

# CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

---

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional



Volume 8 | Número 15 | Julho/Dezembro 2016

# **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](mailto:abdconst@abdconst.com.br)

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

### Ficha Catalográfica

Constituição, Economia e Desenvolvimento  
Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional.  
Programa de Pós-graduação em Direito  
Vol. 8, n. 15 (jul./dez. 2016) - Curitiba: 2016  
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](mailto: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. Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR. Visiting Scholar na Universidade de Toronto - Canadá. Pesquisador Visitante no Max Plank Institut em Heidelberg - Alemanha. Pós-doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR.

## **Editor Assistente**

### **Rafael dos Santos-Pinto**

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

## **Assistente de Editoração**

### **Fernanda Lissa Fugiwara Homma**

Mestranda em Direito das Relações Sociais pela UFPR.

## **Membros do Conselho Editorial**

### **Antonio Carlos Wolkmer**

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

### **Antônio José Avelãs Nunes**

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

### **Eroulths Cortiano Junior**

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR, 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.

### **Flávio Pansieri**

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

### **Ingo Wolfgang Sarlet**

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

### **Luís Fernando Sgarbossa**

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

### **Marco Aurélio Marrafon**

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

### **Marcus Firmino Santiago**

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

### **Mariana Mota Prado**

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

**Ricardo Lobo Torres**

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

**Sabina Grabowska**

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

### **Conselho de Pareceristas da Revista da ABDCnst**

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

Luiz Eduardo Anesclar  
Luiz Felipe Monteiro Seixas  
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 Luís Tomás Ballande  
Romanelli  
Sandro Marcelo Kozikoski  
Sandro Rogério Monteiro de  
Oliveira  
Saulo Bichara Mendonça  
Sebastião Neto Ribeiro  
Guedes  
Simone Tassinari Cardoso  
Sonia Barroso Brandão  
Soares  
Sulamita Crespo Carrilho  
Machado  
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  
Walter Guandalini Junior  
William Soares Pugliese

### **Pareceristas que participaram desta edição:**

Alexandre Coutinho  
Pagliarini  
Alexandre Gustavo Melo  
Franco de Moraes Bahia  
Alexandre Moraes da Rosa  
Ana Claudia Pompeu  
Torezan Andreucci  
Angela Issa Haonat  
Antonio Celso Baeta  
Minhoto  
Bartira Macedo de  
Miranda Santos  
Dennys Garcia Xavier  
Eloi Martins Senhoras

Erivaldo Cavalcanti e Silva  
Filho  
Estefânia Maria de  
Queiroz Barboza  
Fabrício Ricardo de Limas  
Tomio  
Giovani Corralo  
Gustavo Almeida  
Paolinelli de Castro  
Gustavo Silveira Siqueira  
Leilah Luahnda Gomes de  
Almeida  
Luana De Carvalho Silva  
Gusso  
Lucas Gonçalves da Silva

Luis Renato Vedovato  
Marcos Catalan  
Milena Petters Melo  
Monica Bonetti Couto  
Pablo Malheiros Cunha  
Ricardo Serrano Ozório  
Sandro Marcelo Kozikoski  
Saulo Bichara Mendonça  
Valéria Cristina Pereira  
Furlan  
Vanessa Oliveira Batista  
Berner

### **Editoração**

Karla Kariny Knihs



# EDITORIAL

Na data de hoje é publicado o décimo quinto número, referente ao segundo semestre de 2016 (2016, v. 9, n. 15, jul./dez.), da **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Na edição deste semestre são publicados trabalhos de profunda relevância e atualidade, redigidos por pesquisadores brasileiros e estrangeiros. Os trabalhos aprovados foram separados em três eixos temáticos: **a)** Democracia, combate ao crime e instituições políticas; **b)** Economia, desenvolvimento e direitos; **c)** Constitucionalismo, direitos fundamentais e tutela jurisdicional.

No primeiro eixo “Democracia, combate ao crime e instituições políticas”, temos primeiramente o trabalho “Hacia la Consecución de Partidos más Democráticos: Financiación Pública y Paridad Política”, que trata do financiamento público dos partidos políticos em perspectiva do direito comparado, de autoria da Professora María Holgado González, docente na Universidade Pablo Olavide, Sevilla, na Espanha. O segundo trabalho foi submetido pelo Professor Renzo Orlandi, da Universidade de Bolonha, Itália, que apresentou trabalho sobre a “Operazione Mani Pulite’ e Seu Contexto Político, Jurídico e Constitucional”. O terceiro artigo deste eixo é intitulado “La Prevenzione della Corruzione nel Sistema Amministrativo: Impulsi del Diritto Europeo e Tendenze Evolutive Della Legislazione Italiana”, de autoria do Professor Nicola Gullo, docente na l’Università degli studi di Palermo, Itália, que estudou formas de prevenção da corrupção por meio do direito administrativo. O quarto e último trabalho inserido neste eixo é escrito por Augusto Antônio Fontanive Leal e trata do direito penal ambiental na sociedade de risco, intitulando-se “O Direito Penal Ambiental como Direito Fundamental a uma Prestação Estatal na Sociedade de Risco”.

O segundo eixo foi denominado “Economia, desenvolvimento e direitos”. O primeiro artigo é de autoria do Prof. Flávio Pansieri, que estudou a “Liberdade como Desenvolvimento em Amartya Sen”. O segundo artigo deste eixo denomina-se “Notas para um estudo sobre os Bens Comuns”, que propõe uma nova leitura a respeito dos bens comuns, submetido pelos professores Eroulths Cortiano Junior e Rodrigo Luís Kanayama. O terceiro trabalho publicado foi escrito pelo professor André Cyrino, que tratou da constituição e da interpretação constitucional no

enfoque da análise econômica do direito no artigo intitulado “Análise Econômica da Constituição Econômica e Interpretação Institucional”. O quarto e derradeiro artigo direcionado a este eixo intitula-se “Poder Econômico e Monopólio Estatal: Aplicação em um Mercado Concorrencial”, que conta como autores Renata Albuquerque Lima, Lívy Maria Vaz Cordeiro e Jakson Lima Rocha.

O terceiro eixo tem como tema central “Constitucionalismo, direitos fundamentais e tutela jurisdicional”. O primeiro artigo, escrito por Valéria Ribas do Nascimento, Evilhane Jum Martins e Micheli Capuano Irigaray, trata do Constitucionalismo Latino-Americano, intitulando-se “O Constitucionalismo Latino-Americano: Desafios para uma Maior Aproximação Brasileira Através da Lei Nº. 13.123/2015”. Já o segundo trabalho deste eixo apresenta como título “Uma Análise da Morte com Dignidade à Luz da Teoria do Liberalismo Político de John Rawls”, tendo sido escrito por Diego Ferreira de Oliveira e Ney Bello de Barros Filho. O terceiro artigo deste eixo trata da teoria dos direitos fundamentais, elegendo como título “Colisão de Direitos Fundamentais uma Difícil Escolha” de autoria de Marcos d’Avila Scherer. Por fim, o derradeiro artigo da edição trata do instituto processual da audiência de conciliação, com o título “A Audiência de Tentativa de Conciliação no Novo Processo Civil”, escrito por Lázaro Alves Martins Júnior, que estuda o novo instituto processual da audiência de tentativa de conciliação.

Os trabalhos veiculados nesta edição representam estudos de alto relevo nas áreas do Direito Constitucional, desenvolvimento e economia. Ademais, esta edição conta com três trabalhos de autores estrangeiros, dois provenientes da Itália e uma da Espanha, sem contar os dez trabalhos de autores brasileiros, o que demonstra a contínua internacionalização do periódico, que busca brindar seus leitores com os estudos mais atuais do direito estrangeiro e nacional. Por fim, a **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional e seu corpo editorial reiteram votos de bom proveito e excelente leitura.

**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

<b>HACIA LA CONSECUCCIÓN DE PARTIDOS MÁS DEMOCRÁTICOS: FINANCIACIÓN PÚBLICA Y PARIDAD POLÍTICA</b> <b>TOWARDS ACHIEVING MORE DEMOCRATIC PARTIES: PUBLIC FUNDING AND POLITICAL PARITY</b>	
<i>María Holgado González</i> .....	343
<b>“OPERAZIONE MANI PULITE” E SEU CONTEXTO POLÍTICO, JURÍDICO E CONSTITUCIONAL</b> <b>‘MANI PULITE’ OPERATION AND ITS POLITICAL, LEGAL AND CONSTITUTIONAL CONTEXT</b>	
<i>Renzo Orlandi</i> .....	378
<b>LA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE NEL SISTEMA AMMINISTRATIVO: IMPULSI DEL DIRITTO EUROPEO E TENDENZE EVOLUTIVE DELLA LEGISLAZIONE ITALIANA</b> <b>PREVENTION OF THE CORRUPTION IN THE ADMINISTRATIVE SYSTEM: IMPULSES OF THE EUROPEAN LAW AND EVOLUTIONARY TRENDS OF THE ITALIAN LAW</b>	
<i>Nicola Gullo</i> .....	406
<b>O DIREITO PENAL AMBIENTAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA PRESTAÇÃO ESTATAL NA SOCIEDADE DE RISCO</b> <b>ENVIRONMENTAL CRIMINAL LAW AS A FUNDAMENTAL RIGHT TO AN ENTITLEMENT IN RISK SOCIETIES</b>	
<i>Augusto Antônio Fontanive Leal</i> .....	438
<b>LIBERDADE COMO DESENVOLVIMENTO EM AMARTYA SEN</b> <b>FREEDOM AS DEVELOPMENT IN AMARTYA SEN</b>	
<i>Flávio Pansieri</i> .....	453
<b>NOTAS PARA UM ESTUDO SOBRE OS BENS COMUNS</b> <b>A STUDY ON COMMON PROPERTY</b>	
<i>Eroulths Cortiano Junior / Rodrigo Luís Kanayama</i> .....	480
<b>ANÁLISE ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E INTERPRETAÇÃO INSTITUCIONAL</b> <b>ECONOMIC ANALYSIS OF THE ECONOMIC CONSTITUTION AND INSTITUTIONAL INTERPRETATION</b>	
<i>André Cyrino</i> .....	492

**PODER ECONÔMICO E MONOPÓLIO ESTATAL: APLICAÇÃO EM UM  
MERCADO CONCORRENCIAL**

**ECONOMIC POWER AND STATE MONOPOLY: APPLICATION IN A COMPETITIVE  
MARKET**

*Renata Albuquerque Lima / Lívyia Maria Vaz Cordeiro / Jakson Lima Rocha 516*

**O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: DESAFIOS PARA  
UMA MAIOR APROXIMAÇÃO BRASILEIRA ATRAVÉS DA LEI Nº.  
13.123/2015**

**LATIN-AMERICAN CONSTITUTIONALISM: CHALLENGES TO A GREATER BRAZILIAN  
UNION BY LAW N. 13.123/2015**

*Valéria Ribas do Nascimento / Evilhane Jum Martins / Micheli Capuano  
Irigaray ..... 542*

**UMA ANÁLISE DA MORTE COM DIGNIDADE À LUZ DA TEORIA DO  
LIBERALISMO POLÍTICO DE JOHN RAWLS**

**AN ANALYSIS OF DEATH WITH DIGNITY IN LIGHT OF JOHN RAWLS'S THEORY OF  
POLITICAL LIBERALISM**

*Diego Ferreira de Oliveira / Ney Bello de Barros Filho ..... 568*

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA DIFÍCIL ESCOLHA  
ENTRE A PROPRIEDADE, A MORADIA E O MEIO AMBIENTE**

**COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: A DIFFICULT CHOICE BETWEEN PROPERTY,  
HOUSING AND ENVIRONMENT**

*Marcos d'Avila Scherer ..... 591*

**A AUDIÊNCIA DE TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO NO NOVO PROCESSO  
CIVIL**

**THE CONCILIATION ATTEMPT HEARING IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE**

*Lázaro Alves Martins Júnior ..... 604*

**REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS ..... 624**

# HACIA LA CONSECUCCIÓN DE PARTIDOS MÁS DEMOCRÁTICOS: FINANCIACIÓN PÚBLICA Y PARIDAD POLÍTICA<sup>1</sup>

TOWARDS ACHIEVING MORE DEMOCRATIC PARTIES:  
PUBLIC FUNDING AND POLITICAL PARITY

*María Holgado González<sup>2</sup>*

## Resumen

Partiendo de la idea de que los partidos deben funcionar internamente de manera democrática para aspirar a gobernar democráticamente y de que democracia interna también implica participación equilibrada de hombres y mujeres, este trabajo analiza una de las posibles medidas de impulso que los Estados pueden poner en práctica para fomentar la democracia paritaria: hacer depender la financiación pública de los partidos de que éstos presenten listas electorales que guarden un equilibrio entre candidatos de uno y otro sexo. Para ello se analiza el sistema de financiación de partidos en España y la jurisprudencia constitucional española en materia de igualdad y derecho a acceder a los cargos públicos, completando el análisis con los instrumentos internacionales y el derecho comparado, especialmente con las distintas respuestas que han dado los Tribunales Constitucionales de Francia e Italia en esta materia.

**Palabras clave:** Financiación de partidos. Financiación pública. Democracia paritaria. Paridad política. Partidos políticos. Elecciones. Igualdad. Jurisprudencia constitucional.

## Abstract

Based on the idea that parties should work internally democratic way to aspire to govern democratically and that internal democracy also means balanced participation of men and women, this paper analyzes one possible stimulus measures that states can implement to promote parity democracy: to rely on public funding of parties that they submit electoral lists that keep a balance between candidates of either sex. To this end we analyze the system of party financing in Spain and the its constitutional jurisprudence of equality and the right to access to public office, completing the analysis with international instruments and comparative law, especially with the different answers given by Constitutional Courts of France and Italy in this matter.

**Keywords:** Party funding. Public funding. Parity democracy. Political parity. Political parties. Elections. Equality. Constitutional jurisprudence.

<sup>1</sup> Artículo sometido en 12/04/2016, y aprobado en 07/10/2016. (Artigo submetido em: 12/04/2016, aprovado em: 07/10/2016).

<sup>2</sup> Profesora Titular de Derecho Constitucional Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla. *E-mail:* <mholgon@upo.es>.

**Sumario:** 1. Sin partidos democráticos no hay democracia plena. 2. La igualdad como valor integrante de la democracia en el plano internacional. 3. El sistema español de financiación de partidos. 4. Principio de igualdad y acceso a los cargos públicos en la jurisprudencia constitucional española. 4.1 Principio de igualdad. 4.2. Derecho a acceder a los cargos públicos. 5. Italia: inconstitucionalidad de las cuotas paritarias. 6. Francia: reforma constitucional para garantizar la paridad. 7. Conclusiones.

## 1 SIN PARTIDOS DEMOCRÁTICOS NO HAY DEMOCRACIA PLENA

Unos partidos que no sean democráticos no pueden aspirar a gobernar democráticamente. De ahí la exigencia consagrada en los textos constitucionales europeos posteriores a la segunda guerra mundial de que la estructura y el funcionamiento interno de los partidos políticos respondan a los principios democráticos que rigen para el Estado<sup>3</sup>. Como ha reconocido igualmente el Tribunal Constitucional español:

Difícilmente pueden los partidos ser cauces de manifestación de la voluntad popular e instrumentos de una participación en la gestión y control del Estado que no se agota en los procesos electorales, si sus estructuras y funcionamiento son autocráticos<sup>4</sup>.

Precisamente, en el origen de este mandato constitucional, consagrado en el artículo 6 de la Constitución española (en adelante, CE), está la idea de neutralizar la tendencia natural a la oligarquización del aparato partidista, que ya denunciaron a principios de siglo pasado Ostrogorski (1979) y Michels (1996), con la llamada “ley de hierro de la oligarquía”. Como es sabido, estas tesis sostienen que los partidos, como toda organización compleja, tienden a desarrollar una estructura burocrática jerarquizada, a costa de aumentar el poder en la cumbre y disminuir la influencia de los miembros de la base.

La democracia interna se plasma en la exigencia de que los partidos se rijan por reglas que permitan la participación de sus miembros en el proceso de formación y de toma de decisiones. Una participación que, conforme a lo establecido en nuestro artículo 9.2 CE, ha de procurarse para *todos*, en condiciones de igualdad

<sup>3</sup> Vid. art. 21.1 LFB (1949) y art. 4 de la Constitución francesa (1958).

<sup>4</sup> STC 56/1995, de 6 de marzo, FJ. 3º.

efectiva y real. El principio de igualdad, valor superior del ordenamiento jurídico, es así un principio integrante de las exigencias democráticas que desde el Estado se trasladan a los partidos políticos.

Sin duda, las aludidas prácticas oligárquicas se ponen de manifiesto con más fuerza en la fase de designación de quienes hayan de presentarse a las elecciones. Buena prueba de ello es el hecho de que la presencia de las mujeres en las candidaturas no se corresponda con su plena integración en otros sectores de la sociedad<sup>5</sup>. Los partidos en este aspecto no reflejan los cambios sociales producidos, alejándose de manera creciente de los electores, en definitiva, del pueblo al que vienen a representar políticamente. La selección de los candidatos y candidatas continúa siendo fruto de la llamada por Kirchheimer “voluntad de la omnipotencia” de los aparatos partidistas, que controlan las candidaturas electorales y seleccionan los altos cargos del Estado<sup>6</sup>.

No parece que exista forma eficaz de superar esta dicotomía entre teoría y práctica constitucional, a la que ya se refiriese Triepel<sup>7</sup>, que no pase necesariamente por la intervención del Estado en el funcionamiento interno de los partidos, con el fin de asegurar, en última instancia, la propia efectividad del sistema democrático. Porque no hay que olvidar que para que los partidos cumplan adecuadamente su misión mediadora entre la sociedad y el Estado es preciso que los dirigentes estén vinculados a sus bases. A continuación vamos a tratar de analizar una de las posibles fórmulas que se han propuesto para vencer este desfase entre la exigencia de que los partidos sean democráticos y la realidad todavía presente de un funcionamiento oligárquico que se traduce en la absoluta desproporción en el número de candidaturas de uno y otro sexo.

<sup>5</sup> Según la Unión Parlamentaria, las ramas femeninas de los partidos han servido hasta ahora, más como un medio de apoyo directo para el partido mismo que como un medio exclusivo de fomentar las candidaturas femeninas: “A veces han funcionado más como transmisoras de la política de los dirigentes del partido en lugar de funcionar en sentido inverso” (Unión Interparlamentaria, 1997:21).

<sup>6</sup> Vid. Weiner, 1966.

<sup>7</sup> Vid. Triepel, *Die Staatsverfassung und die Politischen Parteien*. Frag. en castellano titulado “Derecho Constitucional y realidad constitucional”, en Lenk, K.; Neumann, F. (eds.), *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, op. cit.

## 2 LA IGUALDAD COMO VALOR INTEGRANTE DE LA DEMOCRACIA EN EL PLANO INTERNACIONAL

Una sociedad democrática en la que la participación directa de las mujeres en la toma de decisiones políticas no alcance las mismas cotas que la de los varones dista mucho de ser justa e igualitaria. De esta idea se hacen eco distintos textos internacionales en los que se emplaza a los poderes públicos a adoptar una decidida y efectiva actuación encaminada a fomentar e impulsar la presencia de las mujeres en la vida política.

En este sentido, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la ONU en 1979 y ratificada por todos los países de la UE, es, sin duda, uno de los instrumentos fundamentales de la puesta en obra de una política de igualdad que ha operado un salto cualitativo entre la igualdad formal y la igualdad de oportunidades: “la adopción por los Estados partes de medidas transitorias especiales dirigidas a acelerar la instauración de una igualdad de hecho entre los hombres y las mujeres no puede considerarse un acto de discriminación tal y como es definido por la presente Convención”<sup>8</sup>. La citada Convención legitima medidas de acción positiva en la esfera pública: “Los Estados partes tomarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación de las mujeres en la vida política y pública del país y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad con los hombres, (...) el derecho de tomar parte en la elaboración de la política del Estado y en su ejecución, de ocupar empleos públicos y ejercer las funciones públicas en todos los escalones del gobierno”<sup>9</sup>.

Posteriormente, la Declaración firmada en Atenas, en la Cumbre Europea de 1992, acuñaría el término “democracia paritaria” al afirmar que “la democracia impone la paridad en la representación y administración de las naciones” y que “la ausencia de las mujeres en los centros de representación política y de toma de decisiones implica un déficit democrático incompatible con una verdadera democracia [...] con el riesgo de ignorar los planteamientos, los puntos de vista e intereses de la mitad de la sociedad”. De acuerdo con la Declaración de Atenas, ese

<sup>8</sup> Artículo 4 de la CEDAW.

<sup>9</sup> Artículo 7 de la CEDAW.

déficit sólo puede ser superado “con un reparto más justo de las responsabilidades públicas y privadas y una presencia más equilibrada de hombres y mujeres en los órganos de decisión política”. Por su parte, la Recomendación del Consejo de Ministros de la Unión Europea, de 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de decisión<sup>10</sup>, consideraría que “una participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisiones puede generar diferentes ideas, valores y comportamientos, en el sentido de un mundo más justo y equilibrado tanto para las mujeres como para los hombres” por lo que “conviene adoptar orientaciones para promover una participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisiones con la finalidad de lograr la igualdad de oportunidades”<sup>11</sup>. Asimismo, los textos adoptados en la IV Conferencia europea sobre igualdad entre hombres y mujeres, celebrada en Estambul (1997) y en la Conferencia Europea de París “Mujeres y Hombres al Poder” (1999) testimonian la misma exigencia frente al déficit democrático que supone la subrepresentación de las mujeres.

Del mismo modo, en el seno de las Naciones Unidas, la Declaración y el Programa de acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Pekín (1995), insistieron claramente en la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de las responsabilidades, de los poderes y de los derechos. Los Estados Miembros se comprometen en Pekín a “adoptar medidas, incluso en los sistemas electorales, cuando proceda, que alienten a los partidos a incorporar mujeres en los puestos públicos electivos”. Se considera que “conseguir el objetivo de la igualdad de participación de mujeres y hombres en la toma de decisiones, proporcionará un equilibrio que reflejará de manera más adecuada la composición de la sociedad, necesaria además para el buen funcionamiento de la democracia”. En el mismo sentido se insistirá cinco años más tarde en la sesión de la Asamblea general celebrada en Nueva York.

Y es que a nadie se le oculta que el porcentaje de mujeres en las Cámaras representativas, donde se forma la voluntad popular, no ha venido guardando proporción alguna con el número de mujeres que integran el cuerpo electoral y, a

<sup>10</sup> Recomendación 96/694/CE.

<sup>11</sup> Recomendación 96/694/CE.

pesar de los avances propiciados por reformas legales en este sentido, aún queda mucho camino por recorrer<sup>12</sup>. En este sentido, la Unión Interparlamentaria ha contribuido a hacer visible la casi general subrepresentación femenina en las diferentes asambleas nacionales<sup>13</sup>.

Teniendo presente que en la actual fase del Estado de Derecho las democracias se articulan en torno a los partidos<sup>14</sup>, canalizándose a través de éstos la representación política, no es de extrañar que muchas de las propuestas dirigidas a lograr una representación más equilibrada de hombres y mujeres apunten a los partidos. Y ello porque son éstos los que realizan la primera selección de las candidaturas, elaborando las listas entre las que la ciudadanía elegirá finalmente a sus representantes.

Las medidas o actuaciones que, en el plano jurídico, se pueden adoptar para lograr una participación equilibrada de mujeres y hombres en el ejercicio de la soberanía popular son fundamentalmente de dos tipos: medidas coercitivas o medidas de impulso. Entre aquellas que podríamos denominar coercitivas se encuentran, por ejemplo, las leyes que imponen a los partidos la elaboración de listas electorales con una presencia mínima de mujeres (cuotas) o con un cierto equilibrio de candidaturas de uno y otro sexo (listas paritarias o listas cremallera). Ha sido el caso de España, con la aprobación en 2007 de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, estableciendo la obligación legal de

<sup>12</sup> En la Unión Europea la participación de la mujer se ordena por países de la siguiente forma: Suecia 43.6 %, Finlandia 41.5%, España 40%, Bélgica 39.3%, Dinamarca 37.4%, Holanda 37.3%, Alemania 36.5%, Eslovenia 36.7%, Portugal 34.8%, Italia 31%, Austria 30.6%, Inglaterra 29.5%, Luxemburgo 28.3%, Polonia 27.4%, Francia 26.2%, Estonia 23.8%, Lituania 23.4%, Bulgaria 20.4%, República Checa 20%, Grecia 19.7%, Eslovaquia 18.7%, Letonia 18%, Irlanda 16.3%, Croacia 15.2%, Rumanía 13.7%, Malta 12.9%, Chipre 12.5%, Hungría 10.1%. Fuera de la Unión Europea, a modo de ejemplo: Bolivia 53.1%, México 42.4%, Ecuador 41.6%, Noruega 39.6%, Argentina 35.8%, Costa Rica 33.3%, Suiza 32%, Canadá 26%, Perú 22.3%, República Dominicana 20.8%, Estados Unidos 19.4%, Colombia 19.9%, Uruguay 16.2%, Chile 15.8%, Paraguay 15%, Venezuela 14.4%, Brasil 9.9%, Japón 9.5%. Destaca el avance que han experimentados algunos países con medidas legislativas aplicadas en los últimos diez años como es el caso de España (del 28.3% en 2002 al 40% en 2015), Bélgica (del 23.3% al 39.3%), Francia (del 10.9% al 26.2%, Portugal (del 17.4% al 34.8% o Italia (del 11.3% al 31%). Fuente: Unión Interparlamentaria. Disponible em: <<http://www.ipu.org/wmn-e/arc/classif010216.htm>>.

<sup>13</sup> “El concepto de democracia solamente asumirá un significado verdadero y dinámico, cuando tanto las medidas políticas como la legislación nacional sea responsabilidad conjunta de hombres y mujeres que proyecten una mirada equitativa sobre los intereses y aptitudes de ambas mitades de la población” (Unión Interparlamentaria, 1993:3).

<sup>14</sup> Vid. García Pelayo, 1986.

elaborar candidaturas electorales con una composición paritaria, de forma que los candidatos de cada uno de los dos sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento del total<sup>15</sup>. Entre las medidas de impulso se situaría, por ejemplo, la propuesta de hacer depender los recursos financieros que el Estado pone a disposición de los partidos del esfuerzo que éstos hagan por incorporar a las mujeres entre sus filas. Encontramos esta propuesta en el programa electoral del PSOE a las pasadas elecciones generales de diciembre de 2015: “Vincular la financiación que los partidos reciben del Estado, además de al resultado electoral en número de escaños y de votos, a elementos de democracia interna de los partidos, como la celebración de primarias, la limitación de mandatos o la paridad en las listas electorales”<sup>16</sup>.

Al margen de la valoración que, desde un punto de vista político, pueda hacerse de la oportunidad de una propuesta como ésta, de lo que aquí se trata es de enjuiciar, desde un punto de vista jurídico, la legitimidad constitucional de estas medidas, centrándonos especialmente en la de hacer depender la financiación pública de los partidos políticos del cumplimiento de la democracia paritaria en el seno de los mismos. Para ello se analizará, en primer lugar, el sistema de financiación vigente en España, en el que habría de tener encaje esta medida, para, a continuación, abordar la compatibilidad de la misma con el principio de igualdad y el derecho de acceso a los cargos públicos, constitucionalmente reconocidos. Sin duda, en una cuestión como la que nos ocupa, el derecho comparado constituye siempre una importante referencia a tener en cuenta, por lo que, a continuación se abordará la distinta respuesta que la jurisprudencia constitucional ha dado en Francia e Italia a la intervención del Estado en la consecución de la democracia paritaria.

<sup>15</sup> Disposición Adicional 2ª de la LO 3/2007, de 22 de marzo. Un comentario sobre esta ley y de la Sentencia del Tribunal Constitucional acerca de su constitucionalidad (STC 12/2008) puede verse en Holgado González, M., “Democracia paritaria y soberanía compartida”, en García Rubio, 2011, p. 205-226.

<sup>16</sup> Disponible en: <<http://www.psoe.es/programa-electoral/renovacion-democratica/reforma-de-los-partidos-politicos/>>. Anteriormente, en el año 2001, se había planteado una propuesta similar en el Parlamento de Andalucía, por parte del Grupo Parlamentario Socialista instado al gobierno a presentar un proyecto de ley de modificación de la Ley Electoral para incentivar, a través de los mecanismos de la financiación electoral, la democracia paritaria en las elecciones, propiciando que ninguno de los sexos alcance una representación superior al 60% (Proposición no de Ley, 6-01/PNLP-000050, de 28 de junio de 2001, BOPA núm. 57).

### 3 EL SISTEMA ESPAÑOL DE FINANCIACIÓN DE PARTIDOS

España se alinea entre los países europeos que, de manera generalizada a partir de la segunda posguerra, asumen una parte importante de la financiación de los partidos políticos, de forma coherente con el reconocimiento constitucional del papel desempeñado por éstos en el funcionamiento del sistema democrático, al concurrir a la formación de la voluntad política del pueblo. Y es que, como desde un principio dijera Kelsen, si no es a través de estos intermediarios entre la sociedad y el Estado difícilmente puede hacerse efectivo el principio de que los poderes emanan del pueblo (KELSEN, 1977).

De este modo, los recursos con que cuentan los partidos políticos son tanto públicos como privados, si bien los primeros constituyen, como decimos, la parte más importante. La financiación estatal, consistente, tanto en subvenciones (financiación directa) como en ventajas económicas y prestaciones materiales (financiación indirecta) se otorga a los partidos para sufragar sus gastos electorales (financiación electoral), de funcionamiento y organización (financiación ordinaria), así como los de la actividad de los grupos parlamentarios (financiación parlamentaria). Los ingresos de las formaciones políticas se completan con las donaciones de particulares y las rentas obtenidas de su propia actividad, como principales recursos privados<sup>17</sup>.

El sistema de financiación, cuya regulación básica se encuentra recogida en la Ley Orgánica sobre Financiación de los Partidos Políticos<sup>18</sup> y en la LOREG<sup>19</sup>, se inspira en los principios de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico<sup>20</sup>. En efecto, no hay que olvidar que la finalidad última por la que se constituyen los partidos es la de alcanzar el poder a través de las elecciones<sup>21</sup>; elecciones que sólo serán *justas* si se garantiza la *igualdad* de oportunidades de las formaciones políticas que concurren, como se desprende de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución. Si, como se ha dicho, “la

<sup>17</sup> Vid. Holgado González, 2003.

<sup>18</sup> LO 8/2007, de 2 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos (LOFPP), modificada por la LO 5/2012, de 22 de octubre.

<sup>19</sup> LO 5/1985, de 19 de junio. A ella se remite el artículo 2.1.a) LOFPP.

<sup>20</sup> Artículo 1.1 CE.

<sup>21</sup> Es lo que diferencia a los partidos de otras organizaciones sociales, *vid.* Panebianco, 1995, p. 34.

democracia no tiene precio pero las condiciones de su funcionamiento tienen un coste” (CUILLANDRE, 1995, p. 106), a nadie se oculta que, en principio, estará más cerca de ganar el partido con mayores recursos económicos. Por ello, el Estado adopta medidas positivas y negativas a fin de hacer efectiva la igualdad de oportunidades de las diferentes formaciones que compiten en la contienda electoral. Entre las primeras, la de subvencionar la actividad de campaña de los partidos y la de conceder espacios gratuitos en los medios de comunicación públicos<sup>22</sup>. Entre las segundas, la de limitar el gasto electoral<sup>23</sup>, de suerte que los partidos económicamente fuertes no coloquen al resto en una clara posición de desventaja, la de prohibir la publicidad televisiva en las antenas privadas<sup>24</sup> y, por último, la de restringir las contribuciones privadas<sup>25</sup>. Y no sólo está legitimado para hacerlo, sino que además es un deber del Estado, que ha de velar por la recta celebración de las elecciones, momento en el que se expresa, más que en ningún otro, el *pluralismo político* (PORTERO MOLINA, 1991, p. 113)<sup>26</sup>. Pluralismo político que se garantiza asegurando, sobre todo, la participación de todos los partidos en el proceso de formación y manifestación de la voluntad popular.

Para sufragar estos gastos electorales, el Estado otorga una cantidad por cada voto y otra por cada escaño a los partidos que obtengan representación, cantidades que varían según se trate de elecciones parlamentarias, municipales o europeas y que son actualizadas antes de la celebración de los comicios. Este mismo criterio del voto-escaño ha sido acogido por las distintas Comunidades Autónomas en su legislación electoral<sup>27</sup>.

Pero los partidos políticos no son formaciones que emerjan únicamente en los momentos previos a las elecciones, no se reducen a simples máquinas

<sup>22</sup> La cesión de espacios gratuitos se contempla en los artículos 64 y 188 LOREG.

<sup>23</sup> Artículos 55.3, 175.2, 193.2 y 227.2 LOREG.

<sup>24</sup> Ley Orgánica 2/1988, de 3 de mayo, reguladora de la publicidad electoral en las emisoras de televisión privada, vigente hasta el 30 de enero de 2011 y derogada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifican distintos aspectos de la LOREG aunque se mantiene el principal contenido de la misma. *Vid.* también, la LO 10/1991, de 8 de abril, de Publicidad Electoral en Emisoras Municipales de Radiodifusión Privada y LO 14/1995, de 22 de diciembre, de Publicidad Electoral en Emisoras de Televisión Local por Ondas Terrestres.

<sup>25</sup> Artículo 129 LOREG.

<sup>26</sup> Sobre la regulación en España del papel de los medios de comunicación durante la campaña electoral, *vid.* Holgado González, 2015, p. 11-32.

<sup>27</sup> *Vid.* Pajares Montolío, 1998, y, más recientemente, del mismo autor, “La financiación y la campaña electoral en los regímenes electorales autonómicos”, 2004, p. 239-268.

electorales, sino que, como ha dicho el Tribunal Constitucional, son “instrumento de una participación en la gestión y control del Estado que no se agota en los procesos electorales”<sup>28</sup>. Los partidos desarrollan una actividad política continua, desempeñando funciones de información, educación y articulación de la multitud que hacen posible la idea de democracia como permanente presencia del pueblo más allá de la simple función designadora del personal político. Canalizan los intereses de los distintos sectores sociales y actúan, de este modo, como “plataformas de acción política e ideológica” (DE VEGA, 1993, p. 156). Por ello, las ayudas públicas dirigidas a su funcionamiento ordinario y al mantenimiento de su organización se legitiman constitucionalmente en un Estado social de Derecho, que interviene en aquellos aspectos de la estructura económica o industrial que, siendo básicos, la iniciativa privada no ha llegado a sostener y han de ser financiados por el Estado (DEL CASTILLO, 1985, p. 196). Y precisamente la financiación pública de la actividad ordinaria de los partidos es uno de los rasgos más definitorios del derecho de partidos en Europa, frente al modelo norteamericano que únicamente sufraga las campañas electorales (BLANCO VALDÉS, 1995, p. 36-44).

Además, con esta financiación estatal se persigue servir de apoyo a la independencia de los partidos, evitar que los mismos, en la búsqueda de recursos para su subsistencia y mantenimiento, se vean atados a los intereses privados de grupos socioeconómicos o centros de poder que pudieran ejercer una presión corporativa no deseada sobre ellos. Se trata, en suma, de garantizar que su creación y el ejercicio de su actividad sean verdaderamente *libres*, como establece el artículo 6 de la Constitución. Esta misma idea es la que da lugar a las limitaciones y a la necesaria publicidad a que deben someterse las donaciones y contribuciones privadas<sup>29</sup>.

El Estado consigna anualmente una partida en los Presupuestos Generales destinada a la financiación de partidos, que se distribuye entre las formaciones políticas del siguiente modo: un tercio se reparte proporcionalmente entre todos los partidos representados en el Congreso de los Diputados en función del número de escaños, según los resultados de las últimas elecciones; los dos restantes se

<sup>28</sup> STC 56/1995, de 6 de marzo, FJ. 3º a).

<sup>29</sup> Artículo 5 LOFPF.

distribuyen entre los mismos partidos de acuerdo con el número de votos obtenidos en dichas elecciones<sup>30</sup>.

Por último, a través de las subvenciones a los grupos parlamentarios, que no dejan de ser sino la cobertura parlamentaria de los partidos (TORRES DEL MORAL, 1991), las formaciones políticas obtienen una nueva fuente de financiación<sup>31</sup>. No hay que olvidar que los partidos “concurren a la formación de la voluntad popular” a través de su acción política, ya sea de gobierno, ya de oposición, en los órganos del Estado y, más concretamente, en los grupos parlamentarios. La justificación de esta financiación, que toma la forma de subvenciones, pero también de prestaciones en especie, ha sido defendida por el propio Tribunal Constitucional, para quien resulta evidente que la finalidad de la misma “no es otra que la de facilitar la participación de sus miembros en el ejercicio de las funciones institucionales de la Cámara a la que pertenecen, para lo cual se dota a los Grupos en que los Diputados, por imperativo reglamentario, han de integrarse, de los recursos económicos necesarios”<sup>32</sup>.

A tal fin los grupos parlamentarios perciben subvenciones anuales que se regulan en los reglamentos del Congreso y del Senado y que proceden del presupuesto de dichas Cámaras, siendo cada Mesa la encargada de fijar las cantidades. Cada grupo parlamentario recibe una subvención fija, que es idéntica para todos ellos, y otra cantidad variable en función del número de escaños con que cuenta cada formación parlamentaria<sup>33</sup>. A su vez, las Comunidades Autónomas, en los Reglamentos de las respectivas Asambleas Legislativas, han seguido el mismo criterio.

Desde luego, de nada sirve establecer límites a los gastos electorales o condiciones a la financiación privada de los partidos si no se dota al sistema de instrumentos de control adecuados. Precisamente una de las principales deficiencias que puede achacarse al actual sistema de financiación es la insuficiente regulación de su control; muestra de ello son los persistentes casos de corrupción, así como el retraso con que presenta sus informes el Tribunal de Cuentas, órgano principal en el que radica esta función. La falta de transparencia de los partidos, la escasez de medios del Tribunal de Cuentas o la indeterminación de las sanciones son aspectos

<sup>30</sup> Art. 3.2 LOFPP.

<sup>31</sup> Artículo 2.1.e) LOFPP.

<sup>32</sup> STC 214/1990, de 20 de diciembre, FJ. 7º.

<sup>33</sup> Artículos 28.1 del Reglamento del Congreso y 34 del Reglamento del Senado.

sobre los que hay que actuar y, en este sentido ha tratado de incidir la última reforma de la ley de financiación<sup>34</sup>, aunque se podría avanzar siguiendo el ejemplo alemán al exigir la previa auditoría de las cuentas<sup>35</sup>, o con sanciones más intimidatorias como en Francia, donde el incumplimiento grave de la ley se castiga con la declaración de inelegibilidad del candidato<sup>36</sup>.

Del mismo modo, desde la doctrina se viene acusando a esta regulación de contribuir a la “congelación” del sistema de partidos a través de unos criterios de reparto de las subvenciones electorales que no hacen sino distanciar aún más a los partidos parlamentarios de los extraparlamentarios, erosionando el pluralismo político. Convendría pues adoptar el criterio exclusivo del voto, en lugar del criterio mixto (voto-escaño) que hoy se aplica, y acabar asimismo con la discriminación entre partidos mayoritarios y minoritarios, pues carece de sentido premiar dos veces a aquéllos que ya han sido suficientemente favorecidos por la ley D'Hondt en el reparto de escaños (BLANCO VALDÉS, 1995).

Por otro lado, es ya una opinión generalizada la de que hay que dar un paso más a favor de la financiación privada fuera de los períodos electorales, ante el riesgo de la progresiva “estatalización” (KLAUS VON BEYME, 1995, p. 164) de los partidos políticos. Como ha dicho Böckenförde, “haciendo depender a los partidos exclusivamente de la autofinanciación se les condena en la práctica a caer en manos de, como suele decirse, los círculos capitalistas. Y eso no es, evidentemente, compatible con la formación democrática de la voluntad política. Si, por el contrario, es el Estado el que asume globalmente el problema de la financiación, se le pone a los partidos un lecho mullido que refuerza el desarrollo de las tendencias oligárquicas en el seno de los mismos”<sup>37</sup>. A tal fin sería recomendable la adopción de medidas que estimulen las donaciones privadas, como las desgravaciones fiscales, o el hacer depender la financiación pública del número de aportaciones percibidas, recompensando así a los partidos con un mayor respaldo ciudadano. Ahora bien, está claro que la participación económica a estimular habría de ser la del ciudadano

<sup>34</sup> LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos (que modifica la LO 8/2007 de Financiación de Partidos Políticos).

<sup>35</sup> Artículos 29 a 31 de la Ley de Partidos, de 24 de julio de 1967.

<sup>36</sup> Artículo 11-17 del Código Electoral, introducido por la Ley ordinaria nº 95-65, de 19 de enero de 1995, sobre financiación de la vida política.

<sup>37</sup> *Vid.* Entrevista al Prof. E. W. Böckenförde, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 1995, p. 19.

medio (militante, simpatizante o elector), porque de lo que se trata es de que los partidos se nutran de muchas y pequeñas aportaciones, no de las donaciones de grupos económicos que no son representativos de la sociedad y hasta pueden crear una relación de dependencia, sin duda, contraproducente.

Finalmente, por lo que respecta a la práctica consistente en desviar parte de las subvenciones destinadas a los grupos parlamentarios a la caja del partido, validada expresamente en la ley de financiación, no es sino una consecuencia de la relación de dependencia entre el grupo y el partido bajo cuyas siglas han sido elegidos los miembros de aquél. Al respecto, lo único que cabría sugerir es que ese traspaso se llevase a cabo con absoluta transparencia, haciéndose constar en la contabilidad que los partidos presentan ante el Tribunal de Cuentas.

Éste es el sistema de financiación vigente en España y que, sin duda, como se ha tratado de poner de manifiesto, es susceptible de ser mejorado. La utilización de la financiación pública como medida para lograr que los partidos presenten listas electorales en las que la proporción de los candidatos de ambos sexos sea equilibrada o se corresponda con las exigencias de una democracia paritaria, podría adoptar dos modalidades: una acción *positiva*, en el sentido de “incentivar” premiando con una mayor financiación a aquellos partidos que cumplan con ese objetivo, o una acción *negativa*, consistente en “disuadir” reduciendo la financiación pública que tendrían derecho a percibir los partidos, en el supuesto de no alcanzar dicho resultado.

Como se ha señalado al principio, una propuesta en tal sentido fue planteada en el Parlamento de Andalucía, con la finalidad de reformar la Ley Electoral Andaluza y hacer depender el reparto de los recursos públicos entre los partidos políticos de la participación equilibrada de hombres y mujeres en los cargos públicos electos. Tal propuesta sirvió para abrir un debate que culminaría finalmente con la aprobación de una reforma electoral más ambiciosa, que obligaría a las formaciones políticas a presentar candidaturas en forma de “listas cremalleras”, esto es, listas en las que se alternan hombres y mujeres, ocupando los de un sexo los puestos impares y los del otro los pares<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> Ley 5/2005, de 8 de abril. Contra esta ley presentaron recurso de inconstitucionalidad más de cincuenta diputados del PP en el Congreso, sin embargo el Tribunal Constitucional declaró su constitucionalidad en la STC 40/2011, de 31 de marzo.

## 4 PRINCIPIO DE IGUALDAD Y ACCESO A LOS CARGOS PÚBLICOS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

Antes de poder hacer ninguna consideración acerca de la legitimidad o ilegitimidad constitucional de una medida legislativa que trate de impulsar la democracia paritaria haciendo depender las ayudas públicas de los partidos de su cumplimiento, ya sea con una presentación equilibrada de candidatos electorales de ambos sexos, ya sea respetando este criterio también en el funcionamiento interno de los mismos, hay que tener presente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con dos derechos fundamentales claramente involucrados en la aplicación de medidas como la que aquí tratamos: el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo y el acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad.

### 4.1 Principio de igualdad

Lo que se tratará de demostrar en las páginas que siguen, es que cualquier medida en este sentido no constituiría, por sí misma, un atentado contra el principio de igualdad sino que precisamente es plenamente respetuoso con su contenido y trata de garantizar su realización.

Como ha afirmado el Tribunal Constitucional español, el principio de igualdad, reconocido en el artículo 14 CE, no impone de forma inexorable un idéntico tratamiento a todas las situaciones de hecho: "...no quiere decir que el principio de igualdad contenido en dicho artículo implique en todos los casos un trato legal igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica"<sup>39</sup>.

Sino que lo que viene a significar este principio es "que a los supuestos de hecho iguales han de serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también"<sup>40</sup>. Por tanto, *a sensu contrario*, el legislador se encuentra habilitado para dispensar un tratamiento diferenciado cuando las situaciones de hecho no revistan las mismas características. Es más, no sólo sería posible que el Estado distinguiese allí donde la realidad no es idéntica, sino que es un auténtico deber, en

<sup>39</sup> STC 22/1981, de 2 de julio, FJ. 3º.

<sup>40</sup> STC 49/1982, de 14 de julio, FJ. 2º.

un Estado social de derecho, que los poderes públicos actúen removiendo los obstáculos que impiden la igualdad real y efectiva y para ello tomen en consideración dichas diferencias fácticas y, en consecuencia, otorguen un diverso trato a quienes se encuentren en una situación de partida desventajosa:

...no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad, a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva<sup>41</sup>.

No obstante, el legislador no es absolutamente libre para otorgar ese tratamiento diferenciado. El Tribunal sí deja, con carácter general, en manos de éste, “la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente”<sup>42</sup>, pero habrá en todo caso de ajustar su actuación al cumplimiento de ciertos requisitos. En primer lugar, para que las diferenciaciones establecidas en la norma no puedan considerarse discriminatorias el legislador ha de perseguir con ellas un fin constitucionalmente válido:

...resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada<sup>43</sup>.

En segundo lugar, dicha diferenciación ha de ser necesaria y adecuada a la finalidad que se persigue: “...requiere que exista coherencia entre las medidas adoptadas y el fin perseguido y, especialmente, que la delimitación concreta del grupo o categoría así diferenciada se articule en términos adecuados a dicha finalidad”<sup>44</sup>.

Y, por último, ha de existir una debida proporcionalidad entre el citado fin y las consecuencias que se derivan del desigual trato que se dispensa: “...debiendo estar presente, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> STC 34/1981, de 10 de noviembre, FJ. 3º b).

<sup>42</sup> STC 75/83, FJ. 2º.

<sup>43</sup> *Ibíd.*

<sup>44</sup> STC 158/1993, de 6 de mayo, FJ. 2º.

<sup>45</sup> *Ibíd.*

Desde luego tampoco es posible que el legislador “otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser tomadas nunca en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”<sup>46</sup>.

Dicho lo anterior, y en relación con los motivos de discriminación explícitamente prohibidos en el artículo 14, el Tribunal aclara que no cabe escudarse en la discriminación por razón de sexo vedada expresamente por la Constitución para deslegitimar cualquier diferenciación normativa. Y ello porque lo que ha pretendido el constituyente al recoger estos supuestos de discriminación es precisamente evitar el mantenimiento de ciertas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a determinados grupos de ciudadanos, en este caso a la población femenina, en una clara situación de inferioridad con respecto al resto de la población:

...la expresada exclusión de la discriminación por razón de sexo halla su razón de ser como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 C.E., y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que en la vida social y jurídica se había colocado a la población femenina<sup>47</sup>.

Por todo ello, aquellas medidas que persigan esa misma voluntad de compensar o suavizar la desigual situación de partida de la mujer en muchos sectores de la esfera social y política, en los que tradicionalmente ha encontrado dificultades para acceder y participar, aunque originen un trato diferenciado, es decir, más favorable, no son contrarias al principio de igualdad:

...no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social<sup>48</sup>.

Por todo ello, nada habría que objetar, desde el punto de vista del principio de igualdad, a una medida como la que comentamos, puesto que podría encajar

<sup>46</sup> STC 144/1988, FJ. 1º.

<sup>47</sup> STC 166/1988, FJ. 2º, de 26 de septiembre.

<sup>48</sup> STC 19/1989, FJ. 4º, de 31 de enero. En el mismo sentido, SSTC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ. 3º, y 28/1992, de 9 de marzo, FJ. 3º.

perfectamente en aquellas acciones positivas de los poderes públicos, más concretamente del legislador, a través de las cuales tratan de lograr, como exige el artículo 9.2 CE, la igualdad real y efectiva de los hombres y las mujeres, entre otros aspectos, en la participación política<sup>49</sup>. La consideración del sexo como elemento a tener presente a la hora de distribuir la financiación pública entre los partidos no podría ser tachada sin más de discriminatoria, por el simple hecho de ser uno de los criterios expresamente vedados por la Constitución, ya que según la doctrina constitucional, la finalidad de tal prohibición es precisamente la impedir perpetuar la situación de desventaja de la que tradicionalmente ha sido víctima la mujer y no la de vetar cualquier acción de favorecimiento que trate de compensar la desigualdad sustancial en que se encuentra. A nadie se le oculta que la participación de las mujeres en la vida política es considerablemente menor que la de los hombres, no hay más que observar las tasas de militancia de los partidos, la escasa cifra de mujeres que ocupan puestos de dirección en los partidos y su inferior representación en los cargos públicos, que no guardan proporción con el número de mujeres que integran el cuerpo electoral:

No cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios, por lo que la interdicción de la discriminación implica también, en conexión con el artículo 9.2 CE, la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad objetiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de 'un derecho desigual desigualatorio', es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer (STC 128/1987 y 19/1989). Se justifican así constitucionalmente medidas a favor de la mujer que están destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (...)<sup>50</sup>.

Dicho esto, no parece que puedan existir razones para estimar la inconstitucionalidad de esta medida. En primer lugar, porque existe un fin constitucionalmente legítimo, como es el de lograr una mayor participación de las mujeres en la política y, en concreto, en los cargos públicos representativos. En segundo lugar porque la medida resulta adecuada y proporcionada al fin que se

<sup>49</sup> Vid. Balaguer Callejón, 2000.

<sup>50</sup> STC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ. 2º.

persigue, ya que introduciendo este criterio en el sistema de financiación electoral se puede lograr que los partidos políticos presenten unas listas electorales que permitan que finalmente el parlamento sea un reflejo más fiel del cuerpo electoral, sin que con ello se origine ningún perjuicio mayor al beneficio obtenido con dicha medida.

Tampoco hay que olvidar que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, no estamos ante cualquier cualidad diferenciadora, sino que “el sexo es un criterio natural y universal”, el único (a diferencia de la edad, la raza, la lengua...) “que divide a la humanidad en dos”; por lo que no valdría argumentar que con la promoción o imposición, en su caso, de listas paritarias se esté compartimentando el cuerpo electoral ni diluyendo el interés general en intereses parciales o por categorías<sup>51</sup>.

#### 4.2 Derecho a acceder a los cargos públicos

Tampoco parece que quepa calificar esta medida de contraria al derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad, reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución. No estamos ante un derecho fundamental que no admita un trato legal diferenciado, sino que, por el contrario, este derecho de configuración legal, “como de forma inequívoca expresa el último inciso del precepto”<sup>52</sup> (“con los requisitos que señalen las leyes”), puede ser regulado de tal modo que su ejercicio se someta a los condicionamientos que el legislador estime oportunos, siempre que, siguiendo la doctrina constitucional en materia de igualdad anteriormente expuesta, se persiga con ello un fin legítimo, la diferenciación sea racional y, además, proporcionada. Por todo ello, la consideración del sexo en la regulación normativa del sufragio pasivo no supone, de entrada, una discriminación prohibida por la Constitución: “a efectos del ejercicio del sufragio pasivo (...) las singularizaciones normativas no merecen tal reproche cuando muestran un fundamento razonable, atendiendo al criterio adoptado para la diferenciación y la finalidad perseguida”<sup>53</sup>.

Si el legislador pretende estimular la presencia de las mujeres en las listas electorales de los partidos, y, a sabiendas de que son éstos quienes toman la última

<sup>51</sup> STC 12/2008, de 29 de enero, FJ. 10º.

<sup>52</sup> STC 161/1988, FJ. 6º, de 20 de septiembre.

<sup>53</sup> STC 60/1987, de 20 de mayo, FJ. 2º.

decisión a la hora de configurarlas, decide para ello conceder una mayor financiación a las formaciones que persigan este objetivo o reducirla cuando no se atengan al mismo, estaría ejerciendo legítimamente las facultades que la Constitución le otorga para promover la igualdad material. Y no se estaría con ello vulnerando el derecho de sufragio pasivo de quienes no aparecen como candidatos en ninguna lista, sino todo lo más, frustrando meras expectativas de aquellos que pretendiesen llegar a serlo.

A mayor abundamiento, cuando de lo que se trata es de lograr un resultado efectivamente paritario, es decir, que mujeres y hombres accedan efectivamente en igualdad de condiciones y puedan representar a sus conciudadanos en los cargos públicos a partes iguales, del mismo modo que éstos integran la sociedad, no puede argumentarse contra esta medida en términos de discriminación por razón de sexo. Efectivamente, no estaríamos ni tan siquiera ante un tratamiento diferenciado para un género concreto (el femenino, en este caso), sino que lo que persigue con esta normativa es precisamente que ninguno de los géneros se distinga numéricamente en el momento de configurar las listas de candidatos. Es decir, que los candidatos de uno y otro sexo alcancen al menos el 40% y no superen el 60% del total. Estaríamos ante lo que el Tribunal Constitucional ha denominado un mandato bidireccional, dirigido a ambos sexos por igual (a diferencia de otras medidas, como las cuotas, que establecen una discriminación inversa o compensatoria favoreciendo a un sexo sobre el otro)<sup>54</sup>. Adviértase además que no se impediría con ello a los varones alcanzar el porcentaje de representación correspondiente a su presencia en el cuerpo electoral<sup>55</sup>.

Tampoco hay que olvidar que los destinatarios de esta medida serían los partidos políticos, a los que el Tribunal Constitucional no les reconoce la titularidad del derecho de sufragio pasivo, por más que puedan tener un interés legítimo suficiente en que se respeten las adecuadas condiciones para su ejercicio:

...conforme a la doctrina de este Tribunal, los titulares del derecho al acceso en condiciones de igualdad a los cargos representativos y con los requisitos que señale las leyes (...) son los ciudadanos, por mandato de dicho precepto, y no los partidos políticos<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> STC 12/2008, de 29 de enero, FJ. 3º.

<sup>55</sup> Teniendo en cuenta que las mujeres sobrepasan el 50% del cuerpo electoral, los varones quedarían sobrerrepresentados incluso en una regulación que impusiese listas electorales rigurosamente paritarias.

<sup>56</sup> STC 36/1990, de 1 de marzo, FJ. 1º.

Al fin y al cabo, tratándose de la financiación pública de los partidos políticos, ya sea en su actividad electoral u ordinaria, no nos encontramos ante un derecho constitucional de los mismos a obtener ayudas del Estado. Es cierto que, como hemos señalado anteriormente, la constitucionalización de los partidos y la adopción de un sistema de financiación público de los mismos fueron simultáneas en la Europa de la segunda posguerra. Sin embargo, la financiación estatal no se encuentra constitucionalizada en nuestro país, a pesar de algún intento durante los debates constituyentes<sup>57</sup>. Por tanto, el legislador goza de libertad a la hora de configurar los criterios para la concesión y el reparto de las ayudas públicas sin más límite que el de no establecer discriminaciones arbitrarias o irrazonables entre las formaciones políticas.

Y del mismo modo que, por ejemplo, excluye de las subvenciones a los partidos extraparlamentarios, no hay razón para que no pueda tomar en consideración la conducta de los partidos en favor de la equiparación entre hombres y mujeres en las listas electorales. No en vano, los partidos han de asumir limitaciones que no soportan el resto de asociaciones precisamente por la relevancia constitucional de las funciones que realizan (contribuir a la formación de la voluntad popular y expresar el pluralismo político); del mismo modo que también se benefician de prestaciones y privilegios que el Estado les brida y el resto de asociaciones no tienen (financiación, acceso a los medios de comunicación de titularidad pública, etc.).

Tal medida, por lo demás, se ajustaría a las que exigencias del Tribunal Constitucional para no ser considerada discriminatoria: fin constitucionalmente legítimo y proporcionalidad de la medida (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)

El fin, que es el de asegurar una representación parlamentaria más equilibrada entre hombres y mujeres, es desde luego constitucionalmente válido, además de un objetivo al que nuestro país se ha comprometido en diferentes instrumentos internacionales, y como Estado integrado en la Unión Europea.

La medida es adecuada para alcanzar la finalidad pretendida, de hecho, como hacíamos referencia al principio, son generalmente calificadas de idóneas y

<sup>57</sup> Enmienda nº 457, presentada por el Grupo Mixto al texto elaborado por la Ponencia (Anteproyecto de 5 de enero de 1978). *Vid. Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Servicio de Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, tomo I, pp. 316, 507.

efectivas las iniciativas que alienten a los partidos a incorporar mujeres a las listas electorales<sup>58</sup>.

Asimismo la medida es proporcionada, puesto que no da lugar a un sacrificio excesivo de derechos, expectativas o intereses en relación con el beneficio del resultado que con él puede alcanzarse. La pérdida de parte de las ayudas públicas o la no obtención de una mayor financiación no constituyen un sacrificio desmesurado o irrazonable para los partidos que no encaucen su comportamiento a la consecución de la igualdad de hombres y mujeres.

A continuación vamos a acercarnos a dos países que han tratado de llevar más lejos aún el propósito de la participación equilibrada de los sexos en los cargos representativos. En efecto, tanto en Francia como en Italia se ha dado un paso más hacia la consecución de una democracia realmente igualitaria, a través de la no menos discutida medida consistente en imponer por ley unas listas electorales en las que la participación femenina supere un determinado porcentaje. No obstante, como veremos seguidamente, la opción del legislador de establecer cuotas femeninas o de imponer unas listas en las que ambos sexos alcancen el 50% ha sido valorada de modo radicalmente opuesto por sus respectivos Tribunales Constitucionales.

## 5 ITALIA: INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS CUOTAS PARITARIAS

El legislador italiano estableció en 1993 un régimen de cuotas en las listas electorales a los comicios municipales, según el cual ninguno de los dos sexos podía estar normalmente representado en medida superior a los dos tercios<sup>59</sup>. Esta norma no se completaba con ninguna medida relacionada con la financiación de los partidos, en el sentido de hacer depender las ayudas públicas que éstos perciben del grado de cumplimiento de las cuotas. Ello se debe a que en ese mismo año el pueblo consultado en referéndum rechazó de forma contundente la financiación pública de los partidos, sin duda, conmovido por los numerosos escándalos de corrupción política. El electorado se manifestó claramente a favor de derogar la ley de financiación que, desde 1974, venía concediendo subvenciones a las

<sup>58</sup> Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Pekín en 1995.

<sup>59</sup> Artículo 5.2 de la Ley 81/93, de 25 de marzo.

formaciones políticas para su mantenimiento ordinario<sup>60</sup>. A partir de entonces, la financiación estatal se vería reducida a las ayudas para sufragar los gastos electorales<sup>61</sup>.

La Corte Constitucional, consideró, no obstante, que el establecimiento obligatorio de cuotas de candidatos de uno y otro sexo, como las que recogía la ley enjuiciada, suponía una vulneración del principio de igualdad y del derecho a acceder a los cargos electivos, reconocido a “todos los ciudadanos de uno u otro sexo”.

Principio de igualdad y derecho de acceso a los cargos públicos que la Constitución italiana reconoce en los siguientes términos:

Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, de condiciones personales y sociales<sup>62</sup>.

Todos los ciudadanos de uno u otro sexo, pueden acceder a los empleos públicos y a los cargos electivos en condiciones de igualdad, conforme a los requisitos establecidos por la ley<sup>63</sup>.

Según la Corte, la Constitución italiana impone de forma expresa la regla de la “indiferencia jurídica del sexo” en el ejercicio de este derecho, de manera que aquél no pueda ser tenido en cuenta a la hora de acceder a los cargos electivos, exigiéndose una estricta igualdad:

Establecido pues que el art. 3.1 y, sobre todo, el art. 51.1 garantizan la absoluta igualdad de los dos sexos en la posibilidad de acceder a los cargos públicos electivos, en el sentido de que el pertenecer a uno u otro sexo no puede ser nunca invocado como requisito de elegibilidad y, en consecuencia, lo mismo cabe afirmar por lo que se refiere a ‘ser candidato’<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> El 90’3% de los electores se pronunciaron a favor de la abrogación de la Ley nº 195, de 2 de mayo de 1974, de Contribución del Estado a la Financiación de los Partidos Políticos. Durante los siguientes veinte años no se dio cumplimiento a la voluntad manifestada en el referéndum (de carácter consultivo). El 12 de diciembre de 2013 el Gobierno aprobó por Decreto Ley la eliminación progresiva de la financiación pública de los partidos políticos, desde una reducción inicial del 40% en 2014 hasta su total eliminación en 2017.

12 de diciembre de 2013, el Gobierno por medio de un Decreto Ley del Gobierno

<sup>61</sup> Ley de 10 de diciembre de 1993.

<sup>62</sup> Artículo 3.1 de la Constitución.

<sup>63</sup> Artículo 51.1 de la Constitución.

<sup>64</sup> Sentencia 422/95, CD. 4º.

La Corte admite que el sector femenino de la población se encuentra desfavorecido en términos de representación política, pero sin embargo considera que el establecimiento de cuotas en favor del mismo entrañaría una discriminación para quienes no lo integren, esto es, para los varones. Se apoya, sin duda, en una estricta igualdad o “paridad” meramente formal para tachar de inconstitucional tal medida:

Específicamente en el tema del electorado pasivo, la regla inderogable establecida por la propia Constituyente, con el primer apartado del art. 51, es la de la paridad absoluta, de tal modo que cualquier diferenciación en razón del sexo sólo puede ser considerada como objetivamente discriminatoria, disminuyendo para algunos ciudadanos el contenido objetivo de un derecho fundamental en favor de otros pertenecientes a un grupo que se considera desfavorecido<sup>65</sup>.

Llama, desde luego, la atención el argumento empleado por la Corte en relación con el mandato promocional que el texto constitucional italiano recoge en el precepto equivalente a nuestro artículo 9.2 CE en los siguientes términos:

Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país<sup>66</sup>.

Pues bien, según la interpretación de la Corte constitucional, los poderes públicos no pueden, por así decirlo, “imponer” la igualdad material, resultado al que, en principio, deberían encauzar su acción, sino únicamente eliminar los obstáculos que impiden su realización, dejando que ésta se alcance de modo “espontáneo”:

Medidas como las que estamos examinando no parece que sean coherentes con los fines indicados en el segundo apartado del art. 3 de la Constitución, dado que esas medidas no se proponen ‘eliminar’ los obstáculos que impiden a las mujeres alcanzar determinados resultados, sino que les atribuyen directamente esos resultados, es decir que la tan debatida diferencia de condiciones no queda eliminada, sino que vienen a constituir el único motivo que legitima una tutela preferente basada en el sexo. Pero precisamente esto, como se ha puesto en evidencia, es el tipo de resultado explícitamente excluido del ya citado art. 51 de la Constitución y acaba con crear discriminaciones actuales como remedio a discriminaciones pasadas<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Sentencia 422/95, CD. 5º.

<sup>66</sup> Artículo 3.2 de la Constitución italiana.

<sup>67</sup> Sentencia 422/95, CD. 6º.

De este modo, atribuir directamente el disfrute de un derecho como el de acceder a los cargos públicos representativos a quienes encuentran *de facto* mayores obstáculos para su ejercicio (en este caso, las mujeres), es para la Corte italiana contrario al mandato promocional de la igualdad material. Ésta es una interpretación, cuanto menos, singular. Desde luego sorprende, por lo incoherente del razonamiento, que se exija al Estado que remueva los obstáculos que dificultan el ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad y se impida, al mismo tiempo, que alcance directamente el resultado deseado. Y es que, de la lectura que hace la Corte italiana, parece que estemos no ante un mínimo que hayan cumplir los poderes públicos en favor de la igualdad material, sino ante un máximo que aquéllos puedan alcanzar con su acción. Como si su actitud ante los derechos fundamentales no pudiese ir más allá de remover los obstáculos que dificultan su disfrute por todos, cuando lo razonable desde la lógica jurídica sería pensar que si el constituyente garantiza “lo menos” -remover los obstáculos- está asimismo permitiendo que se proteja “lo más” -lograr el fin-.

Además, según esta jurisprudencia, la ley de cuotas atenta contra la finalidad de la norma constitucional recogida en el citado artículo 3, lo que desde luego no parece muy convincente, teniendo en cuenta que el objetivo de la misma, como el del artículo 9.2 CE, es garantizar la igualdad de oportunidades. Difícilmente puede una medida legislativa como la analizada contradecir la finalidad de lograr la igualdad material en el acceso a los cargos públicos cuando precisamente trata de hacer efectiva una representación más proporcionada de hombres y mujeres en los cargos públicos, garantizando el ejercicio del derecho a quienes se encuentran, de hecho, con mayores obstáculos.

Como si apreciase la insuficiencia de dicho argumento, la Corte italiana concluye el razonamiento haciendo mención al resultado discriminatorio (ha de entenderse para los varones) al que termina conduciendo la medida consistente en imponer el equilibrio de candidatos de ambos sexos en las listas electorales. Con el propósito de acabar con la tradicional discriminación del sector femenino de la población, se estaría, según la Corte, ocasionando una nueva discriminación. Como ya hemos señalado antes, no parece que las posibles expectativas frustradas de quienes ni siquiera tienen la condición de candidatos puedan ofrecer fundamento suficiente para tachar de discriminatoria o contraria al derecho de acceder a los cargos públicos una medida como la que aquí se enjuicia.

La jurisprudencia constitucional italiana ha admitido la discriminación positiva, siempre que vaya dirigida a compensar la inferioridad social en que se encuentran determinados individuos o grupos y que les impide el pleno disfrute de los derechos, en el entendido de que viene exigido por el citado artículo 3 de la Constitución. Ahora bien, lo que no cabe, a juicio de la Corte, es que tales medidas diferenciadoras afecten al contenido mismo de los derechos, “rigurosamente garantizados en igual medida a todos los ciudadanos en cuanto tales”<sup>68</sup>. Tratándose de derechos fundamentales, no es constitucionalmente legítimo, por tanto, establecer diferenciaciones normativas, ni aun cuando su fin sea el de lograr la igualdad material.

Lo que no deja tampoco de sorprender en este pronunciamiento es que la Corte ofrezca y admita la posibilidad de que sean los propios partidos políticos los que establezcan estatutariamente este tipo de cuotas: “...tales medidas, constitucionalmente ilegítimas dado que están impuestas por ley, pueden en cambio ser valoradas positivamente en el caso de ser libremente adoptadas por los partidos”<sup>69</sup>.

Porque si lo que hace inconstitucional a la ley de cuotas es la vulneración del derecho de acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad, que corresponde a los candidatos y no a los partidos, no se puede sostener que las formaciones políticas puedan tomar libremente esa decisión sin estar al mismo tiempo violando dicho derecho fundamental<sup>70</sup>. De lo contrario estaríamos negando la fuerza normativa de la Constitución y la eficacia horizontal de este derecho fundamental.

No parece que sea en absoluto trasladable a España la doctrina emanada de la Corte italiana, dada la diferente jurisprudencia constitucional que uno y otro Tribunal han dictado en materia de igualdad<sup>71</sup>. En primer lugar, porque nuestro texto constitucional no reconoce exactamente en los mismos términos el derecho de acceso a los cargos públicos. El artículo 23.2 CE se refiere a los ciudadanos, sin hacer mención expresa al sexo, es decir, sin añadir “de uno y otro sexo” como sí hace la italiana. Pero, sobre todo, porque más allá del tenor literal, hay que tener

<sup>68</sup> Sentencia 422/95, CD. 6º.

<sup>69</sup> Sentencia 422/95, CD. 7º.

<sup>70</sup> Esta incoherencia ha sido señalada por Martínez Sospedra, 2000, p. 119.

<sup>71</sup> En el mismo sentido se pronuncia Martínez Sospedra, 2000, p. 118-119.

presente que el Tribunal Constitucional español no viene realizando una interpretación tan formalista como la Corte italiana de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución. El que ambas Constituciones reconozcan el acceso a los cargos públicos “en condiciones de igualdad” no tiene por qué llevar a la misma conclusión en la valoración de una ley de cuotas o de representación paritaria. Todo depende, como hemos tenido oportunidad de comprobar, del significado que para la jurisprudencia constitucional tengan el principio de igualdad y el mandato promocional contenido en la Constitución.

En este sentido, en España el Tribunal Constitucional ha considerado legítima la acción del legislador dirigida a lograr la igualdad de oportunidades de las mujeres en aquellos sectores en los que se ha encontrado tradicionalmente discriminada, descartando la rigurosa aplicación de la igualdad de trato en materia de derechos fundamentales. Y así, acogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>72</sup>, ha admitido la llamada “discriminación positiva” cuando exista una justificación razonable y la medida sea necesaria y proporcionada. Por todo ello, difícilmente podría nuestro Tribunal Constitucional hacer suya la doctrina italiana de la “indiferencia jurídica del sexo”. De hecho, ha considerado “que los partidos políticos coadyuvan por imperativo legal a la realización de un objetivo previsto inequívocamente en el artículo 9.2 CE no es cuestión que pueda suscitar reparos de legitimidad constitucional”<sup>73</sup>.

Asimismo, la interpretación que hace la Corte en relación con el mandato promocional de la igualdad sería poco acorde con la jurisprudencia sostenida por el Tribunal Constitucional en España acerca de la doble naturaleza, no sólo subjetiva sino también objetiva, de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales, como “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional”<sup>74</sup>, constituyen mandatos de acción dirigidos a los poderes públicos, esto es, demandan políticas activas a favor de su plena realización. Por ello, no cabría entender, como hace la jurisprudencia italiana, que el artículo 9.2 CE impida a los poderes públicos actuar en el sentido de hacer posible el pleno disfrute del derecho de acceder a los cargos públicos por parte de las mujeres, porque, de hecho,

<sup>72</sup> Sentencias del TEDH de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975.

<sup>73</sup> STC 12/2008, de 29 de enero, FJ. 5º.

<sup>74</sup> STC 25/1981, de 25 de febrero.

estaríamos ante el cumplimiento del deber no sólo de remover los obstáculos que lo dificultan, sino, como dice expresamente la Constitución española, de “promover las condiciones” para que la igualdad en el ejercicio de este derecho sea real y efectiva.

## 6 FRANCIA: REFORMA CONSTITUCIONAL PARA GARANTIZAR LA PARIDAD

En Francia se avanzó aún más en el plano normativo hacia la plena integración de las mujeres en la vida política, al establecer como objetivo final la consecución de la democracia paritaria en todos los niveles de la representación política. Y esa decisión fue expresada, además, bajo la forma de voluntad constituyente, con la reforma constitucional de 8 de julio de 1999, que introdujo los siguientes incisos:

La ley favorecerá la igualdad entre mujeres y hombres para acceder a los mandatos electorales y cargos electivos<sup>75</sup>.  
Los partidos y las agrupaciones políticas (...) contribuirán a la aplicación del principio enunciado (...)<sup>76</sup>.

Un año más tarde, el legislador daría cumplimiento a dicho mandato constitucional, aprobando la Ley tendente a favorecer el igual acceso a mujeres y hombres a los mandatos electorales y funciones electivas, que vendría a introducir una serie de modificaciones en la legislación electoral y de financiación de partidos<sup>77</sup>. El Consejo Constitucional, en la resolución del recurso planteado contra dicha ley por sesenta senadores, no apreció motivos de inconstitucionalidad en ella y, por tanto, consideró perfectamente legítima la medida de imponer el 50% de candidatos de ambos sexos en las listas electorales.

Entendió el Consejo Constitucional que, lejos de vulnerar ningún precepto constitucional, estamos ante una legítima medida adoptada por el legislador para hacer efectiva la igualdad material de hombres y mujeres a la hora de acceder a los cargos públicos representativos, tal y como exige la Constitución después de su reforma. Considera que, a partir de ésta última, quedan derogadas las exigencias

<sup>75</sup> Artículo 3 de la Constitución francesa, tras la reforma del 8 de julio de 1999.

<sup>76</sup> Artículo 4 de la Constitución, también reformado el 8 de julio de 1999.

<sup>77</sup> Ley nº 2000-493, de 6 de junio de 2000.

constitucionales en las que había fundamentado la prohibición de tener en cuenta el criterio del sexo en la regulación de las candidaturas. No hay que pasar por alto que, con anterioridad a la reforma constitucional de 1999, el Consejo rechazó en dos ocasiones la constitucionalidad de leyes que impusiesen un porcentaje equilibrado de ambos sexos en las listas electorales:

En un primer momento, en relación con las elecciones municipales, declaró inconstitucional el precepto de la ley de 1982 que establecía que las listas de candidatos no podían contener más del 75% de personas del mismo sexo<sup>78</sup>. El argumento principal en que fundamentaba su decisión venía a sostener que la soberanía nacional pertenece al pueblo, según el artículo 3 de la Constitución, y ninguna sección del pueblo ni ningún individuo puede, por tanto, atribuirse su ejercicio, siendo contraria a dicho artículo la distinción de los candidatos en razón del sexo<sup>79</sup>.

Posteriormente, se pronunció, por segunda vez y en relación con las elecciones regionales, declarando inconstitucional la obligación legal de presentar listas que respetasen la paridad entre candidatos femeninos y masculinos<sup>80</sup>. Considera nuevamente el Consejo Constitucional que tal medida era contraria al artículo 3 de la Constitución y al artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

...la cualidad de ciudadano da origen al derecho de voto y elegibilidad en condiciones idénticas a todos los que no están excluidos por razón de la edad, incapacidad o nacionalidad, ni por razón tendente a preservar la libertad del elector o independencia del elegido, sin que pueda operar ninguna distinción entre electores o elegibles en razón del sexo<sup>81</sup>.

Sin embargo, tras la reforma constitucional, el Consejo vendrá a concluir que de los debates parlamentarios que precedieron aquélla se desprende claramente que el establecimiento de normas que impongan la democracia paritaria no hace sino responder a la voluntad constituyente recientemente manifestada:

El constituyente ha querido permitir al legislador instaurar cualquier dispositivo tendente a hacer efectivo el igual acceso de las mujeres y los

<sup>78</sup> Modificando el artículo L 260 bis del Código Electoral.

<sup>79</sup> Decisión nº 82-146 DC, de 18 de noviembre de 1982.

<sup>80</sup> Modificando el artículo L 346 del Código Electoral.

<sup>81</sup> Decisión nº 98-407 DC, de 14 de enero de 1999.

hombres a los mandatos electorales y funciones electivas; desde ahora es lícito que el legislador adopte disposiciones a este fin, revistan éstas un carácter ya incitador o de impulso, ya represor<sup>82</sup>.

Y el legislador es libre a la hora de perseguir el fin constitucionalmente manifestado de lograr la equiparación de mujeres y hombres en la representación política, pudiendo optar entre el estímulo o la restricción, puesto que la Constitución no establece límites en ese sentido:

Las disposiciones de la ley recurrida que fijan reglas obligatorias relativas a la presencia de candidatos de cada sexo en la composición de las listas de candidatos a las elecciones de escrutinio proporcional entran en el campo de medidas que el legislador puede a partir de ahora adoptar en aplicación de las nuevas disposiciones del artículo 3 de la Constitución; por tanto, no desconocen ninguna de las reglas ni principios constitucionales<sup>83</sup>.

La citada ley francesa establece que, en cada una de las listas electorales, la distancia entre el número de candidatos de cada sexo no puede ser superior a uno. Para todas las elecciones con escrutinio de lista<sup>84</sup> impone, por tanto, el 50% de candidatos de cada sexo. Tratándose de las elecciones senatoriales y europeas obliga a la alternancia, un hombre/una mujer o una mujer/un hombre, desde el principio hasta el final de la lista (lista cremallera)<sup>85</sup>. Siendo elecciones municipales, la paridad deberá ser respetada por grupos de seis candidatos (por ejemplo, los seis primeros candidatos habrán de ser tres hombres y tres mujeres, cualquiera que sea el orden de los mismos)<sup>86</sup>.

Junto al establecimiento de estas medidas, la citada ley prevé la reducción de la financiación pública a los partidos que no presenten el 50% de candidatos de cada sexo, disminución que se hará en porcentaje igual a la mitad de la distancia existente<sup>87</sup>.

<sup>82</sup> Decisión nº 2000-429 DC, de 30 de mayo de 2000.

<sup>83</sup> *Ibíd.*

<sup>84</sup> No se aplica a la Asamblea Nacional, porque su sistema electoral no es de listas sino uninominal mayoritario de dos vueltas. Precisamente, llama la atención que en un nivel tan importante de representación (como es el Parlamento) donde no ha podido implantarse esta medida, Francia se encuentre tan lejos del objetivo de la democracia paritaria, puesto que sólo cuenta con un 26.2% de mujeres.

<sup>85</sup> Artículos 3 y 7 de la Ley nº 2000-493, de 6 de junio de 2000, que modifican los artículos L.300 del Código Electoral y 9 de la ley nº 77-729, de 7 de julio de 1977, respectivamente.

<sup>86</sup> Artículos 2, 5 y 6 de la Ley nº 2000-493, de 6 de junio de 2000, que modifican los artículos L.264, L.346 y L.370, respectivamente, del Código Electoral.

<sup>87</sup> Artículo 15 de la Ley nº 2000-493, de 6 de junio de 2000, que modifica el artículo 9.1 de la ley nº 88-227, de 11 de marzo, relativa a la transparencia financiera de la vida política. Impone una

En Francia los partidos reciben subvenciones para sus gastos ordinarios, repartiéndose una fracción entre los partidos con representación parlamentaria y otra entre los que se hayan presentado en, al menos, 50 circunscripciones con independencia de sus resultados<sup>88</sup>. Asimismo, el Estado asume el 50 por ciento de la cifra máxima de gastos electorales permitidos, siempre que los gastos efectivamente realizados no constituyan una cantidad inferior. Este “reembolso” de los gastos electorales, tal y como es conocido (“remboursement forfaitaire”) beneficia a todos los candidatos que hayan alcanzado un porcentaje mínimo de votos, sin que se exija obtener representación parlamentaria<sup>89</sup>.

El Consejo Constitucional entiende que es perfectamente legítimo, desde un punto de vista constitucional, modular la financiación partidista atendiendo al criterio de la participación de las mujeres en las listas electorales. Porque, tal y como argumenta, no estamos ante una sanción, sino ante la lícita opción del legislador de incentivar a los partidos a través de la financiación para que lleven a cabo el cumplimiento del mandato constitucional. Por todo ello, establecer este criterio para el reparto de las ayudas públicas no infringe el principio de la necesidad de las penas<sup>90</sup>.

El dispositivo instaurado no reviste el carácter de una sanción, pero sí el de una modulación de la ayuda pública destinada a los partidos y grupos políticos en aplicación de los artículos 8 y 9 de la Ley de 11 de marzo de 1988; está destinado a incitar a estos partidos y grupos a poner en práctica el principio de igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales, conforme a las disposiciones de los artículos 3 y 4 de la Constitución; no cabe, por tanto, alegar vulneración del principio de la necesidad de las penas<sup>91</sup>.

---

reducción de las ayudas públicas a aquellos partidos o grupos políticos en los que la distancia entre el número de candidatos de cada sexo en el momento de la última renovación de la Asamblea sobrepase el 2% del número total de candidatos.

<sup>88</sup> Vid. DOUBLET, Yves-Marie, *Le financement de la vie politique*, Presses Universitaires de France, 1990, y, del mismo autor, "La législation de 1995 sur le financement de la vie politique", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 22, 1995, pp. 411-436.

<sup>89</sup> Art. L52-11-1 del Código Electoral, introducido por la Ley nº 95-65 de 19 de enero de 1995. Se ha producido un aumento de la financiación electoral pública, ya que hasta esta fecha la subvención por gastos electorales alcanzaba sólo el 20 por ciento del tope de gastos electorales permitidos.

<sup>90</sup> El principio de necesidad de las penas está recogido en el artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) que dice así: “La ley no debe imponer más que las penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser sancionado más que en virtud de una ley aprobada y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada”.

<sup>91</sup> Decisión nº 2000-429 DC, de 30 de mayo de 2000.

La financiación pública puede sujetarse al cumplimiento de determinados requisitos o condiciones. Esta es la idea que subyace a la afirmación del Consejo Constitucional cuando sostiene que la reducción de la financiación no es una sanción sino una modulación de las ayudas públicas destinadas a los partidos políticos. El Estado, por tanto, puede condicionar la subvención de las actividades de los partidos políticos al cumplimiento de las exigencias de la democracia paritaria.

Cabría plantearse si sería trasladable esta doctrina al sistema jurídico español. Si bien en España no se ha producido ninguna reforma que “constitucionalice” la democracia paritaria, como la ocurrida en Francia, no obstante, toda medida que se dirija al logro de este objetivo encajaría perfectamente en el mandato constitucional de promover las condiciones para que la igualdad entre hombres y mujeres sea real y efectiva (art. 9.2 CE), máxime teniendo presente la interpretación del Tribunal Constitucional en relación con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo.

La Ley de Igualdad aprobada en España adoptó una medida similar a la francesa, para todos los procesos electorales, y su constitucionalidad fue confirmada por el Tribunal Constitucional, que no vio necesidad de reformar la Norma Fundamental para cumplir el objetivo de la democracia paritaria<sup>92</sup>. En relación con la medida que ahora nos ocupa, consistente en reducir la financiación pública de los partidos que no presenten unas listas equilibradas, o incentivar económicamente a los que sí lo hagan, no habría ningún inconveniente para entender, como hace el Consejo Constitucional francés, que es de todo punto legítimo modular la financiación partidista atendiendo al criterio de la participación femenina. El legislador está facultado para establecer los requisitos para ser perceptor de la financiación pública y determinar igualmente los criterios de distribución entre las formaciones políticas. Y en este sentido, siguiendo la jurisprudencia francesa, reducir la financiación no reviste en sentido propio, el carácter de sanción, sino que se trata de un criterio legal más a la hora de su asignación.

Pero es que incluso, existiendo dudas en relación con el carácter sancionador o no de tal medida, hay que tener en cuenta que nuestra Ley Electoral prevé la posibilidad, puesta ya en práctica, de que el Tribunal de Cuentas proponga

<sup>92</sup> Una interesante valoración a favor de su legitimidad constitucional la ofrecía ya Martínez Sospedra, 2000.

en su informe la aplicación de la sanción consistente en la reducción o no adjudicación de las subvenciones estatales a los partidos políticos<sup>93</sup>. El legislador ha dejado un amplio margen de apreciación al órgano fiscalizador a la hora de determinar las conductas merecedoras de tal sanción y, en este sentido, el propio Tribunal de Cuentas ha adoptado una serie de criterios para determinar la aplicación de estas sanciones: no adjudicar la subvención electoral en el supuesto de que la formación política no presente sus cuentas en plazo y reducir la financiación proporcionalmente a la gravedad de la infracción (importe de la donación ilegalmente percibida, cantidad en que se supera el límite de gasto electoral permitido, deficiencias formales en la contabilidad, etc.)<sup>94</sup>.

## 7 CONCLUSIONES

A la vista de todo lo expuesto, hacer depender la financiación pública de los partidos políticos del criterio de la participación equilibrada de hombres y mujeres en las listas electorales, como medio para lograr la igualdad real y efectiva en términos de representación política, sería una medida constitucionalmente legítima. Y lo sería igualmente, tanto para privar, a modo de penalización, de parte de los recursos públicos a los partidos que no cumplan con un imperativo legal -como el recogido en las leyes española o francesa-, como para impulsar conductas comprometidas con la democracia paritaria cuando no haya obligación legal al respecto. Se trate, por tanto, de represión o de impulso, puede ser una medida efectiva dada la importancia de los partidos de contar con recursos económicos suficientes para sufragar tanto los gastos de campaña (financiación electoral) como los de mantenimiento (financiación ordinaria).

Del mismo modo que la relevancia constitucional de las funciones que desempeñan los partidos políticos en el desenvolvimiento del sistema democrático justifica que éstos gocen de un cierto “trato de favor”, que se traduce en subvenciones públicas y otras prestaciones por parte del Estado, el Tribunal Constitucional español ha considerado de todo punto lógicas las “cargas” que, como

<sup>93</sup> Artículo 134.2 LOREG.

<sup>94</sup> *Vid.* Informe de fiscalización de las contabilidades electorales de las elecciones a Cortes Generales de 3 de marzo de 1996, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Sección Cortes Generales, VI Legislatura, Serie A, Actividades Parlamentarias, 2 de julio de 1997, núm. 103.

contrapartida, éstos deben soportar, tales como la obligación de presentar una contabilidad detallada y de someterse al control del Tribunal de Cuentas:

...por razón de esa cierta función pública que tienen en las modernas democracias, gozan legalmente de determinados «privilegios» que han de tener como lógica contrapartida determinadas «limitaciones» no aplicables a las asociaciones en general<sup>95</sup>.

Por esta razón nada impide al legislador establecer como requisito para obtener la financiación estatal el que los partidos aseguren una participación equilibrada de ambos sexos en las listas de candidatos. Un objetivo que encuentra su fundamento constitucional en el concepto de sociedad democrática avanzada recogido en el Preámbulo de la CE, en la obligación constitucional de los partidos de tener una estructura y funcionamiento interno democráticos (artículo 6 CE) y en el mandato dirigido a los poderes públicos de dirigir su actuación hacia la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres (artículo 9.2 CE).

En España, no ha sido necesario realmente reformar la Norma Fundamental para integrar el concepto de democracia paritaria, como ocurriera en Francia. El Tribunal Constitucional español ha considerado perfectamente legítimas las medidas previstas en la Ley de Igualdad de 2007 dirigidas a alcanzar la participación equilibrada de hombres y mujeres en el ejercicio del poder, sin que los principios de indivisibilidad de la soberanía, libertad de los partidos políticos o el de igualdad y no discriminación hayan servido de obstáculo. Una interpretación del mandato constitucional de la igualdad real y efectiva, distinta a la realizada por la Corte Constitucional italiana, lo ha permitido.

En las pasadas elecciones al Congreso de los Diputados, de diciembre 2015, una de las propuestas electorales formuladas por las formaciones políticas ha sido precisamente la de vincular la financiación pública de los partidos al cumplimiento de la obligación de presentar listas electorales paritarias. Tras lo dicho, no habría nada que objetar desde el punto de vista del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, puesto que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el mandato promocional contenido en el artículo 9.2 CE justifica la actuación positiva del legislador en aras de compensar la desigual situación de partida en que se han hallado las mujeres para acceder y participar en

<sup>95</sup> STC 3/1981, de 2 de febrero, FJ. 2º. STC 12/2008, de 29 de enero, FJ. 5º.

la esfera política. Del mismo modo, tampoco se estaría vulnerando con ello el derecho de sufragio pasivo que ni corresponde a los partidos, ni estaría siendo ejercido por quienes no aparecen como candidatos en ninguna lista electoral. Es más, de lo que se trata es de lograr un resultado efectivamente paritario en la representación política, asegurando la efectividad del principio de igualdad, como por otra parte exige una estructura y funcionamiento verdaderamente democráticos de los partidos. Por todo ello, difícilmente cabría calificar esta medida de discriminatoria cuando ni siquiera se dispensa un tratamiento diferenciado para uno u otro sexo. De hecho, de formularse finalmente, sería una oportunidad para incentivar un mayor compromiso de las formaciones políticas con la democracia paritaria y, además, con la obligación de tener un funcionamiento interno democrático: partidos en los que hombres y mujeres compartan de forma efectiva y equilibrada el poder de decisión en el seno de los mismos.

## 8 BIBLIOGRAFÍA

BALAGUER CALLEJÓN, M. L., "Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico español. Situaciones comparadas", en FREIXES SANJUÁN, T. (coord.) **Mujer y Constitución en España**, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

BLANCO VALDÉS, R., "La problemática de la financiación de los partidos políticos en España: regulación jurídica y propuestas de reforma", **Revista de Estudios Políticos**, núm. 87, 1995.

BLANCO VALDÉS, R., "La financiación de los partidos", *Claves de Razón Práctica*, núm. 49, 1995, pp. 36-44.

BÖCKENFÖRDE, E. W. (entrevista) en **Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario**, Asamblea Regional de Murcia-Universidad de Murcia, núm. 7, 1995, p. 19.

CUILLANDRE, F., "A propos de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le financement des campagnes électorales", **Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger**, núm. 1, 1995, p. 106.

DE VEGA, P., **Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario**, núm. 5, Asamblea Regional de Murcia-Universidad de Murcia, 1993, Debate sobre la financiación de los partidos, p. 156.

DEL CASTILLO, P., **La financiación de partidos y candidatos en las democracias occidentales**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 196.

DOUBLET, Yves-Marie, **Le financement de la vie politique**, Presses Universitaires de France, 1990.

DOUBLET, Yves-Marie, "La législation de 1995 sur le financement de la vie politique", **Revue Française de Droit Constitutionnel**, núm. 22, 1995, pp. 411-436.

- FREIXES SANJUÁN, T. (coord.) **Mujer y Constitución en España**, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- García Pelayo, M., **El Estado de partidos**, Alianza, Madrid, 1986.
- HOLGADO GONZÁLEZ, M., **La financiación de los partidos políticos en España**, Tirant lo Blanch, 2003.
- HOLGADO GONZÁLEZ, M., “O papel dos meios de comunicação na campanha eleitoral”, **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2015, vol. 7, n. 12, p. 11-32.
- HOLGADO GONZÁLEZ, M., “Democracia paritaria y soberanía compartida”, en García Rubio, M. P. y Valpuesta Fernández (dir.), **El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado**, 2011, págs. 205-226.
- KELSEN, H., **Esencia y valor de la democracia**, Labor, Barcelona, 1977.
- KLAUS Von BEYME, **La clase política y el estado de partidos**, Alianza, Madrid, 1995, p. 164.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, “La sombra de Agamenón. Sobre la constitucionalidad del establecimiento de cuotas por razón de sexo en las listas electorales”, **Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió y Ceriol**, núm. 30/31, 2000, p. 119.
- MICHELS, R., **Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna**, Amorrutu Editores, Buenos Aires, 1996.
- OSTROGORSKI, M., **La démocratie et les partis politiques**, Éditions du Seuil, Paris, 1979.
- PAJARES MONTOLÍO, E., **La financiación de las elecciones**, Congreso de los Diputados, 1998.
- PAJARES MONTOLÍO, E., “La financiación y la campaña electoral en los regímenes electorales autonómicos”, **Cuadernos de Derecho Público**, núm. 22-23, 2004, p. 239-268.
- PANEBIANCO, A., **Modelos de partido**, Alianza, Madrid, 1995, p. 34.
- Portero Molina, J.A., “Sobre la representación política”, **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, núm. 10, 1991, p. 113.
- TORRES Del MORAL, A., “El Estado español de partidos”, **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, núm. 8, 1991.
- TRIEPEL, **Die Staatsverfassung und die Politischen Parteien**. Frag. en castellano titulado “Derecho Constitucional y realidad constitucional”, en Lenk, K.; Neumann, F. (eds.), **Teoría y sociología críticas de los partidos políticos**, *op. cit.*
- WEINER, M.; LAPALOMBARA, J., **Political parties and political development**, Princeton University Press, Princeton, 1966.

## “OPERAZIONE MANI PULITE” E SEU CONTEXTO POLÍTICO, JURÍDICO E CONSTITUCIONAL<sup>1/2</sup>

### ‘MANI PULITE’ OPERATION AND ITS POLITICAL, LEGAL AND CONSTITUTIONAL CONTEXT

*Renzo Orlandi<sup>3</sup>*

#### Resumo

Processos por corrupção foram muitos na Itália e até hoje ainda são. No entanto, a série de processos reunidos sob o rótulo de “Mãos Limpas” tem uma característica singular. O que os distingue daqueles celebrados em outros tempos, por fatos análogos, é o impacto devastador que aquela experiência judiciária teve sobre o destino da classe governante italiana. Qual conclusão se pode tirar da experiência aqui descrita? Quais lições? As opiniões ainda estão divididas na Itália. Há quem veja na Mãos Limpas uma salutar obra de regeneração ética, tornada possível por uma magistratura finalmente independente do poder político. Uma obra quiçá anômala de transformação do quadro político, feita pela via judiciária diante da incapacidade da classe política de reformar a si própria. Outros, entretanto, estão inclinados a pensar que a Operação Mãos Limpas perigosamente desorientou a relação entre os poderes do Estado, entre magistratura e política, atribuindo aos procuradores e juízes poderes, de fato, incontroláveis e sem contrapesos, especialmente quando as suas iniciativas são sustentadas por movimentos irracionais da opinião pública.

**Palavras-chave:** Operação. Mani Pulite. Contexto político. Direito constitucional.

#### Abstract

Corruption procedures are common even today in Italy. On the other hand, the procedures that became known as “Mani Pulite” have a singular characteristic. What distinguishes them from those initiated in other periods, based on similar events, is the devastating impact the judicial experience had on the destiny of the Italian ruling political class. What conclusion may we take from the experience here described? What lessons? Opinions are still divided in Italy. There are those that see “Mani Pulite” as a healthy work of ethical regeneration, made possible by judges that were finally independent of political powers, a work of anomalous transformation of politicians, done by the judiciary in the context of the incapacity of the political class to reform itself. Others, however, are inclined to think that “Mani Pulite” dangerously put the balance of powers within the State out of balance, between judges and

<sup>1</sup> Artigo submetido em 25/08/2016, pareceres de análise em 17/10/2016 e 26/10/2016, aprovação comunicada em 27/10/2016

<sup>2</sup> Artigo científico inédito redigido com base em conferência proferida, entre os meses de junho e julho de 2016, em diferentes eventos acadêmicos em instituições de ensino e pesquisa brasileiras (Universidade Positivo e Academia Brasileira de Direito Constitucional, em Curitiba, e Universidade Federal do Rio de Janeiro). Texto traduzido por Marco Aurélio Nunes da Silveira.

<sup>3</sup> Professor Ordinário de Direito Processual Penal na Universidade de Bolonha. *E-mail:* <renzo.orlandi@unibo.it>

politicians, giving judges and prosecutors powers that were, in fact, uncontrollable and unchecked, especially when their initiatives are sustained by irrational moments of public opinion.

**Keywords:** Operation. Mani Pulite. Political context. Constitutional Law.

**Sumário:** 1. A Operação Mãos Limpas: uma investigação judiciária de dramáticas implicações políticas. 2. O contexto político internacional e interno. 3. O contexto jurídico-processual. 4. Modalidades investigativas e de condução dos processos da Mãos Limpas. 5. O conflito entre classe política e magistratura: crise da imunidade parlamentar. 6. O conflito entre advocacia e magistratura: a batalha pelo justo processo. 7. Reflexões críticas sobre a experiência da Mãos Limpas. 8. Quais lições?

## 1 A OPERAÇÃO MÃOS LIMPAS: UMA INVESTIGAÇÃO JUDICIÁRIA DE DRAMÁTICAS IMPLICAÇÕES POLÍTICAS

A expressão “Mãos Limpas” é o nome em código dado a uma operação de investigação dirigida a múltiplos episódios de corrupção política, com o envolvimento de empreendedores públicos e privados. No jargão jornalístico, foi também amplamente utilizada a expressão *Tangentopoli* (= cidade das propinas), para indicar um lugar onde as práticas de corrupção (“*le tangenti*”, as propinas) eram habituais. Inicialmente, aquele lugar era facilmente identificável com Milão, sede da Bolsa, capital econômica, centro de grandes negócios industriais com muitas ramificações no mundo da política. Posteriormente, quando se percebeu que tais práticas eram muito difundidas, o termo *Tangentopoli* adquiriu um significado simbólico e se tornou sinônimo de malversação político-administrativa. Esclarecimentos terminológicos à parte, Mãos Limpas e *Tangentopoli*, entendidas em sentido estrito, identificam um curto período da história político-judiciária italiana: aquele que vai do início de 1992 ao fim de 1994.

Processos por corrupção foram muitos na Itália e até hoje ainda são. No entanto, a série de processos reunidos sob o rótulo de “Mãos Limpas” tem uma característica singular. O que os distingue daqueles celebrados em outros tempos, por fatos análogos, é o impacto devastador que aquela experiência judiciária teve sobre o destino da classe governante italiana. A investigação e os muitos processos que dela decorreram criaram as premissas para um perigoso vácuo de poder, irracionalmente vivido pela maior parte da opinião pública com um forte sentimento de libertação. Terminava, como resultado daqueles processos, aquela que logo foi

chamada de Primeira República, nascida da escolha feita pelo povo italiano apenas 70 anos atrás (em junho de 1946), pouco antes da entrada em vigor da primeira constituição democrática (1º de janeiro de 1948). Nascia a Segunda República, não por opção constituinte, nem como efeito das revisões constitucionais, nem por insurreições ou protestos de rua, mas pela via judiciária.

Tudo acontece, como já mencionado, entre o início de 1992 e o fim de 1994. Em 17 de fevereiro de 1992, foi preso Mario Chiesa, presidente de um hospício em Milão, apanhado em flagrante delito enquanto embolsava um pequeno suborno (sete milhões de liras, equivalente a cerca de quatro mil dólares) de um empresário que com isto queria garantir um contrato de limpeza. Parecia uma prisão casual, uma coisa de pouca importância, e assim foi considerado nos primeiros comentários jornalísticos e nas tomadas de posição dos responsáveis pelo partido político a que pertencia Chiesa<sup>4</sup>. Em vez disso, foi o início de uma longa série de prisões e iniciativas de investigação que colocaram definitivamente fora de jogo os maiores líderes políticos da época.

No curso de 1993, multiplicava-se o número de ministros, parlamentares, prefeitos de grandes cidades e grandes empresários envolvidos em procedimentos penais por fatos de corrupção. A corrupção, se sabe, é crime difícil de provar, porque todos aqueles que participam têm interesse em ocultar ou dissimular a conduta ilícita. Daí a necessidade de apuração por via indireta. O crime-isca, por assim dizer, aquele que permite penetrar a espessa membrana de silêncio que envolvia a conduta corrupta é, inicialmente, o financiamento ilícito de partidos políticos (sobretudo os governistas) e, no que toca aos empresários, a adulteração do balanço, visando à provisão de fundos ocultos utilizados para financiar ilicitamente a política.

Em 1994, a legislatura iniciada em abril de 1992 é abruptamente interrompida como resultado da colocação de dezenas de parlamentares na condição de réu. As Câmaras são antecipadamente dissolvidas e as eleições (que

---

<sup>4</sup> Poucos dias após a prisão de Mario Chiesa, Craxi emitiu uma declaração, que lhe será depois repreendida, com a qual separava a responsabilidade do preso daquela de seu partido: “Eu me preocupo em criar as condições para o país enfrentar os momentos difíceis que temos e me encontro um trapaceiro que lança uma sombra sobre toda a imagem de um partido que, em Milão, em cinquenta anos, nunca teve um dirigente condenado por fatos graves de corrupção”: cfr. A. Beccaria e G. Marcucci, 2015, p. 12.

acontecem no final de março) atribuem a vitória a uma nova formação política, liderada por um empresário que terá um papel de destaque nos próximos vinte anos: Silvio Berlusconi. Neste curto espaço de tempo, todos os partidos históricos que, desde a queda do fascismo, deram alma à vida política italiana desaparecem ou renascem com novos nomes.

## 2 O CONTEXTO POLÍTICO INTERNACIONAL E INTERNO

Para entender a singularidade do acontecimento judiciário e compreender plenamente o efeito que teve sobre a estrutura político-governamental, é útil enquadrar os desdobramentos judiciários da Mãos Limpas no contexto político, tanto internacional como interno.

A queda do Muro de Berlim (novembro de 1989) e o fim do regime soviético (agosto-novembro de 1991) tiveram fortes e, por assim dizer, rápidas repercussões sobre a situação política italiana, onde um forte partido comunista disputava o poder local e central, em composições moderadas, que giravam em torno da Democracia-Cristã. Ambas as realidades políticas, depois do fim da Segunda Guerra Mundial, foram sustentadas (mesmo financeiramente) pelos líderes dos dois blocos, a saber, a União Soviética e os Estados Unidos. O enfraquecimento (nos anos 80) e depois a queda do comunismo soviético (início dos anos 90) determinaram um progressivo afrouxamento e, depois, uma cessação destas relações de solidariedade político-financeira. As forças políticas foram, portanto, obrigadas a encontrar em outro lugar as fontes necessárias ao financiamento das custosas máquinas organizacionais, escritórios com centenas de empregados e funcionários, e frequentes campanhas eleitorais que se tornavam cada vez mais dispendiosas pelo uso publicitário dos meios televisivos.

Nos anos 80, começou a crescer e se tornar decisiva para a formação dos governos uma força política de inspiração social-democrática (o Partido Socialista liderado por Bettino Craxi), uma força que estava há muito tempo separada do comunismo soviético e que mantinha, ao mesmo tempo, alguma distância do governo dos EUA. Em outras palavras, os socialistas, embora se tenham tornado cruciais, no curso dos anos 80, para a formação de cada maioria parlamentar, eram desprovidos de apoio econômico pelas duas grandes forças (comunismo soviético e

capitalismo americano), ambas interessadas na evolução da política italiana e, portanto, dispostas a ajudar, inclusive financeiramente, os partidos amigos (respectivamente, o Partido Comunista Italiano e a Democracia-Cristã). Os socialistas – à época liderados por um hábil político, Bettino Craxi – eram estranhos a esta partição: foram, portanto, obrigados a procurar internamente o sustento econômico que outros partidos foram capazes de obter por outras vias. Encontraram alianças e correspondência de interesses com o empresariado italiano, dedicado à construção de obras públicas (estradas, ferrovias, metrô, aeroportos, prisões, infraestrutura esportiva, etc.), que logo se tornaram a ocasião para ocultos financiamentos políticos. Isto explica por que a liderança do Partido Socialista foi atingida primeiramente e com particular dureza pela investigação iniciada em 1992, com a detenção do socialista Mario Chiesa.

No entanto, o fim do comunismo soviético também teve o efeito de colocar as outras forças políticas do governo (principalmente a Democracia-Cristã) em uma posição semelhante à dos socialistas. Os Estados Unidos estavam, de fato, interessados em sustentar (economicamente) o partido católico, porque viram nele um baluarte contra o comunismo e o avanço do Partido Comunista Italiano. Iniciada a crise do modelo soviético, não havia mais necessidade de tal baluarte. A Democracia-Cristã e outros partidos menores do governo (Partido Republicano, Partido Liberal, Partido Social-Democrata) procuraram, portanto, fontes alternativas de financiamento e a buscaram lá onde os socialistas já as tinham encontrado, vale dizer, no empresariado dedicado às obras públicas, que as próprias forças políticas eram capazes de programar. O custo de cada obra era superfaturado em 10%, então distribuídos entre os partidos governistas na medida de seu peso eleitoral<sup>5</sup>. Ainda, outras opções de política econômica (em particular nas áreas de energia e química) eram bem controladas pela política nacional através da participação estatal em grandes empresas do campo petrolífero, siderúrgico e químico, de modo que os indivíduos interessados em lucrar com as suas participações minoritárias, ou dispostos a adquirir as ações de grandes empresas públicas, foram forçados a financiar (ocultamente) os partidos políticos do governo e, às vezes, até mesmo da oposição.

<sup>5</sup> Este foi, ao menos, o percentual aplicado em Milão por Mario Chiesa, como se conclui do que se lê nos autos processuais: cfr. A. Beccaria e G. Marcucci, 2015, p. 12 e nota 18.

A existência de um sistema ramificado e bem experimentado de financiamento ilícito, desconhecido por muitos cidadãos distantes da política, era, na verdade, bem conhecido pelos políticos profissionais. Quando, em julho de 1992, a poucos meses da prisão de Mario Chiesa, Bettino Craxi disse abertamente que todas as forças políticas, incluindo a oposição, tinham fontes ilícitas de financiamento e desafiou os parlamentares a desmenti-lo, ninguém se atreveu a contradizê-lo. Este silêncio foi interpretado como confissão, se não de uma corresponsabilidade de todos os parlamentares presentes, pelo menos de uma consciência geral de que o financiamento ilícito era uma forma de ilegalidade amplamente tolerada e nunca denunciada, nem mesmo pelas forças de oposição.

Neste quadro se coloca a iniciativa da magistratura milanesa, que foi grandemente facilitada pela mudança de atitude que o contexto internacional (queda do comunismo soviético) propiciou também na classe empresarial italiana.

Muitos empresários, sentindo-se excluídos do âmbito da especulação política, não mais suportaram a intromissão dos partidos nos assuntos econômicos. Até mesmo os empresários envolvidos nos malfeitos começaram a receber exorbitantes e injustificados pedidos de financiamento dos partidos. Desaparecido o espectro do comunismo, não havia mais nenhuma razão em pagar aquelas forças que, até então, de alguma maneira, tinham assegurado a preservação do sistema. Muitos homens de negócio – sobretudo no norte da Itália, a parte economicamente mais desenvolvida do país – abandonaram os partidos do governo e voltaram as suas preferências para um novo partido político (a *Lega Nord*), que esteve, de fato, entre os primeiros fortes apoiadores da investida judiciária a um sistema político entendido como apodrecido e corrupto por uma grande fatia da opinião pública.

### 3 O CONTEXTO JURÍDICO-PROCESSUAL

O pano de fundo político ajuda a compreender o meio pelo qual a investigação foi capaz de nascer e se desenvolver, levando à concretização, no curso de dois anos, a extinção dos partidos que haviam governado a Itália nas décadas anteriores. O quadro, no entanto, deve ser completado com alguns detalhes sobre o contexto jurídico e processual em que a Operação Mãos Limpas amadureceu.

A investigação inicia poucos meses antes da entrada em vigor do Código de Processo Penal (ocorrida em 24 de outubro de 1989). A reforma tinha a intenção de abandonar o modelo de inspiração inquisitória e matriz napoleônica (*Code d'instruction criminelle*, de 1808), para apostar no modelo acusatório, vagamente semelhante ao norte-americano. A característica principal do novo processo penal deveria ser a nítida e rigorosa separação das fases de investigação e do processo. Desaparecia o “*giudice istruttore*” (juiz de instrução preliminar). A fase de investigação foi confiada ao Ministério Público, que deveria se limitar a reunir informações suficientes para formular a acusação<sup>6</sup>. Estas mesmas informações, todavia, não poderiam ser utilizadas no processo: as provas para condenar o acusado seriam recolhidas perante um juiz, no contraditório entre as partes. Na verdade, esta configuração do Código de Processo Penal logo teve a objeção dos juízes que realizavam as investigações, que – em muitos dos seus principais componentes – lutaram para convencer os juízes a levantar exceções de inconstitucionalidade, a fim de declarar ilegais as disposições que colocavam obstáculos à utilização, no processo, das informações recolhidas pela polícia ou pelo Ministério Público<sup>7</sup>.

A Corte Constitucional acolheu aquelas demandas em três sentenças importantes (números 24, 254 e 255), que, entre fevereiro e maio de 1992, levaram a uma brusca involução inquisitória do sistema processual. Graças a elas, praticamente todas as informações recolhidas na fase de inquérito poderiam facilmente ser transformadas em prova de culpa.

O ano de 1992 mostrou ser crucial para o destino do processo penal italiano: a inspiração *adversarial* que caracterizou a reforma entrada em vigor alguns meses antes estava perdida. A favorecer esta brusca transição contribuiu significativamente a situação de emergência que sucedeu ao assassinato de dois valentes magistrados Giovanni Falcone e Paolo Borsellino (maio-julho de 1992), que se destacaram na

<sup>6</sup> Diferentemente do Brasil, a lei processual italiana define o Ministério Público como o verdadeiro *dominus* da investigação criminal preliminar. Os poderes de iniciativa investigativa autônoma da polícia são muito circunscritos e limitados à necessidade de conservar os vestígios ou o corpo de delito. Tal regra tende a assegurar a independência do Ministério Público em relação ao Poder Executivo (que controla os órgãos de polícia). Isto implementa o preceito constitucional segundo o qual “a autoridade judicial dispõe diretamente da polícia judiciária” (art. 109, da Constituição italiana), onde “autoridade judicial” se entende especificamente como “Ministério Público”.

<sup>7</sup> Para uma explicação mais detalhada e analítica dos debates e acontecimentos que levaram à reforma processual penal de 1988, remete-se a estudo anterior: R. Orlandi, 2016, p. 15 ss.

luta contra o crime organizado. Logo depois do primeiro dos dois homicídios, lançou-se uma medida legislativa (decreto-lei n. 306, de 08 de junho de 1992) que confirmava o valor probatório das investigações conduzidas pelo Ministério Público, alinhando-se substancialmente à citada jurisprudência constitucional. Naquele clima social peculiar, prevaleceram as vozes plangentes daqueles magistrados (especialmente o Ministério Público) contrários à reforma acusatória do processo penal: uma reforma, em suas palavras, bastante inadequada para lidar com as formas mais insidiosas de crime. A reação desta parte da magistratura condicionou, de fato, a evolução, em sentido inquisitório, tanto da jurisprudência constitucional como da a lei.

Particularmente importante, no que diz respeito ao nosso assunto, será a sentença n. 254/1992, que, ao remover a proibição de se fundamentar a afirmação da culpa em declarações recolhidas unilateralmente pela polícia ou pelo Ministério Público, alterou em medida preocupante o equilíbrio de força entre acusação e defesa. Para condenar o acusado, era suficiente que o Ministério Público obtivesse – durante o inquérito – declarações incriminadoras de um corréu, ao qual normalmente se oferecia a possibilidade de negociar uma pena destinada, no máximo, a ser suspensa condicionalmente; iniciado o processo, o corréu-acusador podia legitimamente subtrair-se à inquirição pelo defensor, valendo-se de um amplo direito ao silêncio, com o que provocava automaticamente a leitura das declarações feitas na fase de investigação e a sua utilização como prova visando ao (previsível) juízo de culpa.

Esta foi uma técnica muito utilizada, nos casos de criminalidade organizada, para proteger os delatores dos mafiosos de violência ou outras pressões ilegais durante os processos. Graças à citada sentença e à ratificação legislativa que a ela sucedeu, tal técnica foi facilmente estendida a todos os procedimentos penais, inclusive àqueles relacionados à corrupção política.

#### **4 MODALIDADES INVESTIGATIVAS E DE CONDUÇÃO DOS PROCESSOS DA MÃOS LIMPAS**

Algumas palavras devem também ser gastas na técnica investigativa que foi colocada em ação para a condução da Operação Mãos Limpas. Emerge também

aqui – como se verá – uma similaridade com as experiências e os métodos de investigação amadurecidos no campo da luta contra o crime organizado.

Já dissemos que a operação nasceu com a prisão do presidente de um hospício milanês, flagrado no ato de receber uma pequena soma em dinheiro. Parecia um dos muitos pequenos casos de corrupção, descoberto casualmente.

A história, na verdade, é diversa e um pouco mais complexa. Se o episódio guardasse relação com aquele único, pequeno, empresário, não teria ocorrido o terremoto político que sacudiu a Itália nos anos 1992-1994 e que muitos choques provocou também nos anos seguintes. Como realmente as coisas aconteceram, conta-nos em poucas palavras o protagonista principal da investigação, Antonio Di Pietro, em manifestação realizada por ocasião do primeiro dos muitos processos que caracterizaram a Mãos Limpas. Convém revisar as suas palavras, muito eloquentes ao explicar a técnica investigativa utilizada: “Senhores do órgão colegiado – principia Di Pietro –, esta é a primeira vez que levamos à atenção dos juízes de julgamento um dos ramos da investigação chamada Mãos Limpas. (...) Antes de tudo, sinto-me obrigado a relatar, embora em poucas palavras, como começou esta investigação, porque não nasceu do nada ou do acaso. Evidentemente, os 7 milhões encontrados com Mario Chiesa deram a oportunidade para desencadear uma operação que por muito tempo a Procuradoria da República estava coordenando, porque há muito tempo tinha a suspeita de um fenômeno de corrupção e malversação político-administrativa. Os sinais eram muitos e, quando falo de sinais, falo de circunstâncias processualmente verificáveis; refiro-me à primeira investigação, chamada “*patenti facili*” [licenças fáceis], onde se demonstrou uma certa sistematicidade dos comportamentos de corrupção; refiro-me à investigação chamada “*carceri d’oro*” [cárceres de ouro] (suborno por contratos na construção de prisões); refiro-me à investigação chamada “Lombardia informatica” (suborno por contratos no mundo da saúde); refiro-me aos muitos inquéritos que resultaram em condenações por atos de malversação político-administrativa nos governos locais. Então, percebeu-se que a investigação deveria ser conduzida supondo a existência de um sistema de corrupção. Assim nasceu o chamado “*fascicolo virtuale*” [autos virtuais], vale dizer, um conjunto de informações cruzadas dos diversos autos processuais relativos aos últimos anos no território de Milão. Todas estas informações foram encaminhadas a um banco de dados para que se pudesse fazer os cruzamentos apropriados. (...) O objetivo do “*fascicolo virtuale*” era o de identificar os indivíduos responsáveis por

recolher o dinheiro de empresários para dar aos políticos. Um destes indivíduos era Mario Chiesa.” (1993, p. 59-60)

A “Mãos Limpas” começou com a sua prisão, mas poderia ter começado com a prisão de qualquer outro intermediário entre o mundo empresarial e o mundo político. A esta altura, o sistema de corrupção já estava reconstruído e revelado por um exame cuidadoso daquilo que Di Pietro chamou de “*fascicolo virtuale*”, para o qual foram transferidas, ao longo dos anos anteriores, informações que diziam respeito não tanto a crimes individuais, mas a um vasto fenômeno de corrupção, onde os protagonistas eram sempre os mesmos políticos e empresários. Se não tivesse sido utilizada esta particular técnica investigativa, se não tivesse sido feita uma leitura cruzada entre as informações dos vários processos por corrupção naquele limitado arco temporal, o processo judicial de Mario Chiesa teria permanecido isolado.

A ideia do “*fascicolo virtuale*” é típica dos inquéritos contra o crime organizado de matriz mafiosa<sup>8</sup>. Também no caso do crime organizado, especialmente de tipo mafioso, a investigação não pode ser limitada (e, de fato, não se limita) a apurar crimes individuais, mas se destina a sondar e esclarecer a estrutura e a articulação das organizações criminosas, com o escopo de colocar os crimes individuais (homicídios, extorsões, agiotagem, tráfico ilícito, etc.) no contexto de um mais amplo “fenômeno criminal”.

O “*fascicolo virtuale*” se inspirava na mesma lógica investigativa. Isto deu aos magistrados de acusação uma posição de vantagem e superioridade cognitiva sobre os réus individuais, vistos como peões em um jogo muito mais amplo do que o singular acontecimento que os envolvia: um jogo dirigido e gerido por políticos, muitos dos quais poderiam facilmente se esconder atrás da imunidade parlamentar.

<sup>8</sup> As investigações de que fala Di Pietro tinham ocorrido no final da década de 80, quando já estavam disponíveis computadores pessoais de razoável potência, que permitiam o armazenamento e a elaboração de significativas quantidades de dados também por um único magistrado. O uso da tecnologia da informação – na qual Di Pietro se destacava – se revelou um meio poderoso para construir o *background* cognitivo que permitiu ao grupo de magistrados milaneses desenvolver suas investigações com amplitude considerável. Sobre a importância desta (então nova) modalidade de investigação, veja-se as declarações do próprio Di Pietro, reproduzidas no livro *Intervista su Tangentopoli*, editado por G. VALENTINI, ed. Laterza, Roma, 2000: veja-se, em particular, o capítulo 2º (*In nome dell'informatica*), pp. 27 e ss. Para uma reflexão teórica que busca identificar os problemáticos aspectos jurídicos desta técnica de investigação, remete-se a estudo anterior: R. ORLANDI, *Inchieste preparatorie e procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996, pp. 568 ss.

No nível organizacional, preferiu-se o trabalho de equipe à investigação realizada por um único magistrado. Em seguida, constituiu-se, junto à Procuradoria da República de Milão, um grupo de seis juízes, coordenados pelo procurador, que por dois anos se ocupou quase exclusivamente dos casos de corrupção política na área de Milão.

Esta é também uma característica comum das investigações de fatos de criminalidade organizada. O precedente famoso era representado pela maxi-investigação contra a máfia siciliana, conduzida, em meados dos anos 80, por um grupo de magistrados do qual faziam parte Giovanni Falcone e Paolo Borsellino. Pode-se dizer que a experiência, que culminou na condenação de centenas de mafiosos, fez escola e foi adotada pelos magistrados milaneses quando perceberam que enfrentavam não casos individuais de corrupção, mas sim um sistema amplo e articulado, que foi pacientemente composto como um quebra-cabeça, e que não era conveniente deixar para um único magistrado.

Evidentes as vantagens do trabalho em grupo: se um dos investigadores, por alguma razão, faltasse (devido à doença, morte ou designação para outra função), a memória da investigação permaneceria nos membros restantes do grupo.

Além disso, a força-tarefa investigativa – se bem coordenada – é menos exposta a campanhas sensacionalistas ou a ataques diretos que réus poderosos são muitas vezes capazes de organizar contra uma única pessoa. Finalmente, o grupo de investigadores dá ao exterior uma imagem de firmeza associada à ideia de um agir desinteressado e distante do protagonismo que normalmente acompanha (e muitas vezes com razão) o juiz solitário na luta contra o crime. Aqui também surge – neste compreensível e certamente eficaz pormenor organizacional – a desproporção entre a força da acusação e a fraqueza de uma defesa forçada a jogar nos erros do adversário ou a render-se, colaborando com a autoridade judiciária.

Última característica comum às técnicas de investigação contra o crime organizado foi representada pelo uso bastante desenvolvido da colaboração com o júízo (delação premiada). Mesmo com a ausência de especiais isenções ou atenuantes aos réus dispostos a fornecer informações úteis à investigação, foi fácil para o Ministério Público obter a colaboração, abstendo-se de pedir, em face daqueles, a emissão de medidas coercitivas e dando o consentimento para a possível *barganha*.

Como já mencionado, esta prática foi muito facilitada pela sentença n. 254/1992, pela qual a Corte Constitucional havia tornado possível a prolação de sentenças com base em declarações feitas pelo corréu ao Ministério Público, ainda que não confirmadas durante o processo, diante de um juiz imparcial, no contraditório das partes. Em outras palavras, o corréu fazia um favor ao Ministério Público, fornecendo declarações incriminadoras destinadas a valer como prova no processo. Por sua parte, o Ministério Público retribuía o favor, deixando de pedir a emissão de provimentos cautelares e favorecendo uma saída “indolor” do processo por meio da barganha judicial, muitas vezes combinada com a suspensão condicional da pena.

Isto, no longo prazo, determinará tensões muito fortes com a classe dos advogados, que – com razão – se perceberá posta à margem da arena processual. Sobre este ponto, voltaremos em breve, depois de me deter sobre o conflito que opôs a magistratura da época à classe política, com amplos setores da opinião pública raivosa e alinhada contra os partidos governistas.

## **5 CONFLITO ENTRE CLASSE POLÍTICA E MAGISTRATURA: CRISE DA IMUNIDADE PARLAMENTAR**

A legislatura iniciada em abril de 1992, poucas semanas depois do início da Operação Mãos Limpas, durou menos de dois anos (em relação aos cinco previstos pela Constituição italiana). As Câmaras foram dissolvidas antecipadamente, no início de 1994, em razão do caos que a investigação milanesa produziu nas duas assembleias parlamentares. Aquele período foi um tormento para os numerosos parlamentares diretamente envolvidos na investigação. Protegidos pela imunidade, não podiam ser presos, nem submetidos a processo, salvo se a Câmara à qual pertenciam concedesse a autorização para proceder em face deles.

Nos decênios precedentes, esta autorização foi concedida muito raramente, mesmo na presença de grave e evidente ilicitude penal, que não encontrava qualquer justificação na atividade política realizada. Amadureceu, portanto, na opinião pública, uma forte aversão a este privilégio. Há tempo se falava em reformar a imunidade parlamentar, no sentido de atenuar o senso de impunidade que

automaticamente vinha associado pelo uso ocasional que dele as assembleias parlamentares costumavam fazer. Muitos projetos foram apresentados durante as duas décadas anteriores: nenhum aprovado<sup>9</sup>. A Operação Mãos Limpas mudou as cartas na mesa. Já não era mais possível frear a indignação pública. Imprensa e televisão estavam atentas a cada episódio, ainda que pequeno, capaz de promover a ira popular contra os políticos. Impunha-se uma modificação de rota no uso daquele privilégio. As duas Câmaras, assim, começaram a conceder permissão para proceder contra os seus membros sem muitas dificuldades. Frequentemente eram os próprios parlamentares que – para escapar ao linchamento da opinião pública – pediam aos colegas para remover aquele obstáculo à instauração do processo contra eles. Todavia, isto não bastou para conter o impulso reformista que, em outubro de 1993, resultou na reforma da imunidade parlamentar<sup>10</sup>. Desaparecia, assim, a autorização necessária para submeter os membros do Parlamento ao processo penal. Restava, sim, a inviolabilidade (substancial) pelas opiniões expressas no exercício da atividade política, além da imunidade (processual) em relação a prisões, buscas e interceptação de comunicações. A abolição da autorização para proceder teve um efeito imediato sobre as delicadas relações entre justiça e política, eis que deixou os parlamentares expostos a acusações penais, frequentemente requeridas por adversários políticos. Em outras palavras, o fim da autorização para proceder favoreceu o uso anômalo e instrumental da justiça penal como meio de luta política. Sobre este ponto, voltaremos a seguir.

A mencionada emenda constitucional marcou um ponto a favor da magistratura, percebida por grandes setores da opinião pública como vencedora heroica na batalha contra a política corrupta.

Graças à Operação Mãos Limpas, a velha classe dominante foi completamente desbaratada. Os velhos partidos políticos desapareceram ou mudaram seus nomes. A popularidade dos políticos alcançou níveis baixíssimos. Daí derivou uma crise de representação e um vácuo de poder que precisava ser preenchido.

Na primavera de 1994, as eleições foram vencidas pela coalizão liderada por Silvio Berlusconi, rico empresário de televisão à frente de um novo partido político

<sup>9</sup> Veja-se, sobre isto, as informações dadas em R. Orlandi, 1994, p. 97 ss.

<sup>10</sup> A emenda constitucional (*legge costituzionale*) n. 3/1999 reescreve o art. 68, da Constituição.

que, no primeiro teste eleitoral, conseguiu conquistar o governo do país. Apesar de suas muitas conexões e amizades com pessoas influentes da decadente classe dirigente, Berlusconi será capaz de se estabelecer como “homem novo”, como “empresário emprestado à política”, distante dos políticos de profissão, cuja imagem foi desfigurada pela investigação milanesa. Berlusconi tem um olho dirigido aos magistrados que conduziram a Operação Mãos Limpas, a ponto de propor a dois deles para participar do governo em posições de importância primária (Ministério da Justiça e Ministério do Interior). Ambos recusaram, não confiando na figura de Berlusconi. E tinham razão, porque o próprio Berlusconi entrará, em breve, na investigação dos procuradores de Milão, também ele por fatos de corrupção.

O clima, porém, mudou. A nova classe política não era mais aquela “profissional”, formada nas escolas partidárias ou nos lugares de recrutamento (universidades, sindicatos, associações laicas e católicas) típicos da chamada “Primeira República”. Os novos políticos vinham predominantemente da sociedade civil: profissionais liberais, empresários, celebridades, jornalistas conhecidos do grande público; pessoas, em geral, que exibiam como qualidade uma total ausência de cultura política.

Hoje, à distância de mais de vinte anos, podemos dizer que aquela “nova” classe política era decididamente pior do que aquela que a investigação milanesa contribuiu para destituir. Mas, em seguida, em 1994, a mensagem do cidadão comum, bravo empreendedor, bom profissional, “temporariamente emprestado à política”, funcionou. A raiva e a indignação popular estavam atenuando. Enquanto isso, o número de pessoas envolvidas nos processos por corrupção crescia em medida incontrolável, alcançando também homens pouco conhecidos e, por isso, menos detestáveis do que os políticos. Homens com os quais o cidadão comum poderia facilmente se identificar e em relação aos quais estava inclinado a experimentar aquela solidariedade humana que é natural nutrir quanto àqueles que podem aparecer como vítimas de uma fúria reacionária. Em outras palavras, depois de um biênio abundante de tensão inquisitória, sentia-se a necessidade de um retorno à normalidade, um retorno às garantias processuais, ao respeito pelos direitos de defesa. Como já dito, as técnicas de investigação utilizadas pelos magistrados de Milão deixaram a defesa à margem da disputa processual. Daí

derivou, na prática, um desequilíbrio em favor da acusação, que não poderia ser tolerado em longo prazo.

No final de 1994, com a saída da força-tarefa de um de seus membros mais representativos, pode-se dizer encerrado aquele que podemos considerar o “primeiro tempo” da Operação Mãos Limpas<sup>11</sup>. Uma classe dirigente foi enviada para casa. Uma outra, mais ou menos nova, lhe sucedeu. A opinião pública está dividida. Não está mais mobilizada e acriticamente alinhada com os magistrados. Resta comemorar centenas de processos instruídos naqueles dois anos, com defensores que se sentiram privados de direitos percebidos como componentes essenciais de um processo justo, como o direito de interrogar ou contradizer as testemunhas de acusação, o direito de realizar a sua própria investigação alternativa à do Ministério Público, o direito de se defender no processo penal, não em processos midiáticos, tramados por meios de comunicação (imprensa, televisão) impiedosos em apresentar, como culpados, réus talvez destinados a serem absolvidos. O conflito que agora será superado é aquele entre a magistratura e a advocacia. Os cinco anos seguintes ao fim da Mãos Limpas viverão desta tensão (que não podemos considerar resolvida ainda hoje, em 2016).

## 6 CONFLITO ENTRE ADVOCACIA E MAGISTRATURA: A BATALHA PELO JUSTO PROCESSO

A marginalização substancial da defesa nos muitos processos que a Operação Mãos Limpas havia propiciado, determinou – como já mencionado – um conflito duro e áspero entre a magistratura e a advocacia criminal, que já há alguns anos vinha organizando uma espécie de sindicato (a *Unione delle camere penali*). Esta organização logo se torna um elemento catalisador de um protesto que foi expresso em polêmicas abstenções de audiências judiciais e em uma contínua e

<sup>11</sup> Antonio Di Pietro deixa a Procuradoria da República de Milão em 06 de dezembro de 1994, a fim de melhor se defender de algumas acusações (de condutas corruptas) das quais sairá absolvido. Sairá definitivamente da magistratura seis meses depois, em junho de 1995, para se dedicar à política em uma nova formação liderada por ele. Sobre as circunstâncias de seu abandono, primeiro à Procuradoria da República, depois à magistratura, pode-se ler suas declarações em *Intervista su Tangentopoli*, cit.; veja-se, em particular, o capítulo *Addio alla toga*, p. 128 e ss.

agressiva atividade de *lobby* dirigida a obter as mudanças normativas indispensáveis à restauração da dignidade para a defesa do acusado.

Encerrada a inicial fase investigativa da Operação Mãos Limpas, os protestos produzirão, lentamente e com dificuldade, alguns dos resultados desejados.

Em 1995 (Lei n. 332), é revista, em sentido garantista, a disciplina da custódia cautelar. Vem igualmente reforçada a posição do defensor na fase de investigação preliminar e, em particular, no procedimento de execução das medidas coercitivas.

Em 1997 (Lei n. 267), tenta-se restaurar o direito de exame cruzado das testemunhas de acusação, que a já mencionada sentença n. 254/1992, da Corte Constitucional, tinha ajudado a redimensionar em medida verdadeiramente preocupante. A tentativa será logo neutralizada por outra sentença da Corte Constitucional (n. 361/1998), que, em essência, reafirma a possibilidade de que um réu seja condenado com base em declarações feitas ao Ministério Público e nunca passadas pelo filtro do contraexame pela defesa. Isso determinou não apenas a reação furiosa das *Camere penali*, mas também do Parlamento, que viu essencialmente usurpada a sua função legislativa. De fato, a Corte Constitucional atribuiu a si própria uma tarefa que – de acordo com muitos comentadores – não lhe pertencia ao declarar inconstitucional a norma legal que restituía ao acusado o direito de contestar as testemunhas de acusação. Assim nasce a iniciativa parlamentar que, dentro de um ano, levou a uma revisão fundamental do art. 111, da Constituição, e, em particular, do parágrafo 4.º, daquele artigo, onde hoje lemos que “a culpa do réu não pode ser provada com base em declarações dadas por quem, por livre escolha, sempre se subtraiu voluntariamente ao interrogatório por parte do imputado ou de seu defensor”. Desta nova regra, a Corte Constitucional teve que tomar conhecimento, superando a própria jurisprudência anterior, pouco sensível à exigência de garantir a formação da prova no contraditório entre as partes.

Resta não satisfeita a exigência, repetidamente apresentada pela advocacia criminal italiana, de uma separação das carreiras (hoje unificadas) entre Ministério Público e juízes, a fim de melhor garantir a imparcialidade do órgão julgante. Uma separação objetada com convicção por toda a magistratura italiana, que vê nisso um primeiro passo no sentido do enquadramento do Ministério Público na função

governamental, sob o controle do Ministério da Justiça. Diga-se, a este respeito, que a Constituição italiana de 1948, em resposta à politização do órgão de acusação experimentada durante o período fascista, pretendeu repudiar a ideia (de antiga origem francesa) que vê o Ministério Público como o representante do Poder Executivo junto à autoridade judiciária. E há quem diga, cremos que com alguma razão, que uma operação como a Mãos Limpas não teria sido realizada se o Ministério Público tivesse que obedecer às ordens do governo. No entanto, o tema da separação das carreiras (promotor e juiz) é um persistente motivo de conflito entre a advocacia criminal e a magistratura na Itália.

## 7 REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A EXPERIÊNCIA DA MÃOS LIMPAS

Meditando sobre a experiência italiana, parece-nos que podem ser tiradas conclusões críticas em relação ao comportamento de todas as categorias de sujeitos reunidos e confrontados durante a Mãos Limpas: políticos, magistrados, jornalistas, advogados. Acreditamos que nenhuma dessas categorias tem motivo para censurar-se pelos erros dos quais, considerando as coisas com a cabeça fria, seria melhor se abster. Erros quase certamente destinados a serem repetidos, porque o contexto polêmico em que se coloca o embate processual de altas apostas, frequentemente, estimula comportamentos reativos e irracionais, adotados na onda de emoções e sentimentos difíceis de controlar. Vale a pena, todavia, prodigar-se neste exercício, em uma tentativa de dar uma saída prática à exposição aqui desenvolvida.

a) Os políticos italianos – no curso do último quarto de século – frequentemente lamentaram e denunciaram a intromissão da magistratura em assuntos políticos. Disto, em retrospectiva, são os políticos que devem censurar-se, eis que – na experiência italiana – decorreu exatamente do uso de um argumento que teve um formidável efeito *boomerang*. Sabe-se que a luta política, sobretudo quando se liberta das grandes visões ideológicas e se personaliza, vive de golpes baixos, de acusações de ineficiência, deslealdade, imoralidade, etc., dirigidos a colocar em maus lençóis o adversário da vez. No entanto, em face de tais ataques, a resposta do político que se sentia agredido era sempre a mesma: isto de que sou acusado não é um crime. Com o que se pretendia minimizar o conteúdo do ataque, mas se deixava implícito (talvez sem se dar conta) outra coisa: isto é, que somente a

imputação de um crime poderia bloquear uma carreira política, e não a reprovação moral de uma conduta considerada criminalmente irrelevante. Se é assim, faz-se coincidir os limites da responsabilidade política com os da responsabilidade penal. Um erro grave, graças ao qual se reconhece somente à magistratura o poder de decidir o destino de um político.

Na realidade, os dois âmbitos de responsabilidade são e devem permanecer distintos. Nem todos os crimes são susceptíveis de entravar uma carreira política: com efeito, pode haver fatos penalmente relevantes dos quais o político assume publicamente a responsabilidade, porque são consistentes com os motivos inspiradores de suas batalhas (por exemplo, aqueles que cultivam plantas de maconha e informam a imprensa, como gesto coerente com uma campanha antiproibicionista).

Por outro lado, há comportamentos penalmente irrelevantes ou, de fato, não perseguíveis, que assinalam, todavia, a inadequação do indivíduo a desenvolver funções de representação política (a exemplo, a habitual convivência com pessoas em relação às quais existem preconceitos ou de moral duvidosa; a inclinação à deslealdade nas relações interpessoais; a escassa transparência sobre as origens de sua riqueza; a tendência a manipular a vontade dos outros). Uma organização política deve ser capaz de reconhecer e expelir de suas fileiras pessoas indignas de fazer política, antes que causem problemas que mereçam denúncia penal. Em última análise, se as diversas formações políticas selecionassem seus representantes também na medida de critérios éticos e comportamentais, reduzir-se-ia muito a dita intromissão da justiça penal em assuntos da política.

b) Quanto aos magistrados, as críticas apresentadas apontam sobretudo ao excesso de protagonismo e à politização de sua atividade em matéria penal (como atestam os estudos de C. Guarneri citados na bibliografia). Há alguma verdade nesta observação. De fato, alguns magistrados amam os holofotes da popularidade e encontram satisfação ao próprio narcisismo quando se ocupam de casos destinados a ganhar a atenção da opinião pública. E também é verdade que alguns juízes mal compreendem o significado de suas funções quando pretendem usar seus poderes para enfraquecer ou aniquilar uma facção política considerada perigosa para a sociedade: um magistrado (seja promotor ou juiz) não é um sujeito político, não foi eleito para dirigir à sua vontade a atividade repressiva; foi selecionado

burocraticamente (por concurso público) para aplicar a lei. Trata-se de fraquezas humanas e, respectivamente, de atitudes ideológicas que certamente devem ser desencorajadas no plano cultural *lato sensu*, mas são difíceis de erradicar com normas jurídicas.

Há, pois, outro aspecto, delicadíssimo, do qual pouco se ocuparam os debates doutrinários que se seguiram à experiência da Mãos Limpas. Referimo-nos ao meio pelo qual o magistrado criminal (sobretudo o Ministério Público) deveria lidar com casos que envolvem pessoas em posições de poder (político, econômico, empresarial, etc.). A queda dos privilégios de imunidade (que abrangia, principalmente, os políticos) ajudou a igualar a posição de todos os cidadãos perante a lei. Trata-se, sem dúvida, de uma afirmação da igualdade entendida como conquista da civilização; isto não pode ser negado. Necessita, todavia, realisticamente reconhecer que o processo penal, desde os seus estágios iniciais, produz efeitos imediatos e, por assim dizer, inevitavelmente “nocivos” no tecido social. Uma investigação criminal perturba não só a vida de quem a sofre, mas também das pessoas que lhe são próximas: vizinhos, parentes, amigos, colegas de trabalho, etc. Quando é dirigida contra uma pessoa em posição de responsabilidade especial (política, administrativa, econômica), o âmbito dos sujeitos que podem padecer, indiretamente, dos efeitos “nocivos” da iniciativa judiciária se alarga proporcionalmente à posição de ápice ocupada pelo imputado em seu âmbito social. Esta afirmação não deve inspirar a reprimenda de inaceitáveis formas de privilégio, que, além disso, a opinião pública não entenderia ou aceitaria. Se, em linha geral e abstrata, não se pode instituir tratamentos privilegiados, no plano prático é, todavia, oportuno ter em conta a diferença que – de fato – existe entre o imputado, por assim dizer, comum e aquele um pouco especial em razão dos reflexos sociais negativos que o processo, por conta deste, pode ter. Nenhum tratamento de favor; antes, uma atenção às consequências nefastas do processo penal, as quais – repetimos – é oportuno que a magistratura (sobretudo o Ministério Público) enfrente concretamente.

Dever-se-á, portanto, usar uma cautela particular no controle das notícias de crime em face de “homens de poder”, mais expostos do que os cidadãos comuns a partidárias campanhas de imprensa ou a ataques políticos que não hesitam em usar a via judiciária para amplificar o efeito de degradação pessoal que a investigação

criminal quase sempre comporta. Na Itália, depois da Mãos Limpas, tivemos numerosos exemplos de políticos imprudentemente submetidos a processo como resultado de superficiais acusações que se revelaram, em seguida, infundadas: enquanto isso, porém, o dano já está causado; o político teve que abandonar o cargo e a absolvição final não restitui aos cidadãos, que por ele se sentiam representados, o tempo perdido longe das funções que forçosamente deixou.

Particular cuidado deve também ser tomado em manter no maior sigilo possível as informações sobre procedimentos relativos a “homens de poder”, para evitar a instrumentalização que os meios de comunicação estão prontos (e felizes) a fazer. Em suma, o magistrado deve andar em linha reta no seu caminho. O “homem de poder” – desprovido de qualquer imunidade – que violou a lei penal deve ser perseguido. Devem ser usados, porém, aqueles meios (organizacionais, práticos) capazes de minimizar as consequências sociais negativas de eventual investigação criminal.

O estabelecimento de boas práticas neste delicado âmbito de relações entre justiça e política seria provavelmente facilitada por uma reforma do ordenamento judiciário que separasse – também no plano organizacional – a carreira do Ministério Público daquela do juiz. A proposta – como já mencionado – recebe oposição da magistratura italiana, com grande determinação, particularmente ciosa das prerrogativas que a constituição política a reconhece. Se, todavia, fosse possível implementar a separação, garantindo ao mesmo tempo a autonomia e independência de todos os magistrados (promotores e juízes), resultariam melhor definidos os papéis e modalidades de trabalho no Ministério Público, com a consequência de que o órgão de acusação teria uma percepção mais limitada de suas próprias tarefas e congruente com as suas atribuições institucionais. Um promotor que age percebendo-se como um juiz imparcial trabalha sobre um *background* psicológico pouco reconfortante para quem sofre a investigação: e a situação é compreensivelmente mais delicada quando o réu é um político.

c) Chegamos aos jornalistas. A quantidade de interesses afetados pelo processo em face de empresários e políticos torna compreensível a atenção mórbida que os meios de comunicação (imprensa, TV, etc.) reservam a tais eventos. A experiência da Mãos Limpas pôs em evidência a densa rede de relações que tende

a se estabelecer entre a magistratura e a imprensa quando um político ou empresário acaba sob investigação.

Ao longo dos anos, estas relações se tornaram mais intensas e misteriosas, no interesse de ambas as partes: os magistrados ganham em notoriedade, dando destaque ao seu trabalho. Os jornalistas obtêm antecipadamente informações, muitas vezes sigilosas, a fim de expandir a esfera de seus leitores ou espectadores. Afinal, qualquer um que pretenda usar obliquamente a justiça como instrumento de luta política, mira exatamente sobre a imprensa para desacreditar os adversários políticos, difundindo notícias sobre o seu envolvimento em investigações criminais.

Esta má prática está na origem do fenômeno chamado “processo midiático”: um processo paralelo àquele conduzido pela autoridade judiciária, onde os fatos são reconstruídos com mal dissimulada imparcialidade pelo jornalista e sua equipe. São publicados (em transmissões televisivas e agora nas extensões *web* dos principais jornais nacionais) trechos de interceptações telefônicas, resumos de declarações de testemunhas, pareceres de peritos, que fornecem ao leitor elementos suficientes para formar – por conta própria – um juízo, normalmente de culpa. Se, então, o processo judicial real é concluído com uma absolvição, restaria ainda a dúvida de que a decisão favorável ao acusado é consequência do excesso de formalismo processual que sufoca a justiça penal.

O “processo midiático” é um fruto envenenado que contamina, de fora, o processo judicial, condicionando fortemente o ambiente no qual farão valer os seus argumentos e trabalharão – com vistas à verdadeira sentença – juízes, defensores, promotores, imputados. Em relação a este fenômeno deplorável, não podem ser responsabilizados os jornalistas. Não se pode francamente esperar que eles não publiquem notícias em que a massa de leitores está muito interessada. É o seu trabalho. Além disso, a liberdade de imprensa é um ingrediente essencial de uma sociedade democrática e certamente não pode ser limitada quando a notícia diz respeito a pessoas com responsabilidades públicas, sobre cuja conduta anormal ou ilegal o cidadão comum, compreensivelmente, quer ser informado. Uma coisa, no entanto, é informar, outra é construir (na televisão) um falso julgamento, com atores-figurantes no lugar dos verdadeiros sujeitos processuais, como já vimos muitas vezes na Itália nos últimos anos: esta não é a liberdade de imprensa; é, ao invés, um entrave ou um condicionamento do processo judicial realizado nas formas e com as

garantias que o “processo mediático” não é obrigado a respeitar. Disto, se alguma coisa, os jornalistas (não todos, obviamente) são censuráveis: ceder à tentação de organizar um processo paralelo, muitas vezes por exigências de audiência e espetacularização: um processo, todavia, suscetível de surtir efeitos tremendamente negativos para o acusado.

d) Restam algumas observações a fazer sobre outro componente subjetivo que anima a cena judicial: a advocacia. Ela não pode ser censurada por certas distorções de que padeceu a justiça penal italiana durante e após a experiência da Mãos Limpas. No fundo, os defensores sofreram – durante quase uma década, de 1992 a 1999 – com o excessivo poder do Ministério Público. Na verdade, é necessário dar crédito a muitos deles – em particular aqueles reunidos na *Unione delle Camere penali* – por haverem lutado com determinação para afirmar as razões do garantismo, diante de uma opinião pública muito cética sobre a validade de tais razões. Como já observado, a chamada reforma constitucional do “justo processo” (novembro de 1999), que aparou do juízo penal certas arestas inquisitórias, é em grande parte mérito da advocacia.

O que, se alguma coisa, pode ser reprovável às organizações de advogados criminais é a falta de vontade em cultivar espaços de reflexão comum com as associações de juízes. O excesso crítico que existe em muitas tomadas de posição – também isso um mau legado da Mãos Limpas – não contribui à pesquisa e à identificação de soluções razoáveis e ao desenvolvimento de boas práticas que tornem menos injusta a cotidiana administração da justiça. Magistrados e advogados vivem os mesmos eventos, compartilham uma forçada vida cotidiana, têm problemas, em parte, comuns: depois da temporada de conflitos, é interesse de todos (até mesmo da comunidade) que se encontrem espaços comuns de diálogo e um quadro de valores a partilhar.

## 8 QUAIS LIÇÕES?

Qual conclusão se pode tirar da experiência aqui descrita? Quais lições? As opiniões ainda estão divididas na Itália. Há quem veja na Mãos Limpas uma salutar obra de regeneração ética, tornada possível por uma magistratura finalmente

independente do poder político. Uma obra quiçá anômala de transformação do quadro político, feita pela via judiciária diante da incapacidade da classe política de reformar a si própria<sup>12</sup>. Outros, entretanto, estão inclinados a pensar que a Operação Mãos Limpas perigosamente desorientou a relação entre os poderes do Estado, entre magistratura e política, atribuindo aos procuradores e juízes poderes, de fato, incontrolláveis e sem contrapesos, especialmente quando as suas iniciativas são sustentadas por movimentos irracionais da opinião pública<sup>13</sup>.

Aos magistrados da Mãos Limpas vem, da maioria, o reconhecimento do mérito (ou da coragem) de ver penalmente perseguidas, com grande determinação, pessoas influentes na política e na economia; pessoas até então consideradas intocáveis. A magistratura tinha finalmente feito o que, nos últimos anos, não se atrevera a fazer, senão esporadicamente: perseguir os ricos e poderosos. Todos são iguais perante a lei. Esta foi a mensagem, no fim das contas, positiva e inebriante (para a opinião pública majoritária), que facilmente se associava à iniciativa dos magistrados milaneses. Mas a isto se conectavam aspectos negativos e preocupantes que, anos mais tarde, podemos compreender com maior clareza<sup>14</sup>.

O primeiro entre estes aspectos negativos, a crise e, pode-se dizer, o declínio do garantismo de marca progressista. A experiência da Mãos Limpas teve o estranho e paradoxal efeito de transformar os velhos garantistas em reacionários e os velhos reacionários em garantistas. A *intelligentsia* liberal e progressista, desde sempre alinhada, naturalmente, em favor dos direitos individuais no processo penal, foi induzida a tomar partido da acusação e se pôs, sem hesitação, ao lado do Ministério Público, contra os políticos corruptos, percebidos como representantes de um mundo conservador destinado a um inglorioso declínio. Em contrapartida, os expoentes da cultura conservadora descobriram o garantismo, no momento em que muitos de seus homens terminaram sob inquérito; mas, tratava-se de um garantismo

<sup>12</sup> Tal, por exemplo, a opinião de G. BARBACETTO, P. GOMEZ, M. TRAVAGLIO, autores da obra *Mani pulite. La vera storia 20 anni dopo*, Chiarelettere, Milão, 2012.

<sup>13</sup> Esta é a opinião prevalente no jornalismo da direita italiana, em numerosos artigos de jornais polêmicos contra o superpoder da magistratura experimentado durante a experiência da Mãos Limpas. Exemplar, a este respeito, a opinião manifestada por L. Amicone, na entrevista ao magistrado Carlo Nordio (*Processo al processo. L'insostenibile strapotere di noi pubblici ministeri*), publicada em: <<http://www.tempi.it/processo-al-processo-insostenibile-strapotere-di-noi-pm#.V3ZDW45Uvqs>>.

<sup>14</sup> Para um relato atento e equilibrado sobre os aspectos também negativos da Mãos Limpas, veja-se D. Nelken, *Il significato di Tangentopoli: la risposta giudiziaria alla corruzione e i suoi limiti*, in *Storia d'Italia*, Annali vol. XIV, *Legge, diritto, giustizia*, Einaudi, Turim, 1997, p. 596 e ss.

“interesseiro”, que pareceu pouco sincero e privado do idealismo iluminista que era uma característica típica do garantismo progressista. Ninguém, na Itália, com muito poucas exceções, que não fizeram notícia, poderia ser dito um verdadeiro garantista, depois da Mãos Limpas<sup>15</sup>. Este foi um dos frutos mais amargos daquela experiência, do qual ainda hoje sofremos o reflexo no plano jurídico-cultural.

O outro efeito negativo está – em nossa opinião – no curto-circuito entre política e justiça que a investigação milanesa acabou por provocar. Subitamente, ficou claro que para minar um governo, uma administração local, um líder de partido, a acusação criminal era um meio muito mais rápido e eficaz do que uma longa e cansativa batalha travada com as armas da política. Descobriu-se, em outras palavras, que o processo judicial era muito mais direto e letal do que o confronto e a diatribe eleitoral. Daí o uso anômalo e distorcido do processo penal como arma política, que, desde então, tem caracterizado cada vez mais a arena política na Itália. Um costume não apenas italiano, pode-se dizer, dada a dramática experiência que o Brasil vive nos dias de hoje.

Aquele curto-circuito teve um ulterior efeito preocupante: a criação de um vácuo de poder, sempre perigoso em um estado democrático, exposto ao risco – percebido pela prevalente opinião pública como uma oportunidade – de que o vazio seja preenchido por homens “fortes”, de inspiração autoritária, que estariam “naturalmente” ao lado do povo. É um risco que a Itália correu com a aventura berlusconiana, que durou cerca de vinte anos. Se não houve submissão às pulsões autoritárias – apesar de presentes em algumas forças políticas dos governos liderados por Silvio Berlusconi – isto se deve essencialmente à inclusão do Estado italiano no contexto político-constitucional europeu: seja o pertencimento à União Europeia, seja a adesão ao Conselho da Europa, com o vínculo que daí deriva em relação à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, agiram como fatores determinantes para evitar tendências não liberais.

Nisto, verifica-se uma significativa diferença entre o vácuo de poder experimentado na Itália, em 1994, e aquele que está sendo produzido como

---

<sup>15</sup> Uma exceção é representada por uma organização dos advogados criminalistas – *l'Unione delle Camere penali Italiane* – que buscou contrastar a involução inquisitória do nosso sistema processual, contribuindo de maneira significativa à reforma constitucional apelidada de “justo processo”. Instituída em 1982, *l'Unione delle Camere penali Italiane* conta com aproximadamente oito mil associados.

resultado da Operação Lava Jato. O Estado brasileiro tem menos vínculos internacionais do que aqueles que (afortunadamente) condicionaram e tem condicionado a soberania italiana. Limitando-se a um par de exemplos, os efeitos positivos sobre a liberdade dos cidadãos italianos das decisões emitidas pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos são significativos e sérios para os Estados-membros do Conselho da Europa. Não tanto como nos parece que se possa dizer das decisões proferidas pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos sobre o destino dos cidadãos brasileiros. E um discurso análogo vale para as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, chamadas a dar prevalência ao direito da União sobre as normativas de cada Estado. A sua jurisprudência, inspirada nos princípios insculpidos no Tratado de Lisboa, a partir da tutela “da dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito aos direitos humanos” (art. 2º do Tratado citado).

Acrescente-se que o uso frequente do processo penal como meio para se livrar de um adversário político altera de maneira perigosa a relação entre a classe política e a magistratura: cada iniciativa da primeira dirigida a interferir com as atividades da segunda tende a ser interpretada como obstáculo à apuração de verdades incômodas para a parte política posta à mira. Por outro lado, iniciativas conscienciosas da magistratura em relação aos políticos, durante as campanhas eleitorais ou em momentos delicados de suas carreiras, muitas vezes surgem como perseguição destinada a favorecer os adversários.

Todos os atores do sistema foram enfraquecidos: acaba a confiança no Judiciário, quando se suspeita de sua instrumentalização para fins políticos; deteriora-se o relacionamento com a classe política, quando o político posto sob investigação é descrito e tomado como o representante de uma “casta” que, contando com a força derivada do sufrágio eleitoral, não suporta os entraves resultantes da iniciativa judiciária que o envolve.

A desconfiança na magistratura pode se desenvolver e crescer também em consequência de outro conflito além daquele tratado no parágrafo precedente. A experiência da Mãos Limpas – como mencionado – terminou por alterar, ao ponto de se tornar patológica, a relação entre a magistratura e a advocacia. O processo penal deveria ser o lugar onde os conflitos, sejam sociais, sejam interpessoais, são enfrentados no plano de uma cívica e complexa disputa argumentativa, com respeito

aos papéis que cada sujeito desempenha. Nos últimos anos, no entanto, com frequência, a cena processual se torna lugar de furioso confronto, onde acusação e defesa se acusam mutuamente de abusar dos direitos ou das faculdades a elas atribuídas pela lei processual e onde o juiz luta para dar a imagem de imparcialidade essencial para que o exercício da jurisdição penal possa ser percebido e aceito como “justo”. Sobre este terreno, há muito trabalho a ser feito, pelo menos na Itália. Muitas desconfianças, manifestadas publicamente nos processos da Mãos Limpas, nas relações entre defensores e acusadores, precisam ser superadas.

E nem mesmo se pode dizer que a exemplar experiência vivida no biênio 1992-1994 tenha servido para erradicar o fenômeno da corrupção política. Estão agora em curso, na Itália, centenas de processos judiciais contra empresários acusados de pagar políticos para ter em troca favores de todo tipo. Algumas investigações recentes revelaram práticas de malfeitos em que os protagonistas eram ainda os mesmos que tinham sido julgados e condenados na época da Mãos Limpas.

O governo correu para se proteger, criando (em 2014) uma autoridade especial (*Autorità Nazionale Anticorruzione*) com a tarefa de prevenir práticas inidôneas através de um estreito monitoramento dos contratos públicos e atividades empresariais financiadas com fundos estatais ou regionais: sinal de que a repressão se mostrou totalmente inadequada para lidar com um fenômeno criminoso capaz de se regenerar em formas sempre diversas e insidiosas.

Piercamillo Davigo, um dos magistrados do *pool* investigativo da Mãos Limpas, recém-eleito presidente da Associação Nacional de Magistrados, traçou um balanço deprimente da experiência, admitindo, essencialmente, o fracasso. Numa entrevista publicada em abril de 2016, num jornal italiano, quando perguntado se a situação hoje (no que diz respeito à disseminação de práticas de corrupção) é a mesma dos anos 90, Davigo responde seco: “É pior do que então. É como aquela anedota inventada sob o fascismo. O governante da província chega a uma pequena cidade e a encontra infestada por moscas e mosquitos; queixa-se ao prefeito: ‘Aqui

não se faz a batalha contra as moscas?’. ‘A fizemos – diz o prefeito. Só que as moscas venceram’. Pois, na Itália, venceram as moscas. Os corruptos”<sup>16</sup>.

## 9 REFERÊNCIAS

### **Bibliografia essencial (em ordem cronológica) sobre a Mãos Limpas e sobre o fim da Primeira República**

- A. BECCARIA, G. MARCUCCI, **I segreti di Tangentopoli. 1992: l'anno che ha cambiato l'Italia**, Newton Compton editores, 2015;
- C. GUARNERI. I protagonisti del processo penale: i magistrati, in **Il diritto penale fra scienza e politica**, Bolonha, Bononia University Press, 2015, pp. 209 – 218;
- B. CRAXI, **Io parlo e continuerò a parlare. Note appunti sull'Italia vista da Hammamet**, Mondadori, Milão, 2014;
- G. PASQUINO, **Finale di partita. Tramonto di una repubblica**, Università Bocconi, Milão, 2013;
- G. BARBACETTO, P. GOMEZ, M. TRAVAGLIO, **Mani pulite. La vera storia 20 anni dopo**, Chiarelettere, Milão, 2012;
- M. DAMILANO, **Eutanasia di un potere**, Laterza. Roma-Bari, 2012;
- P. DAVIGO, L. SISTI, **Processo all'italiana**, Laterza, Roma-Bari, 2012;
- L. FERRAJOLI, **Poteri selvaggi, La crisi della democrazia italiana**, Laterza, Roma-Bari, 2011;
- C. GUARNIERI, Judicial Politicization, in **Encyclopedia of Law and Society**, Londres, SAGE, 2007, pp. 1025 – 1029;
- S. COLARIZI, M. GERVASONI, **La cruna dell'ago. Craxi, il partito socialista e la crisi della Repubblica**, Laterza, Roma-Bari, 2006;
- C. GUARNIERI, **Giustizia e politica. I nodi della seconda Repubblica**, il Mulino, Bolonha, 2003;
- A. DI PIETRO, **Intervista su Tangentopoli**, organizado por G. VALENTINI, Laterza, Roma-Bari, 2000;
- A. DI PIETRO, **Memoria. Gli intrighi e i veleni contro “Mani pulite”**, Kaos Edizioni, Milão, 1999;
- P. GIGLIOLI, S. CAVICCHIOLI, G. FELE, **Rituali di degradazione. Anatomia del processo Cusani**, il Mulino, Bolonha 1997;
- D. NELKEN, Il significato di Tangentopoli: la risposta giudiziaria alla corruzione e i suoi limiti, in *Storia d'Italia, Annali vol. XIV, Legge, diritto, giustizia*, Einaudi, Turim, 1997, p. 596 ss.
- P. COLAPRICO, **Capire Tangentopoli. Un manuale per capire, un saggio per riflettere**, Il saggiatore, Milão, 1996;

<sup>16</sup> *Corriere della sera*, 16 de abril de 2016. O texto da entrevista pode ser lido em: Disponível em: <[http://www.corriere.it/politica/16\\_aprile\\_22/davigo-politici-continuano-rubare-ma-non-si-vergognano-piu-86ad1ea2-07f3-11e6-baf8-98a4d70964e5.shtml](http://www.corriere.it/politica/16_aprile_22/davigo-politici-continuano-rubare-ma-non-si-vergognano-piu-86ad1ea2-07f3-11e6-baf8-98a4d70964e5.shtml)>.

R. ORLANDI, Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell’inquisitio generalis?, in **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1996, 568 e ss.;

M. TEODORI, **Ladri di democrazia. Dalla P2 a Tangentopoli. Il malaffare politico che ha portato alla fine della Repubblica**, Pironti editore, Nápoles, 1994;

G. M. BELLU, S. BONSANTI, **Il crollo. Andreotti, Craxi e il loro regime**, Laterza, Roma-Bari, 1993;

G. MONCALVO, Di PIETRO, **Il giudice terremoto, l’uomo della speranza**, Edizioni Paoline, Ferrara, 1992.

# LA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE NEL SISTEMA AMMINISTRATIVO: IMPULSI DEL DIRITTO EUROPEO E TENDENZE EVOLUTIVE DELLA LEGISLAZIONE ITALIANA<sup>1</sup>

## PREVENTION OF THE CORRUPTION IN THE ADMINISTRATIVE SYSTEM: IMPULSES OF THE EUROPEAN LAW AND EVOLUTIONARY TRENDS OF THE ITALIAN LAW<sup>2</sup>

Nicola Gullo<sup>3</sup>

### Sintesi

La Comunità internazionale ha dimostrato negli ultimi decenni una crescente attenzione per il fenomeno della corruzione, sia quella nazionale che quella internazionale, perché viene considerato un fattore di ostacolo al corretto funzionamento dei mercati internazionali e alla modernizzazione degli Stati. Le principali organizzazioni internazionali hanno promosso la stipula di trattati multilaterali o hanno adottato atti di indirizzo con i quali si è cercato di promuovere l'armonizzazione penale degli ordinamenti statali. Accanto al rafforzamento della tutela penale, le istituzioni internazionali, soprattutto di livello europeo, hanno sollecitato anche l'introduzione di strumenti di prevenzione amministrativa della corruzione. La legislazione italiana si è adeguata a queste esigenze di ordine internazionale elaborando un complesso modello giuridico di prevenzione della corruzione, che prevede tra l'altro la creazione dell'Autorità nazionale anticorruzione.

**Parole-chiave:** Corruzione. Repressione penale. Organizzazioni internazionali. Ordinamento europeo. Prevenzione amministrativa. Riforma della pubblica amministrazione. Gestione del rischio corruzione.

### Abstract

In the last decades the International Community has shown an increasing attention for the phenomenon of corruption, both at the national and international level, because it is considered as an obstacle to the correct functioning of international markets and to the modernization of States. Major international organizations, such as the U.N. or the OECD, have promoted the stipulation of multilateral conventions or have adopted directives with which they have tried to promote the harmonization of the State's criminal law. Along with the strengthening of criminal punishment, international institutions, in particular at the European level, have also solicited the introduction of tools of administrative prevention of corruption. The Italian legislation has adapted to these international requirements elaborating a complex legal model

<sup>1</sup> Artigo submetido em 02/09/2016, pareceres de análise em 10/10/2016 e 13/10/2016, aprovação comunicada em 17/10/2016.

<sup>2</sup> Si tratta del testo rivisto della relazione presentata al I Congresso Ítalo-brasilero de Direito Administrativo e de Direito Constitucional, "Constituição, Estado e Democracia", organizzato dalla Faculdade de Direito – UFPR a Curitiba nei giorni 28 e 29 settembre 2015.

<sup>3</sup> Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Palermo, Dipartimento di Giurisprudenza. Indirizzo di posta elettronica: <nicola.gullo@unipa.it>.

of prevention of corruption, which also provides for the creation of the national anti-corruption authority.

**Keywords:** Corruption. Criminal Punishment. International Organizations. European System. Administrative Prevention. Reform of the Public Administration. Management of the Corruption Risk.

**Sommario.** 1. *Premessa. La dimensione internazionale della corruzione;* 2. *Il contrasto alla corruzione nell'ordinamento internazionale;* 3. *La lotta alla corruzione in ambito europeo;* 4. *Le iniziative di livello europeo per la prevenzione amministrativa della corruzione;* 4.1. *Il ruolo del Consiglio d'Europa;* 4.2. *L'azione dell'Unione europea;* 5. *Le evoluzioni della legislazione italiana in materia di prevenzione amministrativa della corruzione;* 5.1. *Le principali innovazioni di carattere amministrativo introdotte dalla legge "anticorruzione";* 6. *Conclusioni. La politica di prevenzione della corruzione e le trasformazioni del sistema amministrativo italiano;* 7. *Riferimenti bibliografici.*

## 1 PREMESSA. LA DIMENSIONE INTERNAZIONALE DELLA CORRUZIONE

La corruzione rappresenta storicamente un problema rilevante per il funzionamento e la stabilità degli ordinamenti statali<sup>4</sup>. Infatti, la diffusione di episodi di corruzione tra i politici e i funzionari pubblici contribuisce a delegittimare il sistema politico-amministrativo, altera il circuito democratico della rappresentanza politica, incide sul corretto esercizio dei poteri pubblici e favorisce lo spreco di risorse pubbliche (Cfr. D'ALBERTI; FINOCCHI, 1994)<sup>5</sup>.

Peraltro, la fenomenologia corruttiva è diventata sempre più complessa, dato che ai tradizionali soggetti della fattispecie criminale – soggetto pubblico-corrutto e soggetto privato-corruttore – si sovrappongono molto spesso altre figure con compiti di mediazione delle transazioni illecite, rendendo in tal modo più difficili l'emersione e l'accertamento delle responsabilità<sup>6</sup>.

Per spiegare la proliferazione delle pratiche corruttive, nella letteratura sociologica e criminologica sono state elaborate due principali teorie, che differiscono con riguardo all'individuazione della causa dei fenomeni corruttivi nelle società contemporanee.

In base ad una prima posizione la matrice della corruzione è essenzialmente economica, nel senso che le scelte sottese al pagamento o all'accettazione di

<sup>4</sup> Sull'evoluzione del fenomeno della corruzione si veda la ricostruzione di BRIOSCHI (2004).

<sup>5</sup> Per uno studio paradigmatico sui rapporti tra crimine organizzato e governo locale nella prospettiva della corruzione si rinvia a GARDINER (1970).

<sup>6</sup> Per un attento esame delle diverse manifestazioni della corruzione si veda MONGILLO (2012, p. 8 ss).

tangenti sono il risultato di un calcolo razionale compiuto dai soggetti coinvolti nella transazione illecita, che tendono a confrontare i costi (in cui vi rientrano la probabilità di essere scoperti e la severità delle sanzioni previste) e i vantaggi attesi dal comportamento illecito con i costi che derivano dalle alternative disponibili<sup>7</sup>.

Una seconda teoria ritiene che la causa della corruzione sia di ordine socio-culturale, in quanto la presenza di pratiche corruttive nei sistemi socio-istituzionali dipende dal grado di radicamento dei valori morali nella società civile e dal consolidamento dello “spirito di corpo” e del senso dello Stato tra i funzionari pubblici. Secondo questa ricostruzione, allora la corruzione è tanto meno diffusa quanto maggiore è l’adesione sia individuale che collettiva al complesso di valori che ispira la legislazione e la sua applicazione ai rapporti sociali (Cfr. VITALE; GERONZIO, 2010).

In realtà, i due modelli interpretativi non sono da considerare del tutto contrapposti, ma possono essere visti come complementari, avendo entrambi influenzato le recenti politiche di contrasto alla corruzione<sup>8</sup>.

Nel corso degli ultimi decenni, peraltro, è andata aumentando anche la capacità di rilevazione degli effetti negativi che scaturiscono dalla proliferazione delle pratiche corruttive, che sono idonee ad incidere su diversi aspetti della convivenza civile e dell’economia nazionale. Si tratta di una consapevolezza che si è formata attraverso le conoscenze acquisite non soltanto nell’ambito di ricerche scientifiche di settore<sup>9</sup>, ma anche in base ad una serie di studi ed approfondimenti specialistici che sono stati promossi da istituzioni pubbliche<sup>10</sup> e da organizzazioni non governative<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Si tratta di una visione politico-criminale informata agli assunti utilitaristici del *rational choice approach*, secondo cui l’essere umano è un attore razionale che soppesa costi e benefici per compiere una scelta ottimale. Per quanto riguarda questa interpretazione della corruzione esiste una bibliografia ormai sterminata: si vedano, tra gli altri (ROSE-ACKERMAN, 1978; ADES; TELLA, 1997, p. 496 ss.; JAIN, 2001; CENTORRINO; LISCIANDRA, 2010).

<sup>8</sup> Entrambe queste visioni sembrano trovare un riscontro nella legge “anticorruzione” italiana, l. 6 novembre 2012, n. 190. Alcune istituzioni internazionali, come per esempio la Banca mondiale, la corruzione è un problema essenzialmente economico (Cfr. KAUFMANN; KRAAY, 2002).

<sup>9</sup> Si vedano gli importanti contributi di DREHER; HERZFELD (2008, p. 115 ss.) e MCCHESENEY (2010, p. 218 ss.).

<sup>10</sup> Per quanto riguarda la situazione italiana si possono ricordare le periodiche relazioni della Corte dei conti: cfr., per esempio, CORTE DEI CONTI, SEZIONI RIUNITE (2012, p. 100).

<sup>11</sup> Per l’individuazione dei dati relativi al fenomeno italiano di notevole rilievo sono gli studi condotti dall’Associazione Artigiani e Piccole Imprese Mestre CGIA. Di recente la Fondazione David Hume ha elaborato per il gruppo editoriale Il Sole-24 ore un dossier sulla corruzione, attingendo però anche ai dati di altre associazioni – come Transparency International – o istituzioni pubbliche – come Eurobarometro della Commissione UE: cfr. *Il Sole 24-ore*, 21 agosto 2016, 6-7.

In particolar modo, sono stati quantificati i costi economici, mediante metodologie econometriche, e sono stati misurati gli ulteriori effetti “indiretti” che comporta una diffusione sistematica della corruzione nei sistemi politici nazionali<sup>12</sup>.

Contestualmente a questa “diagnosi” sempre più sofisticata, è emersa una dimensione internazionale del fenomeno della corruzione, che si può attribuire a diversi fattori.

Una prima circostanza riguarda l’impatto della globalizzazione dell’economia che, aumentando le occasioni di scambio commerciale tra gli Stati ed incrementando la competizione tra le imprese, può incoraggiare il tentativo di penetrazione imprenditoriale nei mercati esteri attraverso il ricorso alla tangente per ottenere vantaggi e facilitazioni dalle amministrazioni pubbliche (Sul tema MALEM SEÑA, 2004).

Un secondo fattore si può riconoscere nel ruolo delle imprese c.d. “multinazionali” (DELMAS-MARTY, 2008)<sup>13</sup> che, anche in seguito all’erosione del potere regolatorio degli Stati-nazione, sono in grado di perpetrare illeciti transnazionali, compresi quelli di tipo corruttivo, frazionando l’*iter criminis* in più territori nazionali, con il coinvolgimento delle varie componenti dell’articolazione sociale, così da ostacolare l’individuazione della responsabilità della società capogruppo. La mobilità dell’attività economica permette alle grandi *corporation*, in un’ottica di *law shopping*, cioè di scelta dell’ordinamento giuridico più favorevole<sup>14</sup>, di minimizzare anche il “rischio penale”, evitando di incorrere nelle sanzioni comminate dagli ordinamenti più severi tra quelli in competizione.

Inoltre, non va trascurato che le pratiche corruttive ormai riguardano in modo sempre più significativo anche i funzionari delle organizzazioni internazionali, che sono divenute centri decisionali e sedi di spesa quanto mai importanti sul piano economico (CASSANI; HÉRITIER LACHAT, 2011).

Comunque, sia la corruzione “domestica” o “interna”, sia la corruzione “internazionale”, realizzata cioè da pubblici ufficiali operanti nell’ambito di istituzioni

<sup>12</sup> I dati raccolti sono molto variabili. Peraltro, in una prospettiva critica sulla possibilità di procedere ad un’effettiva misurazione dei costi della corruzione si pone recentemente il Presidente dell’Autorità Nazionale Anticorruzione, Raffaele Cantone (SALERNO, 2016, p. 7).

<sup>13</sup> L’espressione preferita ultimamente da molti studiosi è impresa “transnazionale”, che può operare nello scenario economico contemporaneo (Cfr. GALGANO, 2010, p. 720 ss).

<sup>14</sup> Si vedano, per esempio, le analisi di FERRARESE (2002) e GALGANO (2005).

internazionali, sono considerate, in tutte le sedi istituzionali, come uno dei principali ostacoli alla globalizzazione economica e alla modernizzazione dei sistemi politici statali, poiché producono distorsioni concorrenziali e provocano una cattiva allocazione delle risorse pubbliche.

Non deve sorprendere, quindi, che i principali enti ed organizzazioni internazionali istituzionalmente dediti alla promozione dello sviluppo economico a livello globale – come l’Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) – o regionale – come l’Unione europea (UE) –, e perfino le banche di sviluppo multilaterali – come il Fondo Monetario Internazionale e la Banca Mondiale (ABED; GUPTA, 2002) –, abbiano inserito la lotta alla corruzione tra le priorità delle proprie agende politiche<sup>15</sup>, con l’obiettivo di stimolare le autorità nazionali ad un perfezionamento della normativa interna revisionando gli strumenti di contrasto alle pratiche corruttive. In molti casi, l’obiettivo di queste istituzioni, soprattutto di quelle a vocazione economica, non è tanto quello di preservare l’integrità e il corretto funzionamento della pubblica amministrazione coinvolta dagli illeciti corruttivi, quanto piuttosto quello di scongiurare le distorsioni concorrenziali generate dalla corruzione, salvaguardando sia la correttezza delle transazioni internazionali sia gli interessi economici dei partecipanti alla competizione globale. Pertanto, si comprende l’esigenza delle organizzazioni internazionali di rendere il più possibile omogenee le risposte repressive alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri, contribuendo a livellare il campo di gioco per le imprese operanti su scala transnazionale<sup>16</sup>.

Al fine di orientare le iniziative delle istituzioni sovranazionali e guidare le riforme legislative degli Stati è stata promossa anche a livello internazionale l’elaborazione di criteri e meccanismi di misurazione sia dei danni economici cagionati dalla corruzione, sia del grado di diffusione dei fenomeni corruttivi nei sistemi nazionali, con la predisposizione tra l’altro di veri e propri *ranking* internazionali degli Stati, in relazione al livello di corruzione che essi presentano.

Invero, i modelli di misurazione della corruzione non sono univoci, ma possono utilizzare tre diverse categorie di dati: a) i dati tratti dalle rilevazioni

<sup>15</sup> Sul ruolo degli organismi internazionali come “guerrieri dell’integrità” globali intenti a promuovere convenzioni e accordi per l’introduzione di moderni strumenti di prevenzione e contrasto (Cfr. DESOUSA; MARMOUR; HINDESS, 2008).

<sup>16</sup> In fondo, l’interesse prioritario è quello di sanzionare soprattutto la corruzione compiuta dalle imprese con funzionari di altri Paesi o internazionali (Cfr. MONGILLO, 2012, p. 29 ss).

giudiziarie; b) i dati desunti all'esito dell'applicazione di talune metodologie volte a registrare la percezione del fenomeno da parte degli intervistati; c) dati che prendono in considerazione l'esperienza diretta degli intervistati<sup>17</sup>. Quest'ultima metodologia di misurazione si avvale di indici che rilevano l'esperienza diretta degli intervistati (non già quindi la mera percezione) di episodi di corruzione, colta anche nella sua dimensione latente.

Nel contesto internazionale trovano riscontro questi differenti criteri di analisi. Per esempio, la Banca mondiale approva periodicamente il *Rating of control of corruption* (RCC), che si basa sulle opinioni espresse da imprese e cittadini<sup>18</sup>, mentre la Commissione europea con *Eurobarometer* ricorre ad un sondaggio periodico con cui rilevare anche la percentuale di cittadini che hanno ricevuto la richiesta o l'offerta di una tangente negli ultimi dodici mesi di riferimento (EUROBAROMETER, 2009)<sup>19</sup>.

Un contributo significativo a questa attività di raccolta dei dati viene offerto da un'organizzazione non governativa, la *Transparency International*<sup>20</sup>, che registra il livello di corruzione percepita in tutti i paesi del mondo. Lo strumento fondamentale è costituito dal *Corruption Perception Index* (CPI), ossia l'indicatore pubblicato annualmente, a partire dal 1995, che ordina i paesi del mondo sulla base del livello di corruzione, intesa in senso ampio come "l'abuso di pubblici uffici per il guadagno privato", che è percepita da parte dei cittadini. Le rilevazioni effettuate da *Transparency International* attraverso il *Global Corruption Barometer*<sup>21</sup> (GCB)

<sup>17</sup> Con riferimento a queste tre diverse metodologie di rilevazione, il RAPPORTO DELLA COMMISSIONE PER LO STUDIO E L'ELABORAZIONE DI PROPOSTE IN TEMA DI TRASPARENZA E PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (2012, p. 9), evidenzia che «le misurazioni fondate sulla percezione del fenomeno presentano vantaggi e svantaggi speculari rispetto a quelli ascrivibili ai dati giudiziari: le prime consentono la comparazione a livello internazionale, il riscontro di aspetti di rilievo per le politiche di prevenzione e promozione dell'integrità oltre che di profili utili per determinare gli effetti della corruzione».

<sup>18</sup> Cfr. <[info.worldbank.org/governance/wgi/](http://info.worldbank.org/governance/wgi/)>.

<sup>19</sup> *Eurobarometer* è il nome della pubblicazione ad opera Commissione Europea che misura ed analizza le tendenze dell'opinione pubblica in tutti gli Stati membri e nei paesi candidati ad entrare nell'UE.

<sup>20</sup> *Transparency International* è una ONG internazionale per la lotta alla corruzione, fondata nel 1993, con sede a Berlino, il cui annuale *Corruption Perception Index*, basato sulle opinioni di osservatori privilegiati e di sondaggi, è molto utilizzato nella ricerca scientifica: cfr. <[cpi.transparency.org/cpi2011/results](http://cpi.transparency.org/cpi2011/results) e [www.transparency.it](http://www.transparency.it)>.

<sup>21</sup> Il GCB, ideato nel 2003 da *Transparency International* in collaborazione con Gallup International, è un sondaggio che si rivolge direttamente ai cittadini, approfondendo la loro percezione della diffusione della corruzione in vari settori (es. politica, magistratura, settore privato, Istituzioni pubbliche, informazione, etc.). Con più di 110.000 persone intervistate in oltre 100 Paesi del

consentono, peraltro, di valutare la percezione del fenomeno corruttivo con riferimento a specifiche istituzioni.

I dati che emergono da questi diversi modelli di rilevazione hanno, comunque, un notevole impatto sull'opinione pubblica internazionale per quanto riguarda l'affidabilità e l'autorevolezza delle istituzioni e delle economie dei singoli Paesi.

I legislatori statali, per effetto della pressione internazionale, oltre che per esigenze endogene di rinnovamento della classe politica ed amministrativa, hanno approvato, nel corso degli ultimi decenni, importanti misure per contrastare il fenomeno corruttivo, non solo intervenendo sul versante della repressione penale, ma anche operando sul versante della prevenzione amministrativa, cioè dell'introduzione di forme di controllo, regole e *standard* di comportamento in grado di impedire od ostacolare la realizzazione di comportamenti corruttivi da parte delle pubbliche amministrazioni.

Questa evoluzione della politica anticorruzione è stata specificamente sollecitata anche da diversi documenti adottati da enti internazionali, con i quali è stato richiesto alle autorità statali un approccio integrato nella lotta alla corruzione.

Il presente lavoro si propone di esaminare le indicazioni più rilevanti che si possono trarre dall'ordinamento internazionale, soprattutto da quello europeo, ponendo attenzione non soltanto alla prospettiva della repressione penale, ma anche all'attività di prevenzione di carattere amministrativo.

## 2 IL CONTRASTO ALLA CORRUZIONE NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE

Di fronte ai problemi posti dalla diffusione delle pratiche corruttive su scala internazionale, spesso realizzate dalle imprese multinazionali, la Comunità internazionale ha ritenuto del tutto insufficiente la via dell'autoregolamentazione e delle *market sanctions* per correggere prassi o comportamenti devianti degli operatori economici e ha intrapreso un'azione per favorire un'armonizzazione delle norme penali sia in ambito regionale che globale, secondo un approccio *top-down*.

---

mondo, il *Global Corruption Barometer* è un sondaggio d'opinione sulla corruzione di livello globale.

Le iniziative preordinate ad elaborare principi e regole globali in tema di responsabilità delle imprese multinazionali e di contrasto alla corruzione hanno prevalentemente assunto la forma flessibile della c.d. *soft law*<sup>22</sup>: in particolare, codici di condotta, linee guida, strumenti di *corporate social responsibility* (CSR).

Tra i codici di condotta si può annoverare il *Global Compact* (Gc), un programma d'azione lanciato dal Segretario Generale dell'Onu Kofi Annan nel 1999, per incoraggiare le imprese transnazionali «ad informare le loro attività e strategie a dieci principi universalmente accettati nelle aree dei diritti umani, del lavoro, dell'ambiente e del contrasto alla corruzione»<sup>23</sup>.

Per quanto riguarda le linee guida si possono richiamare i *Guiding Principles on Business and Human Rights*, emanati dall'ONU il 16 giugno 2011, e *Le linee guida destinate alle imprese multinazionali*, elaborate dall'Ocse nel 1976 e più volte aggiornate<sup>24</sup>.

Le raccomandazioni non vincolanti sono state ampiamente utilizzate a livello internazionale per il contrasto alla corruzione<sup>25</sup>. L'OCSE è stata molto attiva emanando diverse raccomandazioni, come la *Raccomandazione per contrastare ulteriormente la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni economiche internazionali* del 26 novembre 2009, o la *Raccomandazione sul rafforzamento dell'integrità negli appalti pubblici*, del 16 ottobre 2008<sup>26</sup>. Inoltre, si può ricordare la formulazione dei *Principles for Integrity in Public Procurement* nel 2009, in cui si evidenzia la necessità di adottare ulteriori misure per prevenire i rischi di corruzione nel corso dell'intera procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici, a partire dalla fase della valutazione delle necessità fino alla gestione del contratto e al pagamento.

<sup>22</sup> L'espressione *soft law* rinvia ad un insieme eterogeneo di regole, accomunate dal fatto di essere dotate di una consistente effettività senza essere propriamente coercibili: LA SPINA; MAJONE (2002, spec. 86 ss.).

<sup>23</sup> Il principio 10 riguarda il contrasto alla corruzione e prevede che «le imprese si impegnano a contrastare la corruzione in tutte le sue forme, inclusa l'estorsione e le tangenti». Il Gc fornisce alle imprese alcuni parametri essenziali per la lotta alla corruzione: per un approfondimento SCISO (2011, p. 209 ss.).

<sup>24</sup> Le linee guida per le imprese multinazionali puntano a promuovere la partecipazione attiva delle imprese nella lotta agli illeciti e specificamente in materiale ambientale e di contrasto alla corruzione.

<sup>25</sup> Le raccomandazioni, nel diritto internazionale, sono una categoria di *soft law*, in quanto si tratta di atti non vincolanti per gli Stati membri, ma dotati di una rilevanza giuridica, perché producono un effetto di liceità: CONFORTI (2014, p. 182 ss.).

<sup>26</sup> Come si avrà modo di precisare, alcune di queste raccomandazioni sono collegate alla Convenzione Ocse contro la corruzione internazionale del 1997.

Tuttavia, la lotta alla corruzione è stata condotta anche con l'adozione di strumenti pattizi, riconducibili all'*international hard law*, basato su accordi multilaterali liberamente stipulati dagli Stati, con i quali essi si impegnano a modificare il diritto interno secondo linee comuni.

Nel contesto del diritto internazionale generale si devono segnalare due importanti convenzioni che hanno segnato un passaggio importante per l'evoluzione dei sistemi penali nazionali.

In primo luogo, bisogna ricordare la *Convenzione dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali*, firmata a Parigi il 17 dicembre 1997 ed entrata in vigore il 15 febbraio 1999<sup>27</sup>. L'OCSE, pur occupandosi istituzionalmente di tematiche economiche e sociali, ha da tempo assunto un impegno contro la corruzione nelle transazioni economiche di carattere internazionale, in quanto considera la proliferazione dei comportamenti corruttivi un elemento di distorsione della concorrenza e un fattore di abbassamento degli *standard* civili e politici degli Stati.

La Convenzione impone agli Stati aderenti di considerare reato per le persone fisiche, nonché per le persone giuridiche il fatto di corrompere funzionari stranieri per ottenere indebiti vantaggi nel commercio internazionale<sup>28</sup>. Si tratta di un approccio innovativo, dato che al momento della conclusione dell'Accordo in quasi tutti i Paesi OCSE la corruzione del pubblico ufficiale straniero non integrava gli estremi di reato<sup>29</sup>.

Come si evince dal preambolo, queste disposizioni dovrebbero avere un effetto dissuasivo e preventivo, scoraggiando la diffusione delle pratiche corruttive delle imprese nel mercato internazionale.

I rapporti tra l'OCSE e gli Stati nazionali non terminano, però, con la ratifica dell'Atto, in quanto successivamente l'Organizzazione, attraverso un apposito Gruppo di lavoro sulla corruzione il *Working Group on Bribery in International*

<sup>27</sup> Per un commento si veda BORLINI; MAGRINI (2007, p. 15 ss.); DEL VECCHIO; SEVERINO (2014).

<sup>28</sup> Si tratta del reato di corruzione di pubblici ufficiali stranieri.

<sup>29</sup> Si deve segnalare che la Convenzione OCSE e, quindi, anche le norme di attuazione, incluse quelle penali, adottate dagli Stati aderenti, non si limitano a perseguire la corruzione dei funzionari di altri Stati membri, ma si estendono, senza vincolo di reciprocità, alla corruzione di pubblici ufficiali di qualsiasi paese del mondo.

*Business Transactions* (WGB)<sup>30</sup>, supporta e monitora l'attuazione della Convenzione e, quindi, la coerente traduzione e applicazione negli ordinamenti nazionali, in modo da scongiurare tutte quelle forme di attuazione non fedeli al testo pattizio<sup>31</sup>.

È stato previsto il metodo del monitoraggio continuo con *follow-up* periodico, condotto dal suddetto WGB ed imperniato su un sistema di autovalutazione e successiva valutazione reciproca da parte degli Stati contraenti. Al termine delle tre fasi in cui si articola il monitoraggio, il WGB emana le sue raccomandazioni e mette a fuoco le questioni da monitorare ulteriormente<sup>32</sup>.

In secondo luogo, si deve segnalare la *Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione*, conosciuta come la *Convenzione ONU di Merida*, del 2003<sup>33</sup>.

Questa Convenzione costituisce «il primo accordo interstatuale, di estensione autenticamente globale, per il contrasto della corruzione quale fenomeno a vocazione transnazionale»<sup>34</sup>. Tale atto pattizio prevede che la politica di contrasto alla corruzione debba assumere una duplice direzione. Per un verso, è necessario attivare una serie di misure di prevenzione per il settore pubblico e quello privato, che sono specificate nel Titolo II: esse includono meccanismi istituzionali, come la creazione di un apposito organo anticorruzione, l'adozione codici di condotta e di misure per la trasparenza e la responsabilità. Con riguardo al settore degli appalti, che è considerato particolarmente sovraesposto, all'art. 9 viene richiesto agli Stati di prendere i provvedimenti necessari per creare sistemi appropriati di stipulazione degli appalti pubblici che siano basati sulla trasparenza, sulla concorrenza e su criteri

<sup>30</sup> Il Gruppo è composto da rappresentanti di tutti gli Stati membri e svolge un'attività di monitoraggio.

<sup>31</sup> MONGILLO (2012, p. 36 ss.) evidenzia come alcuni Paesi, in una prima fase, avevano cercato di configurare il nuovo delitto di corruzione di pubblici ufficiali stranieri in termini il più possibile coerenti con le preesistenti fattispecie di corruzione nazionale e poco fedeli al testo pattizio.

<sup>32</sup> Nella fase 1, terminata nel 2001, si è verificata l'astratta conformità della legislazione degli Stati membri agli impegni assunti con la ratifica della Convenzione; 2) nella fase 2, terminata nel 2009, sono state effettuate le visite *in loco* concordate con il Paese straniero, nel corso delle quali si è proceduto ad esaminare la concreta applicazione delle legislazioni nazionali; 3) la terza fase di valutazione, iniziata nel 2010, e non ancora conclusa per tutti i Paesi contraenti, verte sull'*enforcement* della Convenzione e della Raccomandazione del 2009, sull'attuazione delle raccomandazioni formulate ai singoli Paesi al termine della fase 2 e, pertanto, anche sulle eventuali modifiche della normativa interna.

<sup>33</sup> La Convenzione è stata adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 ed aperta alla firma a Merida dal 9 all'11 dicembre dello stesso anno, ma è entrata in vigore a livello internazionale il 14 dicembre 2005.

<sup>34</sup> Per un'analisi della Convenzione si veda MONGILLO (2012, p. 557 ss.).

oggettivi per l'assunzione delle decisioni e in grado di prevenire la corruzione (WEBB, 2005, p. 191 ss.).

Per altro verso, la Convenzione (nel titolo III) punta al perfezionamento della tutela penale imponendo agli Stati contraenti l'obbligo di conferire carattere penale a una grande varietà di infrazioni correlate ad atti di corruzione, qualora esse non siano già configurate nel diritto interno come reati. Grande importanza viene attribuita anche alla cooperazione internazionale in alcuni particolari ambiti, come l'assistenza giudiziaria per la raccolta e la trasmissione di elementi di prova, l'estradizione, il congelamento, il sequestro e la confisca dei proventi della corruzione.

### 3 LA LOTTA ALLA CORRUZIONE IN AMBITO EUROPEO

Come è già stato evidenziato, le politiche nazionali di contrasto alla corruzione sono state condizionate anche dalla normativa elaborata su iniziativa di alcune istituzioni sovranazionali europee, come il Consiglio d'Europa<sup>35</sup> e l'Unione europea.

Infatti, entrambe le organizzazioni, anche se sono caratterizzate da ruoli e competenze differenti, a partire dalla metà degli anni novanta, hanno cercato di sollecitare una profonda revisione degli ordinamenti nazionali per migliorare le forme di contrasto alla corruzione.

Nel diritto internazionale regionale il primo obiettivo storicamente perseguito è stato quello del perfezionamento degli strumenti della repressione penale.

A livello europeo, dapprima è stato il Consiglio d'Europa a impegnarsi nella lotta alla corruzione. Com'è noto, il suo principale metodo d'azione per attuare un'unione più stretta fra gli Stati membri è costituito dall'attività di coordinamento e di promozione di accordi o convenzioni internazionali tra gli Stati parte<sup>36</sup>. Sul versante della lotta alla corruzione il 27 gennaio 1999 è stata aperta alla firma a Strasburgo la *Convenzione penale sulla corruzione* (LOCATI, 2003, p. 216 ss.), che costituisce il secondo grande strumento multilaterale adottato *in subjecta materia*<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Il Consiglio d'Europa è la più antica organizzazione intergovernativa europea, fondata il 5 maggio 1949 allo scopo di promuovere la democrazia, i diritti dell'uomo, l'identità culturale europea e la ricerca di soluzioni ai problemi sociali in Europa (Cfr. CONFORTI, 2014, p. 180 ss.).

<sup>36</sup> A tali accordi possono accedere in alcuni casi anche Stati terzi.

<sup>37</sup> La Convenzione è entrata in vigore il 1° luglio 2002, con il raggiungimento della quattordicesima ratifica. Successivamente alla stipula dello strumento convenzionale è stato adottato il Protocollo

Il testo pattizio in esame si propone due obiettivi fondamentali: coordinare la definizione e l'incriminazione di una vasta gamma di fatti *lato sensu* corruttivi, accogliendo una nozione ampia ed inclusiva di "corruzione", e migliorare la cooperazione internazionale per perseguire tali reati. La Convenzione penale sulla corruzione è aperta anche all'adozione di Stati terzi e la sua implementazione è monitorata attraverso cicli di valutazione reciproca tra i paesi aderenti secondo il modello della c.d. *peer review*. Infatti, nel 1999 in seno al Consiglio d'Europa è stato istituito il Gruppo di Stati contro la corruzione – il *Groupe d'Etats contre la Corruption* (GRECO) – per «migliorare la capacità dei suoi membri di contrastare la corruzione monitorando, attraverso un processo dinamico di valutazione reciproca e di pressioni tra pari, la conformità agli impegni assunti in questo campo». Il GRECO ha rappresentato la principale sede di elaborazione di specifiche indicazioni nel contesto europeo, dato che ne fanno parte tutti gli Stati membri dell'Unione europea<sup>38</sup>, contribuendo a definire talune norme minime europee per individuare un quadro giuridico e istituzionale comune in materia di lotta alla corruzione.

In particolar modo, il GRECO gestisce un sistema di valutazione periodica delle strategie degli Stati membri che culmina nella predisposizione di relazioni e raccomandazioni, che costituiscono lo strumento privilegiato per fornire indicazioni agli Stati aderenti.

Anche l'Unione europea ha svolto un ruolo sempre più incisivo sul piano del contrasto alla corruzione, in seguito al processo di "europeizzazione" del diritto penale (BERNARDI, 1999, p. 333 ss.; BERNARDI, 2004; TIEDEMANN, 1998, p. 3 ss.), avviato con il Trattato di Maastricht e culminato con le disposizioni del Trattato di Lisbona<sup>39</sup>.

Durante le differenti fasi della politica criminale dell'Unione europea sono stati adottati alcuni atti, dalla forma giuridica quanto mai varia, che si sono proposti

---

addizionale alla Convenzione penale sulla corruzione penale, aperto alla firma il 15 maggio 2003 ed entrato in vigore il 1° febbraio 2005, con il quale si estende l'ambito applicativo della Convenzione ai fatti di corruzioni coinvolgenti gli arbitri in questioni commerciali, civili e di altra natura e i giurati.

<sup>38</sup> Si deve tener conto che la stessa Unione europea partecipa al GRECO (Cfr. COMMISSIONE, COM (2011), p. 307).

<sup>39</sup> Ai sensi dell'art. 83, TFUE, per quanto concerne il diritto penale sostanziale, alla UE sono attribuite competenze "indirette" in materia penale, le quali permettono alle istituzioni europee di richiedere agli Stati di emettere norme di tutela penale senza poter procedere allo loro immediata introduzione.

l'obiettivo dell'armonizzazione e del coordinamento delle legislazioni penali nazionali nella repressione di alcune tipologie di criminalità – organizzata ed economica – transnazionale.

A tale riguardo, va ricordata la *Convenzione sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali delle Comunità europee e degli Stati membri dell'Unione europea*, approvata sulla base dell'art. K3, par. 2, lett. c), TUE, e stipulata a Bruxelles il 26 maggio 1997, ed entrata in vigore il 28 settembre 2005. Il suo obiettivo fondamentale è il rafforzamento della cooperazione giudiziaria, a livello europeo, nella lotta alla corruzione, ma il testo convenzionale introduce per gli Stati l'obbligo di penalizzazione della corruzione sia per i funzionari domestici, inclusi quelli di altri Stati membri, sia per quelli comunitari.

Di notevole importanza è pure la *Decisione quadro 2003/568/GAI sulla corruzione nel settore privato*, del 22 luglio 2003, adottata dal Consiglio dell'Unione Europea, nell'ambito della politica intergovernativa per la cooperazione giudiziaria. Lo scopo precipuo della decisione viene indicato nel «garantire che sia la corruzione attiva sia quella passiva nel settore privato siano considerate illeciti penali in tutti gli Stati membri, che anche le persone giuridiche possano essere considerate colpevoli di tali reati e che le sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive».

Successivamente l'Unione europea ha adottato alcune Direttive comunitarie in materia di riciclaggio ed auto riciclaggio, in particolare la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, e la direttiva 2006/70/CE della Commissione, del 4 agosto 2006.

#### **4 LE INIZIATIVE DI LIVELLO EUROPEO PER LA PREVENZIONE AMMINISTRATIVA DELLA CORRUZIONE**

Nel contesto della disciplina europea, anche se la preoccupazione principale è stata rivolta all'armonizzazione penale e quindi alla fase della repressione, è emersa progressivamente l'esigenza di introdurre meccanismi e strumenti di controllo preventivo. Infatti, sono apparsi ben presto evidenti alle istituzioni europee i limiti della tutela penale, che non riesce a contrastare adeguatamente il fenomeno corruttivo, non solo perché quest'ultimo è divenuto a larghissima diffusione e non più

episodico, ma anche perché è interessato da una metamorfosi criminologica del fatto corruttivo di tipo “qualitativo”, destinata ad incidere sui soggetti del patto corruttivo e sul contenuto del *factum sceleris*. Invece, si deve abbinare una strategia basata sulla prevenzione amministrativa, che richiede l’utilizzo di una molteplicità di tecniche giuridiche e comporta un’azione coordinata di tutti i soggetti amministrativi che hanno responsabilità per l’integrità e la correttezza dell’azione amministrativa.

#### 4.1 Il ruolo del consiglio D’Europa

Alcune indicazioni per un potenziamento degli istituti di diritto amministrativo sono state formulate dal Consiglio d’Europa. In particolar modo, la Convenzione penale del 1999, stipulata sotto l’egida del Consiglio d’Europa, pur riguardando prevalentemente aspetti penali, ha previsto altresì, all’art. 20, la creazione di un organo specializzato sul piano della prevenzione amministrativa, dotato dell’indipendenza necessaria all’espletamento dei propri compiti<sup>40</sup>.

A partire dal 2009, il GRECO ha elaborato rapporti specifici sulla situazione dei singoli Stati aderenti.

In qualità di Stato aderente dal 2007 al GRECO, l’Italia è stata sottoposta alla c.d. procedura congiunta di primo e secondo ciclo di valutazione, che si è conclusa con l’approvazione del Rapporto e delle sue Raccomandazioni nel corso della 43ma assemblea, tenutasi a Strasburgo dal 29 giugno al 2 luglio 2009<sup>41</sup>.

Nel rapporto è messo in rilievo che la corruzione è percepita in Italia come un fenomeno consueto e diffuso ed interessa numerosi settori della pubblica amministrazione, in particolare quello dell’urbanistica, dello smaltimento rifiuti, degli appalti pubblici e della sanità. Le raccomandazioni formulate a seguito di tale analisi hanno evidenziato, quindi, la mancanza di un programma anticorruzione specificamente coordinato, la necessità di perfezionare la specializzazione e il

<sup>40</sup> Secondo l’art. 20 della Convenzione, «Ciascuno Stato Parte assicura l’esistenza, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, di uno o più organi o persone specializzate nella lotta alla corruzione mediante attività di individuazione e repressione. Tale o tali organismi o persone si vedono garantire l’indipendenza necessaria, conformemente ai principi fondamentali del sistema giuridico dello Stato Parte, per potere esercitare le proprie funzioni efficacemente ed al riparo di ogni indebita influenza. Tali persone o il personale di detto o di detti organi dovrebbero avere la formazione e le risorse necessarie per esercitare le loro mansioni».

<sup>41</sup> Greco Eval I/II Rep (2008) 2E, Prima e seconda serie di valutazione congiunta.

coordinamento tra i vari soggetti che si occupano del contrasto della corruzione e l'importanza per il Paese di attuare interventi efficaci di repressione, ma soprattutto di prevenzione della corruzione<sup>42</sup>.

Con riguardo a quest'ultimo profilo, le Raccomandazioni e il Rapporto evidenziano l'esigenza di prevedere misure efficaci di prevenzione della corruzione, che devono coprire i diversi aspetti dell'azione amministrativa: l'adozione di programmi e piani anticorruzione; l'elaborazione e la prescrizione di *standard* etici coerenti e applicabili a tutti i funzionari pubblici; l'elaborazione e la prescrizione di regole chiare e vincolanti in materia di conflitto di interessi per tutti i soggetti che esercitano funzioni nella pubblica amministrazione; l'introduzione di un sistema di protezione per i dipendenti che, in buona fede, segnalano casi sospetti di corruzione all'interno della pubblica amministrazione (*whistleblowers*)<sup>43</sup>.

#### 4.2 L'azione Dell'unione Europea

L'Unione europea, che è stata creata originariamente per finalità di ordine economico-sociale<sup>44</sup>, ha esteso la propria interferenza sulle politiche degli Stati membri in tema di contrasto alla corruzione, stimolando le autorità nazionali ad ampliare la gamma degli strumenti di intervento con l'introduzione di misure di prevenzione amministrativa.

La prevenzione è stata presa in considerazione in una Comunicazione della Commissione europea del 2003 (COMMISSIONE, COM (2003) 0137), in cui sono individuati dieci principi per migliorare la lotta alla corruzione: la previsione di una posizione specifica di dirigenti e responsabili amministrativi nell'ambito dei processi decisionali; l'istituzione di appositi organismi di lotta contro la corruzione competenti e visibili; la piena accessibilità e meritocrazia nella gestione degli incarichi pubblici; l'adozione di strumenti di gestione della qualità e di norme di controllo e di vigilanza; la promozione di istituti di trasparenza amministrativa; l'adozione di codici di condotta; lo sviluppo di sistemi di protezione per chi denuncia l'illecito; l'introduzione

<sup>42</sup> Per una sintesi dei diversi rapporti internazionali riguardanti l'Italia si rinvia a MONTANARI (2012).

<sup>43</sup> Il Consiglio d'Europa ha altresì formulato un *Model Code of Conduct for Public Officials e Twenty Guiding Principles for the Fight Against Corruption* (Resolution 97/24).

<sup>44</sup> Sulla formazione e la trasformazione dell'Unione europea (Cfr. TESAURO, 2012, p. 15 ss.).

di norme chiare e trasparenti in materia di finanziamento ai partiti e di controllo finanziario esterno.

Più di recente la Commissione della UE è intervenuta con un'altra comunicazione (COMMISSIONE, COM (2003) 308), in cui, dopo aver precisato la stima del costo della corruzione per l'economia dell'UE, ha previsto l'introduzione di uno strumento conoscitivo particolare, la "Relazione anticorruzione dell'UE", che ha lo scopo di monitorare e valutare gli interventi messi in atto dagli Stati membri nella lotta alla corruzione e di promuovere un maggior impegno politico. La redazione di questo documento costituisce la risposta della Commissione alla richiesta da parte del Parlamento europeo<sup>45</sup> e del Consiglio europeo<sup>46</sup>, nell'ambito del Programma di Stoccolma, di sviluppare strumenti di rivelazione su base periodica degli sforzi degli Stati membri, al fine di rafforzare la volontà politica degli Stati stessi di affrontare il nodo della corruzione. Il Rapporto si basa su dati provenienti da fonti diverse: i meccanismi di sorveglianza e valutazione di organizzazioni internazionali (OCSE, Nazioni Unite, Consiglio d'Europa); le attività di controllo di organismi europei quali l'Ufficio Europeo per la lotta antifrode (OLAF), Eurojust ed Europol; le rilevazioni di Eurobarometro; la consulenza del gruppo di esperti sulla corruzione costituito in seno alla Commissione nel 2011 e assistito da una rete di ricercatori presenti in ciascuno Stato membro; le ricerche promosse dalla società civile; le informazioni fornite dagli Stati membri.

La Relazione è predisposta dalla Commissione e pubblicata ogni due anni, a partire dal 2013, al fine di promuovere una corretta riflessione sui risultati, sui punti deboli e sugli impegni di tutti gli Stati membri, individuando le tendenze esistenti e le debolezze da affrontare e stimolando lo scambio delle migliori prassi. Ogni relazione anticorruzione, quindi, è destinata ad esaminare una serie di questioni trasversali di particolare rilevanza a livello europeo, così come questioni più specifiche riguardanti ciascuno Stato membro.

Nella Relazione UE sulla corruzione (COMMISSIONE, COM (2014) 38 final)<sup>47</sup>, presentata nel febbraio 2014, si chiarisce che la corruzione può assumere

<sup>45</sup> Dichiarazione n. 2/2010.

<sup>46</sup> Documento n. 17024/2009.

<sup>47</sup> La prima Relazione anticorruzione risulta composto da: un'introduzione, che richiama i principi e gli obiettivi della strategia anticorruzione della Commissione; un capitolo dedicato ai risultati di una rilevazione Eurobarometro del 2013, da cui si desumono la percezione e l'esperienza della

forme diverse e differenti livelli di gravità da Paese a Paese e da industria a industria, anche se si individua un rischio particolare nel settore degli appalti<sup>48</sup>.

Nel capitolo dedicato all'Italia, la Relazione del 2014, dopo aver evidenziato alcuni dati che testimoniano la rilevanza del fenomeno<sup>49</sup>, analizza i cambiamenti introdotti nell'ordinamento italiano dai recenti provvedimenti legislativi.

Sul tema della corruzione ha preso posizione anche il Parlamento europeo (Risoluzione del Parlamento europeo, del 15 settembre 2011), che ha adottato una risoluzione sugli sforzi dell'Unione europea per la lotta contro la corruzione, sottolineando come la ripresa economica e finanziaria dell'area europea sia ostacolata dalla corruzione.

Con questa risoluzione il Parlamento europeo ha invitato le istituzioni dell'Unione europea e gli Stati membri a garantire una maggiore trasparenza degli apparati pubblici nazionali, elaborando codici di condotta o migliorando quelli già in vigore, in modo da prevedere norme chiare per quanto riguarda i conflitti di interesse, nonché al fine di prevenire e combattere la diffusione della corruzione.

Il Parlamento europeo ha altresì sollecitato il Consiglio e la Commissione a rendere più efficiente la rete di punti di contatto contro la corruzione, chiedendo un'informazione costante sulle attività della rete.

Nel complesso si tratta di atti riconducibili al *soft law*, che tuttavia sono stato in grado di orientare in modo significativo l'evoluzione degli ordinamenti nazionali.

Oltre a queste sollecitazioni di ordine generale, l'attenzione dell'UE è stata rivolta ad alcuni settori specifici, come quello dei contratti pubblici, in cui maggiore è stata la permeabilità alle pratiche corruttive. La normativa dell'Unione europea, in base a particolari disposizioni del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea,

---

corruzione nei paesi dell'Unione; un capitolo generale, focalizzato su un ambito particolarmente esposto ai rischi di corruzione, come quello degli appalti; capitoli dedicati a ciascuno dei 28 Stati membri in cui è illustrato lo stato dell'arte della lotta alla corruzione nei contesti nazionali. Per una disamina del primo Rapporto anticorruzione si veda DI MASCIO (2014, p. 548 ss.).

<sup>48</sup> In particolare, tra le raccomandazioni generali presenti nel Rapporto per quanto riguarda le azioni da intraprendere si richiede un effettivo coordinamento tra le autorità incaricate della supervisione sugli appalti.

<sup>49</sup> In base ai dati raccolti da Speciale Eurobarometro, n. 397/2013, risulta, per esempio, che il 97% degli italiani ritiene che la corruzione sia un fenomeno dilagante in Italia (contro una media Ue del 76%); il 42% degli italiani afferma di aver subito personalmente la corruzione nel quotidiano (contro una media Ue del 26%). Per una disamina sintetica dei contenuti della Relazione si rinvia a MONTANARI (2014).

ha introdotto molte regole per garantire trasparenza ed obiettività nelle procedure di aggiudicazione degli appalti, proprio per evitare abusi da parte dei funzionari pubblici e prassi collusive con le imprese<sup>50</sup>.

Persino nella *Strategia Europea 2020* gli appalti pubblici assumono un ruolo fondamentale, poiché un uso più efficiente delle risorse pubbliche può consentire alle imprese di innovare e partecipare alla competizione internazionale.

## 5 LE EVOLUZIONI DELLA LEGISLAZIONE ITALIANA IN MATERIA DI PREVENZIONE AMMINISTRATIVA DELLA CORRUZIONE

In Italia la corruzione amministrativa è un fenomeno che presenta una notevole rilevanza (Cfr. CANTONE; DI FEO, 2015; FIORINO; GALLI, 2013; MANGANARO, 2014, p. 3 ss.)<sup>51</sup>: infatti, gli episodi di corruzione amministrativa sono molto diffusi, cosicché l'idea più scontata, anche nell'opinione pubblica estera, è che l'amministrazione italiana non sia ispirata da forti virtù civiche. L'elemento più significativo riguarda proprio la capillarità della corruzione, che appare non come un'anomalia ma come una costante del sistema<sup>52</sup>.

Sulle cause di tale situazione si riscontrano posizioni divergenti in dottrina (Sul punto VANNUCCI, 2010, p. 37 ss.). Secondo autorevoli studiosi, la corruzione non dipende soltanto dalla mancanza di senso dello Stato o di senso civico, ma anche da alcuni caratteri della pubblica amministrazione italiana e dalla qualità e sovrabbondanza delle leggi che ne regolano il funzionamento, le quali hanno prodotto una sorta di "giuridicità debole" (CASSESE, 2011, p. 82 ss.), che deriva da

<sup>50</sup> La disciplina è stata recentemente perfezionata con l'emanazione di alcune direttive comunitarie: la dir. 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; la dir. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, che abroga la dir.2004/18/CE; la dir. 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali. Per un commento cfr. FOLLIERI (2015), in quale ricorda quanto disposto ne considerando n. 42 della direttiva 2014/24/UE, ove si afferma che "è indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione".

<sup>51</sup> Per un'analisi economica sul tema, si vedano FIORINO; GALLI (2013) e HINNA; MARCANTONI (2013).

<sup>52</sup> Tuttavia, queste ricerche non devono condurre a facili generalizzazioni: si veda MATTARELLA (2007, p. 7), il quale sottolinea che tra gli impiegati pubblici «gli onesti sono una larga maggioranza».

un quadro normativo flessibile, in quanto formato da norme spesso derogabili, disposizioni negoziabili tra amministrati e amministratori, regole applicabili con ampia discrezionalità.

Non vi è dubbio, comunque, che il fenomeno corruttivo presenta costi, sia economici che sociali, estremamente elevati per il sistema italiano.

I costi economici sono stati stimati dalla Corte dei conti, per il 2009, in diversi miliardi di euro (CORTE DEI CONTI, 2009, p. 237).

A tali costi si aggiungono quelli – di ancor meno agevole quantificazione – sempre economici, anche se non di semplice quantificazione, che dipendono dai ritardi nella definizione delle pratiche amministrative, dal cattivo funzionamento degli apparati pubblici e dei meccanismi previsti a presidio degli interessi collettivi ovvero dall'inadeguatezza se non inutilità delle opere pubbliche, dei servizi pubblici o delle forniture pubbliche realizzati, dalla non oculata allocazione delle già scarse risorse pubbliche.

Inoltre, in una prospettiva ancora più ampia, la corruzione, minando alla radice la fiducia dei mercati e delle imprese sulla legalità e sull'imparzialità degli apparati pubblici, determina tra i suoi effetti una perdita di competitività per il Paese: il danno indiretto, e forse più grave, è quello inferto all'economia nazionale, perché la corruzione scoraggia le imprese dalla realizzazione degli investimenti.

Anche nell'ordinamento italiano sono emersi alcuni settori di amministrazione pubblica in cui il rischio di eventi corruttivi è particolarmente elevato, come l'ambito degli appalti pubblici<sup>53</sup>.

Per controllare ed arginare i problemi che scaturiscono dalle prassi corruttive, il diritto amministrativo italiano si è affidato per lungo tempo ad alcune isolate regole di carattere generale, riconducibili al principio di imparzialità, per guidare il comportamento dei funzionari amministrativi ed impedire la realizzazione di illeciti: emblematico è l'obbligo di astensione in caso di conflitto di interesse, previsto originariamente per i funzionari degli enti locali e la cui portata è stata estesa a tutti i pubblici dipendenti dalla giurisprudenza amministrativa<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> In un'ottica comparata sull'incidenza della corruzione nel mercato dei contratti pubblici si veda RACCA; YUKINS (2014).

<sup>54</sup> L'art. 78, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, contenente il Testo unico sulle autonomie locali, che riprende l'art. 279, l. comm. prov. del 1934, prevede per gli amministratori locali il dovere di

Successivamente la prevenzione della corruzione amministrativa è stata assicurata indirettamente da alcune discipline di settore: il sistema dei controlli amministrativi; il regime della trasparenza amministrativa; le forme di responsabilità amministrativa e disciplinare dei dipendenti pubblici<sup>55</sup>.

Negli ultimi decenni il legislatore italiano ha elaborato una disciplina maggiormente rivolta alla prevenzione della corruzione negli ambiti di maggiore esposizione. Di particolare rilievo è la normativa che ha riguardato il settore dei contratti pubblici<sup>56</sup>, in cui è stata introdotta una specifica autorità amministrativa indipendente con funzioni di vigilanza sul comportamento delle stazioni appaltanti e delle imprese, dapprima denominata “Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici” con la legge n. 109 del 1994 (legge Merloni), e successivamente rinominata “Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture” (CORRADINO, LINCESSO, 2015, p. 14) dal Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, approvato con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163<sup>57</sup>.

Tuttavia, è mancata nella legislazione amministrativa una disciplina organica in tema di prevenzione della corruzione, in grado di fornire un quadro giuridico chiaro, con meccanismi ampi ed estesi.

Pertanto, l'esigenza di arginare il fenomeno della corruzione, che ha assunto nel corso degli anni un carattere sistemico, nonché la necessità di uniformare l'ordinamento giuridico italiano alle indicazioni provenienti dai principali strumenti sovranazionali di contrasto alla corruzione ratificati dall'Italia – dalla *Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo* del 1999<sup>58</sup> alla *Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione* (UNCAC) del 2003<sup>59</sup>– e di implementare le

---

astensione dalle deliberazioni riguardanti interessi propri o di loro parenti ed affini sino al quarto grado. Il dovere di astensione per interesse personale è espressione di un principio generale che trova fondamento nell'art. 97, co. 1., Cost. italiana, e si applica anche a tutte le ipotesi non espressamente previste dalla legge (Cons. di Stato, sez. VI, n. 563/04; Cons. di Stato, Sez. V, n. 1484/97).

<sup>55</sup> Per una ricognizione di questi molteplici aspetti si rinvia, tra gli altri, a CASETTA (2014); SCOCA (2015); CORSO (2015); CLARICH (2015).

<sup>56</sup> Si vedano le osservazioni di CORRADINO (2015, p. 217 ss.).

<sup>57</sup> Il Codice dei contratti pubblici del 2006 ha riorganizzato l'Autorità di vigilanza ampliandone le funzioni, non più limitate ai lavori, bensì anche alle forniture di beni e di servizi, includendo, quindi, tutti gli appalti effettuati da parte di una pubblica amministrazione.

<sup>58</sup> Questa Convenzione è stata ratificata dall'Italia con legge di autorizzazione alla ratifica 28 giugno 2012, n. 110.

<sup>59</sup> La Convenzione in esame è stata ratificata dall'Italia con legge di autorizzazione alla ratifica del 3 agosto 2009, n. 116.

raccomandazioni formulate all'Italia dai competenti gruppi di lavoro dell'OCSE e del Consiglio d'Europa in occasione delle procedure di monitoraggio e di valutazione reciproca periodicamente condotte, hanno spinto il legislatore ad elaborare una normativa in grado di offrire un quadro giuridico più ampio ed articolato (CORRADINO, I. LINCESSO, 2015, p. 12).

Un'attenta ricognizione dei principali problemi dell'amministrazione italiana e delle direttrici da seguire per un'adeguata politica di prevenzione della corruzione è stata effettuata dalla Commissione nominata dal Ministro della Funzione pubblica nel 2011, che ha pubblicato il rapporto *La prevenzione della corruzione. Per una politica di prevenzione* (RAPPORTO, 2012)<sup>60</sup>.

Nel rapporto si precisa che «la diffusività e sistematicità del fenomeno corruttivo, [...], impongono, invero, di elaborare e implementare una politica di contrasto di tipo integrato e coordinato, affidata non solo allo strumento di tipo penale-repressivo, di cui pure si rende necessario un aggiornamento e rafforzamento [...], ma anche e – prima ancora – a misure di tipo extrapenale, destinate a svolgere una funzione di prevenzione, optando sul versante prevalentemente amministrativo» (RAPPORTO, 2012, p. 15).

Quindi, è stata auspicata una politica integrata, che preveda, da un lato, il rafforzamento dei rimedi di tipo repressivo, nel rispetto dei fondamentali principi garantistici del sistema penale, e, dall'altro lato, l'introduzione nell'ordinamento di strumenti di prevenzione volti a incidere sulle occasioni di corruzione e sui fattori che ne favoriscono la diffusione.

Il momento culminante di questo auspicato processo di formazione di norme in tema di prevenzione amministrativa è stato raggiunto con l'approvazione della l. 6 novembre 2012, n. 190, meglio nota come legge "anticorruzione", che contiene una disciplina organica e sistematica *in subiecta materia*.

Il sistema integrato di politiche anticorruzione è articolato su tre principali linee di intervento: il potenziamento dell'impianto repressivo; il miglioramento delle misure di prevenzione; la promozione di una cultura della legalità e dell'etica pubblica nelle amministrazioni centrali e locali (Cfr. GAROFOLI, 2012; si vedano anche i commenti contenuti nel numero monografico *La nuova disciplina anticorruzione*, in

<sup>60</sup> La Convenzione è stata presieduta dal Consigliere di Stato Roberto Garofoli.

*Ist. fed.*, 2013, n. 2; MATTARELLA, 2013, p. 123 ss.; MATTARELLA; PELLISSERO, 2013; FERRARO; GAMBACURTA, 2013; MANGANARO; ROMANO TASSONE; SAITTA, 2013; DEL VECCHIO; SEVERINO, 2014; IMMORDINO; GULLO; CELONE, 2014; ROLLI; ARABA, 2015; PIPERATA, 2015, p. 7)<sup>61</sup>. Occorre evidenziare che la legge “anticorruzione” non contiene una definizione legale di corruzione, ma dal tenore complessivo del provvedimento legislativo si comprende che è stata adottata una nozione più ampia di quella penalistica, in quanto essa comprende una varietà di comportamenti idonei a violare il principio di imparzialità nell’esercizio delle funzioni pubbliche<sup>62</sup>. La legge del 2012 concepisce la politica di prevenzione della corruzione come un processo continuo di verifica del rispetto degli obblighi e di accertamento del rischio a cui è esposta la pubblica amministrazione, e si basa, da un lato, sulla creazione di organismi specializzati e, dall’altro lato, sul coinvolgimento di tutte le pubbliche amministrazioni.

### **5.1 Le principali innovazioni nel settore della prevenzione amministrativa della corruzione introdotte dalla legge “anticorruzione”**

Il modello italiano della prevenzione amministrativa, che non riguarda soltanto la lotta alla corruzione, ma coinvolge anche il contrasto ad altre forme di criminalità<sup>63</sup>, si propone di anticipare la tutela di particolari interessi pubblici – come l’ordine pubblico o l’integrità della condotta dei funzionari amministrativi – prima che si verifichino i comportamenti in grado di ledere gli interessi generali protetti dall’ordinamento. Quindi, rispetto alla tutela penale, che presenta un carattere repressivo, la prevenzione amministrativa cerca di individuare e di inibire quelle condotte che, pur non avendo necessariamente una rilevanza di tipo penale, sono idonee a recare un pregiudizio ai beni giuridici, agli interessi e ai valori salvaguardati dalla Costituzione.

La strategia anticorruzione delineata dalla legge n. 190 del 2012 è ampia e trasversale, dato che implica il ricorso a molteplici strumenti ed istituti giuridici.

<sup>61</sup> Sulla “seconda” legge anticorruzione, n. 69 del 2015, si veda D’ALTERIO (2015, p. 757 ss.).

<sup>62</sup> Si rinvia a GULLO (2014, p. 521 ss.).

<sup>63</sup> Un campo particolare in cui trova applicazione il modello della prevenzione amministrativa è quello della documentazione antimafia: attualmente la disciplina è contenuta nel codice antimafia, approvato con il decreto legislativo n. 152 del 2011. Per una ricognizione degli aspetti principali si veda MAZZAMUTO (2016).

I cambiamenti del precedente quadro normativo hanno riguardato tutti i principali aspetti dell'attività e dell'organizzazione amministrativa: a) l'individuazione di nuovi obblighi che incombono sui funzionari amministrativi; b) la previsione di un nuovo regime della trasparenza amministrativa; c) l'elaborazione di strumenti di controllo e di verifica dei comportamenti esposti al rischio corruzione; d) una migliore articolazione dell'organizzazione amministrativa preposta al controllo preventivo; e) l'introduzione di nuove responsabilità per i soggetti coinvolti nella prevenzione amministrativa.

Questi profili della nuova disciplina devono essere brevemente esaminati.

a) In primo luogo, è stato predisposto un assetto normativo più ampio e puntuale in tema di "integrità" dei pubblici funzionari. Sono state, in particolar modo, previste regole più precise<sup>64</sup> per quanto riguarda l'incandidabilità<sup>65</sup>, l'inconferibilità e l'incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni<sup>66</sup>, l'adozione di codici di condotta dei pubblici dipendenti. Si vuole evitare, in altri termini, che i funzionari amministrativi, sia al momento della nomina, sia durante l'espletamento del loro incarico, possano operare in condizioni che non consentono un esercizio imparziale delle funzioni loro affidate. In tal modo, il novero degli obblighi che riguardano i singoli dipendenti è diventato più complesso e variegato.

b) Un altro aspetto significativo è costituito dall'introduzione di un regime più ampio di trasparenza amministrativa che si applica all'attività amministrativa e si traduce nella previsione di obblighi e adempimenti di comunicazione e di informazione più capillari rispetto al passato, che si aggiungono alle previsioni della L. 7 agosto 1990, n. 241, "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi".

Le amministrazioni pubbliche sono ora tenute a pubblicare sui loro siti web una serie di atti amministrativi di carattere organizzativo, in modo da garantire la massima visibilità della loro struttura organizzativa e dei processi decisionali relativi alle tipologie provvedimento di più rilevante impatto economico.

<sup>64</sup> Questa disciplina è stata definita con alcuni decreti attuativi.

<sup>65</sup> Questi profili sono stati disciplinati con il d. lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, sull'incandidabilità e il divieto di ricoprire cariche elettive e di governo a livello centrale e di governo in seguito a condanne definitive per reati di corruzione o altri reati contro la pubblica amministrazione.

<sup>66</sup> D. lgs. 8 aprile 2013, n. 39, sull'inconferibilità e l'incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni in seguito a condanne definitive o non definitive per i reati contro la pubblica amministrazione e gli enti privati in controllo pubblico. Per un'analisi si veda RAMAJOLI (2014, p. 577 ss.).

La trasparenza amministrativa, quindi, non è più soltanto una condizione per favorire la partecipazione procedimentale (secondo la prospettiva della l. n. 241 del 1990), ma diventa anche una condizione per prevenire l'insorgere di fenomeni corruttivi, evita quelle zone d'ombra in cui può prosperare la *maladministration*, la cattiva amministrazione.

Questo nuovo regime è stato completato con un decreto legislativo del 2013<sup>67</sup>, recentemente modificato da un decreto legislativo nel 2016<sup>68</sup>.

c) Un ulteriore aspetto del sistema della prevenzione è costituito dall'introduzione di particolari strumenti di programmazione che rispondono alla logica del *risk management*, cioè alla ricognizione delle aree dell'azione amministrativa che presentano la maggiore esposizione al rischio corruzione e richiedono, quindi, particolari misure di carattere preventivo. In particolar modo, è stato previsto un procedimento di pianificazione che comporta l'individuazione e la gestione del rischio di corruzione in relazione alle varie categorie di attività amministrative.

Il sistema programmatico è articolato su due livelli: una programmazione nazionale affidata all'Autorità anticorruzione, che deve adottare il Piano nazionale anticorruzione; una programmazione decentrata, riservata a ciascuna amministrazione pubblica, che deve approvare il Piano triennale per la prevenzione.

Il Piano nazionale anticorruzione contiene le direttive che sono tenute a seguire le singole amministrazioni nella redazione del Piano triennale per la prevenzione, il quale, a sua volta, nel dare attuazione al Piano nazionale, deve specificare le aree di rischio, in relazione ai compiti spettanti a ciascuna amministrazione, nonché selezionare le misure che possono ridurre questo rischio.

d) Una novità particolarmente qualificante della legislazione anticorruzione italiana è costituita dall'introduzione dell'*Autorità nazionale anticorruzione* (ANAC), un

<sup>67</sup> D. lgs. 14 marzo 2013, n. 33, sugli obblighi di trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni (Cfr. CONTIERI, 2014, p. 563 ss.; MANGANARO, 2014, p. 553 ss.; PONTI, 2013). In termini più generali, sull'evoluzione del principio di trasparenza nell'ordinamento (Cfr. CARLONI, 2014; NATALINI; VESPERINI, 2015; OROFINO, 2013).

<sup>68</sup> Si tratta delle disposizioni contenute nel d. lgs. 25 maggio 2016, n. 97, Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

soggetto pubblico che la dottrina prevalente considera come un'autorità amministrativa indipendente.

La sua comparsa nel sistema amministrativo italiano risponde ad una logica di specializzazione e di accentramento degli interventi di carattere preventivo, dato che la nuova Autorità ha anche assorbito le funzioni dell'autorità di vigilanza sui contratti pubblici. Infatti, in considerazione dello stretto rapporto che sussiste tra funzione di garanzia e vigilanza e funzione di prevenzione dei fenomeni corruttivi nel settore dei contratti pubblici, il legislatore italiano, con il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, all'art. 19, ha soppresso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), e ne ha trasferito compiti e funzioni all'Autorità nazionale anticorruzione<sup>69</sup>.

L'ANAC è diventata titolare di una varietà di compiti e funzioni e deve vigilare sul rispetto delle norme anticorruzione da parte delle amministrazioni pubbliche e degli altri soggetti che devono osservarle.

Sul piano delle innovazioni organizzative, non si può trascurare l'introduzione in ciascuna amministrazione della figura del responsabile della prevenzione, cui spetta, tra l'altro, la preparazione del Piano triennale per la prevenzione.

e) Infine, è stata ampliata l'area delle responsabilità dei dipendenti pubblici, con un potenziamento di quella disciplinare per violazione degli obblighi correlati alle norme anticorruzione<sup>70</sup>.

## **6 CONCLUSIONI. LA POLITICA DI PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE E LE TRASFORMAZIONI DEL SISTEMA AMMINISTRATIVO ITALIANO**

Non c'è dubbio che la progressiva elaborazione di una disciplina in materia di anticorruzione da parte del legislatore italiano sia stata fortemente influenzata dal diritto internazionale, soprattutto dal diritto prodotto o stimolato dalle organizzazioni internazionali che operano in ambito europeo. I modelli giuridici, le soluzioni, le tecniche di intervento che sono state introdotte nell'ordinamento italiano sono una

<sup>69</sup> All'Autorità anticorruzione l'art. 13, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, riservava compiti diretti a favorire la valutazione, la trasparenza e l'integrità nelle amministrazioni pubbliche (Cfr. CORRADINO; NERI, 2015, p. 179).

<sup>70</sup> Per un'accurata analisi si veda CELONE (2014, p. 591 ss).

trasposizione delle norme convenzionali o degli atti di indirizzo e delle raccomandazioni delle istituzioni sovranazionali. L'idea stessa di una politica della prevenzione della corruzione, che deve essere incentrata su una strategia integrata e coordinata di tutte le amministrazioni pubbliche sotto la guida di un'autorità specializzata, è stata forgiata innanzitutto in sede internazionale e poi implementata nei diritti nazionali.

Secondo la Relazione della Commissione del 2014, la riforma anticorruzione realizzata in Italia negli ultimi anni è fondamentalmente positiva (COMMISSIONE, COM (2014) 38 final, p. 6). Però, esistono ancora alcune criticità sul versante della prevenzione del fenomeno corruttivo: infatti, occorre ancora procedere ad una maggiore responsabilizzazione dei pubblici ufficiali e della classe politica, rafforzando la tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti, garantendo la trasparenza dell'attività di lobbying, estendendo i poteri dell'autorità nazionale anticorruzione, rendendo più trasparenti le procedure relative agli appalti pubblici.

Ad alcune di queste osservazioni si è già adeguato il legislatore italiano con i più recenti provvedimenti legislativi<sup>71</sup>.

Comunque, l'impatto della nuova normativa è stato quanto mai profondo sul sistema amministrativo italiano e si può comprendere soltanto se si prendono in considerazione i tratti peculiari del modello di prevenzione della corruzione che è stato adottato.

Il primo carattere che merita essere segnalato è quello della "trasversalità", nel senso che la disciplina in tema di corruzione riguarda in modo trasversale o generale tutto l'ordinamento amministrativo, poiché coinvolge tutti i settori dell'azione amministrativa e si applica a tutte le pubbliche amministrazioni.

Il secondo carattere, strettamente correlato al precedente, consiste nella "priorità", dal punto di vista applicativo, che presenta la nuova disciplina, nel senso che le norme anticorruzione trovano applicazione prevalendo sulle altre normative speciali che riguardano le pubbliche amministrazioni, senza che siano previste deroghe od eccezioni significative.

E', dunque, una legislazione che assume una dimensione di centralità nel diritto amministrativo italiano.

<sup>71</sup> Si vedano, per esempio, il provvedimento legislativo che ha potenziato le competenze e i poteri dell'ANAC – l. 27 maggio 2016, n. 69 – o il nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Per quanto concerne le trasformazioni sostanziali che ha subito il sistema amministrativo, non è semplice formulare un bilancio, essendo passati ancora pochi anni dal momento in cui è diventato operativo il meccanismo introdotto dalla legge “anticorruzione” del 2012, per apprezzare in maniera adeguata le conseguenze dei diversi strumenti di intervento.

Il nuovo modello presenta indubbiamente notevoli vantaggi, ma anche qualche criticità.

La disciplina anticorruzione è senza dubbio completa, dettagliata, incisiva ed in grado di sollecitare le autorità amministrative ad operare ed agire con obiettività ed imparzialità, prevedendo diversi momenti di valutazione delle condotte individuali e degli uffici amministrativi. E il ruolo dell’ANAC risulta senz’altro incisivo per avviare le procedure ed attuare gli adempimenti previsti dalla legislazione.

Nondimeno, si possono registrare anche alcuni profili problematici. Così, il modello della pianificazione della prevenzione anticorruzione oscilla tra due degenerazioni opposte.

Da un lato, questa programmazione potrebbe trasformarsi in un monitoraggio del tutto formale, in un “castello di carte”, in cui prevale un controllo di tipo documentale, sulla produzione cartacea delle amministrazioni, ma scarsamente incisivo nella individuazione dei comportamenti che possono favorire le pratiche corruttive<sup>72</sup>.

Dall’altro lato, la programmazione anticorruzione, se presa sul serio, potrebbe comportare un ampliamento eccessivo degli oneri per le pubbliche amministrazioni, producendo un’ulteriore complicazione dell’azione amministrativa. Tra l’altro, l’esigenza di formalizzare il comportamento e l’azione dei dipendenti pubblici, attraverso l’individuazione di ulteriori misure rispetto a quelle obbligatorie per legge, potrebbe condurre all’introduzione di regole sostanziali per l’esercizio del potere amministrativo, limitando in tal modo la sfera di discrezionalità attribuita dall’ordinamento alla pubblica amministrazione, con l’effetto di irrigidire ulteriormente il *modus operandi* della pubblica amministrazione.

<sup>72</sup> AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE, *Relazione annuale 2015*, Roma Senato della Repubblica, 14 luglio 2016, 340, in cui sottolinea che, dall’analisi dei Piani Triennali per la Prevenzione della Corruzione adottati per il triennio 2015-2017 emerge una carenza nella predisposizione dei piani e la diffusa tendenza al semplice adempimento burocratico degli obblighi di legge.

Spetterà nei prossimi anni all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) stabilire con equilibrio la linea di confine tra prevenzione della corruzione ed efficacia dell'azione amministrativa, per non piegare alle ragioni della prevenzione la necessaria flessibilità che deve spettare alle amministrazioni nella cura degli interessi pubblici<sup>73</sup>.

## 7 RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA.VV. **La nuova disciplina anticorruzione** – Istituzioni del federalismo, 2013, n. 2. <[http://www.regione.emilia-romagna.it/affari\\_ist/Rivista\\_2\\_2013/indice2.html](http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/Rivista_2_2013/indice2.html)>.
- ABED, G.T.; GUPTA, S. (Ed.). **Governance, Corruption and Economic Performance**. Washington: IMF, 2002.
- ADES, A.; DI TELLA, R. The New Economics of Corruption: a Survey and some New Results. **Political Studies**, 1997, p. 496 ss.
- AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE. **Relazione annuale 2015**. Roma Senato della Repubblica, 14 luglio 2016, p. 340.
- BERNARDI, A. I tre volti del «diritto penale comunitario». **Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario**, 1999, p. 333 ss.
- BERNARDI, A. **L'europeizzazione del diritto e della scienza penale**. Torino, 2004.
- BORLINI, L.; MAGRINI P. La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito OCSE alla dimensione ONU. **Dir. comm. intern.**, 2007, p. 15 ss.
- BRIOSCHI, C. A. **Breve storia della corruzione. Dall'età antica ai giorni nostri**. Milano, 2004.
- CANTONE, R.; DI FEO, G. **Il male italiano, Liberarsi dalla corruzione per cambiare il Paese**. Milano, 2015.
- CARLONI, E. **L'amministrazione aperta**. Regole strumenti limiti dell'open government. Rimini, 2014.
- CASSETTA, E. **Manuale di diritto amministrativo, a cura di F. Fracchia**. Milano, 2014.
- CASSANI, U.; HÉRITIER LACHAT, A. **Lutte contre la corruption internationale. The never ending story**. Zurich, 2011.
- CASSESE, S. **L'Italia: una società senza Stato?** Bologna: Il Mulino, 2011.
- CELONE, C. Le responsabilità e le sanzioni per la violazione degli obblighi di pubblicazione e delle situazioni di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi nelle pubbliche amministrazioni. In: IMMORDINO, M.; GULLO, N.; CELONE, C. (a cura di), **Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e ordinamento brasiliano**. Palermo, 9-10 maggio 2014. **Nuove autonomie**, 2014, p. 591 ss.
- CENTORRINO, M.; LISCIANDRA, M. La teoria economica della corruzione. In: AA.VV. **La corruzione fra teoria economica, normativa internazionale, modelli**

<sup>73</sup> Considerazioni critiche sono contenute sul nuovo modello della prevenzione della corruzione in F. FRACCHIA, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Dir. econ.*, 2015, 483 ss.

- d'organizzazione d'impresa. **Quaderni europei**, aprile 2010, n. 18. In: <[http://www.cde.unict.it/sites/default/files/18\\_2010.pdf](http://www.cde.unict.it/sites/default/files/18_2010.pdf)>.
- CLARICH, M. **Manuale di diritto amministrativo**. Bologna, 2015.
- COMMISSIONE. **Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo – Politica globale dell'Ue contro la corruzione**, 28 maggio 2003, COM (2003) 0137.
- COMMISSIONE. **Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo: la lotta contro la corruzione nell'UE**, 6 giugno 2011, COM (2011) 308.
- COMMISSIONE. **Relazione della Commissione al Consiglio sulle modalità di partecipazione dell'Unione europea al Gruppo di Stati del Consiglio d'Europa contro la corruzione (GRECO)**, 6 giugno 2011, COM (2011) 307.
- COMMISSIONE. **Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione**. Bruxelles, 3 febbraio 2014 COM (2014) 38 final.
- CONFORTI, B. **Diritto internazionale**. Napoli, 2014.
- CONTIERI, A. Trasparenza e accesso. In: IMMORDINO, M.; GULLO, N.; CELONE, C. (a cura di), **Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e ordinamento brasiliano**. Palermo, 9-10 maggio 2014. **Nuove autonomie**, 2014, p. 563 ss.
- CORRADINO, M. La disciplina degli appalti e le strategie di prevenzione della corruzione. In: FRANCHINI, C.; SCIAUDONE, F. (a cura di), **Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità**. Napoli, 2015, p. 217 ss.
- CORRADINO, M.; LINCESSO, I. La soppressione dell'AVCP e il trasferimento delle funzioni all'ANAC. In: CANTONE, R.; MERLONI, F. **La nuova Autorità nazionale anticorruzione**. Torino, 2015, p. 11 ss.
- CORRADINO, M.; NERI, B. L'ANAC nella riforma della disciplina dei contratti pubblici: il recepimento delle direttive appalti. In: CANTONE, R.; MERLONI, F. **La nuova Autorità nazionale anticorruzione**. Torino, 2015, p. 175 ss.
- CORSO, G. **Manuale di diritto amministrativo**. Torino, 2015.
- CORTE DEI CONTI, **Giudizio sul rendiconto dello Stato 2008**. Memoria del Procuratore generale. Udienza del 25 giugno 2009, Roma, 2009.
- CORTE DEI CONTI, SEZIONI RIUNITE. **Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2012**. Relazione scritta del Procuratore Generale Lodovico Principato. 16 febbraio 2012.
- D'ALBERTI, M.; FINOCCHI, R. (a cura di). **Corruzione e sistema istituzionale**. Bologna, 1994.
- D'ALTERIO, E. I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam". **Giornale di diritto amministrativo**, 2015, p. 757 ss.
- DELMAS-MARTY, M. **Globalization and Multinational corporations**, 2008. In: <[www.goodplanet.info](http://www.goodplanet.info)>.
- DEL VECCHIO, A.; SEVERINO, P. (a cura di). **Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale**. Padova, 2014.
- DESOUSA, L.; MARMOUR, P.; HINDESS, B. Government, NGOs, and Anti-Corruption. **The New Integrity Warriors**, Abingdon, 2008
- DI CRISTINA, F. La corruzione negli appalti pubblici. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, 2012, p. 177 ss.

- DI MASCIO, F. Una relazione della Commissione europea sulle politiche anti-corruzione. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, 2014, p. 548 ss.
- DREHER, A.; HERZFELD, T. The Economic Costs of Corruption: A Survey of the Empirical Evidence. In: DE LUCA, F. N. (Ed.). **Economic Corruption: Detection, Costs and Prevention**. 2008, cap. 4, p. 115 ss.
- EUROBAROMETER, **Attitudes of Europeans towards Corruption**, 325, wave 72.2, Bruxelles, November, 2009.
- FERRARESE, M. R. **Il diritto al presente**. Globalizzazione e tempo delle istituzioni. Bologna, 2002.
- FERRARO, F.; GAMBACURTA, S. (a cura di). **Anticorruzione**. Commento alla riforma. La legge 6 novembre 2012, n. 190 e i provvedimenti attuativi. Rimini, 2013.
- FIORINO, N.; GALLI, E. **La corruzione in Italia. Un'analisi economica**. Bologna, 2013.
- FOLLIERI, E. **I principi generali delle Direttive comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE**, 2015. In: <www.giustamm.it>.
- GALGANO, F. **La globalizzazione nello specchio del diritto**. Bologna, 2005.
- GALGANO, F. L'impresa transnazionale e i diritti nazionali. In: **Trattato di diritto civile**, IV: Le società. Padova, 2010, p. 720 ss.
- GARDINER, J. A. **The Politics of Corruption: Organized Crime in an American City**. New York, 1970.
- GAROFOLI, R. **Il contrasto alla corruzione**. La L. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto trasparenza e le politiche necessarie In: <www.giustizia-amministrativa.org>.
- GULLO, N. La politica di contrasto alla corruzione in Italia e i soggetti responsabili della prevenzione della corruzione. In: IMMORDINO, M.; GULLO, N.; CELONE, C. (a cura di), **Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e ordinamento brasiliano**. Palermo, 9-10 maggio 2014. **Nuove autonomie**, 2014, p. 521 ss.
- HINNA, L.; MARCANTONI, M. **Corruzione. La tassa più iniqua**. Roma, 2013.
- IMMORDINO, M.; GULLO, N.; CELONE C. (a cura di). **Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e ordinamento brasiliano**. Palermo, 9-10 maggio 2014. **Nuove autonomie**, 2014.
- JAIN, A. K. **The Political Economy of Corruption**. London, 2001.
- KAUFMANN, D.; KRAAY A. Growth without Governance. **World Bank Policy Research Working Paper**, 2928, November 2002.
- LA SPINA, A.; MAJONE G. **Lo Stato regolatore**. Bologna, 2002, spec. 86 ss.
- LOCATI, G. Le convenzioni del Consiglio d'Europa anticorruzione, il monitoraggio del GRECO e gli adempimenti nazionali. In: SACERDOTI, G. (a cura di), **Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione**. Dalla Convenzione OCSE 1997 al decreto n. 231 del 2001. Milano, 2003, p. 216 ss.
- MALEM SEÑA, J. F. **Globalizzazione, commercio internazionale e corruzione** (2000), trad. it., Bologna, 2004.
- MANGANARO, F. **La corruption en Italie**. 2014, p. 3 ss. In: <www.ius-publicum.com>.
- MANGANARO, F. Trasparenza e obblighi di pubblicazione. In: IMMORDINO, M.; GULLO, N.; CELONE, C. (a cura di), **Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e ordinamento brasiliano**. Palermo, 9-10 maggio 2014. **Nuove autonomie**, 2014, p. 553 ss.

- MANGANARO, F.; ROMANO TASSONE, A.; SAITTA F. (a cura di). **Diritto amministrativo e criminalità**. Milano, 2013.
- MATTARELLA, B. G. **Le regole dell'onestà**. Bologna, 2007.
- MATTARELLA, B. G. La prevenzione della corruzione in Italia. **Giornale di diritto amministrativo**, 2013, p. 123 ss.
- MATTARELLA, B. G.; PELLISSERO, M. (a cura di). **La legge anticorruzione**. Prevenzione e repressione della corruzione. Torino, 2013.
- MAZZAMUTO, M. **Profili di documentazione antimafia**. 2016. In: <www.giustamm.it>.
- MCCHESENEY, F. S. The Economic Analysis of Corruption. In: BENSON, B. L.; ZIMMERMAN, P. R. (Ed.), **Handbook on the Economics of Crime**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2010, p. 218 ss.
- MONGILLO, V. **La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale**. Napoli, 2012.
- MONTANARI, M. **La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali**. I rapporti dell'Unione europea, del Working Group on Bribery dell'OCSE e del GRECO concernenti il nostro Paese. 1 luglio 2012. In: <www.penalecontemporaneo.it>.
- MONTANARI, M. **Statistiche e valutazioni sulla corruzione in Italia nella Relazione della Commissione europea**. 11 febbraio 2014. In: <www.penalecontemporaneo.it>.
- NATALINI, A.; VESPERINI, G. (a cura di). **Il big bang della trasparenza**. Napoli, 2015.
- PARLAMENTO EUROPEO, **Risoluzione del Parlamento europeo** del 15 settembre 2011 sugli sforzi dell'Unione europea per lottare contro la corruzione.
- PIPERATA, G. **Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione**. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane. n. 16, 2015. In: <www.federalismi.it>.
- PONTI, B. (a cura di), **La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs.** 14 marzo 2013, n. 33. Analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative. Rimini, 2013.
- OROFINO, A. G. **Profili giuridici della trasparenza amministrativa**. Bari, 2013.
- RACCA, G. M.; YUKINS, C. (Eds.). **Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts**. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Intentionally. Brussels, 2014.
- RAMAJOLI, M. Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni. In: IMMORDINO, M.; GULLO, N.; CELONE, C. (a cura di), **Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e ordinamento brasiliano**. Palermo, 9-10 maggio 2014. **Nuove autonomie**, 2014, p. 577 ss.
- RAPPORTO DELLA COMMISSIONE PER LO STUDIO E L'ELABORAZIONE DI PROPOSTE IN TEMA DI TRASPARENZA E PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. **La Corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione**. Presidenza del Consiglio dei Ministri – Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione. Roma, 2012.
- ROLLI, R.; ARABA G. **Come le termiti: corruzione e rimedi**. 2015. In: <www.giustamm.it>.
- ROSE-ACKERMAN, S. **Corruption: A Study in Political Economy**. New York, 1978.
- SALERNO, M. Aumentano le denunce ma la Pa resta un «freno». **Il Sole 24-ore**, 21 agosto 2016, p. 7.

SANDULLI, M.A.; Cancrini, A. I contratti pubblici. In: MERLONI, F.; VANDELLI, L. (a cura di), **La corruzione amministrativa**. Cause, prevenzione e rimedi. Firenze, 2010, p. 437 ss.

SCISO, E. **Appunti di diritto internazionale dell'economica**. Torino, 2011.

SCOCA, F.G. **Diritto amministrativo**. Torino, 2015.

TESAURO, G. **Diritto dell'Unione europea**. Padova, 2012.

TIEDEMANN, K. L'europeizzazione del diritto penale. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1998, p. 3 ss.

VANNUCCI, A. L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto. In: MERLONI, F.; VANDELLI, L. (a cura di), **La corruzione amministrativa**. Cause, prevenzione e rimedi. Firenze, 2010, p. 37 ss.

VITALE, M.; GERONZIO, M. (a cura di), **Corruzione**. Malattia sociale che distrugge competitività, civiltà, Costituzione e carità. Bologna, 2010.

WEBB, P. The United Nations Convention Against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity? **Journal of International Economic Law**, 2005, p. 191 ss.

# O DIREITO PENAL AMBIENTAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA PRESTAÇÃO ESTATAL NA SOCIEDADE DE RISCO<sup>1</sup>

## ENVIRONMENTAL CRIMINAL LAW AS A FUNDAMENTAL RIGHT TO AN ENTITLEMENT IN RISK SOCIETIES

*Augusto Antônio Fontanive Leal<sup>2</sup>*

### Resumo

O presente trabalho está voltado para a temática da abordagem do direito fundamental ao meio ambiente e sua consideração a partir dos critérios de uma norma fundamental, contando ainda com a sua caracterização como um direito fundamental completo. Conseqüentemente, o objetivo pretendido é o de especificar a matéria de proteção que a legislação penal deve se destinar e, por isso, a delimitação do conceito de bem jurídico ambiental, com base em uma análise voltada para o que seria a contemporânea sociedade de risco. Por fim, conclui-se que há uma imposição do Estado na edição de leis de matéria penal ambiental buscando a necessária proteção do bem ambiental das mais diversas condutas previstas na forma de tipos penais. Este estudo fará uso de bibliografia pertinente ao tema, em conjunto com textos legais de modo a viabilizar a metodologia hermenêutica.

**Palavras-chave:** Estado. Direito penal ambiental. Direito fundamental. Bem jurídico ambiental.

### Abstract

This work is focused on the thematic approach of the fundamental right to the environment and consideration from the criteria of a fundamental rule, still relying on its characterization as a complete fundamental right. Consequently, the intended purpose is to specify the subject of protection of the criminal law must be intended and, therefore, the definition of the concept of good environmental legal, based on a focused analysis of what would be the contemporary risk society. Finally, it is concluded that there is a state taxation on the issue of environmental criminal laws seeking the necessary protection of the environment and the various conduits provided in the form of criminal types. This study will make use of relevant literature on the subject, together with legal texts in order to enable the hermeneutic methodology.

**Keywords:** State. Environmental criminal law. Fundamental Right. Environmental legal property.

<sup>1</sup> Artigo submetido em 30/10/2015, pareceres de análise em 29/01/2016 e 18/10/2016, aprovação comunicada em 18/10/2016.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (RS). Membro do grupo de pesquisa ALFAJUS. Advogado. *E-mail:* <aafleal@ucs.br>.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O direito penal ambiental como direito fundamental a uma prestação estatal. 3. Direito penal do ambiente na sociedade de risco e o bem jurídico ambiental. 4. Conclusão. 5. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Surge, no cenário atual, a preocupação com o meio ambiente frente às degradações que se constatarem como inerentes ao cenário mundial. A concepção da necessidade de preservação do meio ambiente passa de uma mera consciência para estar prevista em sede constitucional.

Com isso, a previsão do direito fundamental ao meio ambiente não pode ser vista tão somente em um critério legal, mas deve abranger um feixe de posições que exige uma atuação efetiva do Estado na efetivação de seu cumprimento. Com efeito, há uma imposição na própria norma de direito fundamental de que o Estado legisle sobre a matéria penal ambiental como forma de proteger o meio ambiente.

A proteção do bem ambiental deve ser realizada de todas as formas possíveis, propiciando o cumprimento de um direito fundamental que deve ser visto como um direito fundamental completo. A partir disso, a imposição para o Estado de editar um ordenamento jurídico de caráter penal como forma sancionadora para efetivar a preservação da natureza.

A relevância e atualidade do tema do presente trabalho se demonstram em razão da preocupação contemporânea com a crise ambiental e, em decorrência disso, a necessidade de que, como uma das formas de busca pela solução da efetividade do direito fundamental ao meio ambiente, o Estado legisle sobre a matéria penal ambiental.

No primeiro capítulo será realizada uma abordagem do caráter de uma norma fundamental e a forma como esta norma vai dar legitimidade para um direito fundamental que deverá corresponder com os anseios de uma sociedade. Em razão disso, fundamentar-se-á a imposição ao Estado para com o cumprimento do referido direito fundamental em função de uma obrigação de editar leis de caráter sancionador penal.

No segundo capítulo, será estudado o caráter de uma norma de direito penal que objetive a proteção do bem ambiental, na contemporaneidade de uma sociedade de risco, analisando-se o caráter de proteção que a referida norma deve

englobar, em consideração para com a coletividade que o bem ambiental está inserido em conjunto com a partição de condutas que lesionem o meio ambiente.

## **2 O DIREITO PENAL AMBIENTAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA PRESTAÇÃO ESTATAL**

O contexto de normas que regem a ordem jurídica de um Estado estão voltadas para a observância de normas ditas fundamentais. Neste íterim, um Estado, para ser observado como comunidade jurídica que necessita estar atrelado à sua ordem jurídica. Esta concepção é demonstrada por Hans Kelsen, que determina a existência de uma comunidade em conjugação com uma ordem normativa que a regulamente reciprocamente (KELSEN, 1998, p. 263).

A partir disso, concebe-se que a ordem jurídica que enseja a formação de uma comunidade em um Estado condiciona todo o ordenamento posterior a sua concepção. Parte-se, então, para o que seriam as normas fundamentais. Importante referir que essas normas fundamentais encontram relação com a própria confecção do contrato social, que deve ser observado ante uma vontade geral. Para Rousseau, no âmbito de formação de um contrato social, “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo” (ROUSSEAU, 2013, p. 34).

Desta forma, evidencia-se uma correspondência entre a conduta dos membros de uma sociedade e Estado para com o ordenamento jurídico própria dessa comunidade e, principalmente, para com as suas normas fundamentais. Pois que, conforme houvera afirmado Kelsen, o Estado é sua ordem jurídica (KELSEN, 1998, p. 263).

Há, neste íterim, uma pressuposição de que a ordem jurídica de um determinado Estado encontra respaldo e legitimidade quando em conformidade com uma norma fundamental anteriormente prevista. É dessa forma que entende Hans Kelsen ao expressar:

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser

deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental (KELSEN, 1998, p. 139).

A validade das normas previstas em um complexo ordenamento jurídico não pode e nem deve ser considerada a partir de sua criação, como provenientes de algo qualquer, uma vez que sua existência e legitimação partem da pressuposição de uma norma fundamental que traz os fundamentos de sua aplicação em sociedade.

A partir da compreensão da existência de uma norma fundamental que acaba por legitimar todo aparelho jurídico de uma sociedade, traz-se a importância dos Direitos Fundamentais na consagração positivada dessas normas. Ainda, de acordo com a positivação de referidos Direitos Fundamentais, surge na atualidade a consagração do Direito Fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 225 (BRASIL, 1988).

Destarte, a partir da compreensão das normas de direito fundamental e da própria consolidação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, faz-se necessário elucidar em que se caracterizam as normas de direito fundamental.

Deve-se partir, então, para a análise do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental completo. Neste sentido, com base no emérito jurista alemão Robert Alexy (2008, p. 249), o direito fundamental completo deve ser compreendido como um feixe de posições de direitos fundamentais<sup>3</sup>.

A busca pela significação das normas de direitos fundamentais em um ordenamento jurídico que pressupõe a existência de uma norma fundamental, ainda conforme Alexy, encontra fundamentação em dois fatores, quais sejam, a fundamentalidade formal e substancial.

A fundamentalidade formal tem o condão de estabelecer uma ligação entre os três poderes de um Estado, condicionando as atuações do legislativo, do

<sup>3</sup> Neste caso, é importante referir que no presente trabalho a questão concernente à ordem jurídica é realizada com base em Kelsen, sendo este o marco teórico. E, no que diz respeito à teoria dos Direitos Fundamentais, adota-se a teoria alexyana e demais autores que seguem esta corrente teórica.

executivo e do judiciário (ALEXY, 2008, p. 520). Destarte, importante trazer à baila a interpretação de Karine da Silva Cordeiro quanto ao tema:

A fundamentalidade formal, como se percebe, não suscita maiores dúvidas: são fundamentais os direitos assim expressamente reconhecidos pela Constituição e aos quais se confere um regime jurídico privilegiado (CORDEIRO, 2012, p. 30).

De outra banda, a fundamentalidade substancial acaba por constituir referência quando da formação da estrutura normativa do Estado e da própria sociedade que o compõe (ALEXY, 2008, p. 522). Percebe-se, neste aspecto, uma caracterização puramente material da norma de direito fundamental, vinculando o Estado em conjunto com a sociedade. Justamente nesse sentido que Karine da Silva Cordeiro define a importância do conceito material para a concepção dos direitos fundamentais:

(...) a nota de fundamentalidade do ponto de vista material é aferida conforme o grau de importância do conteúdo da norma para estrutura do Estado e da sociedade, especialmente no que diz com a posição ocupada pela pessoa humana (CORDEIRO, 2012, p. 30).

É possível concluir que os direitos fundamentais possuem dois aspectos de consideração, o primeiro seria no tocante à sua formalidade, como força vinculativa de três poderes, porquanto que o segundo se apresenta no campo material propriamente dito da norma, que acaba por invariavelmente condicionar toda a estrutura do ordenamento jurídico.

Ainda, considerando os dois aspectos presentes que compõem um direito fundamental, de acordo com norma constitucional que consolida o meio ambiente ecologicamente equilibrado como cerne de um direito deste calibre, de se ressaltar sua condição como um feixe completo de posições em conjunto com a presença de seus dois aspectos, formal e material.

Para tanto, o direito fundamental ao meio ambiente encontra sua duplicidade de subjetividade quando de sua matéria legislada, bem como de objetividade formal, quando da vinculação dos três poderes do Estado. Assim compreende Anízio Pires Gavião Filho quando refere que:

O direito fundamental ao ambiente apresenta um caráter duplo, configurando, ao mesmo tempo, um direito subjetivo e um elemento de

ordem objetiva. O direito fundamental ao ambiente configura um direito subjetivo no sentido de que todos os indivíduos podem pleitear o direito de defesa contra aqueles atos lesivos ao ambiente (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 39).

Neste ínterim, ainda de acordo com Gavião Filho, o direito fundamental ao meio ambiente desdobra-se em ações negativas ou ações positivas. Com isso, o Estado pode ter por função a não criação de obstáculos na preservação do ambiente ou ter uma atuação positiva no sentido de produzir normas de organização e procedimento (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 15).

Ponto em que se deve realçar a importância de inclusão do direito ao meio ambiente no rol dos direitos fundamentais, dando azo à preservação da natureza. Ora, o meio ambiente está intimamente relacionado à existência humana, de modo que é imperiosa a sua proteção. Nesse sentido, afirma Pérez Luño:

La inmediata incidência del ambiente em la existência humana, su transcendência para su desarrollo y su misma posibilidad, es lo que justifica su inclusion en el estatuto de los derechos fundamentales (PÉREZ LUÑO, 1995, p. 463).

Destarte, conclui-se que restou necessário que se consagrasse o meio ambiente ecologicamente equilibrado em um direito fundamental, uma vez que está diretamente ligado à qualidade de vida dos membros de uma sociedade. Sendo que, o referido direito fundamental ao meio ambiente encontra-se em um rol do que seria um feixe complexo, conjugando um direito de cunho formal, no âmbito de condicionamento dos três poderes do Estado, com um direito substancial, exigível quanto a uma prestação, no tocante inclusive ao ordenamento jurídico.

Nessa esteira, a prestação que se volta para a produção de um ordenamento jurídico que condiga com o direito fundamental ao meio ambiente deve estar adequada e em consonância com uma norma fundamental que principia a atuação estatal em sua atividade legislativa, executiva e judiciária.

O ordenamento jurídico, por sua vez, deve estar legitimado para com uma norma fundamental. Neste aspecto, as normas, no âmbito do direito fundamental ao meio ambiente, devem condizer com a proteção que enseja um direito fundamental completo.

Denota-se, então, a existência e necessidade de um ordenamento jurídico de aspecto penal no tocante à total atenção ao direito fundamental ao meio

ambiente. Há, neste caso, uma atuação do Estado, quando do exercício de seu poder legislativo, em estabelecer normas que visem proibir e restringir determinadas condutas. Estas normas penais acabam objetivando uma determinada coação, com base em um modelo de contato nas relações sociais, bem como na efetiva proteção do meio ambiente. Ponto em que é importante dar a palavra ao entendimento de Gavião Filho:

O direito à proteção do ambiente realiza-se quando o Estado, por intermédio de normas de Direito penal, proíbe certas condutas e restringe comportamentos. Valendo-se da tipificação de condutas como crimes ambientais e das correspondentes sanções penais, o Estado comunica a todos que não são toleradas as frustrações das expectativas normativas, isso significando que todos devem continuar confiando na vigência das normas penais, como modelos de contato social e de proteção do ambiente (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 16).

A proposta que visa, mediante uma ordem jurídica, parir um ato coativo deve estar relacionada com o caráter sancionador em conjunto com uma proibição relativa à conduta humana. Esta última, por sua vez, acaba por ser considerada antijurídica diante do direito e, de acordo com Kelsen, passa a ter o caráter de “de um ato ilícito ou delito – quer dizer, é o contrário daquela conduta que deve ser considerada como prescrita ou conforme ao Direito, conduta através da qual será evitada a sanção” (KELSEN, 1998, p. 24).

Isso se dá porque o Direito, a partir do momento que cria sanções, passa a coagir os membros de uma sociedade a agirem de determinada maneira de modo a evitar aquela sanção anteriormente referida. Todavia, impende referir que a coação ante um agir por força de uma ameaça sancionadora não é a única forma de manter a ordem, podendo ser levantadas questões de caráter religioso e moral. A partir disso, ainda de acordo com Kelsen, o ordenamento jurídico

Pela estatuição de sanções, motiva os indivíduos a realizarem a conduta prescrita, na medida em que o desejo de evitar a sanção intervém como motivo na produção desta conduta, deve responder-se que esta motivação constitui apenas uma função possível e não uma função necessária do Direito, que a conduta conforme ao Direito, que é a conduta prescrita, também pode ser provocada por outros motivos e, de fato, é muito freqüentemente, provocada também por outros motivos, como sejam as idéias religiosas ou morais (KELSEN, 1998, p. 24).

Nesse sentido, a partir da compreensão de que o Estado não pode permitir que comportamentos de terceiros venham a lesionar o meio ambiente (GAVIÃO

FILHO, 2005, p. 5), surge a importância de que a legislação de matéria penal venha a coagir a atuação dos membros da sociedade de maneira a condizer com a preservação da natureza como um todo, valendo-se da não permissão de agressão ao direito fundamental ao ambiente.

Com isso, a proteção do meio ambiente encontra fundamentação quando da relação necessária que deve haver entre a imposição encontrada na norma penal sancionadora e os comportamentos de potencial lesivo para com o ambiente, com fundamento na proteção do direito fundamental ao ambiente (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 54).

Assim, fica caracterizada a fundamentação de uma norma fundamental que rege toda a ópera jurídica em conjunto com a positivação do que, nesse caso, consagra-se como o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que deve ser visto como os movimentos de mãos e braços de um maestro, sendo que, toda a música deve compreender por completo em suas notas o referido direito fundamental em seu amplo e inarredável aspecto de completude.

Ainda, especificamente, revelando-se como um dos aspectos presentes na característica própria de direito fundamental completo, parte-se para a legislação de cunho penal como sancionadora a fim de evitar com que se proceda em uma sociedade com condutas que lesionem o meio ambiente, o que demonstraria inércia por parte do Estado frente seu dever de proteger o direito fundamental ao meio ambiente. Com isso, faz-se necessária, em uma próxima abordagem, a caracterização do direito penal ambiental e a proteção do ambiente como um bem jurídico ambiental.

### **3 DIREITO PENAL DO AMBIENTE NA SOCIEDADE DE RISCO E O BEM JURÍDICO AMBIENTAL**

Considerando a imposição ao Estado, diante de um dever de proteção, de realizar a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente por meio de um ordenamento jurídico de matéria penal, é essencial que sejam definidas as características do direito penal ambiental e de sua matéria de proteção, que é o caso de edição de um ordenamento jurídico equivalente que proporcione a devida coação ante uma possível sanção.

Assim, a norma jurídica produzida com a finalidade de ser incluída em matéria penal acaba por exercer uma influência de caráter político-criminal por sobre toda a sociedade, o que caracterizaria a efetividade da norma penal para com o cumprimento de um direito fundamental. Com isso, importante trazer o ensinamento de Alfred Büllesbach, para quem:

A consideração do efeito da norma jurídica para o indivíduo e para a sociedade como um todo pode assim exercer uma influência benéfica sobre a aplicação das normas do direito penal, sobre o tratamento jurídico dos objetivos na execução das penas e sobre a política criminal (BÜLLESBACH, 2009, p. 499).

Com isso, demonstra-se o importante objetivo trazido por Peter-Alexis Albrecht para o direito penal, o qual deve constituir uma maneira de possibilitar o cálculo dos conflitos e reduzi-los a um nível social, funcionando como um instrumento de limitações da liberdade imposto aos cidadãos de maneira recíproca (ALBRECHT, 2010, p. 143).

Ainda, em uma sociedade que se objetiva promover a proteção do meio ambiente e que se positiva essa intenção mediante um direito fundamental, não é de se descartar a noção de uma sociedade pós-moderna de riscos.

Nesse sentido, o entendimento de Ulrich Beck versa sobre uma sociedade que busca a riqueza, mas acaba por estar acompanhada de uma produção social de riscos (BECK, 2011, p. 2). Este ponto abordado pelo autor revela uma preocupação trazida na forma de uma tese, quando da distribuição e incremento de riscos, que desembocam em ameaças.

Não deve ser olvidado o posicionamento das consequências advindas da pós-modernidade para o meio ambiente, reforçando a necessidade de sua análise para a tutela penal do bem ambiental. A partir disso, conforme Beck (2011, p. 27), “com a distribuição e o incremento dos riscos, surgem *situações sociais de ameaça*”.

Ainda, em matéria dedicada à produção de riscos e sua influência no ordenamento jurídico penal de tutela do meio ambiente, a violência prevista para com o meio ambiente deve ser considerada como difusa, uma vez que dentro de suas ramificações, apontam uma perpetração do tecido social, em suas diversas camadas (PORTO, 2010, p. 14). Esse é o entendimento formulado pela socióloga Maria Stela Grossi Porto, no âmbito de seu estudo acerca da violência. Ainda, de

acordo com a autora, deve-se considerar a violência em sua pluralidade, isto é, “a violência não pode ser sistematicamente identificada a uma única classe, segmento ou grupo social” (PORTO, 2010, p. 15).

Com isso, a política criminal aparece como a função governamental no âmbito criminal, reforçando-se a ideia da necessária produção de ordenamento jurídico que recaiam sobre a feitura de normas penais. Justamente por isso, a política criminal deve estar voltada para a proteção de bens jurídicos valiosos à sociedade e, mais precisamente para o caso em tela, para a tutela dos bens jurídicos ambientais. Daí a seguinte conclusão formulada por Ribeiro e Paulon (2013, p. 277):

Observa-se que a confecção da norma compreende uma opção política e que, em determinado Estado, se entende por conveniente para a tutela dos bens jurídicos mais caros à sociedade. Nesse contexto, a opção estatal de fazer com que o Direito Penal se ocupe das questões mais sérias e convenientes à sua população, reflete a escolha mais democrática (...).

Nesses termos, no âmbito da edição de leis de cunho penal, deve-se considerar a conveniência para com a sociedade de modo a proporcionar uma escolha democrática. Assim, a legislação penal que viabilize a proteção do meio ambiente trata de uma questão de política criminal onde se criam novos tipos penais, considerando a tutela difusa do bem ambiental.

Ponto em que, a ótica de proteção do bem ambiental por meio da legislação penal acaba por consagrar a fundamentação de bens jurídicos adequados com a própria a própria tutela do meio ambiente. Dessa forma, segundo Ribeiro e Paulon (2013, p. 278):

Assim, a opção do Estado pela tutela mais efetiva dos bens jurídicos, dentre os quais aquele ultimamente mais fustigado pelo homem que é o meio ambiente, parte de opções políticas que, no âmbito criminal (política criminal), orientam o legislador penal a consagrar uma maior gama de tipos penais, além de uma maior variedade de *clientes* que, seja por tal ou qual resposta penal (pena) mais adequada, estão sujeitos, pessoas físicas ou jurídicas, à sua égide.

Destarte, é importante que se estabeleça a definição dos bens jurídicos que compõem a necessidade de proteção por meio de uma regulação legal penal. Levando-se em conta ainda o fato de que o ambiente, visto como meio natural dos

seres vivos, acaba revelando sua importância de garantia quando da necessidade de salvaguarda de bens raros aos homens (PRADO, 2012, p. 68).

A proteção de bens jurídicos deve considerar a produção de normas jurídico-penais que proporcionem aos membros da sociedade uma existência que honre os direitos humanos consagrados no cenário contemporâneo. Dessa forma, de acordo com a ótica de proteção do meio ambiente, consagrado como um direito fundamental e, ainda, conforme Claus Roxin (2013, p. 17), “as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos”.

Neste ponto, vislumbra-se a produção de normas jurídico-penais com a finalidade de proteger bens que sejam caros à sociedade, de modo a assegurar uma vida em sociedade sem conflitos, considerando ainda a legislação penal como direito fundamental consagrado. A partir disso, de acordo com Claus Roxin, surge a caracterização dos bens jurídicos como

Circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos (ROXIN, 2013, p. 18-19).

Assim, a proteção dos bens jurídicos representam circunstâncias que possibilitam a vida em sociedade. Tal conceito pode ser trazido para a questão própria que ora se aborda, no tocante a proteção do meio ambiente por meio da legislação penal. Neste aspecto, a consagração do direito fundamental ao meio ambiente em conjunto com a imposição de legislação de matéria penal para condutas que atentem ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reforçam a sua característica como bens jurídicos.

É com base nisso que se faz importante dar a palavra a Luiz Regis Prado, ao referir ser a norma jurídica de existência real por estar no mundo ser e que representa um sentido no mundo do dever-ser (PRADO, 2012, p. 87). De fato, a norma penal deve acrescentar uma imposição de conduta que condiga com o direito fundamental ao meio ambiente de modo a tornar efetiva a imposição do Estado de legislar nessa seara.

Em conjunto com isso, o ordenamento jurídico de matriz ambiental deve consistir na busca pelo cumprimento de um direito fundamental como um todo, no

âmbito de uma imposição ao Estado. Com efeito, a legislação penal deve condizer com a proteção de bens jurídicos diversos, com uma efetiva proteção que não generalize os referidos bens, mas que os especifique claramente.

Ao analisar o bem jurídico ambiental, quando da elaboração de normas penais que viabilizem a observância do direito fundamental ao meio ambiente, deve-se ter por caracterizado um bem jurídico com o mais próximo de um conceito exato do que se objetiva proteger.

Desta forma, o bem jurídico definido, quando se pretende proteger o bem ambiental não pode denotar conteúdo esparso que deixe margem à abstração, uma vez que concede guarida a conceitos básicos como a vida. Deve, todavia, resguardar o meio ambiente em suas mais amplas características. Nesses termos, afirma Prado que “o exame do bem jurídico protegido pelo Direito Penal do ambiente implica uma mais exata demarcação conceitual de seu *objeto* de proteção” (PRADO, 2012, p. 113).

Neste sentido, a proteção do bem ambiental, quando da compreensão de bens jurídico-penais, não pode considerar abstratamente o meio ambiente em meros conceitos generalizadores. Com isso, Gavião Filho propõe uma proteção autônoma ao bem jurídico-penal em razão das inúmeras espécies em que se desdobra a consideração de um bem jurídico ambiental (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 54).

E, ainda de acordo com Gavião Filho, a configuração autônoma do bem ambiental como um bem jurídico deve ser vista de maneira desvinculada do que seriam os interesses individuais e coletivos funcionais de um direito penal liberal (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 55). E, nestes termos, a necessária ponderação de interesses que envolve o bem jurídico ambiental, uma vez que há um encontro entre os interesses individuais e interesses sociais que concernem a conversação do ambiente (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 57).

A não generalização dos tipos penais que considerem um bem jurídico ambiental não significa o mesmo que dizer estar se tratando de uma tipificação abstrata. O bem ambiental coletivo deve ser analisado pela sua ótica de uma integridade ambiental, como ocorre, por exemplo, com a própria Lei 9.605/98<sup>4</sup>, que

<sup>4</sup> BRASIL. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm)> Acesso em: 21 ago. 2015.

expõe normas penais. Eis que, em sua função de proteger o bem ambiental por meio de diversas condutas separadamente consideradas, a referida lei protege o meio ambiente como um todo, fazendo jus à imposição constitucional prevista no artigo 225, § 3<sup>o</sup> que prevê a sujeição de infratores que lesem o meio ambiente a uma sanção penal.

A importância de se delimitar o bem jurídico ambiental por condutas deve ter por base facilitar a interpretação da norma e punibilidade da conduta lesiva, uma vez que a situação concreta que indica um crime ambiental não pode ter uma decisão judicial que se desvie da configuração da conduta delituosa, pois caso assim fosse se estaria deixando de efetivar o direito fundamental à proteção do meio ambiente (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 59). Desta forma, o bem jurídico que objetive a tutela do bem ambiental deve ser considerado com base na proteção ambiental em si, o que caracteriza a garantia de saúde e qualidade de vida (GOMES, 1999).

Justamente por isso, o bem jurídico ambiental roga por importante proteção, uma vez que sem a preservação do patrimônio ambiental não há que se dizer em vida sobre o planeta terra (SIRVINSKAS, 2004, p. 15). Com isso, conclui-se pela exaltação da proteção ambiental por meio da legislação penal com vistas para a observância da norma constitucional e o direito fundamental ao ambiente, de modo a minimizar a caracterização de riscos inerentes à sociedade pós-moderna.

#### 4 CONCLUSÃO

É perceptível a imposição do Estado em legislar de maneira sancionadora acerca do bem ambiental, coibindo a proliferação de condutas que atentem para com o bem ambiental, em razão de um direito fundamental que está legitimado em uma norma fundamental que, como refere sua nomenclatura, fundamenta todo o ordenamento jurídico posterior.

O direito fundamental ao meio ambiente está intimamente ligado a uma norma fundamental de ajuste apontado por toda a sociedade e, com isso, a necessidade de ser atendido em um complexo parâmetro, sendo considerado como

<sup>5</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 21 ago. 2015.

um todo, tanto na perspectiva de atuação positiva do Estado como na exigência a ser realizada pela sociedade.

No âmbito de necessária atuação do ente estatal, surge a imposição de formulação de legislação de matéria penal, em uma maneira de sancionar penalmente a conduta que lesione o meio ambiente. Vislumbra-se, desta forma, a necessidade de atuação do Estado.

Outrossim, a proteção do bem ambiental em matéria ambiental deve considerar os riscos inerentes a sociedade contemporânea, sendo que irá ser formulada com base em um bem jurídico ambiental que, apesar de ser coletivo, deve ser subdividido, para sua melhor proteção, em diversas condutas que não tenham por base um conceito abstrato, como seria o caso de meramente proteger a vida.

O bem jurídico ambiental deve ser considerado com base nos riscos anteriormente referidos, bem como nas diversas condutas que podem vir a lesioná-lo, o que demonstraria uma necessária consideração, para os diversos subsistemas naturais em sua mais variada forma.

Por fim, resta esclarecida a imposição do Estado na edição de leis de matéria ambiental como uma das exigências constantes na norma de direito fundamental ao meio ambiente em conjunto com a necessária proteção do bem ambiental em diversas condutas previstas na forma de tipos penais, de modo a proteger a natureza da forma mais adequada possível, por meio da conceituação do bem jurídico ambiental como coletivo.

## 5 REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos; Helena Schiessi Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá

outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2015.

BÜLLESBACH, Alfred. Saber jurídico e ciências sociais. In: KAUFMANN, A; HASSEMER, W. (Orgs). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. **Crimes contra o meio ambiente: responsabilidade e sanção penal**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PORTO, Maria Stela Grossi. **Sociologia da violência: do conceito às representações sociais**. Brasília: Francis, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; PAULON, Luiz Otávio Braga. Direito penal francês: uma abordagem descritiva da responsabilidade penal da pessoa jurídica para fins de tutela do meio ambiente e de bens jurídicos difusos. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, Caxias do Sul, v. 3, n. 1, p. 275-301, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2013.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

# LIBERDADE COMO DESENVOLVIMENTO EM AMARTYA SEN<sup>1</sup>

## FREEDOM AS DEVELOPMENT IN AMARTYA SEN

Flávio Pansier<sup>2</sup>

### Resumo

O presente artigo tem como intuito abordar alguns conceitos centrais da obra do economista indiano Amartya Sen. A pesquisa tem como perspectiva traçar um panorama do que o autor compreende pela garantia das liberdades instrumentais como fatores ao desenvolvimento político e humano. Defende-se a relação de simultaneidade entre a atuação estatal e o fortalecimento da condição de agente dos indivíduos como elo fundamental para o aprimoramento dos regimes democráticos. O objetivo do texto é apresentar ao leitor o que Amartya Sen entende por liberdades instrumentais e como elas estão conectadas ao projeto de desenvolvimento pretendido pelo economista. Conclui-se que suas pesquisas sobre igualdade de bem-estar são importantes no contexto de países desiguais como o Brasil.

**Palavras-chave:** Liberdade. Desenvolvimento. Amartya Sen. Condição de agente. Democracia.

### Abstract

This scientific paper studies some of the main concepts of the Indian economist Amartya Sen's work. His research surmises freedom's development as a means to human and social effectiveness. His work advocates the concurrent relation between government intervention and the expansion of individual initiative as a fundamental link to improve democratic regimes. The aim of this paper is present what Amartya Sen meant by "instrumental freedoms" and how they are connected to the desired development idealized by the economist. We conclude that his research on welfare equality is important in the context of unequal countries like Brazil.

**Keywords:** Freedom. Amartya Sen. Individual Initiative. Democracy.

**Sumário:** 1. Considerações Iniciais. 2. A condição de agente: fulcro do desenvolvimento como liberdade. 3. As liberdades instrumentais para a consecução do desenvolvimento. 4. Democracia versus desempenho económico. 5. Considerações finais: a garantia da liberdade como desenvolvimento social, político e humano. 6. Referências.

<sup>1</sup> Artigo submetido em 30/09/2016, aprovado em 31/09/2016.

<sup>2</sup> Presidente do Conselho Fundador da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Professor de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus de Curitiba. Advogado. *E-mail:* <pansieri@pansierikozikoski.com>.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em se tratando da discussão sobre desenvolvimento, não apenas numa perspectiva econômica mas também encarando dimensões sociais e políticas, o século XX obteve importantes conquistas. A democracia representou um avanço a partir da qual os cidadãos passaram a dispor de mais acesso aos seus governos, ampliou-se o debate sobre os direitos humanos e sobre a liberdade política. Além disto, a revolução tecnológica permitiu a conexão do mundo de um modo absolutamente inovador, não apenas no que tange as trocas comerciais como também nas comunicações, intercâmbio de ideias e concepções distintas de vida.

A despeito de ter avançado principalmente no aspecto político, o mundo de hoje transborda de contradições. Nos termos de Amartya Sen (2000, p. 09), ao lado do avanço há um mundo de “privação, destituição e opressão extraordinárias”<sup>3</sup>. A persistência da pobreza e da miséria, a existência da fome crônica, a manutenção das desigualdades entre classes, a violação de liberdades políticas e formais, a manutenção de preconceitos entre grupos, a discriminação entre homens e mulheres, as ameaças ao meio ambiente e sustentabilidade das economias e muitas outras contradições são apenas alguns dos pontos da agenda dos países pobres e ricos para este início de século.

A questão que envolve o desenvolvimento e superação destes problemas sociais em nível local, nacional e global, tendo-se por parâmetro o reconhecimento do papel das liberdades, é a tese central da obra *Desenvolvimento como Liberdade* publicada por Amartya Sen em 1999<sup>4</sup>. Sua hipótese elementar é a de que “a expansão da liberdade é vista, por essa abordagem, como o principal fim e o principal meio do desenvolvimento” (SEN, 2000, p. 10). Tal compreensão vai ao encontro do principal postulado a ser defendido ao longo deste texto, contribuindo, mesmo que não intencionalmente, para o fortalecimento do constitucionalismo democrático, considerando que *a garantia do desenvolvimento deve passar pela ampliação das liberdades*.

<sup>3</sup> Esta afirmação de Amartya Sen vai de encontro ao pensamento de Antonio Pedro Barbas Homem (2006, p. 41), quando admoesta existirem três problemas/desafios permanentes que qualquer governo precisa enfrentar: a violência, a pobreza e a ignorância.

<sup>4</sup> Os textos que compõem a obra foram escritos em 1996, durante o período em que o autor foi membro da presidência do Banco Mundial.

Deste modo, o presente artigo pretende abordar os conceitos elementares da teoria do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen. O fulcro da discussão é fornecer elementos hábeis a traçar objetivos para o século XXI, na qual se acredita na afirmação do constitucionalismo democrático como regime político que melhor atende às demandas na busca de maior justiça social e liberdade (pública, política e individual).

Assim, o itinerário desta pesquisa tem início com a enunciação de um conceito de liberdade no pensamento do economista indiano, intimamente relacionado à ideia da condição de agente dos indivíduos. Neste sentido, a partir de condições mínimas para que os sujeitos possam tomar posse de sua condição de agir como uma faceta de transformação da ordem social e política. Tal desenvolvimento passa pela discussão acerca das liberdades instrumentais, vetores analíticos cujo intuito é estabelecer os alicerces de uma concepção de ordem pública com fulcro na liberdade dos cidadãos. Por fim, tratar-se-á da democracia como o regime político que melhor proporciona a aquisição da liberdade e o desenvolvimento social.

## **2 A CONDIÇÃO DE AGENTE: FULCRO DO DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE**

A palavra desenvolvimento denota progresso, expansão. Em termos econômicos, pode-se presumir que o desenvolvimento guarda relação com o fator de crescimento como o Produto Interno Bruto, a renda pessoal ou até mesmo avanços tecnológicos. Com efeito, tais indicadores de que a economia de um país está em expansão certamente constituem um meio importante para demonstrar o aumento da riqueza e os fluxos econômicos. Mas será que a expansão econômica ou a riqueza são os únicos instrumentos de desenvolvimento de bem-estar? Compulsando os escritos de Amartya Sen, certamente se pode afirmar que são apenas meios que supostamente auxiliariam na expansão das liberdades.

Quando Amartya Sen trata do desenvolvimento, quer designar o processo de expansão das liberdades reais que os indivíduos desfrutam. Os indicadores

econômicos, o progresso tecnológico e até mesmo a industrialização constituem apenas parcelas instrumentais contingenciais que contribuem para a obtenção deste ambicioso resultado cujo principal efeito é a progressiva diminuição das desigualdades em uma sociedade. Sendo um pensador nascido na Índia, país de profunda desigualdade social, Amartya volta o seu olhar exatamente para a busca da economia de bem-estar de modo a estancar a progressiva distância entre os mais ricos e os mais pobres. Responsável por ter lhe rendido o Nobel de Economia em 1998, tal olhar é fundamental tanto pelo mundo estar se tornando mais desigual<sup>5</sup>, como para países em desenvolvimento como é o caso do Brasil.

Outros meios hábeis à garantia dos direitos civis e disposições sociais e econômicas relacionadas a serviços públicos (educação, saúde). Deste modo, compreendendo-se o desenvolvimento como expansão das liberdades reais e considerando que há mais de um flanco que pode conduzir à sua ampliação, não há razão para os Estados concentrarem seus esforços em apenas um dos caminhos, qual seja, a expansão da produção econômica.

A este respeito:

Se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração nesse objetivo abrangente, e não em algum meio específico ou em alguma lista de instrumento especialmente escolhida. Ver o desenvolvimento como expansão das liberdades substantivas dirige a atenção para os fins que o tornam importantes, em vez de restringi-la a alguns dos meios, que *inter alia*, desempenham um papel relevante no processo (SEN, 2000, p. 17-18).

A partir desta afirmação, indaga-se: qual a razão de a liberdade ser eleita como ponto central no processo do desenvolvimento para Sen, e não qualquer outro valor, princípio ou direito, como igualdade, justiça ou mesmo a riqueza? Apesar de não se considerar um liberal, a concepção de desenvolvimento pensada por Amartya confere importância crucial a liberdade individual como fator indispensável para a

<sup>5</sup> É o que diz uma pesquisa da organização não governamental britânica Oxfam International (2015). Em pesquisa realizada às vésperas do Fórum de Davos de 2015, a organização revelou que se a tendência de crescimento econômico e acumulação forem mantidas, em 2016, um por cento da população mundial deterá o mesmo que o restante. Em outras palavras, um fragmento de um por cento detém metade da riqueza do planeta. Em números aproximados, considerando uma população mundial de sete bilhões de pessoas, setenta milhões de pessoas podem possuir o mesmo que os outros seis bilhões e novecentos e trinta milhões de habitantes do planeta. O um por cento dos mais ricos já possuía no fim de 2014 quarenta e oito por cento da riqueza mundial.

conquista da condição de agente aos indivíduos. Sen considera as liberdades individuais substantivas tão cruciais que reconhece a necessidade de se avaliar o êxito e o grau de desenvolvimento de uma sociedade a partir destas e de sua extensão.

Acerca da liberdade, é oportuno verificar o caminho desta noção ao longo dos milênios: da *polis* grega foi alocada na interioridade humana a partir do estoicismo e manteve este *status* durante o medievo com a cristandade, retornando à seara pública na transição com a Idade Moderna; já no século XIX, assume duas vertentes distintas e opostas entre si pelo olhar dos seus expoentes, a liberal e a social. Sobre os “erros e acertos” encontrados nos escombros deste legado, Amartya recolhe os conceitos que lhe parecem mais úteis para aprimorar a sociedade. No intuito de clarear este processo de desenvolvimento, Sen transcende da área econômica para análises que permeiam o campo da política e da sociedade.

Na obra *A Ideia da Justiça*, o economista indica duas razões para a liberdade ser tão elementar ao desenvolvimento de um Estado. Em primeiro lugar porque o seu aumento proporciona maiores oportunidades de se alcançar os objetivos pessoais e da sociedade em conjunto. No aspecto pessoal, por exemplo, um ambiente caracterizado pela liberdade ajudará aos indivíduos na escolha do ambiente em que desejarão viver e, para tanto, possibilitará caminhos diversos para a consecução daquele fim. A segunda razão se relaciona ao processo de escolha, isto é, de que os cidadãos não serão forçados a acatar determinado caminho preconcebido mas poderão deliberar acerca da melhor maneira de se atingir determinada finalidade. Estas duas noções são denominadas por ele a partir de dois aspectos distintos: o aspecto de oportunidade, isto é, relacionado com a conveniência para se fazer algo, e o aspecto de processo, a decisão sobre o que se fazer e quando se fazer.

Para facilitar a compreensão destes conceitos próximos entre si, Sen ilustra um exemplo aplicando-os na prática: em um domingo qualquer, Kim decide ficar em casa ao invés de sair. Há, portanto, a aplicação de um primeiro critério de escolha: o aspecto da conveniência se perfaz com a decisão de Kim e o conteúdo desta decisão – aspecto da oportunidade – é plenamente possível de ser realizado, uma vez que se trata de sua própria casa. A partir deste quadro, o economista oferece

três cenários distintos: o cenário A é aquele em que Kim de fato consegue fazer o que deseja, que é permanecer em sua casa. Já no cenário B ocorre algo inesperado: bandidos armados invadem a casa de Kim, retiram-no de lá e o lançam em um lugar qualquer. No último dos cenários, o de letra C, os mesmos bandidos abordam Kim, mas o contêm dentro de sua casa, privando-o de se evadir dali.

A análise destes casos constitui diferentes perspectivas. É evidente que o primeiro cenário privilegia a liberdade de Kim, dado que ele toma uma decisão e é livre para fruir dela. Por outro lado, no cenário B a sua liberdade é completamente tolhida, tanto no aspecto da oportunidade como naquilo que lhe convém: levá-lo de sua casa, a força, por pessoas que poderiam colocar sua integridade física ou até sua vida em risco certamente é o último grau possível de privação de liberdade. O ponto mais interessante é aquele constituído pelo cenário C: Kim decide ficar em sua casa que é invadida por bandidos. Os mesmos o forçam a permanecer em casa. Assim, se o aspecto da oportunidade for julgado de modo estreito apenas pela fruição de uma escolha tomada, então não haveria nenhuma diferença entre o primeiro e o terceiro cenários, pois ele permaneceu em casa. Mas obviamente, em uma visão ampla, os dois cenários são diametralmente opostos. Isto significa que se a liberdade de alguém for julgada tão somente pelo fato de uma fruir uma pretensão, sem se olhar para o fato do constrangimento sofrido, então de fato não há diferenças nos dois cenários apontados. Kim permaneceu em casa em ambos os casos. No entanto, o cenário C o privou de tomar qualquer outra escolha, tolhendo a sua liberdade.

Sen chama a atenção que a liberdade em seu aspecto de oportunidade deve possibilitar a decisão por alternativas e, certamente, não prever a existência da coação, como no cenário C. Deste modo, há aqui duas visões completamente distintas: a abordagem de um resultado focado apenas em um aspecto decisório ou a hipótese de uma visão mais global, que leve em conta o processo de escolha envolvido e as alternativas dispostas a um determinado indivíduo na sociedade em que vive. Esta discussão, que na verdade trata da *capacidade*, é importante para fortalecer a visão de Sen sobre os processos mais amplos da liberdade de uma pessoa.

O autor não visa a realização de um ou outro objetivo, mas de uma constelação de direitos e prerrogativas que estão em diálogo e em tensão a todo momento: o foco da abordagem acerca das capacidades se concentra nos indivíduos e não em objetos separados, como a produção de mercadorias ou a evolução da renda pessoal que, em muitos momentos da análise econômica, ganham um destaque excessivo, como se fosse o “critério de sucesso humano”. A abordagem do economista indiano constantemente “propõe um sério deslocamento desde a concentração nos meios de vida até as oportunidades reais de vida” (SEN, 2011, p. 267-268).

Qual a razão para se pensar sobre a capacidade de um indivíduo? Isto se justifica pela sua estreita relação de proximidade com o tema da liberdade; a discussão não está apenas em tratar do que “uma pessoa realmente acaba fazendo, mas também o que ela é de fato capaz de fazer, quer escolha aproveitar essa oportunidade, quer não” (SEN, 2011, p. 268). Além dos ganhos pessoais, ter mais liberdade, na visão do autor, constitui-se em um aspecto social fundamental de sorte um maior grau de liberdade eleva o potencial das pessoas em cuidar de si e servir como boa influência a outras pessoas. Aqui se insere o conceito central de desenvolvimento na doutrina de Amartya Sen: o de *condição de agente*.

O autor levanta duas razões que justificam a sua importância e legitimam a adoção da liberdade somada à condição de agente como critérios investigativos do desenvolvimento social: a primeira delas é de ordem estimativa, ou seja, deve-se ter o aumento das liberdades pessoais como um fator de mensuração do desenvolvimento de uma sociedade<sup>6</sup>. Dito de outro modo, para se obter tal

<sup>6</sup> Conforme informado no limiar deste item, Amartya Sen (2000, p. 20-21) chama a atenção em diversos escritos para a inconsistência dos indicadores de crescimento econômico ou desenvolvimento social se comparados entre si. Um exemplo é a dissonância entre a renda per capita e a liberdade dos indivíduos para ter uma vida longa: “por exemplo, os cidadãos do Gabão, África do Sul, Namíbia ou Brasil podem ser muito mais ricos em termos de PNB per capita do que os de Sri Lanka, China ou do Estado de Kerala, na Índia, mas neste segundo grupo de países as pessoas têm expectativas de vida substancialmente mais elevadas do que no primeiro”. Da mesma forma, o economista indiano estabelece uma análise de contrastes inter-grupais a partir do olhar para a sociedade norte-americana: “Nos Estados Unidos, os afro-americanos são relativamente pobres em comparação com os americanos brancos, porém são muito mais ricos do que os habitantes do Terceiro Mundo. No entanto, é importante reconhecer que os afro-americanos têm uma chance *absolutamente* menor de chegar à idade madura do que as pessoas que vivem em muitas sociedades do Terceiro Mundo, como China, Sri Lanka ou partes da Índia (com diferentes sistemas de saúde, educação e relações comunitárias)”.

desenvolvimento é necessário remover aos poucos as privações de liberdade que podem limitar os membros da sociedade. Este é um processo que congrega o desenvolvimento das liberdades instrumentais que serão trabalhadas logo a seguir.

A segunda razão é de eficácia: na teoria do economista, a livre condição de agente das pessoas é causa da realização do desenvolvimento. A partir deste fator, Sen estabelece uma relação dialógica entre os âmbitos particular e social. Tudo o que alguém realiza recebe influência de oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e condições que o habilitam (boa saúde, educação, condições econômicas mínimas, entre outros); todas estas oportunidades, por sua vez, estão conectadas e amparadas nas liberdades políticas que auxiliam na organização do Estado.

A condição de agente é o elo que conecta estes dois meios e aponta para o objetivo principal que é pensar no desenvolvimento como um conceito fundado em ideais que combinam temas sociais na realidade institucional e política do Estado liberal, aquele que forneceu os instrumentos para a realização da política e da economia. Sen, portanto, não pretende em nenhum momento romper com esta estrutura, mas *exigir mais*<sup>7</sup>, isto é, alocar novos temas na agenda do Estado e chamar a atenção para a essencial necessidade de se garantir a liberdade das pessoas, fornecendo-lhes possibilidades reais de escolha ao diminuir as restrições do desenvolvimento e permitir aos indivíduos tomarem posse de sua condição de agente.

Acerca do conceito de condição de agente, termo tão apregoado pelo autor indiano, é oportuno mencionar o seguinte:

<sup>7</sup> O uso desta expressão (exigir mais) para Amartya Sen é significativo. Em *Sobre Ética e Economia*, o autor trabalha a reaproximação dos temas éticos (como por exemplo distribuição de recursos, justiça e promoção de igualdade) ao campo da economia, que em sua formação, nas últimas décadas, tem se concentrado mais em si do que na coletividade. Neste compasso, Sen comenta que “não estou afirmando que a abordagem não ética da economia tem de ser improdutiva. Mas gostaria de mostrar que a economia, como ela emergiu, pode tornar-se mais produtiva se der uma atenção maior e mais explícita às considerações éticas que moldam o comportamento e o juízo humanos. Não é meu intuito descartar o que foi ou está sendo alcançado, e sim, inquestionavelmente, exigir mais” (SEN, 1999, p. 25). O economista reforça este argumento em *How to Judge Globalism*, quando afirma que o mercado está mais focado em si do que na promoção da democracia: *Global capitalism is much more concerned with expanding the domain of market relations than with, say, establishing democracy, expanding elementary education, or enhancing the social opportunities of society's underdogs. Since globalization of markets is, on its own, a very inadequate approach to world prosperity, there is a need to go beyond the priorities that find expression in the chosen focus of global capitalism* (SEN, 2002).

Estou usando o termo *agente* não nesse sentido<sup>8</sup>, mas em sua acepção mais antiga – e “mais grandiosa” – de alguém que age e ocasiona mudança e cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivos, independentemente de as avaliarmos ou não também segundo um critério externo. Este estudo ocupa-se particularmente do papel da condição de agente do indivíduo como membro do público e como participante de ações econômicas, sociais e políticas (interagindo no mercado e até mesmo envolvendo-se, direta ou indiretamente, em atividades individuais ou conjuntas na esfera política ou em outras esferas) (SEN, 2000, p. 33).

Apontou-se há pouco que o autor não pretende romper com o Estado, mas torná-lo mais propenso a políticas públicas. O mesmo se diga a liberdade econômica. Na visão de Amartya Sen, a existência da liberdade econômica, em remissão ao sistema liberal, não é causa da desigualdade social, como afirmariam os marxistas ortodoxos, mas pode ser condição para a sua paulatina transposição, dado o papel que os mercados exercem no processo de desenvolvimento. Segundo Sen (2000, p. 21-23) “ser genericamente contra os mercados seria quase tão estapafúrdio quanto ser genericamente contra a conversa entre as pessoas”. A justificativa desta afirmação a partir do elemento da troca: assim como as pessoas trocam palavras sem necessidade de justificação ou prévia autorização, também o mesmo se aplica aos seus próprios bens.

A oferta da própria força de trabalho neste mercado é fator fundamental para evitar a sujeição e o cativeiro de mão-de-obra além do próprio trabalho análogo à condição de escravo, combatidos internacionalmente desde 1926<sup>9</sup>. Sen conclui que a privação da economia conduz à privação de outras liberdades: a privação de liberdade econômica, “na forma de pobreza extrema, pode tornar a pessoa uma presa indefesa na violação de outros tipos de liberdade” como também “pode gerar a privação da liberdade social, assim como a privação de liberdade social ou política pode, da mesma forma, gerar a privação de liberdade econômica”.

<sup>8</sup> O sentido a que o autor se refere é o emprego do termo agente feito na literatura de economia e teoria dos jogos em referência a uma pessoa que age em nome de outra e cujos objetivos devem ser avaliados à luz dos objetivos do seu mandante. Amartya quer indicar com este termo um aspecto republicano no sentido de as pessoas agirem por si próprias em busca do progressivo desenvolvimento social.

<sup>9</sup> A Convenção de Genebra sobre a Escravatura foi assinada ainda pela Sociedade das Nações, em 1926. Este documento foi ampliado em 1953 e recebeu ainda uma convenção suplementar adotada em Genebra em 07 de setembro de 1956 (*Convenção Suplementar Sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura*).

Desmistificadas tais noções, é necessário também tratar da base sobre o qual se estatui esta teoria: as privações. Ao tratar da hipótese do desenvolvimento social cuja meta aponta para a ampliação das liberdades, é imprescindível e sumamente lógico dispor sobre as condições que aprisionam uma pessoa ou um grupo de pessoas no subdesenvolvimento. Tratar das causas que mantêm o subdesenvolvimento é importante para se pensar inclusive na eficácia dos instrumentos hábeis a alterar este quadro preestabelecido. As principais limitações na perspectiva do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen são: a pobreza e a tirania, a carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, a negligência dos serviços públicos e a intolerância ou a interferência excessiva de Estados repressivos (SEN, 2000, p. 18-19).

O autor divide todos estes fatores em três categorias gerais. Os fatores econômicos são diretamente ligados à pobreza e a privações desta ordem: eles retiram das pessoas as condições para o desenvolvimento de sua dignidade mais elementar. A pobreza gera como restrições a fome e a desnutrição, carência de medicamentos e vacinas, déficit habitacional, inexistência de acesso à água tratada e saneamento básico. Já os fatores relacionados à carência de serviços públicos básicos e assistência social expõem a população à desordem institucional, inviabilizando serviços epidemiológicos, assistência médica adequada, educação básica e policiamento necessário para a manutenção da ordem e da paz. O último grupo de privações tem relação com a negação de liberdades políticas e civis. Tais limitações estão diretamente ligadas a regimes autoritários, que através da imposição das próprias decisões por meio da força e da violência, impedem que os cidadãos possam intervir na vida social, política e econômica e se manifestar a respeito das decisões tomadas, ao arrepio de tal noção mais elementar de Estado democrático de Direito.

Deste modo:

A avaliação do desenvolvimento não pode ser dissociada da vida que as pessoas podem levar e da verdadeira liberdade que desfrutam. O desenvolvimento dificilmente pode ser visto apenas com relação ao melhoramento de objetos inanimados de conveniência, como um aumento do PIB (ou da renda pessoal) ou a industrialização – apesar da importância que possam ter como meios para fins reais. Seu valor precisa depender do impacto que eles têm nas vidas e liberdades das pessoas envolvidas que

necessita ser central para a ideia de desenvolvimento (SEN, 2011, p. 380-381).

Em meio a todos estes aspectos analíticos, teóricos e empíricos, a inevitável conclusão é a de que a liberdade não é apenas uma finalidade ou um bem supremo a ser atingido por uma ordem política, jurídica, econômica e social: a busca da igualdade material para Amartya Sen demanda que a liberdade também seja tida como meio, instrumento de realização. A conquista da condição de agente se perfaz a partir do aprimoramento do que Amartya denominou liberdades instrumentais: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora. É o tema que será objeto de estudo a partir de agora.

### **3 AS LIBERDADES INSTRUMENTAIS PARA A CONSECUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO**

A condição de agente dos indivíduos é um ponto bastante importante neste artigo, pois serve como um ponto de partida e de chegada. Isto significa que se parte da ideia de os indivíduos serem agentes de transformação de suas próprias realidades e, ao mesmo tempo, tornar os cidadãos agentes se constitui em um objetivo. O caminho para este processo é o investimento na expansão e garantia das liberdades substantivas dos indivíduos, tomados como agentes ativos de mudança e não como recebedores passivos de benefícios. Em outras palavras, Sen reconhece que, com as oportunidades adequadas, os indivíduos podem assumir o papel de protagonistas de seus próprios destinos, ao contrário de se manterem como beneficiários passivos de programas governamentais assistencialistas<sup>10</sup>. Tais oportunidades são conquistadas a partir de um enfoque nas liberdades instrumentais.

<sup>10</sup> É importante aqui mencionar uma crítica ao pensamento de Sen. Não se pode deixar de reconhecer que o economista possui uma confiança de que, com as condições corretas, as pessoas agirão em prol do desenvolvimento. Tal percepção precisa ser posta sob um ponto de vista analítico e crítico, dado que não há uma relação causal entre estes fatores. No entanto, desde já é preciso reconhecer que privações como miséria, fome, baixa escolaridade e restrições democráticas são problemas reais, certamente são temas sempre necessários a serem contemplados pelas políticas públicas estatais.

Assim, o desenvolvimento como liberdade se vale das liberdades instrumentais na contribuição para o aumento da liberdade humana em geral. Naturalmente, é necessário aprofundar um pouco a questão das liberdades instrumentais para esclarecer a extensão e o significado de cada conceito. Foi dito anteriormente que uma das considerações de Amartya Sen é a de que a liberdade não deve ser vista tão somente como um fim – por exemplo, as liberdades políticas ínsitas aos direitos de primeira dimensão que existem e devem ser garantidas por si –, mas sobretudo como um meio para o alcance de outros objetivos. Esta afirmação adquire importância e materialidade com as chamadas liberdades instrumentais, meios pelos quais o desenvolvimento social e a afirmação da condição de agente fortalecem a conquista da liberdade. A progressiva observância destas cinco liberdades é o caminho apontado por Amartya Sen para se obter o desenvolvimento como liberdade.

Deste modo, as chamadas liberdades políticas, grupo em que se incluem os direitos civis garantidos, relacionam-se ao processo político. É a capacidade que os cidadãos possuem para escolher o seu governante, o modo como se realizam as eleições e a capacidade de os cidadãos poderem se eleger. Além disso, estão inclusas nesta noção todos os direitos que subjazem ao aspecto de cidadania em um Estado democrático: a possibilidade de fiscalizar os atos do governo, de se constituir uma oposição e de se criticar o governo e suas autoridades, a existência e manutenção de mais de um partido político que possa concorrer às eleições e assim se mostrar como uma força opositora, a garantia da liberdade de expressão política e de imprensa sem censura. Sen não deixa de salientar os aspectos positivos que um governo democrático possui. O principal deles é necessidade de manter a confiança do eleitorado para as causas mais emergenciais, sob pena de não angariar a força necessária suficiente para a continuidade dos mandatos eletivos. Assim, o primeiro aspecto em prol de oportunizar a condição de agente dos cidadãos é a existência de uma ordem política e institucional capaz de eleger representantes e permitir a manifestação da insatisfação pessoal e dos grupos de eleitores.

A segunda liberdade instrumental proposta por Amartya Sen como corolário ao desenvolvimento são as facilidades econômicas. Estas correspondem as

oportunidades conferidas aos sujeitos para utilizar os seus recursos econômicos tendo como propósito o consumo próprio, a produção ou a troca, fatores que variam dependendo do grau de recursos que o indivíduo disponha. A relação entre a economia e a população de um país constitui uma teia na medida em que o aumento ou diminuição de riqueza e de renda do país reflete diretamente na vida de sua população. Amartya reconhece a importância do mecanismo de facilidade econômica como meio gerador de riquezas, citando o exemplo da disponibilidade de financiamento e o seu acesso a ele, o que proporciona um aprimoramento em todos os setores da cadeia produtiva, favorecendo desde uma pequena empresa que necessita de microcrédito até uma multinacional.

Suas observações, todavia, não deixam de tecer críticas exatamente ao *modus operandi* econômico e financeiro padrão que possibilitam concentração de renda àqueles que dispõem de mais recursos. Por esta razão, ele afirma que, “na relação entre renda e a riqueza nacional, de um lado, e, de outro, os intitamentos econômicos dos indivíduos, as considerações distributivas são importantes em adição às agregativas”. Desta forma, “o modo como as rendas adicionais geradas são distribuídas claramente fará diferença” (SEN, 2000, p. 55-56).

Oportunidades sociais constituem um importante elo na cadeia de pensamento do autor indiano. Elas são responsáveis por eliminar as maiores distorções em uma sociedade ao garantir serviços essenciais ao desenvolvimento social e humano, como saúde e educação. Interessante verificar que as duas liberdades anteriores congregam aspectos coletivos, pensando primeiramente no âmbito social. Quando se trata de oportunidades sociais, o foco é retirado da sociedade para a pessoa, ainda que a primeira seja diretamente beneficiada. Com efeito, relacionam-se à liberdade substantiva dos indivíduos, de sorte que colaboram para a vida privada – evitando-se mortes prematuras, garantindo-se um desenvolvimento físico e mental mais saudável, proporcionando a educação básica que é essencial para que o indivíduo se reconheça como cidadão e possa gozar e exigir seus direitos de modo pleno – e terão como reflexo uma maior participação na vida política e econômica. Sen dá o exemplo do analfabetismo que cria uma dupla impossibilidade: econômica, uma vez que limita o processo de especialização do

trabalho tão intrínseco na atualidade, além de também criar óbice à participação política, uma vez que inviabiliza a busca por informação.

Este é um ponto importante e que merece mais uma consideração. A despeito de sua formação econômica, conforme afirmado anteriormente, Amartya Sen não pode ser taxado como um pensador liberal, pois sempre busca construir uma ponte que conjugue elementos liberais com vertentes sociais. Pode-se observar esta tentativa quando o autor identifica a necessidade da intervenção do Estado no que tange ao estabelecimento de políticas públicas para custear o combate à mortalidade infantil ou o analfabetismo. Sen (2000, p. 65-69) comenta que o argumento clássico dos administradores é o de que os países mais pobres não possuem recursos para despender no amplo financiamento destas causas, sendo necessário postergar os investimentos para um momento mais favorável. Ele lembra, contudo, que as comparações são sempre estabelecidas entre países muito mais ricos. O fato é que uma economia pobre gastará menos recursos para custear tais serviços, como por exemplo o estado indiano de Kerala que, a despeito de ter um nível baixo de renda, apresenta altos índices de expectativa de vida e alto nível de alfabetização<sup>11</sup>.

Em contrapartida à pobreza de Kerala, Sen lembra o caso do Reino Unido que atualmente possui altos índices de educação básica e um sistema de saúde pública que se tornou modelo. Em ambos os casos, o aparente êxito foi construído pelo financiamento público a partir de programas sociais especialmente pensados para atacar tais problemas. Contudo, tais investimentos não ocorreram de modo uniforme ao longo do século XX: no limiar do século, os britânicos, a despeito de serem uma das principais economias do planeta, apresentavam uma expectativa de vida ao nascer consideravelmente inferior a países com renda menor. O custeio dos programas sociais foi substancialmente maior durante os períodos das duas guerras mundiais, períodos em que a expansão do Produto Interno Bruto foi inexpressiva.

<sup>11</sup> A despeito do sucesso de Kerala, Amartya Sen (2000, p. 66) questiona a razão do estado não aproveitar tais êxitos no desenvolvimento humano para elevar seus níveis de renda. Kerala neste sentido não deve ser tomada como um exemplo de sucesso completo – alcançado na hipótese de que o desenvolvimento humano pudesse ser capaz de ampliar a renda de todos –, mas ilustra o fato de que o custeio público pode ser mantido mesmo em regiões de pouca renda: “o sucesso do processo conduzido pelo custeio público realmente indica que um país não precisa esperar até vir a ser muito rico [...] antes de lançar-se na rápida expansão da educação básica e dos serviços de saúde”.

Em mais um exemplo de que é possível custear políticas públicas mesmo sem dispor de amplos recursos, Sen comenta que se verificou, no caso britânico, uma alteração nas atitudes sociais no sentido de um compartilhamento maior em virtude das guerras, o que possibilitou a aceitação das políticas sociais.

A quarta categoria de liberdades se relaciona à confiança, elemento intrínseco e presumido da constituição da sociedade. Esta é uma noção extraída das doutrinas contratuais na qual se admite que a formação do Estado ocorreu mediante um pacto realizado entre os indivíduos, cujo elemento fundamental se resume na outorga de alguns direitos visando a obtenção de algum benefício graças ao estabelecimento de uma autoridade pública. Sen denomina esta categoria de garantia de transparência, ou seja, de que a clareza e a publicidade são consectários de todos os atos e negócios realizados na esfera pública. A inexistência da confiança limita o agir livre dos cidadãos: a transparência tem um papel instrumental como inibidor da corrupção, da irresponsabilidade financeira e também de transações ilícitas. Este é mais um elemento caracterizador de governos democráticos admitido por Amartya Sen para a formulação de seu arquétipo teórico, devendo-se ressaltar ainda outros dois domínios que precisam funcionar de modo livre e independente como consequência lógica da transparência: a imprensa, grande *locus* investigatório, e o Judiciário.

O último elemento que constitui a categoria das liberdades instrumentais tem relação com possíveis vulnerabilidades de todas as ordens com reflexo direto na vida das pessoas. Populações menos favorecidas são muito sensíveis a quaisquer mudanças bruscas que gerem privações. Assim, a segurança protetora visa proporcionar uma rede de proteção social que impeça que a população afetada seja levada à miséria ou que obtenha algum auxílio temporário durante um período desfavorável. Comporta aqui uma noção assistencial, que pode ter existência fixa – isto é, reconhecida por lei e, portanto, prevista, como nos casos de auxílio desemprego, assistência aos indigentes, auxílios em caso de acidente, entre outros – ou ainda pode ser acionada em casos não previstos – uma medida *ad hoc* em situações de calamidade pública, como distribuição de alimentos e remédios. Além da assistência, o economista chama a atenção para a previdência social, que

garante por alguns meses o rendimento dos trabalhadores em caso de perda de seus empregos. A segurança protetora é uma tentativa de minimizar o impacto causado por mudanças inesperadas.

As cinco liberdades instrumentais citadas – liberdade política, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora – formam a noção mais primordial para um desenvolvimento social lastreado na conquista da liberdade. Para Sen, o aprimoramento de cada uma destas áreas tem como reflexo direto o potencial aperfeiçoamento da capacidade de agente das pessoas. Todas elas estão contiguamente conectadas, suplementando-se de forma mútua; sua evolução, evidentemente, não ocorrerá em igual medida, pois as sociedades variam entre si e cada qual possui o seu próprio desafio. O olhar de Amartya, portanto, não privilegia tão somente o desenvolvimento econômico. Ele é uma parte importante para o financiamento das outras liberdades, mas não deve ser tomado como único foco de um governo: “a contribuição do crescimento econômico tem de ser julgada não apenas pelo aumento de rendas privadas, mas também pela expansão de serviços sociais (incluindo, em muitos casos, redes de segurança social) que o crescimento econômico pode possibilitar” (SEN, 2000, p. 57).

Assim:

Os fins e os meios do desenvolvimento exigem que a perspectiva da liberdade seja colocada no centro do palco. Nessa perspectiva, as pessoas têm de ser vistas como ativamente envolvidas – dada a oportunidade – na conformação de seu próprio destino, e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento. O Estado e a sociedade têm papéis amplos no fortalecimento e na proteção das capacidades humanas. São papéis de sustentação, e não de entrega sob encomenda (SEN, 2000, p. 71).

A interrelação entre cidadãos que agem e contribuem para a construção de uma sociedade livre e de um governo igualmente comprometidos para este fim proporcionam um Estado menos desigual, em que paulatinamente uma economia de bem-estar seja alicerçada. Somente a partir de um Estado, que proporcione condições sociais para se estabelecer uma base de igualdade material, é que se poderá atingir a liberdade. E neste caso, Amartya Sen transparece o seu apreço pelo regime democrático.

#### 4 DEMOCRACIA *VERSUS* DESEMPENHO ECONÔMICO

A consecução dos objetivos apontados por Amartya Sen claramente são possíveis apenas em um ambiente democrático. São variados os fatores apresentados pelo economista indiano que dignificam este regime político. Em *A Ideia da Justiça*, o autor traça alguns aspectos que considera hábeis na tentativa de melhor conceituar a democracia. Nesta toada, é certo que este regime ganhou expressão nas experiências dos Estados Unidos e da Europa como um projeto que previa o exercício do voto universal e a escolha por critérios da maioria. No entanto, ela adquire ares que ultrapassam a simplicidade destes conceitos ao ter se afirmado como uma via de fuga ao autoritarismo irrefletido. Transcorrido o século XX em que a democracia se afirmou como regime político dos Estados ocidentais, as características que se agruparam e forjaram o conteúdo deste modelo fizeram do regime democrático um “governo por meio do debate”, nas palavras de Walter Bagehot, ou “exercício da razão pública”, nos termos de John Rawls.

Para abordar a relação entre democracia e pleno desempenho econômico dos países, na qual afirmam alguns que tais modelos são antitéticos, Amartya conta uma história de sua terra natal no intuito de traçar alguns panoramas e melhor esclarecer seus pontos de vista acerca do papel da democracia para o desenvolvimento como liberdade. Segundo Sen (2000, p. 173), a floresta de Sunderban, entre o Bangladesh e a Índia, guarda o habitat natural do famoso tigre real de Bengala, felino que esteve à beira da extinção, mas cuja população tem aumentado graças a uma severa legislação que os protege e a programas governamentais que os salvaguardam. Além do tigre de Bengala, a floresta também guarda uma grande quantidade de colméias, cujo mel alcança um preço elevado nos mercados internacionais em virtude de sua pureza. No afã de conseguirem este precioso líquido, muitos coletores de mel acabam sendo mortos pelos tigres em meio a esta empreitada. Amartya aponta para o evidente paradoxo nesta história real: enquanto os tigres são protegidos pela lei do Estado, não há nenhum instrumento guarnecedor dos seres humanos que necessitam colocar a vida em risco para ganhar o seu sustento na dura realidade dos países pobres.

Tendo-se este quadro geral, Sen comenta que muitos autores procuram desviar o rumo da questão principal ao dizer que a solução estaria nos governos não medirem esforços na obtenção de melhores resultados econômicos, com grandes investimentos nos setores produtivos. Em outras palavras, presume-se ser a economia a mais urgente das questões e a que mais merece projetos por parte do Estado, devendo-se deixar de lado programas que diminuam as desigualdades de modo a oportunizar a busca pela liberdade para os seus cidadãos. Isto conduz oportunamente a dúvida se o regime democrático é capaz de proporcionar o desenvolvimento da economia. Em sentido contrário a esta corrente econômica, o pensador indiano assevera que fortalecer o sistema democrático é componente fundamental no processo de desenvolvimento por três razões distintas: a sua importância intrínseca, suas contribuições instrumentais e seu papel construtivo na elaboração de normas e valores.

Acerca do primeiro aspecto, que verifica a democracia como fundamental em si mesma, Sen lança um questionamento inquietante: afinal, o autoritarismo funciona tão bem como se costuma apregoar? Obviamente o economista não faz esta indagação tendo em vista uma análise jurídica da questão, pois certamente a resposta seria que o regime democrático é mais favorável a conquista e garantia das prerrogativas dos cidadãos que o modelo autoritário de governança. Seu enfoque está relacionado à economia e os exemplos de países com governos autoritários – como Coréia do Sul, Cingapura e China – que elevaram de modo rápido o nível de renda dos indivíduos.

Há um primeiro fator acerca desta tendenciosa pergunta ventilada que tende a separar aqueles que olham exclusivamente para altas e contínuas taxas de crescimento econômico e outros que se preocupam com conjunturas mais abrangentes, como as liberdades e a garantia de direitos civis. Após toda a exposição pretérita, é certo que Sen se alinha ao segundo grupo. Segundo ele, “não podemos realmente considerar o elevado crescimento econômico da China ou da Coréia do Sul na Ásia uma prova definitiva de que o autoritarismo é mais vantajoso para promover o crescimento econômico” (SEN, 2000, p. 177).

Um segundo aspecto digno de consideração é o que subjaz a este recalitrante olhar pautado unicamente nos indicadores econômicos. Segundo

Amartya, desenvolveu-se entre os economistas uma perigosa consideração de que a garantia de direitos civis e políticos minam paulatinamente o crescimento da economia, tendo-se como exemplo exatamente os países do leste asiático. Contudo, há aqui um engodo metodológico. É necessário examinar os processos causais que deram origem e estão intrinsecamente imiscuídos a tal expansão e desenvolvimento econômico. Assim como no direito, a economia não proporciona milagres. Um rápido olhar acerca destes processos permite compreender a base do milagre econômico asiático das últimas décadas: abertura à concorrência, uso dos mercados internacionais, altíssimo nível de alfabetização e especialização, reformas agrárias realizadas com sucesso e ampla provisão pública de incentivos aos investimentos, exportação e industrialização (SEN, 2000, p. 177-179).

Ao analisar estas iniciativas que foram adotadas com sucesso por diversos países asiáticos, Sen demonstra que tais fatores não se contrapõem às democracias: ao contrário, eles se fundam em políticas que privilegiam aspectos econômicos e desenvolvimento social. Assim, os argumentos que tendem a afirmar que a garantia de liberdades políticas inerentes ao modelo democrático enfraquecem o desenvolvimento econômico não se sustentam ou ao menos precisam ser reconsiderados. As possíveis críticas ao modelo democrático são pequenas em se tratando das benesses que permitem aos seus cidadãos. Oportuno, então, seguir com a análise do papel diferencial da democracia para com o desenvolvimento.

A valia da democracia para Amartya Sen ainda guarda outros dois fatores que lhe distinguem: sua importância instrumental e seu papel construtivo. A contribuição instrumental da democracia se deve às inerentes liberdades que vicejam de modo mais abrangente neste regime. A formação das pessoas é privilegiada em um ambiente que prima pela liberdade de pensamento, de escolhas e de expressão para que haja troca de opiniões e intercâmbio de ideias entre os indivíduos. Além disso, conforme já apontado, neste ambiente se poderá contestar as atitudes das autoridades e a política de governo, denunciando situações não toleráveis pela população, como a miséria extrema.

Por outro lado, ainda, o economista chama a atenção para o papel construtivo entre as liberdades políticas e as necessidades econômicas. Isto se

relaciona com a discussão sobre quais são tais necessidades e quais estratégias serão tomadas para se atingir as finalidades eleitas por sua primordialidade. No olhar de Amartya, a formação das compreensões para a colmatação das debilidades sociais e busca por um melhor processo de desenvolvimento precisa dar voz a diversos setores sociais e o meio mais adequado para isto ocorrer se dá em um ambiente que possibilite discussões públicas. Assim, “os direitos políticos e civis, especialmente os relacionados à garantia de discussão, debate, crítica e dissensão abertos, são centrais para os processos de geração de escolhas bem fundamentadas e refletidas” (SEN, 2000, p. 181).

Este é um *locus* em que o autor indiano reconhece o protagonismo Ocidental. Se como dito no início deste item a democracia, tida como um sistema que proporciona a argumentação pública, não pode ser enquadrada como um modelo que surgiu e se desenvolveu apenas no Ocidente como um processo contínuo e ininterrupto, é possível afirmar que ela melhor se desenvolveu nos países que guarneceram a liberdade de imprensa. “As tradições estabelecidas na Europa e na América nos últimos trezentos anos realmente têm feito uma diferença gigantesca”, tendo como efeito de que “a necessidade de uma mídia livre e vigorosa está sendo rapidamente reconhecida em todo o globo” (SEN, 2011, p. 369).

O autor assevera também que a imprensa livre e independente trouxe consigo algumas contribuições importantes sobretudo no que tange a facilitar a argumentação pública. Destacam-se quatro delas. A primeira e a mais elementar é a contribuição direta da liberdade expressão em geral e da liberdade de imprensa para a qualidade de vida dos cidadãos, que fomenta o diálogo entre as pessoas, atividade fundamental para o processo de desenvolvimento pessoal, e ainda amplia a compreensão do mundo que as circunda. A segunda contribuição se refere ao papel informativo da imprensa que serve de veículo difusor de conhecimento, permite a análises de críticas e guarda ainda um papel investigativo. A difusão da informação ocorre tanto da notícia especializada, como estudos científicos, como também da informação elementar voltada para o público em geral.

Quanto ao caráter investigativo da imprensa, nem é necessário enaltecer a sua importância, buscando evidências e fatos ocultos ou que passariam

despercebidos caso não existissem veículos interessados em controlar atos de governos e autoridades. Além disso, a ampla liberdade de imprensa estabelecida nos modelos democráticos da Europa e dos Estados Unidos desenvolveu uma vertente protetora, atribuindo importância às pessoas mais desfavorecidas e aos fatos negligenciados. Muitos governantes acabam se distanciando da realidade do povo que governam, e Amartya reconhece o papel central da mídia para lhes lembrar as mazelas que não podem ser ignoradas, mas que, ao contrário, devem ser atacadas com políticas públicas. Por fim, o economista reconhece ainda a importância da mídia para a formação de valores, que exige relações interativas pautadas na liberdade de troca e independência. Novos temas ou fatos que apenas reforçam discussões antigas, como a igualdade de gêneros ou questões relacionadas à segurança pública, tornam-se polêmica e alvos de debate quando a mídia os expõe.

Estes dois aspectos comentados estão profundamente relacionados com a proteção dos direitos das minorias, domínio extremamente caro para qualquer governo democrático. Somente com a força midiática que se terá notícias de segmentos sociais cujos direitos estão sendo negados. Aparentemente, a conclusão é que Amartya Sen enaltece o governo democrático pelo papel de oposição que legitimamente a população pode adotar em face das autoridades governamentais. O exemplo citado diversas vezes pelo indiano é o da fome coletiva. Segundo ele, em 1943 o secretário de Estado da Índia escreveu que a cifra de mortes por causas famélicas no Estado de Bengala deveria atingir mil ou até duas mil por semana. Um relatório conclui que este número era bem maior: acima de vinte e seis mil pessoas perderam a vida por semana naquela região devido a fome. Diante desta carência de informações por parte do secretário, Sen conclui que “um sistema democrático com crítica pública e pressão parlamentar não teria permitido que os funcionários, incluindo o governador de Bengala e o vice-rei da Índia, pensassem como pensaram”<sup>12</sup>. A principal razão é de que “a democracia dá poder político ao vulnerável ao tornar o governante responsável pelos seus erros” (SEN, 2010, p. 59).

<sup>12</sup> Ainda neste aspecto, Sen comenta adiante a estreita relação entre fomes coletivas e os regimes autoritários: “as histórias das fomes coletivas de fato tem uma relação peculiarmente estreita com os regimes autoritários, como o colonialismo (por exemplo, na Índia Britânica ou na Irlanda), os

Por todo o exposto, o ambiente de ordem política e jurídica possibilitada nas democracias aparentemente é visto por Amartya Sen como uma base fundamental para que as pessoas e o governo possam pôr em movimento as liberdades instrumentais. Por seu caráter ínsito de preservação das liberdades de imprensa, expressão, pensamento, reunião e associação, além de politicamente resguardar os direitos de grupos opositores aos governos, o regime democrático é aquele que poderá desenvolver de modo mais equânime as cinco liberdades que constituem o edifício do desenvolvimento social prefigurado por Amartya. Nas palavras de outro autor, desta vez Robert Dahl (2001, p. 58-74), há ao menos dez conseqüências positivas observáveis em um governo democrático como em nenhum outro: evita a tirania; garante direitos fundamentais aos cidadãos; garante liberdades não atingíveis em outras formas de governo; salvaguarda a autodeterminação dos povos; é capaz de proporcionar a autonomia moral, o desenvolvimento humano e a igualdade política; protege os interesses pessoais essenciais; e ainda garante a prosperidade e a paz pelos Estados democráticos adotarem instrumentos conciliatórios entre si antes de se lançarem em conflitos bélicos.

Apesar de sua consideração pela democracia, Sen sabe dos desafios que emergem de sua estrutura. O intento do autor é justamente pensar no ambiente democrático como o fio condutor das liberdades instrumentais de modo a promover o desenvolvimento social. Para tanto, é necessário que haja um ambiente político minimamente favorável e que as pessoas possam e queiram assumir a sua condição de agentes de mudanças sociais, uma vez que a alteração dos quadros deficitários de muitos Estados não ocorrerá de *per se*.

A democracia não serve como um remédio automático para doenças do mesmo modo que o quinino atua na cura da malária. A oportunidade que ela oferece tem de ser aproveitada positivamente para que se obtenha o efeito desejado. Essa é, evidentemente, uma característica básica das liberdades em geral – muito depende de como elas são realmente exercidas (SEN, 2000, p. 182-183).

De fato, o grande imbróglio das democracias mais atuais, surgidas ao longo do século XX, tem sido a dificuldade em fazer do cidadão um agente político. A

---

Estados de partido único (como exemplos, a União Soviética na década de 1930, a China ou o Camboja mais tarde) e as ditaduras militares (na Etiópia ou na Somália, por exemplo). A atual situação de fome coletiva na Coreia do Norte é um exemplo recorrente” (SEN, 2011, p. 375-377).

representação política tem absorvido os espaços de ação e a cidadania acaba sendo exercida somente nos dias de eleição. Neste sentido, é interessante o comentário de Fidel Valdez Ramos, ex-presidente das Filipinas, que foi reproduzido por Sen, durante um discurso em uma universidade australiana em que relaciona este desafio da democracia em contrapartida aos regimes autoritários:

Sob um regime ditatorial, as pessoas não precisam pensar – não precisam escolher – não precisam tomar decisões ou dar seu consentimento. Tudo o que precisam fazer é obedecer. [...] Em contraste, a democracia não pode sobreviver sem virtude cívica. O desafio político para os povos de todo mundo atualmente não é apenas substituir regimes autoritários por democráticos. É, além disso, fazer a democracia funcionar para as pessoas comuns (SEN, 2000, p. 183).

Por todos estes fatores, verifica-se a clara propensão do autor indiano para adoção de regimes democráticos em oposição aos autoritarismos que ainda acabam por vicejar pelo mundo afora sob diferentes argumentos. No entanto, a política sendo uma atividade dialógica e humana, portanto inacabada e imperfeita, é preciso reconhecer que jamais haverá de um modelo absoluto que satisfaça todas as necessidades humanas. Tal afirmação seria apenas uma falácia argumentativa. No mesmo caminho envereda a democracia, que não é perfeita. Entretanto, reconhece-se a sua valia como uma importante base para a construção de direitos e de uma sociedade mais igualitária. O projeto de Amartya passa exatamente pela incessante busca de uma igualdade material de modo a permitir a aquisição de mais liberdade.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: A GARANTIA DA LIBERDADE COMO DESENVOLVIMENTO SOCIAL, POLÍTICO E HUMANO**

A tese do desenvolvimento como liberdade tem como escopo lançar um debate sobre o caráter substantivo no gozo deste direito pelas populações. O autor não pretende fazer uma análise em que prepondere apenas a realidade de seu país natal ou seu continente, embora não se escuse de lançar comentários atinentes a regiões com menor enfoque dos estudiosos – como Ásia e América Latina – ao mesmo tempo em que critica os processos de eurocentrismo cultural e social. Antes disto, Sen traça nuances de uma teoria que pode ser interpretada por diferentes

sociedades em diferentes contextos, apesar de expressar seu apreço e convicção pelo regime democrático como um *modus* mais hábil na consecução de seu ideal de desenvolvimento.

De modo geral, a questão da liberdade é conceito de extrema controvérsia. O próprio Amartya Sen reconhece este fato. Não olvida do caráter profundamente peculiar que cada momento histórico orquestrou na elucidação desta proclamação, desta prerrogativa ética e moral, deste direito ou deste princípio: não importa se anterior ou posterior ao Estado de Direito, o certo é que esta temática guarda profundas, ininterruptas e incessantes indagações em todos os âmbitos a que se destina uma investigação minuciosa. Seja nas considerações platônicas, na qual livre será aquele que exercer o seu encargo dentro dos limites da casta que foi capaz de atingir com seus próprios esforços, seja no medievo, em que a liberdade se confunde com a interioridade e deixa o campo das relações públicas e políticas, seja na filosofia política de Hobbes, que reconhece ser imprescindível a existência de um aparato estatal para propiciar a condição de liberdade, seja no pensamento de Rawls, em que a liberdade seria naturalmente um dos princípios eleitos por aqueles que estão por detrás do véu da ignorância, por todos os ângulos se observam diferentes posições e medidas que garantem ao debate um nível de imprecisão e sobrevivência. Pelo menos, esta deve ser a diretriz fundamental enquanto o gênero humano for capaz de manter sua intelectualidade e capacidade para lutar por seus preceitos.

Neste sentido, a convicção de Amartya Sen na propositura de um caminho que enalteça a liberdade como uma realidade, longe de elucubrações teóricas ou do seu simples reconhecimento em legislações descumpridas e descomprometidas pelo cotidiano, oferece um ponto de partida substancial necessário ao atual debate, que pode ser muito bem resumido pelas palavras de Norberto Bobbio, na qual se enunciou a primordial questão da concretização de direitos: a questão de nosso tempo se trata mais de um problema político do que jurídico ou então filosófico. Segundo o autor italiano, em sua célebre lição de *A Era dos Direitos*, a questão atual em relação aos direitos do homem não é tanto o de reconhecê-los, mas o de protegê-los. Não se trata, portanto, de um problema filosófico, mas jurídico, e num sentido mais amplo, político (BOBBIO, 1992, p. 24-25).

O mesmo ideal expresso por Bobbio em 1990, ano em que publicou *L'étà dei Diritti*, ainda se reveste de extrema atualidade e se constitui como o grande desafio dos Estados neste século. É preciso constatar um progressivo avanço no reconhecimento dos direitos fundamentais nas últimas décadas e na ampliação de seu debate. No entanto, sua garantia demanda um amplo arcabouço de considerações, e nem sempre há recursos financeiros ou até mesmo vontade política dos governos para propiciar tais prerrogativas.

Nesta mesma esteira, acredita-se que a garantia da liberdade e a criação de um estado mínimo de igualdade material, na qual sejam proporcionadas as condições mais fundamentais às pessoas, seja o passo essencial a ser trilhado pelos governos. Muitos são os desafios postos para que este objetivo encontre possibilidade fática. O primeiro deles se volta para a estrutura dos próprios governos contemporâneos. Sem um espaço de diálogo, sem a mínima liberdade de contestação dos atos de autoridade, sem uma imprensa que seja capaz de censurar aquilo que não considere princípio e fundamento do Estado, sem o mínimo de garantias que a população possa lutar por seus direitos, sem um Judiciário independente que guarneça as minorias inclusive parlamentares, isto é, sem estes ideais elementares que muito se confundem aos fundamentos da democracia, é muito improvável que a sociedade consiga de maneira eficaz desenvolver sua condição de agente e lutar para ampliar as liberdades dos indivíduos singulares.

Registrem-se ainda todas as divergências internas que podem surgir dentro das fronteiras soberanas dos Estados. As culturas distintas que se contrapõem aos basilares princípios constitucionais estatuídos, as micro-esferas de poder que insistentemente entram em conflito com as instituições do Estado de Direito, os déficits civilizatórios e sociais, as limitações de investimento, a força do poder econômico contra os poderes político e jurídico dos Estados, a luta contra empresas e corporações muito poderosas, as forças internacionais que limitam e comprometem a atuação governamental, enfim, são muitas as questões que podem se apresentar como obstáculo na consecução da garantia da liberdade em prol do desenvolvimento social e humano, político e econômico.

Desafios de todas as ordens são postos, não somente a manutenção da liberdade, mas da própria sobrevivência do Estado e da política. Avanços e

retrocessos, dos pontos de vista axiológico e analítico, são perceptíveis em todos os âmbitos. No entanto, é sempre necessário asseverar que a tensão e o conflito são partes elementares do jogo democrático, desde que se preservem as regras pelas quais se desenvolve tal jogo. Neste sentido, compartilha-se da visão abalizada de Amartya Sen no intuito de se crer na liberdade como um baluarte para o desenvolvimento e busca de espaços de isonomia, uma vez que igualdade plena jamais será alcançável entre sujeitos singulares entre si. Para tanto, o Estado é um ator importante na fórmula que conjuga a ampliação das liberdades reais dos indivíduos, seja pela via das políticas públicas oriundas dos poderes representativos, seja pela garantia jurisdicional conferida aos cidadãos. Não se crê que nenhum outro ator possa atuar de modo mais preponderante do que o ente estatal e, por conta disto, é necessária a sua participação neste momento em que se clama pela ampliação e proteção dos direitos, causa e condição da legitimidade do Estado democrático de Direito desde o seu limiar.

Compartilha-se igualmente de Amartya Sen o olhar de otimismo que confere aos seres humanos. Em toda a sua obra o principal elemento do debate é a busca pelo aprimoramento do bem-estar humano a partir da constatação da importância das liberdades, que se complementam e se reforçam mutuamente. Tal bem-estar não precisa ser conquistado exclusivamente a partir de políticas assistencialistas, correndo-se o risco de constituir os seus interessados em beneficiários passivos. Ao contrário, “com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem efetivamente moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros” (SEN, 2000, p. 26). Novamente se conclama a importância das políticas públicas e a participação do Estado no combate às celeumas mais elementares. Não se criará um futuro minimamente promissor apenas com transferência de renda às populações com menor poder aquisitivo, mas no fortalecimento de outros aspectos da vida pessoal e comunitária.

Para tanto, como hipótese de ação, utiliza-se as liberdades instrumentais de Amartya Sen – liberdade política, segurança protetora, facilidades econômicas, garantia de transparência e oportunidade – nas quais as políticas de assistência são parte importante para esta ação. No entanto, o assistencialismo representa tão somente um elo nesta cadeia de fatores que formam um conjunto. Fornecendo os

elementos fundamentais, todos se tornam responsáveis, a partir de então, na construção de uma sociedade política melhor estruturada. Assim, a garantia e ampliação da liberdade como um fator determinante para o desenvolvimento constituem fundamentos da ordem jurídica, social e política dos Estados e da ordem internacional. Neste sentido, o pensamento de Amartya Sen faz jus a uma análise com acuidade, precisa ser objeto de debates além de trazido à tona como um importante elo que congrega a luta pelo aprimoramento dos direitos individuais em consonância a uma sociedade mais livre e justa.

## 6 REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- DAHL, Robert. **Sobre a Democracia**. Brasília: UNB, 2001.
- HOMEM, Antonio Pedro Barbas. **O Espírito das Instituições**. Lisboa: Almedina, 2006.
- MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos Gregos ao Pós-Modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- SEN, Amartya. How to Judge Globalism. **The American Prospect**. 2002; special supplement (Winter). Disponível em: <<https://prospect.org/article/how-judge-globalism>>. Acesso em: 20 set. 2016.
- SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- THE GUARDIAN. **New Oxfam report says half of global wealth held by the 1%**. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/business/2015/jan/19/global-wealth-oxfam-inequality-davos-economic-summit-switzerland>>. Acesso em: 20 set. 2016.

# NOTAS PARA UM ESTUDO SOBRE OS BENS COMUNS<sup>1</sup>

## A STUDY ON COMMON PROPERTY

*Eroulths Cortiano Junior<sup>2</sup>*

*Rodrigo Luís Kanayama<sup>3</sup>*

### Resumo

Há poucos estudos brasileiros sobre bens comuns nos moldes atuais europeus. Na Itália, o assunto espraia-se por toda a academia e configura-se como necessário à compreensão dos direitos fundamentais na contemporaneidade. Bens que a todos interessam e que não são apropriáveis, bens comuns dizem respeito à relação entre o homem e a natureza e fazem repensar a relação entre propriedade e os direitos fundamentais. Não obstante, é preciso defini-los, delimitá-los, sob pena de perder sua devida importância.

**Palavras-chave:** Bens comuns. Direitos Fundamentais. Direito Civil. Propriedade. Patrimônio Público.

### Abstract

There are not many Brazilian studies on common property in the European sense. In Italy, it spreads through the entire academy and is considered as necessary to the understanding of fundamental rights in the contemporary world. Common property interests society as a whole and may not be individually appropriated. Common property is related to human beings and nature, and thus it is important to rethink their relation to property and fundamental rights. However, it is necessary to define common property, otherwise it could lose its importance.

**Keywords:** Commons. Fundamental Rights. Civil Law. Property. Public Property.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Primeira nota. O tempo e o espaço dos bens comuns. 3. Segunda nota. Tentativa de conceituação. A Comissão Rodotà. 4 Terceira nota. A vasta literatura. 5. Quarta nota. Os direitos fundamentais. 6 Quinta nota. A gestão e administração dos bens comuns. 7. Sexta nota. Mundo digital, mundo imaterial. 8. Sétima nota: a apropriação privada de bens e o Mercado. 9. Conclusão. 10. Referências.

<sup>1</sup> Artigo submetido em 09/12/2015, pareceres de análise em 10/10/2016, 18/10/2016 e 26/10/2016, aprovação comunicada em 26/10/2016.

<sup>2</sup> Doutor em Direito. Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFPR. Advogado. Procurador do Estado do Paraná. E-mail: <ecortiano@cpc.adv.br>.

<sup>3</sup> Doutor em Direito. Professor Adjunto de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da UFPR. Advogado. E-mail: <rodrigo@kanayama.adv.br>.

## 1 INTRODUÇÃO

Nosso tempo enfrenta, ainda, o “inesauribile fascino e difficoltà del terribile diritto” (RODOTÀ, 1990, p. 7) de propriedade. As elaborações jurídico-normativas e ideológico-políticas acerca da apropriação de bens não param na construção da propriedade privada moderna (uma evidente renovação da propriedade quiritária romana) nem na sua reconceituação a partir da idéia de função social. Como fato, como escolha político-econômica ou como direito, a propriedade atrai agora outras e novas dificuldades de percepção e construção jurídica. Sua dogmática rende-se, no balanço entre a apropriação privada e a titularidade pública, à *elaboração teórica* de novas categorizações, como, por exemplo, a doutrina dos *bens comuns*.

Esta elaboração, com maior ou menor autonomia, tem se desenvolvido por todos os quadrantes do direito ocidental, na teoria e na prática (tome-se o conhecido exemplo do Creative Commons) e carece de reflexão no Brasil. Além da rediscussão da própria noção de propriedade (a partir de diversos prismas, notadamente aqueles mais militantes) o tema toca e é tocado pela legislação positiva. No plano do direito civil, a doutrina dos bens comuns permite repensar os conceitos de bens públicos (Código Civil, artigos 98 e seguintes), aparentemente vetustos em si. No plano do direito público, a função social da propriedade privada fulcrada na Constituição (Constituição Federal, artigos 5º, XXII e XXIII, e 170) pode ser coligada com o disposto no art. 225 da Constituição (“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, *bem de uso comum do povo* e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”)<sup>4</sup>.

Para além dessa abordagem estritamente jurídica (se é que se pode falar em algo estritamente jurídico), há, no *constructo* da teoria dos bens comuns, questões que sentam morada na economia, na política e na filosofia (neste lugar, em especial, a discussão alimenta-se das noções de *direito* e *não direito*).

Este escrito propõe algumas notas mínimas para um roteiro que pretenda enfrentar o tema dos bens comuns.

<sup>4</sup> Sobre a classificação tradicional de bens públicos na Itália, consultar: Arsì, 2000; Bianca, 1999.

## 2 PRIMEIRA NOTA. O TEMPO E O ESPAÇO DOS BENS COMUNS

A discussão sobre os bens comuns situa-se no espaço das lutas políticas e ambientais, rejuvenescidas a partir do que se convencionou chamar de neoliberalismo (“Da um lato, infatti La nozione di beni comuni há assunto rilevanza politica come única parola d’ordine messa all’ordine del giorno dalla visione critica del neoliberalismo” (MATTEI, Ugo. Prefazione, in: BOLLIER, 2015. p. 4).). Parte, enfim, da constatação de que, no mundo material, há alguma riqueza que deve ser considerada comum a todas as pessoas, independente – ou apesar – do que diga o Estado, e isenta de apropriação privada e/ou corporativa. Nos mais didáticos exemplos, o ambiente, o ar, a água, o conhecimento tradicional. É justamente das posições engajadas na defesa do ambiente e da cultura que se coloca o atual problema dos bens comuns (ainda que ele possa ir mais longe do que isso). Nesse passo, ainda que as noções romana e medieval-germânica de bem comum (mais próximas da noção de bem coletivo) possam servir para alguma aproximação, o tempo dos bens comuns é o tempo presente. E o seu espaço é o espaço humano (portanto, existencial) e mundial (portanto, global). Bem por isso, o tema assume importância numa sociedade de consumo, bancária, informatizada e globalizada.

Sociedade de consumo porque o capitalismo avançado, que dá acesso rápido a bens facilmente substituíveis importa, necessariamente, na escassez de bens. Sociedade bancária porque o fácil trânsito de capitais e a formação de oligopólios bancários enfraquecem os governos. Sociedade informatizada porque a tecnologia digital permite maior trânsito de informações e assim de acessos a conteúdos<sup>5</sup>. Sociedade globalizada porque sociedade carente de alguma ordem jurídica ilimitada por fronteiras internacionais. O fato de que boa parte da discussão acerca dos bens comuns venha de uma literatura engajada ou militante contra o *establishment*, não pode servir de argumento para seu desprezo. A doutrina dos bens comuns não pode ser vista apenas como um discurso contra o capitalismo selvagem, ou uma palavra de ordem contra o neoliberalismo; mesmo que o seja, a reflexão científica deve servir para modular este discurso.

<sup>5</sup> A respeito, veja Quéau, 1998, p. 198-205.

Enfim, a suma do problema dos bens comuns diz respeito à relação entre o homem e a natureza e faz repensar a relação entre propriedade e os direitos fundamentais.

### 3 SEGUNDA NOTA. TENTATIVA DE CONCEITUAÇÃO. A COMISSÃO RODOTA

A conceituação de bem comum não é tarefa fácil, sendo talvez mais oportuno utilizar algumas aproximações acerca deles. Numa espécie de *vade mecum* dos bens comuns, Bollier (2015, p. 187) os explica como **(i)** um sistema social para a gestão a longo prazo dos recursos que preservam os valores compartilhados e a identidade comum; **(ii)** um sistema de autogestão por intermédio do qual as comunidades administram os recursos inexauríveis e renováveis com mínima ou nenhuma interferência do mercado ou do Estado; **(iii)** as riquezas coletivas que herdamos ou criamos, e que devemos deixar a nossos filhos, melhoradas ou não, e compreendem os bens da natureza, a infraestrutura cívica, as obras culturais, as tradições e o conhecimento; e **(iv)** um setor da economia (e da vida) que gera valor muitas vezes tomado e colocado em perigo pela aliança Estado-mercado.

Para uma abordagem mais técnico-jurídica, pode tomar como ponto de partida a Comissão Rodotà, na Itália. Lá, a preocupação com a organização patrimonial da Administração Pública, para melhor gestão e alienação de bens públicos sem olvidar o interesse geral da coletividade, *pari passu* com a necessidade de tornar mais orgânica a regulação da concessão de bens públicos, foi objeto de uma Jornada de Estudos sobre “*Patrimonio pubblico, proprietà pubblica e proprietà privata*”. Ali se deliberou pela realização de tarefas de cunho legal e administrativo a partir de duas iniciativas, necessariamente coligadas: a revisão do contexto jurídico do Código Civil sobre bens públicos e a continuidade dos trabalhos para organização e conhecimento do patrimônio público italiano. Surgiu, assim, em 2007, a Comissão Rodotá<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Disponível em: <[http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_12\\_1.wp?previousPage=mg\\_1\\_12&contentId=SPS47617](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_12&contentId=SPS47617)>.

A Comissão realizou seus trabalhos justamente a partir dos pressupostos acima referenciados. Em primeiro lugar, a necessidade de revisão dos dispositivos do Código Civil Italiano acerca de bens públicos, obsoletas diante da evolução tecnológica (no *Codice*, os bens são tratados numa perspectiva “física” e num viés nitidamente fundiário; além disso, no Código Civil, os recursos naturais não merecem a proteção devida, nem se dá importância aos necessários investimentos em infraestrutura (qualquer semelhança com o Código Civil brasileiro será absoluta verdade)).

Em segundo lugar, a necessidade de uma nova filosofia na administração do patrimônio público, que favoreça uma melhor gestão dos bens públicos, com garantias para que os governos não cedam à tentação de alienar os bens do patrimônio público por razões diversas daquelas estruturas estratégicas (isto é: preocupou-se a Comissão com as alienações que não sirvam para requalificar as dotações do patrimônio público, mas para financiar despesas correntes)<sup>7</sup>.

A insuficiência conceitual da propriedade denota a dificuldade de se definir o bem comum, como denota Rodrigo Míguez Núñez (2014):

La insuficiencia conceptual de la propiedad se observa no solo en la problemática derivada de su ensanche progresivo en el ámbito del dominio público, ni en el reforzamiento de la subjetividad o de lo perteneciente al sujeto; el fenómeno debe ser también analizado a la luz de las nuevas palabras que recorren el mundo actual y que dan fe de la creciente dimensión de lo común: software libre, no copyright, acceso libre al agua, a la alimentación, a los recursos naturales, a las medicinas, a la salud, a la educación, a Internet, a la cultura, son expresiones que asumen la vestidura de derechos fundamentales del ser humano; de ahí su eminente vocación publicista y su sensibilidad respecto a la permeabilidad de propiedad privada.

En realidad, dista mucho de ser convincente el planteamiento que entrega ciegamente la reglamentación de dichas áreas a lógicas propietarias puesto que la tesis ignora una elemental cuestión: el derecho de propiedad posee la limitación intrínseca de no comprender la complejidad de la relación entre el hombre y las cosas. Pero hay aún más: si se acepta –como nosotros lo hacemos– la limitación intrínseca del instituto, se admitirá que la generalización de la propiedad privada se reserva solo para aquellas situaciones donde ya existe un mercado generalizado, por lo que en ausencia de este último, la introducción de la propiedad no sería solo ineficaz, sino que además peligrosa. Pues bien, al vacío no saciable por la propiedad responde hoy la categoría de los bienes comunes; bienes que exigen, como indica Stefano Rodotà, una diversa forma de racionalidad, capaz de encarnar los cambios profundos que estamos viviendo.

<sup>7</sup> Em terras brasileiras, existem mecanismos normativos que impedem alienações para financiamento de despesas correntes — Lei de Responsabilidade Fiscal.

Neste passo, a Comissão levou em conta a necessidade de classificar os bens com base nas utilidades que tenham para a humanidade, levando em conta os princípios constitucionais e a tutela dos direitos da personalidade e dos interesses públicos essenciais. A partir daí, a Comissão propôs uma nova taxinomia de bens públicos (abrangendo bens de pertencimento público necessário, bens públicos sociais e bens frutíferos). Permite-se transcrever:

Si è proposto di distinguere i beni pubblici, a seconda delle esigenze sostanziali che le loro utilità sono idonee a soddisfare, in tre categorie: beni ad appartenenza pubblica necessaria; beni pubblici sociali; beni fruttiferi. I beni ad appartenenza pubblica necessaria si sono definiti come beni che soddisfano interessi generali fondamentali, la cui cura discende dalle prerogative dello Stato e degli enti pubblici territoriali. Si tratta di interessi quali, ad esempio, la sicurezza, l'ordine pubblico, la libera circolazione. Si pensi, fra l'altro, alle opere destinate alla difesa, alla rete viaria stradale, autostradale e ferroviaria nazionale, ai porti e agli aeroporti di rilevanza nazionale e internazionale. In ragione della rilevanza degli interessi pubblici connessi a tali beni, per essi si è prevista una disciplina rafforzata rispetto a quella oggi stabilita per i beni demaniali: restano ferme inalienabilità, inalienabilità, autotutela amministrativa, alle quali si aggiungono garanzie esplicite in materia di tutela sia risarcitoria che inibitoria.

I beni pubblici sociali soddisfano esigenze della persona particolarmente rilevanti nella società dei servizi, cioè le esigenze corrispondenti ai diritti civili e sociali. Ne fanno parte, fra l'altro, le case dell'edilizia residenziale pubblica, gli ospedali, gli edifici pubblici adibiti a istituti di istruzione, le reti locali di pubblico servizio. Se ne è configurata una disciplina basata su di un vincolo di destinazione qualificato. Il vincolo di destinazione può cessare solo se venga assicurato il mantenimento o il miglioramento della qualità dei servizi sociali erogati. La tutela amministrativa è affidata allo Stato e ad enti pubblici anche non territoriali.

La terza categoria, dei beni pubblici fruttiferi, tenta di rispondere ai problemi a più riprese emersi in questi ultimi tempi, che sottolineano la necessità di utilizzare in modo più efficiente il patrimonio pubblico, con benefici per l'erario. Spesso i beni pubblici, oltre a non essere pienamente valorizzati sul piano economico, non vengono neppure percepiti come potenziali fonti di ricchezza da parte delle amministrazioni pubbliche interessate. I beni pubblici fruttiferi costituiscono una categoria residuale rispetto alle altre due. Sono sostanzialmente beni privati in appartenenza pubblica, alienabili e gestibili con strumenti di diritto privato. Si sono però previsti limiti all'alienazione, al fine di evitare politiche troppo aperte alle dismissioni e di privilegiare comunque la loro amministrazione efficiente da parte di soggetti pubblici<sup>8</sup>.

Além disso, a Comissão propôs a criação da categoria *bens comuns*:

Si è poi delineata la classificazione sostanziale dei beni. Si è prevista, anzitutto, una nuova fondamentale categoria, quella dei beni comuni, che non rientrano stricto sensu nella specie dei beni pubblici, poiché sono a

<sup>8</sup> Disponível em: <[http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_12\\_1.wp?previousPage=mg\\_1\\_12&contentId=SPS47617](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_12&contentId=SPS47617)>. Acesso em: nov. 2015.

titolarità diffusa, potendo appartenere non solo a persone pubbliche, ma anche a privati. Ne fanno parte, essenzialmente, le risorse naturali, come i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; le altre zone paesaggistiche tutelate. Vi rientrano, altresì, i beni archeologici, culturali, ambientali.

Sono beni che – come si è anticipato – soffrono di una situazione altamente critica, per problemi di scarsità e di depauperamento e per assoluta insufficienza delle garanzie giuridiche. La Commissione li ha definiti come cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona, e sono informati al principio della salvaguardia intergenerazionale delle utilità.

Per tali ragioni, si è ritenuto di prevedere una disciplina particolarmente garantistica di tali beni, idonea a nobilitarli, a rafforzarne la tutela, a garantirne in ogni caso la fruizione collettiva, da parte di tutti i consociati, compatibilmente con l'esigenza prioritaria della loro preservazione a vantaggio delle generazioni future. In particolare, la possibilità di loro concessione a privati è limitata. La tutela risarcitoria e la tutela restitutoria spettano allo Stato. La tutela inibitoria spetta a chiunque possa fruire delle utilità dei beni comuni in quanto titolare del corrispondente diritto soggettivo alla loro fruizione<sup>9</sup>.

Existem obstáculos teóricos na definição conceitual de bens comuns. Inova o conceito tradicional – eis a dificuldade. Rever posições sedimentadas no Direito – aqui, o público e o privado – depende de reflexão profunda e responsável.

#### 4 TERCEIRA NOTA. A VASTA LITERATURA

Não se pretende, aqui, apresentar um rol de obras necessárias (uma bibliografia) sobre o tema dos bens comuns, não só porque a produção científica é muito grande, mas porque ela imbrica o direito, a economia (portanto a escassez) e a política. Mas é possível dizer que, no fundo, a discussão reside no conceito moderno de propriedade, e suas repercussões na organização do acesso às riquezas. Qualquer reflexão sobre os bens comuns deve, entretanto, enfrentar dois textos que fizeram época: *“The tragedy of the commons”* do ecologista Garrett Hardin<sup>10</sup> e *“Governing the Commons”* da prêmio Nobel de Economia Elinor Ostrom (1980). Estes estudos – ainda que outros sejam essenciais – podem ser utilizados para a compreensão da teoria econômica e os bens comuns.

<sup>9</sup> Disponível em: <[http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_12\\_1.wp?previousPage=mg\\_1\\_12&contentId=SPS47617](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_12&contentId=SPS47617)>. Acesso em: nov. 2015.

<sup>10</sup> Disponível em: <<https://www.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>>. Acesso em: nov. 2015.

O primeiro é um breve ensaio, publicado originariamente na revista *Science* em 1968, que serviu para debater, com sucesso, a impossibilidade da ação coletiva sobre os bens apropriáveis. O segundo é um texto que veio a luz em 1990 e permitiu uma ampliação do quadro da mesma análise econômica. Na somatória, pode-se dizer que se passou da tragédia à administração dos bens comuns. Comungando estes textos, Bollier diz ter-se dado a descoberta da tragédia do acesso descontrolado aos bens comuns (BOLLIER, 2015, p. 34).

Por certo, há muito mais literatura sobre o assunto. Sobre os bens comuns, como por exemplo Ugo Mattei (imprescindível o seu *“Beni Comuni. Um manifesto”*, de 2011), Paolo Maddalena e Alberto Lucarelli. Edward Thompson (1987) enfrenta, em interessante perspectiva, o problema das *enclosures* em seu famoso *“Senhores e Caçadores”*, escrito original de 1977. Stefano Rodotà tem um belíssimo ensaio (*“Mondo dele persone, mondo dei beni”*) no seu *“Il diritto di avere diritti”*, de 2012. Por fim, não se pode deixar de referir, como um bom ponto de partida para uma compreensão primeira do estado da arte do tema, David Bollier (2015) e seu *“Think Like a Commoner: A Short Introduction to the Life of the Commons”*, de 2014 (aqui, utilizou-se a tradução italiana de Bernardo Parrella. O mesmo David Bollier organizou com Silke Helfrich (2007) o *“The Wealth of the Commons: A World Beyond Market and State”* em 2012.

## 5 QUARTA NOTA. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De uma maneira geral, os bens comuns permitem, entre sua estrutura e função, a realização dos direitos fundamentais. Eles ocupam – já o dizia Garrett Hardin (2015) – uma posição central entre as categorias do jurídico e do político: os bens comuns são um instrumento político e constitucional para a satisfação direta das necessidades e dos direitos fundamentais.

Se é na Constituição que o sistema político coloca as escolhas de longo prazo, de maneira a retirar as escolhas arbitrárias de governos (é o caso dos direitos fundamentais), é nela que devem ter lugar os bens comuns, instrumentos funcionais da realização de tais direitos.

Bens comuns, ademais, estendem-se a bens que pertençam a Estados, mas interessem a todas as pessoas, ultrapassando fronteiras e gerações.<sup>11</sup> Nesse caso, está-se cuidando de direitos humanos, os quais serão proporcionados pelos bens comuns.

## 6 QUINTA NOTA. A GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DOS BENS COMUNS

A consideração da qualidade comunal a certos bens não autoriza entendê-los como bens de acesso descontrolado. Justamente sua ontologia exige que haja um controle de acesso ao lado da limitação posta à ação do mercado e do Estado. Neste passo, cabe gerenciar e administrar o acesso, utilização e fruição de tais bens, pois o acesso indiscriminado desfuncionaliza o bem comum, transformando-o em bem coletivo.

Essa sutileza na diferenciação do bem comum e do bem coletivo rememora a dificuldade em sua conceituação. Defender a classificação dos bens comuns não significa rejeitar a escassez desses bens – a abundância perene não exclui a escassez. Portanto, o controle e a administração dos bens faz-se necessários, os quais serão exercidos por entidades interestatais, ou ultra-estatais, visando, sempre, a manutenção dos bens permanentemente.

## 7 SEXTA NOTA. MUNDO DIGITAL, MUNDO IMATERIAL

O mundo digital como ambiente propício e necessário para a operação dos bens comuns. Os creative commons, os “open source” como Linux e Wikipédia, as trocas peer-to-peer revelam novas fronteiras para o pensamento jurídico, nos quais

---

<sup>11</sup> Melina Girardi Fachin alerta à “fragmentação do discurso dos direitos humanos”, entendendo que não existe universalização (ainda). O debate sobre o tema reflete a dificuldade de debater, além das fronteiras nacionais, assunto que impacta sistemas constitucionais de direitos fundamentais dos países. Afirma Melina Fachin: “O aspecto mitológico do discurso universalista reside justamente na falta de concretização normativo-jurídica de grande parcela dos direitos humanos em benefício dos quais este atributo também deveria abrigar, demonstrando, assim, uma vigência parcial do predicado. Em face da realidade discrepante, ele opera, de certo modo, como álibi da comunidade internacional já que defere a responsabilidade de sua realização integralmente ao Estado – progressivamente e dentro de seus recursos disponíveis – subvertendo os próprios princípios da concepção contemporânea de direitos humanos e transferindo a concretização de parcela substancial desses direitos para um futuro remoto e incerto” (FACHIN, 2015, p. 110).

talvez a noção de propriedade privada não tenha lugar jurídico, nem tecnológico nem ideológico. É claro que a noção de bem comum não pode ficar restrita ao ambiente digital.

De toda feita, a materialidade não é condição a consideração do bem comum. Sobretudo porque o conhecimento humano não permanece vinculado, necessariamente, às ferramentas palpáveis e visíveis. A informação é fluida, é amorfa, e não apreensível em receptáculos concretos. Bens comuns, nessa linha, não requerem bases físicas e tais bases físicas não são condição para sua proteção.

## 8 SETIMA NOTA: A APROPRIAÇÃO PRIVADA DE BENS E O MERCADO

Uma pesquisa sobre bens comuns deve ter como ponto de partida – ou como ponto de chegada – as noções de propriedade privada, propriedade pública e a aparente insuficiência destas noções para dar conta de uma nova realidade global. Neste passo, ainda que se possa defender – ao menos num plano teórico – a idéia de bens sem propriedade (portanto, um lugar do não direito, em que certos bens seriam inapropriáveis por quem quer que seja, inclusive o Estado) ou bens de propriedade difusa (conceito de difícil construção), é certo que os bens comuns serão sempre titularizados. Eles podem pertencer ao Estado ou, mesmo, ao particular. O que neles importa é o acesso, e esse acesso é construído de tal maneira que será vedado seu uso exclusivo, com também sua comercialização: como estes bens estão voltados à satisfação das necessidades primárias da coletividade, e assim servem para efetivar os direitos fundamentais, sua *vexata quaestio* não é a da apropriação, mas do seu uso e funcionamento. Têm eles uma função natural, como pretendeu a Comissão Rodotá.

Neste passo, são vários os temas de pesquisa possíveis, cabendo enfrentar alguns problemas clássicos do direito à luz da nova categoria, por exemplo: (i) o coligamento entre soberania e propriedade na evolução histórica da propriedade; (ii) a *summa divisio* entre coisas *in commercio* e *extra commercium* (iii) a dicotomia propriedade pública/propriedade privada; (iv) no plano do direito público, a distinção entre bens dominiais e bens indisponíveis; (v) a questão das garantias da propriedade privada e pública, o que remete para o tema da “desapropriação” e da “privatização”.

Vê-se que vários destes temas enfrentam a gênese dos bens comuns, qual seja a sua inapropriabilidade pelo mercado, para o que importam as noções de temporariedade dos governos: todo governo é *pro tempore* (em confronto com a perenidade dos institutos proprietários) e por isso suas estratégias podem envolver a expropriação de bens que interessam permanentemente à humanidade. Veja-se a contradição: enquanto o proprietário privado tem defesas contra a desapropriação (a utilidade pública, a reserva da lei) e a garantia da indenização), o caminho inverso não conta com garantias. A única garantia contra a privatização de bens públicos é política, por intermédio do não aos governos liberalizantes. Como a propriedade pública também necessita de garantias e tutela por um longo período, a doutrina dos bens comuns pode exercer esta função de defesa.

Talvez a principal repercussão dê-se, mesmo, na tradição constitucional liberal, que tutela o proprietário, em contraposição à autoridade pública. Neste espaço, traça-se a gênese das coisas destinadas ao uso livre de todos os cidadãos, não só no âmbito do público, mas no tratamento jurídico.

Naturalmente, a teoria dos bens comuns não pretende abolir o mercado, mas tenta limitar sua expansão, colocando específicas restrições, seja ao exercício de privatização, seja ao da estatização dos bens e serviços de utilidade pública.

Pode suscitar perplexidade o progressivo aumento na coluna dos bens comuns de coisas bem diferentes, como território, ambiente, saúde, conhecimento e trabalho: se qualquer coisa, em última análise, é comum, a categoria desvanece até desaparecer. A isso acrescenta-se a impressão, principalmente em algumas genealogias, que se está querendo um tipo de regressão ao mundo pré-moderno, não governado ainda pelo mecanismo da propriedade e, portanto, protetivo das áreas compartilhadas.

## 9 CONCLUSÃO

Os bens comuns são um gênero dotado de autonomia jurídica e estrutural, alternativo a propriedade privada e pública. Sendo a propriedade a estrutura que funda a convivência civil, criar novas alternativas proprietárias a partir da necessidade de dar eficácia aos direitos fundamentais é tarefa cuidadosa e delicada. E bem delicada porque contrapõe os direitos fundamentais ao mercado e ao Estado, instrumentos inafastáveis da vida cotidiana ocidental. Por outro lado, há um grande

risco de o discurso sobre bens comuns se transformar em um *buzzword*, analogicamente aos discursos sobre a sustentabilidade e a economia verde.

A perplexidade na conceituação do bem comum é o primeiro alerta sobre a delicadeza deste assunto. E permite a previsão dos impactos que serão provocados se forem adotados sem critérios claros e responsáveis. Na Itália, o debate se aprofunda. No Brasil, pouco ainda se levantou. Será, inevitavelmente, o novo e grande assunto do presente século XXI.

Curitiba, 1º de dezembro de 2015.

## 10 REFERÊNCIAS

ARSI, Massimiliano. I Beni Pubblici. In: CASSESE, Sabino (coord.). **Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto Amministrativo Speciale**, T. II. Milano: Giuffrè, 2000.

BIANCA, Massimo. **Diritto Civile**, v. 6. Milano: Giuffrè, 1999.

BOLLIER, David. **La rinascita dei commons**. Trad. Bernardo Parrella. Viterbo: Stampa Alternativa, 2015.

BOLLIER, David; HELFRICH, Silke. **The Wealth of the Commons: A World Beyond Market and State**. Disponível em: <[wealthofthecommons.org](http://wealthofthecommons.org)>. Acesso em: 01 dez. 2015.

**Commissione Rodotà** - per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (14 giugno 2007) – Relazione. Disponível em: <[http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_12\\_1.wp?previousPage=mg\\_1\\_12&contentId=SPS47617](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_12&contentId=SPS47617)>. Acesso em: nov. 2015.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

HARDIN, Garrett. **The tragedy of the commons**. Disponível em <<https://www.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>>. Acesso em: nov. 2015.

MATTEI, Ugo. **Beni comuni. Un manifesto**. Roma: Laterza, 2012.

MIGUEZ NUNEZ, Rodrigo. De las cosas comunes a todos los hombres. Notas para un debate. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 41, n. 1, p. 7-36, abr. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372014000100002&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000100002&lng=es&nrm=iso)>. Acesso em: 01 dez. 2015

OSTROM, Elinor. **Governing the Commons: The evolution of institutions for collective action**. Cambridge University Press, 1980.

QUÉAU, Philippe. A revolução da informação: em busca do bem comum. **Revista Ciência da Informação**, v. 27, n. 2, p. 198-205, maio/ago. 1988.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma: Laterza, 2012.

RODOTÀ, Stefano. **Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata**. Bolgona: Il Mulino, 1990.

THOMPSON, Edward Palmer. **Senhores e caçadores**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

# ANÁLISE ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E INTERPRETAÇÃO INSTITUCIONAL<sup>1</sup>

## ECONOMIC ANALYSIS OF THE ECONOMIC CONSTITUTION AND INSTITUTIONAL INTERPRETATION

André Cyrino<sup>2</sup>

### Resumo

O argumento central deste artigo é o de que Constituição econômica é norma jurídica cujo sentido passa por um exercício hermenêutico que vai além das técnicas tradicionais de interpretação. O trabalho está dividido em duas partes. A primeira é uma análise crítica do estado da arte da teoria da Constituição econômica. Em seguida, o artigo busca desenvolver dois aspectos que devem passar a integrar o debate constitucional econômico. Primeiro, a incorporação do raciocínio econômico à dogmática do direito (Análise Econômica do Direito). Em segundo lugar, sustenta-se que seja respeitada a dimensão institucional e os reflexos sistêmicos de uma dada decisão de controle judicial da regulação econômica.

**Palavras-chave:** Interpretação Constitucional. Constituição Econômica. Análise Econômica do Direito. Capacidades Institucionais.

### Abstract

The main argument of this article is that the economic constitution is a legal document whose meaning goes through aspects which are beyond the traditional interpretation techniques. This article is divided in two parts. The first part critically presents the state of the art of the economic constitution theory. Then, the article develops two aspects that should become part of the economic constitution debate. First, the incorporation of the economic reasoning to the legal dogma (law and economics). Secondly, the article argues that interpretation techniques should consider an institutional dimension and the systemic consequences of judicial review of economic regulation.

**Keywords:** Constitutional Interpretation. Economic Constitution. Law and Economics. Institutional Capacities.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O Estado da arte da teoria da Constituição Econômica. 3. Aspectos propostos para integração do debate constitucional econômico. 3.1. A Constituição como um documento econômico. Análise econômica da Constituição econômica. 3.2. A preocupação institucional. Em busca de uma teoria hermenêutica institucionalmente esclarecida. 4. Conclusão. 5. Referências.

<sup>1</sup> Artigo submetido em 19/09/2016, pareceres de análise em 31/10/2016 e 01/11/2016, aprovação comunicada em 03/11/2016.

<sup>2</sup> Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School (EUA). E-mail: <andre.cyrino@gmail.com>

## 1 INTRODUÇÃO

Palco de debates impregnados por ideologias, as discussões sobre Estado e economia há muito tempo despertam o interesse dos estudiosos do direito público. A relevância das discussões é mais que óbvia, evidenciando-se diante da constatação de que o próprio Estado é, em larga medida, a partir de teorias político-econômicas. Fala-se, assim, *e.g.*, em Estado liberal e Estado de bem estar social, de acordo com modelos que se explicam pela ciência da economia.

No enalço das mutações e evoluções por que inexoravelmente passou o Estado ao longo dos séculos, ao direito cabe sempre discutir seu próprio papel, apresentando-se normalmente dois escopos fundamentais: o de **conservar** e/ou o de **transformar** a realidade em seus amplos aspectos, dentre os quais o econômico. A primeira preocupação, que podemos chamar de **tendência conservadora** do direito, liga-se visceralmente ao valor segurança jurídica, ao passo que a segunda, que se pode denominar de **pretensão transformadora** do direito, está normalmente relacionada ao valor justiça (nos seus mais variados sentidos). Nos últimos tempos, o que ocorre agudamente no campo da economia, tem-se visto o desenvolvimento de dogmática jurídica cujo foco primordial é a transformação da realidade.

O direito arvora-se como instrumento da mudança, da evolução, ou, na perspectiva de países subdesenvolvidos, o direito constitucional torna-se (ou pelo menos pretende tornar-se) propulsor do desenvolvimento econômico nacional. O ponto de partida dessa concepção – um dos símbolos da vitória do constitucionalismo – é o de que a Constituição é norma jurídica (HESSE, 1983, p. 59-84), inclusive quando estabelece regras e princípios econômicos programáticos. Dessa forma, o raciocínio é o de que, se tem a Constituição normas de cunho econômico, terá ela um papel transformador da realidade econômica, sendo certo, porém, que permanece a dúvida quanto ao conteúdo e a forma desse poder de transformação. Isto é, a Constituição, em sua ambição de universalidade temática, parece querer dizer **qual deve ser o modelo econômico do Estado**, podendo-se falar na **constitucionalização do direito econômico**<sup>3</sup>.

A pretensão transformadora do direito constitucional econômico causa sérias perplexidades. Vale refletir: pode o direito pretender pré-estabelecer uma dada

<sup>3</sup> Sobre a constitucionalização do direito, v. Souza Neto; Sarmento, 2007.

realidade econômica do país, a qual seja vinculante das atividades dos Poderes Executivo e Legislativo? Até que ponto pode-se falar em constitucionalização do direito econômico? A Constituição traz em seu seio as soluções para as questões econômicas? A Constituição pode ser compreendida como um estatuto econômico?

O fato é que a transposição de normas de cunho econômico para a Constituição – sem o aprofundamento sobre o sentido e alcance das mesmas – causa inevitável (e muitas vezes confusa) judicialização das questões econômicas no país, transformando o Poder Judiciário em instituição criadora de políticas públicas. Há muitas razões para se estar preocupado com essa **judicialização econômica**. Existem dificuldades tanto no que diz respeito aos métodos de interpretação judicial utilizados para a constituição econômica, como também nas deficiências do Poder Judiciário, o qual, não raras vezes, carece de instrumental e capacidade técnica para uma tomada de decisão esclarecida.

O objetivo deste artigo é iniciar uma busca sistemática por soluções teóricas para essas dificuldades<sup>4</sup>. Pensamos que o debate sobre o sentido da Constituição econômica pode (e deve) ser enriquecido com influxos de doutrinas como as ligadas: (i) à análise econômica do direito, bem como, (iii) aos debates em torno das **dificuldades institucionais** (destacando-se os trabalhos de Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2003, p. 885-951), que deverão ser consideradas diante das limitações de cada organização estatal responsável por tomar de decisões<sup>5</sup>.

Assim, defende-se a necessidade de maior aprofundamento do estudo da interpretação do direito constitucional, destacando-se a interpretação da Constituição econômica, diante de suas especificidades. Os métodos hermenêuticos clássicos, é claro, ainda têm o seu papel, assim como a – já tantas vezes repetida – teoria dos princípios, a qual, aliás, foi pioneiramente abordada no Brasil por Eros Roberto Grau (2005) na mais importante obra sobre a ordem econômica constitucional brasileira<sup>6</sup>. O que se propõe é dar um passo além, sem anular o caminho já percorrido.

Este ensaio tem duas partes. Na primeira será apresentado e analisado criticamente o estado da arte da teoria da Constituição econômica conforme

<sup>4</sup> As ideias aqui apresentadas são aprofundadas em: Cyrino, 2010.

<sup>5</sup> Para uma interessante abordagem com base no pragmatismo e nas teorias da razão pública, v. Mendonça, 2014.

<sup>6</sup> Também adotando a teoria dos princípios como forma de compreensão da constituição econômica, v. Barroso, 2003, p. 49-67.

entendida pela doutrina brasileira e diante da Constituição de 1988. Na segunda parte serão desenvolvidos aspectos que pensamos devam passar a integrar o debate constitucional econômico. Referimo-nos, especificamente: (i) à incorporação do raciocínio econômico à dogmática do direito (análise econômica do direito, *law and economics*)<sup>7</sup>, bem como, (ii) a questões relativas às capacidades institucionais de tomada de decisão de cunho econômico, o que é mais grave no estudo do controle judicial da intervenção do Estado na economia (em outras palavras, ao controle da compatibilidade das intervenções estatais com a Constituição econômica).

## 2 O ESTADO DA ARTE DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

Os conceitos são vivos e tomam seus próprios rumos quando tornados públicos por seus criadores. O conceito de Constituição Econômica é um exemplo desse tipo de fenômeno (NÖRR, 1994-1995, p. 343). Vital Moreira (2006, p. 38), numa síntese do entendimento majoritário contemporâneo, conceitua Constituição Econômica como: “o conjunto das normas e dos princípios constitucionais relativos à economia, isto é, que configuram a ordem constitucional da economia”.

Em suas origens, a ideia de Constituição econômica foi tema de intensos debates acadêmicos na Alemanha<sup>8</sup>, onde a teoria se desenvolveu, durante a vigência da Constituição de Weimar, tendo tido sua influência mais marcante pela escola de Friburg (neoliberal), como um verdadeiro “esforço da Economia Política em compreender a unidade dos elementos econômicos criados pelo capitalismo, e configurar esse modelo econômico como o ‘correto’” (EHMKE, 2006).

Nessa linha de raciocínio, dizia-se que a Constituição econômica seria a **decisão** sobre o modelo econômico de uma sociedade, que reconheceria uma determinada ordem já existente (mundo do ser), ou que pretende transformar a realidade (mundo do dever ser). Nas emblemáticas palavras de Carl Schmitt (*apud*, EHMKE, 2006): “sob o conceito de Constituição econômica devemos compreender a decisão completa sobre o ordenamento da vida econômica de uma comunidade”.

<sup>7</sup> Deve-se registrar que a análise econômica no direito constitucional brasileiro mereceu estudo de Flávio Galdino (2005) quanto à teoria do custo dos direitos.

<sup>8</sup> Para origem do tema na Alemanha, v. o clássico Ehmke, 2006. Disponível na internet, no sítio: <[www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/13horstehmke.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/13horstehmke.htm)>. v. tb. Nörr, 1994-1995, p. 343-354. No Brasil, v. Grau, 2005, p. 79-87.

Para essa corrente de pensamento, o conceito de Constituição econômica pode ser desmembrado em três partes: (i) como uma decisão política, (ii) como uma ordem da própria realidade (mundo do ser); e (iii) como uma norma com pretensão de mudar a realidade (mundo do dever ser). É dizer, a teoria trata da pretensão da Constituição, que, com base numa decisão político normativa, quer executar uma dada ordenação econômica anteriormente debatida, o que pode significar o simples reconhecimento jurídico de uma realidade já existente (o que não deixa de ser uma decisão), como também a ambição de modificar o mundo dos fatos.

O que chama a atenção tanto no conceito quanto no desenvolvimento da teoria da Constituição econômica é o seu caráter marcadamente decisionista. Como se afirmou, com apoio em Carl Schmitt, a Constituição econômica seria a **decisão completa** sobre o ordenamento da vida econômica de uma comunidade.

O grande teórico da Escola de Friburg foi Franz Böhm, que buscou conceituar a Constituição econômica a partir de concepções liberais (*smithianas*) da economia (NÖRR, 1994-1995, p. 351). Em seus estudos, Franz Böhm empenhou-se em traduzir os conceitos da economia política liberal para o Direito, propugnando a existência de uma economia de mercado, em que haja verdadeira **ordem** de competição e liberdade de circulação de mercadorias. De acordo com as suas ideias, a consagração de tal sistema de livre mercado fora feita através de ato substancialmente constitucional, o qual estabelece (decide) um princípio de coordenação e não de subordinação (NÖRR, 1994-1995, p. 253).

No seu raciocínio, que ainda se mantém entre os estudiosos do tema, a Constituição econômica pode ser vista tanto de uma perspectiva formal (no texto constitucional) quanto material (outras normas que consagrem uma ordem econômica, como, por exemplo, regras que estabelecem a liberdade de contratar) (NÖRR, 1994-1995, p. 354)<sup>9</sup>. No sentido material, Böhm se referia basicamente à legislação comercial, que consagrava a liberdade de contratar. Já do ponto de vista formal, concluía que a Constituição de Weimar não tinha uma Constituição econômica uniforme, mas uma dualidade de constituições: uma que poderia ser explicada pela consagração de princípios de livre concorrência e outra ligada às concepções de uma economia planejada (NÖRR, 1994-1995, p. 354). A referência

<sup>9</sup> A diferença é ainda usada pela teoria contemporânea, apesar de perder um pouco o sentido no Brasil diante do fato de a Constituição brasileira conter diversas normas de cunho marcadamente econômico. V.: Grau, 2005, p. 80.

a uma dualidade de Constituições está superada pelas ideias de unidade e de compromisso constitucional. Mas é interessante observar que a necessidade de tal dicotomia na origem da teoria, dá-se em razão da premissa de que a “Constituição econômica”, quando do seu surgimento, consagra um modelo puro de economia. Se o modelo é puro, torna-se exigível, do ponto de vista lógico, que se separe cada um dos compromissos em constituições diversas.

A promulgação, em 1949, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha não encerrou a contenda. Ao contrário, como a Carta se manteve silente a respeito da consagração um modelo econômico, instigaram-se, ainda mais, os ânimos acadêmicos sobre o tema. Desencadeou-se, assim, intenso debate na doutrina que se dividiu em três correntes de pensamento: (i) uma primeira, que, partindo da premissa de que a Constituição permanecera imparcial quanto às ideologias econômicas, propugnava que, da mesma forma, também o legislador deveria observar tal “neutralidade”; (ii) outros autores, em segundo lugar, entenderam que a Constituição delegara o poder de fixar o modelo econômico ao Poder Legislativo, o qual deveria observar os parâmetros mínimos fixados pela Constituição; e (iii) para um terceiro grupo, a Constituição teria consagrado um modelo de economia social de mercado, ou um modelo de Constituição **mista**, com características de livre mercado e de planificação econômica (GRAU, 2005, p. 8).

Diante disso, prudentemente, o Tribunal Constitucional alemão reconheceu “a **abertura econômica**” da Constituição. No entender da Corte Maior alemã, a Constituição econômica não consta da Lei Fundamental, mas da legislação ordinária (GRAU, 2005, p. 85), que consagrou um modelo de economia de mercado.

Nessa linha de argumentação, seria até possível sustentar que a Alemanha ou outros Estados criados a partir de uma Constituição imparcial ou mesmo liberal, não possuem uma Constituição econômica formal, mas apenas material, consubstanciada nos textos legislativos. Deve-se afastar tal construção. Com efeito, não se pode afirmar, peremptoriamente, que os Estados liberais ou formados a partir de compromissos dilatatórios não tenham uma Constituição econômica. De fato, a opção pela não previsão de normas de caráter econômico, ou mesmo pela imprevisão, ou incerteza, com a delegação ao legislador da configuração dos traços econômicos de um dado Estado, consubstancia em si mesma uma escolha, a qual pode ser vista, ou como uma consagração da economia de mercado, ou mesmo como uma aposta na deliberação democrática das maiorias.

No que diz respeito às cartas liberais, as querelas travadas durante a Convenção da Filadélfia, de 1787, que acabou por gerar a mais liberal das Constituições modernas, provam a existência de constituição econômica nos Estados liberais<sup>10</sup>. Conforme Gilberto Bercovici, durante a Convenção da Filadélfia não foi aprovada a cláusula de liberdade de contratar, a qual apenas foi inserida por Alexander Hamilton (art. I, seção 10), contra a deliberação dos convencionais, durante a reelaboração do texto aprovado pela Comissão de Estilo (BERCOVICI, 2005, p. 32-33). O mesmo é de se concluir quanto as Constituições que não decidem sobre um dado modelo econômico, e que, portanto, não possuiriam uma Constituição econômica formal. A escolha pela indefinição e as normas que expressam a imparcialidade e o antagonismo, mesmo que implicitamente, consagram uma Constituição econômica formal, a qual é, certo modo, a aposta na deliberação das maiorias, com a fixação de consensos mínimos<sup>11</sup>.

Até mesmo porque, ainda que não haja normas declaradamente definidoras do modelo de economia a ser adotado, pode-se extrair o sentido da Constituição econômica “a partir de uma interpretação integrada do conjunto de direitos e liberdades reconhecidos no texto constitucional” (ORTIZ, 1999, p. 128). É dizer: havendo ou não um capítulo intitulado “Da ordem econômica”, não se pode afastar a ideia de que a constituição econômica se constrói a partir de um sistema de direitos fundamentais, elemento estrutural da ordem política que se consagra<sup>12</sup>, e que acabam, em última análise, por fixar os limites da atuação do Estado na economia.

Por outro lado, e onde se quer chegar, se é verdade que faz parte do conceito de Constituição econômica o aspecto **decisionista** (mesmo nas Constituições liberais), também é de se reconhecer que tal caráter torna-se muito mais complexo nas Constituições dos Estados voltados às teorias do bem estar social, as quais propõem um papel bem diferente daquele dos Estados liberais. Nos Estados sociais o caráter intervencionista é marcante. O desejo de o constituinte moldar as relações econômicas é acentuado. A pretensão transformadora do direito intensifica-se (BERCOVICI, 2005, p. 33).

<sup>10</sup> A conclusão radical – que tem sua dose de verdade – para a tese de que o Estado liberal clássico possui uma Constituição econômica é a de que não é o Estado que busca uma economia, mas é a economia que procura um Estado para si. V. Ehmke, 2006.

<sup>11</sup> É dizer, exemplificativamente: há sim, na Constituição estadunidense, assim como na alemã, Constituição econômica.

<sup>12</sup> Cfr. Nipperdey, citado por Ehmke, 2006.

Trata-se da consagração de Constituições que estabelecem programas (programáticas), rotuladas por significativa doutrina como sendo **constituições dirigentes**<sup>13</sup>, ou diretivas (ou ainda programáticas), cujo caráter vinculativo dos órgãos políticos, notadamente no aspecto econômico-social, é quase que inafastável. Segundo Eros Roberto Grau (2005, p. 78): “é no seio das Constituições dirigentes que germinam as **novas** ordens econômicas (mundo do dever ser), consubstanciadas de Constituições Econômicas diretivas”<sup>14</sup>. Trata-se de explícito **impulso transformador** do direito no âmbito da teoria da Constituição econômica, a qual é estabelecida (decidida) para criar nova ordem jurídico-econômica.

Diante disso, é interessante observar, que, do decisionismo liberal, quando do surgimento da teoria, mudou-se para o decisionismo social (transformador). O debate da Constituição econômica torna-se ainda mais complicado.

De fato, a ideia de Constituição Econômica ganha muita força no segundo pós-guerra, quando, ao mesmo tempo em que o constitucionalismo iniciava a sua grande e indiscutível vitória na Europa continental, ganharam ainda mais popularidade as teorias que admitiam, sem que isso significasse uma guinada para o socialismo, a ampla atuação do Estado na economia (keynesianismo). Surgiam, assim, Constituições que consagravam direitos sociais e econômicos, com a previsão de uma intensa atuação estatal na economia.

O Estado revia o seu papel, com o que também a Constituição o fazia. Do *welfare state* ao Estado contemporâneo, muita coisa mudou. O que se destaca em tais mudanças é que as Constituições contemporâneas, no encalço da Lei Fundamental de Bonn, e como fruto da complexidade social hodierna aliada ao sufrágio universal em sociedades pluralistas, tornaram-se cada vez mais compromissórias. Assim, mais tormentoso, ainda, é o trabalho daqueles que pretendem explicar o sentido jurídico da Constituição econômica, a qual não aponta claramente para uma decisão, mas para várias (e.g.: na Constituição brasileira de 1988, a consagração da livre iniciativa ao lado da valorização do trabalho).

Como, no atual estágio da dogmática constitucional, não é mais possível sustentar a existência de mais de uma Constituição econômica no seio de uma mesma Carta (o que seria contrário ao princípio da unidade), como explicar um

<sup>13</sup> V. por todos: Canotilho, 2001.

<sup>14</sup> V. tb Bercovici, 2005.

sentido, ou uma decisão clara de uma ordem econômica na Constituição compromissória? O que se vê é que apesar das mudanças, os debates, de certa forma, mantêm o mesmo questionamento como pano de fundo: qual o sentido da decisão constitucional quanto a um dado modelo econômico, notadamente nas Cartas compromissórias?

Diante de tal dúvida, pode-se, genérica e sistematicamente, verificar a existência de duas grandes soluções na doutrina que se dedica ao tema<sup>15</sup>: (i) de um lado, numa perspectiva ainda decisionista, em maior ou menor grau, aqueles que sustentam que a Constituição econômica formal, enquanto norma jurídica, é **dirigente** ou **condutora** das ações estatais legislativas, executivas e mesmo judiciais; e (ii) de outro lado, aqueles autores que argumentam a inexistência de uma tal decisão pronta e acabada do modelo econômico estatal, o qual será definido pelo legislador, que deverá seguir apenas as largas balizas fixadas pelo constituinte (SOUZA NETO, 2006, p. 119).

Ambas as soluções apresentam riscos e são passíveis de críticas. A **primeira** é recriminada porque esvazia o espaço de deliberação das majorias, impedindo, numa área da vida tão cambiante quanto a economia, a adaptação expedita a novas conjunturas econômicas. A **segunda** também tem seus problemas, eis que parece diminuir uma das grandes vitórias do constitucionalismo moderno: a consagração do Texto Maior como verdadeira norma jurídica.

Nesse contexto, surge a dúvida fundamental sobre a realidade pátria: como deve ser vista, então, a vigente Constituição econômica brasileira? O objeto deste artigo, como anunciado, é apresentar, sistematicamente algumas possíveis ferramentas para o equacionamento do sentido da Constituição econômica brasileira. Nenhuma ferramenta é bastante, mas o conjunto formado contribui para racionalizar o debate. Um passo inicial importante foi dado pela teoria dos princípios e pelo avanço da técnica da proporcionalidade<sup>16</sup>, muito usada como forma de compreensão da ordem econômica brasileira (ARAGÃO, 2001). A proposta aqui é ir além das teorias da ponderação, no intuito de diminuir decisionismos e manter espaços de significado para a Constituição econômica. Apresentamos a análise econômica do direito como um caminho possível.

<sup>15</sup> As quais não se afastam em essência das correntes existentes quando da promulgação da Lei Fundamental alemã.

<sup>16</sup> V. Ávila, 2004.

### 3 ASPECTOS PROPOSTOS PARA INTEGRAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

#### 3.1 A Constituição como um documento econômico. Análise econômica da Constituição econômica

A economia está em todo lugar. O debate econômico invade o senso comum, a política e os meios de comunicação. Todos acabam sendo um pouco economistas, num discurso, nem sempre aprofundado, sobre questões tidas como as mais importantes do país. Mas e o direito? A onipresença da racionalidade econômica na vida contemporânea abrange o domínio da nossa ciência? A economia pode contribuir para o desenvolvimento do direito constitucional? A Constituição não seria tão somente um documento consagrador de valores, devendo ser lida através de lentes orientadas axiologicamente?<sup>17</sup>

Em momento em que o direito (principalmente o constitucional) volta-se para a importância de valores externos e superiores, necessários para a sua própria justificação (TORRES, 2002), pode soar estranho pensar que a economia, ligada ao pensamento utilitarista, tenha algum papel na compreensão e na interpretação constitucional.

Mas o ponto é que isso já acontece. É fato. A economia tem um papel na interpretação constitucional e o Supremo Tribunal Federal vem usando argumentos da economia para interpretar a Constituição. Há casos em que a compreensão e a aplicação apropriada de uma norma constitucional se dará com o uso do raciocínio econômico (*economic reasoning*), o que terá destaque na análise da Constituição econômica e na judicialização das intervenções do Estado na economia (regulação). É, em certos casos, investigando as razões econômicas de uma determinada atuação estatal na economia que o intervencionismo poderá ser devidamente compreendido e justificado em face da Constituição econômica.

Por exemplo: na regulação dos contratos de locação (BINENBOJM; CYRINO, 2010, p. 997-1017), determinou-se que o fiador não terá a proteção de

<sup>17</sup> V. Dworkin, 1996. É claro que nem toda norma constitucional será lida *moralmente*, o que o próprio Dworkin admite, exemplificando com a regra que estabelece a idade mínima de 35 anos para um pretendente ao cargo de Presidente da República (*op. cit.*, p. 8).

impenhorabilidade do seu bem de família (Lei nº 8.009, art. 3º, VII, incluído pela lei 8.245/1991). Diante disso, vozes levantaram-se no sentido de que referida norma feriria o direito fundamental de moradia (art. 6º, CF). Todavia, o Supremo Tribunal Federal<sup>18</sup> entendeu que o bem de família do fiador não poderia ser protegido por imposição constitucional, sendo válida a disposição legal atacada. Uma das razões para isso, conforme destacado pelo Min. Cezar Peluso: que a inexistência de proteção ao bem do fiador teria por escopo exatamente a proteção do direito à moradia, eis que é notória a circunstância de que a grande maioria dos brasileiros exerce o seu *direito de morar* através de contratos de locação, os quais se tornariam ainda mais difíceis (e caros), caso não se garantisse ao proprietário a possibilidade de penhora do bem do fiador. Veja-se: a análise de fundo das razões econômicas justificadoras da regulação foi fundamental para que se lhe compreendesse e se lhe aplicasse corretamente. A justificativa normativa (fundada genericamente no art. 174, CF) era insuficiente.

Em face da circunstância de que a economia já possui um papel importante na interpretação constitucional, é relevante o desenvolvimento de dogmática apta a sistematizar o raciocínio que, no direito brasileiro, tem sido feito sem maiores reflexões.

Pensamos que a literatura norte-americana da análise econômica do direito (*law and economics*) oferece contribuição para esse propósito. Mas o que é a análise econômica do direito? O tão aclamado movimento de *law and economics* pode ser compreendido, num esforço de síntese didática<sup>19</sup>, como a forma de encarar o direito partindo da premissa de que cada indivíduo agirá de modo a maximizar seus próprios interesses. As escolhas feitas por cada pessoa, nesse sentido, terão por escopo a maior **utilidade** (mesmo sem conteúdo monetário) que se puder alcançar e cada situação<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> STF, RE nº 407.688 / SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 08.02.2006.

<sup>19</sup> Foge ao escopo deste artigo apresentar os inúmeros matizes e escolas existentes no movimento de *law and economics*, o que demandaria estudo autônomo. Nossa preocupação será tão somente a de tentar bosquejar, genericamente, elementos que demonstram a importância do *law and economics* para a interpretação da Constituição.

<sup>20</sup> Segundo o pensamento de Richard Posner, “o pressuposto básico da economia que orienta a versão da análise econômica que apresentarei aqui é o de que as pessoas são maximizadores racionais de suas satisfações – *todas* as pessoas (com exceção de crianças bem novas e das que sofrem de graves distúrbios mentais), em *todas* as suas atividades (exceto quando sob influência de transtornos psicóticos ou perturbações semelhantes que decorrem do abuso de álcool e drogas) que implicam uma escolha. Como essa definição abrange o criminoso que decide se vai

Ensina Richard Posner (2004, p. 4), um dos grandes nomes do movimento de *law and economics* nos Estados Unidos, que a análise econômica do direito tem três aspectos: um heurístico, outro descritivo e um terceiro normativo. Em sua perspectiva **heurística**, a análise econômica do direito busca evidenciar os elementos que dão causa às instituições e doutrinas jurídicas. Na sua vertente **descritiva**, ela visa a identificar a lógica econômica e os efeitos das doutrinas e instituições do direito, bem como a investigação das causas das mudanças jurídicas. Já do ponto de vista **normativo**, a análise econômica do direito informa juízes e outros formadores de políticas públicas (*policymakers*) sobre os mais eficientes métodos para regular a conduta pelo direito.

Nesse sentido, a Constituição econômica, através das lentes do *economic reasoning*,<sup>21</sup> poderá ter seu sentido explorado naquilo que diz respeito: a suas próprias razões de ser (**função heurística**), quanto aos seus contornos e limites (**função descritiva**), bem como no que diz respeito à sua interpretação e aplicação (**função normativa** da análise econômica do direito). Mas como seria, mais concretamente, uma análise econômica da Constituição econômica?

O trabalho pioneiro nos Estados Unidos a tratar expressamente da análise econômica da Constituição foi o livro de Charles Beard intitulado *An economic*

---

cometer outro crime, o litigante que decide se vai entrar em acordo ou levar um caso a juízo, o legislador que decide se vai votar contra ou a favor de uma lei, o juiz que decide como dar seu voto num caso, a parte de um contrato que decide se vai quebrá-lo, o motorista que decide com que grau de ousadia vai atravessar uma rua, bem como os agentes econômicos habituais, como homens de negócios e consumidores, é evidente que a maior parte das atividades, quer reguladas pelo sistema jurídico, que as que ocorrem em seu interior, são úteis e proveitosas para o analista econômico. Deve ficar subentendido que tanto as satisfações não-monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização (de fato, para a maioria das pessoas o dinheiro é um meio, e não um fim), e que as decisões, para serem racionais, não precisam ser bem pensadas no nível consciente – na verdade não precisam ser de modo algum conscientes. Não nos esqueçamos de que ‘racional’ denota a adequação de meios e fins, e não meditação sobre as coisas, e que boa parte do nosso conhecimento é tácita.” (POSNER, 2007, p. 473-474).

<sup>21</sup> O Professor e Juiz da Suprema Corte dos EUA Stephen Breyer faz interessante defesa da necessidade de que o raciocínio econômico tenha seu papel aumentado no *judicial review*, apesar da resistência de muitos juízes (especificamente da Suprema Corte) em valer-se dessa forma de interpretação como meio de fundamentação das suas decisões. Segundo o autor, em algumas áreas do direito, como ocorre, por exemplo, no direito antitruste, em discussões sobre propriedade intelectual e na regulação econômica, o raciocínio econômico é muito importante para a compreensão e o fiel exercício do controle de constitucionalidade das leis. Apesar de a economia não oferecer, necessariamente, as conseqüências de um determinado caso, o seu uso ajudará, pelo menos, a compreender o papel de seus elementos não econômicos. Em suas palavras: “*In these areas of law, I side with those who favor greater judicial use of economic reasoning. Economics will not necessarily determine the outcome of such cases, but if courts and agencies get the economics right, at least they may intelligently consider the role of non-economic ingredients of sound public policy*”. (BREYER, 2004).

*interpretation of the constitution of the United States*, publicado pela primeira vez em 1913. A finalidade da obra era sustentar a tese de que a Constituição norte-americana foi elaborada com o deliberado propósito de redistribuir riqueza dos pobres para os mais ricos, muito bem representados pelos participantes da Convenção da Filadélfia (BEARD, 1986). Trata-se de verdadeira análise histórica sobre os interesses econômicos que teriam influenciado as decisões tomadas em 1787. É apresentada como uma interpretação **econômica** partindo da premissa de que a economia é uma forma de pensar sobre o modo como as pessoas fazem as suas escolhas (McGUIRE, 2003, p. 33). As escolhas dos *founding fathers*, segundo a provocativa – e profundamente rejeitada, anote-se (WOOD, 1998) – tese de Charles Beard, teriam sido guiadas por seus próprios interesses econômicos, os quais teriam sido definitivos para os seus votos enquanto constituintes.

Todavia, o que se pode entender, hoje, como análise econômica da Constituição, vai muito além de uma investigação sobre as razões históricas para a consagração de determinados interesses econômicos.

Em primeiro lugar, de um ponto de partida menos ambicioso – mas não menos importante –, a análise econômica da Constituição servirá para, no mínimo, lembrar aos juízes de que os direitos e as doutrinas jurídicas sempre terão um custo, que pode ou não ser mensurado monetariamente (POSNER, 1987, p. 16)<sup>22</sup>. A proibição do uso de provas ilícitas, por exemplo, têm impactos óbvios na política de persecução penal. Há um custo nisso para a comunidade, que, em alguns casos, não poderá agir diante da vedação constitucional. Os índices de criminalidade poderão ser influenciados. É certo também que a satisfação de direitos tem um custo. Na tão repetida frase de Flávio Galdino (2002, p. 200) os “direitos não nascem em árvores”<sup>23</sup>. Mesmo para os direitos ditos de defesa haverá um custo: a realização do direito de ir e vir numa favela dominada pelo tráfico de drogas envolve um óbvio custo para o Estado: o de garantir a presença da polícia nessas comunidades.

No âmbito da Constituição econômica, é evidente que a cláusula de proteção do meio ambiente (art. 170, VI, CF) tem tanto um custo financeiro (tanto para o Estado quanto para os agentes econômicos) quanto um custo para o

<sup>22</sup> A grande obra de referência sobre o estudo dos custos dos direitos é o livro de Cass Sunstein e Stephen Holmes, intitulada *O custo dos direitos: por que as liberdades dependem dos tributos* (SUNSTEIN; HOLMES, 1999).

<sup>23</sup> V. ainda Galdino, 2005

desenvolvimento econômico do país, que não pode ignorar a necessidade de preservação ambiental. Por exemplo: mesmo que se descubra um poço de petróleo fino no arquipélago de Fernando de Noronha, isso não significará a imediata exploração, a qual dependerá de metucioso estudo de impacto ambiental, que poderá, aliás, acabar por inviabilizá-la.

Mas a análise econômica pode ir além disso. O juiz Richard Posner (1987, p. 5)<sup>24</sup>, neste sentido, preleciona que há pelo menos oito aspectos a se vislumbrar na análise econômica da Constituição de seu país:

- 1) a teoria econômica do constitucionalismo (*public choice*), cujo maior representante é o prêmio Nobel de economia James Buchanan<sup>25</sup>;
- 2) a análise econômica do design das instituições políticas constitucionais (separação de Poderes<sup>26</sup> e a análise econômica da federação);

<sup>24</sup> Sanford Levinson faz interessante crítica ao pensamento constitucional econômico de Posner no sentido de que a tese do professor de Chicago sofre de um problema de auto-referência: o juiz Posner estaria sustentando teses que seriam aplicáveis a ele próprio (LEVINSON, 1987, p. 40). Apesar da crítica, o próprio Levinson reconhece, ao final, que as idéias de Posner têm relevância e merecem ser estudadas, partindo do pressuposto de que os advogados devem, cada vez mais, buscar em outras ciências, tal como a economia, formas de compreender o próprio direito: “It is silly to pretend that Posnerian law and economics has nothing to offer contemporary constitutional theory, especially if one includes within ‘theory’ an attempt actually to explain the decisions made by governmental actors, including judges. As Justice Holmes argued ninety years ago in ‘The Path of the Law,’ we must in fact all become better economists-and sociologists, political scientists, psychologists, philosophers, and much else besides-if we are to be truly competent legal analysts.” (*op. cit.*, p. 49).

<sup>25</sup> A referência sobre o tema é o livro que James Buchanan escreveu com Gordon Tullok: (BUCHANAN; TULLOK, 2004). Segundo Susan Rose-Ackerman (1989, p. 243), em artigo sistematizador das várias correntes de *law and economics*: a denominada “public choice theory attempts both to provide realistic models of politics and to find methods of making collective choices that have certain desirable characteristics”. A professora de Yale tem artigo traduzido em português, no qual retoma os elementos de sistematização feitos no trabalho citado: Ackerman, 2004, p. 243-300.

<sup>26</sup> Trata-se do estudo dos *custos de transação* das relações entre os poderes, o que não será aprofundado neste artigo. A idéia é a de que existe um ponto ótimo na divisão de funções estatais em que a *concorrência* entre as instituições trará mais benefícios que custos. Nas palavras de Richard Posner: “the essential point, however, is that the parceling out of legislative, executive, and judicial powers among different branches, with or without much overlap, increases the transaction costs of governing. Effective government requires the concurrence of all three branches. Hence, separation brings about a situation analogous to bilateral (or ‘trilateral’) monopoly. Analogous-not identical. Because none of the branches is a profit maximizer, both the incentives to withhold agreement and the incentives to negotiate to a mutually beneficial solution are different than in the usual case of bilateral monopoly. But it seems a fair guess that the transaction costs of governing are indeed higher than they would be in a unitary system.” (POSNER, 1987, p. 11).

- 3) Os efeitos econômicos (consequências em sentido amplo) de algumas doutrinas constitucionais específicas.
- 4) A interpretação de normas e doutrinas constitucionais que possuem uma lógica econômica implícita.
- 5) As propostas de redesenho do Direito Constitucional de forma a alcançar uma ampla proteção do livre mercado (o que podemos chamar de um decisionismo liberal), ao invés de reinterpretar as normas já existentes ou mesmo através de novas emendas.
- 6) O problema de se atribuir peso diferenciado para as liberdades ligadas à pessoa (*liberty in the personal sphere*), em detrimento das liberdades econômicas.
- 7) A relação (se existente) entre a Constituição, tanto escrita como interpretada, e o crescimento econômico dos Estados Unidos.
- 8) A investigação sobre a disposição dos juízes em se utilizarem da análise econômica como um guia geral para a interpretação constitucional, o que deve ser feito levando-se em consideração os itens 3 e 4 acima (consequências e normas intrinsecamente ligadas à lógica econômica). Em outras palavras, trata-se do estudo das relações entre economia e interpretação.

Será dada atenção especial a este último aspecto, mais especificamente, sobre o uso do raciocínio econômico como meio para a compreensão, interpretação e aplicação da Constituição econômica.

Antes, porém, uma advertência relevante: é claro que nem sempre o raciocínio econômico terá o que contribuir. Muitas vezes ele pode ser verdadeiramente inócuo. Noutras, poderá conduzir a resultados indesejados, ou mesmo inconstitucionais. Nem toda norma constitucional é mensurável a partir de critérios de eficiência (POSNER, 1987, p, 15). De fato, há casos em que a Constituição toma decisões que dispensam qualquer forma de consideração econômica, bem como existem outros em que as razões que explicam a norma são de cunho moral e não econômico. A norma que determina a idade mínima para ser

presidente da República é uma **regra**<sup>27</sup>, que além de não abarcar aspectos econômicos, exaure maiores esforços interpretativos. Já quando se estiver de normas com menor grau de decidibilidade, o que se convencionou chamar de **princípios**<sup>28</sup>, a interpretação econômica poderá ter algum papel. Num outro giro, a regra que proíbe a auto-incriminação (art. 5º, LXIII, CF) não é explicada por nenhuma razão econômica, mas que por motivos que se ligam à moral.

No que diz respeito à Constituição econômica, entendemos que mesmo as **regras** poderão ser consideradas economicamente, porquanto são normas com possuem uma lógica econômica implícita. A sua compreensão é facilitada pelo uso de conceitos da economia, muito embora não se afaste o seu caráter de aplicação por subsunção. Por exemplo: as regras do art. 177 da Constituição buscam no conceito de monopólio um sentido para o exercício exclusivo de atividade econômica pelo Estado. Isto é, a Constituição explica o papel do Estado nessas atividades a partir de **conceito econômico** de concentração e exclusividade de mercado.

De certa maneira, a interpretação econômica da Constituição econômica é uma discussão sobre os limites do controle de constitucionalidade das leis. É possível considerar elementos econômicos a fim de que se afira a constitucionalidade de uma lei? Pelo que se infere do já exposto, pensamos que sim<sup>29</sup>.

No sentido já anunciado acima, a consideração econômica será útil no direito constitucional econômico: *(i)* como forma de evidenciar os elementos que dão causa às instituições e doutrinas jurídicas da ordem econômica constitucional (perspectiva heurística); *(ii)* como meio de identificar a lógica econômica e os efeitos das doutrinas e instituições da ordem econômica, inclusive no que diz respeito às causas das mudanças em tal ordem constitucional (perspectiva descritiva); *(iii)* além

<sup>27</sup> “As regras são normas jurídicas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação de correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacente, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos” (ÁVILA, 2004, p. 70).

<sup>28</sup> “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, 2004, p. 70).

<sup>29</sup> É interessante observar que em diversos casos a aplicação do princípio da proporcionalidade implica por si só o raciocínio econômico, eis que lhe é intrínseca uma análise de custo-benefício (proporcionalidade em sentido estrito) que pode ser, por vezes, considerada em termos monetários. V. Posner, 1987, p. 18.

de ser instrumento apto a informar juízes e outros formadores de políticas públicas sobre os mais eficientes métodos para regular a conduta pelo direito.

Do ponto de vista da ciência da interpretação, o que se destaca da análise econômica é a sua capacidade de identificar, a partir de critérios científicos, as **consequências** de uma determinada decisão. De modo geral, é possível afirmar que a economia é uma ciência preocupada com a previsão dos efeitos, no que se incluem as implicações de uma determinada regulação estatal e as possíveis interpretações do direito que lhe serve de fundamento<sup>30</sup>. A consideração das consequências pode levar à conclusão de que apenas uma decisão é a correta, como também pode ajudar a fundamentar a tomada de uma determinada escolha judicial quando mais de uma resposta for possível numa primeira análise. Eis sua grande contribuição, o que foi feito, *e.g.*, pelo Supremo Tribunal Federal no caso da impenhorabilidade do bem de família do fiador.

O que se vê, portanto, é que existe uma interessante relação entre a interpretação econômica da Constituição econômica e o que se pode chamar genericamente de **consequencialismo**<sup>31</sup>. As consequências podem ter um papel, mesmo que subsidiário, quanto mais de uma decisão for possível. Há hipóteses em que não levar as consequências a sério pode significar uma má decisão<sup>32</sup>. Realmente, em casos em que a decisão judicial se dará num espaço de relativa discricionariedade judicial (*e.g.* quando se estiverem ponderando os princípios do art. 170, CF), a consideração de elementos extrajurídicos pode contribuir para o estreitamento da discricionariedade<sup>33</sup>. Quanto mais, quando tais elementos – como

<sup>30</sup> “Generalizing, we can say that economics provides a behavioral theory to predict how people respond to changes in laws (...). In addition to scientific theory of behavior, economics provides a useful normative standard for evaluating law and policy. (...) Economics predicts the effects of policies on efficiency. (...) Besides efficiency, economics predicts the effects of policies on another important value: distribution”. (COOTER; ULEN, 2000, p. 03-04).

<sup>31</sup> Para uma sistematização do consequencialismo no direito brasileiro, sustentando, em tom formalista, que tal perspectiva aumenta a chance de erros, v. o trabalho de ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificação consequencialista de decisões judiciais*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. O tema vem sendo aprofundado entre os estudiosos do pragmatismo jurídico (v. MENDONÇA, 2014; e BINENBOJM, 2016.).

<sup>32</sup> V. SOLA, 2004, p. 13.

<sup>33</sup> Segundo Karl Larenz (1997, p. 517), o Tribunal Constitucional quando diante de casos que demandem “resoluções de grande alcance político para o futuro da comunidade”, os métodos interpretativos clássicos são insuficientes. Para o autor, “[A]qui a ponderação das consequências é, portanto, de todo irrenunciável”.

são as consequências econômicas – são fundados em discurso racional, num discurso científico<sup>34</sup>. A ciência da economia tem realmente o que agregar ao discurso de interpretação da Constituição econômica.

Em síntese, o argumento é o de que a análise econômica da Constituição contribui para o estreitamento da discricionariedade judicial, como aqueles em que há exercício de ponderação. A justificativa econômica pode ser usada como baliza e forma de tomada de decisão.

Veja-se que não se trata de defesa, *a priori*, de maior ou menor atuação judicial. Com efeito, a consideração econômica pode conduzir tanto a um ativismo judicial, como também a uma maior contenção. A **consequência** da segurança jurídica (previsibilidade) pode ser considerada economicamente: ela facilita a produção de riqueza na medida em que gera estímulo ao investimento dos agentes econômicos (POSNER, 1987, p. 33)<sup>35</sup>.

### 3.2 A preocupação institucional. Em busca de uma teoria hermenêutica institucionalmente esclarecida

Num outro giro, deve-se reconhecer que as estratégias interpretativas atuais precisam considerar a capacidade da instituição responsável pela tomada de decisão. O Poder Judiciário é o foco principal dessa preocupação. Afinal, é o Judiciário que decidirá, de forma tendencialmente definitiva, sobre a Constitucionalidade de uma dada regulação. É o Supremo Tribunal Federal o órgão fixará, em larga medida, o significado da Constituição econômica.

O nosso argumento, fundado nas preocupações de Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2003), é o de que não é possível conceber a interpretação da Constituição econômica pelos entes e órgãos do Estado sem que considerem *(i)* a

<sup>34</sup> É claro que a economia não terá respostas unívocas. As previsões econômicas, por mais científicas que sejam, podem errar. Mas é claro, também, que o seu uso pode contribuir para fundamentar escolhas, como, ainda, afastar decisões.

<sup>35</sup> Segundo Posner (1987, p. 33): “The stability of the constitutional framework has economic value; by reducing uncertainty it facilitates investment”. Todavia, é certo que a segurança jurídica não é o único bem perseguido pelo direito, apesar de dever ser necessariamente considerada: “Stability is not the only value served by law, which is why a rigid policy of stare decisis is not optimal; but it is a value and therefore weights on the side of a policy of constrained constitutional lawmaking” (*op. e loc. cit.*).

dimensão institucional e (ii) os reflexos sistêmicos de uma dada decisão de controle da regulação.

Realmente, o grande problema, pontuam Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2003, p. 886-887), é que tanto as doutrinas da interpretação do direito, quanto o modelo de Poder Judiciário proposto pelas teorias clássicas, como as de Ronald Dworkin e Richard Posner, ignoram a dimensão institucional e os efeitos sistêmicos de uma decisão judicial que invalida um ato regulatório.

Talvez isso ocorra porque muitos dos pais das teorias dominantes de hermenêutica e de controle judicial da atuação do Estado cometam um pecado de origem: o de partir do pressuposto de que a adjudicação será feita por juízes indefectíveis, os quais seriam capazes de considerar todos os elementos importantes para o deslinde de uma dada controvérsia (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 949)<sup>36</sup>.

Mesmo que se entenda que a tese dos professores de Chicago e Harvard talvez peque pelo excesso de generalização<sup>37</sup>, é inegável que ela ao menos provoca profundas reflexões sobre as teorias da interpretação tão repetidas sem maiores questionamentos sobre os riscos de que se esqueça sobre as limitações daqueles que tomam as decisões.

Com efeito, grandes teóricos da hermenêutica jurídica dominante, ao invés de se questionarem – como usualmente fazem – sobre como eles próprios

<sup>36</sup> Tradução livre. No original: “An extraordinary variety of distinguished people have explored interpretative strategies without attending to the fact that such strategies will inevitably be used by fallible people and with likely dynamic effects extending far beyond the case at hand.”

<sup>37</sup> Richard Posner responde à tese de Sunstein e Vermeule, acusando-os de, “imodestamente”, cometerem um erro quando afirmam, genericamente, que os teóricos da interpretação que os antecederam (no que se inclui o próprio Posner) não consideravam questões institucionais. Segundo Posner, apesar de ser correta a afirmação no que diz respeito a Ronald Dworkin, os autores ignoraram a obra de John Hart Ely, por exemplo, que foi um autor que baseou sua conhecida teoria de interpretação constitucional nas limitações institucionais, especificamente, nas deficiências democráticas dos órgãos de governo eleitos. Além disso, Posner sustenta que Sunstein e Vermeule pecam, dentre outras coisas, pelo excesso de empirismo. (POSNER, 2003, p. 952-971).

A réplica de Sunstein e Vermeule veio na mesma revista (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 972-978). Nela, os autores reforçam os seus argumentos sustentando que o exame empírico é necessário sim, a fim de que se avaliem capacidades institucionais. É de tal empirismo que se concluirá por uma opção mais ou menos formalista (a necessidade de análise empírica para a defesa ou rejeição do formalismo é discutida por SUNSTEIN, 1999, p. 636-670). No que diz respeito ao trabalho de John Hart Ely, Sunstein e Vermeule aduzem, corretamente, que a questão enfrentada pelo teórico procedimentalista não era propriamente de capacidades institucionais, mas de legitimidade democrática (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 975-976).

solucionariam uma dada controvérsia, ou sobre como um juiz perfeito o faria (e.g. o Hércules de Dworkin (2003), deveriam buscar responder à pergunta sobre como uma pessoa falível deveria proceder, à luz de suas próprias limitações, diante das questões que lhes são colocadas (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 904 e 949).

Em casos diversos, o juiz simplesmente não terá tempo, informação<sup>38</sup> ou mesmo conhecimento para a tomada de uma decisão informada e muitas vezes de conhecimento.

Tal realidade é intensificada pelo ingresso de elementos não jurídicos no discurso dos aplicadores do direito – o que haverá em muitas hipóteses na interpretação da Constituição econômica – pretende transformar, ao menos teoricamente, o jurista economista, capaz de entender todas as engrenagens pertinentes para o deslinde de uma controvérsia (GOLDBERG, 2007, p. 55). Terão os nossos juízes tamanha capacidade empírica? Parece-nos que dificilmente.

O fato é que os juízes, por distintas razões, têm sérias dificuldades em levar em consideração elementos externos ao direito, como os argumentos econômicos, os quais, apesar de não necessariamente conduzirem à decisão compatível com o direito, ajudam a compreender com maior profundidade as questões que lhe são colocadas (BREYER, 2004, p. 2).

Diante disso, a interpretação da Constituição econômica quando voltada ao controle de constitucionalidade deve considerar com muita atenção quem tomou a decisão e o quão capaz é tal órgão ou entidade estatal.

Isso terá destaque no controle da regulação econômica, quando elementos e agentes técnicos poderão ingressar no debate. Deve haver um esforço para que se concilie a possibilidade de controle judicial, inafastável no regime de Estado democrático de direito, com a perspectiva institucional aqui apresentada, que reconhece as limitações e a falta de informação conjuntural no âmbito do Poder Judiciário<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Por vezes, o problema é o excesso de informações. De fato, há casos relevantes em que autos judiciais são literalmente entupidos por dezenas de laudos técnicos, pareceres, declarações etc. A dificuldade será a de saber escolher e filtrar os dados apresentados.

<sup>39</sup> Uma forma de minimizar os riscos institucionais do Poder Judiciário no controle das regulações estatais, sem que se afaste dos ideais estruturantes do Estado em que há separação de Poderes (democracia, divisão de trabalho e proteção dos direitos fundamentais), é através da intensificação do uso de *amici curiae* em processos judiciais que terão inevitáveis impactos no desenho da intervenção estatal. Sobre o tema, v. Cyrino, 2007.

Trata-se de análise institucional e dinâmica sobre a relação entre Judiciário e Administração Pública, a qual deve levar em consideração critérios de distribuição de competência “funcionalmente adequados”, como também a “específica idoneidade (de cada um dos Poderes) em virtude da sua estrutura orgânica, legitimidade democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc.” (KRELL, 2004, p. 45 et seq.).

Por essa razão, é possível sustentar, sinteticamente, que, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nesses casos, a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle.<sup>40</sup> Tal postura tende a diminuir a chances de erros e a garantir que análises técnicas possuam um efetivo papel na hermenêutica jurídica.

#### 4 CONCLUSÃO

A Constituição econômica é o conjunto de regras e princípios que pretendem moldar um modelo de intervenção do Estado na economia. A Constituição econômica é, antes de tudo, norma jurídica, cujo sentido passa por um exercício hermenêutico que vai muito além das formas tradicionais de interpretação.

Neste artigo, sugerimos o aprofundamento dos mecanismos de análise econômica do direito como meio de garantir a melhor compreensão sobre o sentido da Constituição econômica. As considerações econômicas são importantes não só para que se afirmem a proporcionalidade e a eficiência das medidas interventivas. O raciocínio da economia é relevante também para que se verifique se a regulação levará a resultado contraproducente, se terá efeitos colaterais, ou mesmo se foi criada para beneficiar algum grupo organizado.

Além disso, sugerimos que esse exame econômico, em certos casos, deve considerar as capacidades institucionais dos órgãos envolvidos. Searas de elevada complexidade técnica e dinâmica específica podem gerar dificuldades significativas

<sup>40</sup> V. Binenbojm, 2006, p. 227.

para a atuação do Poder Judiciário. Em casos que tais, deve haver uma indicação de deferência. A *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração terão peso importante. Nesses casos, mais importante que definir uma resposta correta sobre o significado da Constituição econômica, é verificar quem tem mais capacidade para tal avaliação.

## 5 REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Susan-Rose. "Law and economics: paradigm, politics, or philosophy". **Law and economics**, ed. Nicholas Mercurio, Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. "O princípio da proporcionalidade no direito econômico". **Revista de Direito Administrativo** nº 223, 2001.
- ARGUELHES, Diego Werneck. **Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificação consequencialista de decisões judiciais**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. "A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços". In: **Temas de direito constitucional**. Tomo II, 2003, p. 49-67.
- BEARD, Charles. **An economic interpretation of the constitution of the United States**. Nova York: The Free Press, 1986.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. "O Direito à Moradia e a Penhorabilidade do Bem Único do Fiador em Contratos de Locação: Limites à Revisão Judicial de Diagnósticos e Prognósticos Legislativos". In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio P. de. (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**, 2010, pp. 997-1017.
- BREYER, Stephen. **Economic reasoning and judicial review**. Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2004. Disponível em: <[www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=840](http://www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=840)>. Acesso em: 03 jul. 2007.
- BUCHANAN, James e TULLOK, Gordon. **The calculus of consent. Logical foundations of constitutional democracy**. Indianapolis: Liberty Fund, 2004.
- CANOTILHO, José J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001.
- COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Law and economics**. 3. ed. Massachusetts: Addison Wesley Longman, 2000, pp. 3-4.

- CYRINO, André. “Separação de poderes, regulação e controle judicial: por um **amicus curiae** regulatório”. In: **Revista Brasileira de Direito Público**, vol. 18, Ed. Fórum, 2007.
- CYRINO, André. **Direito Constitucional Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Freedom's law. The moral reading of the American constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- EHMKE, Horst. **Economía y constitución**. Trad. Miguel Azpitarte Sánchez. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Ano 3, nº 5, 2006. Disponível em: <[www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/13horstehmke.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/13horstehmke.htm)>.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GOLDBERG, Daniel. “O controle de políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito”. In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da. (Orgs.). **Regulação e Concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência**. Rio de Janeiro: Ipea, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HESSE, Konrad. “La fuerza normativa de la Constitución”. In: **Escritos de derecho constitucional**, 1983, pp. 59-84.
- KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e Proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.
- LEVINSON, Sanford. “Some reflections on the posnerian constitution”. In: **George Washington Law Review**, nº 56, 1987.
- McGUIRE, Robert. **To form a more perfect union. A new economic interpretation of the United States constitution**. Nova York: Oxford University Press, 2003.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- MOREIRA, Vital. “A metamorfose da constituição econômica”. **Revista de Direito do Estado**, nº 2, 2006.
- NÖRR, Knut Wolfgang. **Economic constitution: on the roots of a legal concept**, in *Journal of Law and Religion*, vol. 11, n. 1 (1994-1995), pp. 343-354.
- ORTIZ, Garpar Ariño. **Principios de derecho público económico**. Granada: Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999.
- POSNER, Richard. “The constitution as an economic document” **George Washington Law Review**, nº 56, 1987, pp. 5-38.
- POSNER, Richard. **Frontiers of legal theory**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SOLA, Juan Vicente. **Constitución y economía**, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “O dilema constitucional contemporâneo entre o neoconstitucionalismo econômico e o constitucionalismo democrático”. **Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SUNSTEIN, Cass e HOLMES. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**, New York: W. W. Norton & Co., 1999.

SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. “Interpretation and institutions”. **Michigan Law Review**, vol. 101, n. 4, 2003, pp. 885-951.

SUNSTEIN, Cass. “Must formalism be defended empirically?”. **The University of Chicago Law Review**, vol. 66, n<sup>o</sup> 3, 1999, pp. 636-670.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos Direitos Humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. TORRES, Ricardo Lobo Torres (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WOOD, Gordon. **The creation of the American republic: 1776-1787**. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1998.

.

# PODER ECONÔMICO E MONOPÓLIO ESTATAL: APLICAÇÃO EM UM MERCADO CONCORRENCIAL<sup>1</sup>

ECONOMIC POWER AND STATE MONOPOLY:  
APPLICATION IN A COMPETITIVE MARKET

*Renata Albuquerque Lima<sup>2</sup>*

*Lívy Maria Vaz Cordeiro<sup>3</sup>*

*Jakson Lima Rocha<sup>4</sup>*

## Resumo

O presente artigo tem como escopo precípua vislumbrar a atuação notável do Poder Econômico dentro de uma Economia executável. Mediante isso, faz-se necessário acentuar suas zonas de incidência, o poderio que possui em relação ao empregado e ao empregador, sua influência enquanto agente econômico e sua interferência nos rumos de uma economia concorrencial, típica de nossa contemporaneidade. Pretende-se ainda, o estudo e análise do Estado enquanto fiscalizador e enquanto agente econômico, da execução do Monopólio em nossa economia e como nossa legislação traz as exceções legislativas relacionadas a essa prática. Finalmente, volta-se o presente trabalho para o trato de uma função constitucionalmente delegada à União: o Monopólio Estatal e os desdobramentos que esse tipo de atuação por parte do Estado incorre no meio econômico e em um mercado concorrencial. A finalidade é apresentar e discutir didaticamente as principais ideias, conceitos e visões doutrinárias e legais acerca dos temas

<sup>1</sup> Artigo submetido em 19/09/2016, pareceres de análise em 31/10/2016 e 11/11/2016, aprovação comunicada em 11/11/2016.

<sup>2</sup> Renata Albuquerque Lima é Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Doutora em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Graduada em Direito pela UFC e em Administração de Empresas pela UECE. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Coordenadora da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade Luciano Feijão. Professora do Curso de Direito da UNICHRISTUS. Advogada. *E-mail:* <realbuquerque@yahoo.com>.

<sup>3</sup> Lívy Maria Vaz Cordeiro é Acadêmica de Direito na Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Monitora da Disciplina de Hermenêutica Jurídica na Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Membro da Linha de Pesquisa “Direito, Regulação e Desenvolvimento”. *E-mail:* <livvaz95@gmail.com>.

<sup>4</sup> Jakson Lima Rocha é Acadêmico de Direito na Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Monitor da Disciplina de Hermenêutica Jurídica na Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Membro da Linha de Pesquisa “Direito, Regulação e Desenvolvimento”. *E-mail:* <jaksonrocha7@hotmail.com>.

abordados e provocar a criticidade no que tange os moldes em que a atual economia brasileira é constituída e como ela influencia sobremaneira o consumidor final, principal destino de todo o processo econômico no qual estamos indubitavelmente inseridos. Utilizou-se, para tal, o método teórico-bibliográfico, embasado através de pesquisa documental (bibliográfica e legal), empregado mediante livros, jurisprudências, artigos, monografias e da lei propriamente dita, pertinentes ao tema. A abordagem do caso é inserida em uma pesquisa qualitativa, pois atenta-se às situações econômicas que cotidianamente ocorrem em nosso meio social e que se configuram como substanciais na execução de nosso cenário econômico.

**Palavras-chave:** Poder econômico. Monopólio estatal. Mercado concorrencial.

### Abstract

This article seeks to glimpse the remarkable performance of Economic Power within an executable economy. It is necessary to emphasize its focus areas, the power it has in relation to the employee and the employer, its influence as an economic agent and its interference in the course of a competitive economy, typical of our times. It is intended to further the study and analysis of the State as watchdog and as an economic agent, the implementation of monopoly in our economy and how our legislation brings the laws related exceptions to this practice. Finally, back to the present work for the treatment of a function constitutionally delegated to the Union: the State Monopoly and the consequences that this type of action by the State incurs the economic environment and in a competitive market. The purpose is to present didactically the main ideas, concepts and doctrinal and legal views on the topics discussed and cause criticality regarding the way in which the current Brazilian economy is made and how it greatly influences the final consumer, the main destination the whole economic process in which we are undoubtedly inserted. We used to do this, the theoretical literature method, based through desk research (literature and legal), employed by books, jurisprudence, articles, monographs and laws, related to the theme. The approach of the case is inserted in a qualitative research, as consideration is given to the economic situations that occur daily in our social environment and that constitute substantial implementation of our economic scenario.

**Keywords:** Economic power. State monopoly. Competitive market.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Do poder econômico: breve apanhado histórico. 3. Poder econômico versus poder de mercado. 4. Poder econômico versus poder político. 5. Abuso de poder econômico. 6. Atuação do estado brasileiro na ordem econômica: práticas monopolíticas. 7. Monopólio estatal: o petróleo no Brasil e a estatal PETROBRÁS. 8. Considerações finais. 9. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O vertente trabalho visa analisar a atuação do poder econômico, poder de mercado e sobre o papel do Estado brasileiro dentro do atual cenário econômico. Entende-se que poder é uma situação que indica supremacia e domínio de uns para

com os outros, e mais adiante, explicando que o poder econômico é essa supremacia utilizada por quem possui certos bens de produção e influência dentro de um rol econômico determinado. Percebe-se a enorme força que reside nesses entes estatais que dominam essa economia e na capacidade desses agentes ditarem os comportamentos de outros, no âmbito de um mercado concorrencial.

É objeto imprescindível do chamado Direito Econômico, Direito da Concorrência ou simplesmente Direito Antitruste, a preocupação em conservar o mercado o mais saudável possível, tornando o ambiente propício para que todos, de forma isenta e igualitária, possam praticar suas atividades sem sofrer turbulências, impedimentos ou golpes por parte de outros, enquanto agentes econômicos na incidência de uma economia praticável. E assim, este lança suas bases de apoio em nossa lei, que se ampara, por exemplo, em princípios constitucionais como o da livre iniciativa e livre concorrência para sancionar e preservar a ordem.

Entender o estudo do Direito Econômico é entender também o Estudo do próprio Direito do século XXI. Isso porque, ele é matéria-prima na maioria de nossas ações econômicas cotidianas que envolvam qualquer transação monetária: desde as compras diárias no comércio local, até nas relações entre União e Estados-membros, como no repasse de verbas e na manutenção do mercado nacional.

E naturalmente, é antro de grande incidência do Direito Econômico, as relações econômicas internacionais e o mercado internacional como um todo, no que lhe cabe à regulação da interação da economia de países, do estreitamento de mercados e da expansão de exportações, diariamente.

É ainda objeto de estudo do Direito Econômico, a observação da intervenção estatal na Economia, direta e/ou indiretamente, seja como fiscalizador no intuito de sanear o meio econômico e evitar transgressões a ele e sua ordem, seja figurando como próprio agente econômico, ressalvado constitucionalmente, como será analisado adiante.

## **2 DO PODER ECONÔMICO: BREVE APANHADO HISTÓRICO**

Para dar início a uma reflexão sobre o que seria de fato o Poder Econômico e suas ramificações, faz-se necessário realizar um sutil regresso no tempo,

deparando-se em meio à Europa, em meados dos séculos XVIII e XIX, com a ascensão das grandes revoluções industriais.

Nesse momento, a gloriosa Inglaterra firmava-se como grande potência econômica no mundo, visto que foi a pioneira em seu mercado ao industrializar-se e, como boa consequência disto, acelerou vertiginosamente sua produção. Enquanto o tear mecânico e as máquinas a vapor há muito já eram utilizadas em solo inglês, o restante da Europa ainda caminhava lento com seu tear manual e suas charretes.

Sobre este momento histórico inglês, que mudaria os rumos da Economia mundial, o britânico Eric John Ernest Hobsbawm (2007, p. 20) escreve:

O que significa a frase “a revolução industrial explodiu”? Significa que a certa altura da década de 1780, e pela primeira vez na história da humanidade, foram retirados os grilhões do poder produtivo das sociedades humanas, que daí em diante se tornaram capazes da multiplicação rápida, constante, e até o presente ilimitada, de homens, mercadorias e serviços. Este fato é hoje tecnicamente conhecido pelos economistas como a ‘partida para o crescimento autosustentável’. Nenhuma sociedade anterior tinha sido capaz de transpor o teto que a estrutura social pré-industrial, uma tecnologia e uma ciência deficientes, e conseqüentemente o colapso, a fome e a morte periódicas, impunham à produção. A ‘partida’ não foi logicamente um desses fenômenos que, como os terremotos e os cometas, assaltam o mundo não-técnico de surpresa. Sua pré-história na Europa pode ser traçada, dependendo do gosto do historiador e do seu particular interesse, até do ano 1000 de nossa era, se não antes, e tentativas anteriores de alçar vôo, desajeitadas como as primeiras experiências dos patinhos, foram exaltadas com o nome de ‘revolução industrial’ – no século XIII, no XVI e nas últimas décadas do XVII. A partir da metade do século XVIII, o processo de acumulação de velocidade para partida é tão nítido que historiadores mais velhos tenderam a datar a revolução industrial de 1760. Mas uma investigação cuidadosa levou a maioria dos estudiosos a localizar como decisiva a década de 1780 e não a de 1760, pois foi então que, até onde se pode distinguir, todos os índices estatísticos relevantes deram uma guinada repentina, brusca e quase vertical para a ‘partida’. A economia, por assim dizer, voava.

Diante do cenário e da supremacia avassaladora inglesa, os Estados Europeus preocupados em continuar a perder de forma tão massiva mercados para a Grã-Bretanha, começaram a investir acentuadamente em tais tecnologias também.

Dessa forma, o que antes era voltado para o campo e para a agricultura, agora era investido na cidade e na Indústria. Isso propiciou o surgimento de duas latentes novidades: começava a desenvolver-se na Europa recentemente industrializada uma nova classe social: o empresariado – donos das indústrias, a quem estaria acumulado nas mãos o poder econômico. (HOBBSAWN, 2007)

A segunda refere-se ao grande número de pessoas que passaram a migrar do campo para a cidade, em busca do sonho de empregar-se na indústria e isso ocasionou um elevado aumento populacional nas cidades europeias e na indústria, um pequeno caos.

Em relação a essa segunda novidade, Hobsbawm (2007, p. 35) declara:

Mas, do ponto de vista da industrialização, esses efeitos também eram desejáveis; pois uma economia industrial necessita de mão-de-obra, e de onde mais poderia vir esta mão-de-obra senão do antigo setor não industrial? A população rural doméstica ou estrangeira (esta sob a forma de imigração, principalmente irlandesa) era a fonte mais óbvia, suplementada pela mistura de pequenos produtores e trabalhadores pobres \*. Os homens tinham que ser atraídos para as novas ocupações, ou - como era mais provável - forçados a elas, pois inicialmente estiveram imunes a essas atrações ou relutantes em abandonar seu modo de vida tradicional.

E sobre a situação de vida e sobrevivência dos migrantes e imigrantes na realidade urbana inglesa, pode-se afirmar:

As classes populares foram tratadas pelas elites com desprezo e preconceito, subjugadas no ambiente de trabalho, assim como, na sociedade. A elas, foi imposta ferrenha supervisão. Independente do país e do nível de sua industrialização, a não concessão da liberdade individual era percebida nos locais de trabalho, mas também se estendia “a todos os demais aspectos da vida”, ao lazer, às relações pessoais, à conversação e à conduta para se impor um comportamento moralizado e disciplinado (THOMPSON, 1987, p. 292 apud ALLAN, 2010, p. 28).

O elevado índice de pessoas para trabalhar era muito superior à quantidade de vagas de emprego e com isso, a questão da demanda e da oferta entrou em crise. Uma demanda muito grande de trabalhadores para uma oferta baixa de empregos: era essa a situação no auge do processo de industrialização na Europa. Além disso, aqueles que não possuíam a técnica para manobrar e utilizar as máquinas foram substituídos por quem era especializado, o que dificultava ainda mais angariar uma vaga de emprego. (HOBBSAWN, 2007)

Infelizmente em meio a essa crise, os detentores do poder econômico, o empresariado, começaram a aproveitar-se de tal situação e passaram a oferecer condições degradantes de trabalho para aqueles que eles empregavam. Carga

horária de 16 horas/dia, locais insalubres e atividades perigosas, eram algumas das péssimas condições que estes trabalhadores precisavam enfrentar para receber um salário irrisório e sobreviver na cidade com suas famílias. Conseguir trabalho na indústria, concorrendo com tantos e também com máquinas era algo difícil e claro, um campo fértil para aqueles que desejaram agir de má-fé. Sobre essas condições precárias de trabalho, podem ser sintetizadas através das palavras abaixo descritas:

A partir do marco econômico mundialmente conhecido como Revolução Industrial, houve uma exponenciação da necessidade da força braçal e cada operariado era obrigado a cumprir jornadas de 14 a 18 horas de trabalho por dia, em condições subumanas, o que se tornava cada vez mais exaustivo tanto para homens, mulheres e crianças. A Revolução Industrial significou para a maior parte dos trabalhadores uma mudança no modo e na intensidade da exploração sofrida, ao mesmo tempo em que impunha transformação no jeito de viver (THOMPSON, 1987, p. 23 apud ALLAN, 2010, p. 38).

Com esse breve apanhado histórico e citação do processo de industrialização europeu, começa-se a ter as primeiras noções do que se trata, de fato, o Poder Econômico. Essa força gerada pela economia e pela detenção dos meios de produção, concentrada nas mãos de um agente econômico capaz de utilizá-la ao que lhe convém e podendo impô-la e influenciar a muitos. Nas palavras Fábio Nusdeo (2001, p. 277), o Poder Econômico seria “a capacidade de alguém – pessoa ou entidade – poder tomar decisões descondicionadas dos padrões de um mercado concorrencial, decisões às quais alguns – poucos ou muitos – terão de submeter-se”. Sobre o tema, tem-se ainda o raciocínio de Paula Forgioni (1998, p. 271):

O poder econômico implica sujeição (seja dos concorrentes, seja dos agentes econômicos atuantes em outros mercados, seja dos consumidores) àquele que o detém. Ao revés, implica independência, absoluta liberdade de agir sem considerar a existência ou o comportamento de outros sujeitos.

Diante das vertentes alusões, começa-se a familiarização com esse poderio gerado pela economia e com o fato de ao longo dos séculos, sua força recair sobre os mercados de todo o mundo, concentrando por vezes nas mãos de grandes grupos econômicos a capacidade de moldar a economia e seus rumos. E imprescindível reconhecer também a relevância deste poder dentro de um mercado

concorrencial, pois ele é matéria-prima para a concorrência e força motriz para o movimento dos mercados a nível mundial, a qualificação dos produtos, a regulação dos preços e a criação de empregos, por exemplo.

### 3 PODER ECONÔMICO *VERSUS* PODER DE MERCADO

Após nos depararmos com a conceituação de Poder Econômico e sobre sua historicidade e influência na economia, passamos a vislumbrar suas ramificações e como ele está inserido no mercado através de ações distintas, que lhe dão bases para atuar de forma praticável dentro do comércio, da indústria e do mercado concorrencial em linhas gerais.

A primeira grande ramificação refere-se ao Poder Econômico *versus* Poder de Mercado. Entende-se que muitos se deparam com estes dois conceitos e contraditoriamente, temos a latente tendência a distanciá-los. Contudo, muitos autores têm quebrado o distanciamento entre os dois poderes e muitos deles afirmam serem inclusive, conceitos que se intersectam. Calixto Salomão (2002) entende que o Poder Econômico não pode ser definido, sendo que as conceituações sobre ele com as quais nos deparamos dizem respeito a manifestações deste, ou seja, são exaurimentos dele, mas não o são de fato.

E é exatamente isso o que ocorre com o Poder de Mercado, que é consequência direta do exercício do Poder Econômico dentro da Economia. Calixto Salomão conceitua Poder de Mercado como “a possibilidade de escolher entre essas diferentes alternativas: grande participação no mercado e menor lucratividade ou pequena participação e maior lucratividade” (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 83).

De tal maneira, para compreendermos esta intersecção, faz-se necessário entendermos do que se trata o Poder de Mercado, uma vez que já é de nosso conhecimento a significação de Poder Econômico. O Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal estabelecido em conjunto pelos Ministérios brasileiros da Justiça e da Fazenda, conceitua esse Poder de Mercado como:

O exercício do poder de mercado consiste no ato de uma empresa unilateralmente, ou de um grupo de empresas coordenadamente, aumentar os preços (ou reduzir quantidades), diminuir a qualidade ou a variedade dos

produtos ou serviços, ou ainda, reduzir o ritmo de inovações com relação aos níveis que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por um período razoável de tempo, com a finalidade de aumentar seus lucros (Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, estabelecido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, p. 4).

O Poder de Mercado basicamente trata-se da capacidade que um agente econômico possui de manter seus preços acima do nível normal do mercado, angariando lucros com isso, mas sem perder clientes, no entanto. Naturalmente, somente alguém economicamente forte dentro de um mercado determinado consegue tal proeza, geralmente após anos de tradição e atuação naquele meio específico.

Diante do conceito de Poder de Mercado, nos voltamos para sua relação com o Poder Econômico. Como percebemos, o poder de mercado confere à determinado agente econômico ou grupo empresarial a especial capacidade de regular preços e valores de mercado, geralmente mantendo-os mais elevados, contudo sem perder público consumidor. E é nesse momento que relembramos um conceito já citado (Nusdeo, 2015), onde o Poder Econômico basicamente é a capacidade de um agente econômico impor livremente sua vontade ou influenciar a de outros dentro de uma concorrência executável.

Incrivelmente esses dois poderes se entrelaçam e um acaba se firmando dentro do outro, em uma perfeita intersecção. Salomão Calixto (2002) acredita ser tecnicamente difícil definir o poder e aparentemente essa é uma definição prescindível. Para ele, se conseguiria apenas enxergar as condições sob as quais esse poder se manifesta.

Diante disto, estudiosos do Direito Econômico têm defendido a ideia de que um é sinônimo ou continuação do outro, isso por um pensamento bastante simples e coeso: Se o Poder Econômico é a capacidade de o agente determinar livremente sua vontade ou persuadir a de outros em uma economia concorrencial específica, ele somente poderá fazê-lo se estiver fixado dentro de um mercado determinado.

Mediante isso, nos deparamos exatamente com o pensamento de Calixto Salomão (2002), em que o Poder de Mercado e o mercado determinado nesse caso, seriam aqueles que dariam as condições para o Poder Econômico se manifestar, onde não podemos defini-lo, mas conseguimos vê-lo atuando.

Em outras palavras, o mercado determinado já seria o próprio Poder de Mercado e o Poder Econômico só existe se houver mercado que o receba. Desta forma, é fácil entrevermos como os conceitos se intersectam e como um é parte influente do outro.

Inferimos em virtude disto, a proximidade desses poderes e como um completa o outro de forma primordial no que diz respeito ao rol econômico de um país.

#### 4 PODER ECONÔMICO *VERSUS* PODER POLÍTICO

A segunda ramificação do Poder Econômico refere-se a sua inserção no meio político. Não é raro que vejamos Política e Economia de um país entrelaçando-se e daí, a zona de incidência desses dois direitos. Ao contrário do tópico anterior, que trata do Poder de Mercado e que agora conhecemos que ele se intersecta com o Poder Econômico e se funde, aqui os conceitos são próximos, mas não iguais e nem intersectados.

Quando os homens resolveram de fato organizar-se em sociedade, a ideia desta organização há muito era pregada e analisada pelos chamados contratualistas. Hobbes, Locke, Rousseau representaram bem essa classe e suas teorias são cuidadosamente estudadas até hoje. Eram assim chamados de contratualistas, justamente por acreditarem que o melhor para o homem seria unir-se em contrato, o que mais tarde chamaríamos de sociedade. E sobre isso, Matteucci (1998, p. 272) escreve:

[...] Num sentido mais restrito, por tal termo se entende uma escola que floresceu na Europa entre os começos do século XVII e os fins do XVIII e teve seus máximos expoentes em J. Althusius (1557-1638), T. Hobbes (1588-1679), B. Spinoza (1632- 1677), S. Pufendorf (1632-1694), J. Locke (1632-1704), J.-J. Rousseau (1712-1778), I. Kant (1724-1804). Por escola entendemos aqui não uma comum orientação política, mas o comum uso de uma mesma sintaxe ou de uma mesma estrutura conceitual para racionalizar a força e alicerçar o poder no consenso.

Neste contrato, cada um abdica de forma consensual de uma parcela de seus direitos em prol do em comum e somente após isso, se decidiria a forma de

governo e os representantes eleitos deveriam representar e proteger seu povo, nos mais diversos campos da vida humana, com um Estado que a seu povo garantisse paz, liberdade e proteção, naturalmente, sem intervir de forma arbitrária.

John Locke (1963, p. 108-112) foi o primeiro representante desta classe, a falar sobre a existência do poder político que, como já mencionado anteriormente, seria fixado mediante um contrato mútuo entre todos os homens com um devido escopo de formar uma sociedade justa e abrangente.

Após este rápido apanhado histórico, percebemos que o Poder Político tornou-se ao longo do tempo, em linhas gerais, a capacidade que o Estado possui de coercitivamente mostrar à sociedade o que se pode e o que não se pode fazer, estando submetido à soberania da lei e sua sanção, em caso de transgressão a essas normas.

Mas em linhas mais específicas - e nesse caso as que nos interessam -, dentro do campo econômico, o Poder Político seria a capacidade de o agente econômico moldar os rumos do mercado sob o quais se situa sua região de interesse e utilizar-se de meios políticos, para benefício de sua empresa e de sua lucratividade.

José Afonso da Silva define bem este poderio de certo grupo político: “Tal é o poder inerente ao grupo (poder político), que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins”. (SILVA, 2001, p. 111).

Destacando esse poder em exemplos, não é difícil entrevemos empresas e mais empresas que semestralmente assinam contratos com o Poder Público e claro, angariando influência em meio ao Congresso Nacional, por exemplo, facilmente conseguirão manobrar leis, decretos, resoluções que venham a lhe facilitar ou barrando, aquelas que, porventura, lhe prejudiquem.

E por mais que essa situação, em um primeiro momento, nos faça conectar rapidamente a relação político-econômica e suas manobras com a corrupção, o poder político não tem ligação direta com corrupção propriamente dita – apesar de parecer -, uma vez que ocorre mesmo nos estados mais ilibados.

Isso porque, ela não é uma obstrução político-econômica, ao menos não precipuamente, mas sim um movimento natural do mercado econômico quando em

contato com o meio político. É o caminho natural percorrido pela Economia quando se depara com a Política.

Não olvidando que em certos casos esse contato ultrapassa as linhas naturais da Economia dentro da Política e se, porventura, depara-se e concentra-se nas mãos daqueles que de má-fé agem, infelizmente, o fim útil para essa relação acaba se tornando a corrupção do Estado, dos bens públicos, dos fins coletivos e seus servidores, em modalidades passivas ou ativas, e tudo em nome da ganância exacerbada de alguns, de finalidades pessoais e da transgressão desmedida dos fins econômicos, em meio aos políticos.

Mas nos prendamos a exemplos de fato. Nos Estados Unidos, a Constituição Norte-Americana traz expressamente que é permitido a todo cidadão americano o porte de arma de fogo para proteção própria. Isso, como não poderia deixar de ser, torna o acesso de qualquer civil a armas de fogo bastante fácil, respaldado constitucionalmente para compra-las e vendê-las. Ocorre que, vez ou outra, vemos nos noticiários informações constantes de atentados e chacinas em escolas, cinemas e shoppings daquele país, com o uso dessas armas.

E há algum tempo, certas autoridades americanas vêm procurando mudar essa realidade e propor projetos de lei, que senão barrem, ao menos restrinjam mais o acesso tão fácil desses objetos com potencial poder de destruição. Pra ser específico, o próprio e atual presidente Barack Obama, desde seu primeiro governo vem preocupando-se com essa questão e tentando mitigar esse uso e acesso tão amplos, a um número tão grande de cidadãos. As tentativas do presente norte-americano em conter o uso irrestrito de armas, foi tema de uma matéria no *site* da famosa emissora de rádio e televisão britânica, a *British Broadcasting Corporation*, mundialmente conhecida como BBC, como segue o trecho:

Na terça-feira, Obama anunciou, em um discurso com direito a lágrimas, que o governo americano exigirá que vendedores de armas nos Estados Unidos chequem os antecedentes de cada cliente – mesmo em transações pela internet ou feiras – e modernizará o sistema de checagem de dados de compradores.

As medidas têm caráter executivo (dispensam a chancela do Congresso) e buscam, segundo o presidente, evitar que armas caiam nas mãos erradas, como as de criminosos e pessoas mentalmente instáveis.

No curto prazo, porém, é possível até que as exportações de armas brasileiras para os Estados Unidos cresçam ainda mais.

Um levantamento do jornal *The New York Times* apontou que, após Obama defender um maior controle sobre o comércio de armas em novembro passado, as vendas de armamentos explodiram no mês seguinte, atingindo um dos maiores valores em duas décadas.” (FELLET, 2016, *online*).

E, algumas vezes, o projeto de lei foi para apreciação do Congresso Nacional, mas nunca foi votado de fato e sempre era arquivado. Pois bem, chegamos ao ponto chave: teorias afirmam que uma pomposa fabricante de armas do país, e inclusive patrocinadora da campanha de diversos deputados e senadores americanos há décadas, possui grande poder de influência nesse Congresso, moldando leis ao seu bel prazer.

Naturalmente, a aprovação e sanção de um projeto de lei que diminua consideravelmente a produção, comercialização e aquisição de armas por consumidores, não lhe é nada interessante. Assim, presume-se que tal grande fabricante utilize justamente seu poder político, para algo que está atrelado a sua economia (poder econômico) e o setor específico da qual esta faz parte.

Entrevendo o caso em destaque, fica perceptível observarmos como a ingerência de um grupo empresarial ou de um agente econômico é forte, se este está bem situado no campo político e em um setor da economia.

Mas vale ressaltar, que os dois poderes não são semelhantes e nem sinônimos, como ocorre com o Poder de Mercado *versus* Poder Econômico. O poder político enraizado dentro da economia é apenas consequência do Poder Econômico e não este propriamente dito. Trata-se, nesse caso, de mero exaurimento de um fruto próprio das relações econômicas quando envolvidas com as políticas.

## 5 ABUSO DE PODER ECONÔMICO

É válido abrirmos espaço no nosso presente artigo para nos voltarmos um pouco para o abuso do Poder Econômico. Infelizmente, a dinâmica econômica não está livre da má-fé de alguns e tudo que envolve poder, envolve também interesses muitas vezes alheios ao objetivo inicial.

Mas para nos aproximarmos do que seria de fato esse abuso de Poder dentro de uma economia executável, é preciso que nos atentemos antes ao conceito

amplo e geral de abuso de poder. Desta maneira, sabemos que o abuso de poder se caracteriza pela imposição da vontade de determinada pessoa, grupo ou instituição, por exemplo, através de um poder que está concentrada em suas mãos. Ou seja, trata-se de alguém que possui determinado poder, dentro do exercício de alguma atividade e esta pessoa, abusa, extrapola, exacerba-se no uso deste poderio ou influência, transgredindo regras que a ela foram estabelecidas previamente.

Normalmente, o abuso de poder está relacionado a pessoas físicas, apesar de também poder ser detectado em pessoas jurídicas. Nossa legislação brasileira inclusive possui uma lei federal que coíbe essa prática, sobretudo em relação aos servidores públicos, em quaisquer atividades e patamares da Administração Pública, evitando que estes se utilizem do poder advindo do cargo que ocupam, para ferir a liberdade ou constranger todo e qualquer cidadão.

Trata-se da lei 4.898, de 09 de Dezembro de 1965, que faz alusão e regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Observemos o conteúdo de seus dois primeiros artigos, que ratificam nosso raciocínio:

Art. 1º O direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos, são regulados pela presente lei.

Art. 2º O direito de representação será exercido por meio de petição:

- a) dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar, à autoridade civil ou militar culpada, a respectiva sanção;
- b) dirigida ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada.

Parágrafo único. A representação será feita em duas vias e conterá a exposição do fato constitutivo do abuso de autoridade, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e o rol de testemunhas, no máximo de três, se as houver (BRASIL, Lei nº 4898, 1965).

Dominando agora o conceito e as circunstâncias em que detectar o abuso de poder e nos casos ilustrados, são representados pelo abuso de autoridade, podemos caminhar e prosseguir, a fim de entendermos a atuação do abuso do poder econômico, por autoridade ou pessoas inseridas em atividades e relações do meio econômico.

O abuso de poder na economia caracteriza-se basicamente, pelo fato de certo agente econômico agir de forma desleal, dentro de seu campo de incidência,

em relação a livre concorrência, em relação a quem ele emprega e em relação ao mercado de uma forma geral. Assim, identificamos transgressões no caminhar natural da economia que deve ser precipuamente saudável, ordeiro e praticável a todos, de forma igualitária. E é justamente o poderio econômico desse agente e a força que ele possui e exerce dentro do mercado, que dar a ele terreno fértil para essas práticas abusivas.

E que ações caracterizariam essas práticas? Bom, quando nos deparamos com uma grande rede de empresas que coloca preços muito baixos, impedindo que menores a acompanhem, levando muitas vezes estas a falência ou quando vemos o aumento exorbitante de taxas cobradas por certo agente econômico em troca da execução de seu serviço ou comercialização de seu produto, podemos dizer que estamos diante de fatídicos casos de abuso de poder econômico.

No Brasil, o órgão federal responsável pela fiscalização da atuação de empresas e também pela punição de agentes que cometem esse tipo de abuso, é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE, através da Lei n. 12.529/2011<sup>5</sup>.

No tópico anterior, abordamos inclusive a questão da existência do chamado Poder Político dentro da Economia. E demos o exemplo do projeto de lei que tramita há algum tempo no Congresso Nacional Norte-Americano e que não é votado, segundo teorias, por uma força maior advinda de grandes empresas do ramo de fabricação de armas, que patrocinam diversos políticos que ali estão e manobram o que lhes convém ou não.

No Brasil, temos situações semelhantes e uma que é sempre bastante comentada, ganha força em períodos eleitorais: a compra de votos e a sua relação com o abuso do poder econômico, na política. Seja essa eleição de âmbito federal, estadual ou mesmo municipal, tem sido um problema que sempre assombrou o processo eleitoral brasileiro.

<sup>5</sup> Art. 1º: Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

Costa (2009, p. 358) disserta sobre o tema:

[...] o abuso do poder econômico consiste na vantagem dada a uma coletividade de eleitores, indeterminada ou determinável, beneficiando-os pessoalmente ou não, com a finalidade de obter-lhe o voto. Para que a atuação do candidato ou alguém em seu benefício, seja considerada abusiva, necessário que haja probabilidade de influenciar no resultado do pleito, ou seja, que haja relação de causalidade entre o ato praticado e a repercussão no resultado das eleições.

Dessa maneira, não apenas no mercado propriamente dito nos deparamos com o abuso de poder econômico, mas também em outros âmbitos, onde uma ação acaba utilizando-se de outra e inferindo a lei, seja ela uma lei de caráter econômico ou como no exemplo exposto, uma lei de caráter essencialmente político e eleitoral.

A legislação brasileira realmente é bastante cautelosa no sentido de prevenir e coibir quaisquer dessas práticas. Até mesmo a fusão de empresas, muitas vezes, é cuidadosamente analisada, para evitar que se possua algo tão grande ao ponto de simplesmente massacrar qualquer coisa ou pessoas que esteja abaixo ou que seja menor que isto.

O cuidado é para evitar situações, como a citada anteriormente, por exemplo, onde um suntuoso agente econômico usa, dentro de seu âmbito de atuação no mercado, a potência e força que tem ao baixar os preços de maneira, que aniquila as possibilidades que alguém acompanha-lo. Até mesmo nossa Constituição Federal, esclarece em seu artigo 173, § 4º, que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação do mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998).

De tal maneira, inferimos em virtude disto, a preocupação e a importância da atuação da legislação no intuito de evitar essas práticas. Sabemos que manter a economia estabilizada e permitir que todos trabalhem dentro desta economia de forma honesta e executável, não é uma tarefa das mais simplórias. É realmente preciso normas de caráter sancionador e com certa fortaleza, para que a ordem seja algo rotineiro e não, uma exceção ou utopia.

## 6 ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA ORDEM ECONÔMICA: PRÁTICAS MONOPOLÍTICAS

Entendendo o dinamismo, conceito e aplicação do poder econômico dentro de uma economia atuante, podemos nos estender e agora compreender também alguns desdobramentos deste poder, onde um deles, sem dúvidas, trata-se da questão do Monopólio.

Para mergulharmos neste tema e posteriormente entendermos qual a relação desta prática com a atuação estatal na Economia, analisemos precipuamente o seu conceito, que pode ser definido como uma situação econômica na qual uma só empresa ou grupo empresarial comanda de forma massiva a produção, comercialização, ou a produção e comercialização simultaneamente de um determinado produto ou serviço dentro de certo meio econômico. Figueiredo (2009, p. 11) assevera sobre o tema:

O conceito de monopólio é de caráter eminentemente econômico, traduzindo-se no poder de atuar em um mercado como único agente econômico, isto é, significa uma estrutura de mercado em que uns (Monopólio) ou alguns produtores (Oligopólio) exercem o controle de preços e suprimentos, não sendo possível, por força de imposição de obstáculos naturais ou artificiais, a entrada de novos concorrentes.

O termo monopólio também pode ser reconhecido quando ainda que haja concorrentes, certa empresa ou mesmo grupo empresarial controla quase por completo a produção e as vendas de um determinado produto ou serviço, deixando apenas uma pequena parcela do mercado para a concorrência. Em uma economia de mercado como a nossa, o monopólio é uma desvantagem para todos, mas de forma mais direta para os consumidores, pois compromete a livre concorrência. Sobre o Monopólio, temos ainda a visão de Gregory Mankin *in* Maciel (2009, p. 235):

Existem três tipos de barreiras à entrada: a) quando os custos de produção tornam um único produtor mais eficiente que um grande número de produtores, b) quando um recurso-chave é exclusivo de uma única empresa e c) quando o governo concede a uma única empresa o direito exclusivo de produzir um determinado bem ou serviço.

Este prejuízo pode ser comprovado, por exemplo, quando a empresa que detém o amplo domínio na produção e venda de uma mercadoria consegue comandar os preços do produto naquele mercado, mantendo-os num patamar elevado.

Isto também pode levar a uma decadência no nível de qualidade desse produto ou serviço, pois uma vez que não existe concorrência ou que ela é muito pífia para de enfrentar o grupo monopolista, não há por parte de quem controla esse mercado o interesse em qualificar os produtos e serviços que ele vende. Sobre isto, Vasconcelos (2000, p. 156) analisa:

Uma hipótese implícita no comportamento do monopolista é que ele não acredita que os lucros elevados que obtém à curto prazo possam atrair concorrentes, ou que os preços elevados possam afugentar os consumidores; ou seja, acredita que, mesmo a longo prazo, permanecerá como monopolista. Evidentemente, para que esta estratégia viabilize-se, deve ser um tipo de mercadoria ou serviço que não tem substitutos próximos.

Infelizmente, esses são apenas alguns dos exemplos que podemos analisar tendo em vista uma situação em que apenas uma empresa controla certo setor da economia. A conclusão não é animadora e entendemos que essa prática mina a possibilidade da entrega final de produtos bons, com preços razoáveis e que sejam frutos de uma economia executável que permita a todos oferecerem um produto e serem escolhidos ou não, de maneira livre pelo consumidor final e angariados por sua qualidade e não por ser a única opção do mercado.

Nossa legislação, assim como a de outros países que possuem leis antitrustes, possui leis que barram práticas que se relacionem com o monopólio ou com os oligopólios, de qualquer serviço ou produto no mercado nacional.

Leis como a Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, a qual revogou a antiga Lei 8.884/94, que já prevenia através do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na década de noventa e ao longo da primeira década dos anos 2000, as transgressões à ordem econômica e à livre iniciativa, são exemplos de normas que resguardam a economia e seus desdobramentos dentro da legislação brasileira.

A lei antitruste existe para prevenir de forma acentuada, a formação de grupos que visem minar o pleno andamento da economia no país. A formação de *holdings*, cartéis e trustes é massivamente monitorada por leis como esta e que possuem fiscalização e sanção executadas pelo CADE, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, criado em 1962.

Percebemos que nossa legislação econômica possui inúmeros subterfúgios para barrar os atentados e rompimentos ao bom caminhar de nossa economia. Saber disso é confortante, pois é preciso ser firme ao fiscalizar um campo tão competitivo e minado como é o econômico.

Estabilidade, cautela e honestidade devem andar juntas dentro de mercado praticável, com igualdade de concorrência para todos, com lucratividade correta e digna, com um mercado que satisfaça quem nele trabalha, mas de forma ainda mais especial, quem dele consome, alimenta-se, veste-se e se mantém.

E para esse caminhar ocorrer é preciso contar com um Direito antitruste atuante, pois é preciso investir na prática dessas leis, mas é inegável que ter uma frondosa base teórica e legislativa, garante a lisura do dia a dia econômico e de todos os processos que o envolvem, em nosso país, cotidianamente.

## **7 MONOPÓLIO ESTATAL: O PETRÓLEO NO BRASIL E A ESTATAL PETROBRÁS**

O presente tópico seguirá agora em abordar sobre o comportamento de nossa Constituição em relação a uma prática especial de monopólio em nosso país, respaldado no texto constitucional. Trata-se do que a doutrina preocupou-se em chamar de monopólio estatal. Mas o que seria de fato o monopólio estatal para nossa economia?

O monopólio estatal, em linhas gerais, diz respeito à ação direta do Estado Brasileiro dentro de pontual setor da economia, atuando como monopolista daquele bem, produto ou serviço. Em outras palavras, é uma das raras situações em que o monopólio é permitido em nossa economia e também, uma das exceções em que vemos nosso Estado agindo de forma direta em relação a um campo econômico específico e determinado. Sobre isto, Figueiredo (2009, p. 6) escreve:

Adotando uma postura característica do Estado Regulador, a Constituição da República veda expressamente ao Estado brasileiro a exploração direta da atividade econômica. Fácil verificar que houve, por parte do legislador constituinte, um abandono gradual do modelo intervencionista que vinha adotando a partir da Carta Política de 1934.

E como bem já sabido, a lei comercial brasileira proíbe a criação de monopólios e/ou quaisquer práticas monopolistas nos mais variados setores de nossa economia. No entanto, a Carta Magna de 1988 trouxe como inovação a intervenção indireta do Estado brasileiro na economia e em casos mais excepcionais e específicos, a intervenção direta também foi mencionada pelo texto constitucional de 1988, símbolo da redemocratização do país.

Assim, a base legislativa para essa intervenção direta do Estado brasileiro no campo econômico é trazida pelo artigo 173<sup>6</sup>, de nossa Constituição Federal. Além de referido artigo, a atual Carta política brasileira estabeleceu no artigo 177<sup>7</sup> o monopólio da União.

<sup>6</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

<sup>7</sup> Art. 177. Constituem monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995) (Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995) (Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

II – as condições de contratação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

Perceba que nossa Carta é clara, ao afirmar que somente nos casos que envolvam bens de imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, se permitirá a intervenção de forma direta do Estado. A doutrina, no entanto, enxerga certa vagância nesse conceito constitucional de bens referentes a imperativos de segurança nacional e/ou relevante interesse coletivo, isso porque, parece muito vazio o que seria de fato esses bens, que preenchem de forma severa esses requisitos, o que abre espaço para certa exacerbação do Estado no controle da economia, o que preocupa e talvez comprometa de alguma forma a liberdade econômica nacional, no que diz respeito às intervenções do Estado na economia.

Outros autores, no entanto, enxergam apenas como uma vagância linguística, que deixa abertura para modular a lei ao longo das décadas, dando a ela vigor, jovialidade e mantendo atual, conforme os rumos da sociedade para a qual serve. É o que analisa Vilanova (2000, p. 178):

O conceito jurídico indeterminado é a vaguidade semântica existente em certa norma com a finalidade de que ela, a norma, permaneça, ao ser aplicada, sempre atual e correspondente aos anseios da sociedade nos vários momentos históricos em que a lei é interpretada e aplicada. A vaguidade de um conceito, portanto, não é imperfeição linguística, mas sim uma característica bastante pertinente em certas situações que fazem com que busque o intérprete maior perfeição na valoração significante-significado, o que gera certa atualização da norma.

Compreendendo a visão constitucional acerca do monopólio estatal em nossa República e conhecendo a legislação que o ordena e o regula, passemos ao conhecimento daquele setor econômico de nosso país que melhor exemplifica a questão da intervenção direta do Estado brasileiro na economia e do monopólio desse Estado previsto na Constituição: o setor petrolífero, exercido através do controle acionário da Estatal Petrobrás.

Em nosso país, a atividade de exploração do petróleo começou a ganhar ares e importância no meio econômico a partir da década de cinquenta, mais especificamente 1953, com a criação da Petrobras, companhia petrolífera de domínio estatal do então governo Getúlio Vargas. A Petrobras foi criada para cuidar e executar as etapas de extração até a produção e comercialização, o que marca

---

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional. (Renumerado de § 2º para 3º pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995).

um momento bastante nacionalista de nosso país, onde os minerais de forma geral e insumos como o petróleo passaram a serem importantes elementos constitutivos da soberania nacional, no pós segunda grande guerra. Sobre o tema, Navarrete (1999, p. 57) comenta:

O auge da supremacia da corrente nacionalista em questões de petróleo se traduziu na Lei 2004, de outubro 3 de 1953, que dispôs sobre a política nacional do petróleo, estabeleceu o monopólio da União sobre: a pesquisa e lavra de jazidas de petróleo; o refino do petróleo nacional ou estrangeiro; o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou estrangeiro ou de derivados de petróleo produzidos no país; e o transporte, por meio de dutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem.

Anteriormente, discutimos que, embasado na Constituição Federal, em seus artigos 173 e 177, o petróleo se configura monopólio por ser insumo de relevante interesse coletivo e por se tratar de produto relacionado à segurança da Nação. Desse modo, gostaríamos de trazer também o artigo 20, inciso IX, do texto constitucional, que assevera que “são bens da União os recursos minerais, inclusive os do subsolo” e seu artigo 176, caput: “As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra”.

E sobre a questão de serem estes insumos considerados bens de caráter público, Di Pietro (1999, p. 518) nos ensina:

[...] o critério dessa classificação é o da destinação ou afetação dos bens: os da primeira categoria são destinados, por natureza ou por lei, ao uso coletivo; os da Segunda ao uso da Administração, para consecução de seus objetivos, como os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas, os bens móveis utilizados na realização dos serviços públicos (veículos oficiais, materiais de consumo, navios de guerra), as terras dos silvícolas, os mercados municipais, os teatros públicos, os cemitérios públicos; os da terceira não têm destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicados pelo poder público, para obtenção de renda; é o caso das terras devolutas, dos terrenos de marinha, dos imóveis não utilizados pela Administração, dos bens móveis que se tornem inservíveis.

Em 2010, foi ainda implementada a Lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010, que ficou conhecida como a nova lei do petróleo e passou a comandar os rumos

dessa atividade nos anos posteriores e até o presente momento, e firma mais uma vez a Petrobrás como a Operadora Oficial dessa atividade. Em seu artigo 2º, ela traz:

Art. 2º Para os fins desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:  
V - área estratégica: região de interesse para o desenvolvimento nacional, delimitada em ato do Poder Executivo, caracterizada pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos;  
VI - Operador: a Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS), responsável pela condução e execução, direta ou indireta, de todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção;" (BRASIL. LEI 12.351, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2010).

A Emenda Constitucional nº 9, de 09 de novembro de 1995, possibilitou a contratação de empresas privadas e até mesmo estrangeiras, ainda que devendo cumprir todos os termos estabelecidos em nossa legislação referente a exploração do petróleo, produção e refino, para executar atividades antes apenas privativas da União em relação ao petróleo brasileiro.

Não que esta emenda tenha tirado o controle estatal em relação a esse insumo e todas suas fases de produção e comercialização, mas ela apenas ampliou o raio de trabalho para que outras mãos-de-obra especializadas pudessem efetuar sua participação nesse meio, através de contrato de serviço para com a União. Em linhas gerais, não se retirou o controle da União, apenas se estendeu ele, passando a não ser mais algo privativo do Estado, o que antes sequer se cogitava dividir com o setor privado da Economia.

O Ministro Marco Aurélio, no voto da ADI 3.366-DF/2005, afirma:

Essa nova modalidade operacional longe fica de implicar quebra. A execução das atividades sim, em vez de se realizar de forma direta, agora pode ser implementada indiretamente, por meio de empresas diversas e de capital integralmente privado. As atividades sujeitas ao regime de monopólio continuam submetidas à titularidade, à jurisdição e ao controle do Estado. Isso significa que, terminada a fase de pesquisa e exploração, uma vez descoberto o campo, a contratante já prestou o serviço para o qual foi contratada, podendo retirar-se da área ou nela continuar, sem a perda, pela União, da propriedade alcançada (BRASIL, 2005).

De tal maneira, entendemos que a intervenção material do Poder Público só deverá se dar em caráter excepcional e subsidiário, não ficando mais o Estado competente pela Constituição a subtrair dos particulares o maior poderio sob a iniciativa econômica.

Em relação ao petróleo brasileiro, compreendemos que ele continua resguardado por nossa Carta Magna, e é tratado de forma íntegra pelo Estado brasileiro, na representação da acionária Petrobrás, mesmo após as dificuldades atuais que esta última enfrenta sobre denúncias de corrupção em seu interior, em sua diretoria e com certa desconfiança do mercado internacional.

Desta maneira, nos permitimos concordar em relação a isso, com Eros Grau, no voto da ADI 3.366-DF/2005, que declarou há alguns anos sobre essa integridade, mas que sua afirmação permanece louvavelmente atual e de acordo com o pensamento contemporâneo:

O monopólio permanece íntegro; não foi extirpado da Constituição; apenas tornou-se relativo em relação ao contemplado na redação anterior do texto da Constituição. (...) Anteriormente, de modo bem amplo, projetava-se sobre o produto da exploração petrolífera. Ia para além da atividade monopolizada. A Constituição impedia que a União cedesse ou concedesse qualquer tipo de participação, em espécie ou valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, isto é, a participação dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, bem assim dos órgãos da Administração Direta da União, no resultado da exploração de petróleo ou gás natural etc. Esse preceito do parágrafo fazia, como permanece a fazer, exceção ao regime de propriedade das jazidas, matéria da propriedade dos bens da União [inciso IX desse mesmo artigo 20]. (BRASIL, 2005).

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, inferimos como é atuante e importante o poder econômico para ditar os rumos da economia de um estado, de um país e do mundo, como um todo. Passamos pela história e percebemos que desde que o homem pretendeu desenvolver-se e assim desenvolver ao longo do tempo também, as atividades inerentes a seu trabalho, a seu comércio e posteriormente à sua indústria, tivemos ao longo dessa caminhada também inúmeras passagens onde o poder econômico de uns moldou os caminhos de outros, em uma cadeia econômica que foi tornando-se forte e capaz de criar o ambiente econômico de que hoje temos conhecimento e do qual experimentamos, todos os dias.

Em uma sociedade capitalista como a nossa, compreender a relevância desse poder econômico, é compreender também nossa situação como consumidores finais. É compreender sua atuação dentro de um mercado concorrencial e também em outros campos, tais como o político, de que comentamos e através do qual também se edifica grandes acordos e decisões que podem decidir e incidir diretamente nos rumos econômicos de um país.

A pesquisa pretendia ainda trazer da forma mais didática possível, como o Estado pode atuar em uma Economia, quais são os limites desta atuação e quais efeitos ela traz a uma economia praticável. Dessa forma, procuramos embasar através da lei, fonte maior do Direito, e da tão eficaz doutrina o espaço dedicado à intervenção estatal no setor econômico e os desdobramentos que lhe são pertinentes, seja agindo como fiscalizador, seja na condição de agente econômico propriamente dito.

Tratamos dessas questões nos atentando sobre tudo a construir as bases desta pesquisa sob a égide de Nossa Carta Maior de 1988, que fruto de um processo de redemocratização brasileira, é extremamente cidadã em todos seus aspectos e não poderia deixar de ser, quanto ao campo econômico desta Nação.

Finalmente, em relação a sua condição de agente econômico e como se dá esta incidência direta do Estado, procedeu-se uma passagem breve em relação ao Monopólio Estatal de minerais e insumos, entendidos pelo legislador como de imensa significação para a Soberania deste Estado, para seu povo e para o interesse coletivo, focando de forma mais especializada no controle estatal sobre o petróleo brasileiro, a acionária Petrobrás que o comanda e como a Constituição fixa esses pontos, para que todo o processo de ação direta do Estado brasileiro na Economia caminhe de forma plenamente ordeira e liberta de quaisquer prejuízos a nossa ordem Econômica.

## 9 REFERÊNCIAS

- ALLAN, N. A. **Direito do trabalho e corporativismo**: análise sobre as relações coletivas de trabalho no Brasil de 1889 a 1945. Curitiba: Juruá, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Decreto nº 53.670, de 09 de Março de 1964. Dispõe e aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 de Março de 1964. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D53670.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D53670.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2016.

BRASIL. Lei 12.351, de 22 de Dezembro de 2010. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos; altera dispositivos da Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997. **Diário Oficial da União**. Brasília, 23 de dezembro de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. **Diário Oficial da União**. Brasília, 02 de Dezembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 4.898, de 09 de Dezembro de 1965. Dispõe sobre o Abuso de Autoridade; Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 de Dezembro de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3366**, Relator (a): Min. CARLOS BRITTO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/2005, DJ 02-03-2007 PP-00026 EMENT VOL-02266-02 PP-00281.

BRISOLA, Beatriz. **Propaganda Eleitoral**: abuso do poder político e econômico. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó, UNOCHAPECÓ. Chapecó, 2012.

C. SALOMÃO FILHO. **Direito concorrencial**: as estruturas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COSTA, Adriana Soares da. **Direito eleitoral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FELLET, João. **Enquanto Obama pede desarmamento, Brasil eleva em 46% venda de armas aos EUA**. BBC Brasil online, Washington, 07 de janeiro de 2016. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160107\\_exportacao\\_armas\\_eua\\_brasil\\_jf\\_ab](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160107_exportacao_armas_eua_brasil_jf_ab)>. Acesso em: 02 jun. 2016.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A questão do monopólio na Constituição da República Federativa do Brasil e o Setor Postal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, fev./mar.abr., 2009.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: RT, 1998.

HOBSBAWN, Eric J. **A Era das revoluções**: Europa 1789-1848. 21. ed. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

MACEDO, Rafael Rocha de. **Direito da Concorrência**: instrumento de implementação de políticas públicas para o desenvolvimento econômico. Monografia

apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2008.

MACIEL, Ademar Ferreira, et al. **Estudos de Direito Constitucional**: homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MAGGI, Bruno Oliveira. **Poder econômico**: origem e legitimidade. Revista Eletrônica OAB Joinville. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigos/Poder-economico---Bruno-Maggi---2011-04-07-v-final2.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

MATTEUCCI, Nicola. Contratualismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v. 1.

MIRANDA, Henrique Furlanetto V. HIJAZ, Tailine Fátima. **Breves considerações acerca do monopólio estatal sobre o petróleo no Brasil**. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/amicus/article/view/882/836>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

NAVARRETE, Carmen Elisa Sanches. **Estudo comparativo dos regimes de exploração e produção de petróleo na Colômbia e no Brasil**. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Geociências. 1999.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia, introdução ao direito econômico**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RAMOS, Marcos Valente. **As Leis Brasileiras e o Monopólio/Oligopólio no Setor Marítimo-Portuário**. Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Brasília, 2012.

THOMPSON, E. P. **A formação da classe operária inglesa**. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1987.

VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de. **Economia**: micro e macro. São Paulo: Atlas, 2000.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

# O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: DESAFIOS PARA UMA MAIOR APROXIMAÇÃO BRASILEIRA ATRAVÉS DA LEI Nº. 13.123/2015<sup>1</sup>

LATIN-AMERICAN CONSTITUTIONALISM: CHALLENGES TO A  
GREATER BRAZILIAN UNION BY LAW N. 13.123/2015

*Valéria Ribas do Nascimento*<sup>2</sup>

*Evilhane Jum Martins*<sup>3</sup>

*Micheli Capuano Irigaray*<sup>4</sup>

## Resumo

Em um período em que as transformações socioculturais vivenciadas na América Latina buscam a redefinição da organização social enquanto medida necessária ao que se chama de processo de descolonização, a análise reflexiva acerca das disposições constitucionais sob a ótica multicultural em um momento de afirmação e reconhecimento de identidades, é medida que se impõe. A Lei nº. 13.123/2015, desde que analisada juntamente com os fundamentos do pluralismo e da plurinacionalidade, pode ser capaz de redefinir as perspectivas

<sup>1</sup> Artigo submetido em 27/07/2015, pareceres de análise em 19/05/2015 e 21/05/2015, aprovação comunicada em 24/07/2016.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com período de pesquisa na Universidade de Sevilha (US); Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFSM; Professora do PPGD da UFSM; Integrante do Núcleo de Direito Informacional (NUDI) e coordenadora do Núcleo de Direito Constitucional (NDC), formado a partir do grupo de pesquisa intitulado “A reconstrução de sentido do constitucionalismo”, vinculados à UFSM, este com patrocínio do CNPQ/CAPES Edital Chamada MCTI/CNPq/MEC/CAPES – n.º 07/2011. E-mail: <valribas@terra.com.br>.

<sup>3</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, no programa de Pós-Graduação em Direito, com ênfase em Direitos Emergentes na Sociedade Global, linha de pesquisa Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade. Bacharel em Direito pela Universidade da Região da Campanha – URCAMP. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade da Universidade Federal de Santa Maria – GPDS. Integrante do Grupo de Pesquisa Tutela de Direitos e sua Efetividade – URI Santo Ângelo. E-mail: <evilhane\_martins@hotmail.com>.

<sup>4</sup> Mestranda da Universidade Federal de Santa Maria, no programa de Pós-Graduação em Direito, com ênfase em Direitos Emergentes na Sociedade Global, linha de pesquisa Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade. Bacharel em Direito, Especialização em Direito Civil e Direito Constitucional e Ambiental, pela Universidade da Região da Campanha – URCAMP. Advogada, Docente da Rede Pública Estadual – Curso Técnico em Contabilidade. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade da Universidade Federal de Santa Maria - GPDS. E-mail: <capgaray@brturbo.com.br>.

neoconstitucionalistas da Constituição Federal de 1988 aproximando-a do novo constitucionalismo latino-americano. Busca-se responder a seguinte problemática: Tendo em vista a classificação doutrinária majoritária, em que a Constituição Federal Brasileira de 1988 seria pertencente ao neoconstitucionalismo, quais as possibilidades de verificar sua aproximação com o novo constitucionalismo latino-americano, através do reconhecimento de aspectos socioculturais, que desencadeiam inclusive a Lei nº. 13.123/2015? Para responder a este questionamento, a metodologia empregada obedece ao trinômio: Teoria de Base/Abordagem, Procedimento e Técnica. Como Teoria de Base e Abordagem optou-se pela perspectiva sistêmico-complexa. Os procedimentos elegidos foram a pesquisa bibliográfica e documental (em meios físicos e digitais – sites e redes sociais). A técnica empregada foi a construção de fichamentos e resumos estendidos.

**Palavras-chave:** Novo constitucionalismo latino-americano; Plurinacionalidade; Constituição Federal de 1988; Projeto de Lei nº. 7.735/2014; Transformações socioculturais.

### Abstract

In a period when the socio-cultural transformation experienced in Latin America seeks to redefine the social organization as a necessary measure to what is called decolonization process, a reflective analysis about the constitutional arrangements in the multicultural perspective in a moment of affirmation and recognition of identities, is necessary. Law Project n. 7735/2014 if discussed within the foundations of pluralism and multiple nationalities, may be able to reset the neo-constitutional prospects of the Federal Constitution of 1988, approaching it to the new Latin-American constitutionalism. We seek to answer the following questions: In view of the majority doctrinal classification, in which the Brazilian Federal Constitution of 1988 would belong to neo-constitutionalism, what are the possibilities to verify its proximity with the new Latin-American constitutionalism, through the recognition of cultural aspects, which also trigger Law Project n. 7735/2014? To answer this question, the methodology used is: Basic Theory/Approach Procedure and Technique. As Base and Approach Theory we opted for the systemic-complex perspective. The procedures were elected were literature and documental (in physical and digital media - websites and social networks). The technique was to build summaries and extended abstracts.

**Keywords:** New constitutionalism Latin American; Plurinationality; Federal Constitution of 1988; Project of law nº. 7.735/2014; Sociocultural transformations.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. As tendências do constitucionalismo latino-americano, os estados plurinacionais e o Direito Fundamental das populações (so)negadas. 2.1. Os movimentos constitucionais em países sul-americanos: Bolívia, Equador e Venezuela. 3. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo latino-americano: possível interconexão? 3.1. América Latina e sua história constitucional: o possível início do processo de descolonização no âmbito normativo. 3.2. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo Latino-americano: o caso da República Federativa do Brasil. 4. A importância sociocultural da Lei 13.123/2015 e a possível (re)interpretação da constituição federal de 1988 sob uma nova ótica. 4.1. A adequação da Constituição Federal de 1988 com o espaço tempo atual: influências e aproximações com o novo constitucionalismo latino-americano através da Lei 13.123/2015. 4.2. As propostas socioculturais insertas na Lei 13.123/2015. 5. Considerações finais. 6. Referências.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

“26 de janeiro” - No dia de hoje do ano de 2009, um plebiscito popular disse sim à nova Constituição proposta pelo presidente Evo Morales. Até este dia, os índios não eram filhos da Bolívia: eram sua mão de obra, e só. (...) Para muitos jornalistas estrangeiros, a Bolívia é um país ingovernável (...) um país invisível. E não há nada de estranho nisso, porque até o dia de hoje também a Bolívia foi um país cego de si. (GALEANO, 2014, p. 40)

O Constitucionalismo Contemporâneo na América Latina vem surgindo enquanto mudança de paradigma que visa implementar parâmetros de descolonização e reaproximação das características originárias dos povos latinos em sua essência, permeando pela representação do Estado Plurinacional, para o surgimento de um novo constitucionalismo latino-americano. Esse novo modelo constitucional latino-americano é fruto de reivindicações de comunidades locais, que em todo contexto histórico existente até a atualidade, manteve sua identidade sociocultural própria excluída do cenário global.

Nesse aspecto, funda-se uma nova ordem constitucional cujo objetivo precípuo cinge-se em equiparar a carta constitucional às raízes territoriais e socioculturais, existindo entretanto discrepâncias no que diz respeito ao avanço de tais fundamentos no plano prático, as quais modificam-se conforme a estrutura e as regras societárias preexistentes em cada país.

Concedendo enfoque à historicidade e perspectivas do Estado brasileiro, vislumbra-se a existência de redirecionamentos no que tange ao reconhecimento da identidade sociocultural de seu povo e uma possível reinterpretação de determinadas questões atinentes a estrutura social, à luz das normas constitucionais. No plano prático, pode-se afirmar que a Lei nº. 13.123/2015 permite conduzir, ainda que de forma inicial, novas releituras da questão sociocultural na sociedade brasileira, passando-se então a encarar os ditames constitucionais já positivados sob uma nova ótica.

Diante de tais argumentos, a pesquisa que aqui se delineia objetiva verificar as atuais perspectivas da Constituição Federal de 1988 perante os anseios sociais existentes, visando a manutenção ou reinvenção de suas raízes neoconstitucionais, para que após se possa analisar especificamente as novas vertentes da

ressignificação da identidade originária dos povos e culturas no território brasileiro a partir da insurgência da Lei nº. 13.123/2015.

Em decorrência, a reflexão proposta consiste na seguinte problemática: Tendo em vista a classificação doutrinária majoritária, em que a Constituição Federal Brasileira de 1988 seria pertencente ao neoconstitucionalismo, quais as possibilidades de verificar sua aproximação com o novo constitucionalismo latino-americano, através do reconhecimento de aspectos socioculturais, que desencadeiam inclusive a Lei nº. 13.123/2015?

Para responder a este questionamento, a metodologia empregada obedece ao trinômio: Teoria de Base/Abordagem, Procedimento e Técnica. Como Teoria de Base e Abordagem optou-se pela perspectiva sistêmico-complexa, utilizando-se autores com visão multidisciplinar e conectando áreas do saber como ecologia, ciência política, sociologia e direito em uma perspectiva sistêmica e complexa enquanto Teoria de Base. Os procedimentos elegidos foram a pesquisa bibliográfica e documental (em meios físicos e digitais – sites e redes sociais). A técnica empregada foi a construção de fichamentos e resumos estendidos.

Dessa forma, a pesquisa que aqui se desenvolve está dividida em três seções: na primeira seção aborda-se as atuais tendências do constitucionalismo em território latino-americano, bem como o surgimento dos Estados Plurinacionais, as populações (so)negadas, de modo a interrelacionar os pontos propostos. Em continuidade, na segunda seção busca-se averiguar as decorrências formais e práticas das raízes neoconstitucionalistas brasileiras e a possível interconexão do constitucionalismo brasileiro com o novo constitucionalismo latino-americano no momento atual de desenvolvimento da sociedade. Por conseguinte, visando a efetiva demonstração dos possíveis reordenamentos atinentes a releitura constitucional, averigua-se conceitos e finalidades relacionadas com o pluralismo enquanto fundamento constitucional, a plurinacionalidade quando reconhecida pelo Estado, bem como a aproximação de determinadas disposições da Lei nº. 13.123/2015 à essência da plurinacionalidade e por conseguinte, do novo constitucionalismo latino-americano.

Em virtude dos argumentos apresentados, repensar o constitucionalismo brasileiro em consonância com a historicidade e identidade de seus povos é tarefa

irremediável, tendo em vista o processo de reconhecimento próprio fadado à América Latina.

## **2 AS TENDÊNCIAS DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO, OS ESTADOS PLURINACIONAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL DAS POPULAÇÕES (SO)NEGADAS**

Seguindo os autores espanhóis Rubén Martínez Dalmau e Roberto Viciano Pastor, no que diz respeito a classificação sobre neoconstitucionalismo - que poderia se identificar a uma ressignificação da própria teoria do direito - o novo constitucionalismo foca seu interesse na relação democrática que dará origem às Constituições e a ampliação dos mecanismos democráticos das mesmas, possuindo uma maior preocupação política do que jurídica.

Já o constitucionalismo latino-americano identifica-se com as causas sociais, bem como, com o redirecionamento jurídico em favor das populações (so)negadas de suas necessidades fundamentais (MARTÍNEZ DALMAU; VICIANO PASTOR, 2010, p. 18-19).

Na busca por respostas para o problema da desigualdade social vive-se a época de constitucionalismos na América Latina, com destaque para as últimas Constituições da Bolívia (2009), Equador (2008) e Venezuela (1999), que tem lançado novas luzes sobre os pesquisadores e estudiosos sobre o tema.

### **2.1 Os movimentos constitucionais em países sul-americanos: Bolívia, Equador e Venezuela**

Antonio Carlos Wolkmer, citando Boaventura de Sousa Santos, afirma que é importante destacar o protagonismo popular como uma característica marcante do novo constitucionalismo latino-americano (SANTOS apud WOLKMER; FAGUNDES, 2011). Esse rompimento com a prevalência da ideia de representação popular, no sentido da importância que é atribuída aos referendos aprovatórios e aos novos mecanismos de participação popular e democrática qualitativa, igualitária e inclusiva para as comunidades indígenas com respeito as suas formas decisórias, é percebida

na Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia em seu art. 11, como segue:

Art. 11.

I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres.

II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: 1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a Ley.

2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley.

3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley (BOLÍVIA, 2013).

A presença da democracia intercultural é outra maneira de reconhecer a manifestação política da diferença e heterogeneidade. Segundo Santos a criação pela Constituição Boliviana de um Órgão Eleitoral Plurinacional, seria uma incorporação de um quarto poder ao lado da tradicional teoria da separação tripartite elaborada por Montesquieu. Ao lado dos clássicos Executivo, Legislativo e Judiciário, haveria um poder Plurinacional, cuja competência consistiria em controlar e supervisionar os processos de representação política (SANTOS, 2010, p. 86, 87 e 88).

Além dessas ideias democráticas, há que se destacar a importância da proteção aos sujeitos oprimidos no continente latino-americano, assim é frequente a expressão “nações” e “povos indígenas originários campesinos”.

Art. 2. Dada la existencia precolonial de las **naciones y pueblos indígena originario campesinos** y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley (grifou-se) (BOLÍVIA, 2013).

Outro fator mencionado por Wolkmer e Fagundes é a busca por uma articulação de diferentes institucionalidades, como o tribunal plurinacional boliviano e também as eleições para órgãos do governo como os juízes (*Consejo de la Magistratura*), até mesmo a cosmovisão ameríndia da *pachamama e sumac kawsay*,

o *sumac kamaña*, o bem viver (WOLKMER; FAGUNDES, 2011). Ainda, vale destacar a retirada o latim como língua jurídica, para dar maior acessibilidade à população. Cita-se, como exemplo, a modificação do *habeas corpus* para ação de liberdade e o *habeas data* para ação de proteção de privacidade (VICIANO PASTOR; MARTÍNES DALMAU, 2010, p. 32).

O art. 1 da atual Constituição Boliviana mostra claramente o giro proposto pelo constitucionalismo latino-americano que propõe a fundação de um Estado Plurinacional:

Art. 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país (BOLÍVIA, 2013).

Para Santos, *a plurinacionalidade é uma demanda pelo reconhecimento de outro conceito de nação, a nação concebida como pertencimento comum a uma etnia, cultura ou religião* (SANTOS, 2010). Ou seja, o que há de se buscar agora é a articulação de múltiplas culturas e o respeito às diferenças em vez da igualdade em homogeneização na perspectiva formal do Estado Clássico.

Para o jurista boliviano Idón M. Chivi Vargas, o Estado Plurinacional Comunitário surge devido à exigência histórica de um espaço de reconhecimento democrático as populações esquecidas:

Quién puede negar que Bolívia esta conformada por 36 naciones indígenas catalogadas como tales em los registros oficiales y particulares de ONG's y agencias de cooperación internacional (BID, BM, FMI). Nadie... Quien puede negar que debido a la inexistência del Estado em las áreas rurales, SUS habitantes (indígenas, originários o compesinos) tuvieron que dotarse de mecanismos institucionales propios e efectivos. Tuvieron que mantener mecanismos que viniendo del período pre colonial se mezclaron com practicas coloniales de los españoles y aún hoy persisten, aunque reconceptualizadas o que fueron reconceptualizadas desde una apreciación por la vida em común, em colectivo, porque solo así era posible sobrevivir a um Estado hostil, um Estado eurocêntrico o norteamericanizado (CHIVI VARGAS, 2010).

Além da Constituição Boliviana já mencionada, cita-se a Constituição do Equador (2008) e da Venezuela (1999). Talvez a maior contribuição da nova Constituição Equatoriana seja a visão biocêntrica que apresenta, ao introduzir o

conceito de “direitos da natureza”. Em seu preâmbulo celebra “a natureza, a Pacha Mama, de que somos parte e que é vital para nossa existência” e invoca a “sabedoria de todas as culturas que nos enriquecem como sociedade” (ECUADOR, 2013).

Do capítulo sétimo da nova Constituição constam os “Direitos da Natureza”. Em seu art. 71, dispõe:

Art. 71. A natureza ou Pacha Mama, onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos.

Toda pessoa, comunidade, povoado, ou nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos, observar-se-ão os princípios estabelecidos na Constituição no que for pertinente.

O Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas e os entes coletivos para que protejam a natureza e promovam o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema (ECUADOR, 2013).

É possível citar resumidamente, além da previsão do direito à natureza, mais algumas inovações na Constituição equatoriana: o Presidente pode destituir a Assembleia Nacional e a Assembleia Nacional destituir o Presidente. Em ambos os casos, são convocadas, eleições gerais. É a chamada “morte cruzada”; O Presidente pode se reeleger uma única vez, para mais um período de quatro anos; Aumenta o Poder da Corte Constitucional; Presidência controlará a política monetária e creditícia; Estabelecido o sistema de Previdência Universal, inclusive para dona-de-casa e desempregados; Proibição de monopólios e oligopólios e que entidades financeiras sejam proprietárias de empresas de comunicação; união civil gay; proibição de arbitragem internacional em futuras disputas contratuais com empresas estrangeiras; recursos naturais são declarados propriedade do Estado; proibição de base militar estrangeira; o castelhano é a língua oficial, mas o *quéchua* e *schuar* são também idiomas oficiais de relação intercultural (BRASIL, FOLHA DE SÃO PAULO, 2013).

Além do reconhecimento de línguas indígenas é possível se perceber outras formas de manifestação democrática de baixo para cima, que nas palavras de Santos, são características dos Estados plurinacionais (SANTOS, 2010, p. 84). Cita-se, como exemplo, à referência já no preâmbulo à *sumak kawsay*, expressão originária da língua *quéchua*, que significa viver em plenitude (*sumak*: plenitude;

*kawsay*: viver) (BETTO, 2013). Efetivamente, na nova Constituição do Equador se reconhece o direito da população de viver em um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, que assegura a sustentabilidade e o viver bem ou *sumak kawsay*.

Também, na referida Carta, há referência expressa ao Estado plurinacional:

Art. 1. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, **plurinacional** y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible (grifou-se) (ECUADOR, 2013).

Já a Constituição da Venezuela (1999), alterada por referendo constitucional de 2009, igualmente consagra a manifestação no constitucionalismo latino-americano, em que pese à crítica recebida pela possibilidade de mandato presidencial com reeleição ilimitada, aprovado na última reforma constitucional.

No seu artigo 1º. consta:

Art. 1. Bolivia se constituye en un **Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario**, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país (grifou-se) (BOLIVIA, 2013).

Como bem se pode observar existe referência expressa ao Estado Plurinacional. Ademais a Constituição consagra a existência de cinco poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário, Cidadão e Eleitoral. Os dois últimos aumentam a participação democrática, pois a população venezuelana atua diretamente na política através dos conselhos comunais. Estes conselhos são comunidades de aproximadamente 200 famílias que moram próximos e possuem laços em comum. Através de assembleias populares os cidadãos decidem quais obras deverão ser executadas naquela comunidade. Estes grupos participam da política chegando a propor e aprovar leis, como por exemplo, a Lei de Terras, leis contra o açambarcamento em supermercados e a própria lei dos conselhos comunais.

O modelo de Estado que consta no capítulo primeiro da Carta é claro ao expor várias manifestações em defesa das populações indígenas.

Art. 3. La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.

Art. 4. El Estado respeta y garantiza la libertad de religión y de creencias espirituales, de acuerdo con sus cosmovisiones. El Estado es independiente de la religión.

Art. 5. Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco.

El Gobierno plurinacional y los gobiernos departamentales deben utilizar al menos dos idiomas oficiales. Uno de ellos debe ser el castellano, y el otro se decidirá tomando en cuenta el uso, la conveniencia, las circunstancias, las necesidades y preferencias de la población en su totalidad o del territorio en cuestión. Los demás gobiernos autónomos deben utilizar los idiomas propios de su territorio, y uno de ellos debe ser el castellano (grifou-se) (BOLIVIA, 2013).

Pode-se constatar, que ao encontro do que faz a Constituição Boliviana, a Constituição da Venezuela menciona as palavras “Nações” e “Povos indígenas originários campesinos”, além de inovar mencionando a expressão “cosmovisões” e a utilização de “dois idiomas oficiais”.

Dessa forma, os três países ora mencionados: Bolívia, Equador e Venezuela, possuem as quatro características principais do constitucionalismo latino-americano, desenvolvidas por Viciano Pastor e Martínez Dalmau: originalidade, amplitude, complexidade e rigidez (VICIANO PASTOR; MARTINEZ DALMAU, 2010, p. 28).

Não se pode negar que os demais Estados latino-americanos compartilham de características ainda que gerais, abstratas ou genéricas que são comuns aos ideais do constitucionalismo latino-americano. Nesse sentido verifica-se a possibilidade de se estar perpassando por uma época de transição, em que os objetivos dos países andinos procuram adequar-se à realidade existente, havendo no entanto posicionamentos divergentes acerca da definição classificatória pertinente ao regime constitucional dos países latinos.

Nesse diapasão, passa-se agora, a questionar se essas mudanças no constitucionalismo andino identificam-se com as propostas neoconstitucionais, se

coadunam-se com os novos paradigmas do novo constitucionalismo latino-americano ou ainda, se resultam de uma possível interconexão entre ambos os modelos.

### **3 NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: POSSÍVEL INTERCONEXÃO?**

Nos últimos anos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, houve (e continua em expansão) discussões sobre os processos modificativos do constitucionalismo, a partir de várias mudanças de abertura democrática, de desenvolvimento de justiças constitucionais e da busca pela maior efetividade dos direitos humanos em diferentes localizações geográficas e em diversos contextos históricos.

Milena Petters Melo (WOLKMER; PETERS MELO, 2013, p. 61) reproduziu bem uma das dúvidas constantes nesse trabalho, sobre a possibilidade de reunir-se em um único conceito teórico as diversidades de um movimento amplo. Assim, a aplicação de um *labeling approach* que agregue múltiplas tendências teóricas, socioculturais, jurídicas e políticas pode facilmente ser uma tentativa falha, ou ainda tendencialmente arbitrária.

De fato, o conceito de neoconstitucionalismo abrange diversos significados, de forma que inclusive, como já relatado, Carbonell faz uso do termo neoconstitucionalismos: exprimindo a ideia de uma complexidade de fenômenos (CARBONELL, 2007, p. 09). No entanto, o objetivo do trabalho não reside na formulação de uma resposta inatingível, de forma que o estudo destina-se justamente a indagação da possibilidade de identificação entre fenômenos distintos sem que haja a pretensão de exaurimento da matéria.

#### **3.1 América Latina e sua história constitucional: o possível início do processo de descolonização no âmbito normativo**

O desenvolvimento do neoconstitucionalismo demonstra a inexistência de premissas únicas e idênticas, já que o fenômeno pode ser identificado de maneiras diversas em contextos variados, mas que de alguma maneira se convergem na

formulação de constituições calcadas fortemente na presença de uma principiologia bem desenvolvida, nos mecanismos de controle constitucional e na busca pela efetivação dos direitos humanos.

Por outro lado, percebe-se que a tendência constante nos novos desenvolvimentos constitucionais da América Latina destinam-se na expansão do catálogo de direitos humanos e a incorporação de novas garantias e institutos de controle jurisdicional e administrativo (WOLKMER; PETERS MELO, 2013, p. 73). Ainda, como expõe Rubén Matínez Dalmau, o objetivo das novas construções se dá no avanço em âmbitos nos quais o constitucionalismo europeu ficou paralisado: a democracia participativa, a vigência dos direitos sociais e fundamentais, a busca de um novo papel da sociedade no Estado e a integração das minorias até agora marginalizadas (MATÍNEZ DALMAU, 2009).

Esses objetivos encontram-se facilmente perceptíveis no preâmbulo da constituição boliviana, o qual aqui reproduziremos para fins de identificação:

En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tempos de la colônia.

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país.

Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.

Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia. (BOLÍVIA, 2009).

Assim, percebe-se claramente a tentativa de superação do colonialismo e da vigência de estruturas europeias no Estado boliviano, do mesmo modo que o processo constituinte dessas constituições também o fez. A partir da participação democrática da população e da aprovação dos textos através de referendos, surgem cartas constitucionais amplas e indubitavelmente comprometidas com os processos de descolonização.

Da mesma forma, a redescoberta de valores intrínsecos às tradições dos povos latinos contribuiu para o surgimento desse movimento único e peculiar e que, ao mesmo tempo por sua amplitude e densidade de conteúdos, faz surgir indagações sobre a possibilidade de uma ruptura ainda superior àquela proposta pelo neoconstitucionalismo.

A refundação do Estado, a partir das evoluções propostas pelo neoconstitucionalismo, já começou a dar suas caras a partir da década de 1950. Entretanto, as novas cartas constitucionais demonstram que tal refundação, aqui, se deu sobre novas bases, as quais dão extrema relevância a valores relacionados com a sociobiodiversidade e a práticas de bem-viver, gerando modelos de Estado também chamados de “Estado Constitucional Ambiental” ou, ainda, “Estado Plurinacional”, tendo em vista a promoção da recuperação da soberania popular.

Houve, portanto, a inserção de novos atores e de novas bases reformadoras na América Latina, de forma que nesse contexto é possível que a importação de um contexto europeu já uma realidade latino-americana revele problemas substanciais. Inquestionavelmente, a visão eurocêntrica não é de todo capaz de compreender as especificidades e peculiaridades das inovações do constitucionalismo latino-americano, mormente no plano prático constitucional, com as repercussões políticas, econômicas e culturais da aplicação dessas novas cartas.

Ainda a perspectiva andina demonstra uma clara preocupação com a distância entre os direitos constitucionalmente proclamados e os direitos materialmente realizados, de modo que a concretização constitucional assume especial relevância (WOLKMER, PETERS MELO, 2013, p. 79). Dessa maneira, o neoconstitucionalismo, por presumir como consumada a ocorrência de uma evolução precisa e irreversível primeiramente na Europa e posteriormente na

América Latina, pode ofuscar as variações temporais e evolutivas desse complexo processo.

Mesmo assim, encontra-se uma variedade imensa de atribuições de sentido ao neoconstitucionalismo, que apesar de trabalhar com premissas comuns, desenvolve-se independentemente e de maneiras diversas em cada experiência constitucional. Desta forma, apesar de o constitucionalismo latino-americano possuir peculiaridades que lhe são próprias e (ainda) exclusivas, encontra-se também sob as bases do neoconstitucionalismo, a medida em que se propõe a refundar o modelo de Estado com respaldo na forte aplicação dos direitos humanos e na reformulação do sistema de justiça.

### **3.2 Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo Latino-americano: o caso da República Federativa do Brasil**

A ideia de Constituição e do papel que deve desempenhar vem percorrendo um longo caminho, desde o constitucionalismo liberal, com ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade, até o constitucionalismo social, de direitos ligados à promoção da igualdade material, acarretando uma ampliação das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social. (BARROSO, 2010, p. 85).

Pensar o papel do Estado, de suas potencialidades na proteção e efetivação de direitos fundamentais são reflexões necessárias para identificarmos a situação do Brasil, no contexto Latino-americano no que tange a constitucionalização de direitos.

No Brasil, a força normativa e a conquista de efetividade pela Constituição são fenômenos recentes, supervenientes ao regime militar, e que somente se consolidaram após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988. (BARROSO, 2010, p. 86). Nesse cenário alguns doutrinadores divergem quanto a identificação da Constituição Brasileira pertencer ao Neoconstitucionalismo - fenômeno relativamente recente do Estado Constitucional Contemporâneo -, assim como no que se refere a possível influência do Novo Constitucionalismo Latino-americano nos ditames expostos pela Carta Magna de 1988.

Ao analisar as Constituições contemporâneas que incorporaram um grande número de princípios morais que representam o núcleo de ética da modernidade -

democracia e soberania popular, igualdade e direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo representa constituições que não se limitam a disposição de competência ou separação dos poderes públicos, mas contém um alto nível de normas materiais ou substantivas que condicionam o Estado por meios de fins e objetivos. (NASCIMENTO, 2011, p. 83).

A base filosófica do neoconstitucionalismo não chega a romper de todo com a tradição juspositivista anterior, mas o supera até certo ponto, reciclando igualmente alguns postulados do jusnaturalismo, numa simbiose que culminou no que se pode chamar de pós-positivismo (BARROSO, 2007), doutrina que não abandona a superestimação do direito posto, porém atribui normatividade aos princípios, com o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais. (WOLKMER, 2011, p. 177)

Segundo Wolkmer, a Constituição Brasileira, faz parte do primeiro ciclo de um constitucionalismo insurgente, também denominado de constitucionalismo andino, que ganha força na América Latina diante das políticas e dos novos processos constituintes, marcados por movimentos sociais e descentralizadores. (WOLKMER, 2011, p. 403)

Para Carbonel as constituições da Argentina, Brasil, Colômbia e México, fazem parte do neoconstitucionalismo, que no âmbito da cultura jurídica, assim como na Itália e Espanha, representando um conjunto de textos constitucionais, que começaram a surgir depois da segunda guerra mundial e principalmente a partir dos anos 70 do século XX. Caracterizando-se principalmente por serem constituições que não se limitaram a estabelecer competências e a separar os poderes públicos, mas também contem altos níveis de normas materiais e substantivas que condicionam a atuação do Estado por meio ordenação de certos fins e objetivos. (CARBONELL, 2007, p. 9-10)

As constituições da Venezuela, Bolívia e Equador, segundo Wolkmer, apresentam os traços marcantes do novo constitucionalismo latino-americano, principalmente, por apresentarem no seus preâmbulos que conferem às cartas certa “espiritualidade” ao situá-las no contexto histórico do país, com especial atenção às desigualdades, explorações de dizimações, ao mesmo tempo projetando-as em sua finalidade programática; capítulos iniciais que estabelecem conceitos e princípios sobre os quais se funda o pacto social; presença bastante densa de normas-princípios e preceitos teleológicos e axiológicos, alçados à condição de “valores

superiores” (constituição da Venezuela) ou “princípios ético-morais” (constituição da Bolívia), dentre os quais cabe destacar: unidade, inclusão, dignidade, igualdade de oportunidade, equidade social e de gênero na participação, bem-estar, justiça social, redistribuição equitativa dos produtos e bens sociais, preeminência dos direitos humanos, pluralismo político; reconhecimento da eficácia direta das normas constitucionais, consagrando sua supremacia sobre todo o ordenamento e sua inarredável força vinculante para com pessoas naturais, jurídicas e poderes públicos (referência nos artigos 410 e 411 da constituição boliviana e 424 a 429 da carta do Equador); construção de um novo modelo de estado, expressado não só na sua intitulação (*Estado democrático y social de derecho e de justicia na Venezuela*, de um *Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario* na Bolívia e de um *Estado constitucional de derechos y justicia* no Equador), como também na sua reconfiguração estrutural, que será examinada adiante; “projeção social do Estado”, com a manutenção da propriedade entre outros que ainda não foram identificados pelo autor na Constituição Brasileira de 1988. (WOLKMER, 2011, p.180)

Observa-se assim a existência de posicionamento doutrinário uníssono no que concerne ao surgimento de um novo modelo de constitucionalismo no território latino-americano. Porém há discordâncias quanto à classificação da Constituição Federal de 1988, que embora possa conter características pontuais relativas ao novo constitucionalismo latino-americano, não refuta certos pressupostos neoconstitucionais refletidos em seu texto.

Diante de tais aspectos, analisar-se-á por conseguinte o texto constitucional da Carta Magna de 1988, levando em conta o espaço-tempo em que está inserido. Verificar-se-á ainda as questões socioculturais que podem influenciar a releitura da norma constitucional, além da edição de norma(s) infraconstitucional (is) capaz(es) de sedimentar a possibilidade de vislumbrar-se a Constituição Federal de 1988 com um novo olhar.

#### **4 A IMPORTÂNCIA SOCIOCULTURAL DA LEI Nº. 13.123/2015 E A POSSÍVEL (RE)INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 SOB UMA NOVA ÓTICA**

Os argumentos expendidos nas seções anteriores revelam de maneira clara dois contrapontos: o primeiro diz respeito ao ímpeto social dos povos latino-

americanos por adequar a ordem constitucional à realidade vivida no continente e às necessidades prementes dos cidadãos latinos; já o segundo nos demonstra de forma inequívoca a influência direta que os países colonizadores do continente exerceram (e talvez ainda exerçam) na formação constitucional dos países que compõem o território latino-americano<sup>5</sup>.

Gargarella (2011, p. 90) afirma que, apesar de a ordem político-social da América Latina no século XIX ter sido sedimentada de maneira legítima, estes seriam decorrentes de um acordo efetuado entre liberais e conservadores, que apesar de alimentarem diversos pontos incomuns, uniram-se em prol de objetivos específicos:

a ambos os grupos les interesaba la defensa de la propiedad privada, amenazada por las demandas crecientes de grupos políticamente cada vez más exigentes. Em este sentido, liberales y conservadores se mostraban temerosos de las consecuencias posibles, previsibles, de un involucramiento masivo y activo de las masas em el sistema de toma de decisiones. El resultado de los acuerdos entre liberales y conservadores implicó la adopción de um esquema constitucional que supo combinar rasgos valorados por ambos grupos. El producto finalmente adoptado, em la mayoría de los países, fue híbrido: un sistema de tipo liberal, organizado a partir de la idea norte-americana de los “frenos y contrapesos”, pelo desbalanceado em virtud de una autoridad ejecutiva más poderosa, como la demandada por los sectores conservadores.

Veja-se que diante da historicidade que rege o continente latino-americano, torna-se impossível negar ou desconsiderar a influência europeia que se perpetuou nas normas constitucionais dos países que o compõe, assim como a apropriação por estes, de costumes e ideais que não eram (ou não são) os seus<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> A fim de corroborar os argumentos antes expendidos, veja-se a lição de Cenci e Bedin: ... cabe destacar a diferença (e, mais do que isso, a desigualdade) existente entre os lugares historicamente ocupados, por exemplo, pela Europa e pela América Latina, o que se reflete, evidentemente, nas histórias constitucionais: se, de um lado, o constitucionalismo europeu conviveu tranquilamente com a manutenção de colônias de exploração (o que evidencia uma absurda dissintonia entre os discursos constitucionais europeus e as práticas disseminadas no âmbito das colônias), os países latino-americanos estiveram, de outro lado, na condição de explorados cultural e economicamente. Enquanto os países europeus e os Estados Unidos da América incorporavam politicamente os ideais liberais, consolidando o Estado de Direito e as Constituições nacionais, fundadas em processos revolucionários, a América Latina ostentava uma realidade social escravagista, desigual e uma organização política absolutamente subordinada aos países europeus colonizadores – especificamente, no caso, Espanha e Portugal (2013, p. 29).

<sup>6</sup> As concepções europeias normativas e sociais que constituíram a colonização da América Latina, apesar de influenciar diretamente nos costumes e regras utilizados na região por séculos, serviram como alicerces basilares para que o povo latino fosse capaz de construir sua própria identidade. No que se refere aos costumes em geral e no que tange ao modo de organização política e social, o continente latino figurou como importador nato das tradições europeias. Porém, essa reprodução

Assim, ainda que não atenda integralmente aos anseios normativos do continente - tendo em vista suas peculiaridades, o neoconstitucionalismo consubstanciou-se durante longo período de tempo como base teórica e estrutural dos ordenamentos constitucionais da América Latina, servindo ainda como norteador para o desenvolvimento do novo constitucionalismo latino-americano, além de permanecer como sustentáculo da própria Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, ainda que a doutrina em sua maioria classifique a Constituição Federal de 1988 como neoconstitucionalista, sustenta-se que no estágio atual da sociedade contemporânea pode-se reconfigurar determinadas questões interpretativas. Tal reconfiguração ocorre através da adequação do texto constitucional com a realidade vivenciada, vislumbrando-se a norma constitucional sob uma nova ótica e a partir daí, talvez se possa revelar uma aproximação até então despercebida ou desconsiderada entre a Constituição Federal de 1988 com o novo constitucionalismo latino-americano.

#### **4.1 A adequação da Constituição Federal de 1988 com o espaço tempo atual: influências e aproximações com o novo constitucionalismo latino-americano através da Lei 13.123/2015**

Os novos paradigmas do Estado Contemporâneo na América Latina – os quais contemplam o processo de descolonização dos povos em todas as suas acepções – busca incessantemente o reconhecimento dos aspectos socioculturais dos povos latinos originários no plano formal e material<sup>7</sup>.

---

da vida europeia efetuou-se em virtude das características impositoras que advieram da colonização, tendo em vista a inexistência de liberdade dos indivíduos que compuseram o povo latino em um primeiro momento.

Assim, basta um exame perfunctório na história da colonização da América Latina, para que se constate a incompatibilidade entre o modo de vida imposto e a realidade fática vivenciada na América Latina. Isso ocorreu porque os colonizadores, desde o início da colonização, estabeleceram regras de governo e organização política com características eminentemente europeias, buscando tão somente atender os interesses daqueles que detinham o poder e que nem de longe representavam os interesses da população local. Por consequência, a América Latina passou a ser palco da situação de vulnerabilidade de seus cidadãos, com grande número de pessoas vivenciando condições de extrema pobreza e exclusão social, situação incentivada pela subordinação a que o continente latino se submeteu em relação aos países colonizadores (ARAÚJO e MARTINS, 2015, p. 36-37).

<sup>7</sup> No momento em que afirma-se a necessidade de reconhecimento dos aspectos socioculturais dos povos latinos, fala-se tanto da positivação em âmbito normativo de determinadas questões

A possível refundação da figura estatal no âmbito da América Latina poderia ser demonstrada através de uma escala evolutiva, a qual é apresentada por Wolkmer (2011, p. 403) da seguinte forma: o desenvolvimento inicial do novo constitucionalismo latino-americano iniciou-se por intermédio de um primeiro ciclo que reúne as Constituições do Brasil (1988) e da Colômbia (1991), caracterizado por positivar ideais de ordem social e por seu caráter descentralizador. Logo, o segundo ciclo abarcaria a Constituição da Venezuela (1999), caracterizado sumariamente por ser um constitucionalismo participativo popular e pluralista. Já o terceiro ciclo representar-se-ia pelas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) em que então afirma-se a plurinacionalidade comunitária.

Sem dúvida alguma, o terceiro ciclo apresentado por Wolkmer é considerado como originário puro do novo constitucionalismo latino-americano, não havendo concordância quanto a considerar o primeiro e segundo ciclos como originários desse movimento, mas sim como precursores de características que posteriormente viriam a desencadear o novo constitucionalismo latino-americano.

Assim, verifica-se que a o reconhecimento da plurinacionalidade e direitos dela supervenientes – como por exemplo a autonomia de povos indígenas ou tradicionais para gerir questões relacionados a sua cultura e seus saberes – configura-se como o ponto crucial para que se possa efetivamente reconhecer a vigência de um novo constitucionalismo latino-americano. No que se refere ao Estado Plurinacional, Magalhães e Weil (2010, p. 17-18) prelecionam:

A ideia de Estado Plurinacional pode superar as bases uniformizadoras e intolerantes do Estado nacional, onde todos os grupos sociais devem se conformar aos valores determinados na constituição nacional em termos de direito de família, direito de propriedade e sistema econômico entre outros aspectos importantes da vida social. Como vimos anteriormente o Estado nacional nasce a partir da uniformização de valores com a intolerância religiosa. [...] A grande revolução do Estado Plurinacional é o fato que este Estado constitucional, democrático participativo e dialógico pode finalmente romper com as bases teóricas e sociais do Estado nacional constitucional e democrático representativo (pouco democrático e nada representativo dos grupos não uniformizados), uniformizador de valores e logo radicalmente excludente. O Estado Plurinacional reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo os valores tradicionais dos diversos grupos sociais (étnicos e culturais) existentes.

---

fundamentais para a inclusão efetiva de tais povos na sociedade, como de políticas públicas a serem executadas que criam mecanismos visando da mesma forma, a inclusão social.

No momento em que analisa-se reflexivamente as bases que fundamentam o Estado Plurinacional – ainda que não seja possível vislumbrar neste momento sua instauração no Brasil – verifica-se que a essência embasadora dos ideais de plurinacionalidade são facilmente observáveis na sociedade brasileira como um todo, tendo em vista os traços multiculturais<sup>8</sup> e os consequentes índices de desigualdade que permeiam o país.

Atualmente, cogita-se a possibilidade de inúmeros povos indígenas e tradicionais do Brasil, possuírem a autonomia necessária para gerir seus saberes tradicionais adquiridos através de culturas milenares e transmitidos de maneira intergeracional.

A referida possibilidade está retratada ainda que de maneira tímida – tendo em vista que o objetivo precípua da norma possui fins econômicos – na Lei nº. 13.123/2015<sup>9</sup>, que ao pretender regulamentar o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade, trás mecanismos para que inúmeros povos tradicionais possam decidir a respeito da utilização de seus conhecimentos tradicionais: conhecimentos estes, relacionados diretamente com a cultura, historicidade e identidade de cada povo.

Aliando a possível disposição infraconstitucional com os ditames constitucionais vigentes vê-se que a possibilidade de gerência pelos povos tradicionais de seus saberes milenares consistir em uma decorrência do pluralismo<sup>10</sup>

<sup>8</sup> O Brasil tem mais de 220 etnias originárias (indígenas para os europeus) com padrões diversos de idioma, história e logo cultura. Alguns destes grupos étnicos possuem entre seus costumes práticas que contrariam o pensamento hegemônico "internacional" a respeito dos direitos humanos consagrados na declaração de direitos da Constituição Federal brasileira (MAGALHÃES, 2010).

<sup>9</sup> Projeto de Lei da Câmara nº 2, de 2015 (Projeto de Lei (PL) nº 7.735, de 2014, na origem), do Poder Executivo, que regulamenta o inciso 11 do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto Lei: 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória Lei: 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências.

<sup>10</sup> Ainda que na Carta Constitucional inclua-se o adjetivo "político" à pluralismo, tem-se que pela multiculturalidade e a diversidade de identidades que compõem o povo brasileiro, o fundamento da Constituição não se restrinja tão somente ao pluralismo político, mas sim ao pluralismo de identidades, culturas, etc. Neste sentido, veja-se a lição de Wolkmer e Fagundes (2011, p. 393-394): No processo da refundação plurinacional do Estado, vale ter presente a condição de pluriculturalidade existente, negada e encoberta pelo processo de colonização, forjada no seio dos interesses patrimoniais das elites dirigentes, em que a fundamentação violenta reformulava-se no

enquanto fundamento constitucional, bem como um pequeno passo para um possível reconhecimento formal da plurinacionalidade<sup>11</sup> existente no espaço geopolítico brasileiro e a garantia de autonomia quanto aos fatores relacionados a identidade cultural dessas outras nacionalidades.

los grupos sociales en situaciones en que los derechos individuales de las personas que los integran resultan ineficaces para garantizar el reconocimiento y la persistencia de su identidad cultural o el fin de la discriminación social de que son víctimas. Como lo demuestra la existencia de varios Estados plurinacionales (Canadá, Bélgica, Suiza, Nigeria, Nueva Zelanda, etc.), la nación cívica puede coexistir con varias naciones culturales dentro do mismo espacio geopolítico, del mismo Estado. El reconocimiento de la plurinacionalidad conlleva la noción de autogobierno y autodeterminación, pero no necesariamente la idea de independencia. (SANTOS, 2010, p. 81).

Partindo desse ponto, resta então verificar de maneira específica as contribuições advindas do texto da Lei nº. 13.123/2015, que podem vir a rememorar o pluralismo descrito na Carta Constitucional e aproximar o Estado brasileiro de práticas inerentes à plurinacionalidade e, por conseguinte, do novo constitucionalismo latino-americano.

#### **4.2 As propostas socioculturais insertas na Lei 13.123/2015**

Conforme se verificou em oportunidade anterior, as finalidades da Lei nº. 13.123/2015. não comportam inicialmente características de inclusão, reconhecimento de identidades ou de culturas. A questão principal que ensejou o projeto de lei visa regulamentar em determinados pontos o acesso a recursos genéticos, ao conhecimento tradicional utilizado e a repartição de benefícios inerentes ou seja: em tese a norma estaria ligada diretamente à biotecnologia, nanotecnologia, e áreas afins.

---

tempo para seguir hegemônica. O alto grau de complexidade das relações sociais não pode mais ser sufocado pela racionalidade positiva e reducionista, mas direcionar-se para a racionalidade emancipatória ou, ainda, de libertação, embasada na crítica como movimento de construção da nova realidade edificada por aqueles que sempre tiveram os espaços de poder e decisão negados.

<sup>11</sup> [...] la plurinacionalidad no es la negación de la nación, sino el reconocimiento de que la nación está inconclusa. La polarización entre nación cívica y nación étnico-cultural es un punto de partida, pero no necesariamente un punto de llegada. (SANTOS, 2010, p. 84).

No entanto, embora não seja o ápice da problemática que originou a referida lei, as disposições que tratam dos povos tradicionais e conhecimentos tradicionais trazem peculiaridades que norteiam a aproximação das pretensões da norma nessa seara, ao pluralismo enquanto fundamento constitucional além da iniciação ainda que tímida, a práticas que remetam para a plurinacionalidade. Assim, de acordo com o Parecer da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Congresso Nacional<sup>12</sup>, o projeto de lei predispõe que:

O Capítulo III (arts. 8º a 10) garante o reconhecimento e a proteção dos direitos de povos indígenas, de comunidades tradicionais ou de agricultores tradicionais sobre o conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético. Estabelece a obrigatoriedade da repartição de benefícios pela sua exploração econômica. De acordo com a proposta legislativa (art. 8º, §3º), são formas de reconhecimento dos conhecimentos tradicionais associados sua identificação em publicações científicas, seu registro em cadastros ou em bancos de dados, ou sua presença em inventários culturais.

O acesso a esse conhecimento é condicionado ao consentimento prévio informado de seus detentores, ressalvados o intercâmbio e a difusão desses conhecimentos entre os próprios detentores. Também é dispensado o consentimento prévio informado quando tratar-se de conhecimento tradicional associado de origem não identificável, caracterizado quando inexistir possibilidade de se vincular a origem desse conhecimento a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional.

O referido Parecer dispõe ainda:

No Capítulo III da Proposição, o art. 8º estabelece a proteção do conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético e seu § 1º reconhece o direito de índios e de comunidades e agricultores tradicionais de participar do processo de tomada de decisões sobre assuntos relacionados à conservação e ao uso sustentável desse conhecimento, na forma da Lei e de seu regulamento. Atende-se, dessa forma, ao disposto na Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho, sendo contemplado o direito de consulta prévia, mas sem regulamentar esse direito exhaustivamente na Lei que trata especificamente de temas afetos à biodiversidade e ao patrimônio genético.

Os §§ 2º, 3º e 4º do art. 8º incluem o conhecimento tradicional associado no patrimônio cultural brasileiro e enumeram as formas pelas quais esses conhecimentos serão reconhecidos, isentando das obrigações previstas na proposição as trocas de conhecimentos tradicionais realizados entre os seus próprios titulares, para seu próprio uso e benefício.

O art. 9º condiciona o acesso ao conhecimento tradicional associado à obtenção de consentimento prévio, formalizado sob uma das modalidades previstas em seu § 1º, garantindo a autonomia desses povos e comunidades, que podem receber assistência dos órgãos públicos competentes, mas não estão sob sua tutela, como ocorria na visão paternalista vigente no passado.

<sup>12</sup> Disponível em: <[http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=119714](http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=119714)>. Acesso em: 20 abr. 2015.

No entanto é de extrema relevância frisar a incidência de diversos posicionamentos contrários à norma em questão, o qual é interpretado como possível retrocesso ou ainda por restringir direitos dos povos tradicionais que já estavam previamente positivados na Convenção sobre Diversidade Biológica. Independentemente disso, de modo pioneiro o assunto é tratado internamente no Brasil por intermédio de lei, já que a questão até pouco tempo era objeto de regulação através de medida provisória<sup>13</sup>.

Desta forma, pode-se afirmar que o também chamado Marco da Biodiversidade conjugado com o pluralismo – enquanto fundamento constitucional, remete a essência desencadeadora da plurinacionalidade.

A nova releitura constitucional aqui proposta, prevê a visualização da Constituição sob uma nova ótica: levando em conta não só o texto constitucional pura e estritamente, mas sim uma análise um tanto reflexiva que leve em conta a força propulsora dos ideais que fundamentaram a Constituição, a realidade sociocultural brasileira, além do contexto latino-americano consubstanciado em processos de descolonização e reconhecimento próprio do pluralismo de identidades culturais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar a realidade da América Latina, enquanto continente que perpassa por sucessivas refundações de fundamentos estatais, é tarefa primordial no atual processo de descolonização e redescobrimto de origens.

No Brasil, país latino com diversidade sociocultural gigantesca, tais transformações não poderiam deixar de ocorrer. Nesse diapasão, as disposições inclusas na Lei nº. 13.123/2015 as quais foram analisadas acima, aliadas a uma releitura constitucional de modo a levar em consideração a realidade do povo brasileiro como um todo sem qualquer exceção, são capazes indubitavelmente, de

<sup>13</sup> Medida Provisória Lei: 2.186-16, de 23 de agosto de 2001: Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências.

remodelar a figura neoconstitucionalista que paira até então para uma real aproximação da Constituição Federal de 1988 ao novo constitucionalismo latino-americano.

Portanto, pretendendo-se sanar a indagação que induziu a pesquisa que aqui se desenvolve, tem-se que as possibilidades de aproximação da Constituição brasileira ao novo constitucionalismo latino-americano pode ser identificada inicialmente através de sua releitura juntamente com a congregação das disposições antes identificadas da Lei nº. 13.123/2015, chegando-se a partir daí a proposições relacionadas diretamente com o pluralismo enquanto fundamento constitucional e com a plurinacionalidade quando reconhecida pelo Estado, desde que implantadas as suas predisposições.

As tendências atuais da América Latina remetem sem dúvida alguma, à união dos estados latino-americanos visando à congregação de esforços para a construção de uma nova ordem política e social que preze o reconhecimento da identidade e cultura de seus povos, inerente ao processo de descolonização.

Dessa forma, inevitável se torna a incorporação nata de tais preceitos pelo Estado brasileiro que paulatinamente irá incorporar como objetivos da nação ideais relacionados com o reconhecimento da plurinacionalidade de modo formal e a gradual aproximação da ordem constitucional vigente ao novo constitucionalismo latino-americano, talvez não através de modificações puramente legais, mas sim por intermédio de um novo olhar empregado na análise constitucional. Com isso, é possível trazer a epígrafe desse texto, de Eduardo Galeano, para que o Brasil não continue – eternamente – “cego de si”.

## 6 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marigley Leite de. MARTINS, Evilhane Jum. O novo constitucionalismo latino-americano e sua correlação com as modificações fáticas e estruturais do Direito Constitucional de Família. In: **Direito e Interação na América Latina**. DEL'OLMO, Florisbal de Souza; BEDIN, Gilmar Antonio; ARAÚJO, Marigley Leite de. (Orgs.). Vol. 2. Campinas, Millennium: 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, mar/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 19 abr. 2015.

- BETTO, Frei. **Cidadania e qualidade de vida.** Disponível em: <[http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod\\_Canal=53&cod\\_noticia=17035](http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod_Canal=53&cod_noticia=17035)>. Acesso em: 21 abr. 2013.
- BOLÍVIA, **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA.** Disponível em <<http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=469>>. Acesso em: 22 abr. 2013.
- BRASIL, **FOLHA DE SÃO PAULO.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u450099.shtml>>. Acesso em: 21 abr. 2013.
- BRASIL. **Medida Provisória 2.186-16/2001.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/2186-16.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.
- CARBONEL, Miguel. **Teoría del Neoconstitucionalismo.** Trotta – Institutos de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- CENCI, Ana Righi. BEDIN, Gilmar Antônio. O Constitucionalismo e sua Recepção na América Latina, Uma leitura das fragilidades do Estado constitucional na região e suas novas possibilidades de realização. In: **Direitos Emergentes na Sociedade Global** – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM, 2013.
- CHIVI VARGAS, Idón M. Nueva constitución y desarrollo normativo. Agencia latino americana de información América en movimiento. Disponível em: <<http://alainet.org/active/35872&lang=es>>. Acesso em: 22 abr. 2013.
- CONGRESSO NACIONAL. **Parecer da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do.** Disponível em: <[http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=119714](http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=119714)>. Acesso em: 20 abr. 2015.
- ECUADOR, **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR.** Disponível em: <<http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2013.
- GALEANO, Eduardo. **Os filhos dos dias.** Porto Alegre: L&PM, 2014.
- GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional em América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). **El derecho em América Latina: um mapa para El pensamiento jurídico del siglo XXI.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 87-108.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. WEIL, Henrique. **Bioética no Estado de Direito Plurinacional.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14151/bioetica-no-estado-de-direito-plurinacional>>. Acesso em: 20 abr. 2015.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rúben; VICIANO PASTOR, Roberto. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino-americano. In: **El nuevo constitucionalismo en América Latina: memorias del encuentro internacional el nuevo constitucionalismo: desafíos e retos para el siglo XXI.** Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010, p. 9-44.
- NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O Tempo das Reconfigurações do Constitucionalismo – Os desafios para uma cultura cosmopolita.** São Paulo: LTR, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales.** Buenos Aires: Waldhuter, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur.** Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Correias, Oscar. Organizadores. **Crítica Jurídica Na América Latina.** Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat Universidade

Federal de Santa Catarina. Aguascalientes / Florianópolis: 2013. Disponível em: <<http://www.ucm.es/>>. Acesso em: 19 abr. 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011. Disponível em: <[http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v16n2\\_artigo1.pdf](http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v16n2_artigo1.pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. PETTERS MELO, Milena. **Constitucionalismo Latino-Americano**: Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

# UMA ANÁLISE DA MORTE COM DIGNIDADE À LUZ DA TEORIA DO LIBERALISMO POLÍTICO DE JOHN RAWLS<sup>1</sup>

## AN ANALYSIS OF DEATH WITH DIGNITY IN LIGHT OF JOHN RAWLS'S THEORY OF POLITICAL LIBERALISM

*Diego Ferreira de Oliveira<sup>2</sup>*

*Ney Bello de Barros Filho<sup>3</sup>*

### Resumo

O presente artigo objetiva analisar o tema da morte com dignidade a partir da concepção do Liberalismo Político de John Rawls. Para tanto examina-se, inicialmente, os aspectos centrais da concepção do Liberalismo apresentada por Rawls, destacando-se a abordagem acerca do pluralismo razoável, do consenso sobreposto, da prioridade da liberdade e das doutrinas morais abrangentes. Posteriormente, são discutidos os conceitos principais acerca da morte com dignidade, como os relacionados à eutanásia, à ortotanásia e à distanásia. Finalmente, em um terceiro e último momento, é feita uma análise da morte com dignidade a partir das concepções apresentadas por John Rawls em sua teoria do Liberalismo Político, na qual é defendido um modelo de sociedade em que os cidadãos são livres no sentido de conceberem a si próprios e aos outros como indivíduos que possuem a faculdade moral de ter uma concepção do bem, e por serem livres, se consideram como capazes de assumir a responsabilidade por seus próprios fins. A construção da presente proposta utilizou-se da revisão bibliográfica como técnica de pesquisa.

**Palavras-chave:** Morte. Dignidade. Liberalismo Político.

### Abstract

This article aims to analyze the theme of death with dignity from the design of the Political Liberalism John Rawls. It examines, initially, the central aspects of Liberalism's design by Rawls, especially the approach on the reasonable pluralism, the overlapping consensus, the priority of freedom and comprehensive moral doctrines. Later, we discuss the major concepts about death with dignity, as related to euthanasia, the orthothanasia and futility. Finally, in a third and final time, a death with dignity analysis is made from the concepts presented by John Rawls in his theory of the Political Liberalism, which is defended a model of society in which

<sup>1</sup> Artigo submetido em 09/10/2016, pareceres de análise em 13/10/2016 e 16/10/2016, aprovação comunicada em 27/10/2016.

<sup>2</sup> Defensor Público Estadual. Especialista em Direito Processo Civil. Aluno do Programa do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. (<http://lattes.cnpq.br/8114358299762207>) E-mail: <diegofo@gmail.com>

<sup>3</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor do Programa do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. E-mail: <ney.bello@gmail.com>

citizens are free to draw up themselves and others as individuals who have the moral right to have a conception of the good, and to be free, themselves as able to take responsibility for their own ends. The construction of this proposal we used the literature review as a research technique.

**Keywords:** Death. Dignity. Political Liberalism.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Uma análise do liberalismo político apresentado por John Rawls. 3. Conceitos centrais acerca da morte com dignidade. 3. A morte com dignidade a partir da concepção de liberalismo de John Rawls. 4. Conclusão. 5. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema deste artigo refere-se à discussão acerca da morte com dignidade a partir da concepção do Liberalismo Político de John Rawls. É importante destacar que o marco teórico escolhido para esse estudo é o liberalismo igualitário, no qual compreende-se o indivíduo como hábil a fazer escolhas morais relevantes no que tange à sua existência, e também percebe os sujeitos como iguais entre si no âmbito de uma sociedade democrática marcada pelo pluralismo. A relevância desse estudo deve-se ao fato de que a morte digna é um dos assuntos mais debatidos na área da ética médica e bioética, havendo grande divergência sobre essa questão.

A presente análise discute o tema da morte digna e o direito a decisões e escolhas no final da vida, quando a pessoa esteja em estado terminal ou em situação irreversível de grande sofrimento. Nele serão tratadas questões delicadas e sensíveis como eutanásia, distanásia (prolongamento artificial da vida) e ortotanásia (o direito de recusar tratamentos extraordinários que prolonguem a vida sem qualidade). A importância do tema surge a partir do seguinte questionamento: os pacientes que se encontram em fase terminal ou estado vegetativo devem se submeter a procedimentos para prolongar a vida, mesmo que isso venha trazer mais sofrimento? Na tentativa de contribuir ao debate que envolve esse tema, e a partir da compreensão de que é necessário garantir às pessoas uma morte mais humana, pretende-se discutir a temática da morte digna tendo por norte a autonomia do indivíduo apresentada na concepção política de justiça de Rawls.

No primeiro tópico deste artigo, analisa-se a título de fundamentação teórica do estudo, a teoria de John Rawls constante de seu livro “Liberalismo Político”, na

qual ele buscar apresentar uma teoria política apta a construir uma sociedade composta de cidadãos razoáveis e racionais, que detêm a capacidade de fazer escolhas que se coadunem com o bem estar de uma sociedade bem ordenada. Ademais, sua concepção compreende que tais membros sociais devem conseguir conviver em uma realidade que possui heterogêneas concepções religiosas, morais e filosóficas, o que, certamente, está bem presente na sociedade real que vivemos. Nesse sentido, serão analisados os principais pontos dessa obra, que servirá, em minha concepção, para discutir a morte com dignidade na nossa sociedade.

Na sequência, no segundo tópico, são analisados os principais temas acerca da morte com dignidade, como o conceito de eutanásia, de ortotanásia e de distanásia, de modo a garantir uma melhor compreensão da temática sobre a morte digna. Neste momento é discutido ainda a autonomia do indivíduo no âmbito do tratamento médico, destacando-se o debate jurídico que se travou em torno da Resolução CFM n. 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, cujo objeto é regulamentar a limitação do tratamento e do cuidado paliativo de doentes em fase terminal, nas hipóteses autorizadas por seus parentes ou por seus familiares.

No terceiro e último tópico, a análise do tema se desenvolve com base nas discussões apresentadas nos itens anteriores, aonde se encontram fundamentos teóricos suficientes para nortear a discussão objeto do presente tópico, a qual cinge-se à análise da morte com dignidade à luz da teoria do liberalismo político de Rawls, principalmente no que tange às suas concepções acerca de doutrinas morais abrangentes, do pluralismo razoável, dos cidadãos como sujeitos racionais e razoáveis e de consenso sobreposto.

A análise do tema se fundamentará essencialmente no método indutivo, tendo em vista que se refere à pesquisa que opera no campo teórico interpretativo da realidade. Contudo, é importante ressaltar que a adoção do método indutivo, não exclui no desenvolvimento do estudo a utilização do método hipotético-dedutivo, pois certamente se mostrará útil, em determinados momentos, uma dedução demonstrativa do particular a partir de premissas gerais. A técnica de pesquisa adotada no estudo é, basicamente, a revisão bibliográfica.

## 2 UMA ANÁLISE DO LIBERALISMO POLÍTICO APRESENTADO POR JOHN RAWLS

Neste capítulo o estudo se fundamentará na análise da obra de John Rawls, “Liberalismo Político”<sup>4</sup>, na qual ele pretende apresentar uma resposta à seguinte questão: “*Como é possível existir, ao logo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais que se mantêm profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis?*” (RAWLS, 2011, p. 56). A resposta a tal indagação é o principal objetivo do estudo feito pelo autor durante seu livro. Nessa perspectiva, Rawls apresenta, em sua concepção de liberalismo político, ideias que servirão de fundamento para o desenvolvimento de um modelo de sociedade centrado em uma estrutura eminentemente política<sup>5</sup>.

O problema do liberalismo político consiste em elaborar uma concepção de justiça política para um regime democrático constitucional que uma pluralidade de doutrinas razoáveis – que sempre constitui uma característica da cultura de um regime democrático livre – possa subscrever. A intenção não é substituir essas visões abrangentes, nem lhes dar um fundamento verdadeiro. Tal intenção seria, com efeito ilusória. Mas não é disso que se trata, não é disso que o liberalismo político se ocupa. (RAWLS, 2011, p. XIX - XX)

Rawls (2011) destaca, quando da apresentação das ideais fundamentais de sua teoria, os dois princípios de justiça que nortearão o caminho a ser seguido pelas instituições básicas da sociedade, para fins de realizar os valores da liberdade e da igualdade. Tais princípios são apresentados nos seguintes enunciados:

a. Cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdade iguais, sistema esse que deve ser compatível com um

<sup>4</sup> Do mesmo modo como se deu com o seu primeiro livro “*Uma teoria da justiça*”, também seu “*Liberalismo político*”, publicado em 1993, foi fruto de uma organização de artigos e conferências por ele realizadas. Alguns autores afirmam, ainda, que esta obra foi oriunda necessidade de revisão do seu livro, “*Uma teoria da justiça*”, no sentido de realizar a distinção, no que se refere a sua teoria original, entre uma concepção moral e uma concepção política de justiça.

<sup>5</sup> “*O liberalismo político, então, aspira a uma concepção política de justiça entendida como uma visão que se sustenta por si própria. Ele não propõe nenhuma doutrina metafísica ou epistemológica específica que vá além daquilo que está envolvido na própria concepção política. (...) Um objetivo, como afirmei antes, é o de especificar o domínio do político e sua concepção de justiça de tal forma que suas instituições possam conquistar o apoio de um consenso sobreposto. Nesse caso, são os próprios cidadãos que, como parte do exercício de sua liberdade de pensamento e de consciência, e voltando-se para suas doutrinas abrangentes, veem a concepção política como derivada de outros valores seus, ou congruentes com eles, ou pelo menos não contraditória em relação a esses outros valores*”. (RAWLS, 2011, p. 12)

sistema similar para todos. E, nesse sistema, as liberdades políticas, e somente estas liberdades, devem ter seu valor equitativo garantido.

b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas exigências: em primeiro lugar, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; em segundo lugar, devem se estabelecer para o maior benefício possível dos membros menos privilegiados da sociedade. (RAWLS, 2011, p. 6)

Nesse sistema, as liberdades políticas, e somente estas liberdades, devem ter seu valor equitativo garantido. Já o segundo postulado, estabelece o princípio da diferença, o qual, reconhecendo a inevitabilidade da existência de desigualdades no âmbito da sociedade democrática, preceitua condições e termos para a aceitabilidade de tais condições. Diante de tais fatos, infere-se que Rawls desenvolve uma concepção política de justiça de natureza liberal.

É importante destacar que tais princípios de justiça devem submeter-se a uma ordenação serial, pela qual o primeiro tem prioridade sobre o segundo. Portanto, as violações às liberdades fundamentais não se justificarão nem se compensarão pelo alcance de maiores vantagens econômicas. Assim, as limitações às liberdades básicas só poderão ser aceitas diante de um conflito entre liberdades fundamentais, o que exigirá a prioridade de uma em detrimento da outra. Para Rawls (2011) há uma prioridade do justo sobre o bem, o que significa que os direitos individuais não podem ser sacrificados em prol do bem-estar geral<sup>6</sup>. Rawls pondera ainda, que esses princípios de justiça não podem ser confundidos com os princípios que regem os indivíduos, os quais são livres para seguir suas doutrinas racionais e razoáveis e as suas circunstâncias particulares.

A concepção política de justiça defendida por Rawls deve ser consentânea com nossos juízos ponderados. Nesse sentido, no liberalismo político o objetivo é que as principais instituições da sociedade - denominada de estrutura básica da sociedade<sup>7</sup> -, e a maneira como se organizam em um sistema único de cooperação social, podem ser analisadas da mesma forma por qualquer indivíduo, independentemente de seu plano de vida e de sua posição social.

<sup>6</sup> Nessa perspectiva, Rawls defende que os princípios da justiça tem que ser originados independentemente de qualquer concepção de bem, respeitando uma pluralidade de concepções a fim de ser aceitos por todos.

<sup>7</sup> Rawls (2011) destaca que sua concepção política de justiça tem por foco a estrutura básica da sociedade, reconhecida como as principais instituições políticas, sociais e econômicas e o modo como se combinam em um sistema único de cooperação social de uma geração às seguintes.

Para Rawls (2011), sua concepção política de justiça seria fruto de um acordo político refletido, bem informado e voluntário entre os cidadãos, os quais, naturalmente, possuem divergências morais, filosóficas e religiosas. Assim, sua teoria objetivaria o atingimento de um consenso sobreposto de concepções religiosas, morais e filosóficas entre os cidadãos, sob o domínio do '*político*' e que ele seja capaz de sustentar a estrutura básica da sociedade. De tal modo que ela se enquadra nas diversas doutrinas abrangentes razoáveis que coexistem no âmbito da sociedade democrática por ela regulada, podendo alcançar sua aprovação. Isto seria possível, pois seu conteúdo é originário de certas ideias fundamentais compreendidas como implícitas na cultura pública política de uma sociedade democrática.

Acerca da noção de cidadãos que compõem uma sociedade bem ordenada, Rawls entende que os indivíduos são razoáveis e racionais, fatos que são elementos basilares de sua concepção de justiça por equidade, sendo tais conceitos complementares. Para Rawls (2011), considerando os propósitos de uma concepção política de justiça, entende-se o razoável de forma mais restritiva e a ele associa-se, primeiro, a disposição de propor e sujeitar-se a termos equitativos de cooperação; e, segundo, a disposição de reconhecer os limites da capacidade de juízo e aceitar suas consequências. Deste modo, sabe-se que as pessoas são razoáveis quando elas se dispõem a guiar sua conduta por um princípio a partir do qual elas e outros podem raciocinar em conjunto; e pessoas razoáveis levam em conta as consequências de suas ações para o bem estar de outros. Sobre a concepção de limites da capacidade de juízo, Rawls (2011, p. 66-69) afirma que:

A ideia de desacordo razoável envolve uma visão das fontes ou das causas da discordância entre pessoas razoáveis assim concebidas. A essas fontes refiro-me como os limites da capacidade do juízo. (...) muitos de nossos juízos mais importantes são alcançados em condições nas quais não se deve esperar que pessoas conscienciosas, no uso pleno de suas faculdades da razão, mesmo depois de discussão livre, cheguem à mesma conclusão. Alguns juízos razoáveis divergentes (são especialmente importantes aqueles que pertencem às doutrinas abrangentes das pessoas) podem ser verdadeiros, outros, falsos, e é até mesmo possível que todos sejam falsos. Esses limites da capacidade de juízo são da maior importância para uma noção democrática de tolerância.

Já o racional se aplica a um agente único e individualizado (quer se trate de um indivíduo ou de uma pessoa jurídica), ele aplica-se ao modo como esses fins e

interesses que são particularmente dos indivíduos (seu plano de vida) serão alcançados e como serão priorizados. Geralmente isso se dá pela opção dos meios mais eficientes ou mais prováveis de alcançar o objetivo priorizado (Rawls, 2011).

Deste modo, Rawls (2011) compreende os cidadãos como indivíduos livres e iguais, capazes de possuir um senso de justiça, isto é, de entender a concepção pública de justiça como capacidade de estabelecer termos equitativos de cooperação social; e de possuírem concepções do bem que estão sujeitos à mudança no decorrer do tempo.

Uma concepção importante na teoria de Rawls é a de doutrinas abrangentes de todos os tipos (religiosas, filosóficas e morais), as quais compõem um pano de fundo da sociedade civil e não possuem um viés político, mas sim social. Para ele, numa sociedade democrática não há nenhuma doutrina abrangente que seja unânime, e isso não deveria ser, na opinião desse autor, nem um objetivo razoável. Entretanto, Rawls (2011) destaca que não obstante essa pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis, a sociedade permanece íntegra, uma vez que as doutrinas abrangentes divergentes cultivam a tolerância entre si, consistindo tal fato num pluralismo razoável<sup>8</sup>. No liberalismo político, é defendido que não é razoável que se utilize o poder político, por aqueles que o detém, para reprimir doutrinas abrangentes que não são desarrazoadas.

Nesse sentido, a teoria de liberalismo político proposta por Rawls não olvida a questão da necessidade de um pluralismo razoável, objetivando construir uma concepção de justiça política para um regime democrático constitucional que possa ser endossada pela pluralidade de doutrinas razoáveis.

Em sua obra, Rawls (2011) destaca ainda que os princípios de justiça política são fruto de um processo de construção pelo qual indivíduos racionais (ou seus representantes), escolhem tais enunciados para reger a estrutura básica da sociedade. Portanto, o Autor no desenvolvimento de seu construtivismo político faz uso de uma noção complexa de pessoa e sociedade, o que significa que ele compreende o indivíduo como membro de uma sociedade política representada como um sistema equitativo de cooperação social. Sendo, assim, Rawls (2011)

<sup>8</sup> Em sua concepção de liberalismo político, Rawls (2011) afirma que para fins de justificar como uma sociedade democrática centrada pelo pluralismo razoável mantém-se estável, é necessário utilizasse uma teoria que compreenda a estabilidade não como um fato natural, mas sim como um desenvolvimento progressivo de cidadãos livres e iguais amplamente cooperativos quanto à estrutura básica da sociedade, e razoáveis no que tange aos indivíduos que não professam de suas respectivas doutrinas abrangentes.

defende que apenas por meio de uma concepção construtivista – apresentada como política e não metafísica – que os cidadãos podem escolher princípios aptos a serem endossados por todos.

Para fins de garantir estabilidade em sua concepção de liberalismo político, Rawls apresenta a idéia de consenso por sobreposição, ou consenso sobreposto. Tal fato seria um consenso que se dá no seio da sociedade democrática moderna, marcada pelo pluralismo razoável. Deste modo, a noção de consenso relaciona-se ao fato de que a concepção política responsável pelo governo da estrutura básica da sociedade, é endossada pelas doutrinas abrangentes razoáveis existentes no âmbito da sociedade democrática. Sobre tal tema, Rawls (2011, p.157-158) afirma que:

O segundo estágio da exposição – para o qual nos voltamos agora – analisa de que maneira a sociedade democrática bem – ordenada de justiça como equidade pode estabelecer e preservar a unidade e a estabilidade, considerando o pluralismo razoável que é inerente a essa sociedade. Em tal sociedade, uma doutrina abrangente razoável não pode servir de base para a unidade social, nem fornecer o conteúdo da razão pública sobre questões políticas fundamentais. Deste modo, para mostrar como uma sociedade bem-ordenada pode unificar-se e se tornar estável, introduzimos outra idéia fundamental do liberalismo político: um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes razoáveis. Em tal consenso, essas doutrinas subscrevem a concepção, cada qual a partir de seu ponto de vista específico. A unidade social se baseia em um consenso acerca da concepção política; e a estabilidade se torna possível quando as doutrinas que constituem o consenso são aceitas pelos cidadão politicamente ativos da sociedade e quando as exigências da justiça não conflitam por demais com os interesses essenciais dos cidadãos, considerando-se o modo como esses interesses se formam e são fomentados pelos arranjos sociais de sua sociedade.

Portanto, Rawls (2011) defende que não exista um domínio de uma doutrina abrangente sobre as demais, mas a construção de uma concepção política independente das doutrinas abrangentes, posto que não retira seu fundamento de nenhuma das doutrinas abrangentes razoáveis. Como o consenso por sobreposição se preocupa apenas com questões de justiça, o problema do bem passa a ser tema não de uma concepção política, mas sim pelos indivíduos no âmbito de suas respectivas doutrinas abrangentes razoáveis. Deste modo, a razão que norteia as questões políticas é uma razão própria, sendo uma razão pública, que é diferente daquela existente nas doutrinas abrangentes razoáveis, fundada no ideal da verdade.

Sobre a noção de razão pública, Rawls a entende como o modo pelo qual a sociedade política discute seus projetos, estabelece prioridades e toma decisões.

Ele afirma que a razão pública seria também a capacidade intelectual e moral de fazê-lo com base na capacidade de seus membros. Nesse sentido, a razão pública possui três características principais: é a razão do público, ou seja, é a razão dos cidadãos livres, iguais, racionais, cooperativos e tolerantes; seu foco são os elementos ou exigências constitucionais essenciais; e, ela tem conceito público, pelo fato de ser norteadada pela concepção de justiça política da sociedade. Conforme já dito, a razão pública se diferencia de outras razões não públicas, em virtude dela ser imparcial no que concerne às concepções das doutrinas abrangentes razoáveis.

Diante de tal exposição, o liberalismo político defendido por Rawls fundamenta-se numa noção de sociedade bem ordenada que se rege por um sistema equitativo de cooperação entre os cidadãos, na qual a estrutura básica da sociedade seja norteadada por uma concepção política de justiça que possa ser objeto de um consenso sobreposto. Deste modo, a solidariedade social se fundamenta em um consenso acerca da concepção política, e a estabilidade é possível quando as doutrinas que constituem o consenso são endossadas pelos cidadãos politicamente ativos da sociedade, e quando as exigências da justiça não se contrapõem aos interesses essenciais dos indivíduos. Estes interesses são oriundos de arranjos sociais da sociedade - de doutrinas razoáveis, discussão pública -, e quando temas constitucionais essenciais e elementos de justiça básica sejam ordenados por uma concepção política de justiça.

Diante do tema objeto do presente estudo, é importante ressaltar que na sociedade apresentada por Rawls, os cidadãos são livres no sentido de reconhecerem a si próprios e aos outros como indivíduos que possuem a faculdade moral de ter uma concepção do bem, de modo que os indivíduos são livres e capazes de assumir a responsabilidade por seus próprios fins.

### **3 CONCEITOS CENTRAIS ACERCA DA MORTE COM DIGNIDADE**

No presente tópico, são analisadas as principais questões que giram em torno da morte com dignidade, no que se refere aos conceitos operacionais da eutanásia, distanásia e ortotanásia, já tão profundamente discutidos no âmbito da bioética<sup>9</sup>. Essa análise é fundamental para o objetivo da presente discussão, na qual

<sup>9</sup> Andorno (2012) ao tratar do conceito de bioética, destaca que ela compreende o estudo sobre a ética da vida, que se preocupa com a superação de um viés paternalista da medicina, garantindo

se discute o tema da morte digna e o direito a decisões e escolhas nos casos em que o indivíduo esteja em estado terminal ou em situação irreversível de grande sofrimento.

Como direito fundamental e basilar que é, o direito à vida é amplamente tutelado em instrumentos internacionais, na Constituição Federal e no direito infraconstitucional. Tal proteção se dá igualmente, à dignidade da pessoa humana, diante de sua importância para a concretização do direito a uma vida digna. Contudo, diante de tal pressuposto é relevante refletir se existiria direito a uma morte digna?

Tal questionamento se mostra importante ao se perceber que diante do avanço da ciência e da medicina, houve uma expansão dos limites da vida em todo o mundo. E, se antes o ser humano temia as doenças e a morte, hodiernamente, há para alguns o receio também do prolongamento da vida em agonia, de uma morte adiada, que se torne mais sofrida. É válido ressaltar que as discussões acerca da morte com intervenção, aqui tratadas, relacionam-se tão somente às hipóteses de pessoas em estado terminal, em estado vegetativo persistente ou em situação irreversível de grande sofrimento.

É diante dessa perspectiva que se justifica a presente discussão, tendo por pressuposto que no âmbito médico a proteção deve ser direcionada ao sujeito submetido ao tratamento, havendo, assim, a preocupação com o indivíduo doente e não com a doença que lhe aflige. A relação médico paciente passou por um processo de gradual substituição do paternalismo pelo consentimento informado, pois se antes o paciente estava sujeito ao império da vontade do médico, atualmente o paciente conquistou o poder de interferir nas decisões sobre sua saúde e sua vida.

Na bioética promoveu-se um esforço no sentido de realizar uma determinação léxica de alguns conceitos concernente ao tema do final da vida. Isto porque, diversas denominações que eram compreendidas no mesmo gênero, foram reconhecidas como categorias específicas. Diante de tal fato, optou-se por analisar no presente artigo, as seguintes noções: a) eutanásia; b) ortotanásia; e, c) distanásia<sup>10</sup>.

---

ao paciente um maior poder de escolha no que se refere aos tratamentos a que desejaria se submeter.

<sup>10</sup> Tal escolheu se deu em virtude do objetivo da presente análise, bem como em razão na necessidade de se impor uma limitação temática na discussão objeto deste artigo. Ademais, entende-se que as três categorias escolhidas representam as três principais noções acerca do tema da morte com dignidade.

O conceito de eutanásia foi usado, por longo período, de forma genérica e ampla, compreendendo tanto ações comissivas quanto omissivas em pacientes que estavam em situações muito diferentes. Entretanto, hodiernamente, o termo eutanásia tem sua utilização reduzida somente à conduta ativa aplicada por médicos a doentes terminais cuja morte é inevitável em um curto lapso. Portanto, eutanásia é a conduta médica intencional de antecipar ou induzir a morte — com exclusiva finalidade benevolente — de um indivíduo que esteja em um quadro clínico irreversível e incurável, conforme padrões médicos vigentes, e que esteja submetido a intensos sofrimentos físicos e psíquicos. A eutanásia pode ser classificada como voluntária, não-voluntária e involuntária, considerando o consentimento ou não da pessoa que esteja doente. (BARROSO; MARTEL, 2010)

Deste modo, entende-se que na eutanásia existe a intenção em antecipar a morte de um paciente quem já está em estado irreversível. Sobre a distinção entre eutanásia ativa e passiva, Nedel (2004, p. 89) explicita que:

(...) Pelo visto, a eutanásia ativa pode ser cometida por ação, por ex., administrando ao doente dose letal de medicação, ou por omissão, consciente e voluntária, por ex., não aplicando ou cessando de aplicar-lhe terapia médica não-extraordinária, apta a prolongar-lhe a vida. (...) A doutrina comum tem chamado de eutanásia passiva, ou às vezes ironicamente de eutanásia católica o não uso ou a cessação o uso de recursos médicos extraordinários ou desproporcionais, em termos de ganho efetivo de qualidade de vida.

O conceito de ortotanásia, relacionado à noção de eutanásia passiva, é entendido como o meio pelo qual se permitirá ao paciente e sua família o enfrentamento tranquilo da morte, como um ideal para garantir ao indivíduo gravemente doente um direito de morrer com dignidade, sem sofrimento e sem prolongamento da dor (ATHENIENSE, 2010). A ortotanásia ocorreria naqueles casos em que o paciente já se encontra em processo natural de morte, e o médico deixa que esse processo de desenvolva livremente, sem intervenções inúteis ou desnecessárias<sup>11</sup>. Sobre a definição de ortotanásia, Barroso e Martel (2010, p. 240) afirmam que:

<sup>11</sup> Nessas hipóteses existe a possibilidade de se praticar a Suspensão de Esforço Terapêutico – SET, pela qual os pacientes em estado vegetativo persistente ou em fase terminal de doenças incuráveis autorizam a suspensão de tratamentos fúteis que visam apenas adiar a morte, em vez de manter a vida. Para tanto é imprescindível que haja a manifestação de vontade expressa do

Em sentido oposto da distanásia e distinto da eutanásia, tem-se a ortotanásia. Trata-se da morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia. É uma aceitação da morte, pois permite que ela siga seu curso. É prática “*sensível ao processo de humanização da morte, ao alívio das dores e não incorre em prolongamentos abusivos com aplicação de meios desproporcionados que importam sofrimentos adicionais*”[11]. Indissociável da ortotanásia é o cuidado paliativo, voltado à utilização de toda a tecnologia possível para aplacar o sofrimento físico e psíquico do enfermo[12]. Evitando métodos extraordinários e excepcionais, procura-se aliviar o padecimento do doente terminal pelo uso de recursos apropriados para tratar os sintomas, como a dor e a depressão[13]. O cuidado paliativo pode envolver o que se denomina duplo efeito: em determinados casos, o uso de algumas substâncias para controlar a dor e a angústia pode aproximar o momento da morte. A diminuição do tempo de vida é um efeito previsível sem ser desejado, pois o objetivo primário é oferecer o máximo conforto possível ao paciente, sem intenção de ocasionar a morte[14].

Em sentido contrário aos dois conceitos tratados acima, tem-se a noção de distanásia, na qual objetiva-se um prolongamento da agonia, sofrimento e adiamento da morte. Para Barroso e Martel (2010), a distanásia é a tentativa de retardar a morte o máximo possível, utilizando para tal fim de todos os meios médicos disponíveis, ordinários e extraordinários, sejam eles proporcionais ou não, mesmo que tais tratamentos causem mais dores e sofrimento a uma paciente cuja morte é iminente e inevitável<sup>12</sup>.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, a eutanásia e a ortotanásia são atos tipificados como homicídio, na primeira hipótese na modalidade comissiva e, na segunda, na omissiva. Deste modo, a escolha do paciente ou de sua família de suspender um tratamento médico considerado desproporcional ou fútil não mudaria o caráter criminoso da conduta do médico.

Em contraponto, a tal entendimento, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução CFM n. 1.805/2006, que prevê a autorização, na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, para que o médico limite ou suspenda os

---

indivíduo, à qual deve ser feita antes da perda de sua capacidade civil, no contexto de diretivas antecipadas.

<sup>12</sup> Barroso e Martel (2012) destacam que para alguns autores, a obstinação terapêutica e o tratamento fútil estão compreendidos na noção de distanásia. Sendo que a primeira noção estaria ligada ao comportamento médico de combater a morte de todos os modos, como se fosse possível curá-la, em “*uma luta desenfreada e (ir)racional*”, olvidando-se o sofrimento e os custos humanos causados por tais tratamentos inócuos. Já o tratamento fútil é o emprego de técnicas e métodos extraordinários e desproporcionais de tratamento, incapazes de promover a melhora ou a cura do paciente, mas que sejam capazes de prolongar a vida, mesmo que agravando seu padecimento, de tal modo os benefícios previsíveis são muito inferiores aos danos causados.

procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal, numa perspectiva de assistência integral. Essa resolução do CFM fundamentaria, assim, a ortotanásia. Sendo importante destacar que o artigo 2º desta Resolução preceitua que o paciente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar. (BRASIL, 2006)

Entretanto, o Ministério Público Federal – MPF ingressou com uma Ação Civil Pública em desfavor dessa resolução, por entender que seu conteúdo entra em conflito com o Código Penal. Em virtude dessa ação, essa resolução foi, inicialmente, suspensa pela Justiça Federal de Brasília. Em sua petição inicial, dentre muitas considerações jurídicas, morais e metafísicas, é defendido que a ortotanásia representa um artifício homicida, configurando, assim, um expediente desprovido de razões lógicas e violador da Constituição Federal, mero desejo de dar ao homem, pelo próprio homem, a possibilidade de uma decisão que nunca lhe pertenceu.

Em contraposição aos termos da ação do MPF e da decisão judicial que a suspendeu, entende-se que essa resolução garante o exercício da dignidade com autonomia<sup>13</sup>, valorizando a liberdade e os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente aos indivíduos. Nessa perspectiva, essa norma do Conselho Federal de Medicina possibilita a garantia da relação entre médico e paciente e entre o médico e seus familiares, tudo na busca de se garantir ao paciente que o momento final de sua vida seja vivido com dignidade. Nesse sentido foi o entendimento em sede de sentença, haja vista que essa ação civil pública foi julgada improcedente, não tendo sido interposto qualquer recurso contra tal decisão de mérito.

Em consonância com a Resolução n. 1.805/2006, o Conselho Federal de Medicina, no dia 31 de agosto de 2012, publicou a Resolução n. 1995/2012, a qual

<sup>13</sup> Acerca da noção de dignidade com autonomia, Barroso e Martel (2010, p. 252) afirmam que: “A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los.

trata sobre a vontade do paciente decidir a quais tratamentos irá se submeter no momento que estiver incapacitado para exprimir seu desejo. (BRASIL, 2012)

Acerca da discussão da morte com dignidade, Barroso e Martel (2010) destacam que é necessário ressaltar que o direito à vida é de fato essencial, o que induz que qualquer flexibilização de sua força normativa ou moral é sensível e deve ser tratada com bastante cautela. Contudo, nem mesmo o direito à vida deve ser considerado absoluto. Portanto, é nessa perspectiva que a discussão da morte com dignidade se torna especial e importante para a consagração da liberdade do indivíduo e da própria vida como um bem em si.

É importante ressaltar que tal análise não se aplica a situações banais, temporárias ou reversíveis, na quais uma pessoa escolhe morrer e outros indivíduos simplesmente se omitem em evitar ou prestam-lhe auxílio. Em verdade, a discussão sobre a morte digna se refere a situações de pacientes com quadro clínico extremamente grave, em condições nada ordinárias, que reclamam a possibilidade de renunciar a intervenções médicas de prolongamento da vida. Ou, em outras hipóteses, de escolher pela abreviação direta da vida, por ato próprio ou alheio, por estarem acometidos de doenças terminais extremamente dolorosas ou por enfermidades degenerativas que conduzem à perda paulatina da independência. (BARROSO e MARTEL, 2010)

Diante de tais casos extraordinários, é necessária a consagração de novos direitos e a relativização de outros, como o direito à vida, de modo, na verdade, a consagrá-lo, impedindo que ele se torne um insuportável dever à vida. Nessa perspectiva, compreende-se que em uma sociedade livre e democrática, é basilar que qualquer pessoa gravemente doente pode ou não buscar um aconselhamento médico e um tratamento para sua enfermidade, do mesmo modo que pode optar por abandonar esse tratamento a partir do momento em que não possibilitará mais nenhum resultado e se torne extremamente doloroso e desproporcional.

### **3 A MORTE COM DIGNIDADE A PARTIR DA CONCEPÇÃO DE LIBERALISMO DE JOHN RAWLS**

Diante das discussões apresentadas nos tópicos anteriores, têm-se os fundamentos teóricos suficientes para nortear a análise objeto do presente capítulo,

a qual cinge-se ao estudo da morte com dignidade à luz da teoria do liberalismo político de Rawls, principalmente, no que tange as suas concepções das doutrinas morais abrangentes, do pluralismo razoável, dos cidadãos como sujeitos racionais e razoáveis e de consenso sobreposto.

Portanto, é diante da concepção de sociedade bem ordenada proposta por esse Autor, que se buscará instrumentos para a discussão do tema acerca da morte digna. Rawls (2011) afirma que a sociedade democrática é pautada pela pluralidade, o que exige dos cidadãos serem razoáveis, na medida em que estabelecem termos equitativos de cooperação e se dispõem, voluntariamente, a submeter-se a eles, dada a garantia de que os outros farão o mesmo. Diante dessa premissa de cooperação, apresenta-se um problema da realidade: como conciliar divergências culturais, morais, filosóficas, por vezes, irreconciliáveis? Como é o caso das discussões que são travadas quando o tema é a morte com dignidade.

Conforme foi visto, há uma considerável tendência do Conselho Federal de Medicina – CFM em promover um combate ao modelo médico paternalista, cuja essência se funda na autoridade do profissional da medicina sobre o paciente e descaracteriza a condição de sujeito do enfermo. O CFM, diante de sua competência regulamentar, tem tentado combater as condutas de obstinação terapêutica, que acabam por provocar a distanásia, muitas vezes praticada por médicos receosos de sofrerem uma sanção penal, tendo em vista a abordagem legal acerca da morte digna.

Portanto, diante do entendimento legal acerca desse tema, tais profissionais não apenas manterão ou iniciarão um tratamento indesejado, provocador de muita agonia e padecimento ao paciente, como, certamente, adotarão algum não recomendado pela boa técnica, por sua desproporcionalidade. Diante de tal realidade, a medicina, entendida como a ciência da cura e da prevenção do sofrimento, se transforma, assim, na atividade tendente a prolongar a vida a qualquer custo e sob quaisquer condições. Nessa perspectiva, entende-se que não é apenas a autonomia do paciente - manifestada através do consentimento informado - que é violentada, mas também a liberdade de consciência do médico. (BARROSO e MARTEL, 2010)

Barroso e Martel (2010) afirmam que na discussão acerca da morte com dignidade há uma divergência clara de dois parâmetros. O paternalista que não dá

importância à vontade do paciente e de seus familiares. E outro que valoriza a autonomia do paciente e o diálogo entre médico, enfermo e familiares. É importante destacar que o principal fundamento que combate qualquer hipótese de morte com intervenção é fruto do entendimento do direito à vida como um direito fundamental absoluto. E no Brasil, essa consagração absoluta do direito à vida e do modelo biomédico intensivista e interventor fundamenta-se em algumas doutrinas morais abrangentes, a maioria de caráter religioso, que acaba sendo reverberada no entendimento legal e jurisprudencial<sup>14</sup>.

O entendimento que se contrapõe à defesa da morte com dignidade no Brasil, tem se apresentado como uma concepção de uma doutrina moral abrangente, que é diferente nas várias sociedades do globo. Rawls (2011) afirma que com o desenvolvimento de liberdades básicas, inevitavelmente surgem na sociedade moderna um conjunto de doutrinas abrangentes razoáveis, compreendidas como teorias filosóficas, morais e religiosas diferentes, que não são conciliáveis entre si em suas afirmações de bem e verdade, mas que são tolerantes entre si, daí porque são razoáveis<sup>15</sup>. Entretanto, numa sociedade democrática, marcada pelo pluralismo, nenhuma doutrina abrangente é defendida por todos os indivíduos, nem se pode desejar que tal fato venha a acontecer. Da mesma forma, não é razoável que aqueles que detém o poder político o empregue para reprimir doutrinas abrangentes que não são desarrazoadas.

Nessa perspectiva, questiona-se se uma pessoa, que esteja em um estado grave de saúde, sem condições de cura, pode decidir sobre o fim da própria vida ou sobre tratamentos que deseja se submeter? Será que a legitimidade ou não dessa escolha deveria ser determinada por um universo de questões religiosas e morais que não são as professadas pelo indivíduo? Nesse sentido, Rawls (2011) defende em sua concepção de liberalismo político que é necessária uma separação entre os elementos da concepção política de justiça, dos elementos das doutrinas abrangentes. Para ele, estabelece-se, assim, uma diferença entre a razão pública e

<sup>14</sup> Tal fato pode ser comprovado pela análise dos fundamentos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da Resolução CFM n. 1.805/2006, a qual apresenta muitos argumentos de caráter jurídico, moral e metafísico. Nela é afirmado que a ortotanásia se apresenta como um artifício homicida, sendo um mero desejo de dar ao homem, pelo próprio homem, a possibilidade de uma decisão que nunca lhe pertenceu.

<sup>15</sup> Rawls (2011) afirma que não obstante a pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis, a sociedade permanece íntegra, em virtude do pluralismo razoável, que consiste no fato de que as doutrinas abrangentes divergentes cultivam a tolerância entre si.

as muitas razões não públicas, sendo que a razão pública deve ser imparcial em relação aos pontos de vista das doutrinas abrangentes.

Portanto, analisando-se o tema da morte com dignidade, constata-se que o mesmo deve ser discutido e entendido a partir de uma razão pública, capaz de ensejar um consenso sobreposto sobre esse assunto, de modo que sua definição não fique limitada às várias razões não públicas que fundamentam doutrinas abrangentes razoáveis, as quais baseiam-se em argumentos de verdade e não de razoabilidade.

Desta forma, depreende-se que o tema da morte com dignidade será melhor discutido se a análise não for pautada em fundamentos de doutrinas morais abrangentes. Devendo, ao contrário, ser tratado a partir da perspectiva do respeito à autonomia do indivíduo, tendo em vista que a decisão nas hipóteses que ensejam a morte digna são de âmbito pessoal do cidadão, o que por si só exige a possibilidade de uma escolha livre. Deste modo, não caberia ao poder estatal a intervenção sobre tal decisão do indivíduo, que está gravemente doente e que pode considerar que seu caminho na vida não é mais digno de ser percorrido<sup>16</sup>.

A ideia de autonomia do indivíduo apresentada na concepção política de justiça de Rawls é especialmente importante para os propósitos do presente estudo. Isto porque, no presente debate objetiva-se retirar o tema da morte com dignidade do âmbito dos dogmas das concepções morais abrangentes, para definir a discussão a partir da autonomia do indivíduo e das ideias presentes na sua concepção política de justiça, principalmente no que se refere às noções de razão pública e consenso sobreposto. De modo a compreender o direito à morte com dignidade como resultado de uma escolha individual, de uma pessoa racional e livre.

Segundo Rawls (2011), o consenso sobreposto ocorre quando a concepção política de justiça responsável pelo governo das instituições básicas é endossada por cada uma das doutrinas morais abrangentes, não havendo, assim, o predomínio de uma doutrina abrangente sobre as demais, pois a fundamentação da concepção

---

<sup>16</sup> Dworkin (2005) ao tratar das liberdades individuais, defende que a Constituição desautoriza a intervenção estatal tanto na opinião dos seus cidadãos frente aos assuntos religiosos quanto na faculdade de exercer livremente opiniões a respeito de suas concepções de valor intrínseco da vida. Ele compreende esse universo liberal e ratifica o fato de que a um Estado não compete prescrever o que as pessoas deveriam pensar sobre o significado e o valor último da vida humana, sobre por que a vida tem importância intrínseca, e sobre como esse valor é respeitado ou desonrado em diferentes circunstâncias.

política se daria independente das doutrinas abrangentes<sup>17</sup>, às quais estão relacionadas à discussão de bem e de verdade que lhe são correlatas. Deste modo, diante do fato de que o consenso a ser construído reflete-se apenas para assuntos de justiça, questões do bem passam a ser tratadas não pela concepção política, mas sim pelos cidadãos no âmbito de suas correspondentes doutrinas abrangentes razoáveis. Nessa perspectiva, compreende-se que as questões de justiça passam a ser analisadas em termos de racionalidade e de razoabilidade e não em termos de concepções inconciliáveis de bem.

Diante do tema objeto da presente discussão, é importante ressaltar a ótica racional dada por Rawls aos cidadãos que fazem parte de uma sociedade bem ordenada. Para ele, os indivíduos são razoáveis e racionais, entendendo estas noções como complementares. As pessoas razoáveis compreendem que os limites da capacidade de juízo impõem restrições àquilo que pode razoavelmente ser justificado a outros e, em virtude de tal fato, defendem alguma forma de liberdade de consciência e de liberdade de pensamento. Rawls (2011) compreende ainda que os indivíduos são livres no sentido de reconhecerem a si próprios e aos outros como indivíduos que possuem a faculdade moral de ter uma concepção do bem, de modo que os indivíduos são livres e capazes de assumir a responsabilidade por seus próprios fins<sup>18</sup>.

Diante das concepções apresentadas por Rawls, compreende-se que a morte com dignidade deve ser analisada a partir da concepção de razão pública e

<sup>17</sup> Para Rawls (2011), não obstante alguns fundamentos dessa concepção política estejam presentes na cultura de fundo dessa sociedade, e, assim conseqüentemente, no âmbito das doutrinas morais abrangentes que a integram, a concepção política não se confunde com nenhuma delas. Isto porque, a concepção política não retira seu fundamento de nenhuma das doutrinas abrangentes razoáveis.

<sup>18</sup> Em sua teoria acerca do desenvolvimento como liberdade, Amartya Sen preocupa-se em diferenciar a condição de agente aos fins do desenvolvimento humano, a partir de uma perspectiva de emancipação. Ele afirma que: “*Pela antiquada distinção entre ‘paciente’ e ‘agente’, essa concepção da economia e do processo de desenvolvimento centrada na liberdade é em grande medida uma visão orientada para o agente*” (SEN, 2000, p. 26). O autor entende por agente ou “*condição de agente*”, a concepção de um indivíduo que age e pratica mudança e cujos atos podem ser avaliados segundo seus próprios valores e objetivos, independentemente de as avaliarmos ou não também conforme algum critério externo. Sob a perspectiva da concepção de desenvolvimento como liberdade, Sen (2000) defende que os indivíduos devem ser compreendidos como constantemente inseridos na adequação de seu próprio destino, ou seja, a partir de sua condição de agentes. Neste contexto, o Estado possui um papel de evidência no fortalecimento e amparo das capacidades humanas, a partir da retirada das privações de suas liberdades substantivas.

consenso sobreposto, a medida que preveem que as diretrizes de doutrinas morais abrangentes razoáveis não devem servir de fundamento para um consenso sobreposto, que deve ser endossado por todas as doutrinas abrangentes. A autonomia do indivíduo apresentada na concepção política de justiça de Rawls, fundamenta a defesa da morte com dignidade, como meio de garantir ao cidadão racional o poder de determinar o fim de sua vida de modo digno, frente a um grave estado de saúde, no qual há uma condição de irreversibilidade, de grande sofrimento e de morte iminente.

Nessa perspectiva, compreende-se que o direito à vida não estaria sendo violentado pelo direito de morrer dignamente, pois este seria consequência necessária do direito de viver com dignidade. Deste modo, pensar o direito de morrer com dignidade a partir desta ótica, impede que o direito à vida transforme-se em um dever de viver em permanente agonia e sofrimento. Portanto, se por um lado, tem-se que a dignidade serviria de fundamento para a defesa da vida e das concepções sociais do que seja o bem morrer, por outro lado, ela se reflete na morte com intervenção, ao garantir a autonomia individual, a superação do sofrimento e a morte digna.

Sobre tal tema é importante ressaltar que as discussões acerca da morte com dignidade ora apresentadas, tratam exclusivamente de casos nos quais as pessoas estejam em estado terminal ou em estado vegetativo persistente. Deste modo, diante de hipóteses extraordinárias, nas quais o paciente esteja em gravíssimo estado de saúde e deseje ter uma morte digna, é razoável a tutela de novos direitos e a relativização de outros, como o direito à vida, de modo, em verdade, a consagrá-lo, impedindo que ele se transforme num insuportável dever à vida. Nessa perspectiva, defende-se que numa sociedade livre e democrática, é fundamental que qualquer cidadão gravemente doente possa ou não buscar um aconselhamento médico e um tratamento para sua doença, do mesmo modo que possa escolher por abandonar tal tratamento a partir do momento em que não possibilitará mais nenhum resultado e se torne extremamente doloroso e desproporcional.

Diante da concepção de autonomia do indivíduo apresentada na teoria de Rawls, depreende-se que seria razoável, mesmo diante da centralidade do direito à vida, permitisse ao paciente a opção de dar continuidade à vida sem se utilizar de

qualquer procedimento que viesse a lhe causar mais sofrimento, de modo a ter uma morte natural. Sobre tal questão é importante ressaltar ainda, que o consentimento informado do paciente ou de seus responsáveis legais é imprescindível nesses casos, a medida que decisões desse tipo devem ser tomadas após o adequado procedimento de informação do paciente ou da aceitação de seus familiares, em casos determinados. Portanto, defende-se que para que existam efetivas condições para o exercício da autodeterminação, não é suficiente a possibilidade de escolhas livres, haja vista ser crucial a garantia de meios adequados para que a autonomia de escolha do paciente seja real e não somente formal.

A título de conclusão, defende-se que não existe o direito de morrer indiscriminado, haja vista que o princípio da dignidade da pessoa humana tutela o direito à vida. Contudo, esse direito não é absoluto, pois não basta viver, é necessário viver dignamente. Sobre essa discussão da morte com dignidade, Barroso e Martel (2010) destacam que é necessário ressaltar que o direito à vida é de fato essencial, o que induz que qualquer flexibilização de sua força normativa ou moral é sensível e deve ser tratada com bastante cautela.

Nessa perspectiva, entende-se que quando a vida se torna indigna de ser vivida, em decorrência de uma doença severa, irreversível, que causa grande dor e sofrimento, não há porque se utilizar de técnicas artificiais para preservá-la indefinidamente, caso esse não seja a vontade do indivíduo. Ao contrário, é preciso informar ao paciente ou ao seu representante a real situação e dispensar cuidados paliativos que possam aliviar as mazelas, garantindo-se o direito à morte digna, em sendo essa sua escolha. Portanto, é nessa perspectiva que a discussão da morte com dignidade se torna especial e importante para a consagração da liberdade do indivíduo e da própria vida como um bem em si.

#### **4 CONCLUSÃO**

O presente artigo se propôs a discutir o tema que envolve a morte com dignidade a partir da concepção do Liberalismo Político apresentada por John Rawls. O estudo pautou-se pelo marco teórico do liberalismo igualitário, pelo qual compreende-se o cidadão como capaz de tomar decisões morais relevantes acerca

de seu plano de vida e também compreende os indivíduos como iguais entre si, no âmbito de uma sociedade democrática definida pelo pluralismo.

O objeto desta pesquisa já foi brilhantemente tratado na linguagem cinematográfica, quando o morrer voluntariamente e a busca pela morte digna foram retratados em três aclamadas obras. Na película “*As Invasões Bárbaras*”, um professor, que sofre de uma doença incurável, decide morrer entre seus amigos, e recusa a internação em um sistema de saúde altamente avançado, para manter-se fiel às suas convicções político-sociais. No filme espanhol “*Mar adentro*”, que é inspirado em um caso real, um homem luta com todas as forças para despedir-se da vida, diante de uma condição que compreende ser exageradamente sofrível. E, por último, cita-se o filme “*Menina de Ouro*”, no qual uma ex-boxeadora sofre um terrível acidente, que lhe deixa num estado crítico de saúde, condição que lhe faz pedir a seu treinador que realize um homicídio piedoso.

No âmbito do Direito, o tema da morte com dignidade faz surgir, conforme foi visto, muitos questionamentos, dentre eles, se é possível dispor do direito fundamental à vida. É possível, mediante consentimento genuíno, despojar alguns ou diversos indivíduos dos deveres gerados pelo direito fundamental à vida? Como direito fundamental e basilar que é, o direito à vida é amplamente tutelado em instrumentos internacionais, na Constituição Federal e no direito infraconstitucional. Tal proteção se dá igualmente, à dignidade da pessoa humana, diante de sua importância para a concretização do direito a uma vida digna. Contudo, diante de tal pressuposto é relevante refletir se existiria direito a uma morte digna?

Para fins de discutir essas questões, apresentou-se inicialmente as principais concepções analisadas no liberalismo político de Rawls. Nesse momento foram tratadas as ideias de sociedade bem ordenada, de pluralismo razoável, da noção de cidadão como razoável e racional, de doutrinas morais abrangentes razoáveis, de razão pública e de consenso sobreposto. A teoria de Rawls analisada no primeiro tópico contribui para fundamentar o presente estudo, à medida que se apresenta como elemento hermenêutico da análise, ao servir de parâmetro para a discussão do tema da morte com dignidade, considerando-se a ideia de racionalidade e de autonomia do cidadão.

Ao se analisar mais precisamente o tema da morte com dignidade no segundo tópico, constatou-se que o direito de morrer (dignamente) não estaria

permitindo uma ação ou omissão de natureza homicida, mas, simplesmente, representaria um deixar morrer, na medida em que aceita as limitações humanas e permite o processo natural da morte daqueles pacientes em que esta é iminente e que qualquer medida apenas a adiaria, prorrogando juntamente um processo de dor e sofrimento.

Nas discussões apresentadas nesse segundo tópico, apresentou-se ainda dois atos regulamentares editados pelo Conselho Federal de Medicina, a Resolução CFM n. 1.805/2006, que prevê a autorização, na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, para que o médico limite ou suspenda os procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal, numa perspectiva de assistência integral. E a Resolução CFM n. 1995/2012, que trata sobre a vontade do paciente decidir a quais tratamentos irá se submeter no momento que estiver incapacitado para exprimir seu desejo.

Sobre tal tema, é importante destacar que os regulamentos do Conselho Federal de Medicina estão de acordo com os da Associação Médica Mundial (AMM), os da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) e os do Conselho Europeu e da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). De igual modo, registra-se que as resoluções mencionadas acima, também, estão em consonância com o tratamento jurídico adotado em países como Estados Unidos da América, Canadá, Espanha, México, Reino Unido, França, Itália, Suíça, Suécia, Bélgica, Holanda e Uruguai. (BARROSO e MARTEL, 2010)

Numa sociedade democrática, que é marcada pela existência de entendimentos diversos e plurais, faz-se necessário a existência de pluralismo razoável, capaz de garantir a tolerância e que pessoas de concepções tão diferentes possam conviver num sistema baseado no respeito, na cooperação e na autonomia individual. Para tanto é importante que o tema da morte com dignidade seja afastado do âmbito das discussões das doutrinas morais abrangentes razoáveis, de modo que ele possa ser analisado a partir de uma razão pública, capaz de gerar um consenso sobreposto sobre tal temática. O qual compreenda o direito a morte com dignidade como resultado de uma escolha individual, de uma pessoa racional e livre.

## 5 REFERÊNCIAS

- ANDORNO, Roberto. **Bioética y dignidad de la persona**. Madrid. Editorial Tecnos (Grupo Anaya S/A), 2012.
- ATHENIENSE, Aristóteles. Enfoque jurídico da ortotanásia. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloísa Helena. **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto e MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito – UFU**, v. 38, n. 1. ISSN 2177-4919. Uberlândia: EDUFU, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. **Resolução CFM n. 1.805/2006**. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2006.
- BRASIL. **Resolução CFM n. 1995/2012**. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2012.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho. Limitação de tratamento, cuidado paliativo, eutanásia e suicídio assistido: elementos para um diálogo sobre os reflexos jurídicos da categorização. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- NEDEL, José. **Ética aplicada: pontos e contrapontos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.
- RAWLS, John. **Liberalismo Político**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

# COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA DIFÍCIL ESCOLHA ENTRE A PROPRIEDADE, A MORADIA E O MEIO AMBIENTE<sup>1</sup>

COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: A DIFFICULT CHOICE BETWEEN PROPERTY, HOUSING AND ENVIRONMENT

Marcos d'Avila Scherer<sup>2</sup>

## Resumo

O direito de propriedade como expressão dos direitos naturais do homem. A conceitualização e evolução dos direitos fundamentais e a consagração dos direitos transindividuais. O direito à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Hipóteses de colisão entre os direitos de propriedade, moradia e meio ambiente. A postura do Estado frente a tal choque de interesses. Prevalência histórico-cultural da propriedade frente aos demais, especialmente quando confrontada com o direito à moradia. Colisão cuja solução depende do caso concreto, como quaisquer hipóteses de choques de direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Propriedade. Moradia. Meio-ambiente. Direitos fundamentais. Colisão.

## Abstract

Property right as an expression of man's natural rights. The conceptualization and development of fundamental rights and the consecration of collective rights. The right to housing and to an ecologically balanced environment. Collisions between property rights, housing and environment. The state's attitude towards such a clash of interests. Historical-cultural prevalence of property over others, especially when faced with the right to housing. Collision whose solution depends on the individual case, as any sort of fundamental rights collision.

**Keywords:** Property. Housing. Environment. Fundamental rights. Collision.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Conceitos de Direitos Fundamentais. 3. Colisão de Direitos Fundamentais. 4. Propriedade, moradia e meio ambiente: uma tensão permanente. 5. Considerações finais. 6. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito de propriedade revela-se como uma das primeiras expressões dos direitos naturais do homem. A defesa e reconhecimento da propriedade privada foi o

<sup>1</sup> Artigo submetido em 15/01/2015, pareceres de análise em 05/02/2015, 20/05/2015 e 29/01/2016, aprovação comunicada em 30/01/2016.

<sup>2</sup> Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: <mdscherer@tjsc.jus.br>.

sustentáculo para a formação do Estado Nacional, seja no período absolutista, onde encontrava limitações em razão do poder supremo do Rei, mas principalmente no liberalismo político, para que o indivíduo pudesse exercer livremente suas potencialidades. Sobre o tema, aduzem Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2006, p. 90):

Embora defina a propriedade como conceito que engloba a vida, a liberdade e os bens, Locke acaba por centrar na propriedade de bens a maior relevância. A propriedade sobre bens passa a ser reputada uma extensão da personalidade do sujeito: aquilo que o homem constrói ou retira da natureza por meio do seu trabalho – que também é de sua propriedade, uma vez que o sujeito é proprietário do seu corpo – passa a integrar sua propriedade.

No mesmo sentido, afirma Luiz Fernando Coelho (2003, p. 363),

ao essencializar-se a propriedade como expressão ôntica do homem, ela deixa de constituir um direito político, uma dádiva do Estado e uma consequência da lei, para configurar um prius, um direito natural que se impõe à sociedade política.

A importância histórica da propriedade na evolução do Estado Nacional é tal que, ao analisar a obra de Hobbes, Renato Janine Ribeiro (2004, p. 75-76) sustenta:

E aqui podemos entender porque Hobbes é, com Maquiavel e em certa medida Rousseau, um dos pensadores mais “malditos” da história da filosofia política – pois, no século XVII, o termo “hobbista” é quase tão ofensivo quanto “maquiavélico”. Não é só porque apresenta o Estado como monstruoso, e o homem como belicoso, rompendo com a confortadora imagem aristotélica do bom governante (comparado a um pai) e do indivíduo de boa natureza. Não é só porque subordina a religião ao poder político. Mas é, também, porque nega um direito natural ou sagrado do indivíduo à sua propriedade.

Mas a garantia de abstenção quanto à interferência na propriedade privada não se mostrou suficiente às aspirações humanas pelo ideário de justiça, passando-se a exigir do Estado ações positivas no sentido de garantir a posse e propriedade da terra àqueles que dela necessitavam. Não se quer dizer que ações necessárias para garantir a propriedade, em um primeiro momento, prescindissem de atos materiais e grande dispêndio de recursos. Da lição de Flávio Galdino (2005, p. 227), extrai-se:

O mesmo direito de propriedade, em sua face pública, impõe ao Estado uma série de deveres positivos, que permitem a criação e manutenção do

direito, como seja a proteção daquele direito em face do próprio Estado e dos demais particulares. Saltam aos olhos as fortes cores da inadequação dos esquemas formulados a partir de categorias privatísticas. De fato, é preciso concordar com SUSTEIN e HOLMES, para afirmar que na esfera pública inexistente puro non facere. Todos os direitos subjetivos públicos são positivos.

Ocorre que, neste segundo momento, tomada apenas uma visão cronológica, o chamado Estado Social tem como uns de seus objetivos a justa ocupação da terra. Da já desgastada e pouco precisa classificação dos direitos humanos, passava-se da primeira geração à segunda, consubstanciada pelas novas Constituições do século XX<sup>3</sup>, na esteira de Paulo Bonavides (2008, p. 232):

Quando as Constituições do Liberalismo, ao construírem um Estado de Direito sobre bases normativas, pareciam haver resolvido a contento, durante o século XIX, esse desafio, eis que as exigências sociais e os imperativos econômicos, configurativos de uma nova dimensão da Sociedade a inserir-se no corpo jurídico dos textos constitucionais, trouxe à luz a fragilidade de todos os resultados obtidos. As antigas Constituições, obsoletas ou ultrapassadas, viram então criar-se ao redor de si o clima da programaticidade com que os modernos princípios buscavam cristalizar um novo direito, por onde afinal se operou a elaboração das Constituições do século XX: inaugurava-se assim a segunda fase – até agora não ultrapassada – de programaticidade das Constituições.

Seguindo a linha histórico-evolutiva dos direitos fundamentais, a qual, reafirma-se, representa mais esforço teórico de sistematização do que efetiva teoria de base científica, especialmente porque não se pode mensurar evolutivamente tais direitos, chega-se à terceira geração dos direitos fundamentais, versando esta sobre os direitos transindividuais, dentre os quais a proteção ao meio ambiente.

Um aspecto central da instituição do Meio Ambiente preservado como direito fundamental é ser esta condição essencial da própria existência humana e da construção de uma Sociedade mais democrática e solidária. BACHELET expõe que, “nesta ótica, o direito do ambiente torna-se fundamental, pois condiciona o direito à existência; que existe um dever e um direito de agir em matéria ecológica e que eles se assemelham ao direito de agir em matéria humanitária. Daí a dizer que o ambiente é um novo exercício da democracia, não vai mais que um passo(...)” (CAVEDON, 2003, p. 90-91).

A partir dessa breve exposição acima, percebe-se, já, a importância de um possível confronto entre os direitos fundamentais mencionados. Não é difícil imaginar situações cotidianas em que o direito de propriedade se contraponha à

<sup>3</sup> E ainda da Constituição Brasileira de 1988 (art. 182, § 4º, III e art. 184).

habitação; que o meio ambiente reclame atuação frente à propriedade ou à moradia, dentre outras.

## 2 CONCEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A conceituação do direito fundamental não é tarefa simples, porquanto dependente da adoção de critérios teóricos dos mais variados. Todavia, constitui etapa necessária ao estudo ora em andamento, não se podendo adentrar na esfera da colisão de direitos sem antes saber do que se tratam.

Para tanto, a partir da mais abalizada doutrina, colacionam-se importantes e nem sempre coincidentes lições acerca da definição dos direitos fundamentais. Nesse sentido, pode-se ressaltar do magistério de Jorge Miranda, *verbis*:

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material<sup>4</sup>.

Segundo Gilmar Mendes (2004, p. 2)

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias

<sup>4</sup> Sobre o tema, prossegue o renomado Professor: “Na verdade, precisamente por os direitos fundamentais poderem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e económicas e das circunstâncias de cada época e lugar. (...) Aliás, com o conceito material de direitos fundamentais não se trata de direitos declarados, estabelecidos, atribuídos pelo legislador constituinte, pura e simplesmente, trata-se também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da idéia de Direito, do sentimento jurídico coletivo (conforme se entender, tendo em conta que estas expressões correspondem a correntes filosófico-jurídicas distintas). Ora, sendo assim, só muito difícil, senão impossivelmente, poderá julgar-se que tal concepção, tal idéia ou tal sentimento não assente num mínimo de respeito pela dignidade do homem concreto. O que significa que, ao cabo e ao resto, poderá encontrar-se, na generalidade dos casos, com maior ou menos autenticidade, a proclamação de direitos postulados pelo direito natural – para quem o acolha – e de vocação comum a todos os povos.” (MIRANDA, 2012, p. 9, 12-13).

individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Para o J. J. Gomes Canotilho (2012, p. 377)

Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exacto desta positivação jurídica é a constituição. A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechts-normen*).

Por fim, ao analisar e diferenciar os conceitos de direitos fundamentais, direitos do homem e direitos humanos, pondera Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 40) que

No que concerne ao tópico em exame, há que atentar para o fato de não existir uma identidade necessária – no que tange ao elenco dos direitos humanos e fundamentais reconhecidos – nem entre o direito constitucional dos diversos Estados e o direito internacional, nem entre as Constituições, e isso pelo fato de quem por vezes o catálogo dos direitos fundamentais constitucionais fica aquém do rol dos direitos humanos contemplados nos documentos internacionais, ao passo que outras vezes chega a ficar – ressalvadas algumas exceções – bem além, como é o caso da nossa atual Constituição. Da mesma forma, não há uma identidade necessária entre os assim denominados direitos naturais do homem, com os direitos humanos (em nível internacional) e os direitos fundamentais, ainda que parte dos tradicionais direitos de liberdade contemplados na esfera constitucional e internacional tenha surgido da positivação dos direitos naturais reconhecidos pela doutrina jusnaturalista, tais como os clássicos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade.

Percebe-se, pois, que apesar da discrepância dos conceitos apresentados, todos reconhecem na incorporação de determinado direito pela Constituição umas das características especiais para reputá-lo fundamental.

Sem tal constitucionalização, tratar-se-ia de direito natural, direitos humanos ou qualquer outra designação que se pretenda conferir, mas não direito fundamental.

Acrescente-se, apenas, que não basta constar o direito de um texto constitucional, sendo mister que este trate de garantir direitos essenciais à dignidade do ser humano para, só assim, ser verdadeiramente fundamental.

### 3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ocorrência de choque entre direitos fundamentais não é novidade, tendo merecido grande atenção da doutrina e dos tribunais pátrios. Não se pretende aqui esmiuçar as diversas teorias acerca do tema, lançando-se mão, tão somente, de suas principais ideias, no sentido de se traçar um caminho para o necessário enfrentamento da questão acima lançada.

O grande desafio em se buscar uma solução para o possível confronto entre direitos fundamentais está na dificuldade de se estabelecer premissas teóricas que sejam válidas para a multiplicidade de situações a serem enfrentadas.

São corriqueiros os casos em que o direito, por exemplo, à liberdade de expressão viola, aparentemente, a intimidade de outrem. Tais situações costumam ser resolvidas adotando-se critérios dos mais variados, parecendo depender, na praxe cotidiana, dos valores adotados pelo intérprete.

Contudo, tal conflito, a nosso sentir, somente pode ter solução verdadeiramente válida com suporte na dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana encontra expressa disposição no artigo primeiro, inciso III, da Constituição da República de 1988, que o elenca como um dos seus fundamentos<sup>5</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui, pelo menos, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos. (BARROSO, 2010, p. 253)

Inicialmente, parece que o emprego da expressão “pessoa humana”, cuja redundância salta aos olhos, denota a intenção do legislador constituinte de enfatizar

<sup>5</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana;”

a condição humana dos cidadãos brasileiros, e, conseqüentemente, a importância que se deve dispensar às questões que lhe sejam afetas, em maior peso do que aquelas não diretamente relacionadas a tal condição.

Vale isto dizer que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana faz-se influente por todos os campos do ordenamento jurídico, ante a óbvia inter-relação entre o homem e o Direito. E mais, a dignidade da pessoa eleva o homem à condição de fim último de concretização do Direito.

A dignidade da pessoa humana pode ser concebida sob a dúplici dimensão de princípio e de valor. Em virtude dessa dimensão axiológica, pode-se afirmar que, no momento da concretização normativa, quando da realização da hierarquização de valores que constitui toda e qualquer interpretação sistemática, haverá uma prevalência do valor dignidade sobre os demais. Desse modo a dignidade como princípio será prevalente no momento da concretização normativa e da ponderação de princípios (FACHIN; RUZYK, 2011, p. 307).

Apesar de a dupla titulação da dignidade como valor e princípio gerar alguma perplexidade entre os estudiosos<sup>6</sup>, a nosso sentir, tal condição significa afirmar, tão somente, a sua supremacia sobre os demais princípios fundamentais, objetivados ou não, impondo-se no momento de eventual colisão de princípios.

Quando se pensa em dignidade humana e meio ambiente, ainda maiores controvérsias podem surgir, tendo em conta a constante tensão existente entre os interesses (econômicos) do homem, de um lado, e do meio ambiente, de outro.

Com el recurso a la dignidad humana, se trata de interpretar em clave personalista el significado de la <<calidad de vida>> y, por onde, del Derecho medioambiental. Esto significa que la tensión entre el progreso

<sup>6</sup> “Verifica-se, com alguma freqüência, o emprego dos termos “valor” e “princípio” em diferentes contextos com o mesmo significado, mas – em observância aos ensinamentos de Robert Alexy – efetivamente a significação dos dois termos é distinta. Os princípios, ao traduzirem “mandados de otimização”, têm caráter deontológico, relacionando-se ao “dever-ser”, ao passo que os valores se situam na dimensão axiológica, ou seja, do que efetivamente “é” de acordo com um juízo do bom e do mau: “diante dessa distinção, Alexy propõe que, pelo fato de o Direito tratar do que “é devido”, deve-se adotar – na esfera jurídica – um modelo de princípios, ao invés de um modelo calcado em valores.” Nesse sentido, Alexy conclui que a dignidade da pessoa humana consiste num princípio jurídico, dando ênfase ao seu caráter normativo e deontológico. Tem-se, no entanto, a posição de outro alemão, Gunter Durig, que considerava que a legitimidade da Constituição se fundamentava em valores “objetivos”, razão pela qual assentou que a dignidade da pessoa humana era um “valor” preexistente ao direito. Outro critério distintivo entre valor e princípio foi apresentado por Claus-Wilhelm Canaris: “o pincípio está num grau de concretização maior do que o valor: ao contrário deste, ele já compreende a bipartição, característica da proposição de Direito em previsão e conseqüência jurídica.” (GAMA, 2011, p. 258-259)

industrial y la preservación del medio há de resolverse em atenção a la *calidad de vida* de la persona, la cual no puede subordinarse, dada su superior dignidad, ni a la industria ni a la naturaleza. Ahora bien, si la dignidad sirve como parâmetro interpretativo de la *calidad de vida*, no se puede decir lo mismo, sin embargo, a la inversa, puesto que el concepto de dignidad humana apela – em sus más diversos contextos de fundamentación – a uma vida superior a la biológica, que ES a lo que se refiere primariamente el art. 45 CE. Si concebiésemos la dignidad como um simple *mandato de fomento* de la calidad de vida, estaríamos desvinculando el concepto de dignidad humana del concepto de ser humano para identificarlo con um bien todavía penúltimo: la *calidad de vida* (biológica, esto es, *bios*, no zoé). Explicar la *dignidad humana* a partir de la *calidad de vida* es comprenderla funcionalmente y el concepto de dignidad es um concepto ontológico-fundamental. Las condiciones precárias de la vida, aunque em ocasiones atentan ciertamente contra las exigências de la dignidad del ser humano, no destruyen esa dignidad, que no puede medirse simplemente com critérios de calidad externos. Incluso em las situaciones de máximo desamparo - inválido, pobre, enfermo -, el ser humano sigue siendo um in em si y merece, por lo tanto, incondicional respeto y estimación (YARZA, 2012, p. 19-20).

Importante ressaltar que a dignidade da pessoa humana, princípio/valor da mais ampla abrangência e vetor maior de interpretação previsto pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme acima exposto, precisa ser tomando em seus verdadeiros termos também na questão da proteção ambiental e do direito à moradia.

Afinal, de que modo se pode conferir tratamento digno a alguém que, desprovido de recursos, leva à termo um processo de ocupação irregular da terra, muitas vezes desconsiderando não só o direito privado de terceiros mas também o direito ao meio ambiente equilibrado?

Certamente não há fórmula para tal desiderato. Uma análise profunda e comprometida com a melhor solução dos interesses em jogo somente será satisfatória se fizer prevalecer o direito que se revele de maior peso na disputa, sem ideias ou soluções preconcebidas.

#### **4 PROPRIEDADE, MORADIA E MEIO AMBIENTE: UMA TENSÃO PERMANENTE**

Dentre as inúmeras possibilidades de colisão de direitos fundamentais, nenhuma outra talvez se mostre mais delicada e de difícil solução do que entre os direitos de propriedade, de moradia e do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Isso porque a enorme concentração de terras em mãos de poucos foi, desde a formação da sociedade brasileira, umas de suas maiores marcas, acarretando a

formação de um imenso contingente de pessoas sem local para habitar. Configurada está, há muito, a tensão entre o direito de propriedade e o direito à moradia.

Por outro lado, a voraz especulação imobiliária cada vez mais presente nos centros urbanos, assim como a expansão da atividade agroindustrial no meio rural, tem como óbice crescente a legislação tutelar ambiental. O direito de moradia igualmente confronta diuturnamente o meio ambiente, não sendo raras as situações de ocupação irregular do solo mediante intensa degradação ambiental.

Nesse sentido, não se tem como afirmar, *a priori*, que a propriedade, por exemplo, terá maior peso que o direito à moradia na hipótese de se configurar um conflito. Da mesma forma, o meio ambiente nem sempre prevalecerá quando confrontado por outro direito. A solução, como em quase em todos os campos do Direito, dependerá do caso concreto.

Indispensável dizer que a dignidade da pessoa humana, ao contrário do que inicialmente se possa imaginar, não penderá sempre em favor do direito à moradia. O meio ambiente constitui direito de crucial importância à sobrevivência dos homens, das presentes e futuras gerações<sup>7</sup>, e, por isso, poderá prevalecer sobre a moradia, por mais necessário e justo que se apresente este direito fundamental.

Desse modo, pode-se observar que, no contexto da ordem constitucional brasileira, e nos termos da orientação definida pelo STF, o meio ambiente é patrimônio público, não porque pertence ao Poder Público, mas porque a sua proteção (objetivo que é expressamente considerado pelo texto constitucional, na condição de dever de todos, compartilhado entre os Poderes Públicos e toda a sociedade) interessa à coletividade, e se faz em benefício das presentes e futuras gerações, sendo essa a qualidade do bem ambiental protegida pela Constituição (AYALA, 2002, p. 420).

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser valorado em possível confronto entre os direitos fundamentais à moradia e ao meio ambiente equilibrado, aliando-se àquele que, na prática, tutele de forma mais profunda e eficaz a vida humana, individualmente ou coletivamente considerada.

Apesar disso, o que se depreende da ação estatal, seja no âmbito da Administração Pública ou mesmo do Poder Judiciário, diuturnamente, é o emprego de valores preconcebidos e muitas vezes desprovidos de fundamento verdadeiramente válido no trato dos conflitos entre tais direitos.

<sup>7</sup> Art. 225, CRFB/1988.

É o que se depreende das ações de reintegração de posse, especialmente de áreas ocupadas por grupos de pessoas carentes, chamados invasores. Estabelecido o confronto entre o direito de propriedade e o direito de moradia, o Poder Judiciário tem invariavelmente feito valer o primeiro, concedendo ordens liminares de reintegração, muitas vezes sem sequer ouvir as partes envolvidas, nos termos da lei<sup>8</sup>.

O direito de propriedade ainda tem apresentado um enorme peso neste confronto. Mesmo nas hipóteses em que se busca uma solução consensual, o que tem sido verdadeiramente incentivado em todas as esferas judiciais, o que se percebe é a sua contumaz defesa, chancelando-se uma negociação sobre prazos e formas de desocupação pelos invasores, em troca de promessas de acesso à moradia, sempre a depender da atuação discricionária do Estado.

Não se quer com isto dizer que o direito de propriedade deva ceder espaço à moradia nos casos, por exemplo, de vastas áreas de ocupação irregular. Tal posição por certo representaria um forte estímulo à ocupação clandestina de terras, subvertendo o Estado de Direito.

Mas a ponderação entre estes direitos há de ser feita. Situações há, por certo, em que a moradia de um sem número de pessoas se revele de muito maior interesse social do que a garantia do direito de propriedade do proprietário esbulhado.

O direito à moradia poderá prevalecer, ainda, mesmo em desacordo com as normas protetoras do meio ambiente, desde que se conclua, no caso, que a manutenção das pessoas no local supostamente degradado se mostre de maior relevo do que a proteção ambiental, sempre atentando-se, mais uma vez, para a dignidade humana. É o que se depreende do julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina<sup>9</sup> a seguir, que por sua lapidar lição de ponderação dos princípios em análise, passo à parcial transcrição, *verbis*:

Assim, mesmo verificando a possibilidade de real impacto ambiental e considerando que a área em análise deveria de fato ser preservada,

<sup>8</sup> Art. 928 do Código de Processo Civil brasileiro.

<sup>9</sup> V. TJSC, Apelação Cível n. 2012.030404-6, da Capital, Relator: Des. Subst. Francisco Oliveira Neto, in <[http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=2012.030404-6&only\\_ementa=&frase=&id=AAAAbmQAACAAGjV8AAY&categoria=acordao](http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=2012.030404-6&only_ementa=&frase=&id=AAAAbmQAACAAGjV8AAY&categoria=acordao)>.

conforme as diretrizes delineadas pelo próprio Município, há de se atentar que incumbe a este, e não ao Poder Judiciário, tomar as providências necessárias de regularização da maciça ocupação desordenada na região da Praia do Santinho.

Ressalte-se não se tratar de residências esparsas construídas irregularmente. São centenas de casas que se ergueram na região ao alvedrio da população e sem qualquer fiscalização por parte do Município, o que é inconcebível. Ainda mais considerando que o Imposto Predial Territorial Urbano é exigido de todos os moradores, apesar de estes terem construído suas residências em área non aedificandi".

Tais tais circunstâncias são suficientes para não ensejar a aplicação do princípio do in dubio pro natura, que, por sua vez, deve ser sopesado com o direito à moradia, já que não existe direito fundamental absoluto, restando inviável, assim, a condenação do réu na demolição da casa e na apresentação e execução de projeto de recuperação da área degradada.

Conclui-se, portanto, que a hipótese apresentada nos autos não acomoda a aplicação das restrições ambientais apregoados pelo Código Florestal, conforme entendem as Câmaras de Direito Público desta Corte, as quais têm decidido no sentido de afastar a incidência deste norma em zonas antropizadas, como é o caso:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL - CONSTRUÇÃO DE PRÉDIO AFASTADO MAIS DE 15 METROS DE CÓRREGO CANALIZADO - DISTÂNCIA DE RECUO EXIGIDA PELO CÓDIGO FLORESTAL (LEI N. 4.771/65) - ÁREA 'NON AEDIFICANDI' - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE - REGIÃO TODA POVOADA - AUSÊNCIA DE MATA CILIAR - CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA QUE ANULOU O AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL.

Considerada a antinomia reinante da legislação federal com a estadual e a municipal acerca das faixas não edificáveis em áreas de preservação permanente ao longo dos cursos d'água situados em região urbana, deve-se interpretar com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para que a edificação, além de preservar razoavelmente o meio ambiente, seja adequada a uma boa ordenação da cidade e cumpra a função social da propriedade sob o pálio do desenvolvimento sustentável, da precaução e da cautela. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.018672-3, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. 25-11-2010)." (TJSC, Apelação Cível n. 2012.030404-6, da Capital, Relator: Des. Subst. Francisco Oliveira Neto)

Da leitura do julgado acima, constata-se claramente a opção do julgador pelo direito à moradia em desfavor da proteção do meio ambiente. Importante frisar que tal conclusão somente se mostra válida na análise do caso concreto, não se prestado a servir de regra a situações análogas.

Não se pode perder vista, portanto, a relatividade dos direitos fundamentais e a dignidade humana como vetor interpretativo em caso de colisão destes direitos. Caso contrário, estar-se-ia diante de uma invencível disputa entre direitos amplamente legítimos e defensáveis, cuja solução seria impossível.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente arrazoado, longe de buscar percorrer a vasta teoria acerca dos direitos fundamentais, teve como mote enfatizar a relatividade dos direitos fundamentais, elegendo, para tanto, a relação e os possíveis conflitos entre os direitos de propriedade, de moradia e de proteção ao meio ambiente.

Afirmar que os direitos fundamentais, como, aliás, todos os demais direitos, não são absolutos, é uma afirmação cada vez mais comum, notadamente no meio acadêmico. Mas o trato destes direitos no dia a dia, especialmente pelas mãos do Estado, parece não acompanhar esta tendência, ao menos na extensão devida.

É que, invariavelmente, a proteção ao direito de propriedade, direito fundamental dos mais clássicos, tem sido levada a cabo inobstante a existência de outros direitos em jogo, de igual ou maior relevo diante do caso concreto.

Mesmo a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental das atuais e futuras gerações, não pode ser erigido à tal condição primordial, como se demonstrou em julgado do Tribunal Catarinense acima transcrito.

Percebe-se que a essencialidade de um meio ambiente preservado não pode se impor a qualquer custo, não obstante o seu imensurável valor para a vida humana. É que de igual importância, ou eventualmente até maior, é a necessidade, por exemplo, de moradia, sem a qual não tem o homem condições de sobreviver.

Em suma, como antecipado, a escolha é muito difícil. Escolher entre a propriedade, a moradia e o meio ambiente, quando estes direitos se contraponham, constitui árdua missão, somente passível de êxito por meio da busca da preservação da vida humana de forma digna, o que, naturalmente, só se poderá perquirir diante do caso concreto.

O que se pretende, assim, é transpor a relatividade dos direitos fundamentais da teoria à prática, fazendo valer efetivamente aquele que se coadune com a maior garantia da dignidade humana na hipótese de colisão.

## 6 REFERÊNCIAS

- AYALA, Patryck de Araújo. O novo Paradigma Constitucional e a Jurisprudência Ambiental do Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 11. reimp. Almedina. 2012.
- CAVEDON, Fernando de Salles. **Função Social e Ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003.
- COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FACHIN, Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Direitos Fundamentais, dignidade da pessoal humana e o novo Código Civil. Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Dignidade Humana** (no Biodireito). In: TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi e GALDINO, Flávio, organizadores; TORRES, Sílvia Faber (supervisora). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 258-259
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. V.1 - A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.
- WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da Política**. 1º vol, 13. ed. São Paulo: Ática, 2004.
- YARZA, Fernando Simón. **Medio Ambiente y Derechos Fundamentales**. Madri: Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Jurídicos y Constitucionales, 2012.

# A AUDIÊNCIA DE TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO NO NOVO PROCESSO CIVIL<sup>1</sup>

## THE CONCILIATION ATTEMPT HEARING IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

Lázaro Alves Martins Júnior<sup>2</sup>

### Resumo

O novo Código de Processo Civil brasileiro incrementa, sob o aspecto formal, a tentativa de conciliação, trazendo em seu bojo inovações que condensam os diversos instrumentos de resolução de conflitos sem a necessidade de prestação jurisdicional revestida com a tutela impositiva do direito, todavia, existem antinomias e uma fricção com relação a isonomia entre as partes, carecendo de uma interpretação que estabeleça os exatos limites desta fase.

**Palavras-chave:** Novo Código de Processo Civil. Conciliação. Antinomia. Interpretação.

### Abstract

The new Brazilian code of civil procedure increases, in the formal aspect, the conciliation attempt as its text brings innovations that condenses the various instruments of conflict resolution without the need of sentencing or imposing the law. However, there antinomies and frictions in respect to equality between the parties, lacking an interpretation to establish the exact limits of this phase.

**Keywords:** New Code of civil procedure. Conciliation. Antinomie. Interpretation.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Meios de solução de conflitos. 3. Petição inicial. A opção pela audiência de conciliação é pressuposto processual? 4. Posição tópica da audiência de conciliação. Quebra da paridade de armas. 5. O terceiro e a audiência de conciliação. 6. Conclusão. 7. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil em seu lumiar de vigência, apesar das sintomáticas controvérsias, inaugura e alia, dentre outras inovações, um robustecimento sistematizado dos instrumentos alternativos de solução de conflitos

<sup>1</sup> Artigo submetido em 08/01/2016, pareceres de análise em 18/10/2016, 30/10/2016 e 04/11/2016, aprovação comunicada em 04/11/2016.

<sup>2</sup> Juiz de direito da 1ª Vara da Comarca de Ceres, Goiás; Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO; Doutorando em Direito Constitucional pela FADISP-SP. E-mail: <mag.lamjunior@tjgo.jus.br>.

em seu bojo, dentre eles a conciliação, sem expurgar do mundo jurídico a legislação especial. Este marco legislativo traz para o arcabouço jurídico nacional, unido ao sistema de precedentes com inspiração no *common law*, uma seara fértil para que as lides sejam solucionadas em fases pré-judiciais, nos moldes em que assistimos implementados em países mais desenvolvidos.

A previsibilidade do direito, eventualmente engessado com o decorrer do tempo, imprimindo destaque às técnicas interpretativas consubstanciadas nos institutos do *distinguishing* e *overruling*, facultará às partes e advogados mensurarem os efetivos danos da ação judicial e dispensá-la, formulando convenções válidas que poderão desafogar a estrutura estatal de funcionamento da justiça.

Evidentemente teremos que superar questões culturais, interesses de classes e pontos de fricção no procedimento, todavia, é um caminho a ser trilhado com o natural lapidar perene e perseverante que faça ruir os obstáculos vaticinados que dimanam aspectos bastante tangíveis.

Este estudo tratará da natureza jurídica da audiência de *tentativa* de conciliação desde a sua alusão na petição inicial, sua posição tópica no procedimento que, aparentemente, alquebra a paridade entre as partes criando um direito *potestativo* para o réu, e a figura do *terceiro* que poderá ser inserido em momento posterior a realização da audiência no feito sem que se possa falar no abalo de sua faculdade de exigí-la, ou seja, a preclusão processual, quando observados os princípios que norteiam o futuro digesto procedimental, que se diz harmônico com a Constituição Federal, em especial invocando a sua leitura em termos magnos, se valendo, quando necessário, do escólio de doutrinadores *praxistas*.

Não há desatenção ao fato de que tratamos de meras perspectivas interpretativas diante do predomínio da *teoria da norma*, onde o texto legal é apenas o ponto de partida para o intérprete materializar o direito, a *norma válida*, o que se infere será uma constante diante das beligerâncias textuais, ou antinomias, internas que pululam no texto promulgado, já alvo de alterações pelo Congresso Nacional.

## 2 MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

De forma simplista é demasiada difundida a ideia de que o Estado, este ente nunca suficientemente explicado<sup>3</sup> e por alguns execrado<sup>4</sup>, diante de sua força coercitiva que submete e coage a vontade humana, sepultando a autotutela que remanesceu positivada de forma excepcional, *v.g.*, nas ações possessórias, avocou para si o *munus* e o *poder* de dizer o direito com o desiderato de pacificação social. Esta dicção do direito pelo Estado se dá através da atividade legislativa e póstuma aplicação da lei.

O estudo aprofundado da história acompanhando a evolução do direito é libertador e faz ver, como acima pincelado, que o exercício do poder pelo Estado pautado em um direito é, antes de tudo, um ato de coerção, de submissão da população ao Estado que, forçosamente, se vê dominado por um *poder de fato*, seja político, religioso ou financeiro, fenecendo assim a imagem de um Estado delineado unicamente para o bem estar social.

Entrementes, o fato é que este monopólio estatal sempre se mostrou controvertido e atacado, e como não poderia ser diferente, também defendido sob o pálio da necessidade de organização social um supedâneo que carece de especial tirocínio para ser repellido diante da imanente natureza humana que carrega consigo o *temor*, o que tornou a sociedade gregária. Um dos motivos para a controvérsia é o natural dissenso social pela contraposição de interesses. Não se chega a um consenso absoluto, quando muito se tem um consenso potencial que não assegura um direito absolutamente justo sob todos os crivos subjetivos. Outro motivo, hodierno, é o fato de que os direitos, em antanho meras garantias de proteção perante o Estado, ganharam novas e múltiplas dimensões e normalmente se fazem valer pelo exercício da pretensão de uma parte em face de outra, gerando a multiplicação dos conflitos e, em regra, os Estados se mostram insuficientemente preparados para desempenhar esta função de forma primorosa a partir da ingente formação de lides, acentuando-se estas pela atuação despudoradamente nociva quanto à competência e tenacidade legítima do Estado em reconhecer os direitos e cumprir o seu dever, sendo este, sem dúvida e paradoxalmente, em suas variadas esferas provindas do federalismo descentralizado, o maior litigante do país.

<sup>3</sup> Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, Weber...

<sup>4</sup> Nietzsche.

No Brasil estimam-se cem milhões de processos tramitando, e deste acima da metade deste montante envolvem como litigantes entes estatais. É um país em processo letárgico de desenvolvimento, sempre emergente, e, como dito acima, a recente descoberta dos *novos* direitos e exegeses que os sufragam, que se desapegam dos primevos, já vetustos, sendo toda pessoa humana dotada da prerrogativa de invocar direitos a partir de possuir, conforme dispôs e definiu Nader (1987, p. 348) em sua obra de introdução ao direito, “personalidade jurídica, atributo essencial ao ser humano, é a aptidão para possuir direitos e deveres, que a ordem jurídica reconhece a todas as pessoas”, gera a hipertrofia da estrutura judicial.

Claramente o sistema judicial estatal brasileiro não consegue dar vazão a demanda pela via clássica que carece inequivocamente do pronunciamento judicial. Isso se dá pelos mais variados motivos. Nesse sentido preconiza Amorim (2009, p. 13):

O resultado é que os conflitos aumentam conforme também se agiganta a própria sociedade, em uma velocidade que o aparato Estatal não consegue acompanhar, via das deficiências na própria condução administrativa do Estado, redução das verbas e falta de interesse político em equiparar a máquina judiciária.

Destarte, ao longo da história do direito foram desenvolvidos diversos instrumentos alternativos para solucionar as lides formadas no corpo social. Lenza (2000, p. 141), magistrado sempre empenhado no movimento conciliatório salientou que:

A grande preocupação do moderno Judiciário brasileiro é a de encontrar fontes alternativas de jurisdição, uma vez que ele próprio reconhece que os serviços jurisdicionais não estão correspondendo aos anseios dos que postulam suas questões na justiça de nosso país.

É mister ressaltar que esta busca pelos novos instrumentos de solução de litígios não se vê restrita aos países subdesenvolvidos, embora a agudez da carência de institutos eficazes nestes se mostre mais acentuada. Sá (1998, p. 15) alude a este espraiar mundial dos instrumentos para solução de conflitos diversos da jurisdição tradicional jungida ao magistrado:

Assim é que, tanto nos países que adotam o sistema de *civil law* quanto naqueles de tradição de *common law*, buscam-se mecanismos que resultem

na obtenção de uma justiça que produza resultados mais efetivos em menor lapso de tempo, deixando aos interessados a opção pela forma judicial ou extrajudicial de resolução de seus litígios.

A conciliação, em sua essência, permite dissipar o dissenso que é um sentimento muitas vezes remanescente no íntimo da pessoa quando da submissão das partes ao entendimento proferido pelo Estado-Juiz através da sentença. O instrumento da conciliação como pacificador social tem matiz tão importante que foi visto como inafastável por parte da doutrina a luz dos contornos imprimidos pelo texto codificado em outrora que davam supedâneo a este raciocínio. Wambier (2002, p. 81) apresentou o seguinte escol:

1. A tentativa de conciliação das partes na audiência de instrução e julgamento constitui incidente de ocorrência obrigatória, sob pena de nulidade, inclusive quando se haja realizado sem êxito a audiência de conciliação (art. 331, na redação da Lei nº 8.952).

Sem dúvidas a conciliação é o mais primitivo instrumento de solução de conflitos, anterior ao Estado e sua organização burocrática e legal, tanto que sobreviveu a expansão da judicialização dos conflitos como instituto no seio dos procedimentos processuais e se mostra vigoroso até hoje. A cogência desta fase na seara judicial, embora discutível, tem algumas vantagens endógenas, quando bem estruturada, a partir de características que a diferem da atividade jurisdicional impulsionada por seu órgão natural, o que com lapidar tirocínio é apontado por Lenza (2000, p. 153):

O conciliador exerce um papel de relevo nesse mister, porque pode exortar as partes a uma conciliação, esclarecendo-as sobre os inconvenientes de uma demanda judicial, com relação a gastos, tempo e desconfortos, inerentes à lide. Normalmente o conciliador atinge bons resultados, conduzindo as partes desavindas a uma composição, porque no contato com elas pode oferecer determinadas orientações que seriam defesas ao juiz, sob pena de implicação de pré-julgamento.

Impende constatar que a conciliação tem relevante *papel pacificador* na acepção literal da palavra, não padecendo da renitente couraça sofista que empresta esta definição à solução da lide por meio da sentença de resolução do mérito. Tourinho Neto (2005, p. 218), condensa este raciocínio em sua obra nestas palavras:

...já tivemos oportunidade de dizer, em outras palavras, que a composição amigável é a melhor forma de solucionar conflitos jurídicos e sociológicos, a medida que a sentença de mérito de procedência ou improcedência do pedido põe termo apenas à lide no plano do direito, não extinguindo, necessariamente, o litígio dos contendores na órbita social, onde reside a efetiva pacificação.

Com raízes na conciliação, nasceram institutos que foram adequados a situações específicas, mas, com cerne na pacificação social buscando extirpar a belicosidade entre partes de quaisquer espécies.

A mediação tem o objetivo de, conhecidas as partes e os problemas pelo mediador, figura esta que pode ser escolhida pelos contendores, aquele proporá a melhor solução sem caráter impositivo, mas, sim, conciliatório.

Adentrando a arbitragem, as partes acolhem ou escolhem um árbitro que terá função próxima a da jurisdição judicial impondo o resultado àquele sucumbente no procedimento. No Brasil temos a regulamentação expressa na Lei nº 9.307 de 1996, que recebeu reforço e inter-relação com o novo código de processo civil, embora padeça de aceitação plena diante de problemas conjunturais de nossa sociedade, conquanto, sem dúvida, se apresente como mais um instrumento que se propõe a auxiliar o Estado na função de solucionar litígios. Lenza (2000, p. 148, 149) apresenta contornos gerais dos institutos da mediação e arbitragem:

A mediação se presta tanto às soluções dos conflitos de Direito Privado quanto às de Direito Público Internacional, cuja solução é sugerida e não imposta pelo mediador às partes. A mediação tem nítida diferenças da arbitragem porque, após assinada a cláusula compromissória ou instituído o compromisso arbitral, ela se torna compulsória.

A mediação assemelha-se à arbitragem, pela interveniência de terceiro na solução do conflito de interesses. Contudo, diferem entre si, já que na mediação o terceiro interfere com o escopo único da tentativa de conciliação das partes, sem qualquer decisão de mérito. Na arbitragem há decisão de mérito, proferida pelo terceiro, quando lavra a sentença arbitral.

Constata-se, sob este contexto, que historicamente as sociedades, com algum grau de civilização, mesmo que ainda rudimentar, buscavam formas de solução dos conflitos e o primeiro nível de interlocução para isso foi a conciliação. Esta não obtida eclode a lide e com ela novos instrumentos foram criados, através do direito com a escolha de julgadores para a “pacificação” social evitando a supremacia da violência ou força.

Houve a instituição do monopólio estatal da força, da coerção. Tornando-se insuficiente o Estado monopolizador do pronunciamento do direito para as demandas que se potencializaram hodiernamente, institutos que tem como gênese a conciliação foram realçados e buscam apresentar-se como meios suficientemente legítimos e viáveis para dirimir os conflitos em fórmulas menos angustas e acutiladoras que as judiciais, ressaltando que estes novos meios não representam uma privatização do direito ou desconfiguração das funções típicas dos Poderes formatadas por Montesquieu, frise-se, para funcionamento harmônico e integrado e não estanque como indevidamente se vê afirmado por alguns deturpadores dos ensinamentos daquele mestre.

O novo Código de Processo Civil tem uma faceta elogiável ao dotar a legislação brasileira de recursos suficientes para a maior disseminação e melhor funcionamento dos meios alternativos de dissipação de perlas através da conciliação, mediação e arbitragem, possibilitando ainda a condensação e consolidação de entendimentos ao longo do tempo nas esferas derradeiras judiciais que vincularão as inferiores, favorecendo, após um período de maturação, o incremento da utilização de meios extrajudiciais de finalização de conflitos diante da previsibilidade do resultado do processo.

### **3 PETIÇÃO INICIAL. A OPÇÃO PELA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO É PRESSUPOSTO PROCESSUAL?**

O artigo 282 do atual Código de Processo Civil elenca de forma taxativa quais são os requisitos da petição inicial. Se não atendidos e não implementada a correção à peça prefacial do processo, esta será indeferida. É claro o prescrito no artigo 284, *caput*, e seu parágrafo único.

Theodoro Júnior (2003, p. 322) destaca que “do exame da inicial, ou do não cumprimento da diligência saneadora de suas deficiências pelo autor, pode o juiz ser levado a proferir uma decisão de caráter negativo, que é o indeferimento da inicial.” Câmara, no mesmo diapasão afirma que “Sanado o vício, a petição inicial encontrar-se-á apta a permitir o regular desenvolvimento do processo. Decorrido o prazo sem que o vício seja sanado, deverá o juiz indeferir liminarmente a petição inicial” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 314). Didier Júnior (2013, p. 470), um dos

engenheiros do novo código de processo civil expõe em sua obra que “A petição inicial somente deve ser indeferida se não houver possibilidade de correção do vício ou, se houver, tiver sido conferida oportunidade para que o autor a emende e este não tenha atendido satisfatoriamente à determinação”.

Parece ser incontestado o entendimento doutrinário, tanto o clássico quanto o contemporâneo, acerca da obrigatoriedade de preenchimento dos requisitos impostos pela lei no que tange a construção da exordial.

O novo código de processo civil instituiu no artigo 319, em seu inciso VII o requisito da inicial com o seguinte teor “a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação”. Da mesma forma, elaticendo o prazo vigente, em dias úteis, o que diga-se de passagem não parece consentâneo com a declamada celeridade processual, esta uma propaganda insidiosa divulgada inconsequentemente, o novo código permite o sanear do vício sob a mesma sanção de indeferimento da inicial ainda vigente, conforme o artigo 321 e seu parágrafo único. Nesta mesma esteira o §5º do artigo 334 alude à obrigatoriedade do autor, caso não queira a audiência de conciliação, manifestar-se expressamente.

É necessário ressaltar que a atuação lépida do legislador durante os trabalhos de elaboração do código, sob o influxo de uma plêiade de interessados sob os mais diversos motivos na promulgação da nova Lei, promoveu uma guinada sensível no texto do digesto instrumental em curto espaço de tempo e diversas antinomias vicejaram no código. A princípio o código somente abandonaria a obrigatória fase de conciliação se as duas partes se manifestassem assim expressamente. Em razão disso restou no texto final o inciso I do §4º do artigo 334 que conflita com seu §5º e com o inciso VII do artigo 319, e ainda com o inciso II do artigo 335.

A leitura acurada destas antinomias promovendo o seu acendramento interpretativo, indica que o autor na peça inaugural deve optar pela realização ou não da audiência de conciliação. Caso o autor opte pela sua realização, o réu poderá, até dez dias anteriores à mesma, protocolar a rejeição a sua realização, momento em que inicia o prazo para apresentar sua contestação.

Mas nesse ponto reside cizânia. Nesta fase de prognósticos e elucubrações sobre a interpretação do vindouro processo civil há quem defenda que a ausência do requisito do inciso VII na petição inicial faz presumir que o autor concorda com a

designação de audiência de conciliação, pois, esta interpretação promovida pelo condutor do feito estaria alinhada com os princípios instituídos pelos parágrafos 2º e 3º do artigo 3º, fortalecendo a atividade de resolução consensual dos conflitos, o que é um dos baluartes da nova legislação.

Mas, parece não ser bem assim. Se buscarmos analogicamente institutos que tratam da manifestação da vontade, o artigo 111 do Código Civil dispensa a manifestação do agente, presumindo a anuência com o seu silêncio quando as circunstâncias o indiquem e não exista exigência de declaração expressa. Ora, o artigo 319, VII do novo código de processo civil exige que o autor indique expressamente seu interesse ou não na realização da audiência de conciliação. Não há indicação de que não havendo manifestação presume-se a opção pelo ato processual.

É certo ainda que a remessa de todas as ações que ingressam diariamente para audiências de conciliação prévia, claramente sem estrutura existente para esta missão, significará um novo passo procedimental que empecerá açodar o processo e pode não ser interessante ao autor. Inclusive, como veremos, quebra-lhe a paridade de tratamento diante do que foi previsto para o réu.

A leitura do § 5º do artigo 334 com a depuração do texto não corrigido na versão final do inciso II do artigo 335 deixa extreme de dúvidas que a interpretação criada por parte da doutrina traz para o réu um *direito potestativo*. O autor pode manifestar na inicial que deseja a audiência de conciliação ou mediação e o réu, unilateralmente, pode rejeitá-la e, independente de qualquer manifestação judicial chancelando esta intenção, pois, por força do dispositivo legal inicia-se o curso do lapso temporal para a contestação a partir da manifestação do réu devidamente protocolada. Em suma, o ato para conciliação não se realizará. De outro norte, se o autor manifestar o desinteresse, o réu poderá insistir na realização por força dos princípios já mencionados e insculpidos nos parágrafos 2º e 3º do artigo 3º do novo código que estão sendo erigidos ao patamar de *postulados* ou *cogentes*. Há uma boa possibilidade do julgador comungar com a necessidade de designação da audiência neste caso.

Dessarte, se o autor nada manifestar e for presumido pelo julgador o seu interesse na audiência de conciliação, fica ao alvedrio exclusivo do réu se haverá ou não a audiência. Se o autor informar que não a quer, o réu ainda poderá insistir em

sua realização, o que não deixa de ser uma quebra de paridade no tratamento das partes dentro do processo.

Nesse contexto, fica evidente que a pretensão de presumir a intenção do autor de passar pela audiência de conciliação quando não cumpra o requisito do inciso VII do artigo 319 deve ser repelida, pois, além de ignorar o comando expresso e claro da lei, salienta uma posição processual superior do réu. Portanto, não preenchendo a petição inicial todos os requisitos exigidos na Lei, deverá o condutor do feito determinar a emenda da inicial, valendo-se do artigo 321 e seu parágrafo único.

Tem-se, assim, que o inciso VII do artigo 319 é pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo, de ordem objetiva, consubstanciando item para que a petição se assevere apta para que ecloda e gere a formação hígida da ação, não se tornando anacrônica a interpretação consolidada na doutrina até aqui.

#### **4 POSIÇÃO TÓPICA DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. QUEBRA DA PARIDADE DE ARMAS**

Desimportando a nomenclatura aplicada à audiência de conciliação, que parece indicar que o acordo entre as partes se efetivará, quando na verdade se tenta a conciliação entre elas, parecendo mais razoável chamá-la de *audiência de tentativa de conciliação*, o fato é que o momento processual é desfavorável ao autor diante da regulamentação que o novo código de processo civil propõe.

Não é segredo para os operadores do direito que a audiência de conciliação é comezinha e indispensável – em tese - no âmbito dos juizados especiais cíveis e naquele ambiente judicial ela se dá de forma antecedente a apresentação da contestação, entretanto, também é amplamente sabido que nesta esfera o direito material discutido é singelo por natureza e vedação legal expressa na Lei nº 9099, de 1995.

Impossível negar que a parte que se apresenta para a audiência de conciliação sabendo de antemão o que o autor tem em seu favor guarda para si uma vantagem. Cedição dos operadores do direito, já que previsto em lei, que é requisito

da inicial nos atuais artigos 282, VI, 283 e 396 do código de processo civil, equivalentes e sem grandes alterações no código que está em seu porvir aos artigos 319, 320 e 434 respectivamente, que o autor deve fazer acompanhar na inicial as provas documentais contemporâneas e indispensáveis para a propositura da ação e indicar na peça a atividade probatória que pretende no feito, embora a explicitação precisa possa vir em momento póstumo. Esse prévio conhecimento do réu parece alquebrar o *princípio da paridade de armas* ou da *igualdade processual* definida por Didier Júnior (2013, p. 69) nestes termos “Os sujeitos processuais devem receber tratamento processual idêntico; devem estar em combate com as mesmas armas, de modo a que possam lutar em pé de igualdade. Chama-se a isso de paridade de armas: o procedimento deve proporcionar às partes as mesmas armas para a luta”.

Infere-se assim, que a audiência de conciliação no procedimento comum onde as causas tratam muitas das vezes de assuntos sensíveis e complexos, deveria vir após a apresentação da contestação como é previsto no código de processo civil em vigor no artigo 331 *caput*, pois, as partes podem aferir exatamente sua situação processual e melhor mensurar o desenvolvimento do feito e seu resultado, estando mais sensíveis a um acordo.

Esta distorção fica mais aguda com a eventual possibilidade de uma nova audiência de conciliação a partir da inserção de terceiros através da reconvenção, por exemplo, já que estas partes trazidas ao processo devem ter as mesmas oportunidades de se defender e produzir provas e, portanto, em tese, fazem jus a participarem de uma audiência de conciliação.

Aparentemente o autor sofreu uma perda no que tange a isonomia de posição processual com o novo código de processo civil, abalo que poderá atingir similarmente e em conjunto o réu em situações em que se admita a posterior intervenção de terceiros.

## 5 O TERCEIRO E A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

O novo código de processo civil manteve a inserção de terceiros na lide pelas variadas formas já existentes, ampliando-as, embora algumas assim não sejam nomeadas apesar de sua natureza jurídica semelhante.

O terceiro é normalmente, em linhas gerais, descrito pela doutrina como alguém que não sendo parte, sofre os efeitos materiais do processo. Diversas compilações trazem em linhas mais ou menos próximas esta definição (MARTINS JÚNIOR, 2015, p. 94).

Tratando da sucessão das partes e procuradores prevista nos artigos 108 a 110 do novo código, o que não é reconhecido topicamente e juridicamente como uma intervenção de terceiro na acepção purista do instituto, versarão os artigos acerca das situações onde há alteração do proprietário da coisa litigiosa, do litigante, ou ainda do procurador da parte, tudo de forma muito semelhante ao disposto no atual digesto instrumental. Não obstante, não há como negar que adentra ao feito uma nova personagem que está submetida, como preconiza Queiroz (2003, p. 227), aos efeitos do comando judicial nestes termos “Quem é terceiro não é parte na relação jurídica processual, mas pode se ligar a esta em face de uma relação jurídica material, pelo que poderá ser atingido direta ou indiretamente pela sentença”.

A título da intervenção de terceiros propriamente dito, temos devidamente regulados no diploma instrumental que se avizinha a adentrar em vigor, a Assistência nas espécies simples e litisconsorcial entre os artigos 119 a 124; a Denúnciação da Lide, que foi sensivelmente aprimorada, nos artigos 125 a 129; o Chamamento ao Processo regulamentado nos artigos 130 a 132; a salutar inovação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, inclusive inversa, nos artigos 133 a 137; e o *Amicus Curiae* no artigo 138.

A intervenção de terceiros é definida por Wambier nos seguintes termos (2002, p. 249):

Num primeiro momento, poder-se-ia genericamente afirmar que *terceiro* é um contra-conceito, isto é, é terceiro todo aquele que não for parte. Intuitivamente, já se percebe que dentre todos esses terceiros deve haver importantíssimas discriminações, em função de sua ligação ou proximidade para com o litígio em relação ao qual são terceiros. Pode-se falar em terceiros desinteressados – e a esses a lei não fornece caminho algum para que possam intervir em processo alheio, instrumentando-lhe com os embargos de terceiro, para que possam justamene dizer que não podem ser atingidos por que nada têm que ver com o processo – em terceiros interessados de fato – cujo interesse é meramente econômico, moral ou espiritual, mas não jurídico – e em terceiros que podem intervir e se tornar partes.

Câmara traz escólio que robustece esta definição do instituto (2009, p. 168):

Assim é que, conhecido o conceito de terceiro, pode-se definir a *intervenção de terceiro* como o ingresso, num processo, de quem não é parte. Justifica-se a existência das diversas modalidades de intervenção de terceiros pelo fato de o processo poder produzir efeitos sobre a esfera jurídica de interesses de pessoas estranhas à relação processual.

A Reconvenção, que agora tem cariz expressamente autônoma e está prevista no artigo 343 do novo código de processo civil, em seus parágrafos 3º e 4º, admite a inserção de terceiro em qualquer dos polos, ampliando a expansão dos limites objetivos e subjetivos da lide.

Esta maior abrangência da reconvenção já era defendida por Didier Júnior (2013, p. 557) no atual código de processo civil, e tendo sido este jurista um dos revisores do novo digesto, assevera-se natural que tenha sido recepcionado este entendimento. Vejamos:

Possibilidade de ampliação subjetiva do processo (“reconvenção subjetivamente ampliativa”).

É possível, no entanto, defender a ampliação subjetiva do processo pela via da reconvenção, se ela impuser litisconsórcio do autor e um terceiro e se tratar de demanda conexa com a ação principal (art. 103 do CPC), o que redundaria, de qualquer modo, na reunião das causas para julgamento simultâneo (art. 105 do CPC). Assim, a inadmissibilidade da reconvenção é medida inútil, pois acaso o réu propusesse ação autônoma, em razão da conexão, a reunião dos feitos no mesmo juízo se impunha.

Câmara (2009, p. 328) externa em seus estudos o mesmo entendimento afirmando que “A possibilidade de oferecer esta reconvenção subjetivamente mais ampla é totalmente amparada pelo princípio da economia processual, o qual se encontra à base dos institutos da reconvenção e do litisconsórcio”.

Sem dúvidas a leitura atenta do novo código de processo civil vai revelar que o mesmo é a condensação de pensamentos sufragados na doutrina mais abalizada e na jurisprudência, e que acabam por refletir na repisada e sempre prestigiada, por mais que seja combatida, positivação do direito, vetor principal da *segurança jurídica* tão cara para os empreendedores. Neste ponto, a reconvenção não foi tratada diferentemente, ficando superados posicionamentos de outros juristas mais conservadores (DONIZETTI, 2007, p. 268; THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 356).

Evidentemente, a inserção do terceiro, a que título for, seja pelos institutos tradicionais ou ainda pelos assemelhados, traz à tona fatos processuais que carecem de análise. A partir do momento que o texto legal traz os seguintes elementos orientadores da atividade exegética no artigo 3º em seus parágrafos segundo “§ 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e terceiro “§ 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, verdadeiros comandos cogentes em prol da conciliação, sem utilizar o termo parte que poderia gerar conflito com o instituto terceiro e careceria da interpretação com base na teoria da norma legal partindo do texto ainda não lapidado, torna-se plenamente possível afirmar que qualquer pessoa, física ou jurídica, que venha a ser inserido no feito, a qualquer título, poderá invocar a tentativa de conciliação em audiência.

O sucessor no domínio ou na posição processual, embora não se trate em lindes mais estreitas exatamente de *terceiro* sob a regulamentação do código, não teria, diante destes comandos legais interpretativos, o direito de tentar a conciliação? A pacificação advém, em muito, do elemento volitivo, subjetivo. Portanto, ressaí altaneira a tese de que alterada a parte há nova hipótese de tentativa de consenso, pois novos interesses subjacentes a lide entram no campo processual.

Já com relação ao terceiro propriamente dito e assim elencado no código, que se insere e tem relação jurídica com o feito, evidentemente este pela inarredável obrigação prevista no código de que se assegure a isonomia processual, deve ter o direito de tentar a conciliação em audiência.

Nota-se assim, que há a franca possibilidade não só de audiências de conciliação em sessões múltiplas conforme previsto no novo código para as partes originárias, mas, também, novas audiências para os terceiros que se vêm inseridos postumamente na lide, sob pena de sonegar a estas um direito estimulado e positivado como norteador da nova legislação instrumental.

Embora mais complexo este entendimento, em geral as petições de inserção do terceiro buscam arrimo e tem matiz semelhante à exordial, devendo, portanto, contar também com a manifestação acerca da intenção ou não da audiência de conciliação, recebendo tratamento similar ao das partes originárias, inclusive, a possibilidade de recusa expressa.

## 6 CONCLUSÃO

O legislador brasileiro é movido por diversas fricções advindas do corpo social, em especial da atividade política e do *poder de fato*. Certo é que não prima pela coerência de forma absoluta. Interesses, sem dúvidas, estiveram em jogo em todo o trabalho preparatório deste novo digesto. A rapidez de trâmite quando comparado a outros projetos de igual envergadura e a profunda alteração do projeto original, e em especial deste, já revisado, para o texto final, produziu algumas situações que são claros indicadores do açodamento completamente desapegado da técnica ou de qualquer interesse juridicamente nobre.

Legisla-se sem preocupação com o fático, sem ouvir verdadeiramente os *praxistas*.

O mote de código que trará rapidez, celeridade, se perde nos diversos pontos de exercício do contraditório e de manifestação obrigatória e prévia das partes. No mesmo diapasão a audiência de conciliação, sem estrutura adequada para dar vazão instantânea ao provável número de interessados em sua realização, ou mesmo a adoção como passo obrigatório pelos magistrados, será um novo ponto no processo que pode torná-lo substancialmente mais moroso. Isso exigirá uma lapidação que deve tornar o Judiciário mais pesado financeiramente para o Estado, criando novas figuras processuais a título de auxiliares da justiça, muito possivelmente para se inserir bacharéis em direito no mercado de trabalho em tempos de profusão de neófitos profissionais oriundos de cursos de direito com qualidade propedêutica severamente preocupante e que já não conseguem se inserir em um mercado extremamente disputado, em especial nas regiões menos desenvolvidas economicamente que contam com a predominância na área da educação superior dos cursos jurídicos, com o fito claramente de empreendedorismo capitalista.

Com o que se constatou e a desconfiança que o parlamento produz espontaneamente, não se sabe exatamente o que o legislador procura, mas, não parece ser a celeridade processual. Há tempos a conciliação era uma fase obrigatória no código de processo civil e foi extirpada pela Lei nº 10444, de 2002 da condição de inafastável justamente para trazer celeridade. Agora, retoma esta feição impositiva no processo para... dar celeridade! No mínimo insólito. Não funcionou no passado.

Nossa sociedade se tornou mais beligerante e ativa em busca de seus direitos através da via judicial e não houve uma mudança de mentalidade cultural da população e agora se retoma o caminho que feneceu – sem ao menos ter vicejado em algum momento – sem deixar saudades.

Com a retomada da audiência de conciliação em uma roupagem obrigatória em momento processual que possivelmente levará a parte autora a se arrostar em desvantagem no que tange a previsibilidade objetiva acerca do resultado, vez que o réu não terá apresentado o que lhe ampara em termos probatórios, o que em outros momentos poderá atingir a estes, autor e réu em conjunto, deparando-se inferiorizados sob esta faceta perante o terceiro que adentre no feito em momento futuro.

Não é irrazoável dizer que bastariam algumas inovações do futuro código de processo civil serem inseridas no atual, como na reforma substancial e pontual de 1994, e obteríamos sensível avanço. A conciliação da mesma forma. Mas, como dito, interesses, nem sempre ligados ao que é melhor a população, é que sustentam a atividade política comandada pelo *poder de fato*.

Embora assim seja, não se pode olvidar que o novo código de processo civil, talvez despiciendo, nos dota de um arcabouço processual que no futuro, a partir da consolidação dos entendimentos nos Tribunais e a sedimentação do sistema misto do *civil law* com o *common law*, poderá imprimir maior celeridade processual pois as causas estarão despidas de discussão salvo as possibilidades de *distinguishing*<sup>5</sup> e *overruling*<sup>6</sup>, o que pode também fomentar o desenvolvimento da atividade conciliatória e de mediação extrajudiciais, desafogando a máquina judiciária, pois, haverá previsibilidade objetiva dos resultados.

Destarte, espera-se que com o tempo exista uma transformação na seara jurídica com a atuação em moldes semelhantes a países europeus e as cortes norte-americanas, diante da consolidação dos entendimentos.

O risco que se cogita é a concentração de poderes em Tribunais que tem formação eminentemente política e ligada à atividade estatal de governabilidade, sem cometer o oblívio de não atentarmos para a existência dos grandes litigantes

<sup>5</sup> É a demonstração ao julgador que a situação concreta discutida nos autos é diversa da que está solidificada em entendimentos jurisprudenciais ou em verbetes de súmulas.

<sup>6</sup> Prova de que o entendimento sufragado pelos Tribunais ou em Súmula, foi superado.

privados, umbilicalmente ligados ao *poder de fato*, ou o *poder político e econômico*, o que se manifestou em diversos pontos do código que está por vigorar, exigindo mera leitura perfunctória para esta constatação.

Em suma, teremos algum avanço instrumental, todavia, em num novo código prescindível e com crises internas, com o risco de maior opressão do *poder de fato* sobre a população.

## 7 REFERÊNCIAS

- Centro de Justiça e Sociedade da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. (Org.). **A REFORMA silenciosa da justiça**. Rio de Janeiro: 2006.
- ADORNO, Theodor. **A dialética do esclarecimento**. Max Horkheimer. Disponível em: <<http://www.mom.arq.ufmg.br/mom/babel/textos/adorno-horkheimer-dialetica-esclarecimento-caps-1-2.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2015.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- AMORIM, Aureliano Albuquerque. **Arbitragem e poder judiciário**. Goiânia: Contato Comunicação, 2009.
- ARISTÓTELES. **A política**. Introdução de Ivan Lins. Trad. de Nestor Silveira Chaves. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015 – (Coleção Folha. Grandes nomes do pensamento: v. 1).
- ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Trad. Sérgio Bath. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BACON, Francis. **Ensaio sobre moral e política**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <[www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 31 out. 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 01 jun. 2015.
- BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**: Pressupostos hermenêutico-constitucionais. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Aprendendo a pensar com a sociologia**. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- BENGOETXEA, Joxerramon. **Una defensa del consecuencialismo em el derecho**. Disponível em: <[http://scholar.google.com.br/scholar?q=UNA+DEFENSA+DEL+CONSECUENCIALISMO+EN+EL+DERECHO+Joxerramon+Bengoetxea&btnG=&hl=pt-BR&as\\_sdt=0%2C5](http://scholar.google.com.br/scholar?q=UNA+DEFENSA+DEL+CONSECUENCIALISMO+EN+EL+DERECHO+Joxerramon+Bengoetxea&btnG=&hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5)>. Acesso em: 01 jun. 2015.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apr. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 19. ed., rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- DESCARTES, René, 1596-1650. **Meditações metafísicas**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015 – (Coleção Folha. Grandes nomes do pensamento: v. 5).
- DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. v. 1. 15. ed. Salvador: Juspodium, 2013.
- DIAS, Reinaldo. **Sociologia do direito: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; **Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico**. Disponível em: <[http://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo\\_e\\_moralismo\\_ju%C3%Adic](http://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_ju%C3%Adic)>. Acesso em: 01 jun. 2015.
- DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.
- DWORKING, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Fernando Santos; revisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. - (Biblioteca Jurídica WMF).
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A trivialização dos direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, nº 28, outubro 1990, p. 99-115.
- FERREIRA, Delson. **Manual de sociologia: dos clássicos à sociedade da informação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação do direito e os princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros; Método, 2013.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria política do direito: a expansão política do direito**. Henrique Garbellini Carnio. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 34, 2009.
- HERANI, Renato Gugliano. **Controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais**. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense; Método, 2010.
- JELLINEK, Georg. **A declaração dos direitos do homem e do cidadão: contribuição para a história do direito constitucional moderno**. Organização, estudo introdutório e tradução Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção clássicos do direito; v. 2).
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. J. Rodrigues de Menege. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (RT – textos fundamentais; 5)

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição.** Trad. Gabriela Edel Mei. São Paulo: Pillares, 2015.

LENZA, Vítor Barboza. **Magistratura ativa.** Goiânia: AB, 2000.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos.** Disponível em: <<http://scholar.google.com.br/scholarhl=ptBR&q=MODULAC3%87%C3%83O+TEMPORAL+DOS+EFEITOS+NO+PROCESSO+DE+CONTROLE+D+E+CONSTITUCIONALIDADE+E+INFC3%8ANCIA+DE+ARGUMENTOS+ECOC3%94MICOS+Soraya+Gasparetto+Lunardi&btnG=&lr.>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

MARTINS JÚNIOR, Lázaro Alves. **Manual pragmático de direito processual civil. Com as perspectivas de inovação do novo processo civil, orientações para elaboração de peças e fluxogramas.** Goiânia: Kelps, 2015.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais.** 1. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento.** Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MULLER, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. **Revista española de derecho constitucional.** Madrid, n. 27, p. 111-126, 1989. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=77386>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim falava zarastrusta:** livro para toda gente e ninguém. Apêndices Elisabeth Foster Nietzsche. Trad. José Mendes de Souza. Pref. Geir Campos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012 (Ed. Especial. Saraiva de bolso).

PAULA, Gil César Costa de. **Teoria geral do estado:** textos para uma abordagem crítica. Goiânia: Vieira, 2010.

PEGORARO, Lucio. **La circulación, la recepción y la hibricación de los modelos de justicia constitucional.** Disponível em: <[www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicasR=8&IDN=398&IDA=1432](http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicasR=8&IDN=398&IDA=1432)>. Acesso em: 01 jun. 2015.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito processual civil. Teoria geral do processo – processo de conhecimento – recursos.** 7. ed., rev. ampl. atual. jan. 2003. Goiânia: Editora Jurídica IEPC (Coleção Jurídica).

REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Valores superiores e interpretación constitucional.** Colección: Estudios Constitucionales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Teoria geral do direito processual civil: a lide e sua resolução.** 2. ed., rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 1999.

SCHOPENHAUER, Arthur, 1788-1860. **Aforismo sobre a sabedoria de vida.** Trad. Jair Barboza. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015 – (Coleção Folha. Grandes nomes do pensamento: v. 2).

SCURO NETO, Pedro. **Sociologia geral e jurídica:** Introdução ao estudo do direito, instituições jurídicas, evolução e controle social. 7. ed. São Paulo: Saraiva; Zahar, 2010.

SPECTOR, Céline. **Vocabulário de Montesquieu.** Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

TAVARES, André Ramos. A Constituição é um documento valorativo?. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 09, p. 337-348, jan./jun. 2007.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Malheiros; Saraiva, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 1. v. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/95**. 4. ed., reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VOLTAIRE, 1694-1778. **Tratado sobre a tolerância**. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015 – (Coleção Folha. Grandes nomes do pensamento: v. 3).

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 5. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

# 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*** (QUALIS B.1, ISSN  
2177-8256, disponível em <http://www.abdconst.com.br/revistaabdconst>), com  
periodicidade semestral, está recebendo artigos, resenhas e ensaios inéditos em  
português, inglês, espanhol, francês e italiano para a publicação do seu décimo  
quinto e décimo sexto números (2016, jul. a dez. e 2017, jan. a jun.) até **30 de abril  
de 2017**, de acordo com as informações abaixo.

**Buscando ampliar a internacionalização e excelência da Revista,  
será priorizada a publicação de trabalhos escritos em língua inglesa e  
submetidos por autores com Doutorado.**

Cordialmente,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsável (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente (rafael@abdconst.com.br)

La Revista ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (QUALIS B.1, ISSN 2177-8256, disponible en <http://www.abdconst.com.br/revistaabdconst>), con periodicidad semestral, está recibiendo artículos, reseñas y ensayos inéditos en portugués, inglés, español, francés y italiano para la publicación de sus decimoquinto y decimosexto números (2016, jul. a dec. e 2017, enero a jun.) hasta **30 de abril de 2017**, de acuerdo con las informaciones que se mencionan más abajo.

**Para hacer la revista más internacional y ampliar su excelencia será priorizado la publicación de trabajos escritos en lengua inglesa y sometidos por autores con Doctorado.**

Un cordial saludo,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsable (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente (rafael@abdconst.com.br)

The Law Journal ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (QUALIS B.1, ISSN 2177-8256, available at <http://www.abdconst.com.br/revistaabdconst>), published every semester, is receiving original articles, reviews and essays in Portuguese, English, Spanish, French and Italian to be published in its fifteenth and sixteenth editions (2016, July-Dec. e 2017, Jan.-June) until **April 30th**, 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 - Editor Assistente (rafael@abdconst.com.br)

**Português - Linha Editorial:** o periódico científico *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* publica artigos, resenhas e ensaios inéditos nos âmbitos da teoria e da dogmática jurídica, privilegiando a perspectiva transdisciplinar e comparada, assim como de outros saberes, sobre Constituição, Economia e Desenvolvimento.

**Missão:** A missão da *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* é incentivar a produção de estudos das relações jurídico-constitucionais com a prática e o pensamento econômicos a partir da perspectiva democrática e da efetivação dos direitos fundamentais. Ainda, visa fomentar as discussões acadêmicas sobre o desenvolvimento econômico, jurídico, humano e social e uma leitura crítica da Escola *Law and Economics*.

**Avaliação dos Artigos:** Os artigos, resenhas e ensaios são analisados pelo Editor Responsável, primeiramente, para verificar a pertinência com a linha editorial da Revista. Posteriormente, é feito o *Double blind 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 e, a partir das alterações feitas, o Editor Responsável emitirá a opinião pela publicação ou não do texto. Em cada número poderão ser publicados até dois trabalhos (20% do total) de autores convidados, selecionados pelo Editor Responsável, de autoria de pesquisadores estrangeiros ou nacionais de grande renome com especial pertinência temática com a revista. Dentre os trabalhos aprovados, por política editorial de internacionalização e excelência, haverá preferência de publicação de

trabalhos escritos em língua inglesa, trabalhos submetidos por autores com doutorado e trabalhos com coerência temática no número do periódico.

**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.

**Regras e exame por comitê de ética:** Os autores devem obrigatoriamente atender todas as regras éticas de suas respectivas áreas e da pesquisa científica.

Os trabalhos serão excluídos do processo de avaliação caso seja constatada alguma violação na ética da pesquisa científica. Se os trabalhos foram desenvolvidos no Brasil, deve-se observar a Resolução n. 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde. Nas pesquisas que envolvam dados pessoais, sigilosos, entrevistas, interação ou intervenção com seres humanos, ou qualquer experimentação e análise que por lei ou regulamento exija parecer ético, o Autor deverá submeter previamente o trabalho para análise da observância das regras sobre ética na pesquisa e, nos trabalhos desenvolvidos no Brasil, os procedimentos de pesquisa necessitam ser analisados por Comitês de Ética cadastrados no sistema CEP/CONEP. O parecer ou autorização do comitê deverá ser submetido em conjunto com o trabalho.

**Principais Normas Editoriais de Formatação:** os trabalhos serão redigidos em português, espanhol, inglês, francês ou italiano e digitados em processador de texto Word.

Fonte para o corpo do texto: Times New Roman tamanho 13;

Fonte para as notas de rodapé e citações longas de mais de 3 linhas: Times New Roman tamanho 11;

Entrelinhamento para o corpo do texto: 1,5;

Entrelinhamento para as notas de rodapé e citações longas: 1,0;

Preferência ao uso da terceira pessoa do singular;

Estilo utilizado nas palavras estrangeiras: itálico;

Estilo utilizado para destacar palavras do próprio texto: negrito;

Número de páginas: no mínimo 10 e no máximo 30 páginas, justificado e com páginas não numeradas, podendo a juízo do Editor Responsável ser publicado artigo com mais de 30 páginas.

**Normas Editoriais de Estrutura do Texto:** os artigos, resenhas e ensaios deverão conter os elementos abaixo:

Cabeçalho: título, subtítulo, nome do(s) autor(es) – o número máximo de autores é três;

**Título:** deve ser claro e objetivo, podendo ser complementado por um subtítulo separado por dois pontos, em fonte maiúscula e minúscula, em negrito e centralizado;

**Nome do(s) autor(es):** indicação por extenso depois do título, alinhado à esquerda;

**Créditos:** qualificação e endereço eletrônico do(s) autor(es), em nota de rodapé;

**Resumo:** síntese do conteúdo do artigo de 100 a 250 palavras, incluindo tabelas e gráficos, em voz ativa e na terceira pessoa do singular e localizado antes do texto (ABNT – NBR 6028); expressar na primeira frase do resumo o assunto tratado, situando no tempo e no espaço; dar preferência ao uso da terceira pessoa do singular; ressaltar os objetivos, métodos, resultados e as conclusões do trabalho;

**Resumo em outra língua:** nos textos em português e espanhol, será apresentado um resumo em inglês. O Editor Responsável providenciará, caso os autores não encaminhem, a tradução do resumo, título e palavras-chave, bem como a correção gramatical e ortográfica;

**Palavras-chave:** até 5 (cinco) palavras significativas que expressem o conteúdo do artigo, escritas em negrito, alinhamento à esquerda, separados por ponto e vírgula ou ponto;

**Palavras-chave em outra língua:** nos textos em português e espanhol, serão apresentadas palavras-chave em inglês.

**Sumário:** informação das seções que compõem o artigo, numeradas progressivamente em algarismo arábico;

**Texto do artigo:** deverá apresentar como partes uma introdução, desenvolvimento e conclusão, antecedida pelo resumo, resumo em outra língua (português e espanhol), palavras-chave e palavras-chave em outra língua (português e espanhol);

**Citação, notas de rodapé e referências bibliográficas:** deve-se seguir a ABNT – NBR 10520. As referências bibliográficas completas devem ser apresentadas no final do texto;

**Anexo:** material complementar ao texto, incluído ao final apenas quando indispensável;

Tabelas ou gráficos: devem ser adotadas as “normas de apresentação tabular” publicadas pelo IBGE. O corpo editorial pode alterar a estrutura formal do texto para adequá-lo às regras editoriais da Revista.

**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), Flávio Pansieri (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR e Doutor em Direito pela UFSC); Ingo Wolfgang Sarlet (Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemanha. Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS); Luís Fernando Sgarbossa (Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS); Marco Aurélio Marraffon (Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR), , Marcus Firmino Santiago (Professor do Instituto Brasileiro de Direito Público), Mariana Mota Prado (Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale); Ricardo Lobo Torres (Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF) e Sabina Grabowska (Professora de Direito na Universidade de Rzeszow, Polônia. Doutora pela universidade de Rzeszow e Pós-doutora pela Universidade de Lublin).

**Español - Línea Editorial:** la publicación periódica científica *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* edita artículos, reseñas y ensayos inéditos en los ámbitos de la teoría y de la dogmática jurídica, privilegiándose la perspectiva transdisciplinar, así como de otros saberes relacionados con la Constitución, Economía y el Desarrollo.

**Misión:** La misión de *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* es incentivar la producción de estudios en torno de las relaciones jurídico-constitucionales con la práctica y el pensamiento económicos desde la perspectiva democrática y de la efectividad de los derechos fundamentales. Asimismo, fomenta los debates académicos sobre el desarrollo económico, jurídico, humano y social y a una lectura crítica de la Escuela *Law and Economics*.

**Evaluación de los Artículos:** Los artículos, reseñas y ensayos son analizados primeramente por el Editor Responsable para verificarse la adecuación del trabajo a la línea editorial de la Revista. Posteriormente se realiza una evaluación *blind peer review* que consiste en la remisión de dichos trabajos científicos a dos profesores-investigadores doctores, sin que conste la identificación de los autores, para someterlos a la revisión de la forma y del contenido. Cuando ocurrir un parecer por la aprobación y otro por la reprobación del trabajo, podrá haber sumisión a tercer parecerista para desempate, después de examen por lo editor jefe. Tras el análisis de los evaluadores, el editor jefe les informará a los autores el parecer negativo para la publicación o les solicitará los cambios sugeridos por los evaluadores. En este caso, los autores habrán de realizar las rectificaciones pertinentes y lo editor jefe emitirá una opinión para la publicación o no del texto. En cada volumen podrán ser publicados dos trabajos (20% del total) de autores invitados, seleccionados por lo editor jefe, escritos por investigadores extranjeros o nacionales de gran renombre con especial pertinencia de tema con la Revista. Entre los trabajos aprobados, en acuerdo con la política editorial de internacionalidad y 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 artículo. 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.

**Reglas y examen por comité de ética:** Los autores son obligados a cumplir todas las reglas éticas de sus áreas y de la pesquisa científica. Los trabajos serán excluidos de lo proceso de evaluación caso sea constatada alguna violación de la ética de la pesquisa. Se los trabajos desenvueltos son en Brasil, debe-se obedecer la Resolución n. 466/2012 de lo Consejo Nacional de Salud. En las pesquisas que envuelvan dados personales, sigilosos, entrevistas, interacción o intervención con seres humanos, o cualquier experimento y análisis que por ley o reglamento necesite de parecer ético, lo autor deberá someter previamente lo trabajo para la análisis de observancia de las reglas éticas sobre la ética en pesquisa y, en los trabajos desenvueltos en Brasil, los procedimientos de pesquisa necesitan de análisis por los Comitês de Ética registrados en lo sistema CEP/CONEP. Lo parecer o autorización de lo comité deberá ser sometido junto con lo trabajo.

**Principales Normas Editoriales y su Formato:** los trabajos deberán estar redactados en portugués, español, inglés, francés o italiano y digitalizados en procesador de texto Word.

Fuente para el cuerpo del texto: Times New Roman tamaño 13;

Fuente para las notas a pie de página y para las citas textuales, cuando sean superiores a 3 líneas: Times New Roman tamaño 11;

Interlineado para el cuerpo del texto: 1,5;

Interlineado para las notas a pie de página y citas textuales largas: 1,0;

Se da preferencia al uso de la tercera persona del singular;

Estilo de fuente para palabras extranjeras: cursiva;

Estilo de fuente para destacar las palabras dentro del propio texto: negrita;

Número de páginas: no inferior a 10 y no superior a 30 páginas, justificado y con páginas no enumeradas, el artículo cuya extensión supere las 30 páginas podrá ser publicado si el Editor Responsable lo juzga conveniente.

**Normas Editoriales para la Estructura del Texto:** los artículos, reseñas y ensayos deberán contener los siguientes elementos:

Encabezado: título, subtítulo, nombre del autor o autores – el número de autores no deberá exceder de tres;

Título: debe ser claro y objetivo y puede ser complementado por un subtítulo separado por dos puntos, en fuente mayúscula y minúscula, en negrita y centralizado;

Nombre del autor o autores: completo después del título, alineado a la izquierda;

Créditos: cualificación académica y dirección de correo electrónico del autor o autores que hayan sido informados debajo del nombre;

Resumen: síntesis del contenido del artículo de entre 100 a 250 palabras, incluyendo tablas y gráficos, en voz activa y en tercera persona del singular y colocado antes do texto (ABNT – NBR 6028); se deberá expresar en la primera frase del resumen el asunto de que se trata, situándolo en el tiempo y en el espacio; dársele preferencia al uso de la tercera persona del singular y resaltar los objetivos, métodos, resultados y las conclusiones del trabajo;

Resumen en otro idioma: los textos redactados en portugués y en español, deberán presentarse acompañados de un resumen en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el Editor Responsable se encargará, en caso de que no lo hagan ellos, de providenciar la traducción del resumen en portugués;

Palabras-clave: hasta 5 (cinco) palabras significativas que expresen el contenido del artículo, escritas en negrita, alineadas a la izquierda, separadas por punto y coma o punto;

Palabras-clave en otro idioma: los textos en portugués y español, vendrán acompañados de las palabras-clave en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el editor responsable se encargará de providenciar, en caso de que no lo hagan, la correspondiente traducción de las palabras-clave en portugués;

Sumario: la información de las secciones que componen el artigo, 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. Antônio José Avelãs Nunes. Profesor Catedrático de la *Faculdade de Direito de Coimbra*, Doctor *Honoris Causa* por la UFPR y Doctor en Derecho por la *Faculdade de Direito de Coimbra*. Eroulths Cortiano Junior. Profesor del Programa de Posgrado y de la Licenciatura en Derecho de la UFPR y Doctor en Derecho por la UFPR. Fábio Nusdeo. Profesor Titular de la *Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP (Universidade de São Paulo)* y Doctor en Economía por la USP. Flávio Pansieri. Profesor de la Pontificia Univeridade Católica do Paraná y Doctor en Derecho por la UFSC. Ingo Wolfgang Sarlet (Doctor en Derecho por la Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemania. Professor de la Faculdade de Direito da Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS); Luís Fernando Sgarbossa (Doctor en Derecho por la Universidade Federal do Paraná – UFPR. Profesor de la Faculdade de Direito de la Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS). Marco Aurélio Marrafon.

Presidente della *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor de la Facultad de Derecho della UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor em 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 de la Universidad de Toronto y Doctora en Derecho por la Universidad de Yale. Ricardo Lobo Torres. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor en Filosofía por la UGF (*Universidade Gama Filho*) y Sabina Grabowska Profesora de Derecho en la Universidad de Rzeszow, Polonia y Doctora en la universidad de Rzeszow e Pós-doctora pela Universidad de Lublin.

**English - Editorial line:** the Law Journal *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* publishes unpublished articles, reviews and essays within the ambit of law theory and dogmatism, especially with the transdisciplinary perspective, as well as other knowledge areas, about Constitution, Economics and Development.

**Mission:** The mission of *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* is to encourage the production of studies on constitutional law relations with the economical practice and thinking, from the democratic perspective and the stating of fundamental rights. Yet, it motivates academic discussions on economic, law, human and social development and a critical reading of the School of Law and Economics.

**Evaluation of Articles:** Articles, reviews and essays are firstly analyzed by the Chief Editor to verify if they are pertinent to the Law Journal editorial line. Then, they are sent for blind peer review – scientific works are sent to two PhD professors-researchers, with no author identification, to evaluate structure and content. If one professor suggests publication and the other rejects the paper, a third professor may be called on for a final decision, after the examination of the Chief Editor. After the professors' analysis, the chief editor will inform the authors of negative opinions or

will require suggested changes. In this case, authors shall make the necessary adjustments and the Chief Editor will decide over the publication of the text. Each edition may contain at least two papers (20% of the total) written by invited authors, selected by the Chief Editor, written by international and nationally renowned authors with special thematical relevance to the Journal. After the selection of the article, in accordance to editorial policy of international excellence, papers will be published in an order of preference taking in account papers written in english, papers submitted by authors with doctorate degrees and pertinence with the theme of the given number of the journal.

**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](mailto: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.

**Rules for submission to ethics committees:** Authors are obliged to follow all ethical rules of their respective areas and those of scientific research. Papers will be excluded from the evaluation process if any violation of ethics in research is found. If the research is developed in Brazil must follow Resolution n. 466/2012 of the Conselho Nacional de Saúde. Research that involves personal data, secretive data, interviews, interaction with human beings, and any experiment or analysis that by law or regulation must have ethical approval, it must be previously submitted to ethical analysis by a committee. Research developed in Brazil must submit themselves to analysis by the Committees registered in the CEP/CONEP system. The authorization or opinion must be submitted with the paper.

**Main Editorial Rules for Formatting:** Works must be written in Portuguese, Spanish, English, French or Italian in a Microsoft Word document.

- Main text font: Times New Roman, size 13
- Font for footnotes and long quotations (more than 3 lines): Times New Roman, size 11
- Main text line spacing: 1.5
- Footnotes and long quotations line spacing: 1.0
- Preferably written in third person singular
- Foreign words style: italics
- Text highlighted words style: bold
- Number of pages: minimum of 10 and maximum of 30 pages, justified text with un-numbered pages; Chief Editor may publish articles with more than 30 pages.

**Editorial Rules for Text Structure:** Articles, reviews and essays should have the following parts:

- Heading: title, subtitle, name of the author(s) – maximum of three authors

- Title: It should be clear and objective, and it may be complemented by a subtitle separated by colon, in upper and lower case, in bold and center aligned
- Name of the author(s): indicated after the title, left aligned
- Credits: qualifications and authors' emails below the names
- Abstract: synopsis of the article contents from 100 to 250 words, including tables and graphics, in active voice and third person singular, before the text (ABNT – NBR 6028); it should express the subject in the first sentence of the abstract, determining time and space; preferably written in third person singular; it should highlight objectives, methods, results and conclusions of the work
- Abstract in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be an abstract in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the abstract translation to Portuguese – if authors do not send it
- Key-words: up to 5 (five) significant words that express the content of the article, written in bold, left aligned, separated by semicolon or dot
- Key-words in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be key-words in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the key-words translation to Portuguese – if authors do not send it
- Summary: information about the article sections, progressively numbered in Arabic numerals
- Article text: it should present an introduction, main text and conclusion – after the abstract, abstract in other language (Portuguese and Spanish), key-words and key-words in other languages (Portuguese and Spanish)
- Quotations, footnotes and bibliographic references: ABNT – NBR 10520. Complete bibliographic references should be presented at the end of the text
- Appendix: material to complement the text, included at the end if necessary
- Tables or graphics: refer to “*normas de apresentação tabular*” (tabular presentation rules), published by IBGE.
- The Editor may change the formal structure of the text to harmonize it to the editorial rules of the Journal.

**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), Flávio Pansieri (Professor in Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR and PhD in Law from UFSC) Ingo Wolfgang Sarlet (PhD in Law by Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Germany. Professor of Law in Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS); Luís Fernando Sgarbossa (PhD in Law by Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor in of Law in Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS); Marco Aurélio Marrafon (President of the Brazilian Academy of Constitutional Law, Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Law from UFPR); 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); and Sabina Grabowska (Law professor in Rzeszow University, Poland. PhD in Law from Rzeszow University a Post-doctorate in Lublin University).

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](mailto:abdconst@abdconst.com.br)  
Editoração e Design Gráfico: Karla Knihs – [karla.kariny@gmail.com](mailto:karla.kariny@gmail.com)