy. One of the explicit objectives of Decree-law No. 200/1967 was precisely to increase the "efficiency" of the public production sector through decentralization in the implementation of government activities. Thus, state-owned enterprises had to adopt performance standards similar to that of private companies and were forced to be "efficient" and compelled to seek alternative sources of funding.

Endowed with greater autonomy, state-owned enterprises have become legally perceived as private capitalist enterprises (Article 27, sole paragraph of Decree-law No. 200/1967¹⁴). Thus, applying the "business reasoning," many state enterprises

Modesto CARVALHOSA, 1999, vol. 4, tomo I, p. 357-361 and 375-378. See also, Maria Teresa CIRENEI, 1983, p. 516-519.

¹¹ José de Nazaré Teixeira DIAS, 1969, p. 78-80.

¹² *Apud* José de Nazaré Teixeira DIAS, 1969, p. 50.

¹³ Cf. Luciano MARTINS, 1991, p. 60-62.

¹⁴ Artigo 27, parágrafo único do Decreto-Lei nº 200: "Parágrafo Único - Assegurar-se-á às empresas públicas e às sociedades de economia mista condições de funcionamento idênticas às do setor privado cabendo a essas entidades, sob a supervisão ministerial, ajustar-se ao plano geral do Governo". (Public enterprises and mixed-capital enterprises shall be assured in equal conditions of operation as those of the private sector, and these entities must, under ministerial supervision, adjust themselves to the general government plan) (Free translation).



have expanded to different branches of activity of high profitability, and have also fallen back upon external debt. The state increased its share of goods and services sector, increasing the amount of state-owned enterprises in the energy, transport, communications, processing industry (petrochemicals, fertilizers, etc.), financial and other services (data processing, foreign trade, equipment, etc.) sectors. The expansion of state-owned enterprises may also be explained by the legal framework of Decree-law No. 200/1967. The operational decentralization provided for in Decree-law No. 200/1967 offered the opportunity for the creation of several subsidiaries of already existing state-owned enterprises, forming sectoral holdings and expanding, thus, operation activities of state-owned enterprises. The State had been already operating in most of the above mentioned sectors, but expanded its operations to maintain the rapid economic growth policy.

The autonomy of state-owned enterprises (as well says Luciano Martins, autonomy from the government, not in relation to the economic system) is enhanced as well, with the ability to acquire self-financing and and foreign borrowings. The higher the capacity, more autonomous (from the government) is the state-owned company. According to Fernando Rezende, it was precisely this "efficiency" the cause of the greater range of direct exploitation of an economic activity in the production of goods and services, contradicting the official governmental speech of restriction and limitation of state's role in the economy.¹⁵

State-owned enterprises even started to work on the stock exchanges, encouraged by the government, especially after 1976, with the enactment of law No. 6.385, of December 7th1976, which reforms the legislation on capital markets and creates the Securities and Exchange Commission (SEC), and the law No. 6404 of December 17th 1976, the new corporate law. Not surprisingly, their roles still account for the majority of transactions on the stock exchange, reflecting the idea of a "Business" management that seeks to maximize profit in state-owned enterprise. (MARTINS, 1991, p. 71)

¹⁵ Wilson SUZIGAN, 1976, p. 89-90 e 126; Fernando REZENDE, 1987, p. 216-218 and Luciano MARTINS, 1991, p. 70-71 and 75-79.



3 THE ECONOMY OF MIXED COMPANY AND ITS CONTROLS

Under the 1988 Constitution, all state-owned enterprise is subject to the general rules of public administration (Article 37 of the Brazilian Constitution), the Congress' control (Article 49, X, in the case of state-owned enterprises belonging to the Federal Government), the Federal Audit Court (Article 71, II, III and IV of the Constitution, also in the case of state-owned enterprises from federal level) and, in the case of federal state-owned enterprises, the Comptroller General of the Federal Government (Articles 17 to 20 of law No. 10,683, of May 28th 2003). In addition to that, the budget of the federal state-owned corporations investments should be provided in the Federal Budget (Article 165, Paragraph 5 of the 1988 Constitution).

The mixed- owned companies are also subject to external control of Federal Court of Auditors (Article 71, II, III and IV). The constitutional provision for supervision of mixed-owned companies by the Federal Court of Auditors is regulated by Article 7 of law No. 6,223, July 14th , 1975 (as amended by law No. 6,525, of April 11th 1978) and by the and by Article 1, I of law No. 8,443, of July 16th , 1992 (Organic law of the Federal Court of Auditors)¹⁶. The abovementioned law No. 8,443 / 1992 even declares in Article 4, IX, that its jurisdiction also covers " Federal Government's representatives or Public Power at the general meeting of state-owned enterprises and joint- stock companies in whose capital the Federal Government or the Government participate, jointly, with members of the fiscal Council and management, for practicing baneful management or liberality at the expense of state-owned enterprises."¹⁷

In addition to that, the jurisdiction of Federal Audit Court is limited to " evaluate the accounts of the administrators and other persons responsible for public monies, assets and values of the direct and indirect administration" (Article 71, II of the Constitution). Therefore, it does not reach the commercial or business activity itself of

¹⁶ Celso Antônio Bandeira de MELLO, 2006, p. 187 e 191-192. See also Lúcia Valle FIGUEIREDO, 1978, p. 51-56. By way of comparison, about the various forms of public control of state-owned enterprises, see Jean-Philippe COLSON, 2001, p. 337-350; Pierre DELVOLVÉ, 1998, p. 731-746 and Jean-Yves CHÉROT, 2007, p. 514-532.

¹⁷ However, it should be made constant exception of Article 7, paragraph 3 of law No. 6,223 / 1975 (as amended by law No. 6,525 / 1978): "Paragraph 3 - The Union, the State, the Federal District, the municipality or entity of its indirect administration that participates in private company's capital owning only half or a minority of shares will exercise the right of supervision provided to minority shareholders by the law of Corporations and does not constitute that that participation reason of supervision provided in the caput of this Article " (my italics).



mixed- owned companies, under penalty of undue and excessive interference of the Federal Audit Court on economic activity of mixed-capital companies, this possibility has already been rejected by the Supreme Court in the judgment of the Mandado de Segurança No. 23875-5 / DF (Rapporteur for Judgment: Minister Nelson Jobim) on March 7th, 2003¹⁸.

Centralized control over state- owned enterprises, although formally set out in Decree-law No. 200/1967, it has never been actually implemented. The ministerial supervision provided for in Article 26 of Decree-law No. 200/1967, was a failure, even due to the greater importance of many of the state-owned enterprises in relation to the organs responsible for their supervision. Thus, internal control ended up being limited in the purely bureaucratic sphere and legal formal issues¹⁹. The last attempt to institute an internal control over state-owned enterprises took place with the creation, through Decree No. 84128 of 29th October 1979, the Department of state- owned enterprises (SEST), which tried to replace the model of 1967 by a centralized control eminently budgetary, for Fernando Rezende, "subverts the principle of managerial autonomy." The emphasis of any administrative control passed to the accountability of public spending as a cause of economic crisis²⁰.

The creation of SEST, however, brought another issue: the expansion of the concept of "state- owned enterprise" beyond what it was provided for the Decree law 967. Decree No. 8,129 / 1979 defined in its Article 2, state- owned enterprises as: "I - state-owned companies, mixed-capital companies, their subsidiaries and all

¹⁸ In addition to the Federal Audit Court, the companies of federal mixed economy, such as Banco do Brasil, are subject to supervision by the Comptroller General of the Federal Government (Articles 17 to 20 of law No. 10,683 / 2003) and the Internal Control System Federal Executive Branch, established by Decree No. 3591 of 06 September 2000. This decree provides that the Board of Directors of Indirect Administration entities to found internal audit units linked to them (Article 15).

¹⁹ Fernando REZENDE, 1987, p. 224-226. About "ministerial supervision", see José de Nazaré Teixeira DIAS, 1969, p. 89-98 and Mauro Rodrigues PENTEADO, 1982, p. 23.

²⁰ Fernando REZENDE, 1987, p. 228-232. For criticism of the argument that state-owned enterprises are the main responsible for the Brazilian public deficit, see José Carlos de Souza BRAGA, 1984, vol. 1, p. 194-206. On the creation of SEST on the context of increase of public budget control in Brazil, a process that would end with the Fiscal Responsibility law in 2000, see Gilberto BERCOVICI & Luís Fernando MASSONETTO, 2006, p. 60-64. Only as a record, the Fiscal Responsibility law (Complementary law No. 101 of May 4th, 2000) does not apply to any state-owned enterprise, but only for so-called "dependent state-owned companies", ie companies controlled by the State which receive state funds for personnel and general expenses and those which receive capital expenditure of resources, if not from the increased equity shares. (artigo 2º, III da Lei Complementar nº 101/2000). See Eros Roberto GRAU, 2000, p. 17-21 and Simone de Almeida CARRASQUEIRA, 2006, p. 26-37.



companies which are directly or indirectly controlled by the Federal Government; II - agencies and foundations instituted or maintained by the Government; III - autonomous entities of the direct administration." The definition of Decree No. 8,129 / 1979 is legally facted as it includes government agencies and foundations as species of state-owned enterprises, which does not make any sense, aside from expanding overly the category's scope of "state-owned enterprise", apart from state-owned enterprise and mixed-capital company, including their subsidiaries (independently whether their creation have been authorized by law or otherwise) and all companies which are controlled directly or indirectly by the Federal Government that are not part of the Indirect Administration²¹.

The misconception of the expanded of SEST's "state-owned enterprise" definition has been maintained by subsequent legislation. Decree No. 137 of May 27th, 1991, established the Management Program of state-owned companies, and in its article n°1, sole paragraph, maintained the enlarged definition of "state-owned enterprise", by considering it as public companies, mixed- capital companies, their subsidiaries and affiliates, and other entities under direct or indirect Federal Government's control". In turn, this decree was revoked by Decree No. 3735 of January 24th, 2001, whose definition of "state - owned enterprise "(Article 1 paragraph 1) is: "are deemed to be federal state-owned enterprises: the public enterprises, mixed- capital companies, their subsidiaries and affiliates and other companies in which the Federal Government holds directly or indirectly the majority of capital share with voting rights" The latter definition became predominant in all subsequent legislation such as the law No. 10.180, of February 6th, 2001, which organizes and discipline planning and federal budget systems (Article 7, sole paragraph), and Decree No. 6021 of January 22th, 2007, which creates the Interministerial Commission on Corporate Governance and Management of Federal Government's companies in whose capital stock the Union holds a direct or indirect interest (Article 1, single paragraph, I).

²¹ Mauro Rodrigues PENTEADO, 1982, p. 21-22 and 25-26; Mauro Rodrigues PENTEADO, 1989, p. 50-51; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, 2007, vol. 4, tomo I, p. 364-365. See also Simone de Almeida CARRASQUEIRA, 2006, p. 94-97.



4 MIXED-CAPITAL COMPANIES AND GOVERNMENT SPONSORED COMPANIES AND GOVERNMENT ACQUIRED COMPANIES

The mixed-capital company, established by law, therefore, is not to be confused with GOVERNMENT SPONSORED COMPANIES and GOVERNMENT ACQUIRED COMPANIES even under its companies in whose capital stock the Union holds the control. Admission of the State as a shareholder in company originally private does not produce any change of legal nature in the company established by private economic agents with profit-purpose. The mere participation of public entities, or controlled by them as shareholders is not sufficient to modify society's structure. The state or state entity that becomes a partner of corporate entity in operation undergoes its corporate estatute. In this case, usually minority share of the State, the public interest is held by the fact of state ownership interest itself (for various reasons such as having to finance companies or poor investment sectors, for example), without any need for change in the capital stock structure. Corporate does not become a mixed-capital company by the emergence transient or permanent of the State or state entity, as its shareholder. Even if it acquires most of its shares or the power to control, the company is not transformed into a mixed-capital company. It is about a simple inversion of public capital in a private company²². The legal definition of private law remains the same, despite the state shareholder, including not being tied to the same limitations as entities of the Indirect Public Administration, even with legal corporate legal personality under private law (such as mixed-capital companies and state-owned companies), are, as the need for hiring employees by competitive examination for civil service or submission to the procedures stipulated in the Lei de Licitações (law No. 8666 of June 21st, 1993).²³

Companies' legal regime is not to be applied to all companies in which the State has a stock share. A subsidiary company formed through the proper legal authorization

²² Waldemar Martins FERREIRA, 1956, p. 131-133 and 176-177; Modesto CARVALHOSA, 1999, p. 354-355; Maria Teresa CIRENEI, 1983, p. 538-539 and 590-592 and Luis S. Cabral de MONCADA, 2007, p. 397-401. According to Roberto Cafferata, equal participation between public and private capital or participation of state capital as minority in private companies can be an instrument of economic policy and economic and financially attractive for the private sector. However, he points out, the more the public sector is oriented to the market with pure business economic viability criteria, and not with macroeconomic policy concerns, there more balance will be in the partnership and more attractive it will be for the private power. Cf. Roberto CAFFERATA, 1993, p. 149-150.

²³ Brazilian law for contracts and acquisitions



has the same legal nature of the state entity that controls it. As for the subsidiaries and companies which were set up by a mixed-capital company or have a stock share of this, without proper legal authorization, can not be considered as mixed-capital companies. The administrative law's legal regime is not applicable, even partially, to companies which, although controlled by mixed-capital companies, were not created as mixed-capital company by law and cannot therefore be classified as "second degree mixed-capital companies". In either case, they are common commercial companies with no ties to State indirect administration.

The article 235, paragraph 2 of Lei das S.A.²⁴: (law 6,404 of December 15th, 1976)²⁵, including, excludes expressly from classification of the mixed-capital companies that were not created by law, although have public share stock directly or indirectly. Even if controlled by the State or a state entity, as a mixed-capital company, if it was not created by law, the company concerned is governed exclusively by private law, it is not a exploitation of an economic activity by the State instrument. Being controlled by a state entity does not make it a mixed-capital company²⁶.

Based on Article 5, paragraph III Decree-law 200/1967 and Article 236 of law 6,404 / 1976, which would require prior legislative authorization for the creation of mixed-capital companies, the Federal Supreme Court, under the previous constitutional system, decided repeatedly in the same sense that the mixed-company may not be confused with government sponsored and government acquired companies, as in the STF's case No. 91035-2 / RJ (Rapporteur: Minister Soares Muñoz), 26 June 1979:

Syllabus: Mixed-capital company. One should not confuse it with state-owned company. It is the special situation that the State assures through the law which creates the legal entity which characterizes it as a mixed capital company...²⁷

²⁴ Lei das S.A can be translated as Brazilian law for stock corporations.

²⁵ Article 235, paragraph 2 of Lei das S.A: "§ 2 - The companies that take part, majority or minority, the mixed-capital companies are subject to law provisions, without the exceptions which were specified in this Chapter." The chapter to which the legal provision refers is the XIX chapter of the Lei das S.A, which deals exactly with the mixed-capital companies (Articles 235-242, with Articles 241 and 242 now revoked).

²⁶ Maria Sylvania Zanella DI PIETRO, 2007, p. 415-416 and 420; Mauro Rodrigues PENTEADO, 1989, p. 55-68 and Modesto CARVALHOSA, 1999, p. 364-365.

²⁷ The same contents of the syllabus, with minor modifications, was published on the occasion of the decision of extraordinary appel No. 92338-1 / RJ (The justice's opinion: Minister Soares Muñoz) on



And in the trial extraordinary appeal No. 94777-9 / RJ (The justice's opinion: Minister Décio Miranda) on August 14th, 1981:

Syllabus:... commercial. Stock company. Mixed-capital company. It is mixed-capital company those that are created by law, being not enough to characterize it as such the simply presence of public capital (law 6404 of 12/15/76, art. 236)²⁸.

These Supreme Courts' decisions were given exclusively based on legal provisions of Decree-law No. 200/1967 and law No. 6,404 / 1976. In the current constitutional regime, it would even not be necessary to mention these laws, as the 1988 Brazilian Constitution itself, in Article 37, XIX, explicitly provides for the need of specific legislation to authorize the creation of a mixed-capital company. If the stock corporation, though state shareholding, has not been established by law, will not be a mixed-capital company.

The article 37, XX of the 1988²⁹ Brazilian Constitution states that the establishment of subsidiaries of administrative authorities mentioned in line of the same article XIX (agencies, state-owned companies, mixed-capital companies and foundations)³⁰ as well as their participation in private enterprise depends on legislative authorization.

The question that may exist with respect to the expression "in each case" for legislative authorization for the creation of subsidiaries or participation in a private company state entities mentioned in the Article 37, XIX of the Constitution. This item XX of Article 37, unlike of the line XIX, there is no reference to the "specific law", as in the creation of state-owned enterprises, but to the case of each company or public

March 18th, 1980; extraordinary appeal No. 92340-3 / RJ (Rapporteur: Minister Soares Muñoz) on March 25th, 1980; extraordinary appeal No. 93175-9 / RJ (Rapporteur: Minister Soares Muñoz), on October 14th, 1980; extraordinary No. 94777-9 / RJ (The justice's opinion: Minister Soares Muñoz), on August 14th, 1981 and extraordinary appeal No 95554-2 / RJ (The justice's opinion: Minister Rafael Mayer) on March 2nd, 1982. In an earlier decision, the Supreme Court had already expressed the need for a law authorizing the creation of mixed-capital company, according to Justice Ministro Moreira Alves in August, 18th, 1975.)

²⁸ The same syllabus was published on the occasion of the extraordinary appeal No. 96336-7 / RJ (Rapporteur: Minister Décio Miranda) on March 2nd, 1982.

²⁹ Art 37, XX: "XX - depends on legislative authorization, in each case, the creation of subsidiaries of the agencies mentioned in the preceding paragraph, as well as the participation of any of them in a private company."

³⁰ Article 37, XIX. "XIX - only by specific law may be created agency and authorized the public enterprise, mixed capital company and foundation, it is for the complementary law, in the latter case, to define the areas of its operations" .



entity. There is no need for an indication expressly of which specific company will receive public investment.

The expression "each case" indicates the area or activity being contemplated. I therefore believe that this expression "in each case" must be understood as "in the case of each entity" that intend to establish subsidiaries or participate in other companies. State-owned enterprises that possess legislative authorization, whether for its creation law or by any subsequent law, can law in this regard. If this item were understood otherwise, the existence of numerous state entities acting on share operations, as the BNDES (National Bank for Economic and Social Development) would be unfeasible³¹.

This understanding of the provisions of Article 37, XX of Constitution was also adopted by the National Congress, which adopted several laws granting broad authorizations for the creation of subsidiaries by mixed-capital companies. Only in the case of Petrobras, for example, they were approved law No. 8,395, of January 2nd, 1992, authorizing Petrobras Química SA, Petroquisa, to participate with minority of private capital companies in the Chemical Industrial Plants of Northeast, formed by the states of Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco and Rio Grande do Norte. The law No. 8,403, of January 8th, 1992, which authorizes Petrobras and Petrobras Distribuidora (BR) to participate in the capital of other companies, and Article 65 of the law No. 9478 of August 6th, 1997, which authorizes Petrobras to form a subsidiary with specific tasks to operate and build their pipelines, sea terminals and vessels for transporting oil and oil products and natural gas, and may also be associated with other companies. The Brazilian oil's law also granted in its article 64³² a general authorization for the setting up of subsidiaries by Petrobras.

The Supreme Court also adopted this interpretation on the scope of the legislative authorization provided for in Article 37, XX of the Brazilian Constitution in the trial of decision direct unconstitutionality action No. 1649 / DF (In the justice opinion: Minister Mauricio Correa), judged on March 24th, 2004:

³¹ Caio TÁCITO, 1997, vol. 1, p. 683-686; Caio TÁCITO, 1997, vol. 2, p. 1154-1155 and Modesto CARVALHOSA, 1999, p. 387-389. On the other hand, defending the requirement for legislative authorization in each case, see Celso Antônio Bandeira de MELLO, 2006, p. 189-190.

³² Art. 64: "For strict compliance with its corporate statute, within the oil industry activities, Petrobras is authorized to establish subsidiaries, which may be associated, majority or minority, to other companies."



Syllabus:..... Unconstitutionality direct action law 9478/97 authorization to petrobras to constitute subsidiaries. Offence to articles 2 and 37, XIX and XX, The Brazilian Federal Constitution. Absence. claim unfounded. 1. The law 9478/97 did not authorize the creation of mixed-capital company, but rather the creation of separate subsidiaries of the headquarter company, in accordance with the line XX, not with the XIX Article 37 of the Brazilian Federal Constitution. 2. It is unnecessary the legislative authorization for the creation of subsidiaries, as long as there is provision for this purpose in the law itself which created the headquarter of mixed-capital company, given that the law which created it is the authorizing measure itself. Direct action of unconstitutionality decided dismissed.

The law no. 11,908, of March 3rd, 2009 (result of the adoption by Congress Provisional Measure no. 443, of October 21th, 2008), authorizes the Banco do Brasil and Caixa Econômica Federal to form wholly or partially owned subsidiaries as well as to acquire participation in financial, public or private institutions, including supplementary company branches to the financial sector (Articles 1 and 2 of law no. 11.908 / 2009). The law no. 11.908 / 2009 only gives a broad authorization for creating subsidiaries and direct and indirect interests in other companies by two federal public financial institutions, the Banco do Brasil and Caixa Economica Federal³³.

The eventual share stock of these public financial institutions in other companies does not create a mixed-capital company, nor the law no. 11.908 / 2009 authorizes this, in the same way that the law no. 9.478/1997 in its article 64 authorizes Petrobras to create different subsidiaries of the headquarter company, not mixed-capital companies. This, also, was the same sense of Supreme Court's interpretation in the trial of unconstitutionally direct action no. 1649 / DF, reported above.

The expression "private enterprise", which refers to the participation of state entities in Article 37, XX, can also not be interpreted in any way. The Constitution always refers expressly to state-owned enterprises and their kind (public company and mixed-capital company). Despite the constitutional determination of equivalence of legal regimes between the state-owned enterprises (public enterprises and mixed-capital companies) to explore economic activity and private companies (Article 173, Paragraph 1, II), the Constitution always distinguishes state-owned companies from private companies themselves. Every time that there is reference to "private enterprise" in the Constitution, the text refers to private companies themselves, composed entirely

³³ Article 237, paragraph 2 of Lei das S.A. has already stated that the participation of mixed-capital financial as Banco do Brasil in the capital of other companies require authorization from the Central Bank. See Modesto CARVALHOSA, 1999, p. 409-410.



by private capital, never to mixed-capital companies, made up partly by private capital. The article 37, XX, mentions the private company in the same way³⁴.

Just as the mixed-capital company must have its establishment authorized by law statute (Article 37, XIX of the Constitution), it can only be dissolved by statute law. This need for legislative authorization to the extinction of the state-owned enterprises in general (including mixed-capital companies) has always been defended by the Brazilian administrative law³⁵ doctrine and is now enshrined in Article 61, paragraph 1, II, 'and' the 1988 Constitution, with the wording amended by Amendment Constitutional no. 32 of September 11th, 2001³⁶.

5 THE ECONOMY OF MIXED- CAPITAL COMPANY AS EXPLOITATION OF AN ECONOMIC ACTIVITY BY THE STATE IN THE ECONOMY

It is incorrect to accept uncritically concepts and pre-constitutional principles only because they have already been consolidated in the administrative law doctrine. The Constitution requires reformulation, even partial, of all categories of administrative law. The fulfillment of constitutional programs does not depend on legal practitioners legal operators, but on many other factors such as Government Administration to be realized. This "political leadership" of the Administration, as says Paul Otero, is far from the liberal administrative tradition. It is clear, therefore, the need to build a dynamic administrative law, in the service of the application of fundamental rights and the Constitution³⁷.

Under the 1988 Constitution, state-owned enterprises are subject to state goals, such as development (Article 3 II of the Constitution). In this sense, it is correct Paulo Otero's statement, for whom the public interest is the reason, the public interest

³⁴ In the same way, the Supreme Court stated in the decision of the abovementioned unconstitutionally direct act no. 1649 / DF (In the justice's opinion: Minister Mauricio Correa) in March 2004.

³⁵ Cf. Celso Antônio Bandeira de MELLO, 2006, p. 190 and Maria Sylvania Zanella DI PIETRO, 2007, p. 414-416.

³⁶ Article 61, paragraph 1, II, 'and': 'Paragraph 1 - is the exclusive initiative of the President the laws that: II - provides for e) creation and extinguishment of Ministries and public administration branches, as set forth in art. 84, VI "(my emphasis in bold).

³⁷ Peter BADURA, 1966, p. 12-27; Antonio Troncoso REIGADA, 1999, p. 87-98 and Paulo OTERO, 2003, p. 147-151.



is the reason, the limit and the criteria of public economic initiative.³⁸ The constitutional legitimacy in the Brazilian case, of this public economic initiative, which mixed-capital companies Banco do Brasil and Nossa Caixa are examples, is due to fulfillment of constitutional and legal requirements set for its operation.

As stressed Washington Peluso Albino de Souza, the creation of a state-owned as a mixed-capital company or a public company, it is already an law of economic policy. (SOUZA, 1994, p. 278) The objectives of state-owned enterprises are set by law and cannot escape to these goals. They must abide by them, under penalty of misuse of purpose. For this, they were created and are maintained by the Government.

The mixed-capital company is a exploitation of an economic activity by the State instrument and should be above private interests. The Brazilian Stock Corporation law (law 6. 404 / 1976), applies to mixed-capital companies³⁹, as long as it preserves the public interest which justifies its creation and activity (Article 235). The Article 238 also states that the purpose of the mixed-capital company is to serve the public interest, which motivated its creation. The mixed-capital company is linked to the purposes of the law which authorizes its institution, which determines its social object and allocates a part of public property for that purpose. The mixed- capital company cannot, by its own will, use public property to serve a purpose other than provided by law (DI PIETRO, 2007, p. 417-418), as expressed in Article 237 of the Stock Corporation law.

The essential purpose of the mixed- capital companies is not to make profit, but the implementation of public policies. According to Fábio Konder Comparato, the legitimacy of exploitation of an economic activity by the State to an entrepreneur (public economic initiative of Article 173 of the 1988 Brazilian Constitution) is the production of goods and services which cannot be obtained efficiently and fairly in a free market system the private economic exploitation regime. There is no sense in the State to earn

³⁸ Paulo OTERO, 1998, p. 122-131 and 199-217. See also Günter PÜTTNER, 1969, p. 87-98; Jean-Philippe COLSON, 2001, p. 99-111 and Celso Antônio Bandeira de MELLO, 2006, p. 178-183.

³⁹ Waldemar Martins FERREIRA, *A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo cit.*, pp. 131-133 and 138-145 and Modesto CARVALHOSA, 1999, p. 351-353, 367-368, 374 and 376-378. On the influence of public law in the corporate structure of Sate corporations in Germany, see Günter PÜTTNER, 1969, p. 318-324 and 374-378 and Volker EMMERICH, 1969, p. 162-165 and 189-210.



revenue through the direct exploitation of economic activity.⁴⁰ The sphere of activity of mixed-capital companies is based on the objectives of economic policy, on structuring of larger purposes, whose establishment and operation goes beyond the of a single individual actor (as the company itself or its shareholders). The state-owned company in general and the mixed-capital company in particular has not only microeconomic purposes, ie strictly "business" but has essentially macroeconomic objectives to be achieved, an instrument of State's economic activity⁴¹.

These constitutional provisions are different ways of linking and legal conformation, constitutionally defined, which goes beyond the provision of Article 173, Paragraph 1, II, which equalizes the regime statute of the state-owned enterprises.

Providers of economic activity in the strict sense with same private companies in its civil, commercial, labor and tax law aspects⁴². The legal status of private law is a technical that does not override the administrative law, under penalty to wreck state-owned any as an instrument of exploitation of an economic activity by the State.⁴³ In this sense, explains Celso Antonio Bandeira de Mello:

The nuclear trait of state enterprises, that is, of public enterprises and mixed-capital companies, lies in the fact that they are supporting state duties. Nothing can dissolve this sign inscribed in their natures. This legal regime is the surest north to the knowledge of these people. Therefore, there is the guide criterion for interpretation of legal principles which are applicable to them, at the risk of becoming accidental - its corporate legal personalities of private law - in

⁴⁰ Cf. Fábio Konder COMPARATO, 1977, p. 289 and 390-391 and Eros Roberto GRAU, 1994, p. 273-276. See, also, Modesto CARVALHOSA, 1999, p. 376-378 and 412-418 and Günter PÜTTNER, 1969, p. 86-87.

⁴¹ Maria Teresa CIRENEI, 1983, p. 479-480 and 483 and Roberto CAFFERATA, 1993, p. 31, 42 and 104-105. See, also, Alfredo de Almeida PAIVA, 1995, p. 319-320; Volker EMMERICH, 1969, p. 71-78 and Gilberto BERCOVICI, 2009, vol. 1, p. 266-269.

⁴² About the influence of the given activity (public service or economic activity in the strict sense) the legal regime of state-owned enterprises (public enterprises and mixed-capital companies), see Celso Antonio Flag MELLO, 2006, p. 140-146 and Sylvia Maria Zanella DI PIETRO, 2007, p. 412-414. In foreign doctrine, see, eg, Fritz FLEINER, 1933, p. 198-209 and Jean-Philippe COLSON, 2001, p. 330-332.

⁴³ Caio TÁCITO, 1997, vol. 1, p. 691-698; Eros Roberto GRAU, 1981, p. 101-111; Celso Antônio Bandeira de MELLO, 2006, p. 178-183 and 185-188; Eros Roberto GRAU, 1997, p. 111-123 and 278-281 and Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, 2007, p. 416-418 and 421-428. In foreign doctrine on legal regimes of state-owned enterprises in general, and mixed-capital companies, in particular, see Ernst Rudolf HUBER, 1953, p. 530-532; Bernard CHENOT, 1965, p. 312-313; Ernst FORSTHOFF, 1966, p. 478-483; Günter PÜTTNER, 1969, p. 125-140 and 368-380; Volker EMMERICH, 1969, p. 58-62; Gérard FARJAT, 1971, p. 189-198; Massimo Severo GIANNINI, 1999, p. 163-166; Jean-Philippe COLSON, 1977, p. 297-301 and 328-330; Pierre DELVOLVÉ, 1998, p. 672-675 and 706-731 and Peter BADURA, 2005, p. 145-164, especially p. 146-147.



essencial, and the essential- its character of helpers subjects of the State- in accidental. (MELLO, 2006, p. 179).

The 1988 Constitution guarantees in the same way that the private economic initiative, the economic cooperative initiative (Articles 5, XVIII and 174, paragraph 3 and paragraph 4 of the Brazilian Constitution) and the public economic initiative (Articles 173 and 177 of the Brazilian Constitution, among others). Therefore, the creation of mixed-capital companies does not hurt, in any way, the constitutional principle of free enterprise (Articles 1, IV and 170, caput of the 1988 Brazilian Constitution). Free enterprise, in the Brazilian Constitution of 1988 does not represent the triumph of economic individualism, but it is protected in conjunction with the value of human labor in an economic order in order to guarantee everyone a decent life⁴⁴, based on social justice. This means that free enterprise is the foundation of constitutional economic order in what it expresses of socially valuable.⁴⁵

Free enterprise can not be reduced, at risk of a partial and erroneous interpretation of the constitutional text⁴⁶, the full economic freedom or free enterprise, it covers all forms of production, individual or collective, as individual economic initiative, cooperative economic initiative and the public economic initiative itself.

The Brazilian Constitution, as well as several other contemporary constitutions, does not exclude any form of state intervention, nor forbids the State to act in any area of economic activity. The greater or lesser extent of the economic role of the State is a result of democratically legitimized political decisions, not of some constitutional determination expressly. But the State should have its protected public economic initiative similar to the private and cooperative initiatives. The public economic initiative obviously has its specificities, it is determined positively by the Constitution or by law (as well as the freedom of private initiative is also limited by law) and must be in accordance with the public interest, or more specifically, with the imperatives of national security or relevant collective interest (Article 173 of the

⁴⁴ About the relations between constitutional economic order and dignity of human person see Gilberto BERCOVICI, 2008, p. 319-325.

⁴⁵ Cf. Eros Roberto GRAU, 2007, p. 200-208; Fábio Konder COMPARATO, 1991, p. 18-23 and Cláudio Pereira de SOUZA Neto; José Vicente Santos de MENDONÇA, 2007, p. 709-741. See, for european law, Antonis MANITAKIS, 1979, p. 31-37 and 265-277; Oscar de Juan ASENJO, 1984, p. 148-169; Luís S. Cabral de MONCADA, 2007, p. 140-151; Natalino IRTI, 2001, p. 18-20, 68-69, 85-88 and 93-96 and José Joaquim Gomes CANOTILHO; Vital MOREIRA, 2007, vol. I, p. 791-792.

⁴⁶ As an example of this type of argument with no basis in the Constitution of 1988, see Luís Roberto BARROSO, 2003, tomo II, p. 145-188 and Paulo BONAVIDES, 2007, p. 323-324.



Constitution).⁴⁷ The Brazilian State is governed by a Constitution whose provisions call for, in one way or another, State's activity in the economic order. The 1988 Constitution thus does not exclude any form of state intervention, nor forbids the State to act in any area of economic activity.

6 REFERENCES

AMBROSIUS, Gerold. *Der Staat als Unternehmer: Öffentliche Wirtschaft und Kapitalismus seit dem 19. Jahrhundert*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1984.

ANSCHÜTZ, Gerhard. **Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919**, reimpr., 14. ed. Aalen: Scientia Verlag, 1987.

ASENJO, Oscar de Juan. **La Constitución Económica Española: Iniciativa Económica Pública "versus" Iniciativa Económica Privada en la Constitución Española de 1978**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

BADURA, Peter. **Verwaltungsrecht im liberal und im sozialen Rechtsstaat**. Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1966.

BADURA, Peter. **Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung: Ein exemplarischer Leitfaden**. 2. ed. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Regime Constitucional do Serviço Postal. Legitimidade da Atuação da Iniciativa Privada. In: **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, tomo II, p. 145-188.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. Dignidade da Pessoa Humana e a Constituição Econômica de 1988. In: José Ribas VIEIRA (org.). **Vinte Anos da Constituição Cidadã de 1988: Efetivação ou Impasse Institucional?** Rio de Janeiro: Forense: 2008, p. 319-325.

BERCOVICI, Gilberto. Os Princípios Estruturantes e o Papel do Estado. In: CARDOSO Jr, José Celso (org.). **A Constituição Brasileira de 1988 Revisitada: Recuperação Histórica e Desafios Atuais das Políticas Públicas nas Áreas Econômica e Social**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2009, vol. 1, p. 255-291.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, vol. XLIX, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006, p. 57-77.

⁴⁷ About public economic initiative, see, also, Maria Teresa CIRENEI, *Le Imprese Pubbliche cit.*, pp. 212-220; Oscar de Juan ASENJO, *La Constitución Económica Española cit.*, pp. 90-99; Luís S. Cabral de MONCADA, *Direito Econômico cit.*, pp. 224-230; Natalino IRTI, *L'Ordine Giuridico del Mercato cit.*, pp. 19-20; Paolo DE CARLI, *Lezioni ed Argomenti di Diritto Pubblico dell'Economia*, Padova, CEDAM, 1995, pp. 36-38 and 40-41; José Joaquim Gomes CANOTILHO & Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada cit.*, vol. I, pp. 958-959 and 982-986 and Gilberto BERCOVICI, "Os Princípios Estruturantes e o Papel do Estado" *cit.*, pp. 258-266



- BONAVIDES, Paulo. Serviço Postal (Art. 21, X), **Revista de Direito do Estado**, nº 6, Rio de Janeiro, abr./jun. 2007, p. 311-325.
- BRAGA, José Carlos de Souza. Os Orçamentos Estatais e a Política Econômica. In: BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello; COUTINHO, Renata (orgs.). **Desenvolvimento Capitalista no Brasil: Ensaio sobre a Crise**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1984, vol. 1, p. 194-206.
- BRUNET, René. **La Constitution Allemande du 11 Août 1919**. Paris: Payot, 1921.
- CAFFERATA, Roberto. **La Società per Azioni Publica: Equilibrio Economico e Strategie di Transizione**. Milano: FrancoAngeli, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed., 2 vols. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.
- CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. **Investimento das Empresas Estatais e Endividamento Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CHENOT, Bernard. **Organisation Économique de l'État**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1965.
- CHÉROT, Jean-Yves. **Droit Public Économique**. 2. ed. Paris: Economica, 2007.
- CIRENEI, Maria Teresa. **Le Imprese Pubbliche**. Milano: Giuffrè, 1983.
- COLSON, Jean-Philippe. **Droit Public Économique**. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 2. ed. São Paulo: RT, 1977.
- COMPARATO, Fábio Konder. Regime Constitucional do Controle de Preços no Mercado. **Revista de Direito Público**, nº 97, São Paulo, RT, jan./mar. 1991, p. 17-28.
- COMPARATO, Fábio Konder. Sociedade de Economia Mista Transformada em Sociedade Anônima Ordinária - Inconstitucionalidade. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 25, 1999, p. 61-68.
- DE CARLI, Paolo. **Lezioni ed Argomenti di Diritto Pubblico dell'Economia**. Padova: CEDAM, 1995.
- DELVOLVÉ, Pierre. **Droit Public de l'Économie**. Paris: Dalloz, 1998.
- DIAS, José Nazaré Teixeira. **A Reforma Administrativa de 1967**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1969.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- EMMERICH, Volker. **Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen**. Bad Homburg/Berlin/Zürich: Verlag Gahlen, 1969.
- FARJAT, Gérard. **Droit Économique**. Paris: PUF, 1971.
- FERREIRA, Waldemar Martins. **A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo**. São Paulo: Max Limonad, 1956.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. São Paulo: RT, 1978.



- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Privatização Parcial da CEMIG - Acordo de Acionistas - Impossibilidade de o Controle Societário ser Compartilhado entre o Estado de Minas Gerais e o Acionista Estrangeiro Minoritário. **Revista de Direito Mercantil**, nº 118, abr./jun. 2000, p. 219-235.
- FLEINER, Fritz. **Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand**. Paris: Librairie Delagrave, 1933.
- FORSTHOFF, Ernst. **Lehrbuch des Verwaltungsrechts**. 9. ed. München: Verlag C. H. Beck, 1966.
- FRANCO Sobrinho, Manuel de Oliveira. **Comentários à Reforma Administrativa Federal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- FRIEDLAENDER, Heinrich. Artikel 156. Sozialisierung. In: NIPPERDEY, Hans Carl (org.). **Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung**: Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung. reimpr., Frankfurt am Main: Verlag Ferdinand Keip, 1975, vol. 3, p. 322-348.
- GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Pubblico dell'Economia**. reimpr. da 3. ed. Bologna: Il Mulino, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: RT, 1981.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas, Fundações e Autarquias Prestadoras de Serviço Público: O Tema do Lucro. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 6, 1994, p. 269-276.
- GRAU, Eros Roberto. Sociedade de Economia Mista - Nulidade de Acordo de Acionistas que Importa em Mudança de seu Acionista Controlador. **Revista de Direito Administrativo** nº 222, out./dez. 2000, p. 348-357.
- GRAU, Eros Roberto. A Lei de Responsabilidade Fiscal e as Empresas Estatais. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 30, 2000, p. 17-21.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Deutsches Wirtschaftsrecht**: Ein Grundriss. Berlin: Junker und Dünnhaupt Verlag, 1939.
- HUBER, Ernst Rudolf. **Wirtschaftsverwaltungsrecht**. 2. ed. 2 vols. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1953.
- IRTI, Natalino. **L'Ordine Giuridico del Mercato**. 4. ed. Roma/Bari: Laterza, 2001.
- JELLINEK, Walter. **Verwaltungsrecht**. 3. ed. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1931.
- MANITAKIS, Antonis. **La Liberté du Commerce et de l'Industrie en Droit Belge et en Droit Français**. Bruxelles: Bruylant, 1979.
- MARTINS, Luciano. **Estado Capitalista e Burocracia no Brasil pós-64**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito Econômico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.



OTERO, Paulo. **Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado**. Coimbra, Coimbra Ed., 1998.

OTERO, Paulo. Constituição e Legalidade Administrativa: A Revolução Dogmática do Direito Administrativo. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves & LENZA, Pedro (coords.). **Constituição Federal, 15 Anos: Mutações e Evolução – Comentários e Perspectivas**. São Paulo: Método, 2003, p. 147-173.

PAIVA, Alfredo de Almeida. As Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas como Instrumentos Jurídicos a Serviço do Estado. **Revista de Direito Administrativo: Seleção Histórica**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas/Renovar, 1995, p. 307-320.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. As Empresas Estatais e os Sistemas de Supervisão e Controle. **Revista de Direito Mercantil**, nº 45, jan./mar. 1982, p. 20-28.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. As Sociedades de Economia Mista e as Empresas Estatais perante a Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, nº 102, abr./jun. 1989, p. 49-68.

PINTO, Olavo Bilac. O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas. In: INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO E CIÊNCIA POLÍTICA. **Estudos sobre a Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1954, p. 43-57.

PÜTTNER, Günter. **Die öffentlichen Unternehmen: Verfassungsfragen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand**. Bad Homburg/Berlin/Zürich: Verlag Gehlen, 1969.

REIGADA, Antonio Troncoso. Dogmática Administrativa y Derecho Constitucional: El Caso del Servicio Público. **Revista Española de Derecho Constitucional**, nº 57, set./dez. 1999, p. 87-164.

REZENDE, Fernando. O Crescimento (Descontrolado) da Intervenção Governamental na Economia Brasileira. In: LIMA Jr. Olavo Brasil de; ABRANCHES, Sérgio Henrique (coords.). **As Origens da Crise: Estado Autoritário e Planejamento no Brasil**. São Paulo/Rio de Janeiro: Vértice/IUPERJ, 1987, p. 214-252.

ROTH, Regina. **Staat und Wirtschaft im Ersten Weltkrieg: Kriegsgesellschaften als kriegswirtschaftliche Steuerungsinstrumente**. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1994.

SOUZA Neto, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2007, p. 709-741.

SUZIGAN, Wilson. As Empresas do Governo e o Papel do Estado na Economia Brasileira. In: REZENDE, Fernando *et al.* **Aspectos da Participação do Governo na Economia**. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1976, p. 77-134.

TÁCITO, Caio. As Empresas Estatais no Direito Brasileiro. In: **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, vol. 1, p. 679-690.



TÁCITO, Caio. Direito Administrativo e Direito Privado nas Empresas Estatais. In: **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, vol. 1, p. 691-698.

TÁCITO, Caio. Sociedade de Economia Mista. Incorporação de Outra Empresa. In: **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, vol. 2, p. 1153-1158.

VENÂNCIO Filho, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 1968.



AN ANALYSIS OF THE PROPER INTEGRATION OF REASON, SUBSTANTIAL LEGALITY AND CONSEQUENTIALIST PERSPECTIVE OF THE ADMINISTRATIVE DECISION AND DETERMINATION¹

UMA ANÁLISE SOBRE A ADEQUADA INTEGRAÇÃO DA MOTIVAÇÃO, DA LEGALIDADE SUBSTANCIAL E DA PERSPECTIVA CONSEQUENCIALISTA DO ATO ADMINISTRATIVO

Phillip Gil França²

Abstract

This study aims at analyzing the role of reason of the administrative decision/determination on the principle of legality of the Public Administration on the rail of a consequentialist perspective of Administrative Law. The task will be developed from the understanding that the meaning and the borders of effectiveness of the constitutional norm of legality are defined at the time of application of the principle of legality to reality to which they relate. Therefore, only when determining the subjection of Directors to the legality, in real and certain situations, it can be seen the scope and the object for which it is the principle of substantive legality. So first is to indicate basics on principles of public administration. After, it will to analyze the principle of legality. Subsequently, it is a matter-of proper reason of administrative decisions and determinations. Finally, reflections on the administrative consequentialism will be brought to the debate and thus the conclusions of the study presented will be presented.

Keywords: The principle of legality. Administrative decision/determination; reason. Public Administration.

Resumo

O presente estudo tem como objetivo analisar o papel da *motivação* do ato administrativo na aplicação do *princípio da legalidade* da Administração Pública sobre o trilho de uma perspectiva *consequencialista* do Direito Administrativo. A tarefa será desenvolvida a partir da compreensão de que o sentido e as fronteiras de eficácia da norma constitucional da *legalidade* são definidos no momento da

¹ Paper received in: 11/06/2015. Peer review evaluations in: 14/10/2015 e 17/10/2015. Approved in: 25/10/2015. (Artigo recebido em: 11/06/2015. Pareceres emitidos em 14/10/2015 e 17/10/2015 Aprovação comunicada em 25/10/2015).

² Pós-doutor (CAPES_PNPD), Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS, com pesquisas em 'Doutorado Sanduíche – CAPES' na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Membro do Instituto dos Advogados do Paraná; Professor de Direito Administrativo (Mestrado e Graduação) da Universidade de Passo Fundo; autor dos livros 'Controle da Administração Pública', 4. ed. (Saraiva, 2015) e 'Ato Administrativo e Interesse Público', 2. ed. (RT, 2015). Membro pesquisador do Grupo de Pesquisas de Constituição e Direitos Fundamentais (Cnpq) liderado pelo Professor Doutor Ingo W. Sarlet. E-mail: <phillipfranca@hotmail.com>.



aplicação do princípio da legalidade à concreta realidade a que se destina. Logo, apenas quando se determina a sujeição da Administração à *legalidade*, em situações reais e determinadas pode se observar a *abrangência* e o *objeto* a que se destina o princípio da legalidade substancial. Logo, primeiramente é de se indicar noções iniciais sobre princípios da Administração Pública. Após, analisar-se-á o princípio da legalidade. Posteriormente, tratar-se-á da adequada motivação dos atos administrativos. Finalmente, reflexões sobre o consequencialismo administrativo serão trazidas para o debate e, assim, serão apresentadas as conclusões do estudo apresentado.

Palavras chave: Princípio da legalidade. Ato administrativo. Motivação. Administração Pública.

Sumário: 1. Introduction. 2. Principles of law applying to Public Administration. 3. Principle of substantial legality of public administration. 4. Reason of administrative decision/determination. 5. Administrative Law Consequentialism. 6. Conclusions (it depends on a spatial and temporal clipping). 7. References.

1 INTRODUCTION

This study aims at analysing the role of reason of the administrative decision/determination on the application of public administration's principle of legality under a consequentialist perspective of Administrative Law.

The task will be developed from the understanding that the meaning and the borders of effectiveness of the constitutional norm of legality (caput of art. 37), Federal Constitution, are defined at the time of application of the principle of legality to the concrete reality to which the principle of legality is related. Then, just when determining the subjection of Administration to the principle of legality, in real and certain situations - by regulating general and abstract aspects of law - one can observe the scope and the object to which the pillar of the state administrative operation is designated, i.e.: acting according to the principle of legality in a substantial perspective.

Thus, it is defined that the consequences of applying the principle of legality, through adequate reason of its use to the subsumption of the fact in relation to the referred constitutional principle, are as important as the definition that administrative decision/determination needs to start from a legal provision.

That is, it is not just enough to enjoy own attributes of administrative legality (according with the idea of presumption of truthfulness, legitimacy and validity), administrative decision/determination also needs to follow consequences that comply with values of the law in the real world in order to be indicated as administrative decision



or determination in full harmony with the principle of legality. Finally, for effective control of such conclusion, a robust and consistent reason of administrative decision or determination, proportional to the impact that will bring to the real world, is a task that is imposed on public manager.

Thus, first, one shall indicate the basic principles of public administration. After this, the focus of the study will be directed towards the principle of legality. Subsequently, one will deal with the adequate reason of administrative decisions/determinations. Finally, reflections on the administrative consequentialism will be brought to the debate and thus, a study's conclusion will be presented.

2 PRINCIPLES OF LAW APPLYING TO PUBLIC ADMINISTRATION

Principles of law applying to Public Administration - as gender normative kind, parallel to rules - indicate the legal value to be followed by concrete embodiment of State, considering its constitutional duty to enforce and serve subordinates according to proportional limits of necessary interference in everyone's life and in each of State citizens. They represent the shackles and bondages of Public Administration in face of powers they have to well execute mandatory and adequate public administration, as a constitutional duty of good public governance, efficient in its nature and effective in its results.

The specific principles of public administration arise from specialization, the legal branch in question, from general principles of law as a way to identify subjections of the state executive branch, as it is up such state function to manage the public burden of promoting the People's intersubjective development, power holder that maintain the state and its citizens.

According to Eduardo Garcia and Tomas Enterría-Ramón Fernández, "the general principles of law express the basic material values of a legal system, those on which this is built as such, the fundamental ethical and legal convictions of a community." (ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, 2014, p. 98). As authors point out, the general principles of law "are not just some vague ideas or moral trends that can explain the meaning of certain rules, but technical principles, fruit of the legal life's



experience and that only through this can be seized" (ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, 2014, p. 99).

In the wake of the thesis defended in this study, of the need for real enforcement of principles for the achievement of its meaning, amplitude, scope and vector function of acting in an intersubjective environment, Spanish authors express important lessons:

To general principles of law, to the extent that they are real drivers of their own technique, it does not get there at all, by means of a simple process of deduction or reduction from the first ontological or moral truths that will no doubt be very important to place law in a general system, but, in principle, very little to penetrate its intimate analytical framework, from which concrete solutions will come forth.

The general principles of law, it is possible to say so, are the fruit of its own legal life and manifest thus by two fundamental ways; the practice of applying law, and more specifically, the case law, which is the practice endowed with greater *auctoritas* and at the same time, holds greater capacity to shape the future application, and the jurisprudence, or the legal science, to the extent that it meets its own function, which is not a mere conventional scheme of law with expository or didactic purposes, but illuminate the institutions of the legal system; explain their own connections and enable a more finely tuned operation of this. (ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, 2014, p. 102)

Klaus Bosselmann (2015, p. 65), by dealing with principles of law, reminds that, fundamentally, law has a function of serving. The legal system can not initiate and monitor social change by itself; however, it may provide some parameters for direction and extension of social change. If these parameters are sufficiently clear and reflect what society feels about the changes taking place, they will be effective. If they are not clear or ignore social realities, they will have little impact. It is essential, therefore, to define parameters clearly and realistically .

Principles are goals, purposes to be achieved by the public manager's activity while represent legal constraints of his activity. They express an established premise in an evaluative level higher so that the interpreter can materialize the law to reality necessary of path indication to be followed.

They indicate what is to be defined or realized, while structure and format what it has already been done, linking the consequences of what one intend to do as well as what it has already been achieved. Thus, they represent structural drivers of applied law and, equally, underlie the system to give direction and answers to issues supported



by this same legal setting. Thus, logically, they must be read from a constitutional perspective and systematic legal structure in which it is involved.

"The whole law, but in a very special way, Administrative Law, as today imposes the Constitution unequivocally, is necessarily built on a system of general principles of law that not only supply the written sources of law, but also give these all its meaning and they are ahead of all its interpretation". (OSSELMANN, 2015, p. 104) As it is argued in this study, it is from the the real problems, in the real world, that we observe the meaning and the scope of a principle.

The authors Eduardo Garcia de Enterría and Tomas Enterría-Ramón Fernández thus highlight this idea, again, when dealing on the general principles of law applied to the universe of Administrative Law in the following passage of his doctrine: "These general principles of law do not provide by deduction of prime moral truths, but they are technical principles, which mainly move the basic mechanism of law, which are the institutes; and its development and perfection are the result of the legal life, a discovery made by the treatment of concrete problems ". (OSSELMANN, 2015, p. 104)

R. Limongi França (2010, p. 199-200) equally emphasizes that the treatment of the practical aspect of the application of the general principles of law is as important as its theoretical development. Therefore, it indicates two essential facets of the question concerning general principles of law when their necessary enforcement: 1st) the systematic perspective; 2nd) the prospect of individualized formulation of each principle.

Thus established, in the same manner as general principles of law, principles of public administration represent the Republican ties of action taken by Public Administration . In this sense, they determine, when systematically observed that State's administrative action must be made with responsibility and feasibility of accountability for all administrative decisions/determinations (regardless of whether they are statutory limited or discretionary). The emphasis of course, is placed on the principles of public administration expressed in the caput of art. 37 of the Brazilian Federal Constitution, namely: legality, impersonality, morality, publicity and efficiency.



So, principles of public administration are legal vectors created to conduct administrative action in accordance with the established legal paths, from goals of development and system maintenance as well as citizen's protection and promotion.

3 PRINCIPLE OF SUBSTANTIAL LEGALITY OF PUBLIC ADMINISTRATION

Every Public Administration's action shall follow the tracks of the constitutional values of legality by expression found in the caput of art. 37 of the Brazilian Federal Constitution. Legality³ given here must be understood in the sense that administration must act according to what the law strictly establishes and by the best interpretation of law targeting to maintaining harmony of the system and achievement of constitutional principles and policies enshrined in art. 3 of CF / 1988.

In other words, legality⁴ is the interpretation product of legal system that performs the actual promotion of man as a human being passive of perception

³ According to Patricia Baptista (2003, 94 p.), "among constitutional principles of administrative law, one has to distinguish, before any other, the principle of administrative legality. Legality is indeed the cornerstone of the development of this law branch. Brazilian Constitution of 1988, for example, beyond the general clause due to the Democratic State (art. 1) and individual rights and guarantee (art. 5, II), the legality was still inserted in the heading of article. 37, where it is identified as the first sectoral principle of public administration".

⁴ Indeed, the principle of legality has gone through a whole evolution, closely followed by Brazilian law, since it is formulated. With the 1891 Constitution, introduced to the Law Liberal State concerned with civil rights and liberties. Due to this concern, the principle of legality had a narrow sense: the Administration can do whatever the law does not prohibit (it was the principle of freedom to exercise without an arbitrary interference of government, which almost identifies with the principle of freedom of choice). From the Constitution of 1934, it was possible to talk about Social State, a welfare provider state, which has been expanding its operations to cover the economic and social areas, with a consequent strengthening of the Executive Power. The principle of legality was extended to cover acts downloaded by the Executive, with the force of law, and extended to the entire range of administrative activity. The principle of legality has come to mean that Public Administration can only do what the law allows (principle of positive linkage). With the 1988 Constitution, it was opted for the principles of State under the Rule of Law. Two ideas are inherent in this kind of state: a broader conception of the rule of law and the idea of citizen participation in the Administration and control of public administration. Regarding the first point, the democratic rule of law intended to link law to the ideals of justice, that is, submit the State not only to law in purely formal sense, but to law covering all values inserted expressly or implicitly in Constitution. In this sense, art. 20, § 3, of the German Basic Law of 08.05.1949 states that "Legislative Power is bound by the constitutional order; the executive and judicial powers obey the law. Similar ideas were inserted into the Spanish and Portuguese Constitutions. In Brazil, although rule is not repeated with the same content, there is no doubt that it has adopted the same design already from Constitution preamble, rich in references to values such as safety, well-being, development, equality and justice. In addition, the arts. 1 to 4 and other sparse devices include numerous principles and values such as dignity of the human dignity, the social values of work and free enterprise, the eradication of poverty, the prevalence of human rights, the morality, publicity, impersonality, economy, among others. All of these principles and values are directed to the power of State: the law that contradicts them will be unconstitutional;



conforming values of human dignity, according to intersubjective interaction determinations, in a given space and time, in a given society and its State protection under law. In this universe, it is extracted the idea of substantial legality.

This study refers to the principle of substantial legality as a mandatory substantial need for adequacy and conformation of the administrative decision/determination to the legislative due process product and to values which comply with law. It is worth highlighting also the necessary care of legal validity of administrative decision/determination with the idea of legislative hierarchy, so that Administration is acting in full compliance with its own legal order which, in turn, should be fully in line with the corresponding law which underlines it.

Thus, consequently, the exercise of administrative power needs to be in accordance with the constitutional dictates, for primary obviousness of structuring and maintenance of a sustainable system. That is, for legality of the administrative decision/determination control, it is necessary to assess its legal conformation under Constitution (supremacy of Constitution), infra-constitucional laws and administrative regulatory system to which it is confined.

As some authors argue that the limitation of Public Administration under the statute law goes beyond simple administrative legality, reaching an administrative legal rules. For example, Ernest Forsthoff, asserts that "the administrative legal rules reflect a more challenging legality, revealing that the government is not only limited by its own specific rules; it is also conditioned by rules and principles whose existence and its binding force are not available in the same power." For the author, "In this sense, the administrative linkage to rule has become a real linkage to law, registering here the abandonment of a positivist-legalistic configurative conception of administrative legality (...)." (FORSTHOFF, 1959, p. 41 e ss. apud OTERO, 2007, p. 15)

The values that structure, justify and present as incubators of normative positivated expressions, equally, are likely to regularly verification of their application by Public Administration, when in the exercise of judicial review. The principle of legality is determining that not only the Public Administration acts as the legal

administrative discretion is limited by the same, which means the expansion of judicial control, which should cover the validity of administrative decisions/determinations not only before legal rules but also before the whole law in the indicated direction. It is worth mentioning that today the principle of legality has a much broader scope because it requires submission to law ". (DI PIETRO, 2011, p. 29-30).



expression, but also, in particular, in accordance with law values - the basis and foundation of State legal order.

For Caio Tacitus, "Public Administration's legality control is not, after all, monopoly or privilege of anyone. Anyone of the people injured in its right or legitimate interest may make use of it". The author points out that "the defense of legal order is above all a duty of citizenship: the mystique of law and fidelity to public interest are the very essence of a free and moralized society. The cult of freedom is not consistent with the will of tolerance or nod to violence." Thus, he concludes that "the legality is not a simple creation of lawyers, measured in technical formulas and Latin symbols. It is the community's survival instinct itself. All have the elementary duty of vigilance, so that the social peace, translated in rule and in law, is not depreciated in handling of public programs. (TÁCITO, 1975, p. 11)

In other words, the legality to be treated in this study is that which is founding and justifiable of an organizational system of conducts oriented to commonwealth and development, without which one would apparently not understand life in society structured to perform solidarity among citizens who live in it.

Namely, one thinks in legality as minimally secure way for subjective interactions eventually regulated by the State that may bring proportionally isonomic and equitable benefits for those involved in this intersubjective development mission preached by the Federal Constitution of 1988.

The judicial control of legality, including the legality of administrative discretion, through the verification of reasoning applied to the production of the administrative decision/determination to be controlled, has a special structuring desideratum of paths that allow the State, and their participants to promote intersubjective development and the common good of individuals who make up the nation.

Therefore, it is inescapable State mission the operationalization of skilled legal instruments enough to achieve constitutional values of restraint of power and respect for the material and formal aspect of administrative legality, when checking the constitutional adequacy of its reasoning drawn up by the syndicated administrative decision/determination according to necessary constitutional interpretation and application geared towards the common good.



In this perspective, the principle of legality, as demarcation line of State administrative action, is put into effect with the concrete materialization of law in the reality to which it is submitted. It means, then, that while there is no completion of legal axiological filtering of applied administrative decision/determination, accompanied by a statement of reason providing its impact in the real world, the principle of legality is not useful to delimit the Public Administration, as required by the Constitution.

The mere rhetoric of acting under the borders of law, as expression of the caput of art. 37 CF / 88 not suit the administrative tasks of the State to the fundamental objectives of the Republic established in art. 3 of the Constitution.

To act in accordance with legality is to act in accordance with the legal system established to protect, promote and fulfill the State shall be equally and isonomically.

In this sense, the principle of legality is limiting instrument of Public Administration so that, when applied to individual situations, enable the constant development of inter-subjective state citizens, without distinction. And because it limits and often restricts, necessary is the presentation of a corresponding strong reason to establish the causal link between production of the administrative decision/determination and the concrete public interest being promoted by such state's action.

Thus, beyond mere strict legality, as well as legal rule which links the administrative activity in accordance with rules and law, the principle of legality substantiates, structures and establishes developmental interconnections around the state system.

So, thinking about legality is to idealize law enforcement as an objective and subjective development promoter system of all involved, directly and indirectly, when State's administrative activity.

4 REASON OF ADMINISTRATIVE DECISION/DETERMINATION

From the perspective of state administrative activities, to state reason is to explain the factual and legal reasons of Public Administration for the practice of administrative decision/determination to ensure sufficiently substantially legal legitimacy of such a public activity.



While a statement of reason is to determine viable reasons of Public Administration to perform the act, via connection between the act and the relevant legal and factual dictate, indicating which led to the case and an analysis of the law used to the case.

That is, while the former it is the 'why' Public Administration acts in a certain way, the second indicates 'how' Public Administration acts to achieve its fundamental desideratum.

One could say, then, that the statement of reason of the administrative decision/determination stems from the resulting duty of reason/opinion of its production. Adequate reason, thus, presupposes a robust and sufficient exposure - and consistent connection - the factual and legal reasons for an administrative decision/determination, as well as the demonstration of how such activity connects with the essential constitutional legitimacy of the act.

In this diapason, it is important to emphasize the need for congruence between reasoning and conclusion of the act for the formation of proper underlined reasoning of administrative decision/determination. In Marcello Caetano's lessons (2003, p. 124-125), "reasoning must appear as premises from which the conclusion was logically drawn, which is the decision". That is, "if there is contradiction between opinion and decision, this incongruity can not fail to influence act's validity."

The "statement of reason may be understood as an enunciating statement of reasons and reasoning of the decision, or as the renewal of what it was decided on an evaluative parameter that justifies it: in the first sense, one emphasis the operation's formal aspect, associating it with the transparency of decision-making perspective; in second, one stresses the substantial idoneity of practiced act, integrating it into a reference system in which legitimacy bases are found. " (VIEIRA DE ANDRADE, 1982)

Thus, the statement of reason consists of expressly deducing the resolution taken from the premises on which it is based, as well as to express the reasons why it is resolved in a way, and not in another. The statement of reason demonstrates how the facts proposed by the Administration justify the application of certain norms and the deduction of certain conclusion, clarifying the object of the act. However, in the event of power exercised by discretionary administrative activity, the importance of reason and opinion of the administrative decision/determination increases, as it comes



to reveal the causes that leads the administration to choose one solution over another initially admissible.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1980) argues that "in legal [administrative] relationships, reason and opinion bring consequences on the merit of the act, implications for the certainty and the legality of the act, explaining the effectiveness and effects, the exaction regarding the nature of action taken by Public Administration". In the author's words, "the reasoning thus belongs to the instrumentation of administrative decision/determination, it may be deduced from the normative creative process, because the act to execute public service should be consistent in the formation of external manifestations caused."

Through Oliveira Franco Sobrinho's (1980) lessons, it is understood that "through reason and opinion, the decision brings legal repercussions and operates in the world of law in order to create or achieve situations, but always subject to the principle of legality."

In that order, it is inferred that "the essential thing is that reasoning in order to produce conviction find yourself well determined to speak the administrative will, by expressing the intention of Public Administration or to give command responsible for state affairs. " And so concludes the author, stating that "the question on reason and opinion is not simple explanation or even justification, but of statement of reason published, qualified as possible through reporters for reliable interpretation of administrative provisions."

Juarez Freitas points out that "all discretion remains linked to the reasons which must mandatorily be given, consistently, whenever rights are affected. The constitutional provision is in the article 93 of the Constitution and the intersubjective reasoning requirement is one of the most outstanding in the transition to dialogic administrative law - as opposed to autocratic, avoiding, whenever possible, any unilateral decision, unmotivated and instabilizing of rights." (FREITAS, 2012, p. 62)

For the author, then, "administrative decisions will be reasoned, and better than that, based, that is, supported by objective and consistent reasons (a combined reading, especially in items IX and X of art. 93 of the Brazilian Federal Constitution and several state constitutions, expressly, as well as infra-constitutional laws, notably art. 50 of Law 9.784 / 99). " Thus, "the statement of reason, beyond the old version of the



theory of opinion of a decision, is to be present in every act [...]. In other words, it is essential to state the reasons, ie provide the law that can be applied to the facts”

The reason of administrative decision/determination s is presented as a key activity of its constitutional conformation, having Public Administration total binding to law and factual reasons indicated. This situation is understood dogmatically as 'theory of the facts and determining reasons of administrative decisions/determinations.

Celso Antonio Bandeira de Mello summarizes the theory quoted as follows: "according to the theory of the determining facts, reasons that determine the public civil servant's will, that is, the facts that supported his decision, integrate the validity of decisions/determinations. Thus, "the invocation of false fact reasons, void or improperly qualified vitiates the action taken by the Public Administration even when the law hasn't established it in advance, the reasons that justify the administrative decision made.

Thus, through the author's doctrine, "as stated by the civil servant the reasons on which it put on, while not expressly stated, the obligation of listing them, the act will only be valid if they actually occurred and justified".

About deformities the reasons of the administrative decision/determination, Caio Tácito (1975, p. 133) highlights the following lessons: "The diagnosis of violation of the goal imposes examination of reasons given by the civil servant, through which one externalizes his/her will. Abuse of power has a close correlation with other illegal situation - the lack or falsity of the reasons. "

For the author, "it is through a careful analysis of the reasoning of the administrative decision /determination, of vehement evidences that derive from accountability of reasons given and results achieved or intended that the abuse of powers will surface." He stresses that "far from being a gross and ostensive error, it is distinguished by subtlety with which seeks to hide under the cover of regularity, trying the civil agent to hide the substance of administrative decision/ determination."

So, one concludes that "it is necessary thus that the interpreter is not content with expressly decisive reasons, but immerse himself in his spirit, to watch omissions and contradictions, consider the veracity and a substantive due process preferring, all in all, verify under the guise of action taken by Public Administration, the true contours of its bone structure”



Thus established, it cites an important position of STJ⁵ on the subject, by stating that "the margin of freedom of choice of convenience and opportunity, provided to Public Administration, in the practice of discretionary actions taken by Public Administration, does not exempt from the duty of reasoning. The action taken by Public Administration, that denies, restricts or affects the rights or interests of the subordinates must indicate explicitly, clearly and consistently, the legal and factual reasons on which it is based (art. 50, I, and § 1 of Law No 9784 / 99). It does not meet this requirement, simple invocation of commonwealth clause or generic indication of the action's cause"⁶.

Teori Albino Zavascki says that "in fact, on the issue of discretionary administrative decision/determination powers, Brazilian administrative jurisprudence shows unanimity by stating that Public Administration's discretion of decision is not absolute and is subject to satisfaction of the principle of legality - to say that choice about convenience and opportunity of administrative decision/determination's practice is subject to the limits imposed by law, deprived of any content of subjectivity in choosing the right time to commit a particular administrative decision/determination [...]. "Follow his guidance stating that," in reality, any and all discretionary decision/determination taken by Public Administration will necessarily be submitted to supremacy of commonwealth - when then due to what law authorizes Public Administration to evaluate the statement of reasons concerning convenience and opportunity of administrative decision/determination's practice in question. "

Similarly, the judge considers that "even in the case of discretionary decision/determination, Public Administration is obliged not only to evaluate the statement of reason concerning opinions for a specific administrative decision/determination's practice, but also to clarify the adequacy of such a practice in face of the commonwealth - from what it can be concluded that the mere reference to the aforementioned public interest does not appear sufficient to meet the requirement of reasoning, being also necessary to demonstrate precisely how the action taken by Public Administration serves, or not, its social goals and policies.

⁵ Superior Tribunal de Justiça. **MS 9.944/DF 2004/0122.461-0**, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 157.

⁶ Superior Tribunal de Justiça. **MS 9.944/DF 2004/0122.461-0**, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25/05/2005, DJ 13/06/2005, p.157.



Finally, he concludes: "well, the existence of proper reason when essential to validity of the administrative decision/determination is subject to judicial review. Following this line of understanding, the court's decisions emphasize that 'in our present stage, the administrative decisions/determinations must be substantiated and are linked to purposes for which they were practiced (V. art. 2 of Law 4,717 / 65). There are no, in this circumstance, discretionary administrative decisions/determinations absolutely immune to judicial review."

In this same track, "[...] the authority respondent did not provide detailed exposition of concrete and objective facts in which he/she relied to reach that conclusion. The mere reference to the lack of public interest is not in itself sufficient reasoning to draw a decisive conclusion about the reasons for the denial of authorization [...]. Thus, the administrative decision/determination is delivered, without sufficient and proper reasoning, hinders the interested person of exercising his/her right to citizenship of assessing compliance with the constitutional principles of impersonality and reasonableness, guiding administrative decision/determination."⁷

As shown, the strong correlation between action taken by Public Administration and its necessary judicial review occurs by way of proper statement of reasons of the administrative decision/determination. Only with objective demonstration of what it has been done, how it has been done and what objectives to be achieved, in clear expression of reasons that substantiate the administrative decision/determination, and the corresponding justification, there will be opportunity to comply with their constitutional principles that determine harmonic action taken by Public Administration and fully evaluable even by the judicial power of State.

Such a conclusion is reached, it should be noted, by verifying the constitutional compliance of reasoning of the legal aspect of administrative decision/determination, as an instrument of enforcement of the rule to the real citizen of the world affected by state administrative decisions/determinations.

It is to consider, as the desideratum of the present study that the extent of real legality, or the one that conforms with reality, when applied, can be carried out with the very overcoming of strict legality. Therefore, without a doubt, the role of consistent reasoning is crucial. Without a proper reason to point out, eventually, a necessary

⁷ Superior Court of Justice. **MS 9.944/DF 2004/0122.461-0**, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25/05/2005, DJ 13/06/2005, p.157.



overcoming of strict legality, such efforts represent a new unlawfulness that will surely violate legality of administrative decision/determination and, therefore, must be invalidated.⁸

5 ADMINISTRATIVE LAW CONSEQUENTIALISM

Administrative choices are decisions whose consequences are linked to the future of those involved with the entity in which those decisions were defined. Therefore, it is emphasized: one can not rule out any action taken by Public Administration of the possibility of a broad internal and external control, as exalted in the court decision in evidence.

Administration choice is to set priority and hierarchy. Thus, it is not enough simply acting efficiently as mere standards of compliance with functional goals. It will be essential to establish the recognition of consequences applied to administrative decision/determination to assessment of good governance focused on fulfillment of constitutional values.

Therefore, when the legal exercise requires the search for better ways of execution of an attainable public interest, legal system - to a greater or lesser extent, depending on the case - in the economic reason, the way to meet this relevant demand, from a consequentialist impression of law.

Therefore, in achieving best response in actions taken by Public Administration, necessarily, consequentialist constructions will always accompany it. In this context of legal consequentialism, thus, one must consider the effects and consequences of disciplinary decisions in individuals' life and how they will define or influence in the future of the social environment in which they were taken.

⁸ See, as expressed, for example, the following judgment from the Supreme Court: REMEDY FOR a peculiar institute of the Brazilian judicial system, which shares some elements with the Common Law petition for a writ of mandamus; it seeks relief from a violation of a "liquid and certain" right which is threatened by action or inaction of a public entity and can be filed as a stand alone proceeding No. 36,653 - SC (2011/0283828-4) - ADMINISTRATIVE AND CIVIL PROCEDURE. ORDINARY APPEAL. PUBLIC TENDER. OFFICIAL TRAINING COURSE OF THE FIRE DEPARTMENT. CANDIDATE FOR ACCOUNT DELETED CERTAME OF THE ADMINISTRATIVE providing resources OTHER PARTICIPANTS, WHICH HAD BEEN CONSIDERED IN EVALUATION unfit PHYSICAL AND GOT RIGHT TO SUBMIT NEW EVIDENCE. Granting ACT WITHOUT DUE reason. BREACH OF THE PRINCIPLES IMPERSONALITY AND NONINFRINGEMENT.



The main challenge to overcome of this legal aspect is the application of pure economic consequentialist reasoning without going through the axiological filter of the law - especially the values of justice and freedom that interact with law.

Thus, for proper management of public goods, it is imperative to remember that the effects of their decisions are as important as their causes and statement of reasons. Therefore, respect for some basic principles, among others, proportionality, legal certainty and juridicity need to establish improved mechanisms for actions taken by Public Administration.

Also, they bring a minimum shielding so that a possible subsequent control of the administrative decision/determination can transform entire energy used in potential damages for Public Administration, if such administrative action comes to be null from the beginning.

From a practical point of view, a good example of the relevance of responsible consequentialist interpretation of law is the concrete application of principle of proportionality (from verification of necessity, fairness and reasonableness of an administrative choice).

Likewise, not know what can be expected from actions taken by Public Administration, deprived of a minimal predictability of its consequences, it creates a justifiable concern about the definition of what is "fair" or about "adequate and legitimate reasonableness of administrative efficiency"? Certainly.

6 CONCLUSIONS (IT DEPENDS ON A SPATIAL AND TEMPORAL CLIPPING)

Adequacy basically depends on two elements: i) reality check; and ii) procedure for achieving a particular purpose. With legality, it is not different.

The principle of substantial legality of administrative decision/determination can only make sense when faced with possible, viable and available elements of real world in order to establish thus the meaning and scope of this legal principle and, consequently, of the administrative decision/determination itself which accompanies it.

In this context, an adequate feasibility of the broad legality control of the administrative decision/determination , with emphasis on the reasons that determine



their fate, grant an end to time that does not elapse by any system break, when one notes, in conclusion of that suggested functional test, a non- adaptation of the principle of legality to the established constitutional order.

Therefore, the principle of substantial legality must be consistently interpreted applied and executed in order to promote inter-subjective development of state authority involved that enable the legitimate state development, as it represents a key mechanism of verification of failures of administrative decision/determination, through information-finding actions and overcoming of administrative choices. This fact indicates the opening of the content and merits of the administrative decision/determination for an extensive judicial review by Judicial Power, an instrument that protects and promotes the Brazilian legal system.

In this context, one can not ignore the error when the application of legality, or just irrationally punish the administrative mistake. One must respect the time of eventual administrative failure, recording the past and projecting the future for the system development. It is an essential scenario in order that the present eventually deformed to the system is not repeated.

Otherwise, it would be facing a deep and difficult reversal, the universe of an unconstitutional shielding of administrative decision/determination, namely, the removal of a substantial legal review, from its conformation with the values of law under the formal and material perspective. To accept administrative manifestations without any substantial legal review of state executive actions, represents an unforgivable affront to the banal republican principle that sustains the current Brazilian State under the rule of law.

Thus established, some conclusions drawn from the indicated above analysis turned to be relevant:

- a) What's is done is as important as how it is done.
- b) Any exercise of administrative management is subject to accountability from its respective reasoning (or the lack of it).
- c) It is an obligation to take into consideration consequences of the administrative decisions/determinations over time and the control's viability of such consequences.



d) The consequences of poor administrative management go beyond the personal universe of public manager and reach negatively, indistinctly, other persons, rights and assets.

e) The compliance check of structural reasons with the corresponding reality on which these reflect; it is an essential fact to determine the legality and legitimacy of administrative decisions/determinations.

Thus, as stated, one verifies that despite the frequent occurrence of state administrative actions/decisions out of reach of substantial principle of legality, there are some legal effectively mechanisms capable of restoring the rail legality of such state administrative assessments deformed the right.

This is because, activities divorced from indicated substantial legality, or deformed to law values, must be reincorporated into the constitutional legal structure , in respect to its required systemic sustainability, including, aiming at objectification, to the maximum possible, of possibility of investigating administrative decision/determination, with emphasis on administrative content that bring relevant national systemic shock.

So, it is attested that any public decision/determination needs to be under the aegis of the liability and accountability of State action, in accordance with rigid public values in relation to care of what belongs to all and to each one.

One verifies that, in same public vector, the legality of administrative legal review means must observe- in the fullness of its possibilities - what is the best way for the most part of human fundamental and social values may be fulfilled with minimal economic impact on citizen.

That is, it imposes the use of existing legal instruments for human protection and promotion in order to meet the primary sense of the established order from the principle of substantial legality, always in a given space and time frame, in order to take place:

a) the maintenance of legal environmental conditions so that human can be inserted into State;

b) the work for the progress of this and for its personal and intersubjective development;



c) propulsion, organization and State action for a constant service to meet sufficiently renewable wishes of the people.

Thus, it becomes clear that, one must take necessary measures so that State fulfills its fundamental duties, through State action truly focused on the removal of barriers which impede wide state control, as an agent who acts on behalf of the people and for the people.

Otherwise, accepting the increased restrictions on constitutionally protected fundamental rights, it is certain that in the near time, one will no longer be able even to claim that the future is a setback of historic democratic and republican achievements expressed in Citizen Constitution.

Thus, the aim was to demonstrate that there are state instruments to do good - for good - there are, or may be created specifically from realization of substantial legality. Desideratum as desired and justifier of existence, of maintenance, of legitimation and especially of popular belief in a State intervention- a fact that keeps it with management capacity of what is public, essential for proper state administrative actions.

Thus, it is expected that the pleas suggested in this study may be added to public will to develop and facilitate the development of all those who compose concatenated and harmonious system of people and ideas oriented to renewal of the commonwealth and achievement of public interest, as a product of aspirations of different nation's wills, in the communion of fairness and proportionate State.

In this context, it is expected that man-citizen receives sufficient state intervention in his life - not too much, either insufficient, but necessary for his promotion as main character of the Republic - in which the state figure proportionally responsible and accountable is inserted, through materialization of substantial legality which brings constantly a better tomorrow for its participants.

7 REFERENCES

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOSELNANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança**. (trad.) Phillip Gil França. São Paulo: RT-Thomson Reuters, 2015.



- CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. I. São Paulo: RT, 2014.
- FORSTHOFF, Ernest. Die Bindung an Esetz und Recht (art. 20 abs GG). Strukturanalytische Bemerkungen zum Uebergang vom Rechtsstaat zum Justizstaat, DÖV, 1959. p. 41 e ss. apud OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública, o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 15.
- FRANÇA, R. Limongi. **Princípios Gerais do Direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de. Atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 139, p. 22-30. Rio de Janeiro: jan./mar., 1980.
- OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública, o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007.
- TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **O dever de fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1992.



A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA A PARTIR DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO¹

THE BRAZILIAN ECONOMIC ORDER IN THE PARADIGM OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW STATE

Rafael Sampaio Rocha²

Resumo

A história demonstra que a forma de atuação do Estado no domínio econômico tem variado de acordo com o regime jurídico por ele adotado, o qual, por sua vez, tem sido determinado com base nos modelos de como a sociedade, num determinado período, compreende os princípios constitucionais e o sistema de direitos (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 52-54): os chamados paradigmas de direito. A partir da análise da conceituação de paradigma e das principais características que qualificam os três principais modelos divulgados ao longo da história moderna, quais sejam, o do Estado liberal, o do Estado social e o do Estado democrático de direito, o presente estudo terá como objeto situar a realidade brasileira contemporânea em relação ao paradigma que a tem influenciado, indicando e analisando os objetivos, os fundamentos e os princípios que regem a Ordem Econômica prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Palavras-chave: Paradigma. Estado democrático de direito. Ordem econômica. Princípios.

Abstract

History shows that the form of State action in the economic sphere has varied in accordance with the legal regime adopted, which in its turn has been determined based on models of how society, in a determined period, comprehends constitutional principles and the legal system: the so called legal paradigms. By the analysis of the concept of paradigm and the main characteristics that qualify the three main models divulged throughout modern history, the present study will have as object the description of contemporary Brazilian reality in relation to the paradigm that influences it, indicating and analyzing the objectives, foundations and principles that guide the economic order stated in the Brazilian Federal Constitution of 1988.

Keywords: Paradigm. Democratic State. Rule of law. Economic order. Principles.

Sumário 1. Introdução. 2. O que é um paradigma? 3. Os paradigmas do Estado de Direito. 4. A ordem econômica brasileira vista a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito. 5. Considerações finais. 6. Referências.

¹ Artigo recebido em: 25/04/2015. Pareceres emitidos em 24/05/2015, 26/05/2015 e 10/06/2015. Aprovação comunicada em 24/07/2015.

² Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Fortaleza, Ceará, Brasil. E-mail: <rafael.rocha@ufc.br>



1 INTRODUÇÃO

O artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra como conceito-chave do regime por ela adotado o Estado democrático de direito, expressão comumente apregoada de forma restrita, não traduzindo sua real definição, visto que, como bem destaca José Afonso da Silva,

não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário da transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito*, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando (SILVA, 2005, p. 119).

Neste sentido, e para uma melhor compreensão acerca das consequências advindas da utilização do conceito de Estado democrático de direito para caracterizar o regime jurídico adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente no que se refere às formas de atuação estatal no domínio econômico, destaca-se que a história tem demonstrado que estas formas de atuação variam de acordo com o regime jurídico adotado pelo Estado. Este regime jurídico, por sua vez, tem sido determinado com base nos modelos de como a sociedade, num determinado período, compreende os princípios constitucionais e o sistema de direitos (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 52-54): os chamados paradigmas de direito.

A partir da análise da conceituação de paradigma e das principais características que qualificam os três grandes modelos divulgados ao longo da história moderna, quais sejam, o do Estado liberal, o do Estado social e o do Estado democrático de direito, o presente estudo terá como objeto situar a realidade brasileira contemporânea em relação ao paradigma que a tem influenciado, indicando e analisando os objetivos, os fundamentos e os princípios que regem a Ordem Econômica prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.



2 O QUE É UM PARADIGMA?

Para melhor compreender o real sentido de um paradigma e a forma pela qual este conceito fora introduzido na discussão epistemológica contemporânea, necessária se faz a análise, ainda que perfunctória, da concepção de paradigma construída por Thomas Kuhn. Em sua obra traduzida para o português sob o título “A estrutura das revoluções científicas” (KUHN, 1998), Kuhn trouxe à tona o uso do conceito de paradigma aplicado ao desenvolvimento das ciências.

Antigamente, acreditava-se que a ciência progredia de forma contínua, por melhoramentos consecutivos que iam sendo adicionados por sucessivos cientistas. Kuhn, no entanto, defendeu que os grandes progressos da ciência não resultam de mecanismos de continuidade, mas, sim, de mecanismos de ruptura. Para ele, uma ciência que evolui de forma contínua atravessa uma etapa do seu desenvolvimento em que se considera constituir algo que ele denominava de “Ciência Normal”.

A ciência normal, atividade que consiste em solucionar quebra-cabeças, é um empreendimento altamente cumulativo, extremamente bem sucedido no que toca ao seu objetivo, a ampliação contínua do alcance e da precisão do conhecimento científico. Em todos esses aspectos, ela se adequa com grande precisão à imagem habitual do trabalho científico. Contudo, falta aqui um produto comum do empreendimento científico. A ciência normal não se propõe descobrir novidades no terreno dos fatos ou da teoria; quando é bem sucedida, não as encontra. Entretanto, fenômenos novos [...] são periodicamente descobertos pela pesquisa científica; cientistas têm constantemente inventado teorias radicalmente novas. O exame histórico nos sugere que o empreendimento científico desenvolveu uma técnica particularmente eficiente na produção de surpresas dessa natureza (KUHN, 1998, p. 77).

Em um dado momento, alguns dos praticantes dessa ciência começam a descobrir contradições internas, e chegam à conclusão de que a forma de ver o mundo em que essa ciência de baseia não é mais adequada. Começam a descobrir que o mundo deveria ser visto de uma outra perspectiva. Às diversas formas de ver o mundo, Kuhn chamou de “paradigmas”, que, para ele, seriam “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. (KUHN, 1998, p. 13).



Os paradigmas são, portanto, os pressupostos das ciências. A prática científica ao fomentar leis, teorias, explicações e aplicações criam modelos que fomentam as tradições científicas. Quando alguém descobre um paradigma distinto, sobre o qual é possível basear o desenvolvimento de uma ciência, Kuhn afirma que esta é, durante esse período, uma “Ciência Revolucionária”. Para esse estudioso, a transição para um novo paradigma seria uma revolução científica, e os grandes progressos de uma ciência só acontecem quando os seus próprios paradigmas são desafiados e substituídos por novos.

A transição de um paradigma em crise para um novo do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações. Durante o período de transição haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo antigo paradigma e os que podem ser resolvidos pelo novo. Haverá igualmente uma diferença decisiva no tocante aos modos de solucionar os problemas. [...] Outros que atentaram para esse aspecto do avanço científico enfatizaram sua semelhança com uma mudança na forma visual: as marcas no papel, que primeiramente foram vistas como um pássaro, são agora vistas como um antílope ou vice-versa (KUHN, 1998, p. 116).

O conceito de paradigma tornou-se muito popular a partir das propostas de Kuhn, e, hoje, significa uma maneira de ver a realidade. Trata-se de um conceito particularmente importante para compreender, não apenas a ciência, mas a própria vida em sociedade.

Para Menelick de Carvalho Netto, o conceito de paradigma apresenta um duplo aspecto. De um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo de rupturas e/ou, que se verifica mediante rupturas, por meio "da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões-de-mundo, [...] que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo" (CARVALHO NETTO, 1999, p. 476). Por outro lado, observa que "também padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresentem essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em



determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados" (CARVALHO NETTO, 1999, p. 476).

Utilizando a concepção de paradigma para a ciência jurídica, J. Habermas assevera que paradigmas de direito “são as visões exemplares de uma comunidade jurídica que considera como o mesmo sistema de direitos e princípios constitucionais podem ser realizados no contexto percebido de uma dada sociedade” (HABERMAS, 2003, p. 123). Para ele, “um paradigma de direito delinea um modelo de sociedade contemporânea para explicar como direitos e princípios constitucionais devem ser concebidos e implementados para que cumpram naquele dado contexto as funções normativamente a eles atribuídas” (HABERMAS, 1996, p. 194-195. Apud., CATTONI, 2002, p. 54).

Realizada essa breve análise acerca da conceituação de paradigma, para uma melhor compreensão acerca das consequências advindas da utilização do conceito de Estado democrático de direito para caracterizar o regime jurídico adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, faz-se mister estudar as principais características que qualificam os três grandes modelos de Estado de direito divulgados ao longo da história moderna, quais sejam, o do Estado liberal, o do Estado social, e, por fim, o do Estado democrático de direito.

3 OS PARADIGMAS DO ESTADO DE DIREITO

3.1 Principais características do paradigma do Estado liberal

Embora alguns estudiosos considerem a Magna Carta de 1215 como o embrião do constitucionalismo, o constitucionalismo moderno surge, de fato, em meados do século XVIII, a partir das chamadas revoluções burguesas, em especial a Revolução Inglesa (1688) e a Revolução Francesa (1789), tendo como marcos as bases teóricas de Locke (1998) e Montesquieu (1996).

Até então, no período pré-moderno/medieval, religião, direito, moral e tradição se confundiam, formando um verdadeiro amálgama normativo, no qual o direito



funcionaria como instrumento consagrador de privilégios, e não como ordenamento jurídico integrado por normas gerais e abstratas válidas para todos.

Em regra, as constituições trouxeram dois elementos inovadores para a ordem jurídico-positiva existente no século XVIII: a limitação do poder e a previsão de direitos; previsões estas claramente liberais, em oposição ao absolutismo que vigia na maioria dos Estados ocidentais.

No contexto do Estado Liberal, a Constituição tinha como mandamentos essenciais a valorização da liberdade individual; a garantia e proteção da propriedade privada; declaração de direitos individuais para todas as classes (para as menos favorecidas, os direitos concedidos foram assegurados apenas de maneira formal); e previsão de separação dos poderes.

Nesse primeiro momento, o constitucionalismo liberal era incompatível até mesmo com a ideia de democracia, assim considerada por meio da tomada de decisões a partir da vontade do povo, haja vista não ter havido, nesse momento inicial, pleito para voto universal e garantia da manifestação de vontade popular efetiva.

Em linhas gerais, as principais características que podem ser atribuídas ao paradigma do Estado liberal de direito são as seguintes:

- a) Divisão bem evidente entre o que seria público (cidadania, segurança jurídica, representação política etc.) e privado (vida, liberdade, individualidade familiar, propriedade etc.);
- b) Difusão da ideia de direitos fundamentais de 1ª geração/dimensão: liberdade, direitos civis e políticos;
- c) Separação dos poderes – “check and balances”;
- d) Império das leis (segurança jurídica) – prevalência do Poder Legislativo;
- e) Constituição como instrumento de governo utilizado como limitação do poder político;
- f) Direitos assegurados apenas formalmente. Para Paulo Bonavides, essa característica assegurava uma vantagem demagógica para a burguesia dominante, dada a completa ausência de condições materiais que permitissem às massas transpor as restrições do sufrágio, e, assim, concorrer ostensivamente à formação da vontade estatal. Permitia aos



burgueses falar ilusoriamente em nome de toda a sociedade (BONAVIDES, 1996, p. 44);

- g) Liberalismo econômico: Estado intervindo o mínimo possível;
- h) Direito como sistema normativo de regras gerais e abstratas a serem aplicadas subsumidas automaticamente ao fato. Poder Judiciário em uma evidenciada posição subalterna perante o Poder Legislativo, limitando-se a uma atividade mecânica, ou seja, em ser apenas, para Montesquieu, “la bouche de la loi”; e,
- i) Poder Executivo com a tarefa de implementar o Direito, “garantindo a certeza e a segurança jurídicas e sociais, internas e externas, na paz e na guerra” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 57).

Em suma, no paradigma do Estado liberal de direito, prevalecia a liberdade de todos (apenas formalmente), ou seja, todos deveriam ser livres, proprietários e iguais, em um sistema alicerçado no império das leis, na separação de poderes e no enunciado dos direitos e garantias individuais, e, no campo econômico, o Estado deveria interferir o mínimo possível.

A exploração do homem pelo homem, retratada pelo fato de a condição humana não ter melhorado em relação à noção pré-moderna, haja vista que o exercício das liberdades e igualdades formais favoreceram apenas a classe burguesa, aliada ao surgimento de idéias socialistas, comunistas e anarquistas, bem como à luta pelos direitos coletivos e sociais são tidas como principais causas da crise que levou à ruptura desse paradigma (CARVALHO NETTO, 1999, p. 478). O maior erro do paradigma jurídico liberal foi o de reduzir a justiça a uma distribuição igual de direitos, isto é, em assimilar direitos a bens que podem ser possuídos e distribuídos (NICÁCIO; OLIVEIRA, 2002, p. 60-61).

3.2 Principais características do paradigma do Estado social

A partir das reivindicações operárias, que começam a se organizar após ser constatada a inexistência de direitos efetivos para essa parcela da população, dá-se início à crise da sociedade liberal, que, aliada à Primeira Guerra Mundial, fez emergir



o chamado constitucionalismo social, tendo como marcos iniciais as Constituições do México (1917) e de Weimar, na Alemanha (1919).

Após o fim da Primeira Guerra Mundial, a Sociedade passou a se dividir em sociedade civil e Estado. No lugar de uma sociedade composta por proprietários, organizados por um Estado não intervencionista, surge uma sociedade marcada pelo conflito das diversas camadas sociais, cada uma buscando o atendimento de seus interesses.

Com base nesse paradigma social, o Estado passa a intervir na economia, garantindo uma artificial livre concorrência que ocasiona desigualdades compensadas por prestações estatais de serviços e pela concessão de direitos sociais (ALVES, 2012, p.135), tendo como destaque as seguintes características:

- a) Surgimento dos direitos de 2ª geração/dimensão: direitos sociais, culturais, coletivos, etc.;
- b) Releitura dos direitos de 1ª geração/dimensão: a liberdade com limite de um mínimo material de igualdade, embora ainda primordialmente formal;
- c) Revisitação da separação dos poderes:
 - Poder Executivo: intervenção direta e imediata na economia e na sociedade civil, em nome do interesse coletivo, público, social ou nacional;
 - Poder Legislativo: acréscimo da função de controle/fiscalização;
 - Poder Judiciário: Direito como sistema de regras e princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais, bem como de programas e fins, realizáveis no limite do possível (normas meramente programáticas);
- d) Autonomia pública prevalecendo sobre a autonomia privada, assumindo o Estado uma função paternalista e protetiva;
- e) Cidadãos como “clientes” do Estado: proposta de bem-estar, intervindo na economia através de ações diretas e indiretas, que implica uma manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, bem como tentando compensar as desigualdades sociais através da prestação estatal de serviços e concessão de direitos sociais;



O clientelismo típico do Estado social estabeleceu burocratização das iniciativas públicas, que, por sua vez, impossibilitou ao cidadão perquirir seus próprios anseios em face de uma criada “dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas” (BONAVIDES, 2004, p. 200).

No Estado social, o direito passou a ser encarado como sistema de regras e princípios otimizáveis, encerrando objetivos a serem realizáveis, mas ainda permanece o caráter meramente formal dessas modificações. Dito isto, o Estado Social, em função da ausência de mecanismos para garantir efetividade de tais propostas, não conseguiu implementá-las, nem realizar a democratização econômica e social esperada, tampouco impediu a ocorrência de duas guerras mundiais, passando por uma crise de legitimação (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 59).

3.3 Principais características do paradigma do Estado democrático de direito

Com a distância entre os objetivos pretendidos pelo Estado social e a sua real implementação, surge a necessidade de reação diante de um paradigma que, fundado na premissa de um Estado monopolizador, entrou em uma crise de legitimidade. E, no que tange à questão da legitimidade do direito, J. Habermas afirma que

Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-origenárias; ao mesmo tempo, porém, ela deve a sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão do direito consiste nisso. Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regulação social através do direito, ao invés de reconstruir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexos existente entre formas de comunicação que, ao emergirem, garantem a autonomia pública e privada (HABERMAS, 2003, p. 147).

Ainda no que se refere à legitimidade do direito, Vinícius Lott Thibau assevera:

(...) o Estado Democrático de Direito visa corrigir as distorções concernentes à legitimidade do Direito havidas nos paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social, uma vez que esses paradigmas cingem-se a disputar a hegemonia na determinação dos pressupostos fáticos para o



status de pessoas do direito e seu papel de destinatárias da ordem jurídica (THIBAU, 2008, p. 340).

Diante da crise de legitimidade do Estado social, após a Segunda Guerra Mundial, tem-se a denominada “reconstitucionalização” da Europa continental, especialmente na Alemanha (Constituição alemã – Lei Fundamental de Bonn, de 1949, bem como a instalação do Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1951) e Itália (Constituição italiana, de 1947 e criação da Corte Constitucional Italiana em 1956), marcada pela construção de um novo paradigma jurídico-constitucional denominado neoconstitucionalismo, uma fecunda produção teórica e jurisprudencial que fez ascender cientificamente o direito constitucional.

No decorrer da década de 70 (setenta), foi a vez de Portugal e Espanha transcenderem os horizontes do direito constitucional, adicionando valor e estudos à nova tendência do Constitucionalismo.

No Brasil, por sua vez, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi a grande propulsora da nova vertente do direito constitucional. Pode-se afirmar que, com a promulgação da carta Constitucional de 1988, ocorreu a transição de um Estado opressivo, totalitário, ditatorial para um Estado democrático de direito, no qual impera a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a moral, a ética, a liberdade, o equilíbrio e a valorização humana.

O Neoconstitucionalismo abriga a noção de um constitucionalismo calcado na efetivação dos direitos fundamentais e na concreção do princípio da dignidade da pessoa humana, buscando para tanto a equidade, o equilíbrio, a justiça solidária e fraternal dentro da sociedade, sob um viés democrático, em detrimento dos aspectos meramente formais do Estado Social.

A teoria neoconstitucional distingue o Estado constitucional em um conceito formal e outro material. O conceito formal compreende a enumeração dos direitos humanos dentro da constituição, já o conceito material consiste no entendimento de que as constituições têm como função essencial serem objetos de interpretação do ordenamento jurídico, além de conceder força jurisdicional aos direitos nela elencados (GUATINI, 2003).

Sobre o tema, Roberto Viciano Pastor afirma que:



O neoconstitucionalismo, a partir desse ponto de vista, é uma teoria do Direito, e não, propriamente, uma teoria da Constituição. Seu Fundamento é a análise da dimensão positiva da Constituição, para o qual não é necessária a análise da legitimidade democrática e da fórmula através da qual a vontade constituinte se translada à vontade constituída. (VICIANO; MARTÍNEZ, 2010, p. 17).

Nesse sentido, a constituição traz o conceito de democracia relacionado à legitimidade da representação dos seus governantes bem como do processo formal do exercício do seu poder. Com isso, a constituição em si, como instrumento que traduz o fenômeno político para o jurídico, não se confunde com democracia, mas acaba por convertê-la em direito, mesmo que limitado a uma participação popular indireta no governo. (TAVARES; FREITAS, 2013).

Diante das considerações até aqui formuladas, é possível afirmar que o neoconstitucionalismo surgiu como forma de explicar o direito posto dentro do novo paradigma do Estado democrático de direito, marcado pela prevalência teórica da representatividade democrática.

As principais características do paradigma do Estado democrático de direito podem ser assim sintetizadas:

- a) O Estado passa a ser questionado e fiscalizado a partir da organização da sociedade civil (direito participativo);
- b) Garantias mínimas de que a atuação estatal (principalmente no âmbito jurisdicional) atingirá os indivíduos em seus direitos fundamentais;
- c) Redefinição da esfera pública e privada em um modelo revisável e argumentativo. Estado democrático de direito a partir da relação complementar entre a autonomia pública e a privada;
- d) Surgimento dos direitos de 3ª geração/dimensão: direitos e interesses difusos;
- e) Releitura dos direitos e 1ª e 2ª gerações/dimensões: retomados como direitos de participação no debate público e revestidos de conotação processual (direito participativo, pluralista e aberto);
- f) Separação dos Poderes com nova roupagem: ampliação da participação do Poder Judiciário na concretização do Estado



- Democrático de Direito, a ele competindo viabilizar a promoção da legitimação do Estado democrático pelo procedimento da cidadania;
- g) Incremento quanto à postura do juiz em relação à interpretação do texto normativo e dos elementos fáticos, que integram necessariamente o processo de densificação normativa ou de aplicação do direito;
 - h) Reconstrução da relação entre direito e moral, enquanto conceitos complementares, e não excludentes;
 - i) Os princípios ganham um novo patamar (operação ativa) que busca permitir encontrar, para as demandas complexas (“hard cases”), uma solução de compromisso do Direito;
 - j) O texto constitucional não pode ser visto como portador de soluções prontas para todos os problemas. “Seu texto é como uma obra aberta; ao ser interpretado, atribui-se-lhe a significação requerida no presente, levando em conta a Constituição em seu sentido empírico” (GUERRA FILHO, 2001, p. 144);
 - k) Crise da tese formalista/normativista de Kelsen: a moldura normativa sempre deixará margem à ampla atuação do intérprete, o que pode levar a excessos;
 - l) Papel do juiz: reforçar a crença da legalidade (segurança jurídica) com garantia de sentimento de justiça realizada, e adequação da decisão às particularidades do caso concreto;
 - m) Princípios: contrariedade sem contraditoriedade, permitindo a construção de soluções adequadas para demandas complexas, a partir da sensibilidade do juiz – senso de adequabilidade (GÜNTER, 1993).

Destaque-se que, no paradigma constitucional do Estado democrático de direito, requer-se do Poder Judiciário a prolação de decisões que, “ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras construtivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto” (CARVALHO NETTO, 1999, p. 482).



4 A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA VISTA A PARTIR DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

4.1 Conceitos de ordem jurídica, ordem econômica e constituição econômica

De início, convém a ressaltar a diferença conceitual entre ordem jurídica, ordem econômica e constituição econômica.

Como bem assevera Fabiano Del Masso, “a ordem jurídica consiste na criação metódica de princípios e normas de natureza geral que regulam a vida em sociedade, sempre tendo como parâmetros alguns efeitos ou resultados a serem alcançados” (MASSO, 2013, p. 45).

Para Eros Grau, a ordem econômica, ainda que se oponha à ordem jurídica, é usada para referir-se a uma parcela da ordem jurídica, que compõe um sistema de princípios e regras, compreendendo uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica e uma ordem social (GRAU, 2004, p. 51).

Segundo André Ramos Tavares, que também considera a ordem econômica como parcela da ordem jurídica da economia, a ordem econômica consiste na “expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que confronta um sistema econômico” (TAVARES, 2006, p. 81).

Já Vital Moreira, entende ter a ordem econômica diversos sentidos:

- em um primeiro sentido, "ordem econômica" é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou a normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e matérias, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato;
- em um segundo sentido, "ordem econômica" é expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica;



- em um terceiro sentido, "ordem econômica" significa ordem jurídica da economia (MOREIRA, 1974. Apud GRAU, 2004, p. 57-58).

Impende destacar que a expressão "ordem econômica" adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições dos Estados passaram a discipliná-la sistematicamente, fato este que se iniciou com a Constituição do México de 31 de janeiro 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 11 de agosto de 1919. No Brasil, através da Constituição de 16 de julho 1934.

Assim, nasce o conceito de constituição econômica, que, para Vital Moreira,

(...) é pois, o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta (MOREIRA, 1974. Apud TAVARES, 2006, p. 75).

Neste sentido, com a constituição econômica, a ordem econômica assumiria uma feição jurídica. Já Eros Grau entende que as constituições econômicas não ensejaram na verdade a constitucionalização da ordem econômica, haja vista que "a ordem econômica, parcela da ordem jurídica, aparece como uma inovação deste século, produto da substituição da ordem jurídica liberal por uma ordem jurídica intervencionista" (GRAU, 2004, p. 62). Com isso, pode-se afirmar que a aparente ausência de normas econômicas em cartas políticas anteriores não significa a inexistência de uma constituição econômica, tampouco de uma ordem econômica.

4.2 A ordem econômica brasileira na Constituição Federal de 1988: características gerais

Com o intuito de situar o leitor no contexto de atuação do Estado na ordem econômica, segundo o paradigma do Estado democrático de direito que alicerça a Constituição Federal de 1988, convém destacar o posicionamento do Ministro Marco Aurélio, proferido em seu voto nos autos da ação de descumprimento de preceito fundamental – ADPF n.º 46-7/DF, que tratou sobre exclusividade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT nos serviços postais:



Acontece que esse paradigma de Estado interventor, parâmetro para as Constituições brasileiras, de 1934 até o texto primitivo da Constituição de 1988, vem sendo alvo de duras e acertadas críticas, porquanto a experiência demonstrou a existência de um Estado ineficiente, paternalista, incompetente ao não atender com presteza à demanda dos cidadãos, causador de vultosos endividamentos públicos, em Estado esbanjador, incapaz de investir nas demandas sociais mais urgentes – transporte, habitação, saúde, educação, segurança pública, levando o indivíduo a sentir-se sufocado e cativo nas mãos do Estado-pai e, ao mesmo tempo, achar-se no direito de eternamente ficar clamando do Estado a resposta a todo e qualquer anseio. (...) No Brasil, a situação não foi diferente: vivenciamos um momento de reforma no Estado, impulsionado por inúmeros fatores, como a economia globalizada – o Estado enfraquecido em relação ao poder indutor, a exaustão financeira, a ausência de condições para o desenvolvimento de atividades econômicas, a conveniência de se ter a desestatização de empresas. Fez-se e faz-se ainda necessária a devolução das atividades que ainda são prestadas pelo Poder Público à iniciativa privada. (...) A retirada do Estado da prestação direta de tais atividades não significou uma redução do intervencionismo. Ao contrário, fez com que o Poder Público ficasse mais atento ao cumprimento da missão fiscalizatória, por meio de entes desprovidos de subordinação, com autonomia perante as ingerências políticas, com funções técnicas delimitadas, para que a prestação de serviços essenciais à população não ficasse submetida apenas à decisão das empresas privadas, mas fosse realizada de acordo com o cumprimento de regras previamente delimitadas pelo Poder Público.

Embora tenha sido voto vencido no julgamento da referida ADPF, especialmente em razão de fatores outros, tais como a diferenciação conceitual entendida pelos demais ministros entre “monopólio” e “privilégio” na prestação de serviços, tendo prevalecido para o caso em análise a adoção deste último conceito, o trecho em destaque reflete bem o contexto brasileiro de atuação do Estado no domínio econômico fundada no paradigma do Estado democrático de direito.

A ordem econômica na Constituição Federal de 1988 institui um sistema econômico nacional com base em uma economia descentralizada, voltando o papel do mercado a representar importante controle da atividade econômica. A ordem social não é mais tratada em conjunto com a ordem econômica, que, agora, encontra-se disposta junto com a ordem financeira, rompendo assim com o paradigma anterior.

As bases de sustentação da ordem econômica são a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, esta última limitando a primeira. E a sua finalidade é garantir a todos uma existência digna, que, por sua vez, será concretizada quando o objetivo da justiça social for alcançado.

Tendo em vista o sustentáculo neoconstitucional que fundamenta o paradigma do Estado democrático de direito, a ordem econômica deve ser objeto de



uma interpretação dinâmica, adequando-se às mudanças da realidade social, prestando-se, ademais, a instrumentá-las, por meio da preponderância dos princípios.

Corroborando o exposto tópico, convém transcrever o disposto no *caput* e nos incisos do artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

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.

4.3 Os fundamentos da ordem econômica brasileira na Constituição Federal de 1988

4.3.1 Valorização do trabalho humano

A valorização do trabalho humano é também fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos no art. 1º, inc. IV da CF/88, levando-nos a crer que a valorização do trabalho é um princípio.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a valorização do trabalho é princípio sublinhado pelo constituinte dentro da linha firmada pela doutrina social da igreja, como sendo um valor cristão (FERREIRA FILHO, 2007, p. 361).

Já Nagib Slaib Filho, assevera ser inegável que o trabalho diz respeito ao fator social da produção, “porém ele está muito além da necessidade econômica de suprir as necessidades materiais – é uma necessidade, inerente à natureza humana e ao instituto da auto preservação e progresso pessoal” (SLAIB FILHO, 2006, p. 702).



José Afonso da Silva, por seu turno, alerta que nossa ordem econômica embora de natureza capitalista que “dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado” (SILVA, 2005, p. 788).

4.3.2 Livre iniciativa

A livre iniciativa, como segundo fundamento da ordem econômica também é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. IV da CF/88), configurando-se como um princípio que garante a liberdade de empreender.

Como bem destaca Modesto Carvalhosa, conceitua-se a iniciativa econômica privada como direito subjetivo dos residentes de, preferencialmente, organizarem e exercitarem qualquer modo de atividade econômica voltada à obtenção de um rendimento capital (CARVALHOSA, 1972, p. 116).

Salienta André Ramos Tavares que o postulado da livre iniciativa tem uma conotação normativa positivada (liberdade a qualquer pessoa) e um viés negativo (imposição da não-intervenção estatal) (TAVARES, 2006, p. 83).

Eros Roberto Grau sustenta que a liberdade de iniciativa não se identifica apenas com a liberdade de empresa, pois ela abrange todas as formas de produção individuais ou coletivas, dando ensejo às iniciativas privada, cooperativa, autogestionária e pública (GRAU, 2004, p. 186-187).

4.4 Os objetivos da ordem econômica brasileira na Constituição Federal de 1988

4.4.1 Existência digna

Existência digna é um objetivo da ordem econômica brasileira, destacando-se que o art. 1º, inc. III, da CF/88, aponta também a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

Para José Afonso da Silva,



Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido de dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invoca-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação o desenvolvimento da pessoa e o seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2005, p. 139).

4.4.2 Justiça social

O ditame da justiça social refere-se à participação ampla nos resultados da atividade econômica que deve garantir, inclusive, um nível de vida que proporcione o melhor acesso possível aos bens produzidos.

Segundo assinala Eros Roberto Grau,

Justiça social, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixar de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista (GRAU, 2004, p. 208).

A busca da justiça social deve considerar de antemão que o desenvolvimento econômico não indica necessariamente o desenvolvimento social. Assim, cabe ao Estado fomentar o desenvolvimento econômico cujos frutos são aproveitados socialmente de forma justa, ou seja, o resultado do sucesso econômico deve ser compartilhado pela sociedade de uma forma geral.

4.5 Os princípios da ordem econômica brasileira na Constituição Federal de 1988

Para que ordem econômica, cujos fundamentos são a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, e que objetiva assegurar a todos existência digna,



conforme os ditames da justiça social, deverão ser observados os princípios indicados nos incisos do art. 170 da Constituição de República Federativa do Brasil de 1988, os quais serão brevemente caracterizados a seguir.

4.5.1 Soberania nacional

Constitui também um fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. I da CF/88), e, entre nós, figura-se como um dos elementos constitutivos do Estado, sendo seu elemento formal que implica em supremacia na ordem interna e independência na ordem externa.

Sua inserção na ordem econômica diz respeito à formação de um capitalismo nacional autônomo e sem ingerências, o que não se supõe o isolamento econômico perante as demais nações, especialmente em face no contexto contemporâneo da globalização. José Afonso da Silva assevera que a soberania nacional econômica, nos traz a noção de que “o constituinte de 1988 não rompeu com o sistema capitalista, mas quis que se formasse um capitalismo nacional autônomo, isto é, não dependente” (SILVA, 2005, p. 792).

4.5.2 Propriedade privada e função social da propriedade

No art. 5º, incs. XXII e XXIII, da CF/88 existem normas idênticas, além de vários outros dispositivos constitucionais que tratam a propriedade é tratada como direito individual. Segundo Eros Roberto Grau tal entendimento constitui uma imprecisão, pois existe distinção entre “função individual”, justificada na garantia de subsistência do indivíduo e de sua família, e “função social”, justificada pelos seus fins, seus serviços, sua função da propriedade (GRAU, 2004, p. 216).

Assim, deve-se ter em mente que a propriedade privada sob a ótica de princípio da ordem econômica é aquela que se insere no processo produtivo, envolvendo basicamente a propriedade dos bens de consumo e dos bens de produção.

Quanto aos bens de consumo, ou seja, aqueles que são consumidos no mercado a satisfazem as necessidades humanas, para José Afonso da Silva, estes



“são imprescindíveis à própria existência digna das pessoas, e não constituem nunca instrumentos de opressão, pois satisfazem necessidades diretamente” (SILVA, 2005, p. 812-813).

Já quanto os bens de produção, ou seja, aqueles que irão gerar outros bens ou rendas, para Eros Roberto Grau, é sobre eles incidindo “que se realiza a função social da propriedade. Por isso se expressa, em regra, já que os bens de produção são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, como função social da empresa” (GRAU, 2004, p. 216).

Eros Roberto Grau também menciona que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário, ou a quem detenha o controle da empresa, o dever de exercê-lo em benefício de outrem, e não apenas de não o exercer em prejuízo de outrem. Assim, este princípio impõe um comportamento positivo, prestação de fazer e não meramente de não fazer aos detentores do poder que deflui a propriedade, ele integra o conceito jurídico positivo da propriedade (GRAU, 2004, p. 222-223).

4.5.3 Livre concorrência

Para grande parte dos doutrinadores, a livre concorrência é um desdobramento da livre iniciativa. Seguindo esta posição, Eros Roberto grau a define como sendo um “livre jogo das forças do mercado, na disputa de clientela” (GRAU, 2004, p. 193).

André Ramos Tavares define o princípio da livre concorrência como sendo “a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social” (TAVARES, 2006, p. 83).

4.5.4 Defesa do consumidor

Para Eros Grau, a defesa do consumidor, ao considerar categorias não ortodoxas de interesses – difusos, coletivos, individuais homogêneos – “carrega em si a virtude capitalista de, ao institucionalizá-los, promover a otimização dos interesses do trabalho” (GRAU, 2004, p. 194).



Em regra, protege-se aquele que se encontra em uma posição de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo;

Não configuração das medidas voltadas à defesa do consumidor como meras expressões da ordem pública. Sua promoção depende da implementação de normas e medidas de caráter interventivo.

Hoje, o consumidor é protegido por um conjunto de regras que tipificam os direitos e garantias do destinatário final das mercadorias e serviços. A criação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) é considerada uma das maiores evoluções no direito pátrio para a consecução da existência digna.

4.5.5 Defesa do meio ambiente

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nesse tópico, dá vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais, baseadas no argumento obscurantista segundo o qual as preocupações com o meio ambiente envolvem proposta de “retorno à barbárie”. O artigo 225 nesse ponto é bastante avançado.

O princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego, e constitui instrumento necessário à realização da finalidade de assegurar a todos existência digna. Nutre, ademais, os ditames da justiça social, ao garantir que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo.

O Estado deve regular a exploração econômica tendo a defesa do meio ambiente como uma das mais importantes formas de desenvolvimento social, principalmente ao tratar dos recursos naturais esgotáveis.

Como bem assevera Eros Grau,

Ainda que isso não chegue a ser surpreendente, é notável o fato de ter a sociedade brasileira logrado a obtenção das conquistas sociais – que de conquistas sociais verdadeiramente se trata – ao menos a nível formal, da Constituição, consagrados. Explico-me: embora a crítica de utilização do fator trabalho no processo econômico capitalista seja centenária, ainda não foi desenvolvida, no campo teórico, de modo completo, a crítica da utilização, naquele processo, do fator recursos naturais. Daí porque a efetividade, ainda



que formal, dessas conquistas é proporcionalmente maior do que aquelas que se poderia presumir da afirmação da “valorização do trabalho humano” (GRAU, 2004, p. 196).

4.5.6 Redução das desigualdades regionais e sociais

Previsto como um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF/88), tem como mandamento o desenvolvimento equilibrado das regiões brasileiras, e se dirige ao Poder Público, que identificará as regiões e criará as políticas de desenvolvimento econômico.

A própria Constituição Federal de 1988 possui institutos com essa finalidade: modelo cooperativo de federalismo, fundos de participação, planejamento e criação de regiões administrativas.

4.5.7 Busca do pleno emprego

Em outros termos, é a expansão das oportunidades de emprego produtivo. “Expansão das oportunidades de emprego produtivo” e “pleno emprego” são expressões que conotam o ideal keynesiano de emprego pleno de todos os recursos e fatores da produção. O princípio informa o conteúdo ativo do princípio da função social da propriedade.

A propriedade dotada de função social obriga o proprietário ao exercício desse direito-função/poder-dever para que se realize o pleno emprego, e consubstancia uma garantia ao trabalhador, uma vez que vinculado ao princípio da valorização do trabalho humano.

Do caráter conformador do princípio, decorre vedação à implementação de políticas públicas recessivas. Uma política econômica que conduz, cientemente, à retração na oferta de empregos implica frontal contradição a este princípio, que subordina a ordem econômica e social à expansão das oportunidades de emprego produtivo.



4.5.8 Tratamento favorecido às empresas de pequeno porte

Ao contrário do que possa, de início, parecer, não se trata de regra contrária à livre concorrência. Este tratamento favorecido visa a proteger os organismos que possuem menores condições de competitividade em relação às grandes empresas e conglomerados, para que, dessa forma, efetive-se a liberdade de concorrência e de iniciativa.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “numa era de gigantismo empresarial, a sobrevivência das empresas de pequeno porte é extremamente difícil. São elas, porém, um elemento de equilíbrio e, conseqüentemente, merecem um tratamento especial” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 362).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As formas de atuação do Estado no domínio econômico têm variado de acordo com o regime jurídico por ele adotado, o qual, por sua vez, tem sido determinado com base nos modelos de como a sociedade, num determinado período, compreende os princípios constitucionais e o sistema de direitos (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 52-54): os chamados paradigmas de direito.

Segundo Thomas Kuhn (1998, p. 13), paradigmas são “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. O conceito de paradigma tornou-se muito popular a partir das propostas de Kuhn, e, hoje, significa uma maneira de ver a realidade. Trata-se de um conceito particularmente importante para compreender, não apenas a ciência, mas a própria vida em sociedade.

Utilizando a concepção de paradigma para a ciência jurídica, J. Habermas assevera que paradigmas de direito “são as visões exemplares de uma comunidade jurídica que considera como o mesmo sistema de direitos e princípios constitucionais podem ser realizados no contexto percebido de uma dada sociedade” (HABERMAS, 2003, p. 123). Para ele, “um paradigma de direito delinea um modelo de sociedade contemporânea para explicar como direitos e princípios constitucionais devem ser



concebidos e implementados para que cumpram naquele dado contexto as funções normativamente a eles atribuídas” (HABERMAS, 1996. p. 194-195. Apud CATTONI, 2002, p. 54).

Diante do exposto, para uma melhor compreensão acerca das consequências advindas da utilização do conceito de Estado democrático de direito para caracterizar o regime jurídico adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, faz-se mister identificar as principais características que qualificam os três grandes modelos de Estado de direito divulgados ao longo da história moderna, quais sejam, o do Estado liberal, o do Estado social, e, por fim, o do Estado democrático de direito.

No paradigma do Estado liberal de direito, prevalecia a liberdade de todos (apenas formalmente), ou seja, todos deveriam ser, ainda que formalmente, livres, proprietários e iguais, em um sistema alicerçado no império das leis, na separação de poderes e no enunciado dos direitos e garantias individuais, e, no campo econômico, o Estado deveria interferir o mínimo possível.

Entretanto, a exploração do homem pelo homem, retratada pelo fato de a condição humana não ter melhorado em relação à noção pré-moderna, haja vista que o exercício das liberdades e igualdades formais favoreceram apenas a classe burguesa, aliada ao surgimento de idéias socialistas, comunistas e anarquistas, bem como à luta pelos direitos coletivos e sociais são tidas como principais causas da crise que levou à ruptura desse paradigma, fazendo emergir o chamado constitucionalismo social.

Após o fim da Primeira Guerra Mundial, a Sociedade passou a se dividir em sociedade civil e Estado. No lugar de uma sociedade composta por proprietários, organizados por um Estado não intervencionista, surge uma sociedade marcada pelo conflito das diversas camadas sociais, cada uma buscando o atendimento de seus interesses.

Com base nesse paradigma social, o Estado passa a intervir na economia, garantindo uma artificial livre concorrência que ocasiona desigualdades compensadas por prestações estatais de serviços e pela concessão de direitos sociais (ALVES, 2012, p.135).



O clientelismo típico do Estado social estabeleceu burocratização das iniciativas públicas, que, por sua vez, impossibilitou ao cidadão perquirir seus próprios anseios em face de uma criada “dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas” (BONAVIDES, 2004, p. 200).

No Estado social, o direito passou a ser encarado como sistema de regras e princípios otimizáveis, encerrando objetivos a serem realizáveis, mas ainda permanece o caráter meramente formal dessas modificações. Dito isto, o Estado Social, em função da ausência de mecanismos para garantir efetividade de tais propostas, não conseguiu implementá-las, nem realizar a democratização econômica e social esperada, tampouco impediu a ocorrência de duas guerras mundiais, passando por uma crise de legitimação.

Diante da crise de legitimidade do Estado social, após a Segunda Guerra Mundial, tem-se a denominada “reconstitucionalização” da Europa continental, especialmente na Alemanha (Constituição alemã – Lei Fundamental de Bonn, de 1949, bem como a instalação do Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1951) e Itália (Constituição italiana, de 1947 e criação da Corte Constitucional Italiana em 1956), marcada pela construção de um novo paradigma jurídico-constitucional denominado neoconstitucionalismo, uma fecunda produção teórica e jurisprudencial que fez ascender cientificamente o direito constitucional.

O neoconstitucionalismo abriga a noção de um constitucionalismo calcado na efetivação dos direitos fundamentais e na concreção do princípio da dignidade da pessoa humana, buscando para tanto a equidade, o equilíbrio, a justiça solidária e fraternal dentro da sociedade, sob um viés democrático, em detrimento dos aspectos meramente formais do Estado Social.

No paradigma constitucional do Estado democrático de direito, requer-se do Poder Judiciário a prolação de decisões que, “ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras construtivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto” (CARVALHO NETTO, 1999, p. 482).



Nessa conjuntura, a ordem econômica na Constituição Federal de 1988 institui um sistema econômico nacional com base em uma economia descentralizada, voltando o papel do mercado a representar importante controle da atividade econômica. A ordem social não é mais tratada em conjunto com a ordem econômica, que, agora, encontra-se disposta junto com a ordem financeira, rompendo assim com o paradigma anterior.

As bases de sustentação da ordem econômica são a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, esta última limitando a primeira. E a sua finalidade é garantir a todos uma existência digna, que, por sua vez, será concretizada quando o objetivo da justiça social for alcançado.

Tendo em vista o sustentáculo neoconstitucional que fundamenta o paradigma do Estado democrático de direito, a ordem econômica deve ser objeto de uma interpretação dinâmica, adequando-se às mudanças da realidade social, prestando-se, ademais, a instrumentá-las, por meio da preponderância dos princípios.

Para que ordem econômica, cujos fundamentos são a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, e que objetiva assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, deverão ser observados os princípios indicados nos incisos do art. 170 da Constituição de República Federativa do Brasil de 1988, a saber: (a) soberania nacional; (b) propriedade privada; (c) função social da propriedade; (d) livre concorrência; (e) defesa do consumidor; (f) defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (g) redução das desigualdades regionais e sociais; (h) busca do pleno emprego; (i) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

6 REFERÊNCIAS

ALVES, Marina Vitório. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino-americano: características e distinções. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p.135, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.



- CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra, Almedina, 1991.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, 1999.
- CARVALHOSA, Modesto. **A ordem econômica na Constituição de 1969**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1972.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FLORES, Fidel Pérez; FILHO, Clayton Mendonça Cunha; e, COELHO, André Luiz. **Mecanismos da democracia participativa: o que há de comum nas constituições da Bolívia, Equador e Venezuela?** Observatório Político Sul-Americano. Observador On-Line (v.4, n.07, 2009).
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 51.
- GUATINI, Ricardo. **La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano**, em Carbonell, M. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GÜNTER, Klaus. **The sense of appropriateness**. New York: State University of New York Press. 1993.
- HABERMAS, Jürgen. “Três modelos de democracia”, **Lua Nova**, n. 36, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. Between facts and norms: contributions to discourse theory of law and democracy. Cambridge: The MIT, 1996. p. 194-195. Apud CATTONI, Marcelo. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 54
- HABERMAS, Jürgen. Between facts and norms: contributions to discourse theory of law and democracy. Cambridge: The MIT, 1996. p. 194-195. Apud CATTONI, Marcelo. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 54.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva S.A, 5. ed. 1998.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOPES, Ana Maria. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.
- MASSO, Fabiano Del. **Direito Econômico**. São Paulo: Método, 2013.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MOREIRA, Vital Martins. Economia e constituição: para o conceito de constituição econômica. Coimbra, s. ed., 1974. Apud GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica**



na **Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 57-58.

MOREIRA, Vital Martins. **Economia e constituição**: para o conceito de constituição econômica. Coimbra, s. ed., 1974. Apud TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006, p. 75.

NICÁCIO, C. S.; OLIVEIRA, R. C. Os paradigmas da interpretação do Direito na Modernidade. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte, v. Ano 6, n.10, p. 57-80, 2002.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Lisboa: Portugalia, 1968.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SLAIB FILHO. Nagib. **Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2006.

TAVARES, Cíntia Barrocas e FREITAS, Raquel Coelho de. Constitucionalismo e Democracia na América Latina. In: **UNASUL e Novo Constitucionalismo Latino-americano**. Curitiba, PR: CRV, 2013.

THIBAU, Vinícius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do direito. Meritum: **Revista de Direito da FCH/FUMEC**, Belo Horizonte, v. 3, p. 340, 2008

VICIANO, R. e MARTÍNEZ, R. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: **Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición. El nuevo constitucionalismo em América Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.



ANÁLISE DA PRESCRIÇÃO NA COBRANÇA DE VALORES RELATIVOS AO FGTS À LUZ DA NOVA HERMENÊUTICA: IMPORTÂNCIA DE UMA INTERPRETAÇÃO HERMENÊUTICO CONCRETIZADORA PAUTADA NA INTERPRETAÇÃO DA LEI CONFORME A CONSTITUIÇÃO¹

AN ANALYSIS OF PRESCRIPTION IN TAXATION IN LIGHT OF THE NEW HERMENEUTIC: THE IMPORTANCE OF AN HERMENEUTIC INTERPRETATION BASED ON AN INTERPRETATION IN ACCORDANCE WITH THE CONSTITUTION

Tereza Margarida Costa de Figueiredo²

Yara Maria Pereira Gurgel³

Resumo

O presente artigo aborda os novos métodos hermenêuticos de interpretação, em especial o método hermenêutico concretizador. Partindo de uma análise doutrinária e jurisprudencial, este artigo analisa a decisão do STF que afastou a prescrição trintenária para a cobrança de valores de FGTS não recolhidos tempestivamente, aplicando a estes a prescrição quinquenal, destinada à cobrança de créditos trabalhistas de um modo geral. Por fim, com base no referido julgado, discute-se ainda a dimensão do princípio da interpretação da lei conforme a Constituição e a possibilidade de que seja traçado o caminho contrário, qual seja o de interpretação da Constituição conforme a lei ordinária e suas implicações.

Palavras-chave: Nova Hermenêutica. Concretização. FGTS.

Abstract

This article approaches the theme of the new methods of interpretation, especially the hermeneutic-concretizing method. Starting from a bibliographical and jurisprudential analysis, this article studies the STF's decision which invalidated the thirty years prescription to charge unpaid FGTS contributions, in order to apply to

¹ Artigo recebido em: 25/04/2015. Pareceres emitidos em 19/05/2015 e 24/05/2015. Aprovação comunicada em 24/07/2015.

² Mestranda em Constituição e Garantia de Direitos, subárea Direito Internacional e Concretização de Direitos pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pós-graduada em Direito Material do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela ESMAT-13. Graduada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Graduanda em Comunicação Social – Habilitação em Jornalismo, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Advogada. E-mail: <terezaa.figueiredo@yahoo.com.br>.

³ Graduada em Direito pela UFRN. Mestre em Direito das Relações Sociais, subárea Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC). Doutorado em Direito, subárea Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC). Professora Adjunta III, com dedicação exclusiva, junto à UFRN. Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Direitos Humanos. E-mail: <ygurgel@uol.com.br>.



them the five years prescription, which is used to charge credits from labor in a general way. Nevertheless, based on the referred decision, it is discussed the dimension of law's interpretation according to the Constitution's principle and the possibility of occur the other way, which is the interpretation of the Constitution according to ordinary laws and its implications.

Keywords: New Hermeneutics. Concretion. FGTS.

Sumário: 1. Introdução. 2. Novo olhar sob a Constituição e insuficiência dos métodos hermenêuticos de interpretação clássicos. 3. Os novos métodos interpretativos da Constituição e a hermenêutica concretizadora. 4. Interpretação conforme a Constituição. 5. O Recurso Extraordinário com Agravo nº 7092 12/DF à luz do princípio da interpretação da lei conforme a Constituição no que tange o prazo prescricional de cobrança dos créditos atinentes ao FGTS. 6. Conclusão. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Por muito tempo o Direito foi caminhando para o viés das Ciências Naturais e Exatas, olvidando-se de sua natureza social, intrínseca a este por tratar de seres humanos e sua convivência enquanto coletividade. Tentava-se, de todo modo, apresentar soluções únicas para as querelas advindas do convívio em sociedade, ignorando assim as peculiaridades de cada situação específica.

Desse modo, na busca pela padronização das soluções surgiram os métodos clássicos de interpretação, os quais focavam muito mais em adequar a letra da lei ao caso em apreço do que analisar, de forma mais aprofundada, a relação e pertinência entre ambos. Todavia, com a ressignificação dos objetivos do Direito reconheceu-se sua proximidade e pertinência enquanto Ciência Social e, como esta, além de se ocupar da definição de soluções para os impasses que deve dirimir, deve investigar com afinco as características de cada caso, posto que as suas peculiaridades são de extrema importância para a escolha da solução, esta não mais sendo enxergada como única possível.

A aproximação do Direito com as demais Ciências Sociais é marcada por uma redefinição do papel que cumpre a Constituição em uma sociedade que busca reger. Agora, muito além de repartir competências ou estabelecer diretrizes para os demais ramos das Ciências Jurídicas, a Constituição passa a ser identidade dos valores caros àqueles indivíduos, bem como cuida de aspectos antes entendidos como não sendo de interesse ou competência estatal. Os seres humanos – e mais recentemente, com



o fenômeno do biocentrismo nas mais novas Constituições, os seres vivos – assumem o papel de centro da Constituição, ou seja, das preocupações e tutelas do Estado.

Aliado ao surgimento das novas tarefas Constitucionais, surgem verdadeiros desafios, pois passam a exigir mais atuações do Estado do que abstenções, de modo que, se não encarados da forma devida, podem causar uma sobrecarga estatal e sua implosão. Assim, as Constituições, para que atinjam efetividade e eficácia, exigem não apenas uma posição ativa do Estado, mas também da sociedade, de modo que disciplina tarefas de cooperação e solidariedade entre o ente estatal e a sociedade civil, posto que somente a partir da presença deste elo é que se pode, de modo mais amplo, abranger um rol mais extensos dos aspectos da vida dos sujeitos.

As novas Constituições trazem, em seu aspecto material, conceitos vagos, abrangentes, exatamente por não terem o condão de descer aos pormenores em seu texto, posto que se dispõem a abranger situações futuras, inusitadas e peculiares, e, assim, não são capazes de prever com exatidão quais serão estas, havendo o risco de, por tentar pormenorizar, restringir o rol de proteção, ou até mesmo se tornar obsoleta.

Neste diapasão, tais conceitos, dotados de abstração e generalidade, devem ser analisados cuidadosamente e, para tanto, os métodos da Hermenêutica clássica não mais conseguem fazer jus às novas exigências que a interpretação do texto constitucional demanda. Assim sendo, surgem os métodos interpretativos da Nova Hermenêutica, pautados, principalmente, por um novo olhar em direção ao conteúdo das disposições constitucionais, valorizando não mais a solução única acima de tudo, mas sim cuidando de investigar com maior afinco o caso concreto, posto que as adversidades deste influenciam, de forma direta, na solução apontada como adequada para aquele impasse.

O pluralismo social é enxergado, aceito e posto em pauta, e assim já não se aceitam soluções fechadas, nem tampouco apego ao Direito como conhecimento já pronto, estável. O texto constitucional ganha um viés mais abrangente, seus conceitos são ampliados e sua redação possibilita diversas interpretações, abrindo-se para o real e dialogando com este de modo direto, não mais se tratando de uma relação de mera subsunção.



Neste norte, pauta-se a Nova Hermenêutica em uma maior importância ao caso concreto em análise, buscando relacioná-lo de forma direta com a ordem jurídica, em uma tarefa muito mais complexa que a mera subsunção. Não basta, ainda, que a situação esteja em harmonia com a lei, devendo ser esta regulamentada, sobretudo nos moldes da Constituição, posto que esta, além de ocupar o topo na hierarquia normativa, também representa os valores e princípios escolhidos como base e norteadores para aquela sociedade e, portanto, não podem ser desrespeitados, sob pena de ferir-se a ordem jurídica e social em seus aspectos mais caros e intrínsecos.

Todavia, o alargamento das possibilidades contidas na Constituição a partir de uma interpretação mais ampla de seu texto, a qual se ampara em aspectos não somente jurídicos, mas sobretudo sociais, em um verdadeiro aumento do rol protetivo do ser vivo, não apresenta somente benefícios. Interpretações que se afastam demasiadamente dos aspectos jurídicos correm o risco de perder a força normativa destes, apresentando-se como decisões casuísticas, sem grandes efeitos integradores. Assim, a maior tarefa da Constituição, qual seja, a de conformar e integrar a ordem social, restaria prejudicada, posto que os aspectos jurídicos destas seriam diminuídos, o que enfraqueceria de pronto tais interpretações, implicando na ineficácia e inefetividade destas que passariam a ser nada mais do que opiniões, ensaios.

Diante do exposto, busca o presente artigo discorrer acerca dos novos métodos hermenêuticos de interpretação, em especial o método hermenêutico concretizador, bem como sobre a importância da interpretação das leis nos moldes da Constituição. Este estudo indaga ainda acerca da possibilidade de que se invertam os polos e haja uma interpretação da Constituição consoante o disposto nas leis ordinárias.

Amparando-se ainda em uma pesquisa jurisprudencial e bibliográfica, analisa-se a utilização do método hermenêutico concretizador na recente decisão do STF que afasta a prescrição trintenária para a cobrança dos créditos relativos ao FGTS em detrimento da aplicação do prazo quinquenal, este utilizado para a cobrança de créditos advindos das relações de trabalho de um modo geral, sendo tal decisão pautada no princípio da interpretação da lei conforme a Constituição o qual estava sendo ferido, posto que até o presente a legislação ordinária, de hierarquia normativa inferior à Carta Magna, sobrepunha-se ao texto desta.



2 NOVO OLHAR SOB A CONSTITUIÇÃO E INSUFICIÊNCIA DOS MÉTODOS HERMENÊUTICOS DE INTERPRETAÇÃO CLÁSSICOS

As teorias clássicas do Direito, tais como o jusnaturalismo e o positivismo, não fizeram jus a explicitar com excelência e completude os anseios sociais, posto se tratarem de sistemas abstratos e fechados, respectivamente, ignorando de forma velada a diversidade e complexidade intrínsecas a própria estrutura social.

O jusnaturalismo apresenta explicações sobrenaturais, abstratas, vagas e obscuras que não satisfazem os pesquisadores, não acompanham e regulamentam de fato os comportamentos sociais. O positivismo, por sua vez, em um sistema fechado, supervaloriza a segurança jurídica em detrimento do próprio ideal de justiça e ao resumir-se em si mesmo acaba por ser obtuso, também incompleto, ao tentar concretizar demais situações que não são lineares, pois assim não o é o comportamento humano. Desse modo, vemos que por muito tempo as Ciências Jurídicas mantiveram seu foco de pesquisa afastado das Ciências Sociais, procurando afinar-se com a precisão e estabilidade das Ciências Naturais e Exatas, olvidando-se que os agentes dos fenômenos estudados à luz do Direito são seres essencialmente sociais, e, como tais, não oferecem comportamento linear, de modo que são pensadas expectativas a estes, jamais sendo estas garantidas com toda a certeza.

Neste norte, o pós-positivismo é um momento de redescoberta e não de recuperação dos sistemas passados, comportando-se como um apaziguamento do Direito com seu objeto de estudo, aceitando este em sua complexidade e procurando assim estudá-la, discipliná-la, dentro da quimera de possibilidades que esta implica. Aproxima-se, portanto, novamente das Ciências Sociais, e como esta procura muito mais problematizar os fenômenos existentes do que tentar linearizá-los e encaixá-los em fórmulas prontas e estáticas, que de modo algum fazem jus e identificam-se com a realidade plural.

A Nova Hermenêutica busca novas soluções, novos nortes para as Ciências Jurídicas e sua missão de reger os comportamentos sociais, apoiando-se agora na relação entre valores, princípios e regras, não negando suas origens nas teorias passadas, mas sim fazendo uso de institutos dos sistemas jusnaturalista e positivista, de modo concomitante, mas sob um novo prisma, sem compromisso com o abstrato



nem tampouco com a realidade una e segurança jurídica acima de tudo. Experimenta-se, sobretudo, uma reaproximação entre a Ética e o Direito, sem necessidade de se estar em um sistema fechado ou obscuro, impalpável.

A nova mudança de paradigma é muito mais do que uma superação, ou evolução interpretativa no que tange aos métodos hermenêuticos clássicos, mas uma mudança na percepção da Constituição. As revoluções dos séculos XVIII e XIX puseram termo ao Estado absoluto, proporcionando uma abertura para a instauração de um novo tipo de organização política, afim de fugir da concentração de poder e proteger o indivíduo do poder ilimitado e discricionário do Estado.

A Constituição, neste viés, muito mais do que um documento de organização e delimitação de competências passa a ser vista como uma diretriz que, além de espalhar diversas posições de cunho geral sobre o jurídico também recebe a influência dos fenômenos políticos e sociais relativos ao Estado que se dispõe a reger (MIRANDA, 2014), comportando-se o Direito constitucional como um liame entre o caráter político e o caráter jurídico das relações interpessoais, de modo que, consoante expõe Kelsen (2013, p. 252),

todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses ou de poder, e, portanto toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política, e todo conflito que seja qualificado como de interesses, de poder ou político pode ser decidido como controvérsia jurídica [...].

Assim, verifica-se uma nova necessidade a ser atingida, garantias mais profundas e que passam a ser mais caras que a segurança jurídica, ou a unicidade das soluções, dotadas de abstração, e prescindindo de concretude para sua aplicação, constatando-se que, de fato, “aquele conceito de Constituição material que implica a ideia reducionista da estrutura do Estado e de garantias jurídico-políticas está definitivamente em questão” (COELHO, 2005, p. 13), havendo a necessidade de um novo olhar acerca do conteúdo constitucional em si, e não apenas acerca dos aspectos formais de delimitação de competências e repartição de poder.

Com essa nova ordem que se instala e a partir das novas exigências que esta implica, o grande desafio não é apenas dispor acerca de garantias constitucionais, mas efetivá-las, posto que estas exigem prestações positivas do Estado, uma postura ativa por parte deste. Verifica-se a dissonância entre a realidade e o conteúdo



constitucional, sendo notada a imprescindibilidade de sua mudança, em um contexto garantidor, mas não se limitando a isto. Os Estados devem responsabilizar-se por tais garantias, por torná-las efetivas. Desse modo, “rompem-se, assim, as amarras do constitucionalismo liberal que estabeleceu a dicotomia do direito e do justo, do jurídico e da moral filosófica, agora reconciliada nas constituições axiológicas.” (COELHO, 2005, p. 14) Assim sendo, nesta reconciliação entre o Direito e as Ciências Sociais, os diversos atores são valorizados, são enxergados, não apenas sob o prisma da segurança jurídica, mas principalmente sob o viés de que se garanta uma existência digna a todos estes, independentemente de suas singularidades.

Portanto, a Nova Hermenêutica não trata, consoante exposto, do surgimento de métodos interpretativos inéditos, inovadores. Ela se comporta muito mais como uma consequência das novas tarefas atribuídas à Constituição, tarefas que exigem uma maior atuação estatal e não só deste, mas também prescindem de participação da sociedade civil. Estas, por serem abrangentes na tentativa de disciplinar e tutelar os mais variados aspectos da vida dos sujeitos, bem como suas relações com outros seres vivos, são expressas a partir de enunciados vagos, que exigem do intérprete maior exercício, por não se disporem a procurar uma solução que venha a unificar e pacificar a querela, mas exatamente por reconhecer a pluralidade de soluções como algo possível e, muito além disto, indissociável da própria estrutura social.

Percebe-se, em suma, que não há um objetivo de superação por parte da Nova Hermenêutica, mas sim um sentimento de evolução interpretativa no sentido de alargar o rol protetivo ao ser humano e, consoante pode ser visto a partir das Constituições mais recentes, dos seres vivos como um todo. Não se nega pura e simplesmente os métodos clássicos de interpretação, mas se reconhece que estes não mais se tornavam efetivos em consequência da complexidade das situações em análise, visto que ignorar este aspecto complexo e imbricado a estas seria se desviar do desafio presente no objetivo do Direito, o de regulamentar da melhor forma possível, os fenômenos que ocorrem na sociedade e que têm relevância jurídica. Procura-se, além da superação, uma complementação dos métodos já existentes, abandonando-se a ideia de se atingir uma solução uniforme, de subsunção, como ponto de partida, mas reconhecendo-se sobretudo que estes novos métodos não trazem consigo a solução pronta para a integração e conservação da força normativa



constitucional a partir do respeito à pluralidade social, mas se dispõem, acima de tudo, a investigar possibilidades.

3 OS NOVOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS DA CONSTITUIÇÃO E A HERMENÊUTICA CONCRETIZADORA

Diante da releitura das funções e competências constitucionais, de modo que o Estado passasse de perseguidor ou de atuação mínima para aquele responsável por garantir e concretizar, isto feito através da Constituição, documento de força hierárquica suprema, do qual irradiam disposições e diretrizes para o restante do ordenamento, dispendo em seu texto de questões abordadas sob o prisma do social em consonância com o jurídico, houve, no século XX, uma renovação metodológica no que tange à interpretação constitucional, esta cuidando de se debruçar sob os conceitos abrangentes e plurais que a Lei Maior passou a adotar, já que “[...]quanto mais abstrata for a linguagem utilizada, maior o campo de atuação do intérprete, maior, portanto, a importância da interpretação.” (BASTOS, 2002, p. 243). Portanto, não é que estejamos diante de normas que precisam ser interpretadas e normas que não precisam ser interpretadas, posto que a interpretação é intrínseca a análise do conceito disposto, do enunciado presente, devendo-se analisar apenas o seu grau de complexidade.

A tarefa interpretativa assume então caráter duplo, pois “[...] ao mesmo tempo que é uma atividade vinculada ao enunciado, é também atividade construtiva; uma construção que se dá a partir da realidade, no sentido de que é na análise desta que se complementa o comando normativo (SCHIER, 1997, p. 52.)”

Assim, a Constituição não exprime um Direito pronto e apoiado em si mesmo, este necessitando de comunicação com a realidade para que possa, de fato, estar terminado. A interpretação, portanto, provoca a ligação entre o enunciado e a realidade a qual este se volta, sendo esta um ato de criação, de produção real do Direito, muito mais do que de mera reprodução, visto que a norma precisa ser individualizada, concretizada.

De acordo com Bastos (2002, p. 246),



Por concretizar a Constituição, a interpretação exerce um fundamental trabalho de atualização política e social de seu texto, evitando ruptura de instituições e moldando a sociedade em face de novos padrões e realidades coletivas que possam ter lugar em um certo tempo, num determinado espaço geográfico.

Paulo Bonavides (2009, p. 482), o método concretista de interpretação caracteriza-se pela presença de três elementos básicos: a norma que se pretende concretizar, o impasse a se resolver (o problema propriamente dito) e, principalmente, a pré-compreensão do intérprete; elemento que aqui merece destaque por ser o diferencial deste método hermenêutico, consoante ressalta Schier (1997, p. 53):

[...]o momento da pré-compreensão, no método concretista, é determinante na problemática da hermenêutica. O sujeito cognoscente, que é o intérprete constitucional, no seu trabalho de compreensão/construção da realidade, para além de assumir uma postura passiva diante do seu objeto, participa com toda sua carga histórica e ideológica no estabelecimento da norma constitucional.

Impende destacar que, apesar do reconhecimento de que o intérprete, ao realizar a tarefa de concretizar o disposto em um enunciado constitucional, carrega consigo e exprime compreensões suas, advindas da sua percepção dos fatos, e que não há como afastar esta carga valorativa da produção do Direito que é a individualização, materialização do enunciado normativo para o problema em tela, o método concretista não se confunde com a tópic, posto que, ao tentar evitar o casuísmo da supervalorização de tais pré-compreensões, prima pela valorização da norma em face do problema, e não o contrário, pois a Constituição possui, devido a peculiaridade de sua natureza e da sua atividade integradora, uma força normativa superior.

De acordo com Hesse (1991, p. 11), “[...] a Constituição contém, ainda que de forma limitada uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado.” A Constituição, para este autor, encontra-se condicionada a realidade política e social da sociedade na qual está inserida, mas não se identifica de forma total com esta, posto que, enquanto ciência normativa, busca imprimir ordem e alcançar a eficácia e efetividade sobre o real.

Assim, Hesse (*idem*, p. 15), coloca a Constituição real e a Constituição jurídica em uma relação de coordenação, de relativo equilíbrio, podendo ser diferenciadas,



mas não separadas, sob pena da perda de eficácia da Constituição como norma conformadora das tensões políticas e sociais, visto que a Constituição jurídica além do ser, é também expressão do dever ser, em crítica ao pensamento de Lassale de que a Constituição jurídica seria apenas um pedaço de papel a exprimir as tensões entre os fatores reais de poder. Para Lassale (2007, p. 40)

Os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do *poder*; a *verdadeira* Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.

Em suma, o método hermenêutico concretizador da Constituição se dispõe a reestabelecer o diálogo antes tolhido entre realidade (e tudo que isto implica) e o enunciado normativo, sendo peça chave nesta ligação a pré-compreensão, a carga valorativa do intérprete, mas não elemento determinante, posto que a Constituição, a partir de sua tarefa integradora e de conformação da realidade política e social, tem força normativa própria e superior à própria realidade, sob pena de que o Direito perca seu caráter de ciência normatizadora e de impor ordem às querelas sociais.

4 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Surgindo, inicialmente, como mecanismo para o exercício do controle de constitucionalidade, a interpretação das leis em conformidade com a Constituição é colocada, por Canotilho (2003, p.1210-1211), como um princípio interpretativo que ganhou relevância e autonomia a partir do momento que os enunciados normativos presente nas Constituições foram tornando-se mais amplos, possibilitando-se a pluralidade de interpretações, com o alargamento do espaço de decisão. Importa ainda destacar que, por mais clara e uniforme que uma interpretação pareça e pretenda ser, esta ainda é um exercício que demanda do intérprete uma leitura atenta do enunciado, posto que o fato de atribuí-lo um sentido ou significado jamais será algo pressuposto, automático, ou mecânico, de modo que o exercício interpretativo pode ser mensurado em questão gradativa, mas nunca em dialética, ou seja, não se deve questionar se o mesmo existe ou não, pois ele sempre existirá no momento que um



enunciado venha a assumir um significado dentro do ordenamento, podendo apenas ser de um maior grau de abstração e complexidade ou não.

O princípio da interpretação da lei conforme a Constituição dispõe que, em caso de haver um leque de possibilidades nas interpretações normativas, deve prevalecer aquela que se afina, ou que mais se afina ao disposto – de forma expressa ou implícita – na Lei Maior, servindo, portanto, tal princípio como garantidor de que seja mantida a constitucionalidade das leis que se encontram abaixo da Constituição, de modo que a interpretação de seus enunciados não destoe dos princípios e valores primeiros daquele ordenamento jurídico.

Neste diapasão, Paulo Bonavides (2009, p. 517-518) reconhece a importância que este princípio tem assumido, podendo vir figurar, inclusive, no rol de métodos autônomos da hermenêutica contemporânea, posto que é largamente consagrado em diversos sistemas constitucionais. Assim sendo,

A aplicação deste método parte, por conseguinte, da presunção de que toda lei é constitucional, adotando-se ao mesmo passo o princípio de que em caso de dúvida a lei será interpretada 'conforme a Constituição'. Deriva outrossim do emprego de tal método a consideração de que não se deve interpretar isoladamente uma norma constitucional, uma vez que do conteúdo geral da Constituição procedem princípios elementares da ordem constitucional, bem como decisões fundamentais do constituinte, que não podem ficar ignorados, cumprindo levá-los na devida conta por ensejo da operação interpretativa, de modo a fazer a regra que se vai interpretar adequada a esses princípios ou decisões. (BONAVIDES, 2009, p. 518)

Todavia, algumas ressalvas devem ser feitas a este princípio, seja ele encarado como tal ou como método hermenêutico autônomo. Canotilho (2003, p. 1.217-1.218), ao tratar acerca dos limites da interpretação, aborda a problemática da interpretação da Constituição conforme as leis em vez do caminho inverso, o da interpretação das leis conforme a Constituição. Para o referido autor, este fenômeno pode ocorrer quando a Constituição procura concretizar-se a partir do recurso às leis ordinárias, por acreditar que estas estejam mais próximas à realidade do que a própria Lei Maior. Seria, desse modo, o recurso à legislação ordinária para que se estabeleça a melhor interpretação constitucional, por acreditar-se que esta chegaria mais perto do real sentido da norma, principalmente quando estas são anteriores à Constituição. Tal interpretação, consoante alerta o doutrinador, pode acabar por ferir a hierarquia normativa, bem como deturpar a essência da norma, definida pelo legislador, de modo



que, se aplicada discricionariamente e sem maiores reservas, pode se sobrepor a Lei Maior, ignorando sua posição de supremacia dentro do ordenamento jurídico que rege, sobrepondo-se, portanto, aos valores e princípios constitucionais.

Bonavides (2009, p. 523), por sua vez, dispõe que a interpretação da Constituição conforme a lei pode gerar uma deturpação dos aspectos positivos da interpretação conforme a Constituição, de modo que o excesso de zelo em manter leis no ordenamento em prol de sua estabilidade prejudica frontalmente o princípio da separação dos poderes, pois assume o intérprete as funções do legislador, sobrecarregando-se e exercendo tarefas estranhas às suas, ampliando-se por demais seu espaço de decisão que, apesar de necessitar de discricionariedade em uma certa medida, deve ser limitado sob o risco de se ferir veementemente as suas atribuições funcionais. Ocorre, dessa forma, uma deturpação da tentativa de manter-se a lei com o máximo de constitucionalidade possível em face de situações ambíguas.

Uma interpretação que se dê nos moldes dos valores e princípios constitucionais, levando em consideração não apenas seus aspectos formais, mas principalmente seus fatores materiais, estes não somente jurídicos, mas políticos e sociais, remetendo sempre à decisão fundamental do poder constituinte é, mais do que louvável, imprescindível, especialmente diante da abertura semântica presente nas Constituições a partir do século XX e da constitucionalização de aspectos sociais antes ignorados e relegados à margem do estudo e proteção das Ciências Jurídicas, em sua tentativa, até então, de estabelecer uma segurança jurídica plena, igualando-se às Ciências Exatas e Naturais, consoante ressalta Kelsen (2013, p. 255)

A inconstitucionalidade de uma lei pode consistir não só - como parece à primeira vista - no fato de não ter sido adotada segundo o procedimento previsto pela Constituição, mas também em que possua um conteúdo que, segundo a Constituição, não poderia ter; a Constituição, de fato, não regula apenas o procedimento legislativo, mas também define de algum modo o conteúdo das futuras leis [...]

Todavia, este princípio interpretativo que permeia os métodos da Nova Hermenêutica, conquistando espaço a ponto de ser indicado como um potencial método autônomo, precisa atentar para os seus objetivos, quais sejam, o de garantir a constitucionalidade dos instrumentos normativos ordinários, bem como da própria Constituição, optando sempre pelo sentido que melhor se afine às decisões



fundamentais, posto que uma aplicação deste de modo irresponsável pode acabar por desvirtuá-lo.

Tal interpretação em consonância com os moldes da Constituição objetiva ainda a manutenção e estabilidade do ordenamento jurídico, de modo que em vez de se modificarem normas em primeiro plano opte-se pela tentativa de sua ressignificação nos moldes da Constituição, em uma verdadeira mutação de sentido sem que, para tanto, se declare a norma inconstitucional.

Entretanto, o zelo exacerbado pela integração do ordenamento pode desencadear a constitucionalidade forçada de determinados dispositivos, de modo que se deturpe o seu sentido originário conferido pelo legislador em uma tentativa de lhe conferir constitucionalidade a qualquer custo, atuando o intérprete como verdadeiro legislador para alterar o sentido da norma em sua nascente, extrapolando a discricionariedade interpretativa inerente a sua função, e mascarando uma lei inconstitucional em uma constitucionalidade superficial, precária.

Não se pode, portanto, prezar pela estabilidade de um ordenamento às custas da aceitação de enunciados inconstitucionais, valendo-se do fenômeno da mutação constitucional de modo errôneo, desvirtuando os objetivos deste e aplicando-o com total arbitrariedade. A manutenção do ordenamento não se limita à obediência aos aspectos formais deste, mas principalmente ao seu conteúdo. Se uma norma passa a destoar das decisões fundamentais, dos preceitos caros protegidos pela Constituição, não há razão para deturpar seu sentido, voltando-se para os métodos de mera subsunção do sentido ao enunciado, para que se mantenha uma conformação forçada, reduzindo-se em vez de alargar o bloco de proteção constitucional e comprometendo de pronto a tarefa integrativa e conformadora da Lei Maior.

5 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 709212/DF À LUZ DO PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO DA LEI CONFORME A CONSTITUIÇÃO NO QUE TANGE O PRAZO PRESCRICIONAL DE COBRANÇA DOS CRÉDITOS ATINENTES AO FGTS

Durante sessão plenária, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 70.9212/DF, de repercussão geral reconhecida, o STF declarou a



inconstitucionalidade da prescrição trintenária relativa aos créditos do FGTS, entendendo que este direito é expresso no artigo 7º, III, da Constituição Federal e classificado como direito dos trabalhadores de um modo geral, sejam estes urbanos ou rurais, e, como tal, sujeita-se à prescrição atinente aos créditos trabalhistas, de cinco anos, consoante inciso XXIX, da Lei Maior.

O prazo de trinta anos para a cobrança de valores concernentes ao FGTS fora assim estabelecido em consonância com o advento da Lei 5.107/66, a qual criou este instituto, surgindo como alternativa à indenização e o prazo de estabilidade decenal outrora previstos na CLT, podendo o trabalhador optar por um dos dois regimes.

Quanto à sua natureza, até o presente esta ainda é controversa dentro da pesquisa bibliográfica. Todavia, a Lei 5.107/66, em seu artigo 20, estabeleceu que sua cobrança seria realizada de forma igual às contribuições previdenciárias, aplicando-se assim ao FGTS o artigo 144 da Lei 3.807/60, Lei Orgânica da Previdência Social, o qual estabelecia o prazo trintenário para tanto. Neste diapasão, surge o FGTS como um instrumento de seguridade, afim de resguardar o trabalhador de eventual desemprego, ostentando natureza previdenciária.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o instituto do FGTS sofreu algumas modificações, inclusive no que tange a sua natureza e seus objetivos, mas manteve a prescrição trintenária para a cobrança de seus valores não quitados tempestivamente. Assim, consoante ressalta Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 858), o FGTS passou a ser o sistema geral e obrigatório, não mais uma opção à estabilidade decenal, bem como assumiu natureza de direito trabalhista, consoante disposto no artigo 7º, III, da Constituição Federal, não mais atuando como alternativa ao desemprego (para esta tarefa específica, surge o seguro-desemprego).

Entretanto, apesar do que expressa o inciso XXIX, também do artigo 7º da Constituição Federal, quanto ao prazo quinquenal para a cobrança dos créditos advindos das relações de trabalho continuou-se a aplicar o prazo trintenário para a cobrança específica do FGTS, consoante o disposto no artigo 23, § 5º, da Lei 8.036/90, lei posterior à promulgação da Lei Maior e que trouxe nova disciplina para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, bem como pelo Decreto 99.684/90, instrumento que regulamenta o FGTS.



A prescrição trintenária, dessa forma, prevaleceu até o presente, inclusive através de entendimento sumulado do Colendo TST (Súmula 362), apoiando-se no princípio da proteção, norteador do Direito Trabalhista. No entanto, nos autos do ARE 709.212/DF, o Supremo Tribunal Federal modificou tal entendimento e passou a aplicar, para a cobrança do FGTS, o prazo de cinco anos, por ser este o aplicável aos créditos trabalhistas de uma forma geral. O Ministro Gilmar Mendes, relator do Recurso Extraordinário com Agravo, declarou em seu voto que o princípio da proteção não tem força para alargar, por si só, o prazo prescricional para cobrança dos recolhimentos do FGTS, pois assim estaria a sobrepor a legislação ordinária à própria Constituição Federal e, em consequência, violaria de pronto as decisões fundamentais do ordenamento.

Assim sendo, enxerga-se que a decisão da Suprema Corte que significou a mudança de paradigma no que tange ao prazo prescricional para cobrança de valores relativos ao FGTS foi assim tomada com base em uma interpretação da lei ordinária conforme a Constituição, posto que, até o presente, o caminho inverso era adotado: interpretava-se o disposto na Constituição à luz da legislação ordinária, esta anterior inclusive à promulgação da Lei Maior e mantida, apesar de sua reformulação, inclusive no que concerne o prazo trintenário.

Portanto, percebe-se que, até o presente, restringiu-se o disposto no artigo 7º, III, da Constituição Federal, o qual coloca o FGTS no rol de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais e, como tal, deveria também obedecer ao prazo disposto no inciso XXIX, e não à lei ordinária, formulada quando ainda não havia o instituto do seguro-desemprego e, portanto, o FGTS atuava como este, com natureza de previdência social.

Em suma, não se analisava o disposto na legislação ordinária à luz da Constituição Federal, mas o inverso, ferindo-se assim a hierarquia normativa, o que não pode ocorrer mesmo para que haja prevalência do princípio da proteção, posto que este apesar de ser corolário da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, fundamentos da República Federativa Brasileira, é de um ramo específico do Direito, o qual não pode sobrepor seus princípios e disposições a Carta Magna.

Além do aspecto formal, a prevalência da prescrição trintenária após a promulgação da Constituição Federal fere ainda o disposto nesta levando-se em



consideração o contexto social contemporâneo, diferente daquele do qual foi criado, podendo-se distinguir claramente o FGTS da Previdência Social, bem como é nítida a modificação de seu objetivo, este se tornado obrigatório, não mais atuando como alternativa ao desemprego, havendo instrumento específico para tanto.

Desse modo, após análise da decisão da Suprema Corte, obtém-se que esta aplicou o método hermenêutico concretizador para afastar a prescrição trintenária, valendo-se assim do princípio da interpretação conforme a Constituição em detrimento de uma interpretação da Constituição conforme a lei ordinária, até então prevalente nesta seara, bem como de análise do contexto social contemporâneo o qual destoa daquele no qual o FGTS fora criado, não havendo razão para que o prazo de trinta anos para a cobrança de créditos relativos a este perdure, posto que foi afastada sua natureza previdenciária com conseqüente configuração deste no rol dos direitos trabalhistas, e, desse modo, aplicando-se o mesmo prazo para cobrança destes, qual seja o de cinco anos, atentando-se para o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho para o ajuizamento da demanda.

Manter a prescrição trintenária, desse modo, em uma interpretação da Constituição conforme a legislação ordinária seria provocar querelas na repartição de competências, posto que apesar do entendimento expresso em lei ser corroborado por Súmula do TST, Corte máxima da Justiça Especializada do Trabalho, não pode interpretação desta destoar com o disposto na Constituição Federal, já que se tal fenômeno fosse admitido estaríamos diante de uma redução na força normativa da Lei Maior, bem como em um efetivo prejuízo de sua tarefa conformadora e integradora. Com fulcro na manutenção de tais aspectos de integração, a Suprema Corte, portanto, fez o caminho inverso e pautada no princípio da interpretação da lei conforme a Constituição, em um exercício hermenêutico de viés concretista, buscou trazer à contemporaneidade, com eficácia imediata, o texto constitucional do artigo 7º, o qual versa sobre direitos sociais, rol que integra o FGTS.

Impende ainda destacar que a Suprema Corte, ao optar por esta mudança interpretativa que viria a diminuir direitos trabalhistas, assim o fez adotando o instituto da modulação das decisões, de modo que a restrição quanto ao tempo para cobrança do FGTS teria efeitos *ex nunc*, ou seja, para as demandas que versem sobre este conteúdo, já em curso durante a modificação do prazo prescricional, aplica-se o que ocorrer primeiro: os cinco ou os trinta anos. Para as petições advindas após a data da



decisão do STF, aplica-se exclusivamente o prazo quinquenal. Em ambos os casos, importa ressaltar, a contagem do prazo fica condicionado ao limite de dois anos, após a extinção do contrato de trabalho, para o ajuizamento da demanda.

A utilização dos novos métodos interpretativos, pela Suprema Corte, demonstra uma mudança de paradigma na ordem de valores a serem considerados, atualmente, pela Hermenêutica. Visa-se, sobretudo, aumentar o bloco de constitucionalidade bem como preservar a força normativa e supremacia hierárquica da Constituição Federal, pautando-se não apenas em aspectos jurídicos, mas principalmente no contexto social e político concernente à querela em apreço. Todavia, atenta Bonavides (2009, p. 484) para os riscos da utilização da Nova Hermenêutica, ao destacar que

[...]a moderna metodologia de interpretação da Constituição ampliou demasiadamente a importância do fator político ao ocupar-se da matéria social, empobrecendo assim a consistência jurídica da Constituição normativa ou conduzindo-a a um estado de crise e carência que se avizinha da desintegração.

Portanto, ao adotar-se um novo olhar sob as Constituições e sua função, natural que os métodos hermenêuticos clássicos não mais fizessem frente aos tipos de demanda advindos desta. Assim, se faz mister não apenas a observância dos aspectos jurídicos, mas principalmente sociais, considerando o contexto da problemática em análise. Entretanto, não se deve sobrepor o caso concreto à Lei Maior, posto que esta atitude pode causar o efeito contrário ao desejado pela Nova Hermenêutica, vindo a enfraquecer a Carta Magna.

Realizar uma interpretação nos moldes da Constituição é dever do intérprete, mas não deve este adotar uma interpretação que provoque a constitucionalidade forçada de leis ordinárias, de modo a zelar pela estabilidade da ordem jurídica, evitando assim sua modificação formal, visto que a manutenção de leis inconstitucionais provoca, sobretudo, diminuição do efeito integrador da Lei Suprema, além de prejudicar veementemente a repartição de competências – e, portanto, divisão de poderes – estabelecida nesta.

Neste sentido, a decisão do STF que afastou a prescrição trintenária para a cobrança de créditos relativos ao FGTS e declarou a sua inconstitucionalidade em detrimento da aplicação do prazo quinquenal, previsto na Constituição, para a



cobrança de créditos advindos da relação de trabalho, sendo respeitado ainda o prazo máximo de dois anos após a extinção desta relação para que se ingresse com a demanda, demonstra um exercício interpretativo voltado para a análise do caso concreto e do papel que o FGTS desempenha na atualidade, reconhecendo seus objetivos e funções contemporâneos, estes totalmente divergentes de quando tal instituto foi criado.

Não se trata, ainda, de uma decisão que venha a restringir o bloco de proteção do indivíduo de modo arbitrário, mas o faz com a finalidade de manter a ordem constitucional integrada, esta prejudicada pela interpretação da Constituição conforme a lei ordinária que era realizada até o presente, e que, de fato, é muito mais prejudicial para a completude das tarefas atinentes à Lei Maior que a diminuição quanto ao tempo prescricional.

Portanto, não se levanta a questão doutrinária acerca da natureza do FGTS, posto que esta ainda não é de todo pacífica, mas reconhece-o como integrante do rol de direitos dos trabalhadores expressamente previstos na Constituição e, como tal, não pode diferir no que tange à sua cobrança, posto que prejudicaria de modo frontal a tarefa conformadora e comprometeria a força normativa constitucional caso lei ordinária, mesmo que posterior à Constituição, se sobrepusesse a esta. Ademais, a utilização da modulação dos efeitos desta decisão demonstra a preocupação da Suprema Corte Brasileira com o impacto que esta virá a causar nas demandas já existentes bem como nas que ainda virão a ser pleiteadas, ou seja, demonstra que o STF está atento para os efeitos da declaração da inconstitucionalidade da prescrição trintenária para a cobrança dos valores relativos ao FGTS pode causar nos casos concretos, em um verdadeiro exercício interpretativo pautado no método hermenêutico- concretizador, de modo que não sobrepõe a relação em apreço ao ordenamento jurídico, mas não se ignora as peculiaridades desta, buscando harmonizar a estabilidade daquele, a manutenção das tarefas constitucionais de integração e conformação, bem como o respeito às pluralidades existentes nos casos concretos e a necessidade de analisá-las afim de que a solução apresentada seja compatível com estas.



6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebe-se que se faz mister a adoção de uma Nova Hermenêutica para que se tente compreender e apreender os significados plurais das Constituições da contemporaneidade. Não se pode mais se ater aos significados que estão expressos ou ainda na busca de uma solução única para as situações, posto que por mais que estas tenham o mesmo cerne, diferem em seus aspectos peculiares e, por isso, podem vir a comportar soluções e decisões distintas e que, nem por isso, excluem-se ou são inadequadas.

O pluralismo social, dessa forma, deve também impregnar o ordenamento jurídico, posto que este se dispõe a regular uma coletividade de indivíduos, estes adotando comportamentos diversos. Não se podem ignorar as diferenças entre os sujeitos, mas sim reconhecê-las e levá-las em consideração no momento de interpretar, posto que o Direito, enquanto Ciência Social, jamais produzirá efeitos e soluções exatas, uniformes e aplicáveis de forma automática. Assim, até mesmo a afirmação de que tal enunciado apresenta um significado explícito não está livre de um processo interpretativo, mesmo sendo este em menor grau.

Neste diapasão, conforme aumenta a abstração e generalidade dos enunciados, aumenta também a possibilidade de soluções destes, visto que agora não se analisa apenas o enunciado em si, mas ganha uma importância extrema o modo como este se relaciona com o caso concreto e seus aspectos diversos do universo jurídico, de cunho social. Desse modo, enquanto método interpretativo da Nova Hermenêutica, a concretização valoriza os aspectos fáticos da querela em análise, expandindo sua compreensão além do universo do Direito, mas não os sobrepõe a este.

Portanto, o concretismo busca estabelecer o liame entre o caso concreto e o enunciado a ser interpretado, valendo-se de aspectos estranhos às Ciências Jurídicas mas que com elas se relacionam. Entretanto, esta compreensão mais aprofundada pautada por aspectos não exclusivamente jurídicos não distorce o aspecto do exercício interpretativo, ou seja, não minimiza a importância do Direito, isto porque se procura aumentar a força normativa, resguardando a função integrativa da Lei Maior, e não fragmentá-la.



Deve-se, assim, utilizar-se dos novos métodos hermenêuticos de interpretação com cautela para que estes não se desvirtuem e passem a sabotar o cumprimento de seus objetivos principais, quais sejam, o de resguardar a força normativa da Constituição e aumentar o rol de proteção desta. Assim, a análise de aspectos estranhos ao Direito, de fundo político, social, econômico, devem vir para enriquecer o processo interpretativo, mas não desvirtuá-lo, prejudicando assim sua essência jurídica e, portanto, sua efetividade e aplicabilidade, posto que sem a predominância do fator jurídico os exercícios de interpretação não teriam força coercitiva, não passando assim de meras opiniões casuísticas.

Outro aspecto a ser endossado é a imprescindibilidade de que se proceda a uma interpretação da lei ordinária em conformidade com a Constituição, e não o caminho inverso, posto que apesar de ser importante que se mantenha a estabilidade de um ordenamento jurídico esta não pode ocorrer às custas da recepção de normas de constitucionalidade forçada em seu seio. Não se podem olvidar os aspectos materiais, tão importantes quanto os formais, pois mesmo que uma lei se encontre formalmente em harmonia com o que dispõe a Lei Maior a mesma ainda será inconstitucional se não estiver de acordo com os valores e princípios embaixadores da Carta Magna e, por conseguinte, do ordenamento jurídico como um todo.

Uma interpretação da Constituição conforme a lei, por sua vez, diminui a força normativa constitucional, de modo a fragmentar, em vez de integrar, o ordenamento. Neste sentido, não se pode utilizar do argumento de que a lei ordinária encontra-se mais próxima à realidade social e que, portanto, corresponderia melhor a esta, posto que a lei ordinária não pode se sobrepor à Lei Maior, pois é hierarquicamente inferior a esta e trata também de modo mais restrito acerca dos valores e princípios dispostos na Carta Magna, não podendo, por si só, ampliar seu rol de atuação e aplicabilidade.

A recente decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade da prescrição trintenária para a cobrança de créditos atinentes ao FGTS demonstra claramente a aplicação do princípio da interpretação da lei conforme a Constituição em vez do caminho contrário, o qual era utilizado até o presente. Desse modo, ao reduzir-se o prazo prescricional de trinta para cinco anos não reduziu a Suprema Corte o bloco de proteção ao trabalhador, mas sim aplicou o disposto na Constituição no que tange ao prazo previsto para a cobrança de créditos advindos de relações de trabalho em detrimento do que dispunha a legislação ordinária, a qual trazia um prazo impróprio e



sem razão de ser, tendo em vista que “apropriou-se” do prazo prescricional atinente às contribuições previdenciárias, as quais diferem essencialmente, em sua natureza, do FGTS.

Tal decisão, portanto, mostra ainda uma análise do contexto fático contemporâneo, este não mais condizente com aquele no qual o FGTS fora criado, visto que este instituto não tem mais natureza de alternativa ao desemprego, tampouco goza de natureza previdenciária e, assim, não faz sentido, após constar expressamente o FGTS dentre os direitos dos trabalhadores no rol do artigo 7º, que este destoe dos prazos aplicáveis a estes direitos.

Em suma, importante se faz atentar para a necessidade de aplicação e compreensão dos novos métodos hermenêuticos de interpretação, especialmente para que se possa preservar seus objetivos maiores que, muitas vezes, podem entrar em conflito com o leque de possibilidades que os enunciados abrangentes e gerais assumem.

O que não se pode, de modo algum, é que dentre essas possibilidades se desvirtuem os valores e princípios mais caros ao ordenamento jurídico, estes dispostos, de forma implícita ou explícita, na Constituição. Além do que, deve-se atentar para o risco de manter no ordenamento leis que são inconstitucionais sob o argumento de que seja mantida a sua estabilidade, posto que a pluralidade semântica não deve ser aproveitada para que ocorra uma constitucionalidade forçada de leis, esta muito mais prejudicial para o cumprimento das tarefas da Constituição que a declaração de sua inconstitucionalidade.

7 REFERÊNCIAS

BASTOS, Elísio. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL – A quem cabe a tarefa de concretizá-la? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 41, ano 10, p. 241-255, out./dez., 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Decreto nº 99.684, de 8 de novembro de 1990**. Consolida as normas regulamentares do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Diário Oficial da União, Brasília, 12 nov. 1990.



BRASIL. **Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Diário Oficial da União, Brasília, 5 set. 1960.

BRASIL. **Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966.** Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 14 set. 1966.

BRASIL. **Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.** Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 14 maio 1990. Retificado em 15 maio 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 70.9212/DF.** Ementa: Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Recorrente: Banco do Brasil S/A Recorrido: Ana Maria Movilla de Pires e Marcondes. Rel. Min. Gilmar Mendes.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 362.** Res. 121/2003. Brasília, Diário da Justiça, 19, 20 e 21 nov. 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Interpretação, aplicação e concretização do Direito Constitucional. In: **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. É possível a construção de uma hermenêutica constitucional emancipadora na pós-modernidade? **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Doutrina Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 53, p. 7-19, out./dez., 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: **Jurisdição Constitucional.** 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2007. p. 5-40.

MIRANDA, Jorge. **Manual, Tomo I, Preliminares.** 10. ed. Coimbra: Coimbra, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHIER, Paulo Ricardo. A Hermenêutica Constitucional: instrumento para a implementação de uma nova dogmática jurídica. **Revista dos Tribunais.** Doutrina Civil – primeira seção. v. 741, ano 86, p. 38-57, jul. 1997.



A PERSPECTIVA JURÍDICA DA DEMOCRATIZAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL¹

THE LEGAL PERSPECTIVE OF DEMOCRATIZATION OF THE MEDIA

Letícia Rayane Dourado Pinto²

Resumo

O estudo tem por temática a demanda específica da democratização dos meios de comunicação social, com enfoque na constitucionalidade do controle – legislativo e administrativo – da denominada mídia corporativa. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 220, § 5º, veda a formação direta ou indireta de monopólio ou oligopólio sobre os meios de comunicação social. Entretanto, a realidade fática brasileira é representada pela situação de grandes grupos empresariais que dominam o setor midiático, e, a pretexto de preservarem a liberdade de expressão são contra qualquer tipo de regulação, argumentando que tal normatização resultaria em “censura”. Por meio deste trabalho a problemática será analisada sob a perspectiva dos direitos fundamentais à liberdade de expressão, à liberdade de imprensa e ao acesso à informação, considerando-se que os meios de comunicação social realizam um serviço público. Ante o exposto, o objetivo é verificar a sistematicidade da temática no ordenamento jurídico brasileiro e como o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando em relação ao tema. Trata-se de pesquisa teórica e bibliográfica, que comporta uma investigação descritiva, com abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Direito à liberdade de expressão. Direito ao acesso à informação. Democratização. Meios de comunicação social.

Abstract

This research looks at the demand for a democratization of the mass media, with emphasis on the constitutionality of the control of the so-called Corporate Media. The 1988 Constitution of Brazil – article 220, § 5º – prohibits direct or indirect formation of monopolies or oligopolies related to the mass media. Notwithstanding the Constitutional prohibition, we actually find large corporate groups dominating mass media, and those groups, while stating to be against “censorship” at any form, viciously oppose any mass media regulation by laws other than the Constitution itself. This essay analyses the problem under the perspective of the fundamental rights to freedom of expression, to freedom of the press and to freedom of information, taking into account that mass media is an essential public service. Hence, the purpose is to

¹ Artigo recebido em: 25/04/2015. Pareceres emitidos em 02/06/2015, 10/06/2015 e 16/06/2015. Aprovação comunicada em 24/07/2015.

² Mestranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF), Niterói, Rio de Janeiro. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior (CAPES). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF, 2014), Niterói, Rio de Janeiro. E-mail: <leticiadourado@id.uff.br>.



study the systematization the subject has been receiving from the Brazilian Legal Order, and also to verify how the Supreme Court (Supremo Tribunal Federal) is deciding the cases submitted so far. This research is theoretical, which includes a descriptive research with a qualitative approach.

Keywords: Right to freedom of expression. Right to freedom of information. Democratization. Mass media.

Sumário: 1. Introdução. 2. Respaldo Constitucional. 3. A posição do Supremo Tribunal Federal. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa centraliza-se na sistemática constitucional brasileira da comunicação social, sob a perspectiva da vedação da formação de monopólio e oligopólio dos meios de comunicação – expressamente prevista no art. 220, § 5º, da CRFB/88 – e da distinção entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa.

Nesta perspectiva surgem os seguintes questionamentos: é constitucional o controle legal e administrativo dos meios de comunicação? Este controle se presta a garantir efetivamente o direito fundamental à liberdade de expressão?

A constitucionalidade de eventual processo regulatório dos meios de comunicação social será explorada a partir da consideração de que existe dispositivo constitucional expresse e especificamente direcionado ao setor midiático que veda a formação de monopólio e oligopólio (art. 220, parágrafo 5º, CRFB/88), tendo por pressuposto a urgência de instrumentos de democratização dos meios de comunicação que resguarde a pluralidade do debate público.

Neste sentido, os objetivos específicos a serem desenvolvidos pelo presente estudo são: a) apresentar a sistemática jurídica brasileira frente às discussões que decorrem do controle – legislativo e administrativo – dos meios de comunicação social, tomando por base, principalmente, os dispositivos constitucionais; b) examinar como o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado frente à problemática levantada, com fundamento nos apontamentos a respeito do emblemático julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 e da propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 10.



Por todo o exposto, reforça-se que o leitor deve se desvencilhar do senso comum que acaba por considerar as ponderações que serão a seguir expostas como atitudes “antidemocráticas” que são taxadas por “censura”.

Assevera-se, desde já, que a problemática apresentada é estigmatizada pelo “discurso mercadológico”³ da mídia corporativa que resulta na dificuldade de sua discussão. Entretanto, há de sublinhar que este estudo não propõe outra coisa, senão, que a efetividade de dispositivos constitucionais que resguardam valores democráticos e pluralistas.

2 RESPALDO CONSTITUCIONAL

À priori, faz-se imperioso pontuar uma singela diferença existente entre direito à liberdade de expressão, direito ao acesso à informação e liberdade de imprensa.

O direito à liberdade de expressão do pensamento, previsto no art. 5º, inciso IV, da CRFB/88, tem por objeto a tutela do direito eminentemente individual de expor ideias e opiniões, deste modo, é analisado sob a perspectiva do sujeito que emite a manifestação do pensamento.

O direito ao acesso à informação⁴, disposto no art. 5º, inciso XIV, da CRFB/88, abarca a característica de direito difuso da manifestação livre do pensamento, verificado sob o ângulo dos sujeitos receptores das mensagens.

Finalmente, prescrita no art. 5º, inciso IX, CRFB/88, a liberdade de imprensa é o instrumento de efetividade dos direitos à liberdade de expressão e ao acesso à informação, trata-se de uma liberdade resguardada aos meios de comunicação social – à mídia, ou seja, àqueles que fazem a mediação da comunicação entre os cidadãos. No que diz respeito à liberdade de imprensa, Godoy (2001, p. 61) afirma que “[...] Por meio dela se assegura a veiculação das informações pelos órgãos de imprensa”.

³ Sobre o discurso mercadológico da mídia corporativa, Lima (2012, p. 38) destaca que: “O vínculo entre liberdade de expressão, liberdade de imprensa e democracia passa pela crença liberal de que o livre debate feito por indivíduos racionais e bem informados no mercado de ideias conduzirá necessariamente à formação de uma opinião pública independente capaz de tomar as melhores decisões para o conjunto da sociedade e, mais ainda, à prevalência da verdade”.

⁴ Nas palavras de Godoy (2001, p. 58): “Esse direito de informação ou de ser informado, então, antes concebido como um direito individual, decorrente da liberdade de manifestação e expressão do pensamento, modernamente vem sendo entendido como dotado de forte componente e interesse coletivo, a que corresponde, na realidade, um direito coletivo à informação”.



Ante o exposto, é necessário reforçar que a liberdade de expressão não se confunde com a liberdade de imprensa. É sabido que ambas tiveram origens comuns e são frutos dos ideais liberais do século XVIII. Entretanto, face à realidade globalizada e ao conseqüente desenvolvimento da sociedade de massa, hodiernamente a liberdade de imprensa é concebida em razão de interesses econômicos e ideológicos de grupos empresariais hegemônicos dos meios de comunicação social (LIMA, 2012).

Neste sentido destaco que “[...] a mídia constitui hoje uma indústria de ponta, extremamente rentável e com impacto muito profundo nos cenários social, político e econômico [...]” (MARTINS; SARAIVA; PIERANTI, 2008, p. 77).

Ao dispor sobre a “Comunicação Social”, a Constituição Federal, em seu artigo 220, reforçou a dimensão individual e defensiva do direito à liberdade de expressão já consagrado expressamente como direito fundamental no citado art. 5º, inciso IV, da Magna Carta.

Topograficamente, a “Comunicação Social” vem disciplinada nos arts. 220 a 224, da CRFB/88, todavia, com o reconhecimento do princípio da unidade da Constituição⁵, é conveniente que os referidos dispositivos normativos sejam interpretados à luz do conjunto de normas jurídicas – regras e princípios⁶ – consagradas pela Constituição Federal como um todo.

Por meio de uma leitura desatenta ou literal do *caput* e do parágrafo 1º do art. 220, CRFB/88, os direitos à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa são tidos como direitos individuais quase que intocáveis, no entanto, o próprio texto constitucional os flexibilizou ao estabelecer parâmetros mínimos para a sua limitação, com a imposição de determinadas restrições, tais como a vedação do anonimato (art. 5º, IV, CRFB/88), a garantia do direito de resposta (art. 5º, V, CRFB/88), o respeito à privacidade (art. 5º, X, CRFB/88) e o direito de acesso à informação (art. 5º, XIV, CRFB/88).

É incontestável que os direitos à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa tenham sido amplamente resguardados pelo constituinte originário de 1988

⁵ “É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação. Afinal, a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas ideias que configuram um núcleo irreduzível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas” (BARROSO, 2006, p. 196).

⁶ Sobre o assunto ver também Ávila (s.d, p. 78).



como uma reação necessária aos abusos cometidos durante o período da ditadura militar (1964-1985).

Na lição de Luís Roberto Barroso (2001, p. 138), a Constituição consagrou o princípio geral da ampla liberdade de expressão e, paralelamente a ele, duas regras específicas, quais sejam: a proibição da censura e da licença prévia. Desta maneira, o poder público não está autorizado a atuar previamente em relação ao conteúdo das mensagens transmitidas por qualquer dos meios de comunicação social, sejam eles radiodifusores ou impressos.

Diante de todo o exposto, o direito à liberdade de expressão provoca um importantíssimo dilema a ser resolvido cuidadosamente, na medida em que comporta uma dimensão defensiva – que impõe uma postura negativa por parte do Estado – e uma dimensão protetiva – no sentido de demandar do Estado uma intervenção para sua efetividade, nas palavras de Gustavo Binbenbim (2006, p. 475-476):

Aqui o dilema é ainda mais agudo, pois o conflito se dá entre as dimensões *defensiva* e *protetiva* do mesmo direito fundamental, que limita e exige a atuação estatal quase que simultaneamente. Nesse equilíbrio delicado e complexo, qualquer excesso na intervenção pode descambar para um Estado totalitário e controlador das manifestações discursivas da sociedade civil, ao passo que qualquer omissão do Estado pode representar a exclusão do discurso público de grupos sociais econômica e politicamente desfavorecidos e a manipulação desse mesmo discurso por grupos hegemônicos que controlam os meios de comunicação de massa [...].

No Brasil, a própria Constituição Federal de 1988 prevê dispositivos normativos que demonstram a natureza dúplice do direito fundamental à liberdade de expressão, abarcando duas dimensões⁷ distintas. Consagra-se, ao mesmo tempo, a liberdade de expressão como um direito fundamental de primeira dimensão – eminentemente individual e negativo – mas relativizado e desta maneira com características de direito fundamental de terceira dimensão – como um direito difuso e positivo.

Nos estudos de Paulo Bonavides (2011), é possível qualificar o direito fundamental à liberdade de expressão como um direito de quarta geração ao passo

⁷ “[...] o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade [...]” (BONAVIDES, 2011, p. 571-572).



que é analisado sob a perspectiva da democracia e do pluralismo – essenciais ao direito à informação. Neste sentido, vale ressaltar o seguinte trecho:

[...] Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder [...] (BONAVIDES, 2011, p. 571).

Sob a faceta difusa e protetiva do direito fundamental à liberdade de expressão, o constituinte originário vedou expressamente a formação, direta ou indireta, de monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social, dirigida tanto aos meios radiodifusores quanto aos impressos. Neste sentido, destaca-se o conteúdo do art. 220, § 5º, CRFB/88:

Art. 220, CRFB/88 (...) Parágrafo 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

De fato, a vedação constitucional acima referida possui uma dupla função. Trata-se de uma vedação com a finalidade econômica de evitar práticas abusivas no âmbito das empresas de comunicações – tal como a concorrência desleal. Também com o objetivo de se resguardar a democracia e a pluralidade do debate público, daí decorrendo sua finalidade jurídica.

Na perspectiva econômica, como já assinalado, o art. 220, parágrafo 5º, da CRFB/88 tem por objetivo evitar os abusos decorrentes da concentração dos meios de comunicação que podem se revestir na forma da concentração vertical, horizontal e cruzada⁸.

Em sua redação originária, o dispositivo constitucional mencionado preocupou-se em determinar uma vedação dirigida aos agentes que atuam no mercado midiático, em contrapartida às cláusulas gerais já determinadas no art. 170 da CRFB/88 (CAMARGO, 2003, p. 70).

⁸ “[...] a concentração na mídia pode ser: (i) vertical, englobando as diferentes cadeias de valor de uma indústria de comunicação, como as atividades de produção, de empacotamento e de distribuição de conteúdo eletrônico; (ii) horizontal, quando se dá entre empresas ou entidades situadas na mesma posição na cadeia produtiva, resultando numa concentração entre potenciais concorrentes; (iii) uma concentração multimídia, também chamada de propriedade cruzada, que consiste numa concentração em que uma mesma empresa possui o controle de diferentes tipos de veículos de comunicação, como rádios, canais de TV, TVs por assinatura ou provedores de acesso à Internet em uma mesma localidade ou região [...]” (PINHEIRO, 2013, p. 203).



Esta vedação especificamente direcionada às empresas de comunicação social justifica-se, tendo em vista que a referida atividade econômica tem por objeto a informação e, face ao debate público, as práticas concentracionistas representam grandes perigos, destacando-se que:

Com efeito, é inquestionável o poder da imprensa [...]. A concentração desse poder em poucas mãos poderia cercear o direito da maioria da população para se expressar ou poderia influenciá-la de forma pouco saudável para o livre exercício da democracia [...] (MARTINS; SARAIVA; PIERANTI, 2008, p. 64)

Em seu viés jurídico, a problemática intrinsecamente vinculada ao art. 220, § 5º, CRFB/88 diz respeito à precariedade do acesso à informação. De forma que as práticas concentracionistas no âmbito das empresas de comunicação social afetam diretamente o exercício democrático da cidadania. Assim, o acesso à informação fica condicionado por interesses econômicos e políticos de grupos empresariais dominantes, resultando na anulação do pluralismo e no prejuízo da participação da sociedade no debate público.

Sobre as consequências nefastas da concentração dos meios de comunicação social, sublinha-se as palavras de Gustavo Binenson (2006, p. 479):

[...] a autonomia dos que não têm acesso a veículos igualmente poderosos fica comprometida em larga medida e o público em geral, a seu turno, acaba por ter acesso tão-somente aos conteúdos e versões apresentados pelos controladores da chamada 'grande mídia'. A entrega do discurso público a regras puramente de mercado acaba por excluir a voz daqueles que não detêm um quinhão no mercado da comunicação social.

Levando-se em consideração a prejudicialidade da concentração dos meios de comunicação, é imperiosa a criação de normas jurídicas que inibam práticas abusivas do exercício da liberdade de imprensa, daí a necessidade de regulamentar o art. 220, § 5º, CRFB/88.

A regulamentação em questão é a normativa – por ato do Poder Legislativo e do Poder Executivo – com o objetivo de delimitar o exercício de direitos e impor deveres a eles correlatos, a fim de reprimir os abusos de direito ou impor sanções às condutas que exorbitem o seu exercício regular.



Tal providência revela-se essencial à plena efetividade do direito à liberdade de expressão em sua perspectiva difusa aos excluídos do debate público, normalmente por questões econômicas, concretizando verdadeira medida de combate ao “efeito silenciador do discurso” (FISS, 2005).

O controle normativo que é proposto tem por fundamento a sistematicidade do próprio texto constitucional, com respaldo no Estado Democrático de Direito, no pluralismo político consagrado como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, no direito fundamental ao acesso à informação e na vedação expressa da formação do monopólio e oligopólio dos meios de comunicação social.

Desta forma, é imperiosa a realização de uma ponderação de interesses, salientando, contudo, que o referido controle será constitucional desde que respeite os próprios limites fixados constitucionalmente, principalmente, aqueles relacionados às garantias fundamentais individuais que estão intrinsecamente vinculadas à problemática.

Impende reforçar que a regulamentação aventada é normativa e toca os mecanismos de acesso à concessão, permissão ou autorização para o exercício dos serviços pertinentes à comunicação social. Dessa forma, não diz respeito à análise do conteúdo da mensagem a ser vinculada, e tem por objetivo principal a democratização do direito ao acesso à informação por meio de medidas que inibam o desenvolvimento de monopólio e oligopólio dos meios de comunicação, medidas estas instrumentais e não de conteúdo.

Não se confundindo a regulação proposta por este trabalho com a censura, é imperioso destacar a diferença existente entre censura e mecanismos de controles, contida nos ensinamentos de Luis Roberto Barroso (2001, p. 132):

Censura é a submissão à deliberação de outrem do conteúdo de uma manifestação do pensamento, como condição prévia de sua veiculação. [...] Com ela não se confunde a existência de mecanismos de *controle*, que é a verificação do cumprimento das normas gerais e abstratas preexistentes, constantes da Constituição e dos atos normativos legitimamente editados, e eventual imposição de consequências jurídicas pelo seu descumprimento.

O próprio texto constitucional, ao consagrar o direito fundamental à liberdade de expressão em duas perspectivas diferentes o fez com vistas a evitar tanto a censura estatal quanto a censura do particular – exercida pelos grupos empresariais



denominados por “mídia corporativa”. Reforçando esta ideia, Fábio Konder Comparato (2012, p. 16) destaca que “A atual inversão dos papéis fez com que o poder de censura passasse das autoridades estatais para os próprios órgãos privados de comunicação social [...]”.

Como consequência dessa vedação, decorre a necessidade da regulamentação dos meios de comunicação social para evitar os abusos econômicos e políticos oriundos do monopólio e oligopólio na mídia.

Objetiva-se, com a regulamentação do art. 220, § 5º, da CRFB/88, a efetividade do direito à liberdade de expressão, garantindo-se o acesso democrático e plural à informação, a fim de que sejam incluídos os interesses minoritários e resguardada a igualdade substancial no debate público, tendo em vista a concretização da cidadania. Neste sentido salienta-se:

A resposta pode vir na forma de um processo regulatório que permita maior participação da sociedade civil e se materialize numa lei geral das comunicações, garantidora da democratização da comunicação entendida de forma ampla [...], de modo a viabilizar uma política pública de comunicação pautada pela pluralidade de vozes e pela diversidade cultural (MARTINS; SARAIVA; PIERANTI, 2008, p. 99).

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 2000, foi aprovada a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão que, em seu princípio 12, determina expressamente a necessidade do desenvolvimento leis que tenham por objetivo superar a situação de monopólio e oligopólio dos meios de comunicação, nos seguintes termos:

Princípio 12 – Os monopólios ou oligopólios na propriedade e controle dos meios de comunicação devem estar sujeitos a leis anti-monopólio, uma vez que conspiram contra a democracia ao restringirem a pluralidade e a diversidade que asseguram o pleno exercício do direito dos cidadãos à informação. Em nenhum caso essas leis devem ser exclusivas para os meios de comunicação. As concessões de rádio e televisão devem considerar critérios democráticos que garantam uma igualdade de oportunidade de acesso a todos os indivíduos.

Partindo do pressuposto de que o Poder Público é o legítimo garantidor das disposições constitucionais, há de se reconhecer “[...] a importância do Estado como responsável pela promulgação de marcos legais voltados para o livre fluxo de



informações e a liberdade de expressão” (MARTINS; SARAIVA; PIERANTI, 2008, p. 131). Principalmente ao se considerar que a previsão em abstrato dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa – relacionados à comunicação – não lhes garante efetividade.

Sendo assim, para que o acesso à informação seja democrático, com a inclusão dos cidadãos no debate público, é imprescindível que seja resguardada a pluralidade nos meios de comunicação social. Estas são as premissas para a regulamentação do art. 220, § 5º da CRFB/88, com vistas ao que é enunciado pelo princípio nº 12 da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão da OEA.

3 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de enfrentar a problemática do direito fundamental à liberdade de expressão quando do julgamento da ADPF nº 130, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT).

A referida ADPF teve por objeto a declaração da não recepção total da Lei federal nº 5.250/87, com o fundamento de que o texto legal impugnado era incompatível com a ordem democrática estabelecida pela Constituição Federal de 1988. Alternativamente, o arguente pediu a declaração da não recepção de determinados dispositivos normativos da referida lei e a interpretação conforme dos demais, a fim de evitar abusos aos preceitos fundamentais relacionados ao direito à liberdade de expressão.

O plenário do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, decidiu, por maioria, pela não recepção total da Lei nº 5.250/67, salientando que foram vencidos, em parte, o Min. Joaquim Barbosa, a Min. Ellen Gracie e o Min. Gilmar Mendes, e vencido integralmente o Min. Marco Aurélio.

Em breve análise o debate girou em torno da perspectiva do direito fundamental à liberdade de expressão e da eventual ausência de regulamentação dos meios de comunicação social.

No julgamento ficou assentado que o direito à liberdade de expressão – na ocasião compreendido como sinônimo de direito à liberdade de imprensa – deve ser analisado em sua perspectiva eminentemente individual, negativa e liberal, no sentido



de impor uma postura de abstenção por parte do Estado e permitir uma atuação plenamente livre aos indivíduos – em especial aos meios de comunicação social. Neste sentido, destaca-se trecho do voto do Min. Carlos Ayres Britto, no parágrafo 36:

[...] assim visualizada como verdadeira *irmã siamesa* da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. Até porque essas duas categorias de liberdade individual também serão tanto mais intensamente usufruídas quanto veiculadas pela imprensa mesma [...] (BRASIL, STF, ADPF 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, p. 40, grifos do texto original).

Tendo por referência o *caput*, art. 220, da CRFB/88, o direito à liberdade de expressão a ser exercido pelos meios de comunicação social foi considerado um direito individual pleno que não comporta restrição ou limitação por meio de um ato do legislador infraconstitucional, a não ser na ocasião em que o próprio constituinte autorizar e nos limites constitucionais. Deste modo, ficou determinado que toda e qualquer limitação ou restrição à liberdade de expressão deve decorrer diretamente de autorização expressa da Constituição Federal, assim afirma o Min. Relator no parágrafo 38:

É precisamente isto: no último dispositivo transcrito a Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) **que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição [...]**(BRASIL, STF, ADPF 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, p. 43, grifos do texto original).

No que diz respeito à necessidade ou não de regulamentação dos meios de comunicação social, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 130, por meio de uma análise teorizada e partindo-se de conceitos abstratos, considerou, ideologicamente, que o simples fato de a norma constitucional vedar expressamente a formação, direta ou indireta, de monopólio ou oligopólio já é o suficiente para evitar que tais práticas efetivamente existam, o que inclusive demonstraria o exercício democrático e o pluralismo dos meios de comunicação e anularia a necessidade de uma regulamentação infraconstitucional.



Assim, foi considerado que a previsão constitucional de vedação da formação do monopólio ou oligopólio torna os meios de comunicação de massa democráticos e plurais, concluindo pela desnecessidade da sua regulamentação infraconstitucional, vale transcrever o parágrafo 29 do voto do Min. Carlos Ayres Britto:

O que se tem como expressão da realidade, portanto, é, de uma banda, um corpo social progressivamente esclarecido por uma imprensa livre e, ela mesma, plural (visto que são proibidas a oligopolização e a monopolização do setor). Corpo social também progressivamente robustecido nos seus padrões de exigência enquanto destinatário e conseqüentemente parte das relações de imprensa. De outra banda, uma imprensa que faz de sua liberdade de atuação um necessário compromisso com a responsabilidade quanto à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público. **Do que decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade**, até porque, sob o prisma do conjunto da sociedade, quanto mais se afirma a igualdade como característica central de um povo, **mais a liberdade ganha o tônus de responsabilidade [...]**(BRASIL, STF, ADPF 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, p. 33, grifos do texto original).

Venício A. de Lima (2012, p. 206-208), autor de importantes trabalhos a respeito da problemática da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa, considerou que a decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 130, acolheu os interesses da grande mídia, na medida em que fez uso de conceitos abstratos não condizentes com a realidade dos meios de comunicação de massa, utilizando-se da clássica concepção individualista do direito à liberdade de expressão.

Concebendo-se a liberdade de expressão como sinônima de liberdade de imprensa, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 130, por meio de uma análise idealizada – do fantástico mundo do dever ser – concluiu que somente o Estado é o grande inimigo da liberdade de expressão, desconsiderando por completo a perspectiva difusa do direito à liberdade de expressão. Desta maneira, não levou em conta a possibilidade de que a concentração dos meios de comunicação social pode afetar o exercício democrático da liberdade de expressão, anulando o pluralismo do debate público e por consequência dando origem à censura promovida por parte da grande mídia.

Em decisão emblemática, o Min. Gilmar Mendes, relator do Recurso Extraordinário nº 511.961, na apreciação do mérito, discorreu sobre a diferença existente entre liberdade de expressão e liberdade de imprensa e sobre a atual periculosidade que as grandes mídias representam ao exercício do direito à liberdade



de expressão concebida como direito difuso, vale ressaltar o importantíssimo trecho do voto constante das fls. 72-74:

[...] o poder da imprensa é hoje quase incomensurável. Se a liberdade de imprensa nasceu e se desenvolveu, conforme antes analisado, como um direito em face do Estado, uma garantia constitucional de proteção de esferas de liberdade individual e social contra o poder político, hodiernamente talvez represente a imprensa um poder social tão grande e inquietante quanto o poder estatal. É extremamente coerente, nesse sentido, a assertiva de Ossenbühl quando escreve que **'hoje não são tanto os media que têm de defender a sua posição contra o Estado, mas, inversamente, é o Estado que tem de acautelar-se para não ser cercado, isto é, manipulado pelos media'** (Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 63).

Nesse mesmo sentido são as ponderações de Vital Moreira:

'No princípio a liberdade de imprensa era manifestação da liberdade individual de expressão e opinião. Do que se tratava era de assegurar a liberdade da imprensa face ao Estado. No entendimento liberal clássico, a liberdade de criação de jornais e a competição entre eles asseguravam a verdade e o pluralismo da informação e proporcionavam veículos de expressão por via da imprensa a todas as correntes e pontos de vista.

Mas em breve se revelou que a imprensa era também um poder social, que podia afetar os direitos dos particulares, quanto ao seu bom nome, reputação, imagem, etc. Em segundo lugar, a liberdade de imprensa tornou-se cada vez menos uma faculdade individual de todos, passando a ser cada vez mais um poder de poucos. Hoje em dia, os meios de comunicação de massa já não são expressão da liberdade e autonomia individual dos cidadãos, antes relevam dos interesses comerciais ou ideológicos de grandes organizações empresariais, institucionais ou de grupos de interesse.

Agora torna-se necessário defender não só a liberdade da imprensa mas também a liberdade face à imprensa.' (MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na Comunicação Social*. Coimbra: Coimbra Editora; 1994, p. 9).

O pensamento é complementado por Manuel da Costa Andrade, nos seguintes termos:

'Resumidamente, as empresas de comunicação social integram, hoje, não raro, grupos económicos de grande escala, assentes numa dinâmica de concentração e apostados no domínio vertical e horizontal de mercados cada vez mais alargados. Mesmo quando tal não acontece, o exercício da atividade jornalística está invariavelmente associado à mobilização de recursos e investimentos de peso considerável. O que, se por um lado resulta em ganhos indistigáveis de poder, redundando ao mesmo tempo na submissão a uma lógica orientada para valores de racionalidade económica. Tudo com reflexos decisivos em três direções: na direção do poder político, da atividade jornalística e das pessoas concretas atingidas (na honra, privacidade/intimidade, palavra ou imagem).' (op. Cit. P. 62)

É compreensível, assim, que o exercício desse poder social muitas vezes acabe por ser realizado de forma abusiva. É tênue a linha que separa a atividade regular de informação e transmissão de opiniões do ato violador de direitos da personalidade. E os efeitos do abuso do poder da imprensa são praticamente devastadores e de difícil reparação total [...].

No Estado Democrático de Direito, a proteção da liberdade de imprensa também leva em conta a proteção contra a própria imprensa (BRASIL, STF, RE 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 72-74, grifos do texto original).



Em 2010, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL – propôs ao Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 10.

A ADO nº 10 tem por objeto a omissão inconstitucional do Congresso Nacional no que diz respeito à regulamentação das seguintes matérias: a) quanto ao direito de resposta previsto no art. 5º, V, CRFB/88; b) quanto aos princípios determinados no art. 221, CRFB/88 no que diz respeito à produção e à programação das emissoras de rádio e televisão, em conformidade com o art. 220, § 3º, II, CRFB/88; c) quanto à proibição de monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social prevista no art. 220, § 5º, CRFB/88.

Ao presente trabalho interessa, em especial, a problemática da regulamentação do art. 220, § 5º, da CRFB/88.

O autor da ação argumenta que a referida norma não pode ser classificada como “autoaplicável” pelo simples fato de não conter em seu texto expressão tal como “na forma da lei”, na medida em que o monopólio e o oligopólio são conceitos que ultrapassam a ciência jurídica estando diretamente relacionados às ciências econômicas. Neste sentido, destaco o seguinte trecho da obra “Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa”:

No que diz respeito às liberdades analisadas, todas elas consideradas direitos e garantias fundamentais, cabe ao Estado, em primeiro lugar, seu reconhecimento e proteção. Compete-lhe, também, assegurar que o exercício desses direitos não prejudique outros direitos fundamentais. Tudo isso é matéria das leis que regulamentam o exercício dos direitos constitucionais. Mesmo que a Constituição brasileira determine a aplicação imediata das normas que definem direito e garantias (art. 5º, parágrafo 1º), é necessário regulamentar as formas de exercício desses direitos, seus alcances e limites, e eventuais conflitos entre esses direitos (MARTINS; SARAIVA; PIERANTI, 2008, p. 64).

A ADO nº 10 está pendente de julgamento, mas o parecer positivo elaborado pelo Ministério Público Federal reanimou os ânimos daqueles que prezam pela democratização dos meios de comunicação social.

O Ministério Público Federal opinou pela procedência parcial do pedido formulado pelo PSOL, corroborando com a necessidade de regulamentação legal art. 220, § 5º, da CRFB/88.



Utilizando-se da dimensão objetiva do direito fundamental à liberdade de expressão, foi defendida a necessidade de o Estado atuar para promover a democratização dos meios de comunicação de massa.

Foi reconhecido que o grande obstáculo à efetivação da regulamentação do art. 220, § 5º, CRFB/88 diz respeito ao discurso da grande mídia que associa toda e qualquer tentativa de democratização dos meios de comunicação de massa à “censura”, fazendo uso da clássica concepção do direito fundamental à liberdade de expressão, como um direito eminentemente individual passível de abuso somente por parte do Estado. Nos termos de fls. 5-6:

Em democracias jovens, como a brasileira, costuma-se considerar intocáveis determinados temas ligados às liberdades públicas, com o compreensível receio de que a sua regulamentação ocasione eventuais retrocessos. Esse é o exemplo da comunicação social e, conseqüentemente, da liberdade de expressão. A cada tentativa de discussão sobre o tema, imediatamente os grandes veículos de comunicação se levantam para tachá-las de “censura”, invocando um discurso que se trataria de restrição a um direito fundamental absoluto (BRASIL, STF, ADO 10. Parecer do Ministério Público Federal).

Asseverou-se que o direito fundamental à liberdade de expressão comporta duas perspectivas, quais sejam, defensiva e protetiva. Desta maneira, a característica clássica do direito fundamental à liberdade de expressão deve ser sopesada à sua qualificação como um direito difuso que demanda também uma proteção por parte do Estado.

Reconhecendo que o direito fundamental à liberdade de expressão também deve ser preservado sobre a perspectiva dos receptores das mensagens, sustentou-se que a postura da grande mídia é uma afronta direta ao exercício efetivo, democrático e plural do referido direito, verificando-se que “o efeito silenciador vem do próprio discurso”, fazendo uso das palavras de Owen Fiss (2005).

Ainda para sustentar a necessidade de regulamentação do art. 220, § 5º, da CRFB/88, o Ministério Público citou a experiência da Argentina com o advento da Lei nº 26.522/09 (*Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual*), alegando que o referido país – que também tanto sofreu com o autoritarismo de uma ditadura militar – foi capaz de desenvolver um controle normativo apto a garantir a democratização, o pluralismo e a expansão do direito à liberdade de expressão.



Por fim, rebateu-se o argumento de que a norma consagrada no art. 220, § 5º, da CRFB/88 é uma norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, o que hipoteticamente não demandaria a sua regulamentação. Afirmou-se que a mera possibilidade de produzir efeitos não garante à norma constitucional a necessária efetividade social, assim, a ausência da regulamentação afronta o sobreprincípio da proporcionalidade, na medida em que não tutela de maneira efetiva o direito consagrado pela norma constitucional. Destaca-se o trecho à fls. 12-13:

[...] a mera aptidão para a produção de efeitos não garante que as normas constitucionais tenham a devida efetividade social [...]

No caso em questão, a regulação legislativa é fundamental para viabilizar a devida efetividade da norma do art. 220, parágrafo 5º, sob pena de se incorrer em violação ao princípio da vedação à proteção deficiente de direitos constitucionalmente tutelados, que representa uma das facetas do princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CR). Diante do reconhecimento de que o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional, a doutrina vem assentando que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas quando há excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta manifestamente deficiente. (BRASIL, STF, ADO 10. Parecer do Ministério Público Federal. Grifos nossos).

Há de se destacar que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 10 revigorou, agora com o apoio do Ministério Público Federal, o discurso daqueles que buscam dar efetividade ao acesso democrático e igualitário à informação, de maneira a garantir o pluralismo no debate público.

Assim, aguarda-se ansiosamente o seu julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, para que as questões envolvendo o direito fundamental à liberdade de expressão e a regulamentação do art. 220, parágrafo 5º, CRFB/88 sejam debatidos de maneira ampla, a fim de se dê espaço ao reconhecimento de que o referido direito fundamental também comporta uma perspectiva difusa que demanda uma proteção incisiva por parte do Estado e que não se confunde com direito à liberdade de imprensa.

4 CONCLUSÃO

O cenário político brasileiro revela um grande descaso com as problemáticas que integram o direito à comunicação. Neste contexto, é possível constatar que não



há, no Brasil, uma preocupação legislativa com as práticas concentracionistas dos meios de comunicação social.

Assevera-se que da omissão normativa – qualificada, inclusive, como inconstitucional - resulta em uma mídia monopolizada e oligopolizada, produzindo externalidades negativas à efetividade do direito fundamental à liberdade de expressão, à democratização dos meios de comunicação social e à pluralidade do debate público.

Pelo exposto, verifica-se que as práticas abusivas de mercado – monopólios e oligopólios – quando perpetradas por grupos empresariais midiáticos contribuem para a limitação do direito fundamental à liberdade de expressão.

Ficou demonstrado que os desenvolvimentos tecnológicos e industriais contribuíram para a institucionalização da mídia que, hodiernamente, atua dentro da já mencionada lógica do capital e do poder. Disto resulta a urgente necessidade de reconhecer que o direito fundamental à liberdade de expressão é de titularidade do indivíduo e não da mídia – aqui considerada como instituição com interesses políticos e econômicos.

Infelizmente, no Brasil, as questões relacionadas aos meios de comunicação social são objeto de rasos debates, reforçando que o assunto ainda é encarado sob a perspectiva predominante dos interesses econômicos da mídia corporativa, que, visivelmente, exerce grande influência política, resultando na inércia legislativa, na manutenção do status quo e em situações abusivas.

Isto posto, faz-se imperiosa a superação do discurso eminentemente mercadológico proferido pela mídia corporativa. Neste sentido, salienta-se voto vanguardista proferido pelo Min. Gilmar Mendes, relator do Recurso Extraordinário nº 511.961, em que, na apreciação do mérito, discorreu sobre a diferença existente entre liberdade de expressão e liberdade de imprensa e sobre a atual periculosidade que as grandes mídias representam ao exercício do direito à liberdade de expressão.

É possível afirmar que o controle – legislativo e administrativo – dos meios de comunicação social tem autoridade na sistematicidade do próprio texto constitucional, respaldado no Estado Democrático de Direito, no pluralismo político, no direito fundamental ao acesso à informação e na vedação expressa do art. 220, parágrafo 5º. Fundamentando-se na dimensão protetiva do direito fundamental à liberdade de



expressão, que demanda do Estado uma intervenção. De modo que, o referido controle é instrumento apto superar as situações abusivas decorrentes da concentração da propriedade dos meios de comunicação social.

Assevera-se, por fim, que a temática suscitada pelo presente trabalho clama por uma discussão aprofundada, a fim de que se desenvolva um novo marco teórico e normativo, com vista à garantia de uma propriedade desconcentrada dos meios de comunicação, preservando-se a diversidade cultural, a pluralidade de vozes e, por consequência, concedendo efetividade ao direito fundamental à liberdade de expressão.

5 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed., rev. ampl. s.l.: Malheiros, s.d.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional e transformadora. 6. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In: **Parecer civil**. RT/Fasc. Civ. Ano 90, v. 790, ago. 2001.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro, São Paulo e Pernambuco: Renovar, 2006.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: 28 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 10**. Parecer do Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3984619>>. Acesso em: 03 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130/DF**, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 30/04/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=12837>>. Acesso em: 25 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE **511.961/SP**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/06/2009, p. 72-74. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2469175>>. Acesso em: 03 out. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2011.



CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Os Meios de Comunicação no Direito Econômico**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio. In: LIMA, Venício Artur de. **Liberdade de Expressão X Liberdade de Imprensa: Direito à Comunicação e Democracia**. 2. ed. São Paulo: Publisher Brasil, 2012.

FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulamentação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

LIMA, Venício Artur de. **Liberdade de Expressão X Liberdade de Imprensa: Direito à Comunicação e Democracia**. 2. ed. São Paulo: Publisher Brasil, 2012.

MARTINS, Paulo Emílio Matos; SARAIVA, Enrique; PIERANTI, Octavio Penna (orgs.). **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

PINHEIRO, Guilherme Pereira. Uma perspectiva neoconstitucional da regulação no espectro radioelétrico. **Revista de Direitos Humanos e Democracia**. Editora Unijuí, ano 1, nº 2, jul./dez., 2013.



A USUCAPIÃO POR ABANDONO FAMILIAR E O CINISMO: LIGEIRO ENSAIO CINICO DE LONGO TÍTULO SOBRE O QUE NÃO É, MESMO QUE DIGAM SER O QUE JAMAIS SERÁ¹

USOCAPTION IN FACE OF FAMILY ABANDON AND CYNICISM: AN ESSAY WITH A LONG TITLE
ABOUT WHAT IT IS NOT, DESPITE HAVING BEEN SAID TO BE WHAT IT NEVER WILL

Ricardo Aronne²

Resumo

Trata-se de ensaio, na estrutura proposta por ADORNO, voltado ao Direito Civil-Constitucional e sem perder o contato com as perspectivas do Direito e Literatura, tratando, em forma cínica e perspectiva cética, o surpreendente instituto recentemente inserido no Código Civil brasileiro pelo Legislativo nacional. Transdisciplinar e horizontal desde a concepção, o texto, sem descuidar dos aspectos teóricos, volta-se para os aspectos e impossibilidades práticas do instituto.

Palavras-chave: Direito Privado. Direito Civil-Constitucional. Família. Patrimônio. Usucapião.

Abstract

This essay, written in a structure as proposed by ADORNO, belongs in Civil - Constitutional Law albeit in touch with perspectives from both Law and Literature as well, in dealing with the mind-boggling institute recently inserted into the Brazilian Civil Code. From its very conception a transdisciplinary and horizontal piece, the text approaches practical impossibilities and other aspects of the institute without foregoing theoretical implications.

Keywords: Private Law. Civil-Constitutional Law. Family. Patrimony. Usocaption.

Sumário: 1. Jaboticabas do paralelo 30. 2. *In ratio legis non sanatio mens legislatoris*. 3. *Ainda nas margens*; 4. *Abandono e culpa*; 5. *Tomate não é legume*. 6. *Avanços constitucionais em risco*. 7. *Entre limoeiros e jaboticabeiras*.

¹ Artigo recebido em: 25/05/2015. Pareceres emitidos em 24/07/2015 e 21/10/2015 Aprovação comunicada em 25/10/2015.

² Pós-Doutor em Direito Privado pela UFPR, Doutor em Direito Civil e Sociedade pela UFPR, Mestre em Direito do Estado pela PUCRS, Especialista em Direito Processual pela PUCRS, Professor Titular da PUCRS, nos programas de graduação e pós-graduação, consultor e parecerista, membro do IBDP e do IBDFAM. E-mail: <ricardo.aronne@gmail.com>.



1 JABOTICABAS DO PARALELO 30

Esse texto examina a inscrição no art. 1.240 do Código Civil, da figura que vem sendo denominada pela efígie que intitula esse ensaio, acondicionada no dispositivo pelo caracter “A” que em seguida lhe foi aposto, qual a estranheza que os números irracionais são recebidos pela escola pitagórica que os desconhece e, paradoxalmente, renega. Como a raiz do número dois, que se constitui em número imaginário e impossível de localizar.

Ao menos em tese, esse movimento legislativo institui figura exótica ao Direito Civil universal que, dentre alguns nomes que lhe são dedicados, o mais popular é Usucapião por Abandono Afetivo. Poderia dizer-se, uma jaboticaba. Somente encontra-se no Brasil, no respectivo código civil, também exótica e tropicalmente aprovado desde 2002. Como a jaboticaba. Seria a Raiz Quadrada da jaboticaba.

Mas não se pode encerrar a análise pelo exotismo da figura legal ou sua nomenclatura, especialmente quando promissoras possibilidades críticas se avolumam de todos os ângulos pelo quais se aborde a proposta jurídica resultante desse artigo, intruso em um já intruso diploma, que busca se encapsular no sistema jurídico. Seria até apontada como conservadora tal escolha, hermeneuticamente, prévia a quaisquer análises melhores.

Mesmo em um ensaio rápido, como se propõem essas linhas a edificar sem maior solidez, o art. 1240-A do Código Civil é repleto de surpresas, desde suas franciscanas promessas.

Uma norma não nasce norma, assim se torna diante da expressão que vem a ganhar desde seus primeiros passos no Direito, até o seu claudicar na inexpressividade de sentido que venha a guardar no devir de sua historicidade.

Tampouco nasce de um texto sem contexto, desprendido de seu desenvolvimento nos intestinos legislativos que lhe acolham na condição de útero, no curso do seu processo de construção na maquinária, pouco precisa, que estriba a engenharia normativa (mormente estruturalista) que vem a compor a complexidade difusa do sistema jurídico.

Esse elemento já guardou muita importância hermenêutica, em período que a ratio legislatoris orientava a bússola hermenêutica, costumeiramente bêbada, do



solitário intérprete em suas obscuras escrivatinhas. Aqui, na ante-sala de um texto de influência pós-estruturalista, ele promete um novo sabor axiológico para o tempero da desconstrução e suas capacitações derridianamente desveladoras.

Pode apontar que não se trata de uma jaboticaba qualquer, também, ao revelar que somente prosperaria no descompromissado solo legislativo da Capital Federal da República.

2 IN RATIO LEGIS NON SANATIO MENS LEGISLATORIS

Elementos distintos são as causas que motivam leis dos modos como essas leis são produzidas. Não obstante isso, seria ingênuo à mente acostumada a desconstrução (DERRIDA) ignorar as pontes entre esses horizontes de sentido e postular, modernamente, um disciplinar corte entre esses momentos hermenêuticos. Assim, aqui esses veios se reconhecerão fluir para um mesmo rio que paradoxalmente lhes serve de nascedouro. Dele parte-se à descostura.

Em 2011 o Congresso Nacional debruçava-se sobre Medida Provisória que tratava de supostas correções e avanços no conhecido programa popular do Poder Executivo denominado Minha Casa Minha Vida. O prazo de apreciação se aproximava, sem solução dentro das respectivas comissões parlamentares.

Esse fato, muito natural no legislativo brasileiro, aqui teve significação, ao menos potencial, no deslinde da narrativa que constituiu o dispositivo em análise e sua possível hermenêutica, como logo se verá.

Mas como se lograr séria essa afirmação se nenhuma linha dessa MP era dedicada ao que se constituiu o art. 1240A do Código Civil ? Porque ao ver o termo do prazo se esgotar sem aprovação da Medida e suas respectivas consequências eficaciais emergirem, a solução dada foi a conversão daquela em um projeto de lei, a ser votado com urgência, visto que tampouco possuía maiores alterações. Tanto era assim que a exposição de motivos foi, respectivamente, transcrita ao projeto que teve tramite.

Ainda poderia permanecer dúvida quanto à relevância disso ao tema, mas quando percebe-se que, como por mágica, a inclusão do artigo legal em comento se dá pelo último dispositivo desse diploma, tudo pode mudar de figura. Como em um



conto não-linear, não raro iluminado atemporalmente de sentido, cabe aqui um recorte para posterior retomada, com a inclusão da razão, em contexto, do texto incluído da norma civil postulada no projeto, substitutivo da Medida Provisória originária.

A Medida Provisória referida, é analisada em Comissão, não sendo objeto de debate direto no Plenário. Quando chega a tal ponto, sua discussão é muito reduzida e o conhecimento dado aos demais parlamentares se restringe quase que somente a exposição de motivos da norma.

Dentro das comissões, no debate das propostas ao Minha Casa Vida, um dos pontos em que os iluminados legisladores do planalto se detiveram, foi que não raro os casais constituintes das famílias simples da planície, para os quais o programa se dirige, tinham sua união dissolvida. Que em razão disso, a mulher, normalmente, era abandonada e ficava vulnerável; enquanto o homem depois, ao divórcio, separação ou dissolução, viria a postular a sua meação. E mais, que esse era mais um problema que atribulava o Judiciário, sendo desejável um mecanismo que também lograsse aliviar-lhe de tal peso.

Assim emergiu o tema, cuja solução foi dada no substitutivo Projeto de Lei votado em plenário, cujo último dispositivo introduzia o respectivo artigo no Código. Votado mediante o conhecimento da exposição de motivos de uma lei dirigida ao mencionado programa social financiamento de moradias populares do Governo Federal e que não tem nenhuma ligação com a criação de mais um tipo de usucapião no Direito Privado brasileiro e não faz qualquer referência a isso.

Assim resultou o dispositivo, no Código Civil:

1240-A. Àquele que exercer, por 2 anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. §2º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

3 AINDA NAS MARGENS

Para ficar, inicialmente, com uma análise mais rasa, nas praias do tema e na rasa perspectiva formal, quase euclidiana, é por demais óbvio que quaisquer parlamentares que não participaram da respectiva comissão que originariamente



discutiu a Medida Provisória, sequer sabiam que estavam votando a inclusão de um dispositivo no Código Civil. Muito menos que criavam esse tropical usucapião de discutível sentido, desde logo. Essa jaboticaba.

Por óbvio o próprio processo legislativo resta contaminado, quando sequer a exposição de motivos faz qualquer referência no sentido do explicitado dispositivo, aqui implícito no que nunca poderia ser. A própria *voluntas legislatoris* se apresenta contaminada e truncada, onde jamais poderia ser. Poderia ser limitada a extensão do novo dispositivo codificado aos casos oriundos do Minha Casa Minha Vida? Seria absurdo imaginar tanto.

Mais do que isso, o desvio foi tamanho, que sequer a vontade do legislador é alcançada com a norma que esculpiu com mão torta. Haveria como se reconhecer uma usucapião para lhe dar efeitos constitutivos extrajudicialmente? É claro que não. A apreciação da questão originária é suprimida do Judiciário, aliviando de alguma forma o magistrado? A resposta, novamente, é um sonoro não.

Mas será que nenhum avanço pode provir da ? Não raro, de onde se espera que não venha nada, nada termina mesmo por vir. Porém, não renuncie-se, por tão pouco, a investigação do tema. Tal abandono traria conseqüente culpa. Como no dispositivo em tela.

4 ABANDONO E CULPA

Um ponto de aproximação afetado pelas causas de incidência da regra em análise seria o abandono, conforme textualmente prevê o dispositivo. Ou seja, as partes necessariamente controverterão e produzirão prova sobre esse ponto do tema, em face do atrator normativo insculpido no recorte produzido pela intervenção legislativa no ordenamento.

É, pois, na percepção de BOBBIO, norma geral exclusiva; pois, afastando-se o abandono exigido no tipo legal, afasta-se a incidência, pois trata-se regra, vale ou não, *all or nothing fashion* (DWORKIN).



Uma primeira aporese exsurge da noção de abandono. Abandono formal, resultante do cônjuge ou companheiro deixar o lar, ou material, resultante do mais absoluto ignorar de deveres mínimos que deveriam ser observados, mesmo no desenlace familiar ou fruto dele? Mesmo sendo deixado em plano secundário, simplificado pela adoção da primeira hipótese, mais confortável ao Direito das Coisas (disciplina que se apropriou da instituição da usucapião), os problemas não se minimizam.

Bem mais relevante é o retrocesso que implica a tipologia da norma, pois retornaria uma discussão em muito superada no Direito de Família e que vem dando mostras de sua superação tanto no campo da Responsabilidade Civil (FROTA) como no dos Contratos (CATALAN). Trata-se da culpa. Velha herança medieval que chegou em novas roupas ao Liberalismo e ao jovem Direito Civil e Penal. E que guarda avanços preciosos no sentido de sua superação, na contemporaneidade.

O Direito de Família brasileira superou a disciplina da culpa, introjetada na separação e divórcio desde seu ancestral desquite, no curso da virada dos anos 80 para os 90 do Século XX. Essa temática pautou muito a modernidade jurídica da família brasileira, sendo comuns casos de homicidas absolvidos em júri, com sua defesa suportada na honra que se estribava nos valores hiperbólicos daquela era, extrapolando-se de Família para o espectro Penal. Não há como retomar-se o tema do abandono, sem trazer com ele todo o fantasma da discussão da culpa e todo o retrocesso intrínseco a este processo.

E isso pautará a lide, centrando toda a controvérsia e produção de prova. Seria ingênuo pensar o contrário, pois essa prova inclui ou afasta o tipo, que acabará por pautar a partilha do casal, incluindo ou não o imóvel, qual ocorria nas discussões de culpa, de outrora.

É, pois, um salto no passado. Salto que tampouco desafoga o Judiciário. Ao contrário, piora tudo. Impõe, para evitar os efeitos do abandono, a interposição prévia de cautelar em casos que nunca iriam ter tal processamento em juízo. Traz muito mais turbulência ao processo de dissolução, separação ou divórcio e sua produção de prova, em um momento que todo o movimento do sistema jurídico aponta para outra direção, inclusive com procedimentos extrajudiciais sendo adotados, nesse sentido.



5 TOMATE NÃO É LEGUME

Já percorreu por esse texto, em contribuição estética quase parnasiana, a jaboticaba. Quando viu-se que o instituto se lhe podia igualar. Por que não trazer-se a esta mesa epistêmica também o tomate? Outra fruta !!! E que surpresa me foi, infante, quando disseram que era uma fruta !! Não era um legume... Acreditava, em clara ingenuidade revelada pelo legislador, que nada poderia me surpreender mais !! E era feliz assim... Até que disseram, e foi o Código quem disse, por ordem do Legislativo, que o instituto em análise importava em uma usucapião !! Mas agora posso resistir, ainda que de *lege ferenda*, e urrar aos quatro ventos que essa aberração é qualquer coisa, mas não usucapião.

Mas por que não? Porque jamais será, mesmo que se o ponha como tal. E não é, por não ter como ser, diante das condições deontológicas da própria usucapião. E tal observação condicional, de empostada força na apostação hermenêutica, não tem pilares formais em sua sustentação, discursivamente fluida, afinal, como dissera MARX, tudo que é sólido se desmancha no ar. É material.

Assim, perceba-se que a usucapião, qual a desapropriação, é um modo de aquisição originário da propriedade privada. Ou seja, o reconhecimento da usucapião implica, com a excepcionalidade, também de natureza material, da matéria das servidões prediais, no reconhecimento contínuo de um domínio consolidado em favor de quem se lhe o delare como usucapiente.

A propriedade daí decorrente, é fruto da constitutividade da sentença, corporificada no efeito mandamental, de cunho registral, que carrega. Constará de uma nova matrícula, eis que a anterior será arquivada no Livro Tombo do respectivo registro. Uma nova propriedade, decorrente de um novo domínio.

Isso é completamente distinto de um modo de aquisição derivado. Uma sentença de partilha, tem essa natureza. Tal qual as vias aquisitivas da compra e venda, dação, doação, ou permuta, a partilha decorrente de um inventário, separação, divórcio ou dissolução, são vias que importam em modos de aquisição derivados. Pelo menos até então.

A fundamental diferença reside no trânsito dominial, onde aqui se verifica uma sucessão, não uma ruptura, na condição do exercício dominial e sua respectiva



titularidade. Por isso não nasce uma nova matrícula e sim uma sucessão na cadeia matricular, respeitando, conseqüentemente, todos os gravames existentes no bem.

E isso é fundamental, porque uma norma não é um engôdo que o jurista tenha que descobrir o que fazer com ela e dar um sentido de sua aplicação, fundado no custe o que custar, conservadoramente lastreado no arcaico brocardo *dura lex sed lex*. Já foi pago o preço desse erro, no curso da Modernidade. A norma possui um endereço epistêmico que ao intérprete não é dado ignorar. Pode sim, e deve sempre que preciso sopesar, hierarquizar e relativizar no curso da senda, sempre discursiva, mediadora e dialógica, da hermenêutica.

Pois a origem da proposição normativa é o ajuste do programa governamental Minha Casa Minha Vida, consoante já explicitado, que é um programa federal de aquisição de moradias populares, para as mais necessitadas camadas da população. Gize-se, programa de aquisição e não de distribuição de moradias.

Esse ponto, em especial, deve ser objeto de reflexão desde as conseqüências da eficácia plena e rasa do dispositivo, pois tem muitas derivações. Elas serão apostadas nessas linhas, ao seu tempo. Mas aqui, desde o ponto alinhado nesse capítulo, entre legumes e frutas, uma delas precisa ser detectada.

Por decorrência do plano Minha Casa Minha Vida, o imóvel em tela restará gravado, em favor da Caixa Econômica Federal, garantindo a respectiva aquisição, mediante hipoteca ou, mais provavelmente, alienação fiduciária. Qual o resultado primário de uma usucapião, por decorrência de seu modo aquisitivo? A extinção dos gravames, como conseqüência do domínio consolidado que deriva, consoante o princípio da elasticidade.

Ou seja, a norma corretiva do plano é autofágica. Um *venire contra factum proprio*. E o modo aquisitivo da usucapião, não trata de um postulado formal. É uma condição material e orientador de sua eficácia externa ou extensão *erga omnes*. Não se cogitaria de um usucapiente de imóvel hipotecado, responder pela hipoteca. Seria, também desse ponto de vista, um *venire contra factum proprio*, de igual modo. Roubaria o sentido da usucapião, também.

Ademais, frutificaria torpeza com fulcro na norma, eis que bastaria uma das partes, supostamente em litígio familiar, alegar a incidência do dispositivo, por enquadramento, e o outro conduzir-se revél, para resolver a dívida do casal.



Portanto, admita-se que tomate seja fruta, porém isso não tem como ser uma usucapião, não obstante sua condição de jaboticaba.

6 AVANÇOS CONSTITUCIONAIS EM RISCO

A jurisprudência brasileira, desde a Constituição Federal de 1988, avançou a passos largos, mesmo que entre sístoles e diástoles, em matéria de titularidades, com forte assento na eficácia horizontal contingente do princípio da função social da propriedade privada. Assim, também as políticas públicas percebem-se mais comprometidas com a concretização da habitação como direito fundamental, com destaque para o programa governamental que originou a aprovação kafkaniana da norma em análise.

O desarranjo legislativo promovido pelo dispositivo em pauta, além de contrariar os fins a que se propõe, coloca em contradição o sistema jurídico, desvirtuando a concretização dos direitos fundamentais em tela. Em especial ao não se atentar a grande metragem que incorpora na regra, caracterizando imóveis urbanos de elevado valor, distanciando-se de quaisquer fins, por não se enquadrarem no programa federal gizado.

A superação da temática da culpa no direito de família, também é colocada em risco de retrocesso, diante da apontada problemática do abandono. A superação jurídica da culpa conjugal, decorre da opção constitucional pela família eudemonista, centrada no afeto em detrimento do anterior modelo hierarquizado de deveres. Conquistas dessa sede, não podem ser arranhadas.

É, pois, repleto de desarranjos, conflitos, desalinhos e antinomias o fruto dessa tropical experiência resultante da exótica norma que surgiu na codificação civil.

Além de sua resistência para com a *ratio juris* do sistema, necessariamente axiológica, e as múltiplas antinomias que emergem da respectiva aplicação, a inutilidade do dispositivo é indiscutível. Esse não contribui em nada para a solução das temáticas sobre as quais se projeta, extrapola completamente a órbita para o qual foi concebido e em nada desafoga o Judiciário, como fora justificado na concepção.



7 ENTRE LIMOEIROS E JABOTICABEIRAS

É muito comum ouvir, nos mais diversos círculos de conversa, o dito popular, antigo e enraizado, afirmando que do limão se faz uma limonada. Sugestivo dito, entre o conformismo e o animador, traz um acento metafísico antitético a alteridade substancial dos fenômenos jurídicos, mesmo que no simples plano normativo.

Não pode, o jurista lúcido, tomar jaboticaba por limão. Dessa, limonada não virá. O intérprete não está adstrito a norma no curso, sempre não-linear, da aventura hermenêutica. E, se indiscutível sua condição de aventura, não é aventureira que poderá ser a sua prática. Existem compromissos substanciais que amarram a interpretação enquanto um *dasein*. O compromisso com a concretização dos direitos fundamentais, deve tecer esse amarramento, como condição democrática do Direito interpretado.

Na metáfora que compôs esse capítulo tentacular do texto, a transposição de eventual aproveitamento, em algum sentido benéfico, na aplicação do dispositivo é um erro. É tomar, como pressuposto, ser limão, uma jaboticaba.

Se apenas na declaração jurisdicional do Direito, portanto em concreto, positivar-se a negativa de presença da norma em comento, como válida, legítima e eficaz, como poderia parecer a prática jurisprudencial brasileira, assim dada, ocorrem estragos e retrocessos na realidade judiciária.

Inevitavelmente, até a consolidação dessa prática, todos os advogados, por ofício de cobrir a defesa integral dos interesses de seus clientes, irão controverter toda essa temática, consoante desenhado por essas linhas, com ênfase no debate da culpa, durante toda instrução do processo que resultar dessas separações, divórcios e dissoluções. Esse desgaste, para além do campo discursivo, se projeta sobre a máquina judiciária, já sobrecarregada e aumenta a duração do processo jurisdicional.

Reflexo menor, ainda que também indesejável, é a possibilidade de propositura de uma ação de usucapião que não possui substancialidade, sendo fadada a ser improcedente. A norma cria uma ação anencéfala. Àquilo que seria, na dimensão concebida por Pontes, uma ação processual sem sua respectiva ação de direito material. Uma norma sugerindo a propositura de uma ação que deveria ter



objeto impossível, por ser antijurídico. Trata-se, pois, de anomalia jurídica decorrente do falho procedimento legislativo.

Ao fim desse ensaio, espremida a jaboticaba, quais sumos pôde essa norma produzir para o banquete do Direito? Nenhum!! É jaboticaba que não resulta em limonada alguma. E mais, deve desde já ser afastada, preservando a boa ceia.

O exótico instituto da usucapião por abandono familiar não existe e o melhor caminho seria a supressão do aditivo legal, para que os retrocessos nos processos não se façam sentir, sem que o intérprete possa ter o que fazer, para além de interpretar.

8 REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W. **Notas de literatura I**. Lisboa: Ed 34, 2012.
- ARONNE, Ricardo. **Código Civil anotado**. São Paulo: IOB/Thomson, 2005.
- ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos: Estudos Preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ARONNE, Ricardo. **O princípio do livre convencimento do juiz**. Porto Alegre: SAFE, 1994.
- ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- ARONNE, Ricardo. **Razão & Caos no Discurso Jurídico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BAUDRILLARD, Jean. **O sistema dos objetos**. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- BAUDRILLARD, Jean. **Tela total**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, s.d., Vol. 1.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UNB, 1992.
- CANARIS, Claus. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989.
- CARBONNIER, Jean. **Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur**. Paris: LGDJ, 1992.
- CATALAN, Marcos Jorge. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: RT, 2013.
- CHALHUB, Melhim Namem. **Curso de direito civil: Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- DERRIDA, Jacques. **A Farmácia de Platão**. São Paulo: Iluminuras, 1991.



- DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Harvard: Harvard Press, 1984.
- FACHIN, Luiz Edson. (org). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FACHIN, Luiz Edson. A reforma no direito brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, n. 757, 1998, p. 64-69.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 2006.
- FOUCAULT, Michel. **Arqueologia das ciências e a história dos sistemas de pensamento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2013.
- GILES, Thomas Ransom. **História do existencialismo e da fenomenologia**. 2 v. São Paulo: EDUSP, 1975.
- GLEICK, James. **Chaos: making a new science**. New York: Penguin, 1988.
- MEIRELES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. IN: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.
- MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Lisboa: Inst. Piaget, 1991.
- MORIN, Edgar. O público e o privado. IN: SARLET, Ingo (Org.). **O direito público em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.
- MORIN, Edgar. **Saberes globais e saberes locais: um olhar transdisciplinar**. Rio de Janeiro: Garamond, 2001.
- PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de direito civil - direitos reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, atualizada por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho, Vol. 4.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, Vol. 1.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PROVERA, Giuseppe. La distinzione fra diritti reali e diritti di obbligazione alla luce delle istituzioni di Gaio. **Il modello di Gaio nella formazione del giurista**. Milão: Giuffrè, 1981.



REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: TAPAI, Giselle de Melo Braga. **Novo Código Civil Brasileiro: Estudo Comparativo do Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação Codificada e Extravagante.** São Paulo: RT, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas.** São Paulo: Forense, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.



NEOCONSTITUCIONALISMO: VALE A PENA ACREDITAR?¹

NEO-CONSTITUTIONALISM: SHOULD WE BELIEVE IT?

Georges Abboud²

Rafael Tomaz de Oliveira³

Resumo

As presentes reflexões tiveram por objetivo analisar as idiosincrasias que envolvem a teoria neoconstitucionalista para afirmar, ao final, que ela não representa a melhor opção teórica para descrever o movimento constitucional que se observa, em um primeiro momento, na Europa continental pós-bélica espalhando-se posteriormente para a América Latina. Por um lado, os neoconstitucionalistas erram no diagnóstico de que o principal problema do direito no período imediatamente anterior à 1945 dizia respeito ao formalismo derivado de uma concepção jurídica baseada em um legicentrismo que apartou os problemas jurídicos das questões ligadas à justificação filosófica do direito, da ética e da justiça. Por outro lado, a descrição do protagonismo judiciário como uma consequência da “descoberta” europeia da supremacia judicial dos estadunidenses, esconde aquilo que pode ser considerado o principal elemento relacionado à questão separação de poderes: a pretensão de limitação do exercício do poder político.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo. Formalismo. Antiformalismo. Supremacia judicial. Separação de poderes.

Abstract

The present paper aims to analyze the idiosyncrasies related to the neo-constitutional theory in order to affirm, at the end, that it does not present the best theoretical option to describe the constitutional movement that started in Europe after the World War II and spread later on to Latin America. On the one hand, the neo-constitutionalists make a mistake in affirming that the main problem faced by the Law immediately before 1945 was related to the formalism of the legal conception based on a focus on the laws that kept the problems away from a philosophical and ethical justification of the Law. On the other hand, they described the role of the Judiciary as a consequence of the European “discovery” of the American judicial supremacy, which hides what can be considered the main element of the separation of powers: the wish to limit the exercise of political power.

¹ Artigo recebido em: 30/11/2015. Pareceres emitidos em 11/12/2015 e 18/12/2015. Aprovação comunicada em 21/12/2015.

² Doutor e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Professor do mestrado e doutorado da Faculdade Autônoma de São Paulo. FADISP. Professor do curso de graduação da Pontifícia Universidade Católica de São – PUC-SP. Membro do Conselho Editorial da Revista de Direito Privado – RT. Advogado sócio do escritório Nery Advogados. Consultor Jurídico. E-mail: <georges.abboud@neryadvogados.com.br>.

³ Doutor e Mestre em Direito Público pela UNISINOS-RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNAERP-SP. Advogado.



Keywords: Neo-constitutionalism. Post-positivism. Formalism. Anti-formalism. Judicial supremacy. Separation of powers.

Sumário: 1. Introdução. 2. O neoconstitucionalismo e algumas peculiaridades de sua recepção pelo pensamento jurídico brasileiro. 2.1. A falácia antiformalista do neoconstitucionalismo à brasileira. 2.2. A questão da “supremacia judicial” e a necessidade de limitação do poder: um problema de engenharia constitucional. 3. É o neoconstitucionalismo um modelo epistemológico pos-positivista? 4. Considerações finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A pergunta lançada no título tem certo tom provocatório. Quer ela indicar que o neoconstitucionalismo apresenta-se mais como uma crença que, cada vez com mais vigor, encontra reduto nos corações daqueles que se ocupam do direito constitucional (especialmente no Brasil), do que, propriamente, como uma teoria científica, capaz de descrever e apontar soluções adequadas para os problemas constitucionais contemporâneos.

No presente artigo, procuramos torar isso evidente jogando luz, especialmente, em dois pontos que estão, na verdade, interconectados: primeiro, o diagnóstico equivocado de que o principal problema do direito no período imediatamente anterior à 1945 dizia respeito ao formalismo derivado de uma concepção jurídica baseada em um legicentrismo que apartou os problemas jurídicos das questões ligadas à justificação filosófica do direito, da ética e da justiça; segundo, a descrição do protagonismo judiciário como uma consequência da “descoberta” europeia da supremacia judicial dos estadunidenses, esconde aquilo que pode ser considerado o principal elemento relacionado à questão separação de poderes: a pretensão de limitação do exercício do poder político.

Com efeito, nas últimas décadas, assistimos a uma modificação significativa do papel desempenhado pelo direito constitucional no quadro das tradicionais disciplinas jurídicas e ramos do direito. Tornou-se comum a afirmação de que o direito constitucional, de disciplina auxiliar, foi alçado à verdadeira disciplina estruturante, (CANOTILHO, 2005, *passim*) que confere sentido e direção ao jurídico. Uma tal assertiva, é bom que se diga, não se apresenta como um prenúncio teórico ou doutrinário vazio mas encontra-se respaldada pela experiência de diversos sistemas



político-jurídicos contemporâneos e pode ser demonstrada a partir do papel decisivo que as cortes ou tribunais constitucionais têm desempenhado na vida política dessas mesmas realidades⁴.

Nessa medida, tornou-se um lugar comum a afirmação de que as Constituições Europeias do segundo pós-guerra transformaram as configurações predominantes no campo jurídico uma vez que incorporaram cartas de direitos que deveriam ser respeitados pelas maiorias eventuais que dirigem os rumos do governo conferindo a concretização de tais direitos à tribunais que passaram a exercer, com exclusividade, a função de controle da constitucionalidade.

A teoria constitucional que se edifica em torno do chamado *neoconstitucionalismo* procura enquadrar esse fenômeno de modo a enxergar nele uma série de elementos que, nem sempre, estão bem postos ou esclarecidos. Vários autores, de posições teórico-filosóficas extremamente heterogêneas e que nunca secundaram expressamente as teses neoconstitucionais, são, a despeito disso, elencados como *neoconstitucionalistas*. Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, Luigi Ferrajoli, entre outros, estariam entre aqueles que comporiam o feixe teórico do neoconstitucionalismo. Afirma-se que, muito embora seja possível observar diferenças nas propostas de tais autores, poder-se-ia também identificar elementos comuns, a partir de uma certa tipologia, que se manifestaria em torno de temas como: a) a redefinição da relação entre direito e moral; b) a distinção entre regras e princípios; e c) a ponderação como método privilegiado de aplicação do direito e o aumento da carga de discricionariedade judicial.

A dificuldade de se apresentar a complexidade do pensamento dos autores acima citados nessas caixas conceituais é autoevidente. Sem embargo, alguns desses autores, tido como propulsores ou defensores do *neoconstitucionalismo*, publicaram trabalhos recentes procurando esclarecer suas propostas, diferenciando-se dos postulados básicos do *neoconstitucionalismo*, especialmente a questão da separação entre direito e moral e a questão da discricionariedade judicial⁵.

⁴ Nesse sentido, é importante mencionar as seguintes obras: TATE, VALLINDER; 1995; SHAPIRO; SWEET, 2002; HIRSCHL, 2007. Há também textos traduzidos para o português e publicados recentemente na *Revista de Direito Administrativo* da Fundação Getúlio Vargas: HIRSCHL, 2009, p. 139-175; numa outra perspectiva, mas apontando também para a incisividade do poder judiciário na condução da vida política Cf. DAHL, 2009, p. 25-43.

⁵ Lenio Streck, por exemplo, tem reiteradamente assinalado em trabalhos recentes que deixou de utilizar o termo *neoconstitucionalismo* para se referir às alterações paradigmáticas verificadas no



Um exemplo significativo desse tipo de tratamento teórico, que desenvolve uma relação crítica com o *neoconstitucionalismo*, pode ser encontrado em Luigi Ferrajoli. De fato, Ferrajoli procura apontar para o problema contemporâneo do constitucionalismo e da vinculação jurídica das Constituições ressaltando o fato de que a profusão de novas teorias jurídicas que procuraram dar conta dessa nova experiência constitucional terminou por criar dois grandes modelos de análise que englobam as mais diversas posições: há, de um lado, um *constitucionalismo principialista* e, de outro, um *constitucionalismo garantista*. (FERRAJOLI, 2012, p. 13-55).

No interior do conceito *constitucionalismo principialista*, Ferrajoli encaixa as mais variadas posições que compõem os chamados *pós-positivismo* e *neoconstitucionalismo*. Nos termos por ele propostos, todas essas posições partilham da ideia de que a novidade representada pela juridicidade das Constituições do Pós-Guerra deve ser entendida como uma superação do positivismo jurídico – que pregava uma separação exclusiva entre direito e moral e descrevia o direito como um simples sistema de regras, deixando de lado outros padrões normativos, como é o caso dos princípios – em favor de um modelo teórico que reconheça uma necessária conexão entre direito e moral e que reconheça um papel privilegiado dos princípios na formação concreta do direito. Esse tipo de posição teórica acarreta um modelo de fundamentação do direito tendencialmente “jusnaturalista” ou “ético-objetivista”.

De outra banda, o *constitucionalismo garantista* – que é a proposta teórica defendida por Ferrajoli – afirma que o novo desse movimento constitucionalista vivenciado pelas democracias do segundo Pós-Guerra só pode ser apreendido em sua plenitude se ele for entendido como um aperfeiçoamento do positivismo jurídico. Assevera que, como a questão da democracia está no cerne desse debate, é preciso reconhecer que há uma relação interna e imanente entre positivismo e democracia,

direito depois do segundo pós-guerra por uma questão de ajuste epistemológico. Com efeito, o *neoconstitucionalismo*, principalmente nos moldes capitaneados mais recentemente por alguns professores espanhóis e italianos, passou a produzir uma literatura que, como afirma Garcia Amado, deixou de perseguir um equilíbrio entre direitos humanos e soberania popular (preocupação que aparece em autores como Habermas e Dworkin) em favor de uma formulação moralizante e absolutizada dos primeiros (Cf. GARCÍA AMADO, 2007). Nessa medida, Streck tem procurado se diferenciar dessa tradição que tem se formado em torno do *neoconstitucionalismo* afirmando que esta “representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do *paleojuspositivismo* (Ferrajoli), na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas por partidários da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, ou seja, da Jurisprudência dos Valores” (Cf. STRECK, 2011, p. 36).



de modo que o melhoramento que esse novo modelo constitucional agregou ao positivismo foi o fato de que os dispositivos guardadores de direitos fundamentais passaram a possibilitar uma submissão conteudística por parte dos demais poderes – inclusive a legislação – à Constituição: além do “quem” e do “como”, que já eram uma preocupação das manifestações posteriores do positivismo jurídico, o *constitucionalismo garantista* apresenta um modelo de positivismo que prescreve também uma adequação do “que”, vale dizer, dos conteúdos veiculados pela legislação.

Nessa medida, o presente artigo objetiva analisar as idiosincrasias do neoconstitucionalismo na perspectiva de demonstrar sua insuficiência para dar conta dos problemas constitucionais contemporâneo.

Em especial, destacamos três elementos: a) o problema da interpretação da constituição e o antiformalismo interpretativo preconizado por alguns autores partidários do neoconstitucionalismo; b) a pretensa “supremacia judicial” na relação constitucionalismo v. democracia; e c) a (im)possibilidade de se falar em um modelo epistemológico pós-positivista no contexto de um teoria neoconstitucionalista.

Assim, no tópico n. 2, ocupar-nos-emos de uma descrição sumária das origens do termo *neoconstitucionalismo* e das principais teses que o envolvem. Também, aqui demonstraremos os problemas que estão ligados ao antiformalismo interpretativo e às questões ligadas à “supremacia judicial”.

Já no item n. 3, estabelecemos uma comparação entre aquilo que se apresenta, de modo delimitado, como uma proposta pós-positivista de teoria do direito e aquilo que preconiza o neoconstitucionalismo. Nesse ponto, objetivamos concluir que o neoconstitucionalismo não se manifesta como uma teoria verdadeiramente pós-positivista.

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E ALGUMAS PECULIARIDADES DE SUA RECEPÇÃO PELO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Miguel Carbonell (2010, n. I-II, p. 154-155) elenca três elementos essenciais para a formação do *neoconstitucionalismo*: o texto constitucional, a prática jurisprudencial e o desenvolvimento teórico.



Nessa perspectiva, o *neoconstitucionalismo* pretende explicar um conjunto de textos e experiências constitucionais que surgem após a segunda guerra, especialmente a partir da Lei Fundamental de Bonn de 1949. A origem da expressão, contudo, é bem mais recente. Sua utilização com intenção teórica específica, segundo alguns autores, remonta a uma conferência proferida em 1997 pela professora italiana Suzana Pozolo que, posteriormente, deu contornos mais rigorosos ao conceito em sua tese de doutorado de 2001 chamada *Giuspositivismo e neoconstituzionalismo*. (JARAMILLO, 2010, p.212-213).

Tal expressão encontrou forte aceitação do direito constitucional espanhol e, a partir daí, influenciou fortemente a doutrina ibero-americana, tendo sido apresentada, no Brasil, com ares de novo paradigma científico para estudarmos o direito constitucional. (BARROSO, 2007, p. 129-173).

No Brasil, temos que o *neoconstitucionalismo* acabou sendo cristalizado como uma postura teórica antiformalista que aposta no protagonismo do poder judiciário para a concretização de direitos; na fórmula da ponderação como alternativa ao dogma da susunção; e no império moral dos princípios, entendidos como os valores constitutivos da comunidade.

Alguns desses elementos, contudo, estão fundamentados em pressupostos não apenas imprecisos, mas, principalmente, questionáveis. Trataremos aqui sucintamente de alguns deles.

2.1 A falácia antiformalista do neoconstitucionalismo à brasileira

Há uma interpretação sedimentada no contexto atual do constitucionalismo brasileiro que assume como um pressuposto necessário do *neconstitucionalismo*, o discurso de libertação do direito com relação aos grilhões do formalismo positivista que predominou até o final da Segunda Guerra Mundial no continente europeu. Afirma-se, entre outras coisas, que antes de 1945 prevalecia um modelo de direito fundado na supremacia do parlamento, que atribuía reduzidas funções de controle para o judiciário, e, em consequência, e que, de alguma forma, mostrou-se insuficiente para conter os desmandos políticos dos totalitarismos, bem como as horrendas



transgressões perpetradas contra a ética, a moral e a dignidade da pessoa humana (o exemplo sempre mais bem acabado dessa barbárie é a Alemanha nazista).

Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito. (...) Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. (BARROSO, 2007, n. II).

Nota-se, assim, a presença de dois diagnósticos: 1) que o modelo formalista de direito – que equipara direito à lei – mostrou-se ineficiente diante da barbárie porque esta última acabou “protegida” pela própria legalidade; 2) que os instrumentos de controle e limitação do poder político baseados na supremacia do parlamento mostraram-se insuficientes, reivindicando uma alteração de rota, mais ligada à supremacia judicial, nos moldes estadunidenses.

No primeiro caso, o argumento envolve uma problematização relativa à teoria do direito; no segundo, estamos diante de uma questão de engenharia constitucional. Deixemos o segundo ponto para uma análise em subitem específico.

No que tange à necessidade de superação do formalismo positivista (entendido como um pretenso enrijecimento da ideia de legalidade, com baixa margem de atuação do interprete-juiz no momento de proferir decisões “justas” para os casos levados à sua apreciação), basta dizer que o período do entre guerras caracteriza-se muito mais por possibilitar, principalmente no caso da Alemanha, a experiência de teses libertárias e antiformalistas do que, propriamente, formalistas. Aliás, o problema do formalismo está muito mais ligado às discussões jurídicas do século XIX do que àquelas que observamos no desenrolar do século XX.

Como afirma Mário Losano (2010, cap. V., p. 185):

O nacional socialismo levou à extremas consequências a crítica ao sistema iniciada pelos jusliberalistas. O direito anterior a 1933 foi esvaziado, obrigando os juizes a interpretá-lo segundo os princípios nazistas: os juizes eram liberados da servidão da norma, para ficar subjugados ao poder político.



É importante notar, portanto, que, a pretexto de se retirar o direito de sua prisão formalista, os juristas do nacional-socialismo aderiram, em um primeiro momento, às teses libertárias, e não à ideia de defesa da legalidade ou de supremacia do parlamento. Apenas em um segundo momento, depois que a revolução se cristalizara e o regime pôde dar as notas definidoras da política nacional, é que as estratégias de endurecimento da legalidade passaram a fazer parte da agenda jurídica de tais regimes.

Portanto, justificar a existência de menos formalismo na interpretação do direito com o conseqüente aumento de poder dos juízes em modelos pretensamente legicentricos do entre guerras significar reduzir artificialmente um problema que é bem mais complexo.

No fundo, a questão aqui remonta, mais uma vez, à relação direito e política e suas conseqüências para um modelo de estado que se pretenda, efetivamente, democrático. Parafraseando Losano, em passagem transcrita linhas acima, as teses antiformalistas não deixam de colocar os juízes em uma situação de exposição aos jogos da política: sob a justificativa de libertação do direito “formal”, pode-se cair na lógica de interpretação que melhor serve à pessoa ou grupo que ocupa o poder político.

2.2 A questão da “supremacia judicial” e a necessidade de limitação do poder: um problema de engenharia constitucional

Por outro lado, a questão atinente à “descoberta” da supremacia judicial pelas democracias europeias do segundo pós-guerra devem ser encaradas mais como um movimento da dinâmica de separação de poderes do que, propriamente, como um fator de “libertação” do poder judiciário. Ao final, o problema central diz respeito à pretensão de limitação do exercício do poder político.

Com efeito, conforme já analisamos em estudo diretamente relacionado ao tema (ABBOUD; TOMAZ DE OLIVEIRA, 2014, p.13-42), o conceito de separação de poderes não é uma conceito natural de modo que só exista sua ocorrência nos casos em que visualizamos uma divisão de funções, normalmente de forma tripartite. Vale dizer, não se trata de uma conceito estático, mas, sim, dinâmico. Não existe uma



fórmula definida e definitiva sobre o que seja e como funciona a divisão de poderes. Na verdade, como conceito histórico-político, a separação de poderes sofre alterações de significado constantes, principalmente no contexto das experiências constitucionais de curta duração.

Todavia, o elemento subjacente que permanece com uma carga reguladora do conceito – e que, por isso, desdobra-se em uma dimensão de expectativa ou de longa duração – é a ideia de limitação do poder, classicamente presente na fórmula de Montesquieu a respeito do “poder que controla o poder”. Portanto, o conceito que nos orienta na análise da separação de poderes é o de limitação efetiva do poder político e não a velha tentativa de análise que se apoia na configuração tripartite.

Assim, quando trabalhamos com o conceito de separação de poderes operamos, ao mesmo tempo, com uma *perspectiva descritiva* e com uma *perspectiva prescritiva*.⁶

Do ponto de vista descritivo, a análise procura estabelecer, a partir de abordagens histórico-comparativas, o modo como as mais diversas experiências constitucionais estabelecem critérios de divisão das funções que compõem o poder do Estado e operam com elas. Trata-se de uma microanálise de experiências materiais que envolvem distintas realidades constitucionais.

Já na perspectiva prescritiva – ou regulatória – perguntamo-nos até que ponto o modelo de divisão de poderes efetivamente operante em uma dada realidade constitucional cumpre o seu principal desiderato: limitar o exercício do poder político.

Desse modo, o conceito de divisão de poderes pode apresentar-se de formas muito variadas, comportando, inclusive, a previsão de organismos e funções que não se enquadram perfeitamente na clássica ideia tripartite, mas que, ainda assim, perseguem o ideal de concretização de um governo limitado.

⁶ A dualidade apresentada no texto e que envolve *descrição* e *prescrição* é retirada de Giovanni Sartori e das considerações por ele tecidas sobre a polêmica acerca do *realismo político*. Para Sartori, o realismo político – cujo marco é as vezes representado pela obra de Maquiavel – esta assentado em uma falácia, tanto quanto a sua antítese que é o *idealismo político*. No primeiro caso, há uma exagero descritivo que acaba levando a análise política a se perder em meio a particularismos estéreis; no outro, há uma exagerada hipostasiação que acaba por levar o pensamento político para o campo de um ingênuo planejamento racional, incapaz de condicionar normativamente a realidade. Assim, a análise política deve estar envolvida em uma circularidade virtuosa capaz de lidar tanto com as questões descritivas como prescritivas que envolvem conceitos políticos como *democrática*, *separação de poderes*, etc.. (Cf. SARTORI, 1965, p. 46 e ss.).



No momento em que as modificações estruturais – que alteram competências, órgãos ou funcionalidades – se apresentam não como técnicas de limitação do exercício do poder, mas, sim, como artifícios para o exercício autocrático do governo, teríamos, neste caso, uma afronta à separação de poderes e, por consequência, ao próprio Estado Constitucional.

Em suma, as premissas do neoconstitucionalismo estão assentadas no entendimento de que as novas Constituições não se limitam mais a apenas estabelecer a separação de poderes e delimitar competências do Poder Público, na medida em que passam a positivar diversas garantias fundamentais estabelecendo, assim, maior espaço de atuação para o Poder Judiciário. (CARBONELL, 2010, n. I-II, p. 154-155) (POZZOLO, 2010, p. 165 *et seq*)⁷.

Convém ressaltar que, no cenário político, as Constituições tiveram profundas alterações em seus textos: elas deixaram de apenas estabelecer a formação do processo legislativo, na medida em que seu enfoque passou a constituir primordialmente a consagração de direitos fundamentais em seu texto.

Em razão do novo formato desses textos constitucionais, a atuação dos Tribunais Constitucionais e a doutrina também sofreram profundas alterações.

Por consequência, foi desenvolvido um novo paradigma teórico e técnicas interpretativas, buscando assegurar a concretização desse texto constitucional, nesse ínterim, ganharam importância na aplicação jurídica os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, bem como a normatização dos direitos fundamentais que passaram a ser aplicados a partir de sua eficácia horizontal, a *Drittwirkung*. (CARBONELL, 2010, n. II-III, p. 155-157). No âmbito doutrinário, merecem ênfase as novas perspectivas doutrinárias que foram desenvolvidas, e.g., a teoria dos princípios de Dworkin (2002, 2003, 2006) e sua tese sobre a resposta correta e a técnica da ponderação de Robert Alexy (2002).

Para diversos autores, o *neoconstitucionalismo* desenvolve-se sob o paradigma *pós-positivista*⁸. Contudo, é importante não se confundir

⁷ Para uma análise da relação entre neoconstitucionalismo e positivismo, ver: Comanducci, 2008, p. 141 *et seq*. Abboud, 2011, n. 1.1.1, p. 46.

⁸ De se consignar que o próprio termo – *pós-positivismo* – remonta à Friedrich Müller (2007, n.1, p. 11) e a sua *Metódica Estruturante do direito*. Com efeito, foi Müller quem, pela primeira vez, e com intenção metodológica, utilizou o termo, já na primeira edição de seu *Juristische Methodik* em 1971. Ver também Tomaz de Oliveira, 2008, p. 27 *et seq*.



neoconstitucionalismo com pós-positivismo. O *neoconstitucionalismo* reside em um fenômeno político-jurídico surgido no pós-guerra, já o pós-positivismo consiste num paradigma filosófico que se originou a partir do giro-linguístico e do giro ontológico-linguístico. Se bem compreendido, do *pós-positivismo* teremos menos, e não mais, discricionariedade judicial⁹.

3 É O NEOCONSTITUCIONALISMO UM MODELO EPISTEMOLÓGICO POS-POSITIVISTA?

O pós-positivismo consiste em paradigma que analisa o fenômeno jurídico sem dissociá-lo da realidade. Desse modo, para uma teoria jurídica desenvolver-se sob as bases de um paradigma *pós-positivista*,¹⁰ faz-se necessário elaborar-se juntamente uma concepção pós-positivista de norma que a distinga do texto normativo, o que, por sua vez, implica a necessidade de uma estruturação pós-positivista de sentença não mais vista como um processo de subsunção. Ou seja, em qualquer modelo que se pretenda pós-positivista, a forma primordial de aplicação do direito não pode mais ocorrer via silogismo.

Portanto, a simples alegação de que determinada teoria está embasada no *neoconstitucionalismo*, em nada assegura que ela esteja desenvolvendo-se com fundamento no paradigma pós-positivista, nos termos que expusemos acima.¹¹

Por conseguinte, não se pode considerar determinada teorização como pós-positivista se esta ainda empregar um conceito de norma de caráter semântico de formato kelseniano – como acontece com Robert Alexy, por exemplo – que confunde, de alguma maneira, o texto normativo com a própria norma. Ademais, tal confusão redundaria numa apropriação em sentido subjetivo da base kantiana, que representa a matriz do próprio pensamento positivista.

O ponto decisivo na obra de Robert Alexy (1997, p. 162) para a distinção entre regras e princípios reside no fato de que os princípios são *mandados de otimização*, enquanto que as regras têm caráter de *mandados de definição*. Como *mandados de*

⁹ Referidos conceitos já foram objeto de nossa análise em: Abboud, n. 1.2, p. 53-60.

¹⁰ Para não cairmos no risco provocado pela poluição semântica, importante consultar as lições de Lenio Luiz Streck acerca da acepção do positivismo, Cf. Streck, 2011. n. 1, p. 31-33.

¹¹ Nesse mesmo sentido, ver: Streck, 2011, n. 2, p. 35-37.



otimização, os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, desde que respeitadas as possibilidades e os limites fáticos e jurídicos.

Nessa perspectiva, a ordenação principiológica pode ser satisfeita em diferentes graus, o que depende não só de suas possibilidades fáticas, mas também jurídicas. As limitações jurídicas são derivadas do fato de existirem não apenas regras, mas também princípios opostos que estão em constante pressão uns contra os outros. Esse caráter *oposicional* dos princípios implica na suscetibilidade (e até mesmo na necessidade, segundo Alexy) da ponderação. *A ponderação, portanto, é a forma de aplicação dos princípios.* (ALEXY, 1997, p. 162).

Por outro lado, as regras são normas que sempre são, ou não, satisfeitas. Não há possibilidade de satisfazer a ordem emanada das regras em diferentes graus, como acontece com os princípios, mas sua aplicação é uma questão de *tudo-ou-nada*. Assim, ALEXY determina a *subsunção como a forma característica de aplicação do direito que as regras realizam*.

Ilustrativas nesse sentido são as assertivas de Lenio Streck que demonstram a filiação de Alexy ao paradigma da filosofia da consciência a partir da sua não superação do esquema sujeito-objeto e da manutenção, em sua *Teoria da Argumentação*, do modelo dedutivo baseado na subsunção que aparece em sua *justificação interna* (lógico sistemática) da fundamentação das decisões jurídicas nos chamados “casos simples”, resolvidos pela aplicação das regras. Essa distinção aponta, ainda, para uma possível separação entre *direito e fato*, o que nos remete à metodologia jurídica construída, no século XIX, sob a égide das teorias sintático-semânticas de interpretação que já foi objeto de nossa análise nos tópicos antecedentes. (STRECK, 2011, n. 10.1, p. 296 *et seq*; ALEXY, 1989, p. 205 *et seq*).

Na realidade, o *Neoconstitucionalismo* no Brasil, em diversos momentos, assemelha-se mais a uma recepção tardia da *Jurisprudência dos Valores* do que efetivamente de uma aproximação com o paradigma pós-positivista. (STRECK, 2011, n. 2, p. 35-37).

A *Jurisprudência dos valores* (*Wertungsjurisprudenz*), diferentemente de sua antecessora – a *Jurisprudência dos Interesses* (HECK, 1961, n. III-IV, p. 59-92) – não se limita a uma investigação sociológica das questões jurídicas a serem enfrentadas,



isso porque Jurisprudência dos Valores possui uma dimensão filosófica que objetiva auxiliar o julgador a identificar os valores que subjazem ao direito naquele dado conflito levado a sua apreciação. Como afirma Lamego: “*se a Jurisprudência dos interesses tinha empreendido a crítica aos procedimentos abstrato-classificatórios e lógico-subsuntivos da Jurisprudência dos conceitos mediante o recurso a modos de pensamento ‘teleológicos’ a Jurisprudência da valoração, em vez de pensamento ‘teleológico’, prefere falar de pensamento ‘orientado a valores’*”. (LAMEGO, 1990, p. 87).

Ademais, a Jurisprudência dos Valores tem por objeto principal de sua análise a jurisprudência oriunda das decisões das Cortes Superiores, diferentemente da Jurisprudência dos Interesses que tinha suas atenções destinadas à atividade do Poder Legislativo.

Trata-se de uma época retratada por autores como Larenz, Lamego e Haverkate, como a da “perda das certezas jurídicas” (LARENZ, 2009. p. 1; LAMEGO, 1990, *passim*).

Isso se deve, em grande parte, a uma peculiaridade histórica que cerca a Jurisprudência dos valores. O final da Segunda Guerra Mundial representa um marco para composição de uma nova ordem, social, política e jurídica, é o início do fenômeno denominado por Mario Losano de direito pós-bélico. (LOSANO, 2010, p. 185 *et seq*).

Em termos sociais, os anos que se seguiram a 1945 vivenciaram as agruras do período da reconstrução da Europa e, a partir da década de 1950, desenvolveram condições de vida e igualdade sem paralelo na história (a chamada “era de ouro do capitalismo”). Politicamente, a queda do nazismo e do fascismo – enquanto inimigos comuns – abriu espaço para a polarização do mundo entre as duas grandes ideologias: o capitalismo e o socialismo. É o tempo da chamada “guerra fria”. Juridicamente, a principal mudança operada pelo fim do período bélico é, certamente, o novo papel desempenhado pelas Constituições e um remapeamento global do direito público em face da força normativa dos direitos fundamentais. Todavia, um elemento que permanece pouco explorado diz respeito ao papel que a “redescoberta cultural dos Estados Unidos” (LOSANO, 2010, p. 245) desempenhou nessa reconfiguração do jurídico.



Rainer Wahl ressalta que a década de 50 constitui marco fundamental para uma nova dimensão do direito público. No entendimento do publicista alemão, essa mudança deve-se, primordialmente a três fatores: (i) consolidação do princípio da proporcionalidade como parâmetro normativo para atuação do Poder Público; (ii) intensificação da normatividade dos direitos fundamentais tanto no aspecto interpretativa quanto aplicativo; (iii) principalmente ao triunfo da jurisdição constitucional e de sua atividade interpretativa que assegurou a concretização dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, consolidando um limite normativo, até então desconhecido pelo Poder Público. (WAHL, 2013, p. 34).

Ademais, os horrores caracterizados pela Segunda Guerra Mundial impuseram um alerta aos juristas, principalmente aos Tribunais Constitucionais, que não podiam mais examinar o nível de legitimidade de uma lei, tendo em vista tão somente a regularidade de seu processo legislativo. Ou seja, nem todo *conteúdo*, ainda que em consonância com o regular trâmite do processo legislativo, poderia ser considerado *direito*.

No Brasil, é frequente o discurso sobre a chamada *constitucionalização do direito* – em referência ao espalhamento das disposições constitucionais para todos os demais ramos do direito. É comum a referência ao fato de que o direito (infraconstitucional) não pode ficar imune aos “valores” introduzidos pela nova ordem constitucional. (Por todos, Cf. BARROSO; BARCELLOS, 2005). Valores esses que são conduzidos para dentro do sistema jurídico pela via dos princípios constitucionais que devem ser aplicados segundo as regras da ponderação.

Em regra, a doutrina Brasileira tem confundido a introdução de valores no ordenamento com o paradigma pós-positivista. De modo que bastaria argumentar com base em direitos fundamentais, valores, princípios jurídicos ou direitos fundamentais para, automaticamente, situar-se perante o paradigma pós-positivista.

Na verdade, do ponto de vista paradigmático, nem se poderia optar pela chamada constitucionalização. Vale dizer: não há uma escolha ao jurista, seja em teoria ou na prática, em trabalhar ou não com a Constituição. Ela tem plena normatividade. Analisar os institutos jurídicos perante o prisma constitucional é tarefa obrigatória e não mera opção por paradigma teórico. Por exemplo, pode-se optar em



utilizar Hart ou Dworkin como referencial teórico, todavia, não se permite escolher entre trabalhar os institutos jurídicos à luz ou não da Constituição. Isso porque o texto constitucional, desde sempre, se impõe.¹²

Entretanto, tal pensamento ainda é refratário a uma concepção pós-positivista, na medida em que ignora a impossibilidade de se conferir caráter abstrato, semântico e autônomo à norma jurídica. Na realidade, a doutrina brasileira não se atenta aos riscos de importar a aplicação de valores e ponderação em detrimento da legalidade vigente. Hodiernamente, diversos setores da doutrina e dos Tribunais, a pretexto de trabalharem em um paradigma *neoconstitucionalista*, passam a argumentar com fundamento em valores e utilizando a proporcionalidade em detrimento da legalidade e principalmente a constitucionalidade vigente, descambando em regra para discricionariedades e arbitrariedades.

Esse ponto é que parece não ter sido bem compreendido por parte da doutrina brasileira. Como afirma Streck: “os juristas brasileiros não atentaram para as distintas realidades (Brasil e Alemanha). No caso específico do Brasil, onde, historicamente, até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de ‘emplacar’, a grande luta tem sido estabelecer um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional”. (STRECK, 2011. Introdução, n. 4, p. 48 et seq.).

Em suma, há que se ter presente que a Jurisprudência dos Valores produziu um tipo de discurso metodológico que, ainda hoje, faz parte de nossa doutrina e jurisprudência. As críticas que são feitas aos partidários da valoração passam pelo excesso de subjetivismo que existe na ideia de valores (que estão a depender do sujeito que os conhece e os articula) chegando às acusações de irracionalidade a que o procedimento da ponderação submete o direito.

Nesse sentido são as críticas de Friedrich Müller (2010, n. 3.1, p. 53):

Tal procedimento (a ponderação) não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente satisfazíveis, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional. O teor material normativo de

¹² Ilustrativo, nesse sentido, é o posicionamento de Cassio Scarpinella Bueno (n. 2.5, p. 99): “é como se sublinhasse que aquele que se predispõe a estudar o direito processual civil não tivesse muitas escolhas (se é que as tem) sobre como iniciar o descobrimento do objeto de sua análise. Ele tem que começar pela Constituição Federal”. Do mesmo autor, com maior detalhamento, ver: Bueno, 2012, n. 2, p. 76 et seq.



prescrições de direitos fundamentais e de outras prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com ajuda dos pontos de vista hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturante da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que conseqüentemente insinuam no fundo uma reserva de juízo (*Urteilsvirbehalt*) em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistema de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas.

Portanto, e numa palavra final, não se pode associar o *neoconstitucionalismo* ao *pós-positivismo*, tal qual fossem fenômenos idênticos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As presentes reflexões tiveram por objetivo analisar as idiossincrasias que envolvem a teoria neconstitucionalista para afirmar, ao final, que ela não representa a melhor opção teórica para descrever o movimento constitucional que se observa, em um primeiro momento, na Europa continental pós-bélica espalhando-se posteriormente para a América Latina.

Por um lado, os neconstitucionalistas erram no diagnóstico de que o principal problema do direito no período imediatamente anterior à 1945 dizia respeito ao formalismo derivado de uma concepção jurídica baseada em um legicentrismo que apartou os problemas jurídicos das questões ligadas à justificação filosófica do direito, da ética e da justiça. Dão como resposta a isso, a emergência de um modelo teórico antiformalista, mais propenso ao desenvolvimento de problemas morais no seio das questões jurídicas, especialmente quando estamos diante de uma questão que envolva concretização de direitos fundamentais.

Todavia, o antiformalismo estava também presente no período entre-guerras, tendo sido um dos componentes que abasteceram os teóricos do direito partidários do nacional-socialismo com munições teóricas para promover uma liberação das amarras jurídicas oriundas do regime anterior, possibilitando interpretações judiciais mais adequadas aos ocupantes do poder político.

Por outro lado, a descrição do protagonismo judiciário como uma consequência da “descoberta” europeia da supremacia judicial dos estadunidenses,



esconde aquilo que pode ser considerado o principal elemento relacionado à questão separação de poderes: a pretensão de limitação do exercício do poder político. Nesse ambiente, só existe poder político legítimo, se seu exercício estiver devidamente limitado. O desenvolvimento da engenharia constitucional envolvido nessa questão é dinâmico e a experiência europeia pós-bélica mostra-se como um bom exemplo desse quadro contínuo de desenvolvimento de novos arranjos para a separação de poderes.

Por fim, o neoconstitucionalismo não pode ser encarado como uma proposta epistemológica verdadeiramente pós-positivista. Assim, seguindo as trilhas de Friedrich Müller, procuramos anotar que o pós-positivismo não se refere a um *anti*-positivismo qualquer, mas representa uma postura teórica que, sabedora do problema não enfrentado pelo positivismo – qual seja: a questão interpretativa concreta, espaço da chamada “discricionariedade judicial” – procura apresentar perspectivas teóricas e práticas que ofereçam soluções para o problema da concretização do direito.

O *neoconstitucionalismo* pode, de certa forma, ser encarado como algum tipo de teoria anti-positivista. Mas isso, por si só, não significa pós-positivismo.

5 REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ABBOUD, Georges; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. O Supremo Tribunal Federal e a Nova Separação de Poderes: entre a interpretação da constituição e as modificações na engenharia constitucional. **Revista de Processo**. Ano 39, n. 233, jul./2014, p.13-42.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validad del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica**. Madrid: CEC, 1989.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 58/2007, pp. 129-173, jan./mar. 2007.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: Virgílio Afonso da SILVA (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.



BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, n. 2.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

Carbonell, Miguel. El Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: Miguel Carbonell e Leonardo García Jaramillo (orgs.). **El canon neoconstitucional**, Madrid: Trotta, 2010, n. I-II, p. 154-155.

Comanducci, Paolo. Il Neocostituzionalismo ideológico. In: **Filosofia e realtà del diritto: studi in onore di Silvana Castignone**. Torino: Giappichelli Editore, 2008.

DAHL, Robert A. Tomada de Decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 252, set./dez. de 2009, p. 25-43.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista*. In: Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade (orgs.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo: Um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 13-55.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Derechos y pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo. In: Miguel Carbonell (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, 2007.

HECK, Philipp. **El problema de la creación del derecho**. Barcelona: Ariel, 1961.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 251, maio/ago. 2009, p. 139-175.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**. The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

JARAMILLO, Leonardo Garcia. Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción. In: Miguel Carbonell e Leonardo García Jaramillo (orgs.). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010, p. 212-213.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência. Análise de uma Recepção**. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5. ed. Tradução de José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.



LOSANO, Mário G. **Sistema e Estrutura no Direito**. 3. vol. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

POZZOLO, Susanna. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución. In: Miguel Carbonell e Leonardo García Jaramillo (Orgs.). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010.

SARTORI, Giovanni. **Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On law, politics & judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics. In: _____ (Orgs.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

Tomaz DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WAHL, Rainer. **Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán**. Madrid: Marcial Pons, 2013.



HUMAN RIGHTS: A SYSTEMIC PERSPECTIVE¹

DIREITOS HUMANOS: UMA PERSPECTIVA SISTÊMICA

Vitor Galvão Fraga²

Abstract

Niklas Luhmann is a German sociologist who created a very unique theory of society, a society made of communication instead of men. His ideas help us understand the Law in a holistic way, and can make us reach different and illuminating conclusions about the dynamics of law and other kinds of communication as politics. The goal of this article is to observe through the lenses of Luhmann's theory the modern human rights regime. As explained below, human rights are seen in this article as a particular social mechanism uniting the legal and the political systems, making possible agency in both of this realms, leading to the conclusion of human rights being as a world constitution in Luhmann's sense.

Keywords: Human Rights. Luhmann. Systemic Theory. World Society.

Resumo

Niklas Luhmann é um celebrado sociólogo alemão criador de uma teoria bastante peculiar sobre a sociedade, uma sociedade feita de comunicações ao invés de homens, como ensinado pela sociologia clássica. Suas ideias nos ajudam a entender o direito de uma maneira holística, podendo nos levar a conclusões interessantes e aclaradoras quanto à dinâmica do direito e sua relação com outras espécies de comunicação como a política. O objetivo desse artigo é observar o moderno regime dos direitos humanos pelas lentes da teoria sistêmica de Luhmann. Como explicado abaixo, os direitos humanos são interpretados como um mecanismo social que liga o direito e a política, tornando possível a ação em ambos os sistemas, levando à conclusão dos direitos humanos como um rascunho de uma constituição centralizante da sociedade mundial, na acepção luhmanniana de constituição.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Luhmann. Sociedade Mundial. Teoria Sistêmica.

Sumário: 1. Introduction. 2. Luhmann's terminology. 3. World Society. 4. Human Rights. 5. Global Constitution. 6. Conclusion. 7. References.

¹ Paper received in: 03/04/2015. Peer review evaluations in: 25/05/2015 e 27/05/2015. Approved in: 25/07/2015. (Artigo recebido em: 03/04/2015. Pareceres emitidos em 25/05/2015 e 27/05/2015 Aprovação comunicada em 25/07/2015).

² Graduate Student of the Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco. Scientific initiation researcher PIBIC-CNPq 2012-2013. Exchange Student in the Eberhard Karls Universität Tübingen, Germany, 2014-2015. Member of the study group Direito em Foco, of Theory and Philosophy of Law (<http://dirfoco.blogspot.com.br/>). E-mail: <vitorgraga@gmail.com>.



1 INTRODUCTION

“The communication is the smallest unity possible of a social system”
(LUHMANN, 2006, p. 58)³

Society is made of communication; that is the main assumption of Luhmann’s theory of society; the society is not made of men, or actions, but of an ensemble of communications. This change of perspective in comparison to the classical sociological thought leads to a series of concepts and to the re-signification of others in order to create a solid theory of society.

That is the main goal of what we here call the ‘Systemic Theory’, Luhmann’s theory of society, a society made of communication and divided in functionally differentiated systems. The view that this theory give us of how society works is rather different from the so-called ‘classic sociology’, centered in men as units and constructors of the social environment, as anthropologic actors in intersubjective relations, idea that mutatis mutandis dominate the concept of society from Durkheim to Habermas.

When addressing society trough the lenses of the ‘systemic theory’, one get different and unusual answers to old questions. The goal of this brief text is to show a systemic perspective on the role of human rights in the ‘World Society’, as both a mechanism of inclusion and a delineation of a world coupling between the legal and the political systems, what we could call a sketch of a ‘world constitution’. Firstly, a little explanation on the luhmannian language is necessary before introducing Luhmann’s idea of a world society, because it is a very specific theory and not so broadly known.

2 LUHMANN’S TERMINOLOGY

Luhmann’s theory of society is called ‘systemic theory’, because in his theory the modern society is divided in lots of systems, and those (sub)⁴systems are

³ Original quote: *“La comunicación es la unidad más pequeña posible de um sistema social”*.

⁴ Considering society as a system, diferente from psychological systems, for example, the social systemas – part of the society – would be more properly called “sub-systems”, but, as I wont go deep in this more general level of analysis, I will call them “social systems” or even only “systems”.



composed of communications that reproduce themselves in some specific way; for example, in the legal system labeling what is licit or illicit, or in the political system the issues of power in creating binding decisions. First, it is important to notice that the communication is the core concept of the systemic theory and it has a very specific meaning. Communication is the unity of three different selections: 'information (Information), utterance (Mitteilung) and understanding (Verstehen)'. (LUHMANN, 2006, p. 49).

It is important to notice that by "systemic theory" or "modern systems theory" I am indicating only Luhmann's theory of society. This observation is important because there are many theories that understand society by a "systemic" perspective, divided in social systems. For example, the theory of Talcott Parsons, a major influence of Luhmann, and also the social theory of Pontes de Miranda, a very known Brazilian jurist, but not as known by his sociological work.

The modern society is complex, which means that the world presents itself to the men in a multiplicity of possible experiences and actions (previous communications) in contraposition to the limited potential in terms of perception, assimilation of information, and action - each experience presents an evident content that refers to other possibilities. (LUHMANN, 1983, p. 45) In other words, every reality is a necessary exclusion of many other possibilities of reality. It may sound confuse, but it is possible to reduce the idea of complexity to a tautology: to be is not to be what is not. For a reality to be, other possible realities are not.

Complexity implies a selection of expectations, of possibilities; for example, when alter speaks to ego, he first suppose that ego is going to listen, or that ego speaks his language, and even that ego is awake, he selects a possible reality from the infinity of possibilities the world offers. In this sense, every communication is a selection made by both alter and ego, first about the information (one must select the content of a message), than the utterance (the information previously selected is uttered in some specific manner at the expense of another) and finally the understanding (it is understood in some specific way, again a selection).

The reaction to that communication is another communication itself, and it continues in a chain: communication produces communication. Historically, in this process of communication generating communication, in a constant increasing of



complexity, society reacts “specializing” groups of communication, it starts to differentiate itself functionally in binary codes: truth/not-truth, beautiful/ugly, licit/illicit, etc. (LUHMANN, 2006, p. 444).

It means that in some moment of history the reproduction of the communication started to create some pattern, identities, starting to recognize itself, that’s what is called the ‘functionally differentiated systems’, the codification presupposes identity of communication. (LUHMANN, 2006, p. 170)

A system is a differentiated form, it has two sides, the system itself (the inner side), and the environment (the outer side); only both sides make the system, and this is how it identifies itself, as a difference, as something other than the environment, the system is itself a difference, it is a closed differentiated form, since everything that is not part of it is part of the environment. “... *Everything observable and describable by this differentiation belongs either to the system or to the environment.*” (LUHMANN, 1997, p. 78)

A system reproduces itself by its own elements, its own communication, for that reason they are called autopoietic, using an expression from the biologists Humberto Maturana and Francisco Varela. The system moves itself, works with its own elements, and has as reference its own communication (auto-reference). As Günther Teubner⁵ explains:

The idea of auto-reference and autopoiesis presupposes that the pillars or bases of the system’s behavior reside not in exogenous conditions imposed by the environment to which they have to adapt in the best way possible (how the theory of open systems understood), but after all in the own inward of the system.

For example, considering that ‘The Law’ is an autopoietic system that operates with the code licit/illicit (Recht/Unrecht), one can only say that some specific case was licit or illicit by appealing to previous legal communications, communications already within the system, as a statute or a judicial decision. One cannot communicate licit/illicit by using religious or economic communications, which means that something cannot

⁵ “O direito como sistema autopoietico”. Original title: Recht als autopoietisches System). (Original quote: “A ideia de auto-referência e autopoiesis pressupõe que os pilares ou bases do funcionamento dos sistemas residem, não nas condições exógenas impostas pelo meio envolvente às quais tenham de se adaptar da melhor forma possível (como era entendido pela teoria dos sistemas abertos), mas afinal no próprio seio sistêmico.” (TEUBNER, 1989, p. 32)



be labeled licit or illicit just because it was considered a sin or because someone either has or does not have money.

The systems operate within its own boundaries, it means that they are operatively closed, they recognize some communications as part of them and some as environment, and this differentiation occurs by the system's inner communication. The system determines itself autopoietically, by its own elements. Using the legal system as example again, only the system can recognize some communication as relevant – as a part of itself – for example: the law courts (pre-established inner communication) react to some other communication (E.g. a crime, a contract, a treaty, etc.) which are then labeled as licit or illicit by the system's criteria and others are just irrelevant (E.g. why penguins cannot fly or if Romero Brittos's paintings are artistically valuable). In this way, the system differentiates itself from the environment. (LUHMANN, 2005, p. 236)

At last, although operatively closed, the systems interact with each other; the most important of those interactions are the structural couplings. Luhmann refers to structural coupling “...when a system supposes specific characteristics of its environment, relying structurally in it...” (LUHMANN, 2005, p. 316)⁶ a structural coupling is a paradox, because it includes and excludes the system at the same time. The structural coupling specifies a strict way through which both systems can ‘irritate’ each other, in order to maintain and stronger their independence from the environment. (CORSI, 2001, p. 169-189)

The coupling makes the functional differentiation stronger, allowing the systems to “influence” each other, because, when recognizing a strict way of inter-systemic communication, it is recognizing each system as a separate and independent unity, but also itself as a special unity. The coupling allows the systems to share a common structure, but it is not itself a part of any of the systems, in a way that they are not determining each other. The coupling makes the autopoiesis stronger, and that is how it cannot be mistaken by some kind of systemic corruption.

For us, the most important structural coupling is “The Constitution”, a coupling between the legal and the political systems. From the Law perspective, it is a substitution of the notion of natural law, it is a positivation of its foundations; from the

⁶ Original quote: “...cuando um sistema supone determinadas características de su entorno, confiando estructuralmente em ello...”



perspective of the political system it is the source of political power through sovereignty; it is both a legal limit of the political power and a political limit of the Law.

By the power, for example, the political system can produce law, that will be a parameter for legal decisions, within the constitutional frame; and at the same time, law controls the legality and constitutionality of political decisions, inside the parameters of the constitution. Both systems recreate their own limits by the constitution, finding new constitutional ways of keeping each other in check. It is a manner of double legitimization; they do not need legitimization outside themselves, prejudicing autopoiesis, because they have this common structure. (NEUENSCHWANDER, 2011, p. 29-64)

3 WORLD SOCIETY

When conceiving communication as the component of society and recognizing that there is communication all around the globe (internet, television, etc.), it is undeniable, under these premises, the existence of a world society embracing these communications. From the idea of society as an omni-embracing system of communication follows that for all communication with global capacity exists only one society. (LUHMANN, 2006, p. 108)

The idea of world society drifts from other similar concepts such as the 'International Society' of the English School of International Relations. The international society of the English School refers to a society of states, in the sense of a community of states bounded together under common rules in their relations with one another. (BULL, 2002, p. 13)

The first notable difference is the central role states have in international society that emphasizes the idea of a community of states normatively or culturally bounded. In its turn, systemic theory concept of a world society is about communicative structures that reproduce differentiated communication worldwide. In some sense, it confounds what Bull calls (international) society and system, where States have such contact with each other that even indirectly they affect each other's behavior. (BULL, 2002, p. 9)



For example, a war between two countries in the Middle East can influence Brazil's choice in constructing relations with one of them because the other is allied with the U.S.A. and Brazil, wanting a chair in UN's Security Council, needs U.S. support. This is what Bull calls an international system, States do not need to establish direct relation to each other to be influenced by each other's behavior.

In Luhmann's theory, this is the sign of existence of a communicative structure worldwide between states, hence a world society; but it is important to notice that Luhmann's world society is not the same thing as an international system in Bull's connotation, because of the central role states play as unities of the system.

The expression world society is also used in some other sense outside the systemic theory, most prominently Barry Buzan conceptualizes world society as the '*interplay amongst the interstate, interhuman and transnational domains.*' (BUZAN, 2004, p. 269). As he argues, no domain is predominant over the other two as in the idea of international society; he even says that world society:

...would be based on principles of functional differentiation amongst the various types of entities in play,(...) States and firms, for example, would have to accept the historical evidence that neither performs efficiently when it tries to do the other's job... (BUZAN, 2004, p. 203).

Although this concept excludes the protagonism of States, it only adds more 'members' to the society, and yet keeps the idea of members bounded together normatively or culturally. As it was already said, in Luhmann's sense, world society does not have to do fundamentally with norms and must be differentiated from more 'communitarian' concepts of society; society is not normatively integrated; in the words of Thomas Diez (2004, p. 34):

Luhmann's world society does not fall, at least at first sight, either into the "territorial trap", or into the normative trap. The systems of Modern Systems Theory are constituted and reproduced by a non-territorial force, communication – not a single norm within a particular territorial space, be it given or discursively "agreed" upon.

Of course the traditional 'agents' in the other theories, such as the people or the States, participate in the reproduction of the communication and the systems dynamics. When I talk about participation I am oversimplifying a very complex theory to fit the purpose of this text; strictly speaking in terms of the systemic theory,



individuals cannot 'be part' of the society, they reproduce communication as part of the environment, they have their own autopoietic closure as minds and are structurally coupled with the autopoiesis of the social system (society with its subsystems).

As said above in a footnote, in this article I will not go further in a more general level of analysis, that is why I am using the term "participation" and its derivatives, but I left here this observation that strictly speaking one cannot talk about "agency" in the systemic theory, which means that, technically, individuals do not act or participate in the society, they interact with its communication as minds and bodies coupled with it.

When using the term 'agent' I am stressing that the idea of inclusion/exclusion does not only apply to individuals, but also to other entities such as firms or States. When talking about States as agents, you can either conceive it as the communication by men in the head of a country, its leaders whose decisions are received internationally as decisions of States, and in this sense we can absorb the idea above explained about minds structurally coupled with a social system. Alternatively, what I think is a better way of understanding, States are specific inputs in the political system.

Of course the action of firms and States are indirectly actions of people, they are human creation, a communication itself, and do not act independently of human will; in this sense, there are interesting studies that use it as a premise, as the adepts of Foreign Policy Analysis. However, one cannot undermine that firms and States are also something other than their people when they act, especially when referring to States acting in the international level; States are more than their people and much more than their government.

As an example, one can refer to the history of the Brazilian State and a Brazilian way of conducting international relations that cannot be reduced to Mrs. Rousseff's government or Mr. Silva's. The action of a State is severable from the action of its leaders, at least in theoretical terms. Such separation will be here taken in account, however it is relevant to left this observation about the State-individual relation that, depending on the theoretical premises, can be reduced to one or another. For this text, States will be considered as specific inputs in the political system.

Input is another problematic word in the systemic theory, because it can suggest some kind of determination of the system by the environment. It is important to specify that when I say that States are specific inputs I am just saying States are



conceived by each system as a fiction with specific functions, most notably in the legal system a State is a subject of rights and obligations, it can litigate judicially, it can claim rights and it is obliged by international law. The important thing to notice is that it is only a concept, it can reproduce communication but strictly as the system allows it, as long as it fulfils its role as a subject of rights, a mere logical element of juridical relations.

By the political system it is conceived rather differently, it is no more a subject of rights, but a subject of power. In the world's political system states relate to each other under relations of power as making war, strategic alliances, discussing policies, and so on. However, a state is only conceived as so and only take part on these relations when it fulfils also a function in the system, not a subject of rights, as in the legal system, but as a sovereign political unit.

As explained above relatively to the legal and the political system, we can one more time assert that a 'State' is a 'agent' of a system as a kind of inner function of it, a specific fiction or program that reproduces the system's communication under its strict boundaries.

The systems react to this 'agency' by the metacode inclusion/exclusion, meaning that each system assigns 'roles' for the subjects to act. (LUHMANN, 2006, p. 492). Differently from stratified societies such as in the Middle Ages, the world society is functionally differentiated which means that the metacode inclusion/exclusion operates in each system; someone can vote and participate in the political system but at the same time not have means to participate in the economy. (VERSCHRAEGEN, 2002, p. 266).

Following this idea, some authors such as Marcelo Neves talk about a differentiation of center/periphery territorially in the world society, that happens because some systems based on cognitive expectations (that means they are more adaptable, they create new expectations based on rejection, they are more susceptible to changes in the environment) expand more easily worldwide; when thinking about any Physics' rule – scientific system – it is easy to see that only one case proving it wrong suffices to invalidate it.

Systems based in normative expectations, such as Law and Politics, tend to suffer this second differentiation territorially (a vertical differentiation) because they are



more stable, norms are not invalidated by their violation. A red light, for example, does not stop to oblige the drivers by the fact that some of them have disrespected it.

According to Neves, this was even Luhmann's initial idea, although he changed opinion in later works (NEVES, 2006, p. 218). Therefore, there are some 'agents' excluded in the dynamics of the world society, primary in the world politics and world law communication, this happens, for example, with poor and small countries, that sometimes are not even recognized as a State.

4 HUMAN RIGHTS

As already said, systems such as Law and Politics, that operate with normative expectations tend to have more difficulties to expand worldwide and end up suffering a 'vertical differentiation'; In this sense, one could ask if there really are a political and a legal system in the world society.

About politics, the answer seems obvious when thinking about the existence of an international system, as in Bull's sense mentioned before. There are evident relations between States all over the world, States that are not even neighbors, but whose actions affect the behavior of other states. Using Bull's example:

Nepal and Bolivia are neither neighbors, nor competitors, nor partners in a common enterprise (except, perhaps, as members of the United Nations). But they affect each other through the chain of links among states in which both participate. (BULL, 2002, p. 10)

It is a clear example of world communication under the political system, disputes over power and war, even the existence of the United Nations; all of these show the existence of a 'world politics' besides the 'domestic politics'.

Within the legal system there are also some structures that provide evidence for the existence of a legal system of the world society. First, the so-called 'international law' is today more than a bunch of advices; it acts worldwide stabilizing normative expectations. The problem of compliance is not that relevant to the recognition of a valid international legal system, as could argue some authors (HATHAWAY, 2002), not at least in the Systemic theory perspective, because the normative expectations



are contrafactual, they do not adapt to eventual non-compliance. LUHMANN, 2006, p. 50).

This is not all; the legal system in world society is developed not only in international and supranational law, but also in neo-spontaneous forms of law. The supranational refers to those regimes characterized by the delegation of decisional autonomy from states to other independent juridical institution, for example the International Criminal Court or the European Court of human rights. The neo-spontaneous regimes are those without any participation of States; they are a material law form without treaties institutionalizing them; for example, the FIFA deciding matters of sporting law. (MASCAREÑO, 2007, p. 13-19).

Saying that, both systems would need mechanisms of inclusion, especially these also being 'vertically' differentiated; that is how we can conceive human rights, as both a mechanism that maintains the functional differentiation of world society and of inclusion of persons and states in the law and politics of the world society.

Subjective rights, as human rights, symbolizes that individuals are independent from social positions (that totally include or exclude) but are potentially included in the social systems. Freedom and equality, centered in the idea of the Human, inalienable condition of the being, indicates that each individual has access to the social systems, but it is up to him or her to decide how to exercise this.

The equality is the grounds for keeping off segmentary differentiation, making social positions to have no role in determining the inclusion of the person in society. The freedom aspect completes equality by maintaining the functional differentiation, keeping systems apart from controlling each other; for example, religious freedom is a way of keeping political decisions without control over religion. (VERSCHRAEGEN, 2002, p. 268-269). In Gert Verschraegen's (2002, p. 270) words:

By encouraging the individual to participate freely in different function systems and by preventing one subsystem or social group from completely controlling him or her, human rights strengthen and protect the high degree of individual mobility and communicative openness upon which modern society is built. Thus, by protecting the individual, the social institution of human rights also protects the complex and differentiated order of modern society. Only by giving inalienable rights to the individual can society protect its own level of differentiation and weaken tendencies towards regression or dedifferentiation.



The greatest fear human rights have is the expansion of the political system, and its tendency of totalizing. As a response fundamental rights of autonomy are born, either to institutions as to individuals. (TEUBNER, 2006, p. 172). This dominance of the political system means not only functional differentiation, but also a strengthening of the vertical differentiation, meaning the exclusion of the world society. In this sense, human rights are an important mechanism of inclusion and the maintenance of society's functional differentiation.

5 GLOBAL CONSTITUTION

As said above, Luhmann developed a very specific concept of constitution, a constitution as a structural coupling between the legal and the political systems. The question that in some way is still open is about the possibility of a world constitution, a constitution of the world society in Luhmann's sense.

Some posterior developments of Luhmann's theory identified "conditions of globalization" of the constitution as it is separated from the State, because the political-monopolistic structure of the States and the exaggerated internalism of the national societies have become very fluid, which conducts to a fragmentation and pluralization of legal regimes. That means that even constitutional norms can be produced outside the state (THORNHILL, 2012, p. 125), as the above mentioned neo-spontaneous regimes. (MASCAREÑO, 2007, p. 13-19).

The consequence of that is the conception of "auto-constitutional regimes", collective bodies that develop a constitution outside a nation-state. Those regimes produce rather complex bodies of law – primary and secondary – that determine their own procedural norms on law-making and also a institutionalized way of making politics. (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004, p. 1015).

In conclusion, the tendency of the development of Luhmann's sociology of constitution is associating a global constitution with a highly pluralized perspective of many semi-politic bodies with multiple legal orders. The World Constitution is – taking this view – not a public and unified regime of international law, as would normally be thought, but a network of communications coming from diverse paths both in public and private governances. In Thornhill words:



In fact, it is about a constitution that necessarily compromises the traditional distinction between public and private law, and that conjugate simultaneously the power of public governance regimes (States, international tribunals, human rights tribunals) and private governance regimes (companies, professional associations, international banks). Moreover, since these constitutions cannot be remounted to any primary act or normative foundational demand, the norms they conjugate are produced inside law itself: are formed by plural legal actions or “communicative events” inside the global legal system and the institutions that apply the law. (THORNHILL, 2012, p. 116)⁷.

It is in some way clear that the development of a world society would imply a drift of focus from a state centered theory, in a way that one must focus in a global law and global politics independent of a central organism, what can be called fuzzy law or fuzzy politics, and even a fuzzy global constitution. However, this is not the only path the development of a world constitution follows. It is important to point that the modern society shows a more centralized pattern of constitution. In this second sense, the Human Rights regimes have an important role; as teaches Teubner:

(...) In international politics and in international organizations it is happening a real constitutionalisation process in a narrower sense, as observed by many International Public Law specialists, and shall not be disputed, but rather emphasized. The development of worldwide applied human rights in contrast with the powers of nation-States is the clearest proof of this start. (TEUBNER, 2003, p. 8)⁸.

In this sense I point out the role human rights have in including States in the world’s political system. That comes with the idea endorsed by Reus-Smith that the right of self-determination is tied with the satisfaction of basic human rights, being the right of self-determination a human (group of humans) right itself. (REUS-SMIT, 2001, p 535-536). To demonstrate this assumption, the author goes through explaining the communicative process surrounding the decolonization, especially by refuting the view

⁷ Original quote: “De hecho, se trata de una constitución que necesariamente engloba la distinción tradicional entre derecho public y privado, y que conjuga simultaneamente el poder de los regimens de gobernanza pública (es decir, Estados, tribunals internacionales, tribunals de derechos humanos) y de regimens de gobierno privado (es decir, companies, asociaciones profesionales, bancos internacionales). Además, como estas constituciones no pueden ser remontadas a nindún acto primario o demanda fundacional normative, las normas que comprenden son producidas internamente dentro del derecho en sí: son formadas por acciones legales plurals o ‘acontecimientos comunicativos’ en el sistema legal global y en las instituciones que aplican la ley.”

⁸ Original quote: “(...) in der internationalen Politik und in den internationalen Organisationen im engeren Sinne ein realer Konstitutionalisierungsprozeß stattfindet, wie er von vielen Völkerrechtlern beobachtet wird, soll damit nicht bestritten, sondern gerade hervorgehoben werden. Die Entwicklung weltweit eltender Menschenrechte mit Verbindlichkeit gegenüber nationalstaatlichen Gewalten ist dafür der deutlichste Beleg.”



of Robert Jackson that Human Rights were a reaction to the spread of ramshackle states in the decolonization process.

That's the main point of Jackson's argument to explain decolonization, that prior to the middle of the twentieth century sovereignty was seen as granted only to those States that could guarantee some standard of civilization; in fact an European standard of civilization, governments that could grant their peoples some sort of "political goods", what he calls a "positive sovereignty". In this sense, only a little number of countries could be part of the international society, and was grounded by this idea that the European justified their domain over their colonies.

On the other hand, by the middle of the XX century, this vision was supplanted by a new notion of sovereignty, a "negative sovereignty" granted to weaker states even if they could not show any of the trappings of empirical statehood. Only using this change in the concept of sovereignty is possible, as says Jackson, to explain the decolonization and the expansion of the international society. (REUS-SMIT, 2001, p. 523).

Reus-Smit diverges from Jackson in the matter of the role human rights plays in this process, for Jackson human rights were born as these ramshackle states, fruit of the decolonization, appeared. For Reus-Smit, on the other side, human rights were the reason of legitimation for those new states to become sovereign, not only because the first legal documents concerning human rights existed before the decolonization, but because the new states were protagonists in the promotion of the new instruments.

As you see, the human rights regime were developed not as a reaction to the decolonization, but was prior to it. More than that, the states of the "first wave" of decolonization, such as India and Pakistan, were very active in the debate and construction of this regime as it created the fundamental basis of self-determination for those ex-colonies irrespective of their levels of political, economic, and social development.

The new concept of sovereignty (negative sovereignty) that gave strength for the decolonization process was grounded on the human rights regime. After the Second World War, the principle of self-determination is linked to the satisfaction of basic human rights in a way that the self-determination is itself a human right and therefore all people, organized in governments, should have a right to sovereignty.



Nevertheless, sovereignty itself is only granted if respecting the Human Rights regime. (REUS-SMIT, 2001, p. 536).

Back to Luhmann's theory, we can interpret these affirmations concluding that human rights work in the same way giving humans prerogatives to be included in the differentiated social systems, as in giving states legitimacy to act in the world political system. Sovereignty and human rights are not at all antagonists, but depend on each other in creating the legitimate international political agency.

As I see, human rights (elements of the world legal system) act in determining the conditions to political agency (category under the political system), while at the same time the political power is the central force in determining human right's content because the political activity of the states is the source of its positivation.

This seems to be some kind of complex interaction between the legal and the political systems of the world society, which can indicate a pattern of coupling. What I am trying to say is that, under the systemic theory, human rights can point to a central structural coupling between the politics and the law of world society, a sketch of a centripetal process of constitutionalisation.

6 CONCLUSION

Luhmann created a unique theory of society, a theory of society without men, driving us to see the social dynamics from a different perspective. The conceptualization of a society made of differentiated systems of communication implies also the existence of a world society functionally differentiated. The legal and political systems, by operating with normative expectations, are less adaptable in the evolutionary process of world society, suffering also a vertical differentiation. Human rights act as a mechanism of inclusion in the world society, maintaining also the functional differentiation; they also indicate some standard of interaction between the political and the legal system.

Of course, I do not say peremptorily that human rights are a global constitution in the same sense as the constitutions within States; especially because one of the results of a domestic constitution is a State of law, and I am not implying the formation



of some global State. The point here is that human rights show some patterns of similarity with a national centered constitution concerning some interaction between politics and law.

Human rights make it possible for the legal system to innovate itself with politically induced norms, the own semantic content of human rights is politically created. For example, it is the States' leader's negotiations that produce the International Covenants and Conventions making human rights positive law. At the same time, human rights are parameters to political action; one conditions the other. Although the systems' operations do not mix, law is still law and politics are still politics, they share particular communications through human rights.

The same kind of conditioning happens with the constitutions in domestic context, the transformation of the law into positive law and the democratization of the politics are the consequences of the State of Law created by modern constitutions. (LUHMANN, 2006, p. 620).

In conclusion, human rights as we conceive today are definitely a notable structure of the modern society, a central piece in the developing of functional differentiation, and the global mechanisms of integration. Even beyond, they could point to a possibility of a central global constitution *in fieri*, in the sense of a coupling between law and politics in the world society. Or, paraphrasing Luhmann's maxim in the last paragraph of *Das Recht der Gesellschaft*: we shall face the danger of contingency and human rights end up being only an occidental anomaly losing strength within the evolution of world society.

7 REFERENCES

BULL, Hedley. **The Anarchical Society**. A Study of Order in World Politics. Third edition. New York: Palgrave, 2002.

BUZAN, Barry. **From international to world society?** English School theory and the social structure of globalization. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Translated by Juliana Neunschwander. **Journal of the law faculty of the Federal University of Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 39, p. 169-189, jan./jun. 2001. Found in: <<http://dspace/xmlui/bitstream/item/12579/1127.pdf?sequence=1>>.



DIEZ, Thomas. Politics, Modern Systems Theory and the critical purpose of International Relations Theory In: ALBERT, Mathias; HILKERMEIER, Lena. **Observing International Relations: Niklas Luhmann and world politics.** London: Taylor & Francis, 2004.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. **Michigan Journal of International Law**, vol. 25, 2004.

HATHAWAY, Oona. Do Human Rights Treaties Make a Difference?. **Faculty Scholarship Series.** Paper 839, 2002. Found in <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/839>.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad.** 2. ed. Ciudad de Mexico: Heder, 2005.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad.** Ciudad de Mexico: Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMOS, Eva Machado Barbosa (org.). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas.** Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I.** Translation of Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MASCAREÑO, Aldo. Regímenes jurídicos en la constitución de la sociedad mundial. **Política Criminal**, 4, 2007. A3, p. 13 – 19 Found in: <<http://www.politicacriminal.cl>>.

NEUENSCHWANDER, Juliana. O paradoxo dos direitos humanos / The paradoxo of human rights. **Journal of the Faculty of Law of the Federal University of Paraná,** Curitiba, n. 47, 2011, p.29-64.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil.** O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

REUS-SMIT, Christian. Human rights and the social construction of sovereignty. **Review of International Studies**, Volume 27, Issue 04, 2001.

TEUBNER, Gunther. Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch "private" transnationale Akteure. In: **Der Staat: Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht** 44, 2006.

TEUBNER, Gunther. Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie. In: **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, 63, 2003.

TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoietico** (Original title: Recht als autopoietisches System). Translated by José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

THORNHILL, Christopher. Niklas Luhmann y la sociologia de la constitución. In: CADENAS, Hugo; MASCAREÑO, Aldo; URQUIZA, Anahí (orgs.). **Niklas Luhmann y**



el legado universalista de su teoría – aportes para el análisis de la complejidad social contemporánea. Santiago: RIL editores, 2012.

VERSCHRAEGEN, Gert. Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory. **Journal of law and society**, Faculty of Social Sciences, Catholic University of Leuven, Belgium, vol. 29, number 2, June 2002.



POLÍTICA DE COTAS DO ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO: UMA ANÁLISE PERCUCIENTE IN FACIEM DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE¹

AFFIRMATIVE ACTION IN BRAZILIAN UNIVERSITIES: AN ANALYSIS BASED ON THE
CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF EQUALITY

Tayson Ribeiro Teles²

Resumo

O objetivo do presente trabalho é analisar a atual Política de Cotas do Ensino Superior brasileiro criada pela Lei Federal n.º 12.711/2012, com especial análise das possíveis interpretações aplicáveis ao Princípio Constitucional da Igualdade coadunáveis à temática. Para o alcance do objetivo proposto utilizou-se como metodologia de pesquisa a leitura de bibliografia sobre o tema, bem como se efetuou cotejo e cruzamento entre pensamentos de vários autores especialistas na área. Os resultados que se podem inferir após a conclusão da pesquisa são que 1) a atual Política de Cotas pátria não fere o Princípio Constitucional da Igualdade, bem como 2) tal Política é necessária para corrigir comportamentos segregacionistas erigidos no passado e 3) a melhor interpretação aplicável ao debate é a de que as pessoas são sim iguais perante à lei, mas esta igualdade é apenas formal e materialmente, na vida prática, as pessoas são diferentes. Assim, as Cotas do Ensino Superior são importantes e necessárias, porquanto ajudam a amenizar as desigualdades sociais do Brasil.

Palavras-chave: Política de Cotas do Ensino Superior brasileiro. Princípio Constitucional da Igualdade. Interpretações aplicáveis. Desigualdades sociais.

Abstract

The objective of this paper is to analyze the current Affirmative Action Policy of Brazilian Universities created by Federal Law n.º 12.711/2012, with special attention to the possible interpretations pertinent to the Constitutional Principle of Equality. In order to achieve the proposed objective, we employed as research

¹ Artigo recebido em: 11/04/2015. Pareceres emitidos em 24/05/2015, 25/05/2015 e 22/06/2015. Aprovação comunicada em 24/07/2015.

² Mestrando do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* - Mestrado em Letras: Linguagem e Identidade da Universidade Federal do Acre (UFAC). Especialista em Gestão da Educação Profissional, Científica e Tecnológica (EPCT) pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Acre – IFAC (2015), em Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC's) pela UFAC (2015) e em Gestão Administrativa na Educação pela ESAB, de Vila Velha - ES (2014). Graduado, na Área de Administração, em Tecnologia em Gestão Financeira pelo Centro Universitário Oswaldo Cruz, de Ribeirão Preto-SP (2013). Servidor Público Federal Efetivo do Ministério da Educação, lotado na UFAC desde 2012. Membro do Conselho Regional de Administração do Acre (CRA/AC), assentado no Registro n.º6-0079. Além do que, atualmente, é acadêmico do 7.º Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Acre (UFAC). E-mail: <teles-acre@hotmail.com>.



methodology the reading of bibliographical works on the theme, as well as summation and cross-analysis of ideas of many authors specialized in the area. The results inferred after the conclusion of the research are that 1) the current Affirmative Action Policy does not injure the Constitutional Principle of Equality, as well as 2) such Policies are necessary to correct segregationist behaviors erected in the past and 3) the best interpretation applicable to the debate is that the people are equal before the law, but this is only a formal equality and materially, in the practical life, people are different. Thus, Affirmative Action in Universities are important and necessary, because they help to minimize the social inequalities of Brazil.

Keywords: Quotas Policy of the Brazilian Superior Teaching. Constitutional Principle of Equality. Applicable interpretations. Social inequalities.

Sumário: 1. Introdução. 2. Origem e objetivo das ações afirmativas. 3. Definição de cotas e de princípio (constitucional) da igualdade. 4. A atual política de cotas para ingresso no ensino superior brasileiro. 4.1. A Lei federal n.º 12.711/2012. 4.2. O Decreto federal n.º 7.824/2012. 5. O debate: as cotas violam ou não o princípio constitucional da igualdade?. 6. A melhor forma de enxergar a discussão: as cotas não violam o princípio constitucional da igualdade. 7. Conclusão. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho produzirá análise acurada e detalhada da atual Política de Cotas do Ensino Superior brasileiro, com especial análise das possíveis interpretações aplicáveis ao Princípio (Constitucional)³ da Igualdade ligadas ao tema. Nesse rumo, como afirmam Bertúlio, Duarte e Silva (2011), as Cotas do Ensino Superior são um poderoso instrumento de inclusão social, porquanto essas Ações Afirmativas constituem medidas estatais especiais e temporárias que, almejando remediar e minimizar um passado discriminatório têm por objetivo acelerar o processo de concretização da igualdade social, com o alcance da equidade substantiva (material) por parte de grupos marginalizados e jogados ao vale da vulnerabilidade, como são as minorias étnicas, raciais, as mulheres e tantos outros grupos sociais.

A escolha do tema justifica-se, preliminarmente, pela elevada importância do assunto. Quando se fala de Cotas, se está falando de sociedade, política, democracia, república, direitos individuais e coletivos, administração e gestão da educação superior etc. Além do que, se está lembrando, em elevado relevo, do passado, pois se está estudando a história do mundo e do Brasil.

³ Usar-se-á inicialmente este vocábulo entre parênteses, porquanto se verificará que na verdade o Princípio a ser analisado é o da Igualdade, que no Brasil está constitucionalizado (escrito no Art. 5.º da Constituição de 1988) e por isso é chamado de Princípio Constitucional da Igualdade.



Outrossim, o tema também possui vultosa relevância social na medida em que é mister minimizar as noções negativas que se tem sobre as Cotas do Ensino Superior pátrio. Estas existem e atualmente fazem parte das políticas educacionais brasileiras. Isso, pois o povo, por meio de seus representantes, permitiu a elaboração da 'Lei de Cotas', a Lei Federal n.º 12.711/2012, atualmente em vigor.

Portanto, o estudo delimita-se a pesquisar a relação entre a existência da atual Política de Cotas para acesso ao Ensino Superior brasileiro e o Princípio Constitucional da Igualdade, mormente a determinar se tal Ação Afirmativa fere este princípio ou é por ele conformada.

Para o alcance do objetivo proposto utilizou-se como metodologia de pesquisa a leitura de bibliografia sobre o tema, bem como se efetuou cotejo e cruzamento entre pensamentos de vários autores especialistas na área. Optou-se por este método de estudo, pois, como dizem Bastos e Keller (1997), neste tipo de pesquisa, baseada na leitura de livros ou outros tipos de documentação escrita (artigos, periódicos, dissertações, teses etc.), é factível se obter subsídios para a interpretação e compreensão de um fenômeno ou responder a perguntas de pesquisa.

Ademais, as principais características da pesquisa bibliográfica são a informalidade, a criatividade e a flexibilidade. Dessa forma, pode-se afirmar que este tipo de estudo utiliza-se de dados secundários, isto é, dados que já foram produzidos e publicados, e, interligando-os, produz novos dados e novas possibilidades de entendimento de determinada temática.

Por fim, na presente empreitada, inicialmente se abordará a origem e o objetivo das Ações Afirmativas, gênero de política pública do qual as Cotas são espécie, em seguida definir-se-á o que são Cotas e qual o conceito de Princípio (Constitucional) da Igualdade; tecer-se-á comentários sobre a atual Política de Cotas brasileira, analisando a Lei Federal n.º 12.711/2012 ('Lei de Cotas') e o Decreto Federal n.º 7.824/2012, regulamento executivo que a regulamenta.

Após, discorrer-se-á sobre o debate referente a compreender se as Cotas violam ou não o Princípio Constitucional da Igualdade, bem como se exporá a melhor visão de enfrentar o debate, qual seja: a ideia que as Cotas não ferem o preceito constitucional da igualdade. Por fim, exalar-se-ão considerações finais com rememoração de tudo o que será exposto.



2 ORIGEM E OBJETIVO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Em plano histórico, conforme diz Alberca (2011), as Ações Afirmativas nasceram e tiveram sua origem nos Estados Unidos da América (EUA), na década de 60, durante a presidência de John Kennedy, como meio de promover a igualdade entre negros e brancos norte-americanos, mas, hoje em dia essa forma de Política Social é adotada em diversos países europeus, asiáticos, africanos e latino-americanos, com as respectivas ressalvas e necessidades de cada região, sempre com o escopo de estabelecer preceitos, em conformidade com a lei e a ordem social, para a busca da igualdade entre todos e a conquista da existência das mesmas oportunidades.

Nessa perspectiva, como preleciona Piscitelli (2009), as Ações Afirmativas, quer via Cotas no Ensino Superior ou não, visam, basicamente, à concretização do Princípio da Igualdade em sentido material (concreto). Nesse intento, é preciso que o Estado, inicialmente, desiguale os cidadãos, tendo em vista seu próprio estado originário de desigualdade fática. Entretanto, para este autor, há que se ponderar, com circunspeção e parcimônia, que, pela aplicação da regra da proporcionalidade, da necessidade e da adequação, as interferências estatais nesse processo devem ser limitadas, porquanto os sujeitos devem sempre ter mantida certa parcela de liberdade social.

Por fim, Rocha (1996) afirma que as Ações Afirmativas, nas quais se enquadram as Cotas, são medidas estatais especiais e temporárias, tomadas ou determinadas pelo Estado, espontânea ou compulsoriamente com o objetivo de amenizar desigualdades sociais historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidade e tratamento, bem como compensando perdas eliciadas pela discriminação e marginalização, resultantes de motivações raciais, étnicas, religiosas, de gênero e outros. Assim, para esta autora, as Ações Afirmativas visam a combater os efeitos acumulados em virtude das discriminações que ocorreram no passado.

3 DEFINIÇÃO DE COTAS E DE PRINCÍPIO (CONSTITUCIONAL) DA IGUALDADE

Assevera Wanderley (2007) que as Cotas, espécie do gênero Ações Afirmativas, são medidas de exceção ao Princípio da Igualdade e, por constituírem



exceção a um princípio tão valioso, submetem-se a dois principais requisitos de legitimidade e validade, quais sejam: a relevância social e a provisoriedade. Em relação àquele, afirma-se que toda Ação Afirmativa deve ter um objetivo relevante para as sociedades e procurar promover a inclusão de grupos sociais marginalizados e, brutalmente, discriminados.

Em certo modo de enxergar, para o autor, diz-se que se trata de compensar os desequilíbrios existentes na sociedade por meio de discriminações lícitas. Já no que atine a este último requisito, as Ações Afirmativas devem sempre se apresentar sobre um plano de temporalidade limitada, em caso contrário estar-se-á criando privilégios para determinadas camadas das sociedades.

Nesse direcionamento, consoante Gomes (2001), a Política de Cotas não se confunde com a definição de Ação Afirmativa. O Sistema de Cotas nada mais é do que uma espécie de Ação Afirmativa. Meio que um tipo de Ações Afirmativas, as quais abrangem uma série de medidas sociais, como concessão de bolsas de estudos, elaboração de programas de distribuição de renda (Bolsa Família⁴ etc) e de treinamento, ministração de cursos de reforço escolar para jovens e crianças e de reciclagem para trabalhadores em atividade ou em situação de desemprego involuntário, entre outros.

Quanto ao Princípio da Igualdade, que no Brasil está no Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)⁵ e por isso é chamado de Princípio Constitucional da Igualdade, Mello (2003) diz que a atual noção de igualdade presente no Brasil deriva das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX. Tais sublevações institucionalizaram o postulado do igualitarismo, proveniente da ética cristã, segundo o qual todos os seres humanos, somente por serem dotados de humanidade, são possuidores do mesmo *quantum* de dignidade.

Nessa fase, o direito à igualdade surgiu como oposição aos privilégios reais absolutistas, ocasião em que a burguesia reivindicou a vez à igual dignidade de que gozavam os clérigos, os reis, os políticos etc. As pressões dessas revoluções

⁴ No tema Cotas universitárias o Programa Bolsa Família possui relevável importância. Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) de 2007, das famílias receptoras do programa, 24% são chefiadas por negros (as). Logo se percebe que os filhos desses (as) chefes de família são os mesmo que lá na frente, quando crescerem, farão uso de Cotas.

⁵ O *caput* do art. 5º da CRFB/88 diz que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (EC n.º 45/2004)".



impuseram ao Estado o dever de editar regras gerais e impessoais, não individualizadas ou específicas, a fim de distribuírem-se os bens e as vantagens da sociedade de forma equânime, com base nas potencialidades humanas e não em privilégios de classe.

Atualmente a igualdade é albergada CRFB/88 como sendo um direito e uma garantia fundamentais. Nesse enfoque, para Canotilho (2006), a Constituição de uma nação é um sistema normativo aberto formado por dois tipos de normas, os princípios e as regras, ambos espécies do gênero norma constitucional, revestidos da mesma dignidade e da mesma força de lei e de direito positivo, porém, com diferentes formas de concretização. Para este autor, os princípios são enunciados de valores, padrões, normas impositivas de otimização, liberdade, igualdade, dignidade e democracia. São os valores políticos fundamentais de um povo, caracterizando-se pelo enorme grau de abstração.

Nessa vertente, em sede de definição do Princípio da Igualdade, para Jr. Silva (2002), em sua acepção mais conhecida, o Princípio da Igualdade aparece como um direito fundamental à cidadania, vez que este é um dever negativo imputado ao Estado e aos particulares, qual seja: a obrigação de não discriminar. É uma obrigação negativa, a partir da qual é vedada a produção de leis e normas diversas que estabeleçam privilégios. Para este autor, o Princípio da Igualdade seria uma proibição tácita de diferenciar as pessoas⁶.

Então, sabendo o que são Ações Afirmativas, Cotas e o Princípio Constitucional da Igualdade, Alberca (2011) afirma ser necessário questionar se tal princípio, presente na CRFB/88, pode ser aplicado ao Sistema de Cotas brasileiro, a fim de conformá-lo como uma política pública ou não. Isto é, é necessário saber se as Cotas podem ser justificadas pelo Princípio Constitucional da Igualdade no sentido de que todos, por serem 'iguais', merecem iguais oportunidades. Além do que, para este autor, também é mister indagar se a Política de Cotas acaba definitivamente com um

⁶ Outra compreensão interessante do que seja a igualdade como princípio, conforme se depreende dos pensamentos de Rodrigues (2010), é a ideia de que esta é resultado de um constante processo evolutivo que oportuniza o alargamento de seu conteúdo e a produção de distintos e diferentes conceitos do que ela vem a ser, em si mesma. Além do que, para este autor, o sentido de igualdade pode sofrer variação, do mesmo modo que o seu correspondente oposto, a desigualdade. Esses dois conceitos, sempre fizeram parte das preocupações da humanidade, porquanto ser igual ou ser diferente, ainda nos dias atuais, atormenta o ser humano.



setor marginalizado ou se apenas resolve uma parcela do problema, visto que não tem força para atingir todos os setores em vulnerabilidade social.

Nesse contexto, como consignam Bertúlio, Duarte e Silva (2011, p. 22):

Faz-se necessário combinar a proibição da segregação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade, no sentido de que ela se configure como um processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis [...] a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica na violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão.

Por fim, Feres Júnior e Souza Neto (2008) dizem que as razões normalmente trazidas à tona para explicar a necessidade de tratamento desigual de indivíduos considerados negros, pobres, pardos e indígenas em face daqueles tidos como brancos e ricos nos processos seletivos para ingresso em Universidades públicas podem ser, de modo geral, resumidas em duas vertentes: a) o argumento da reparação histórica, mediante o qual a sociedade teria uma imensa dívida a pagar aos seres recebedores da discriminação legal (as Cotas) em decorrência dos séculos de escravidão e exploração a que eles (na verdade seus antepassados) teriam sido submetidos; e b) o argumento da inclusão social, segundo o qual os seres discriminados pela lei (os cotistas) estariam atualmente em uma situação de exclusão social resultante de um passado gravemente discriminador e exploratório e, por isso, merecem ser inclusos na sociedade.

4 A ATUAL POLÍTICA DE COTAS PARA INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO

Aduz Ferreira (2013) que, após 13 anos de tramitação no Congresso Nacional, o polêmico Projeto de Lei 180/2008, o qual cria uma política de Ação Afirmativa nas Instituições Federais de Ensino Superior (IFES), foi sancionado pela presidenta da República Dilma Vana Rousseff em 2012, tornando-se a Lei Federal 12.711. Segundo este autor o texto normativo é a base da Política de Cotas pátria. Por isso, a referida Lei é conhecida como 'Lei de Cotas'.



Em breve panorama sobre as Ações Afirmativas educacionais brasileiras, este autor revela que antes da 'Lei de Cotas', das 274 IFES públicas, apenas 84 (29,6%) já reservavam certa parcela de suas vagas para o acesso de negros, afrodescendentes, pobres etc. Diz o autor que com a nova lei, somente nas Universidades federais, cerca de 50 mil vagas para negros e indígenas serão disponibilizadas por ano.

Dourado (2013) afirma que a nova 'Lei de Cotas' traz consigo um impacto inclusivo nas instituições de ensino superior, porquanto será determinante para diversificar as elites brasileiras das próximas gerações. Este autor diz que a lei representa um passo importante para a democratização das políticas públicas de acesso à educação superior pública.

Para ele, a norma, ao estabelecer 50% de vagas para estudantes de escolas públicas, resgata uma dívida histórica do Estado brasileiro com seu povo e sua efetivação contribuirá para o estabelecimento de vínculo mais orgânico entre as instituições públicas de educação básica e de ensino superior do país. O autor acredita que a nova lei é um complemento aos programas que já existiam, como Programa Universidade para Todos (ProUni), Programa de Reestruturação das Universidades Federais (REUNI) e Programa Nacional de Acesso ao Trabalho e ao Ensino Técnico (Pronatec).

Nessa análise global da Política de, para Ferreira (2013), é importante frisar que com a nova 'Lei de Cotas' nenhum estudante vai entrar na Universidade sem ter conhecimentos mínimos necessários, de acordo com os critérios da instituição. Os estudantes cotistas ainda terão de ser aprovados em processos seletivos, seja vestibular ou outro método - consoante o Ministério da Educação (MEC)⁷, atualmente a maioria das seleções de Universidades públicas é feita por meio do Sistema Unificado de Seleção (Sisu), com a utilização das notas do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) - a diferença é que os cotistas concorrerão apenas entre si.

Pereira (2012) diz ser evidente que o Sistema de Cotas aprovado não soluciona o problema estrutural da Educação Superior brasileira - nem é esta sua intenção. A melhoria do ensino público, incentivos financeiros para que crianças de

⁷ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Entenda as Cotas para quem estudou todo o Ensino Médio em Escolas Públicas.** Portal do MEC. Brasília, Set. 2012. Disponível em: <portal.mec.gov.br/cotas/perguntas_frequentes.html>. Acesso em: 25 jul. 2015.



baixa renda permaneçam na escola, e todo tipo de mecanismo que promova a equiparação de oportunidades desde o início da educação básica ainda são indispensáveis e necessários. Porém, para este autor, é preciso também preconizar a inserção de uma geração de indivíduos marginalizados para que se inicie, efetivamente, um processo de mudança de paradigmas, bem como equiparação de oportunidades e inclusão social⁸.

Na mesma direção de pensamento, Ferreira (2013) afirma que o sistema de reserva de vagas cumpre um primeiro passo, qual seja: o de tornar possível e real o sonho de um estudante de escola pública ingressar em uma Universidade pública federal, contribuindo, dessa forma, para a pluralização do ambiente acadêmico. Em um segundo momento, atinge a finalidade de oportunizar a inserção de grupos sociais historicamente marginalizados nos ambientes profissionais mais qualificados e intelectualizados do país.

Nesse foco, quadra anotar que a Organização das Nações Unidas (ONU), ainda em 2012, quando da produção da 'Lei de Cotas', explanou apoio à Política de Cotas brasileira, dizendo em nota que:

O Sistema das Nações Unidas no Brasil reconhece a adoção de políticas que possibilitem a maior integração de grupos cujas oportunidades do exercício pleno de direitos têm sido historicamente restringidas, como as populações de afrodescendentes, indígenas, mulheres e pessoas com deficiência⁹.

Por fim, ainda para Pereira (2012), é evidente que uma comunidade acadêmica mais diversificada e plural, que espelhe fielmente os grupos existentes na sociedade, será muito mais rica e desenvolvível. De igual forma, um profissional formado nesse ambiente, seja ele branco, negro ou indígena, será muito mais completo, humano e conectado com a realidade de seu país.

Para este autor, a Lei Federal 12.711/2012 conduz as Universidades a assumirem o seu verdadeiro papel na sociedade, o qual vai muito além de simplesmente selecionar aqueles que obtêm as melhores notas no vestibular ou

⁸ Percebe-se, embora ainda existam problemas, falhas e déficits, que os negros e os pobres há um tempo no Brasil têm tido suas condições de vida melhoradas. Conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010, compilados pelo IPEA, em 1992 a taxa de analfabetismo no país era de 10,6% para brancos e 25,7% para negros. Em 2009 tais percentagens reduziram-se para 5,94% e 13,42%, respectivamente.

⁹ Disponível em: <noticias.terra.com.br/onu-defende-cotas-em-universidades-publicas-do-brasil-500a42ba>. Acesso em: 25 jul. 2015.



ENEM, devendo contribuir para a formação de uma sociedade mais plural, em que todos os grupos sociais estejam equitativamente representados, o que é fundamental para o progresso civilizatório do mundo.

4.1 A Lei Federal n.º 12.711/2012

Sancionada em agosto de 2012 e já em vigor atualmente, segundo o MEC (2012), a 'Lei de Cotas', Lei Federal n.º 12.711, garante a reserva de 50% das matrículas por curso e turno nas 59 Universidades Federais e 38 Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia a alunos oriundos integralmente do Ensino Médio público, de cursos regulares desde com baixa renda familiar e de Educação de Jovens e Adultos (EJA), sendo que não são inseridos alunos de baixa renda que tenha estudado como bolsistas em escolas da rede privada, estes deverão pleitear vagas como alunos baixa renda somente, bem como os demais 50% das vagas continuam para a ampla concorrência.

Ainda consoante o MEC (2012), as vagas destinadas ao preenchimento por Cotas (50% do total no Ensino Superior) são subdivididas em 2 classes: metade para estudantes provenientes de escolas públicas com renda familiar bruta (total) igual ou inferior a um salário mínimo e meio *per capita* (por cada membro da família) e metade para estudantes provenientes de escolas públicas com renda familiar bruta (total) maior a um salário mínimo e meio *per capita*. Sendo que, em cada uma dessas classes, é levado em conta o percentual mínimo atinente à soma de pretos, pardos (afrodescendentes), amarelos e indígenas em cada Estado da federação, de acordo com o último censo demográfico do IBGE.

Nos dizeres do MEC (2012), no que atine ao método de constatação da 'raça' do candidato, existe certa discricionariedade e liberdade. O concorrente que afirmar ser negro, pardo ou indígena deve apenas se autodeclarar o que julga ser por meio de uma declaração escrita, como ocorre no censo demográfico do IBGE, em qual os recenseadores indagam cada morador dos municípios de um Estado acerca de qual 'raça' ele acredita pertencer. Já quanto à comprovação da renda familiar, deve-se apresentar documentação comprobatória, sendo tais documentos estipulados e pormenorizados pelo próprio MEC e pelas IFES.



Nessa perspectiva, cumpre dizer que, conforme o MEC (2012), a 'Lei de Cotas' já está em vigor desde agosto de 2012, porém, foram reservadas apenas 12,5% de vagas por Cotas para o ano de 2013. A norma prevê a implantação dos 50% de forma gradual até o ano de 2016, em qual se terá metade das vagas do Ensino Superior pátrio preenchida por alunos provenientes de escolas públicas que sejam negros, indígenas ou pardos (afrodescendentes), em proporção de suas rendas familiares e outras especificidades.

Por fim, dados atuais (de 2012 a 2015) sobre o ingresso de Cotistas nas Universidades ainda são prematuros ou quase inexistentes, mas utilizando-se por base dados anteriores a 2012 – quando houve a edição da 'Lei de Cotas' – em análise de Universidades que já tinham Cotas mesmo antes da lei¹⁰, percebe-se, conforme diz o IPEA¹¹, que em 2002 a frequência de negros em Universidades era de 20,8% e em 2009 passou para 38,9%. Logo, os negros, por exemplo, quando têm oportunidades as aproveitam. Ademais, quanto aos resultados relativos aos impactos da 'Lei de Cotas' na conclusão de cursos superiores pelos cotistas, cumpre que se espere serem erigidas futuramente pesquisas contundentes, sendo que no presente trabalho haverá no seu último tópico análise de uma pesquisa de 2013.

4.2 O Decreto Federal n.º 7.824/2012

Para Meirelles (2014) Decretos, em sentido próprio e restrito, são atos administrativos da competência exclusiva dos chefes do Poder Executivo, destinados a prover situações genéricas ou individuais, abstratamente previstas de modo literal, explícito ou velado pela legislação. Para este autor, o Decreto é uma instrução que diz como uma lei será aplicada no seio da sociedade.

Nesse diapasão, segundo o MEC (2012), o Decreto Federal n.º 7.824/2012 foi a norma editada pelo Poder Executivo Federal para regulamentar as condições gerais de reservas de vagas por Cotas em instituições de ensino superior. Isto é, a atual 'Lei de Cotas' pátria é regulamentada por esse Decreto. Há, também, a Portaria Normativa

¹⁰ Algumas IFES com base na autonomia universitária antes de 2012 já adotavam Ações Afirmativas para ingressantes negros, pardos, indígenas e brancos pobres. Atualmente quase todas as IFES as adotam, à exceção da Universidade de São Paulo (USP) e algumas outras.

¹¹ Levantamento feito no “**Boletim Políticas Sociais: acompanhamento e análise n.º 19**”. Disponível em: <www.ipea.gov.br/igualdaderacial>. Acesso em: 25 jul. 2015.



n.º 18/2012 do MEC, a qual estabelece os conceitos básicos para a aplicação da lei n.º 12.711/2012, prevê as modalidades das reservas de vagas, as fórmulas para cálculo, fixa as condições para concorrer às vagas reservadas e estabelece a sistemática de preenchimento.

5 O DEBATE: AS COTAS VIOLAM OU NÃO O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE?

Diante de todas as ponderações engendradas até o momento, apresenta-se a seguinte indagação: como interpretar o Princípio Constitucional da Igualdade na justificativa da existência de Cotas no Ensino Superior brasileiro no Século XXI? Em plano de resposta, verificar-se que, conforme a maioria dos especialistas no tema, como Bertúlio, Duarte e Silva (2011), há a possibilidade de duas principais interpretações, quais sejam: 1) todos são iguais perante a lei e, por isso, têm a mesma capacidade de ingressar no Ensino Superior, sendo as Cotas, nesse pensar, desnecessárias e até violadoras do Princípio Constitucional da Igualdade; e 2) todos são iguais perante a lei, mas, fora dela, na realidade prática da vida cambiante, não são e por conta de um passado escravocrata, explorador e segregacionista devem existir medidas compensatórias para os grupos menos favorecidos na atualidade.

Rodrigues (2010) afirma que os adeptos da primeira possibilidade interpretativa, com o desiderato de conformarem seu pensamento, mencionam o *caput* do Art. 5.º da CRFB/88, segundo o qual “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Para este autor, desse dispositivo, que inicia o capítulo da CRFB/88 que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, percebe-se a herança maior da Revolução Francesa - a igualdade, uma das bases que formaram a tríplice sustentadora daquela sublevação (as outras foram a liberdade e a fraternidade).

O Problema é que, segundo Jensen (2010), os adeptos dessa primeira corrente interpretativa, notoriamente contrários às Cotas, mencionam o *caput* do Art. 5.º apenas de forma pontual e literal. Aduzem, taxativamente, que 'todos são iguais perante a lei' e, por isso, não pode haver 'privilégios' para alguns no que atine ao



acesso ao Ensino Superior. Todavia, para Silva (2009), as pessoas não são absolutamente iguais perante a lei, porquanto há determinadas exceções ao Princípio da Igualdade formuladas na própria CRFB/88, quais sejam: a) imunidades parlamentares; b) prerrogativas de foro para determinados agentes políticos; c) exclusividade do exercício de determinados cargos públicos somente a brasileiros natos; d) vedação da alistabilidade eleitoral a determinadas pessoas etc.

No mesmo raciocínio, Alberca (2011) diz que o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) preconiza exceções ao Princípio Constitucional da Igualdade afirmando que a igualdade perante a lei que a CRFB/88 assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país não compreende a União e as demais pessoas de direito público, em cujo favor pode a lei conceder 'privilégios', albergados, sempre, pelo interesse público.

Com espeque em tais premissas, Novellino (2010) diz que a doutrina vem reconhecendo que o Princípio da Igualdade traz a autorização, mesmo que implícita, para que o Estado erija tratamento desigual, desde que o faça justificadamente. Nesse caminhar, os principais argumentos contrários às Cotas são:

I) a adoção de programas desta natureza viola o princípio da isonomia, por criar discriminação reversa, ou seja, por violar o direito daqueles que não estão inseridos em determinado grupo e que, por consequência, não são beneficiados por aquelas ações; II) o sistema de cotas desprivilegia o critério republicano do mérito, segundo o qual as pessoas devem ser recompensadas de acordo com o seu esforço e aperfeiçoamento. Nesse sentido, são invocados os dispositivos constitucionais que consagram a igualdade de acesso ao ensino (CRFB, Art. 206, I) e o ingresso nos níveis mais elevados de ensino segundo a capacidade individual (CRFB, Art. 208, V); III) cada pessoa tem o direito de ser reconhecida individualmente e não como membro de um grupo ao qual pertença [...]; IV) o sistema de cotas é uma solução frágil e superficial para a real solução do problema (NOVELINO, 2010, p. 395).

Prosseguindo no raciocínio, para Bertúlio, Duarte e Silva (2011), os adeptos da segunda corrente interpretativa - para quem todos são iguais perante a lei, mas, fora dela, na realidade da vida prática, não são e, por conta de um passado escravocrata, explorador e segregacionista, devem existir medidas compensatórias para os grupos menos favorecidos na atualidade - utilizam, além do *caput* do art. 5º da CRFB/88, o art. 3º do mesmo diploma para defenderem seu ponto de vista.



Para estes autores, aqueles mencionam o art. 3º, pois tal dispositivo diz que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Ou seja, alegam os favoráveis às Cotas que, embora todos sejam iguais perante a lei (Art. 5.º da CRFB/88), no Brasil há muita desigualdade social e, conforme o Art. 3.º da Carta Magna, é objetivo fundamental da nação a erradicação ou amenização/redução de tais desigualdades. Infere-se que há plausibilidade neste segundo modo de interpretar o problema, pois, conforme aduz Picitelli (2009), o *caput* do art. 5º da CRFB/88 deve ser interpretado concomitantemente ao art. 3º, inciso III, da mesma norma.

Nesse meandro, os principais argumentos favoráveis às Cotas podem ser separados em três grupos:

I) argumentos de justiça compensatória: tentam buscar a justiça pelo passado, baseando-se na 'retificação de injustiças ou de falhas cometidas contra indivíduos no passado' (por particulares ou governo). Seu principal objetivo é a reparação de um dano por meio do resgate de uma dívida histórica, como no caso da escravidão; II) argumentos de justiça social: trata-se de um pleito de justiça no presente, que visa à 'promoção de oportunidades para aqueles que não conseguem se fazer representar de maneira igualitária'. Seriam uma espécie de reivindicação legítima que um indivíduo ou grupo poderiam fazer em relação aos benefícios, vantagens e posições que teriam conseguido, se tivessem sob condições justas; III) promoção da diversidade: a adoção de um sistema de cotas para negros, pessoas carentes ou com algum tipo de deficiência pode contribuir para o 'surgimento de uma sociedade mais diversificada, aberta, tolerante, miscigenada e multicultural'. No julgamento de um caso envolvendo a Universidade de Michigan, a Suprema Corte dos EUA considerou que as Ações Afirmativas seriam constitucionais desde que tivessem o objetivo de promover a diversidade (NOVELINO, 2010, p. 396).

Em exalações também favoráveis às Cotas, Rodrigues (2010) diz que enquanto o argumento da reparação histórica volta-se para o passado, o da inclusão social procura analisar tão somente a situação do indivíduo considerado negro, indígena ou pobre na sociedade brasileira do presente. Segundo tal argumento, estes indivíduos se encontrariam, hoje em dia, em uma situação de inferioridade na disputa por vagas em Universidades públicas, pois seriam socialmente excluídos em função do que seus antepassados sofreram. Desse modo, para este autor as Cotas são legítimas, pois, funcionam como um instrumento de igualdade fática maior dos negros,



indígenas, pardos e pobres em relação aos brancos e ricos nos processos de seleção para ingresso em cursos superiores.

6 A MELHOR FORMA DE ENXERGAR A DISCUSSÃO: AS COTAS NÃO VIOLAM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Após a análise até aqui suscitada, depreende-se dos pensamentos da maioria dos especialistas na área, como Piscitelli (2009), que, em sede de observação dos elementos gerais histórico-sociais da formação da polêmica em torno da relação entre a igualdade jurídica e a existência de Cotas no Ensino Superior brasileiro, afastar juridicamente a condição de vulnerabilidade dos afrodescendentes, dos pobres, dos negros e dos descendentes de indígenas é eliminar e olvidar toda uma história de segregação étnica, não reconhecendo que as lesões (físicas e morais) causadas aos marginalizados e segregados geraram, e continuarão gerando por muito tempo, desmedidos prejuízos. Frisa este autor ser preciso clarificar que essas lesões não são puramente abstratas como os patriarcais persistem em dizer, bem como para se observar a materialidade das desigualdades existentes não é preciso forjar um exemplo complexo de situação que descreva um caso isolado, basta direcionar as retinas para a atual realidade brasileira das camadas menos favorecidas.

Nessa senda, para Bertúlio, Duarte e Silva (2011), é fora de dúvidas que os descendentes de brancos, sejam negros ou brancos, trazem uma positiva e superior experiência de vida, sobretudo intelectual, em relação aos negros, aos indígenas e aos pobres. Aqueles herdaram bens de seus antepassados e tiveram em datas pretéritas melhores condições de estudo e desenvolvimento humano e social. Diferentemente, aos afrodescendentes, por exemplo, não são comuns tais privilégios, servindo de consolo apenas uma herança cultural, repassada de geração a geração, como a religião afro-brasileira - a qual também ainda é alvo de muita discriminação e preconceito por parte de grande quantidade da sociedade.

Em observação dessas premissas, relevante é o pensamento de Rodrigues (2010) para quem a cultura e sociedade são realidades construídas, devendo a igualdade ser ponderada pela equidade e pelas reais necessidades das pessoas. Nessa visão, para este autor, a globalização deixou as sociedades mais



individualistas, minimizando drasticamente valores pautados na importância da família, da coletividade e do amor ao próximo, enquanto congêneres.

Nesse prisma, para Jensen (2010), pior ficou quando este individualismo uniu grupos por ideais comuns de discriminar grupos diferentes, massacrando física e moralmente minorias ou majorias mais frágeis. Para a autora, já teve quem sustentasse que a sociedade perfeita, em analogia à teoria da evolução, deveria ser integrada por 'mais fortes', que exerceriam o poder, e por 'mais fracos', inúteis, que deveriam permanecer à margem da sociedade e jogados no vale da exploração.

Conforme Rodrigues (2010), a verdade é que por muitas vezes na história o ser humano demonstrou retrocesso intelectual, mormente no que atine à demonstração de preconceitos. O progresso do pensamento social, principalmente no Brasil, surgiu com o sistema democrático e seus dispositivos normativos de exigibilidade e determinabilidade de condições igualitárias. Sendo que tal modo de pensar veio para interromper, embora para este autor tenha conseguido apenas desacelerar, coercitivamente as práticas de segregacionismo e preconceito.

Nesse caminho, é que, consoante o MEC (2012), a adoção da atual Política de Cotas foi aprovada e considerada constitucional, por unanimidade, no dia 26 de abril de 2012, no plenário do STF¹². Com a aprovação, Universidades, faculdades e institutos federais públicos e privados podem legalmente dedicar uma percentagem específica de suas vagas para estudantes de origem negra, parda e/ou indígena, de proveniência de escolas públicas e com renda familiar *per capita* baixa.

Afinal, como preconiza Jensen (2010) e a maioria dos especialistas na área do direito educacional e da administração da educação, **as Cotas devem ser vistas como instituto não violador do Princípio Constitucional da Igualdade e garantidor da manutenção do processo de minimização das desigualdades sociais e demais comportamentos segregacionistas.**

Ademais, conforme Piscitelli (2009), para conformar a existência de Cotas no Século XXI não se deve utilizar como argumento apenas o *caput* do Art. 5.º da CRFB/88 (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”),

¹² O STF se manifestou sobre as Cotas quando julgou improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186, ajuizada pelo Partido Político DEM, que pedia à Suprema Corte que declarasse a inconstitucionalidade das Cotas para negros nas Universidades públicas. A decisão foi unânime: 10 x 0, com o Ministro Dias Toffoli tendo se declarado impedido por já haver emitido, como Advogado Geral da União, um parecer favorável às cotas.



é preciso também mencionar o Art. 3º (“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - Erradicar as desigualdades sociais e regionais [...]”) da mesma norma.

Além do que, para Novelino (2010), as Cotas devem ser provisórias, servindo apenas como agente igualador das oportunidades primeiras. Deve-se chegar a um certo estágio de desenvolvimento social em que tais Ações Afirmativas não sejam mais necessárias.

Nesse modo de enxergar a questão, para o autor, é de elevada importância fugir do senso comum e de convicções pessoais, a fim de se enxergar objetivamente os resultados da Políticas de Cotas. A discriminação legal (permitida) erigida pelas Cotas é uma medida de caráter emergencial e que deve se tornar rotina na defesa do direito fundamental à igualdade de oportunidades.

Nessa visão, em análise aguda do tema, pode-se estabelecer a ideia de que:

Não há, portanto, *prima facie*, violação ao Princípio da Isonomia quando a própria Constituição pondera e reconhece a existência de grupos em situação de desvantagem social. Ademais, tão evidente é a situação do grupo negro que quando se inicia um debate sobre a discriminação em nosso país ele se torna uma referência de tal modo significativa que a ideia de racismo tende a se confundir com o reconhecimento da existência da discriminação racial contra negros (BERTÚLIO, DUARTE e SILVA, 2011, p. 111).

Em mesmo modo de pensar, Bonavides (1996) diz que a Política de Cotas para alguns viola o Princípio da Igualdade, porquanto cria uma discriminação reversa. Viola o direito daqueles que não estão inseridos no grupo beneficiado. Tal sustentação, para este autor, não se mostra razoável, pois para ele o Princípio da Igualdade não se resume à vertente 'formal' (o texto escrito na lei ou na Constituição), deve ser visto também em seu aspecto 'material', 'substancial'. Nesse sentido, para o autor **é impossível tratar de forma igual pessoas que são desiguais; cidadãos que não tiveram as mesmas oportunidades e que se encontram em situação oposta faticamente falando.**

Dessa forma, tem-se que as Cotas são necessárias e, como afirma Novelino (2010), tais Ações Afirmativas devem ser temporárias, e, tão logo cesse a sua necessidade devem ser extirpadas. Portanto, infere-se daí que no atual momento histórico brasileiro, uma ação estatal desta natureza não viola a igualdade, ao



contrário, a concretiza, na medida em que reduz as desigualdades sociais, redução esta que é um dos objetivos precípuos da República Brasileira.

Em oposição a tais ideias, conforme diz Jensen (2010), há um argumento contrário às Cotas que aponta ser a reserva de vagas uma medida imediatista e inapropriada, porquanto não resolve o problema de forma definitiva. Porém, tal afirmação tange a uma crítica política e não jurídica. Diz esta autora que resolver a questão definitivamente é medida a ser tomada pelo Poder Executivo, por meio de investimentos na Educação Básica e criação de outros programas.

Ao intérprete do Direito, da Administração e da Economia, cabe dizer como se concretiza o direito fundamental à igualdade e à dignidade da pessoa humana, tendo por base a realidade fática do presente. Assim, para a autora, por óbvio, o problema tem de ser resolvido nas searas inferiores, em especial no ensino fundamental e médio, para que todos cheguem aos processos seletivos em igualdade de condições.

Arrematando o debate, diz Novelino (2010, p. 396-397):

Em síntese conclusiva, parece-nos que, sob uma perspectiva jurídica, as ações afirmativas representam uma evolução do princípio da igualdade em seu aspecto substancial. São medidas tomadas com o intuito de implementar um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: a redução das desigualdades sociais (CF, art. 3º, III). Nessa perspectiva, representam uma tentativa do Estado no sentido de restaurar o equilíbrio social promovendo a concretização do princípio isonômico. Com efeito, não há qualquer impedimento constitucional à adoção das ações afirmativas, desde que pautadas por critérios justificáveis, objetivos, razoáveis, proporcionais e adequados aos fins almejados. Do ponto de vista das políticas públicas, ainda que o sistema de cotas (reserva de vagas) não seja a solução mais justa e adequada para resolver o problema de forma definitiva, não se pode fechar os olhos para a realidade atual daqueles que não tiveram igualdade real de condições e oportunidades para alcançar determinadas posições na sociedade.

Portanto, infere-se do pensamento dos autores mencionados que **a Ação Afirmativa do tipo Cotas para ingresso ao Ensino Superior brasileiro é importante, porquanto solidifica a dignidade da pessoa humana, valor constitucional supremo e fundamento da República Federativa do Brasil, bem como não viola do Princípio Constitucional da Igualdade, pois este se refere somente a uma igualdade formal e há, além disso, uma igualdade material que deve ser ambicionada e buscada, qual seja aquela da realidade prática da vida.**

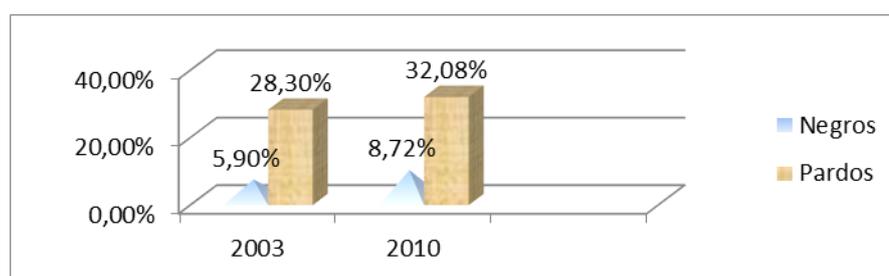


Desse *modus*, depreende-se do cotejo e cruzamento entre os pensamentos dos autores mencionados que a melhor interpretação do Princípio Constitucional da Igualdade na justificativa da existência de Cotas no Ensino Superior pátrio no século XXI é a de que **todos são iguais perante a lei, mas, por razões diversas, é preciso também que todos tenham as mesmas oportunidades.**

Nessa direção, percebe-se que quando o Estado oportuniza o acesso ao Ensino Superior às camadas mais pobres da sociedade brasileira, os beneficiários das políticas públicas estatais aproveitam as oportunidades que lhes são dadas. Como narrado pelo IPEA¹³, nos anos 1990 os brancos viviam com um ingresso nas Universidades 2,4 vezes superior aos negros, dado que caiu em 2007 para 2,06. Dessa forma, se esta redução for mantida – e presume-se que com a nova ‘Lei de Cotas’ será – a igualdade entre os brancos e negros, com relação ao ingresso no Ensino Superior, será obtida em 2029.

Patente se faz analisar, também, dados de 2013 do Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa (GEMAA)¹⁴, um grupo de pesquisa do Conselho Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento Científico (CNPq) vinculado à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), transformados em gráficos neste trabalho:

Figura 1: Percentagem de negros e pardos como alunos de Universidades federais



Dos dados retro se percebe que em 2003 de todos os alunos das Universidades federais do Brasil apenas 5,90% eram negros e 28,30% pardos. Em 2010 tais mensurações elevaram-se para 8,72% e 32,08% respectivamente.

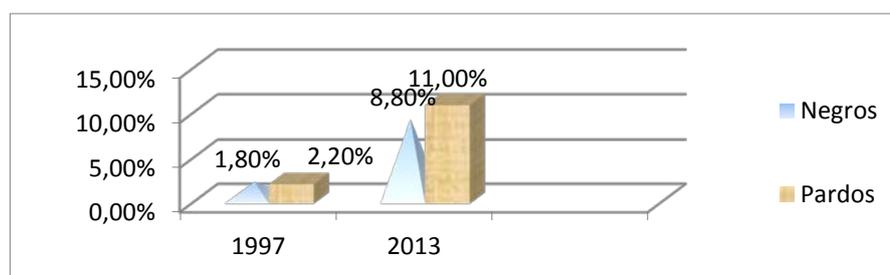
¹³ Análise feita pelo Técnico do IPEA Sergei Soares, registrada em artigo integrante do livro “**As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil – 120 anos após a abolição**”. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em: 25 jul. 2015.

¹⁴ Disponível em: <<http://brasilemdebate.com.br/cotas-nas-universidades-federais-a-lei-e-seus-efeitos>>. Acesso em: 25 jul. 2015.

São elevações consideráveis na medida em que até 2010 não havia uma Política de Cotas oficial e, como já dito em linhas anteriores, apenas algumas poucas Universidades reservavam vagas para as camadas mais pobres, os negros, os pardos e indígenas da sociedade brasileira.

Ademais, outros dados relevantes, ainda do GEMAA, mas agora de 2013 – portanto depois da ‘Lei de Cotas’, são os seguintes, também transformados em gráfico neste trabalho:

Figura 2: Porcentagem de negros e pardos na população brasileira que cursam ou portam diploma de graduação



Destes dados, percebe-se que em 2013, apenas 1 ano depois da implantação da ‘Lei de Cotas’, em relação à 1997 o quantitativo de negros e pardos brasileiros que cursavam ou haviam concluído o nível superior aumentou respectivamente oito e 6 vezes. Dessa maneira, parece que realmente os beneficiados com as Cotas têm utilizado este direito que lhes foi garantido. Portanto, as Cotas tem tido resultados e alcançado algum impacto social. Quanto aos resultados de 2013 a 2015, resta esperar que outras pesquisas sejam feitas.

7 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo analisar acurada e pormenorizadamente a atual Política de Cotas do Ensino Superior brasileiro com especial análise das possíveis interpretações aplicáveis ao Princípio Constitucional da Igualdade relacionadas à temática.

Como resposta ao debate, que investigou como interpretar o Princípio Constitucional da Igualdade na justificativa da existência de Cotas no Ensino Superior pátrio no Século XXI, os resultados encontrados por meio de pesquisa bibliográfica



qualitativa, com estudo agudo de obras de especialistas na área e cotejo e cruzamento entre os pensamentos de tais autores, indicam que **a Política de Cotas brasileira, como Ação Afirmativa estatal, não é um instituto violador do Princípio Constitucional da Igualdade e é garantidora da manutenção do processo de minimização das desigualdades sociais e demais comportamentos segregacionistas.**

Portanto, é factível inferir, após a conclusão da pesquisa, que, inarredavelmente, existem duas concepções pertinentes à interpretação do Princípio Constitucional da Igualdade face à Política de Cotas brasileira, quais sejam: a) Todos são iguais perante a lei e, por isso, devem (ou deviam) ter a mesma capacidade intelectual para ingressar no Ensino Superior. Assim, não é necessário haver Cotas, porquanto estas, em si mesmas, seriam uma elevada ofensa ao Princípio Constitucional da Igualdade, isto é, Cotas endossariam uma desigualdade já existente; e b) Todos são iguais perante a lei, mas a história do Brasil privou certo fragmento da sociedade de obter conhecimento intelectual e desenvolvimento social, fato que ocasionou relevante nível inferior na capacidade desta parcela de ingressar no Ensino Superior em face da outra parcela proveniente das elites.

Contudo, as inferências acima descritas devem ser analisadas dentro de seu contexto, considerando algumas limitações do estudo. Os resultados não são conclusivos, porquanto o que se pode dizer, apenas, é que sim é preciso haver Cotas, visto que estas fazem justiça ao passado pátrio. Nessa perspectiva, uma leitura acurada e percuciente de todo o trabalho revela que a interpretação mais adequada às realidades do século XXI é a aventada no item 'b' retro - é tanto que, a 'Lei de Cotas' surgiu, foi aprovada e está em vigor.

O propósito do trabalho foi proporcionar novas discussões sobre o tema Cotas no Ensino Superior, pois, em sentido *lato, prima facie*, pode-se pensar ser um fato óbvio a necessidade de haver Cotas para ingresso na Educação Superior brasileira. Mas, este trabalho objetivou descortinar as nuances existentes nas opiniões contrárias às Cotas, mormente as teorias que propalam haver violação ao Princípio Constitucional da Igualdade, sob à ótica de que o impede os negros, os pobres, os indígenas e os afrodescendentes de ingressarem nas Universidades é a mesma coisa que impede os brancos pobres de fazerem o mesmo caminho, qual seja: a pobreza.



Percebeu-se que há a possibilidade de aprofundamento sobre o tema, pois, para todos os seus destinatários (brancos, negros, indígenas, pardos, afrodescendentes e pobres) as Ações Afirmativas devem começar com boas escolas públicas, assegurando-se, também, aos alunos o direito de alimentarem-se saudavelmente e desfrutar do mesmo respeito dos professores e administradores do ensino.

Uma proposta para estudos futuros, de modo a garantir maior robustez à discussão, é a realização de pesquisa que vise a aperfeiçoar o tema pesquisado, como entronar a ideia de que, **dada a provisoriedade das Cotas, é mister se pensar em manter, no futuro, as Cotas para pobres, porquanto sempre haverá pessoas de baixa renda e seres humanos explorados.** Só o fato de ser negro, pardo ou indígena não torna alguém incapaz de frequentar boas escolas, alimentar-se bem, ter saúde e amparo familiar que o preparem para vencer os exames vestibulares e o ENEM. Afinal, embora seja sabido que o legado da escravidão ainda pesa sobre a comunidade negra, pobre e indígena, há famílias negras e indígenas de classe média, com bons rendimentos e nível cultural elevado.

8 REFERÊNCIAS

ALBERCA, José Fernando Luján. **Princípio da Igualdade e Política de Cotas na Universidade.** Brasília: Editora da UNB, 2011.

BASTOS, C.; KELLER, V. **Introdução à metodologia científica.** 19. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

BERTÚLIO, D. L. de L.; DUARTE, E. C. P.; SILVA, P. V. B. da. **Cotas Raciais no Ensino Superior: Entre o Jurídico e o Político.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei Federal n.º 12.711/2012 ('Lei de Cotas').** Brasília: Presidência da República, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Educação.** Lisboa: Almodina, 2006.

DOURADO, Luiz Fernandes. Cotas: desafios, acesso e permanência. **Revista Fórum,** Rio de Janeiro, Vol. 115, p. 24-24, 2013.



- DUARTE, Clarice Seixas. **A Constitucionalidade do Direito à Educação dos Povos do Campo**. Brasília: Incra/MDA. v. 7, 2009.
- FERREIRA, Renato. **A polêmica das Cotas nas Instituições Federais de Ensino**. *Revista Fórum*, Rio de Janeiro, Vol. 115, p. 23-24, 2013.
- FERES JÚNIOR, João; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.
- GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação Afirmativa e o Princípio Constitucional da Igualdade: O Direito como Instrumento de Transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- JENSEN, Geziela. **Política de Cotas Raciais em Universidades Brasileiras: Entre a Legitimidade e a Eficácia**. Curitiba: Juruá, 2010.
- Jr. SILVA, Hédio. **Direito de Igualdade Racial**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Entenda as Cotas para quem estudou todo o Ensino Médio em Escolas Públicas. **Portal do MEC**. Brasília, Set. 2012. Disponível em: <portal.mec.gov.br/cotas/perguntas-frequentes.html>. Acesso em: 25 jul. 2015.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.
- PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. Lei de cotas nas universidades: constitucionalidade e necessidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3365, 17 set. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22632>. Acesso em: 19 mar. 2014.
- PISCITELLI, Rui Magalhães. **O Estado como Promotor de Ações Afirmativas e a Política de Cotas para Acesso de Negros à Universidade**. Curitiba: Juruá, 2009.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade. Brasília: **Revista de Informação**, n. 131, p. 283-295, jul./set., 1996.
- RODRIGUES, Eder Bonfim. **Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2010.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- WANDERLEY, Rogério Sintônio. **A Política de Afirmção Étnica em Face do Princípio Constitucional da Isonomia**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2007.



A MOBILIDADE URBANA SUSTENTÁVEL PARA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E DE DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

SUSTAINABLE URBAN MOBILITY AS PROMOTION OF
HUMAN DIGNITY AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Daisy Rafaela da Silva²

Sérgio Luis Pacheco Machado Junior³

Resumo

Os direitos humanos têm na dignidade humana o seu fundamento, assim no contexto histórico, a cada nova violação à dignidade surgiram novas dimensões de direitos humanos, que positivados nas legislações democráticas, adentram no direito pátrio como direito fundamental a ser concretizado. A constituição federal de 1988, declara a dignidade humana como um de seus fundamentos, e positivos direitos fundamentais de diferentes dimensões, reconhecendo o direito à vida, à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros. No contexto da atual mobilidade urbana, o excesso de utilização do automóvel vem impedido o exercício de uma vida digna. Assim, foi editada a lei 12.587/12, criando a política nacional de mobilidade urbana, que tem como princípios e diretrizes a mobilidade urbana sustentável, e como objetivo a concretização de direitos fundamentais e da dignidade humana, em contrapartida sofre críticas por faltarem recursos capazes de torná-la eficaz.

Palavras-chave: Dignidade humana. Direitos fundamentais. Mobilidade urbana. Sustentabilidade.

Abstract

Human rights have their basis on human dignity, and as history tells, every new violation to human dignity brings on new human rights dimensions, which, standing on democratic law, take their place on civil rights as a fundamental right yet to be obtained. Brazil's 1988 federal constitution declares human dignity as a fundament, and positive fundamental rights of different dimensions, acknowledging the right to life, health, balanced environment, among others. In current urban mobility context, using vehicles excessively prevents access to a dignified life. It was then

¹ Artigo recebido em: 30/10/2015. Pareceres emitidos em 25/11/2015 e 26/11/2015 Aprovação comunicada em 30/11/2015.

² Doutora em Direito. Professora do Programa de Mestrado em Direito do UNISAL Lorena-SP. Coordenadora do Núcleo de Direitos Humanos. Líder do Grupo de Pesquisa "Direitos Humanos" cadastrado junto ao CNPq. E-mail: <daisyrafa1@hotmail.com>.

³ Mestrando em Direito pelo UNISAL Lorena-SP. Integra o Grupo de Pesquisa "Direitos humanos" do Programa de Mestrado em Direito UNISAL. E-mail: <sergiomachadojunior@gmail.com>.



edited the 12.587/12 law, creating the urban mobility national policy, having sustainable mobility as both a principle and a directive, aiming to fulfill fundamental rights and human dignity, but facing critics for the lack of resources to make it effective.

Keywords: Human dignity. Fundamental rights. Urban mobility. Sustainable.

Sumário: 1. Introdução. 2. A dignidade humana e os direitos fundamentais. 3. Mobilidade Urbana. 3.1. A problemática da mobilidade por automóvel. 3.2. Da Política Nacional de Mobilidade Urbana. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A dignidade humana teve papel fundamental na introdução da moral ao direito, e na descoberta das diversas dimensões dos direitos fundamentais, formando assim o núcleo comum de todas as dimensões. Sendo certo que para garantir uma vida digna, devem-se efetivar os diferentes direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 concedeu ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à vida, à saúde o status de direitos fundamentais, ligados intimamente com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

No Estatuto da Cidade (Lei nº: 10.257/2001), em seu artigo 2º, I, está o direito à cidade sustentável, que implica na soma de diversos direitos dentre eles o direito à circulação, a partir do investimento em infraestrutura e transporte.

Contudo, sabe-se que as Cidades vêm se degenerando, vêm tornando-se um habitat inóspito, com poluição do ar, aquecimento global, acidentes de trânsito, congestionamento, estamos diante de um verdadeiro caos na mobilidade urbana, no meio ambiente, em razão da falta de Políticas Públicas por uma mobilidade urbana sustentável, trazendo ineficácia a dignidade humana, aos direitos fundamentais, e aos princípios da Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/2012)

A Lei da Política Nacional de Mobilidade Urbana divide os modos e espécies de transporte, e as estruturas de mobilidade, e ainda estabelece as normas gerais que devem ser adotadas pela política de mobilidade dos municípios. Entre essas linhas gerais, encontram-se princípios, diretrizes da política nacional, onde se destaca a mobilidade urbana sustentável como forma de se atingir o principal objetivo da lei que é a promoção da dignidade humana e na concretização de direitos fundamentais.



Este trabalho pretende demonstrar a insustentabilidade do atual sistema de mobilidade urbana que interfere diretamente na qualidade de vida das pessoas, haja vista a adoção de políticas econômicas voltadas para o incentivo do automóvel, sendo o mercado de combustíveis e de veículos as principais empresas no mercado nacional, e com isso vê-se ano a ano o aumento de veículos nas ruas, sem observância da legislação federal.

Por meio de pesquisa das legislações em vigor, de documentos nacionais e internacionais e de políticas e planos governamentais demonstra o surgimento de um novo conceito de mobilidade urbana, diante da observância de direitos fundamentais do homem.

A pesquisa objetiva promover reflexões acerca da necessidade de políticas públicas para o controle do uso excessivo do automóvel individual no trânsito das cidades, identificando uma verdadeira afronta aos princípios e diretrizes impostas pela lei de mobilidade, que tem como principal diretriz a sustentabilidade, priorizando veículos coletivos a individuais e não motorizados aos motorizados.

2 A DIGNIDADE HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Muito embora o conceito filosófico de dignidade humana tenha surgido nos textos de direito, apenas após o final da Segunda Guerra, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pelas Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, o conceito de dignidade humana como conceito jurídico não aparece nem na declaração dos direitos humanos, nem nas codificações do século XIX. (HABERMAS, 2012)

Para Habermas, este surgimento tardio do conceito de dignidade humana nos textos de direito, apoia a ideia de que:

[...] os documentos de fundação das Nações Unidas, que estabelecem expressamente o vínculo dos direitos humanos com a dignidade humana, foram uma resposta evidente aos crimes de massa cometidos sob o regime nazista e aos massacres da Segunda Guerra Mundial. [...] (2012, p. 9).

Apesar de o conceito filosófico de dignidade humana tenha surgido tardiamente no direito das gentes, os direitos humanos remontam do século XVII, o



que fez supor que a carga moral do conceito de direitos humanos, foi atribuída retrospectivamente pela dignidade humana, porém, para Habermas, desde o início, sempre houve um vínculo conceitual entre ambos os conceitos. (2012, p. 10-11).

[...] O apelo aos direitos humanos alimenta-se da indignação dos humilhados pela violação de sua dignidade humana. Se esse vínculo conceitual se encontra desde o início, ele deve poder ser demonstrado também no próprio desenvolvimento do direito. [...] (HABERMAS, 2012, p. 11)

Com isso, Habermas sustenta que a dignidade humana é “[...] a “fonte” moral da qual os direitos fundamentais extraem seu conteúdo [...]” (2012, p.11), e que desempenhou importante papel catalisador na composição dos direitos humanos a partir da moral racional e da forma do direito. (2012, p. 11-12).

Por conta da universalidade abstrata dos direitos humanos, legisladores e juízes chegam a resultados muito distintos em contextos culturais diferentes, desta forma, um “[...] apelo ao conceito de dignidade humana sem dúvida facilitou a produção de um consenso sobreposto entre as partes de diferentes origens culturais. [...]” (HABERMAS, 2012, p. 12)

Contudo, para Habermas a dignidade humana já estava inscrita nos direitos humanos desde o início, porém, apenas com as condições históricas modificadas, puderam trazer seu conceito jurídico tardiamente (2012).

A dignidade humana tende a ser expandida, e a cada experiência de sua violação tem uma função de descoberta, uma vez que o apelo aos direitos humanos alimenta-se da indignação dos humilhados pela violação de sua dignidade humana (HABERMAS, 2012).

[...] À luz dos desafios históricos, em cada momento são atualizadas outras dimensões do sentido da dignidade humana. Essas características da dignidade humana, especificadas em cada ocasião, podem levar tanto a uma maior exploração do conteúdo normativo dos direitos fundamentais assegurados, como ao descobrimento e à construção de novos direitos fundamentais. [...] (HABERMAS, 2012, p. 14)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 22 estabelece:

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos,



sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. (ONU, 1948)

Desde a declaração da ONU, falamos em diferentes “gerações” de direitos humanos. Porém, o que deve ficar claro é que a dignidade humana é o vínculo lógico de todas as dimensões: “[...] os direitos fundamentais apenas podem resgatar politicamente a promessa moral de respeitar a dignidade humana de cada um se eles interagirem igualmente em todas as suas categorias.” (HABERMAS, 2012, p. 15).

Os chamados direitos fundamentais clássicos consistem nos direitos de liberdade, que servem para impedir a intromissão do Estado na esfera privada e econômica, e os direitos de participação democrática.

[...] Experiências de exclusão, sofrimento e discriminação ensinam que os direitos fundamentais clássicos só adquirem um “valor igual” (Rawls) para todos os cidadãos quando acrescidos de direitos sociais e culturais. [...] A dignidade humana, que é uma e a mesma em todo lugar e para cada um, fundamenta a indivisibilidade dos direitos fundamentais. (HABERMAS, 2012, p. 16).

O autor conclui afirmando que “[...] Somente a garantia desses direitos humanos cria o status de cidadãos que, como sujeitos de direitos iguais, pretendem ser respeitados em sua dignidade humana.” (HABERMAS, 2012, p. 17)

[...] A dignidade humana forma algo como o portal por meio do qual o conteúdo igualitário-universalista da moral é importado ao direito. A ideia da dignidade humana é a dobradiça conceitual que conecta a moral do respeito igual por cada um com o direito positivo e com a legislação democrática de tal modo que, na sua cooperação sob circunstâncias históricas favoráveis, pode emergir uma ordem política fundamentada nos direitos humanos. [...] (HABERMAS, 2012, p. 17-18)

Habermas enfatiza de forma esclarecedora o elo da moral com o direito, traduzindo a dignidade em direitos humanos, que mais tarde, a partir de sua positivação na realidade política, em direitos fundamentais efetivos.

[...] Portanto, os direitos humanos circunscrevem precisamente a parte de uma moral esclarecida que pode ser traduzida no medium do direito coercitivo e ter realidade política efetiva na robusta configuração de direitos fundamentais efetivos. (HABERMAS, 2012, p.18-19)



2.1 Dignidade humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal inicia com os fundamentos da República Federativa, e em seu artigo 1º, III, consagra a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, resultando na obrigação do Estado em garantir à pessoa humana um patamar mínimo de recursos, capaz de prover-lhe a subsistência - conhecido como mínimo existencial, reconhecendo que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário. (SARLET, 2013)

Na evolução constitucional brasileira, a constituição de 1988 foi a primeira a lançar mão da expressão direitos e garantias fundamentais, abrangendo as diversas espécies de direitos humanos positivados (SARLET, 2013).

Considerando que os interesses humanos se modificam na evolução do tempo, e os analisando partindo da premissa de dignidade humana formada por Habermas, temos a necessidade de se promover um constante estudo de tais direitos.

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. (BOBBIO, 2004, p. 18)

Os direitos fundamentais, conforme sua evolução no decorrer do tempo, foram classificados em dimensões, que são unidas com as demais dimensões, por força do núcleo comum de todos os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana.

Sintetizando os conceitos ora trazidos, vale citar trecho de clássico voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, quando do julgamento do Mandado de Segurança 22.164/SP, pelo Supremo Tribunal Federal:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos



genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (MELLO, 1995, p. 23)

Assim, temos que a Constituição Federal brasileira positivou importantes direitos humanos em fundamentais, e adotou como um de seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana, e a sua atuação como diretriz hermenêutica, norteando a atuação do Estado, enquanto garantidor de direitos.

O primeiro direito fundamental previsto na Constituição Federal, o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui em pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988)

O *caput* do artigo 5º obriga ao Estado, então, assegurar a vida em seus dois aspectos, sendo o primeiro o direito de manter-se vivo e o segundo o direito de manter vida digna quanto à sua subsistência.

Desta maneira, o direito à vida, se liga intimamente com a dignidade, ou com a plenitude da vida. Assim, o direito à vida não é apenas o direito de manter-se vivo, mas de viver dignamente.

O direito à saúde, assim como os demais direitos fundamentais, possui seu núcleo umbilicalmente ligado a dignidade humana, com isso, deve-se abandonar a antiga conceituação de que o ser humano saudável era apenas aquele livre de doenças, sendo ampliado para um conceito influenciado pelas condições de vida e de trabalho de cada indivíduo, nos valores individuais e nas convenções da coletividade sobre o que representa o bem viver também integram o conceito (AYRES, 2007; SCLIAR, 2007).

Neste sentido, vale ressaltar o conceito de saúde estabelecido na Constituição da Organização Mundial de Saúde como o estado de completo bem estar físico, mental e social, não se tratando, certamente, da mera ausência de doença.



Identificado pela doutrina como direito de segunda dimensão e incluído, pelo legislador constituinte, no rol dos direitos sociais (art. 6º, CR/88), o direito à saúde é, portanto, um corolário da garantia ao bem estar, prevista no preâmbulo de nossa Carta Política, bem como do direito à vida e do postulado da dignidade da pessoa humana, fundamento de nosso Estado, cujos principais caracteres já foram analisados, não sendo demais lembrar que se trata de verdadeiro princípio estruturante, indicativo “das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional” (CANOTILHO, 1999, p. 1099).

O mencionado direito reclama a atuação do Estado não só com prestações positivas relacionadas à área médica e hospitalar, mas também regulando-se a atuação dos particulares nas mais diversas áreas, cujas condutas podem, em tese, lesionar o direito ora em apreço; trata-se da assim chamada dimensão defesa do direito, relacionada à eficácia horizontal dos direitos fundamentais. (SARLET, 2002)

No âmbito da assim denominada dimensão negativa, o direito à saúde não assume a condição de algo que o Estado (ou a sociedade) deve fornecer aos cidadãos, ao menos não como uma prestação concreta, tal como acesso a hospitais, serviço médico, medicamentos etc. Na assim chamada dimensão negativa, ou seja, dos direitos fundamentais como direitos negativos (ou direitos de defesa), basicamente isto quer significar que a saúde, como bem jurídico fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros. Ou seja, o Estado (assim como os demais particulares) tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isto direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde. Assim, qualquer ação do poder público (e mesmo de particulares) ofensiva ao direito à saúde é, pelo menos em princípio, inconstitucional, e poderá ser objeto de uma demanda judicial individual ou coletiva, em sede de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade. [...] (SARLET, 2002, p. 10)

Assim, se tratando de um direito fundamental, há clara relação com o princípio da solidariedade, vez que toda a sociedade é responsável pela efetivação e proteção do direito à saúde de cada um de seus pares, cujos efeitos serão sentidos não só por esta geração, como também pelas futuras (SARLET, 2002).

Por fim, quanto ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, este foi expressamente estabelecido na Constituição da República de 1988, em seu artigo 225, o qual garante aos indivíduos defesas contra agressões materiais, assim como impõe ao Poder Público o dever de atuar para sua efetivação.



Tido como direito fundamental de terceira dimensão, possui como base os interesses coletivos que ultrapassam a esfera do indivíduo e, por isso, tem como titulares tanto as pessoas individualmente como a sociedade como um todo.

Desta forma dispõe o primeiro princípio da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, divulgada pelos países participantes da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992 e por isso carinhosamente apelidada de ECO-92, “Os seres humanos estão no centro das preocupações do desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.” (ONU, 1992)

Ademais, deve ser considerado o homem como único ser vivo capaz de garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo em vista ser o único racional, capaz de preservar o meio ambiente, garantindo a preservação de todas as espécies, inclusive a sua. (FIORILLO, 2013)

Assim, para assegurar as condições para uma futura vida humana com dignidade, impõe ao Poder Público e à sociedade em geral que garantam preventivamente os recursos naturais, os ecossistemas e que não produzam riscos duradouros para a vida humana na Terra.

Com isso, percebe-se que a dignidade humana, por ser o portal pelo qual se perpassa a moral ao direito, integra o núcleo, como parte comum de todos direitos humanos positivados, e para que se tenha uma vida digna, devem-se concretizar os direitos fundamentais. Neste sentido, Habermas afirma:

[...] as próprias pretensões normativas fundamenta-se a partir de uma moral universalista cujo conteúdo há algum tempo foi introduzido, por meio da ideia de dignidade humana, nos direitos humanos e nos direitos dos cidadãos das constituições democráticas. Somente esse vínculo interno entre dignidade humana e direitos humanos produz aquela fusão explosiva da moral no medium do direito, no interior do qual deve ser efetuada a construção das ordens políticas justas. (HABERMAS, 2012, p. 35-37)

3 MOBILIDADE URBANA

O tema mobilidade urbana é antigo, afinal todo ser humano se move e por isso é dotado de mobilidade. Ainda na Roma pré imperial já se tem notícias de problemas com a mobilidade urbana, uma vez que os carros e carroças da época,



com grandes rodas de ferro, produziam muitos ruídos no centro da cidade, razão pelo qual Julio César se viu obrigado a normatizar o trânsito no centro da cidade, limitando o tráfego desses veículos “barulhentos”. (SILVA, 2014)

A mobilidade foi modificada no decorrer do tempo, em que o fluxo econômico estimulava a mobilidade, quando vieram as guerras napoleônicas, o tráfego de humanos, carros e animais aumentou consideravelmente, o que fez com que a tecnologia de mobilidade se desenvolvesse com mais celeridade, até o desenvolvimento da “civilização do automóvel” na qual ainda vivemos. (SILVA, 2014)

Ocorre que, em virtude do fascínio e dependência pelo automóvel, os grandes centros urbanos vêm sofrendo com a grande densidade de tráfego, onde os engarrafamentos estão por toda a parte, causando uma verdadeira antimobilidade, tendo como consequência, problemas sociais, econômicos, de saúde e ambientais que perturbam a vida de milhares de pessoas, tendo surgido nas grandes cidades, diversas medidas de contenção do uso de veículos. (SILVA, 2014)

3.1 A problemática da mobilidade por automóvel

A indústria automobilística e a de petróleo representam grande parte da economia mundial, e o incentivo para a produção e comercialização de novos veículos vem crescendo assustadoramente nas últimas décadas, segundo ALVES, no ano de 2010, 100 anos após a fabricação do primeiro Ford T, o mundo atingiu a marca de 1 bilhão de automóveis, e a estimativa é de que em 2036 tenhamos 2 bilhões de automóveis e em 2050 atingir a surpreendente marca de 3 bilhões de veículos automotores. (2012)

Ainda de acordo com Alves, considerando o número de veículos por pessoa, em 1960 tínhamos 24 habitantes do mundo para cada veículo automotor, já em 2010 quando atingimos a marca de 1 bilhão de automóveis, esta marca passou para 6,8 habitantes por veículo, e em 2050 deve atingir a marca de 3,2 habitantes por veículo, ou seja, se hoje os engarrafamentos já fazem parte de nosso cotidiano, em 2050 os veículos ficarão estagnados em grandes engarrafamentos. (2012)

No Brasil, não diferente do resto do mundo, o número de carros não para de crescer, e segundo pesquisa realizada no ano de 2013, já são 4,4 habitantes por carro, e 11 habitantes por moto, número superior a média mundial. (REIS, 2013) Somado



isto ao fato de que o atual modelo de mobilidade adotado pelas cidades brasileiras privilegia o transporte individual por carros ou motos, e que 64% dos quilômetros viajados são urbanos temos um enorme fluxo de veículo nos centros urbanos, ocasionando a cada ano, o aumento nos congestionamentos, no número de pessoas mortas e feridas em acidentes de trânsito, no aumento da emissão de gases de efeito estufa, no crescimento de gastos públicos ligados a construção de infraestruturas para os automóveis, além das despesas públicas ligadas aos prejuízos causados por estas infraestruturas e etc. (SILVA, 2014)

O lobby criado pela indústria automobilística e de petróleo incentivam cada vez mais a compra de automóveis, inicialmente o ideal era de um carro por família, depois passou para um ideal de um carro por pessoa. Outro mito criado pela indústria era que os impostos pagos pela indústria automobilística representam 6% do total arrecadado pelo governo federal, sendo este o motivo dos incentivos, porém, caso se descontem desses 6% o total gasto com saúde dos danos causados pelos automóveis, tanto de poluição atmosférica, quanto de acidentes, com a previdência, em razão do número de pessoas que perdem a capacidade laborativa em virtude de acidentes de trânsito, assim como o total gasto com vias para utilizar os automóveis, e a perda de produtividade do trabalhador que fica horas no congestionamento, muito provavelmente esta saldo está negativo. (SILVA, 2014)

Não pode negar o fator de que no Brasil em muitos locais a ausência do automóvel causa um transtorno muito grande para os indivíduos, em que demorariam um tempo muito superior para chegar ao local de destino, ou até mesmo nem chegariam, o que reforça a ideia do sonho do automóvel individual. Porém, considerando um mundo em com quase 9 bilhões de habitantes, com grande parte morando nas cidades, este sonho fica cada vez mais impossível, tanto pela falta de espaço, quanto pela degradação ambiental. (SILVA, 2014)

Em consequência ao aumento de veículos em circulação, imediatamente temos quatro importantes problemas, a poluição sonora, a de emissão de gases poluentes, os congestionamentos e os acidentes de trânsito.

No primeiro problema, a poluição sonora é causada pela emissão de ruídos, que é o som ou conjunto de sons indesejáveis e perturbadores ao ouvido humano, e tem natureza jurídica de agente poluente. (FIORILLO, 2013)

Os ruídos são hoje um dos principais problemas ambientais dos grandes centros urbanos, e uma grande preocupação com a saúde pública. Isso porque, os



efeitos dos ruídos são muitos, como estresse, distúrbios físicos, psicológicos, mentais, surdez, dentre outros. (FIORILLO, 2013)

Os veículos automotores representam 80% dos ruídos urbanos, figurando como principais causadores de poluição sonora, sendo por isso matéria de regulamentação do Conama 8/93 que estabelece os limites máximos de ruído do veículo, e a 237/97 do mesmo órgão, que proíbe a utilização de itens de ação indesejáveis, ou seja, que produzam mais ruídos que os desejáveis. (INSTITUTO SAÚDE E SUSTENTABILIDADE, 2013)

De acordo com VASCONCELLOS, os limites de ruídos para o tráfego de veículos automotores é de 65 decibéis, porém em grandes cidades como Rio de Janeiro ou São Paulo, constantemente temos ruídos muito superiores a estes limites, o que seguramente ocasiona danos as pessoas submetidas a estes ruídos. (2012)

Quanto ao segundo problema, a de poluição atmosférica causada pelos gases e partículas emitidas pelos veículos automotores, esta é ainda mais grave que a poluição sonora. Podemos falar em poluição atmosférica, quando falamos em alteração e degradação do ar. (FIORILLO, 2013)

Os principais gases emitidos pelos automóveis são: monóxido de carbono (CO), dióxido de enxofre (SO₂), óxidos de nitrogênio (NO_x), chumbo (Pb), material particulado (MP) e ozônio, que causam fadiga, dor de cabeça, irritação respiratória, falta de ar, doenças crônicas de pulmão, doenças nos rins e morte. (VASCONCELLOS, 2012)

As leis nº: 10.203/2011 e 8.723/1993 adotaram critérios de prevenção a poluição de automóveis, e impõem medidas de controle de poluição do ar por veículos automotores, e obrigam aos fabricantes e importadores de automóveis a tomar providências para redução de emissão de poluentes pelos veículos automotores. (FIORILLO, 2013)

Ocorre que segundo estudos realizados pelo Instituto Saúde e Sustentabilidade, mais de 17 mil mortes no ano de 2011 no estado de São Paulo são atribuídos à poluição, são quase 100 mil mortes em 6 anos. Além das mortes, no ano de 2011 foram quase 69 mil internações atribuídas à poluição, e isto representou 32 % das internações no estado. Com um custo anual total de 246 milhões de reais entre a saúde pública e a privada. (2013)

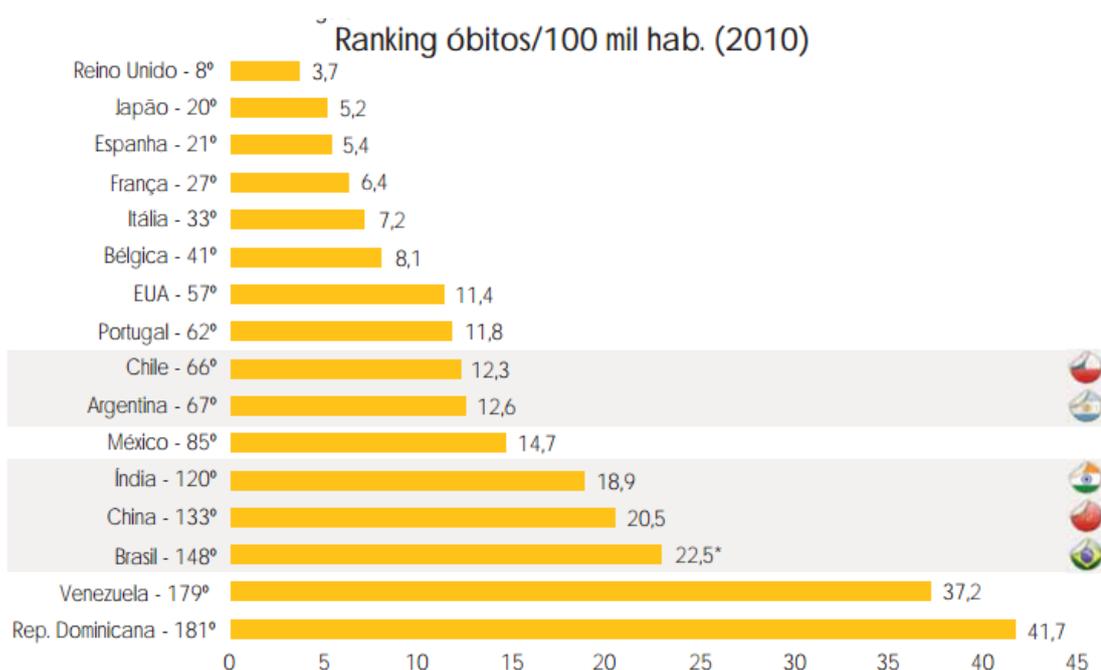
No terceiro problema imediato, o problema dos congestionamentos causados pelo excesso de veículos nas cidades, pois além do tempo de produção dos

trabalhadores perdido no trânsito, em situações muito congestionadas, quando os veículos trafegam na faixa de 20 a 30km/h, a emissão de gases poluentes pelos veículos aumentam em até 50%, o que aumenta ainda mais a poluição atmosférica. (VASCONCELLOS, 2012)

O último problema, e que ocorre não somente nos grandes centros, refere-se aos acidentes causados por veículos automotores, em que o Brasil apresenta altos índices, se comparados a países desenvolvidos, devendo ficar claro que infelizmente a qualidade dos dados é baixa, porém já nos permite avaliar os péssimos números no país. (VASCONCELLOS, 2012)

De acordo com levantamento realizado pela Organização Mundial da Saúde o Brasil é 4º país no mundo com mais mortes no trânsito, ficando atrás apenas da China, Índia e Nigéria (INSTITUTO SAÚDE E SUSTENTABILIDADE, 2013), e com base nos dados levantados pelo Observatório Nacional de Segurança Viária - ONSV, no ano de 2012 mais de 44 mil pessoas perderam a vida no trânsito brasileiro, ocasionando uma proporção de 5,96 mortes pra cada 10 mil veículos, enquanto no Reino Unido a proporção é de 0,5 mortes por 10 mil veículos. (2014a)

O Observatório Nacional de Segurança Viária utilizando-se de dados obtidos em relatório da OMS em 2013, realizou um ranking de mortes a cada 100 mil habitantes por países, conforme a figura abaixo (2014b):





Além dos índices de óbitos, é surpreendente o número de feridos em acidentes de trânsito no país, que apenas no ano de 2012 foram mais de 177 mil pessoas, infelizmente ultrapassando a marca de 90 feridos a cada 100 mil habitantes. (ONSV, 2014b)

Em dados obtidos nos dados estatísticos do seguro DPVAT, referentes ao ano de 2014, mostraram que o número de indenizações por morte em acidente de trânsito foram de 52.226, de invalidez permanente 595.693 e de despesas médicas 115.446 indenizações. (BRASIL, 2014)

Além das perdas sentimentais e psicológicas causadas pelos acidentes de trânsito, um relatório do Observatório Nacional de Segurança Viária de 2015, estima que o custo financeiro com esses acidentes somam mais de 50 bilhões de reais por ano. (2015)

Após a análise destes dados, podemos perceber que o uso excessivo de veículos automotores, e a veneração pelo automóvel, tem sido uma das maiores causas de morte, de doenças e dano ao meio ambiente, desta forma impossibilitando que o ser humano viva com dignidade, sendo titular de direitos fundamentais básicos.

3.2 Da Política Nacional de Mobilidade Urbana

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (BRASIL, 1988)

A Constituição Federal estabeleceu em seu artigo 182 a competência dos municípios para executar a política de desenvolvimento urbano, com base nas diretrizes gerais fixadas por lei federal. Com isso, em 2001 foi editado o Estatuto das cidades (Lei 10.257/01), que estabeleceu diretrizes gerais da política urbana, e adotou como diretriz geral o direito à cidade sustentável, “entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;” (BRASIL, 2001, Art. 2º, inciso I).

O professor José dos Santos Carvalho Filho definiu o direito as cidades sustentáveis como “[...] o direito fundamental das populações urbanas. Daí podermos



assegurar que é esse direito que deve configurar-se como alvo prevalente de toda política urbana. [...]” (2013, p. 46), podendo entender como o equilíbrio entre o desenvolvimento urbano das cidades e o bem estar da população.

O presente Estatuto da Cidade estabeleceu ainda, no artigo 3º, inciso IV a competência da União em editar norma específica da mobilidade urbana (BRASIL, 2001). Com isso, em 03 de janeiro de 2012 foi promulgada a lei 12.587, estabelecendo um plano nacional da mobilidade urbana, dando seguimento às diretrizes de política urbana, especificadamente em relação aos transportes, em obediência a norma constitucional. (GUIMARÃES, 2012)

O plano de mobilidade trouxe princípios, diretrizes, políticas e ações com vistas a garantir a convivência sustentável da sociedade, a lei possui vinte e sete artigos e é dividido em sete capítulos, trata-se de um grande marco normativo do tema, e oferece os instrumentos que a lei prevê para adotar uma mobilidade urbana sustentável. (GUIMARÃES, 2012)

O artigo 3º da Lei do plano nacional de mobilidade urbana estabelece o Sistema Nacional de Mobilidade Urbana, com o conjunto organizado e coordenado de modos e serviços de transporte e das infraestruturas de mobilidade, que são:

Art. 3o O Sistema Nacional de Mobilidade Urbana é o conjunto organizado e coordenado dos modos de transporte, de serviços e de infraestruturas que garante os deslocamentos de pessoas e cargas no território do Município.

§ 1o São modos de transporte urbano:

- I - motorizados; e
- II - não motorizados.

§ 2o Os serviços de transporte urbano são classificados:

I - quanto ao objeto:

- a) de passageiros;
- b) de cargas;

II - quanto à característica do serviço:

- a) coletivo;
- b) individual;

III - quanto à natureza do serviço:

- a) público;
- b) privado.

§ 3o São infraestruturas de mobilidade urbana:

I - vias e demais logradouros públicos, inclusive metroferrovias, hidrovias e ciclovias;

II - estacionamentos;

III - terminais, estações e demais conexões;

IV - pontos para embarque e desembarque de passageiros e cargas;

V - sinalização viária e de trânsito;

VI - equipamentos e instalações; e

VII - instrumentos de controle, fiscalização, arrecadação de taxas e tarifas e difusão de informações. (BRASIL, 2012)



O objetivo deste sistema nacional é garantir os deslocamentos de pessoas e cargas nos municípios, todos estes instrumentos disponibilizados, deverão ser implantados observando os princípios, diretrizes e objetivos da lei nacional.

Art. 5º A Política Nacional de Mobilidade Urbana está fundamentada nos seguintes princípios:

- I - acessibilidade universal;
- II - desenvolvimento sustentável das cidades, nas dimensões socioeconômicas e ambientais;
- III - equidade no acesso dos cidadãos ao transporte público coletivo;
- IV - eficiência, eficácia e efetividade na prestação dos serviços de transporte urbano;
- V - gestão democrática e controle social do planejamento e avaliação da Política Nacional de Mobilidade Urbana;
- VI - segurança nos deslocamentos das pessoas;
- VII - justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do uso dos diferentes modos e serviços;
- VIII - equidade no uso do espaço público de circulação, vias e logradouros; e
- IX - eficiência, eficácia e efetividade na circulação urbana. (BRASIL, 2012)

Dentre os princípios estabelecidos na lei, destaca-se para o estudo deste artigo, o da acessibilidade universal, que estabelece uma generalidade de acesso aos diferentes modais, democratizando as oportunidades de transporte dos cidadãos. (GUIMARÃES, 2012)

O princípio do desenvolvimento sustentável das cidades, já mencionado anteriormente, que neste contexto determina ao Estado à escolha com consciência da priorização da vida comunitária, com ações eficientes do desestímulo do uso do veículo particular nas cidades, e para isso apenas uma política de transporte eficiente pode resultar na mudança de hábitos, em um sistema que tenha sustentabilidade ambiental, mas também socioeconômica. (GUIMARÃES, 2012)

Quanto ao princípio da equidade no transporte público coletivo, destaca-se a afirmação de Geraldo Spagno Guimarães que estabelece o que segue:

[...] termo que denota ao mesmo tempo *equivalência e integridade*. A equivalência é estabelecida quando todos, ou ao menos a grande maioria das pessoas converge para uma consciência de compartilhamento do espaço urbano, quando as cidades oferecem uma infraestrutura tal, que mesmo quem possua carro possa escolher com integridade não sacar essa opção. É quando o proprietário de um SUV (*Sport Utility Vehicle*), ao deslocar-se sozinho, prefere valer-se do ônibus ou do metrô que passa a trezentos metros de sua casa para ir a um ponto que o deixa a trezentos metros do trabalho. Essa é a opção da integridade pessoal que, em conjunto com equivalência social evidente na hipótese, representa a equidade no acesso por escolhas de reta razão, uma razão social em respeito aos direitos alheios. É um



princípio de primeiro mundo, que tem ligação umbilical com o princípio da boa-fé. (GUIMARÃES, 2012, p.131)

Por último, temos o princípio da equidade no uso do espaço público de circulação, vias e logradouros, que muito embora trate de equidade, neste caso é mais amplo que o princípio anterior, admitindo a presença de desigualdade quanto ao modo ou característica do transporte, preferindo o coletivo ao individual e o não motorizado ao motorizado. (GUIMARÃES, 2012)

Art. 6º A Política Nacional de Mobilidade Urbana é orientada pelas seguintes diretrizes:

- I - integração com a política de desenvolvimento urbano e respectivas políticas setoriais de habitação, saneamento básico, planejamento e gestão do uso do solo no âmbito dos entes federativos;
- II - prioridade dos modos de transportes não motorizados sobre os motorizados e dos serviços de transporte público coletivo sobre o transporte individual motorizado;
- III - integração entre os modos e serviços de transporte urbano;
- IV - mitigação dos custos ambientais, sociais e econômicos dos deslocamentos de pessoas e cargas na cidade;
- V - incentivo ao desenvolvimento científico-tecnológico e ao uso de energias renováveis e menos poluentes;
- VI - priorização de projetos de transporte público coletivo estruturadores do território e indutores do desenvolvimento urbano integrado; e
- VII - integração entre as cidades gêmeas localizadas na faixa de fronteira com outros países sobre a linha divisória internacional. (BRASIL, 2012)

Nas sete diretrizes fixadas pela política nacional de mobilidade urbana, devem-se destacar três delas, as quais tratam de benefícios gerais não integradores, em busca da sustentabilidade.

A diretriz da prioridade dos modos de transportes não motorizados sobre os motorizados e dos serviços de transporte público coletivo sobre o transporte individual motorizado (art. 6º, II), que visa claramente orientar uma redução do incentivo ao uso do automóvel nas cidades, privilegiando sempre o transporte coletivo e o não motorizado; a diretriz da mitigação dos custos ambientais, sociais e econômicos dos deslocamentos (art. 6º, IV), que estabelece um dever do administrador público em observar os princípios ambientais da prevenção e precaução, na exploração sustentável da mobilidade urbana; e a de incentivo ao desenvolvimento científico-tecnológico e ao uso de energias renováveis e menos poluentes, que visa claramente a previsão legal para incentivos para estudos em implantação de estruturas e de meios



de transporte que utilizem do espaço urbano de forma sustentável. (GUIMARÃES, 2012)

A constituição federal atribuiu competência comum à União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em quaisquer de suas formas (art. 23, inciso VI), competindo a União estabelecer normas gerais. E o seu artigo 225, caput, tornou compulsória a atuação em busca de um meio ambiente sadio para atual, e futuras gerações, referindo não só ao ambiente em sim, mas a qualidade dele, sendo esta qualidade um bem jurídico. (GUIMARÃES, 2012)

Em recente decisão, o ministro do STF Celso de Melo, deixou claro a imposição do bem-estar ambiental sob as demais atividades, ainda que de interesse público, social ou econômico. Ainda observou que a atividade econômica deverá observar os princípios destinados a efetiva proteção ao meio ambiente, sendo este um direito irrenunciável.

E M E N T A: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em



benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral.

Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.

Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.

A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. [...].(ADI 3540 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528)

Na seara da mobilidade urbana, a degradação do meio ambiente vai além da poluição sonora e atmosférica, mas inclui também os congestionamentos como uma poluição espacial e os acidentes de trânsito, que nesse caso também configura sustentabilidade, neste caso da mobilidade urbana. E por isso, o poder público, deverá adotar medidas de precaução e prevenção com vistas a preservar os direitos fundamentais. (GUIMARÃES, 2012)

A mobilidade urbana não pode ser entendida somente como o número de viagens que uma pessoa consegue realizar durante determinado período, mas a capacidade de fazer as viagens necessárias para a realização dos seus direitos básicos de cidadão, com o menor gasto de energia possível e



menor impacto no meio ambiente, tornando-a ecologicamente sustentável. É necessário efetivamente tratar da necessidade de deslocamentos das pessoas a partir do conceito de mobilidade urbana, acrescido da preocupação de sua sustentabilidade ecológica. Assim, a mobilidade urbana sustentável pode ser definida como o resultado de um conjunto de políticas de transporte e circulação que visam proporcionar o acesso amplo e democrático ao espaço urbano, através da priorização dos modos não motorizados e coletivos de transportes, de forma efetiva, socialmente inclusiva e ecologicamente sustentável, baseado nas pessoas e não nos veículos. (BOARETO, 2003, p.49)

Assim, temos que compete aos governos municipais em suas políticas públicas de transportes, seguir as diretrizes propostas pela lei federal, de forma a conduzir uma mudança cultural, com a finalidade de se obter uma mobilidade sustentável.

Art. 7º A Política Nacional de Mobilidade Urbana possui os seguintes objetivos:

- I - reduzir as desigualdades e promover a inclusão social;
- II - promover o acesso aos serviços básicos e equipamentos sociais;
- III - proporcionar melhoria nas condições urbanas da população no que se refere à acessibilidade e à mobilidade;
- IV - promover o desenvolvimento sustentável com a mitigação dos custos ambientais e socioeconômicos dos deslocamentos de pessoas e cargas nas cidades; e
- V - consolidar a gestão democrática como instrumento e garantia da construção contínua do aprimoramento da mobilidade urbana. (BRASIL, 2012)

Por fim, temos os objetivos da política nacional da mobilidade urbana, previstos no artigo 7º da lei federal, como forma de concretizar os princípios e diretrizes tratadas nos artigos anteriores. São metas que surgem, sobretudo, a partir de direitos fundamentais visando claramente a promoção da dignidade humana no âmbito da mobilidade urbana, garantindo o bem-estar da população em seus deslocamentos diários. (GUIMARÃES, 2012)

A lei federal buscou como foco a concretização de direitos fundamentais e a promoção da dignidade humana, utilizando-se de princípios e diretrizes sustentáveis, estabelecendo linhas gerais para a mobilidade urbana nos municípios, porém sofreu sérias críticas a respeito de sua aplicabilidade, uma vez que ela permite, mas não garante a mobilidade sustentável, pois segundo SILVA “deixou de estabelecer incentivos e punições para induzir comportamentos no sentido almejado.” (SILVA, 2014, p. 274)



4 CONCLUSÃO

A história dos direitos humanos nos remetem ao século XVII, que apesar de reconhecidos, possuíam uma universalidade abstrata, e com isso dificultava-se um consenso e sua concretização. No início do século XX, surge nos textos de direito, o reconhecimento filosófico da dignidade humana, o que tornou possível a reconciliação da moral com o direito, que havia se desprendido no tempo.

Para Habermas, este conhecimento só foi possível, em razão de condições históricas favoráveis, porém que a dignidade humana, teve importante papel na formação dos direitos humanos, e que a cada experiência de violação da dignidade humana, tem um papel de novos direitos humanos, de dimensões distintas.

Por ser o núcleo moral dos diferentes direitos humanos, o reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana, possibilitou a positivação dos direitos humanos em direitos fundamentais das diferentes dimensões nas constituições federais e no direito das gentes.

Após se falar em diferentes dimensões, ou gerações de direitos fundamentais, Habermas reconhece a necessidade de efetivação de todos eles para que possa resgatar a promessa moral de promoção da dignidade humana.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a reconhecer os direitos fundamentais abrangendo as diversas dimensões. A positivação dos direitos humanos teve grande relevância jurídica, não bastando, contudo, o reconhecimento desses direitos, sendo necessária a adoção de políticas com vistas a concretizá-los.

Assim, positivados o direito à vida, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, está a constituição tutelando o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, contribuindo para a garantia de que os membros de nossa sociedade possuam qualidade de vida digna.

Como demonstrado no presente artigo, o atual estado da mobilidade urbana (ou imobilidade urbana) é caótico, o uso excessivo do automóvel nos centros urbanos, vem causando um estado de poluição do ar, poluição sonora e poluição espacial, que vem gerando diversos problemas de saúde, destruição do meio ambiente, e perda da vida, em números alarmantes.



E o automóvel é uma das principais causas de morte ou de problemas de saúde no Brasil, seja por acidentes ou pela poluição causada, sendo ainda uma das principais fontes poluidoras do efeito estufa, sendo certo ainda, que com a política econômica adotada, e o *lobby* das indústrias automotivas e do petróleo o número de carro só aumenta, o retrospecto do atual modelo é catastrófico.

No ano 2012, em cumprimento ao determinado na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) foi editada a Lei 12.587/12 que cria a política nacional da mobilidade urbana, onde estabelece princípios e diretrizes gerais de mobilidade para serem seguidos pelos municípios.

Claramente pautada na mobilidade urbana sustentável, a lei, privilegia o uso dos transportes coletivos aos individuais, e dos não motorizados aos motorizados, e tem como objetivo a eficácia de direitos fundamentais, e a promoção da dignidade humana.

Apesar de princípios, diretrizes e objetivos dignos de nota, estando em total sintonia com a Constituição Federal, a lei *pecou* ao não atribuir sanções ou privilégios para que o gestor público municipal possa cumpri-la, apenas sugerindo o seu cumprimento.

Com isso, deve se reconhecer que a concretização de direitos fundamentais, e, com isso, à promoção da dignidade da pessoa humana, ocorrerá apenas com a adoção pelos municípios de políticas públicas de mobilidade sustentável.

5 REFERÊNCIAS

ALVES, José Eustáquio Diniz. Automóveis: transporte de multidões, desejo individual e ameaça ambiental. **Ecodebate**, 10 de fev. de 2012. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2012/02/10/automoveis-transporte-de-multidoes-desejo-individual-e-ameaca-ambiental-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>>. Acesso em: 25 jul. 2015.

AYRES, José Ricardo Carvalho Mesquita. Uma Concepção Hermenêutica de Saúde. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 43-62, 2007.

BOARETO, Renato. A mobilidade urbana sustentável. **Revista dos transportes públicos - ANTP**, São Paulo, n. 100, ano 25, p. 45-56, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.



BRASIL. **Constituição Federal**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jul. 2001.

BRASIL. **Lei nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 04 jan. 2012.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Nacional de Seguros Privados. Seguradora Líder - DPVAT. **BOLETIM ESTATÍSTICO DO SEGURO DE DANOS PESSOAIS COM VEÍCULOS AUTOMOTORES (DPVAT)**. Ano 04, vol. 04, jan. a dez. de 2014. Disponível em: <<http://www.seguradoralider.com.br/SiteAssets/sitepages/boletim-estatistico/Boletim-Estatistico-Ano-04-Volume-04.pdf>> acesso em: 12 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 22164/SP**. Impetrante: Antonio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 17 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3540-MC/DF**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 01 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3540%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3540%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cx8uowy>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

BRITO, Sílvia Valadares Avelar. **O novo conceito de mobilidade urbana, diante dos limites do planeta e sua relação com as políticas de mudanças climáticas**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte.

CANEPA, Carla. **Cidades Sustentáveis: o município como lócus da sustentabilidade**. 1ª Ed. São Paulo: RCS, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5ªed. São Paulo: Atlas, 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIMARÃES, Geraldo Spagno. **Comentários à Lei de Mobilidade Urbana – Lei 12.587/12**: essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio. Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012.

INSTITUTO SAÚDE E SUSTENTABILIDADE. **Avaliação do Impacto da Poluição Atmosférica no Estado de São Paulo Sob a Visão da Saúde**. São Paulo, set. 2013. Disponível em: <<http://www.saudeesustentabilidade.org.br/site/wp->



content/uploads/2013/09/Documentofinaldapesquisapadrao_2409-FINAL-sitev1.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2015.

LEITE, Carlos; AWAD, Juliana dí Cesare Marques. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano**. 1ª Ed. Porto Alegre: Bookman, 2012.

LUNELLI, Carlos Alberto (coord). **Direito, Ambiente e Políticas Públicas**. Curitiba: Juruá, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

ONSV. OBSERVATÓRIO NACIONAL DE SEGURANÇA VIÁRIA. **Segurança viária no Brasil (2000-2012): Estatísticas, tendências, e desafios**. 14 out. de 2014a. Disponível em: <<http://onsv.org.br/portaldados/#/articles>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

ONSV. OBSERVATÓRIO NACIONAL DE SEGURANÇA VIÁRIA. **Retrato da Segurança Viária no Brasil – 2014**. 17 dez. de 2014b. Disponível em: <<http://onsv.org.br/portaldados/#/articles>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

ONSV. OBSERVATÓRIO NACIONAL DE SEGURANÇA VIÁRIA. **Atualização do custo total dos acidentes de trânsito no Brasil**. 16 abr. de 2015. Disponível em: <<http://onsv.org.br/portaldados/#/articles>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de direitos humanos**. 10 de dez. de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMPAZZO, Lino. **Metodologia Científica**: para alunos dos cursos de graduação e pós-graduação. 7. ed. São Paulo: Loyola, 2013.

REIS, Thiago. Com aumento da frota, país tem 1 automóvel para cada 4 habitantes. **G1**, Rio de Janeiro, 10 de mar. de 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/03/comaumentodafrotapaistem1automovelparacada4habitantes.html>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dos direitos e garantias fundamentais**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.



SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, 2007.

SILVA, Eduardo Fernandez. **Meio Ambiente & Mobilidade Urbana**. São Paulo: Senac São Paulo, 2014

VASCONCELLOS, Eduardo Alcântara de. **Mobilidade Urbana e Cidadania**. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2012.



RESENHA DA OBRA CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E ACCOUNTABILITY DE ILTON NORBERTO ROBL FILHO¹

REVIEW OF THE BOOK CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO E ACCOUNTABILITY BY ILTON NORBERTO ROBL FILHO

Marco Aurélio Souza Mendes²

Fabiana Angélica Pinheiro Câmara³

Alexandre Walmott Borges⁴

Resumo

O texto é resenha descritiva da obra Conselho Nacional de Justiça, de autoria de Ilton Norberto Robl Filho. O livro resenhado apresenta a conceituação, aplicação e função de *accountability* na análise do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. A resenha segue o plano geral da obra para a apresentação descritiva, dividida em três capítulos que apresentam aspectos históricos de *accountability*, nas estruturas do Estado Democrático de Direito e na Constituição brasileira, e no Conselho Nacional de Justiça.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Constituição. Conselho Nacional de Justiça. *Accountability*.

Abstract

The text is a descriptive review of the book The National Council of Justice, written by Norberto Ilton Robl F°. This book review shows the concepts, means of implementation and accountability function in the analysis of the National Council of Justice – CNJ. Furthermore, it follows the same general pattern for the descriptive presentation displayed on the book: it is divided into three chapters that present historical aspects of accountability, in the structure of the rule of law and in the Brazilian Constitution as well as in the National Council of Justice.

Keywords: Rule of law. Constitution. National Council of Justice. *Accountability*.

Sumário: 1. Introdução. 2. O desenvolvimento da obra. 3. Considerações finais. 4. Referências.

¹ Artigo recebido em: 20/03/2015. Pareceres emitidos em 22/05/2015 e 24/05/2015. Aprovação comunicada em 24/07/2015.

² Pesquisador PIBIC-FAPEMIG. Universidade Federal de Uberlândia/UFU. E-mail: <marcoaurelio.souzamendes@gmail.com>.

³ Doutoranda em História - UFU, Mestra em Gestão Internacional e Desenvolvimento Econômico - University of Reading. E-mail: <camara.fabiana@gmail.com>.

⁴ Professor da UFU - Universidade Federal de Uberlândia, Professor Visitante da UNESP - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita F°, Doutor em Direito - UFSC, Doutorando em História - UFU. E-mail: <alexandrew@fadir.ufu.br>. Pesquisador contou com recursos da CAPES e FAPEMIG.



1 INTRODUÇÃO

A resenha apresentada explora o texto publicado pela Editora Saraiva, na forma de livro, e que constitui a condensação e aperfeiçoamento da tese doutoral do autor defendida perante banca do programa de Direito da UFPR. O caráter novidadeiro da abordagem consiste na incorporação ao repertório da teoria constitucional da expressão *accountability*, com seus contornos e conteúdos sob a tutela do Estado Democrático de Direito. Em 3 capítulos o autor discorre a estrutura de *accountability*, as relações com a Constituição nacional brasileiro e, no fim, a relações com o órgão criado pela EC 45, de 2004, que é o Conselho Nacional de Justiça - CNJ. A proposta da obra *Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability*, de Ilton Norberto Robl Filho, compete na análise descritiva dos mecanismos de controle embasados pela doutrina nacional e internacional e prospectiva no sentido de compatibilizá-los com a Constituição brasileira de 1988. A resenha se propõe a apresentar o panorama geral da obra, sob a forma de resumo dos principais pontos orientadores do texto do autor.

2 O DESENVOLVIMENTO DA OBRA

A perspectiva do Direito no campo político mostra-se cada vez mais intrínseca com os debates institucionais e as limitações mútuas entre os poderes com seus respectivos titulares. A proposta da obra *Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability*, de Ilton Norberto Robl Filho, compete na análise descritiva dos mecanismos de controle embasados pela doutrina nacional e internacional e prospectiva no sentido de compatibilizá-los com a nossa Constituição de 1988.

Logo na introdução já se pode deparar com a metodologia empregada no livro. Ilton escolhe direcionar o início de sua obra para uma análise da construção política da sociedade através dos contratualistas e dos Federalistas, mesclando posteriormente um diapasão sobre os pilares do Estado Democrático de Direito e suas relações com o *Rule of Law*, para posteriormente introduzir os conceitos gerais da temática do *accountability*. Sendo um tema amplamente rico em discussões, escolhe



o autor como objeto mais acirrado de delimitação propedêutica a análise em específica da *accountability* no Poder Judiciário, ênfase esta nos Conselhos de Justiça, por logo, em nosso Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Pautar-se-á a presente resenha, para melhor compreensão dos pontos centrais defendidos pelo autor, dividi-la na mesma metodologia proposta pelas discussões da obra. Explica-se: a) Em primeiro momento, uma breve análise através dos conhecimentos da Ciência Política na construção do contrato social, partindo de Hobbes, Locke, Montesquieu, Rosseau e os Federalistas e da construção do Estado de Direito ao Estado Constitucional e suas relações no Brasil; b) O segundo momento compreende a análise do termo *accountability* e pontuando suas relações no Brasil nas modalidades vertical eleitoral e horizontal; c) A terceira e última parte versará acerca da específica relação entre *accountability* e Poder Judiciário, bem como o caso brasileiro de sua evolução histórica até o CNJ.

Mas antes, é preciso identificarmos genericamente o que seria o termo *accountability*, pouco estudado e com dificuldades enormes em definir um vocábulo luso como sinônimo. Define o autor sendo a “necessidade de uma pessoa física ou jurídica que recebeu uma atribuição ou delegação de poder prestar informações e justificações”, cabendo inúmeros meios políticos, jurídicos e sociais para sancionarem essa atuação (ROBL FILHO, 2013, p. 30). Importa dizer sobre as referentes modalidades. O *accountability* vertical eleitoral é a avaliação do povo através do voto de seus representantes; já a modalidade vertical social é a sanção que a imprensa e os órgãos da sociedade civil através da exposição pública dos atos corrobora aos agentes estatais eleitos ou não. O *accountability* horizontal é aquele entre os poderes, em que os agentes devem prestar informações e justificações para outros agentes estatais de seus atos e decisões. Quanto ao *accountability* judicial, divide-se em três subtipos: a decisional se refere às informações e justificações dos magistrados para compor suas decisões judiciais, a comportamental é acerca do comportamento pelo zelo da instituição que o magistrado deve ter e a institucional é com relação às ações institucionais que não são propriamente judiciais, mas compõe parte necessária na formação do órgão, como administração, orçamento e relações com os outros poderes.

Para conceituar *accountability* o Autor se vale da incursão pelos clássicos como Rousseau, Montesquieu, Locke. A importância dessa análise fundamental da



Ciência Política é colocada por Ilton em saber que “o argumento da independência do poder não pode ser utilizado para gerar um poder sem limites (*unnaccountable*), devendo os outros dois poderes por meio de mecanismos institucionais exercerem esse controle (*accountability*)” (ROBL FILHO, 2013, p. 43). Após conceituar a origem do fundamento de *accountability* da relação entre os poderes, deve-se construir sua relação com a própria fundamentação do *Rechtsstaat*. A expressão nasce na Alemanha, século XIX, com a chamada “Escola do Estado de Direito”. Kant, um pilar para toda a compreensão do direito moderno, identifica pela sua filosofia empirista que a igualdade e liberdade eram ditames racionais, independentes da propositura pelo Estado. Dever do Estado era apenas estabelecer leis para que esses valores fossem definidos na sociedade. Partindo do conceito colocado inicialmente pelo autor de *accountability* como limitação, o Estado de Direito tinha como pressuposto a *accountability* legal. Esse modelo kantiano, apesar de se identificar como base para a construção do Estado, foi conceitualmente moldado através dos estudiosos críticos desse pensamento.

O Autor se vale de Mohl e Stahl, para quem não há na história institucional um conjunto de direitos universais e um modelo universal de Estado. O perigo da *accountability* legal é de ser exercida apenas em seu âmbito formal e ser negligenciada no aspecto material. Há a necessidade do Estado intervir para que exista liberdade e igualdade, entendendo o raciocínio trazido pelo autor através dos críticos como o oposto da racionalidade *a priori* de Kant. É assim que Stahl conclui que o Estado de Direito é um Estado que atua por meio da forma jurídica, e sem conteúdos universais definidores. Compreende o autor que “essa leitura do Estado de Direito permite que a comunidade estatal prescreva qualquer fim desde que legitimado pelo direito” (ROBL FILHO, 2013, p. 47). Na sequência, usa Dicey e Constant para corporificar a teoria do Estado de Direito - ou do *rule of law*.

Segundo o Autor, o Brasil passou por períodos históricos diferentes na construção do Estado de Direito, bem como da *accountability* em suas instituições. A República brasileira nasceu com dois pressupostos: de um lado, a grande reverência pela construção da República Federal norte-americana; por outro lado, o medo da insurgência de uma Revolta escrava que tornasse o Brasil um segundo Haiti. Com a Constituição de 1824, politicamente o Brasil ainda conservava sua relação com a Dinastia dos Braganças, porque a ideia de nação brasileira inexistia até o conflito com



o Paraguai, e através da limitação formulada pelo Poder Moderador, vontade popular não era necessariamente sinônima de vontade geral. Esse desenho institucional, como colocou o autor, é inadequado para os ideais do *accountability*, pois centraliza muito poder na mão apenas do Imperador. E conseqüentemente, a partir de uma não limitação, a proteção constitucional de relevantes direitos civis não foram efetivadas no período imperial e a concessão de políticas públicas de educação, trabalho e moradia após o término da escravidão era vista como mera benesse do Estado. Tendo o Brasil se tornado uma República em 15 de Novembro de 1889, vislumbra-se aqueles dois pilares mencionados anteriormente. O federalismo serviu para construir elementos que beneficiassem as elites políticas locais, em especial das grandes províncias (ROBL FILHO, 2013, p. 61).

Para a discussão do Estado Constitucional, os alemães no século XIX concebiam o Poder Judiciário na ideia de limitar a discricionariedade da administração pública, controlando seus atos. Assim, com a obra de Kelsen, há uma transformação do antigo Estado de Direito para o Estado Constitucional, em que o mero controle de legalidade passa a ser tido como o controle de constitucionalidade. Como Kelsen não deseja explicar a origem de seu sistema através da política, afastando o poder constituinte originário como produto de revoluções, confecciona Ilton o motivo da criação da ideia da norma hipotética fundamental. “O Estado é norma jurídica e não um produto da ordem do ser” (ROBL FILHO, 2013, p. 68). A proposta contrária é defendida por Carl Schmitt, que observa a Constituição como decisões políticas fundamentais, tendo o melhor guardião o Poder Executivo e não o Judiciário. Porém, hoje, esses elementos por si mostram-se insuficientes na descrição tanto da estrutura dos Estados Democráticos de Direito quanto na prescrição de seu agir. Por ideia do autor, deve-se reconhecer a necessidade de buscar uma justiça social com a reflexão das novas funções do Poder Judiciário. Se no Estado Democrático de Direito a soberania encontra-se no povo, há uma necessidade de existir legitimidade não apenas no Poder Legislativo, e sim em todos os poderes.

No Brasil, o panorama do Estado Democrático de Direito passou por três fases marcantes até a Constituição de 1988 e que o autor reporta em seu livro: República Velha, Estado Novo e o governo da Ditadura Militar. Na República Velha, apesar do federalismo, o poder das oligarquias locais descentralizava o governo no todo e centralizava nas mãos das elites fundiárias mais poderosas a atuação das



instituições de limitação e fiscalização, observando um intenso atraso econômico e corrupção. Com o momento de 1937 a 1945, apesar da figura de Vargas com sua intensa legislação social de concretização e consolidação de direitos, a ausência de eleições e fiscalização significavam que não ocorria *accountability* eleitoral e horizontal. Afirma o autor que não existiu democracia nessa época (ROBL FILHO, p. 83). Apesar de em momento anterior a Constituição de 1934 prever constitucionalmente um rol de direitos sociais progressistas, Vargas estabelece o Estado Novo em 1937 que desconstrói essa figura de tentativa de implantação do Estado Social no Brasil. Antes da Ditadura, o período de 1946 a 1964 constitui em ampliar a democracia com o *accountability* eleitoral na nacionalização partidária e o equilíbrio na separação dos poderes (*accountability* horizontal). O processo do Golpe de Estado de 1964 serviu para impedir as alterações sociais antecedentes e concretizar uma doutrina autoritária no país.

A *accountability* eleitoral discute sobre as relações entre liberdade, poder e controle. As eleições funcionam como o mecanismo vertical e eleitoral para sancionar as ações ou omissões dos agentes. O autor assevera que há uma crítica através do sistema do sufrágio, pautada na ocupação primária de interesses de grupos ou elites locais nos principais cargos das democracias contemporâneas. Outra temática de igual problema é que o voto quase nunca tem por pauta em suas razões uma relação direta com o mandato. Outro importante dado trazido pelo autor é que na análise eleitoral, os cidadãos votam retrospectivamente, ou seja, comparam os resultados obtidos pelos agentes eleitos em governos anteriores. Classifica Ilton o *accountability* vertical eleitoral dessa forma como rudimentar, pois em suas palavras “os governos tomam inúmeras decisões todos o dias que impactam a vida dos cidadãos. Os cidadãos, por sua vez, por um único instrumento julgam todos os atos do governo” (ROBL FILHO, 2013, p. 114). Quanto à questão do financiamento como método desse tipo de controle, o posicionamento sobre o financiamento público adequa-se com a pauta proposta pelo autor, visto que há uma defesa em sua tese de que as doações particulares vinculam os atos do governo e a produção de atos legislativos.

A proposta defendida pelo autor é trazida na citação do colacionado por Arauto, na modalidade de um parlamentarismo unicameral. Quando existe apenas uma câmara e um partido majoritário que indica o gabinete (Executivo), há a possibilidade de adequar a responsabilização para cada um dos agentes. O governo



de coalização, como o nosso presidencialismo, dificulta a identificação dos responsáveis pelas decisões, logo do *accountability* eleitoral.

A ideia de *accountability* horizontal, defende o autor, dota-se da prática de que um governo dividido é necessariamente limitado, pois há a necessidade de uma cooperação entre os poderes, evitando o modelo de um Poder Legislativo superpoderoso. Quanto ao Executivo, para impedir que se torne ilimitado, atrelou-se seus atos ao princípio da legalidade e a atuação direta do Executivo apenas nas matérias de reserva legal pela Constituição. A concepção de um *accountability* horizontal pressupõe que internamente há um agente *accountable* e outro que se faça capaz de exigir as justificações e limitações desse agente *accountable*. Portanto, é uma fiscalização entre os poderes.

A questão brasileira e argentina é de uma discussão sobre a efetividade dessa modalidade, em que o autor traz para dentro de sua obra as incursões sobre democracia delegativa de O'Donnell. Para esse autor, as constantes crises econômicas e sociais são utilizadas como pretexto para práticas de democracia delegativa, centrada num Executivo *unchecked* e um Legislativo e Judiciário funcionando ineficientemente como centros de *accountability* horizontal. Ilton resume a deficiência da efetivação dessa modalidade no Brasil e Argentina através da ausência ou insuficiente “controle das ações delituosas ou não dos diversos agentes estatais por meio da análise das informações e justificações e da aplicação de sanções legais ou políticas” (ROBL FILHO, 2013, p. 124).

O principal tipo de agente da *accountability* horizontal independente é o Judiciário, tema que focaremos para finalizar essa segunda parte da resenha para iniciarmos a terceira e última. Esse é o tema da *accountability* judicial. Propõe o autor a questão de como criar instituições de *accountability* sendo elas mesmas *accountable*. Três respostas são fornecidas: a) O mecanismo eleitoral para esses agentes; b) Desenhar relações institucionais entre os agentes estatais; c) Desenvolvimento da relações internas de *accountability* dentro de uma agência ou poder.

Delicada é a temática da eleição, visto não ser a melhor modalidade. O autor apresenta diversos exemplos na obra utilizando-se do Judiciário norte-americano (ROBL FILHO, 2013, p. 137-144), em que há uma eleição de retenção para a



magistratura. Esse perigo reside de forma que a eleição afronta diretamente a independência judicial nas decisões, visto que uma pessoa ou entidade dotada de influência é uma ameaça quando pauta-se por afronte a decisão pessoal e não pelo zelo no bom comportamento jurídico-institucional. Define o autor o trinômio de interesse, poder e vontade como o afastamento da função neutra desse método de *accountability* judicial. A independência judicial é condição necessária, porém não única, para que os magistrados possam realizar uma livre e justa interpretação da Constituição.

Quanto à terceira proposta, inclui-se aqui a criação dos Conselhos de Justiça. No Brasil, a EC nº 45/2004 da Reforma do Judiciário introduz a discussão sobre o Conselho Nacional de Justiça. O CNJ foi previsto no art. 103-B da Constituição Federal de 1988, e compõe-se por quinze membros com mandato de dois anos e possibilidade de recondução. Discutiu-se a casualidade de talvez um Conselho Nacional não afrontar o federalismo e as justiças estaduais. A tese do Poder Judiciário nacional e uno não é argumentativamente válida. O que existe é uma uniformização das interpretações da lei, dando então acervo positivo para a existência de um Conselho Nacional. O papel do CNJ no Brasil é o da *accountability* horizontal. Entretanto, afirma o autor que algumas vezes, excepcionalmente, desempenha funções de *accountability* vertical não eleitoral. A atuação do CNJ é basicamente no redesenho das relações do Poder Judiciário com o poder administrativo, disciplinar, orçamentário e financeiro. Isso retirou poder das direções dos tribunais, mas garante uma maior uniformização de determinados procedimentos e instituições para o Poder Judiciário como um todo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra do Prof. Ilton aventura-se em analisar os problemas das relações de *accountability* no país, e para isso utilizando-se de argumentos sólidos da doutrina constitucional e política, e de referências estatísticas e comparativas com outras democracias. Dentro de tantas modalidades, escolheu o autor dizer sobre o Poder Judiciário e a necessidade de cada vez mais se repensar quem e como se fará a prestação de contas de um poder dotado de *accountability*, e que ao mesmo tempo



deve ser *accountable*. Afastando-se dos juízos de valor sem bases acadêmicas, Ilton analisa cada problemática com a perspicácia de analista político-constitucional, abraçando os argumentos construídos no passado e presente, analisando a história institucional e concluindo no melhor redesenho para a democracia.

4 REFERÊNCIAS

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça. Estado Democrático de Direito e *accountability***. São Paulo: Saraiva, 2013. 278 p.



REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS

***Chamada de Artigos, Resenhas e Ensaios para o Periódico
Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia
Brasileira de Direito Constitucional (QUALIS B.1)***

***Invitación a publicar Artículos, Reseñas y Ensayos en la Revista
Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia
Brasileira de Direito Constitucional (QUALIS B.1)***

***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*** (ISSN 2177-8256, disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revistas.php>>, com periodicidade semestral, está recebendo artigos, resenhas e ensaios inéditos em português, inglês e espanhol para a publicação do seu décimo primeiro e décimo segundo números (2014, jul. a dez. e 2015, jan. a jun.) até **20 de Janeiro**, 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*** (ISSN 2177-8256, disponible en: <<http://www.abdconst.com.br/revistas.php>>, con periodicidad semestral, está recibiendo artículos, reseñas y ensayos inéditos en portugués, inglés y español para la publicación de sus decimoprimer y decimosegundo números (2014, jul. a dec. e 2015, enero a jun.) hasta **20 de Enero**, 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 Asistente (rafael@abdconst.com.br)

The Law Journal ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (ISSN 2177-8256, available at <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), published every semester, is receiving original articles, reviews and essays in Portuguese, English and Spanish to be published in its eleventh and twelfth editions (2014, July-Dec. e 2015, Jan.-June) until **January 20th**, 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*.

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 peerreview*, 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, 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.

Envio dos Trabalhos Científicos: todos os artigos, resenhas e ensaios deverão ser enviados para o Editor Responsável da **Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Ilton Norberto Robl Filho e Editor assistente Rafael dos Santos Pinto, no endereço eletrônico **trabalhosabdconst@googlegroups.com**.

O email deve obrigatoriamente conter nome completo e dados para contato do autor. Deve ser enviado o trabalho em versão aberta (. doc e similares) bem como acompanhar os termos de cessão assinados disponível em:
<http://www.abdconst.com.br/editais.php>

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.

Principais Normas Editoriais de Formatação: os trabalhos serão redigidos em português, espanhol ou inglês 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 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.



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 da UPF, 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), 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 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), 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 Marraffon (Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR), Marcos Augusto Maliska (Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil 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) e Ricardo Lobo Torres (Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF).

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.



Missão: 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 tercero 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 calidad, 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.

Envío de los Trabajos Científicos: todos los artículos, reseñas y ensayos deberán ser enviados al Editor Responsable de la ***Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional***, Ilton Norberto Robl Filho y Editor Asistente Rafael dos Santos Pinto,



por correo electrónico a la siguiente dirección **trabalhosabdconst@googlegroups.com**, acompañados 1) de una autorización expresa para su publicación, divulgación y comercialización en la editora indicada por ABDCONST; y 2) de una declaración de responsabilidad del autor sobre la autoría de la obra y su aceptación a las reglas y a los plazos editoriales, afirmándose expresamente el carácter inédito del trabajo.

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 datos 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.

Principales Normas Editoriales y su Formato: los trabajos deberán estar redactados en portugués, español o inglés 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.

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, 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. António 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. Ingo Wolfgang Sarlet (Doctor en Derecho por la Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemania. Professor de la Faculdade de Direito da Pontifícia 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*).

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 que selection of the article, in accordance to editorial policy of international excellence, papers will be published in a 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.

Sending Scientific Papers: Every article, review and essay should be sent to Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor - and Rafael dos Santos Pinto - Assistant Editor of *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* – to the email trabalhosabdconst@googlegroups.com, along with 1) an express authorization for publishing, promotion and commercialization by a press indicated by ABDCONST, and 2) the author's declaration of responsibility about text authorship and submission to editorial rules and deadlines, expressing the unpublished nature of the work.

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.

Main Editorial Rules for Formatting: Works must be written in Portuguese, Spanish or English 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.

Editorial Council: Chief Editor Ilton Norberto Robl Filho, Professor of the Graduation in Law at UFPR, 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), 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); and Ricardo Lobo Torres (Full Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Philosophy from UGF).



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