

# CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

---

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional



Volume 13 | Número 24 | Jan./Jul. 2021



## **ABDCONST**

### **ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL**

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST

Rua XV de novembro, 964, 2º andar, Centro, CEP: 80.060-000, Curitiba /PR

Telefone: +55 (41) 3024.1167 / Fax: +55 (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.*

Constituição, Economia e Desenvolvimento

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

Vol. 13, n. 24 (jan./jul. 2021) - Curitiba:

2021 Publicação semestral

ISSN 2177-8256

1. Direito 2. Academia brasileira de Direito Constitucional.

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

Editores Responsáveis: Ilton Norberto Robl Filho e Flávio Pansieri

Editores Adjuntos: Luis Henrique Braga Madalena e Ariê Scherreier Fernalda

E-mail: [ilton@abdconst.com.br](mailto:ilton@abdconst.com.br); [revista@abdconst.com.br](mailto:revista@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

## Editores Responsáveis

### **Ilton Norberto Robl Filho**

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

### **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. Pós-Doutor em Direito pela USP.

### **Luis Henrique Braga Madalena**

Doutorando em Direito pela UERJ. Mestre em Direito Público pela UNISINOS-RS. Especialista em Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito ABDConst. Coordenador Geral e Vice-Diretor Financeiro da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Coordenador da Especialização em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica da ABDConst. Editor Adjunto.

### **Ariê Scherreier Fereda**

Mestranda pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Editora Adjunta.

## Membros do Conselho Editorial

### **Alexandre Walmott Borges**

Professor de mestrado em Direito e Gestão Organizacional da UFU - Universidade Federal de Uberlândia. Professor visitante do mestrado em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita F. Doutor em Direito pela UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em História pela UFU - Universidade Federal de Uberlândia.

### **Antonio Carlos Wolkmer**

Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu UNESC.

### **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.

### **Cristiano Celone**

Professor associado de Direito Administrativo do Departamento de Direito da Universidade de Palermo e sócio fundador da Associação ítalo-brasileira dos Professores de Direito Administrativo e Constitucional (AIBDAC).

**Eroulths Cortiano Junior**

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

**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.

**Lenio Luiz Streck**

Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da UNISINOS e da UNESA. Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa e Doutor pela UFSC.

**Marco Aurélio Marrafon**

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

**Marcus Firmino Santiago da Silva**

Professor do Curso de Direito da UDF - Brasília e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho.

**Mario Antonio Roque Midón**

Ex-Presidente da Associação Argentina de Direito Constitucional. Prof. Titular de Direito Constitucional da UNNE – Argentina

**Mariana Mota Prado**

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

**Milena Petters Melo**

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

**Nicola Gullo**

Professor Associado de Direito Administrativo da Universidade de Palermo, Itália.

**Priscila Machado Martins**

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Valparaíso. Professora de Direito Processual Constitucional, Universidade de los Andes, Chile.

**Sabina Grabowska**

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

**Conselho de Pareceristas da Revista da ABDConst**

<b>Abraão Soares Dias dos Santos Gracco</b>	<b>Fauzi Hassan Choukr</b>	<b>Marcelo Sant’Anna Vieira Gomes</b>
<b>Aldo Muro Júnior</b>	<b>Felipe Chiarello</b>	<b>Márcia Jucá Teixeira Diniz</b>
<b>Alexandre Coutinho Pagliarini</b>	<b>Fernando Hoffmam</b>	<b>Márcio Pugliesi</b>
<b>Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia</b>	<b>Fernando Nagib</b>	<b>Marco Antônio Ribeiro Tura</b>
<b>Alexandre Hamilton Oliveira Santos</b>	<b>Flávia Danielle Santiago Lima</b>	<b>Marco Aurélio Marrafon</b>
<b>Alexandre Morais da Rosa</b>	<b>Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior</b>	<b>Marco Felix Jobim</b>
<b>Alexandre Walmott Borges</b>	<b>Germano André Doederlein Schwartz</b>	<b>Marcos Alves da Silva</b>
<b>Alfredo Copetti</b>	<b>Geziela Iensue</b>	<b>Marcos Augusto Maliska</b>
<b>Álvaro Borges de Oliveira</b>	<b>Giovani da Silva Corralo</b>	<b>Marcos Catalan</b>
<b>Álvaro de Oliveira Azevedo Neto</b>	<b>Gisele Mascarelli Salgado</b>	<b>Marcos Coelho</b>
<b>Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci</b>	<b>Guilherme Camargos Quintela</b>	<b>Marcus Firmino Santiago</b>
<b>Ana Paula de Barcellos</b>	<b>Gustavo Almeida Paolinelli de Castro</b>	<b>Margareth Anne Leister</b>
<b>André Luiz Costa-Corrêa</b>	<b>Gustavo Silveira</b>	<b>Margareth Vetis Zaganelli</b>
<b>Andrea Boari Caraciola</b>	<b>Hamilton da Cunha Iribure Júnior</b>	<b>Maria da Graça de Moraes Bittencourt Campagnolo</b>

<b>Ângela Issa Haonat</b>	<b>Heder Carlos de Oliveira</b>	<b>Mário Ferreira Neto</b>
<b>Ângela Maria</b>	<b>Heitor de Carvalho Pagliaro</b>	<b>Martinho Martins Botelho</b>
<b>Antonio Baptista Gonçalves</b>	<b>Henrique Napoleão Alves</b>	<b>Mateus de Oliveira Fornasier</b>
<b>Antonio Celso Baeta Minhoto</b>	<b>Henry Atique</b>	<b>Micheli Pereira</b>
<b>Antonio Gomes Moreira Maués</b>	<b>Ingo Wolfgang Sarlet</b>	<b>Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas</b>
<b>Antonio Veloso Peleja Junior</b>	<b>Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães</b>	<b>Milena Petters Melo Monica Bonetti Couto</b>
<b>Balmant Emerique</b>	<b>Jackelline Fraga Pessanha</b>	<b>Mônica Helena Harrich Silva Goulart</b>
<b>Beclaute Oliveira Silva</b>	<b>Jacqueline de Souza Gomes</b>	<b>Murilo Melo Vale</b>
<b>Brandão Soares</b>	<b>Janaína Machado Sturza</b>	<b>Nelci Lurdes Gayeski Meneguzzi</b>
<b>Bráulio de Magalhães Santos</b>	<b>Jean Carlos Dias</b>	<b>Nina Tricia Disconzi Rodrigues</b>
<b>Caio Augusto Souza Lara</b>	<b>João Paulo Capelotti</b>	<b>Pablo Malheiros da Cunha Frota</b>
<b>Carla Izolda Fiuza Costa Marshall</b>	<b>Jorge Jose Lawand</b>	<b>Paula Pessoa Pereira</b>
<b>Carlos Bolonha</b>	<b>José Carlos Buzanello</b>	<b>Paulo Ricardo Schier</b>
<b>Carlos Victor Nascimento dos Santos</b>	<b>José de Magalhães Campos Abrósio</b>	<b>Paulo Sérgio da Silva</b>

<b>Carolina Alves Vestena</b>	<b>Jose Everton da Silva</b>	<b>Phillip Gil França</b>
<b>Cátia Rejane Liczbinski Sarreta</b>	<b>José Francisco de Assis Dias</b>	<b>Rafael de Oliveira Costa</b>
<b>Cavalcanti Ramalho</b>	<b>José Luiz Ragazzi</b>	<b>Rafael Silveira e Silva</b>
<b>Célia Barbosa Abreu</b>	<b>José Renato Martins</b>	<b>Rafael Tomaz De Oliveira</b>
<b>Christiane De Holanda Camilo</b>	<b>Josemar Sidinei Soares</b>	<b>Ribeiro Guedes</b>
<b>Cláudia Luiz Lourenço Claudio Gonçalves Munhoz</b>	<b>Josias Jacintho Bittencourt</b>	<b>Ricardo Aronne</b>
<b>Claudio Smirne Diniz Clodoaldo Moreira</b>	<b>Juliana Cordeiro Schneider</b>	<b>Ricardo Carneiro Neves Júnior</b>
<b>Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira</b>	<b>Julio Pinheiro Faro</b>	<b>Ricardo Serrano Osorio</b>
<b>Cristiane Helena de Paula Lima Cabral</b>	<b>Jussara Maria Leal de Meirelles</b>	<b>Rodrigo Fortunato Goulart</b>
<b>Daniel Francisco Nagao Menezes</b>	<b>Katiucia Boina</b>	<b>Ronaldo Lindimar José Marton</b>
<b>Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis</b>	<b>Leilah Luahnda Gomes De Almeida</b>	<b>Samantha Ribeiro Meyer Pflug</b>
<b>Daniela Rezende Oliveira</b>	<b>Leonam Liziero</b>	<b>Sandra Sereide Ferreira da Silva</b>
<b>Delmo Mattos da Silva</b>	<b>Leonardo Vieira Wandelli</b>	<b>Sandro Luís Tomás Ballande Romanelli</b>
<b>Demetrius Nichele Macei</b>	<b>Lilian Márcia Balmant</b>	<b>Sandro Marcelo Kozikoski</b>
<b>Diana Carolina dos Santos Júnior</b>	<b>Livia Gaigher Bósio Campello</b>	<b>Sandro Rogério Monteiro de Oliveira</b>

<b>Eduardo Antônio Klausner</b>	<b>Luana de Carvalho Silva Gusso</b>	<b>Saulo Bichara Mendonça</b>
<b>Eduardo Biacchi Gomes</b>	<b>Lucas Abreu Barroso</b>	<b>Sebastião Neto</b>
<b>Eduardo Molan Gaban</b>	<b>Lucas Catib de Laurentiis</b>	<b>Simone Tassinari Cardoso</b>
<b>Eleonora Mesquita Ceia</b>	<b>Lucas Gonçalves da Silva</b>	<b>Sonia Barroso</b>
<b>Eliana Franco Neme</b>	<b>Luciana Costa Poli</b>	<b>Sulamita Crespo Carrilho Machado</b>
<b>Eloi Martins Senhoras</b>	<b>Luciana Fernandes Berlini</b>	<b>Sylvio Alarcon</b>
<b>Emerson Gabardo</b>	<b>Luciana Souza de Araujo</b>	<b>Tiago Resende Botelho</b>
<b>Emilio Peluso Neder Meyer</b>	<b>Luciene Dal Ri</b>	<b>Túlio Lima Vianna</b>
<b>Eneas De Oliveira Matos</b>	<b>Luis Fernando Sgarbossa</b>	<b>Valencia Tello</b>
<b>Érico Hack</b>	<b>Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho</b>	<b>Valéria Cristina Pereira Furlan</b>
<b>Erivaldo Cavalcanti E Silva Filho</b>	<b>Luis Renato Vedovato</b>	<b>Valéria Silva Galdino Cardin</b>
<b>Eroulths Cortiano Júnior</b>	<b>Luiz Claudio Araújo Coelho</b>	<b>Vanessa Oliveira Batista Berner</b>
<b>Everton das Neves Gonçalves</b>	<b>Luiz Eduardo Anesclar</b>	<b>Vânia Beatriz Rey Paz</b>
<b>Ezilda Claudia de Melo Fabianne Manhães Maciel</b>	<b>Luiz Ricardo Guimaraes</b>	<b>Wagner Silveira Feloniuk</b>
<b>Fábio Lima Quintas</b>	<b>Maraluce Maria Custodio</b>	<b>Walter Guandalini Junior</b>

<b>Fabício de Assis Campos Vieir</b>	<b>Marcelo Henrique Nogueira Diana</b>	<b>William Soares Pugliese</b>
<b>Fabício Ricardo de Limas Tomio</b>	<b>Marcelo Labanca Corrêa de Araújo</b>	
<b>Fausto Santos de Moraes</b>	<b>Marcelo Lamy</b>	

**Pareceristas que participaram desta edição:**

<b>Alexandre Moraes da Rosa</b>	<b>Eloi Martins Senhoras</b>	<b>Paula Pessoa Pereira</b>
<b>Alexandre Walmott Borges</b>	<b>Flávia Danielle Santiago Lima</b>	<b>Phillip Gil França</b>
<b>Antonio Veloso Peleja Junior</b>	<b>Giovani da Silva Corralo</b>	<b>William Soares Pugliese</b>
<b>Beclaute Oliveira Silva</b>	<b>Flávia Danielle Santiago Lima</b>	
<b>Caio Augusto Souza Lara</b>	<b>Jose Everton da Silva</b>	

**Indexada em:**



## EDITORIAL

Com grande honra apresentamos o número 24 (2021, v. 13, n. 24, jan./jul.) da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Essa nova edição publica pesquisas e ensaios de excelência, relevância e atualidade, encontrando-se também atenta à internacionalização com a veiculação de textos de pesquisadoras e de professoras de instituições portuguesas.

O primeiro eixo temático versa sobre **Estado Social, Políticas Públicas e Intervenção**.

A pesquisa intitulada “Parecer n. 635/2018 do Conselho Nacional de Educação – CNE sob a perspectiva da aplicação do método de pesquisa estudo de caso no ensino jurídico”, de autoria de Mônica Mota Tassigny, Elisberg Francisco Bessa Lima e Maria Semíramis Alves, aborda a implementação do método de pesquisa “estudo de caso” no ensino do Direito enquanto caminho para a transformação dos discentes em sujeitos ativos no processo de aprendizagem.

O artigo “A democracia deliberativa e participativa como pressupostos na construção de políticas públicas socioambientais”, dos autores Ana Carolina Farias Ribeiro, Loiane Prado Verbicaro e Luciana Costa da Fonseca, discute sobre as teorias da democracia participativa e deliberativa como fatores que contribuem para a efetivação da participação popular na construção de políticas públicas socioambientais.

Por fim, o texto “Desenvolvimento no escuro: cartografias subjetivas como legitimação de participação popular em construção de barragem”, de autoria de Mônica Thaís Souza Ribeiro e Frederico Augusto Barbosa da Silva, analisa a percepção dos moradores da cidade de Morada Nova, em Minas Gerais, sobre cidadania, realização de direitos sociais e os direitos de participação nos processos

decisórios a partir da construção da barragem de Três Marias.

A segunda estrutura temática abrange as pesquisas acerca da **Jurisdição Constitucional entre Teoria e Prática**.

O artigo intitulado “A segurança jurídica na simultaneidade de ações de controle de concentrado constitucionalidade”, dos autores José Laurindo de Souza Netto, Celso Hiroshi Iochama e Ricardo Pinto Feistler, trata da problemática do exercício, de forma simultânea, do controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça, considerando a segurança jurídica.

Por fim, o texto “The satisfaction of indirect public interest in the industrial and commercial activities of the state” do autor Jairo Cabrera Pantoja, examina o papel industrial e comercial do Estado no sentido de atração de recursos para atender a satisfação coletiva, ainda que de maneira indireta.

O terceiro eixo temático enfrenta a relação entre **Sujeitos e Direitos: potencial de construções críticas ao constitucionalismo pelo diálogo comparado e interdisciplinar**.

O trabalho “Pessoa com deficiência e a obrigação de incluir na educação: reflexos da decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5357 e a marca histórica do acesso à educação”, dos autores Eliana Franco Neme e Luiz Alberto David Araújo, trata dos efeitos da decisão proferida da ADI 5357 para a inclusão da pessoa com deficiência na educação.

O texto intitulado “A inexistência de isenção do Imposto sobre a Propriedade Territorial Predial e Urbana (IPTU) ao idoso: uma afronta ao princípio da dignidade humana?” das autoras Ludmila Vital Januzzi e Renata Martins de Souza, discorre sobre as garantias fundamentais da pessoa idosa, perpassando pelo princípio da capacidade contributiva e do significado de moradia para avaliar se a incidência do IPTU.

E, por fim, o texto “Constituir, ordenar y organizar desde la ficción: narrativas jurídicas y literarias que fundaron el Estado argentino”, do autor Gonzalo Ana Dobratnich, examina a incidência das narrativas literárias na formação do Estado argentino no século XIX.

Reiteram-se os votos de excelente leitura!

**Ilton Norberto Robl Filho e Flávio Pansieri**

Editores Responsáveis da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional

**Luis Henrique Braga Madalena e Ariê Scherreier Ferneda**

Editores Adjuntos da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional

## **SUMÁRIO**

### **1 ESTADO SOCIAL, POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERVENÇÃO**

**PARECER N. 635/2018 DO CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO – CNE SOB A PERSPECTIVA DA APLICAÇÃO DO MÉTODO DE PESQUISA ESTUDO DE CASO NO ENSINO JURÍDICO**

**OPINION NO. 635/2018 OF THE NATIONAL COUNCIL OF EDUCATION- CNE UNDER THE PERSPECTIVE OF THE APPLICATION OF THE RESEARCH METHOD CASE STUDY IN LEGAL EDUCATION**

Mônica Mota Tassigny, Elisberg Francisco Bessa Lima e Maria Semíramis Alves ....18

**A DEMOCRACIA DELIBERATIVA E PARTICIPATIVA COMO PRESSUPOSTOS NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIOAMBIENTAIS**

**DELIBERATIVE AND PARTICIPATORY DEMOCRACY AS ASSUMPTIONS IN THE CONSTRUCTION OF SOCIAL AND ENVIRONMENTAL PUBLIC POLICIES**

Ana Carolina Farias Ribeiro, Loiane Prado Verbicaro e Luciana Costa da Fonseca....43

**DESENVOLVIMENTO NO ESCURO: CARTOGRAFIAS SUBJETIVAS COMO LEGITIMAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR EM CONSTRUÇÃO DE BARRAGEM**

**DEVELOPMENT IN THE DARK: SUBJECTIVE CARTOGRAPHS AS LEGITIMATION OF POPULAR PARTICIPATION IN DAM CONSTRUCTION**

Mônica Thaís Souza Ribeira e Frederico Augusto Barbosa da Silva .....69

### **2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE TEORIA E PRÁTICA**

**A SEGURANÇA JURÍDICA NA SIMULTANEIDADE DE AÇÕES DE  
CONTROLE DE CONCENTRADO CONSTITUCIONALIDADE  
THE LEGAL SECURITY IN THE SIMULTANEITY OF  
CONCENTRATED CONSTITUTIONAL CONTROL SHARES**

José Laurindo de Souza Netto, Celso Hiroshi Iocohama e Ricardo Pinto Feistler ..... 100

**THE SATISFACTION OF INDIRECT PUBLIC INTEREST IN THE  
INDUSTRIAL AND COMMERCIAL ACTIVITIES OF THE STATE  
A SATISFAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO INDIRETO NAS ATIVIDADES  
INDUSTRIAIS E COMERCIAIS DO ESTADO**

Jairo Cabrera Pantoja..... 125

**3 SUJEITOS E DIREITOS: POTENCIAL DE CONSTRUÇÕES  
CRÍTICAS AO CONSTITUCIONALISMO PELO DIÁLOGO  
COMPARADO E INTERDISCIPLINAR**

**PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A OBRIGAÇÃO DE INCLUIR NA  
EDUCAÇÃO: REFLEXOS DA DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE N. 5357 E A MARCA HISTÓRICA DO ACESSO À  
EDUCAÇÃO**

**PERSONS WITH DISABILITIES AND THE OBLIGATION TO INCLUDE IN  
EDUCATION: REFLECTIONS OF THE DECISION IN  
UNCONSTITUTIONALITY ACTION Nº 5357 AND THE HISTORICAL BRAND  
IN ACCESS TO EDUCATION**

Eliana Franco Neme e Luiz Alberto David Araújo ..... 154

**A INEXISTÊNCIA DE ISENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE  
TERRITORIAL PREDIAL E URBANA (IPTU) AO IDOSO: UMA AFRONTA  
AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA?**

**THE ABSENCE OF EXEMPTION FROM THE TAX ON LAND PROPERTY  
PREDIAL AND URBAN PROPERTY (IPTU) TO THE ELDERLY: AN  
AFFRONT TO THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON?**

Ludmila Vital Januzzi e Renata Martins de Souza..... 175

**CONSTITUIR, ORDENAR Y ORGANIZAR DESDE LA FICCIÓN:  
NARRATIVAS JURÍDICAS Y LITERARIAS QUE FUNDARON EL ESTADO  
ARGENTINO**

**CONSTITUIR, ORDENAR Y ORGANIZAR DESDE LA FICCIÓN:  
NARRATIVAS JURÍDICAS Y LITERARIAS QUE FUNDARON EL ESTADO  
ARGENTINO**

Gonzalo Ana Dobratnich..... 193

**4 REGRAS PARA SUBMISSÃO DE TRABALHOS ..... 219**

**PARECER Nº. 635/2018 DO CONSELHO NACIONAL DE  
EDUCAÇÃO - CNE SOB A PERSPECTIVA DA APLICAÇÃO DO  
MÉTODO DE PESQUISA ESTUDO DE CASO NO ENSINO  
JURÍDICO**

**OPINION NO. 635/2018 OF THE NATIONAL COUNCIL OF  
EDUCATION- CNE UNDER THE PERSPECTIVE OF THE  
APPLICATION OF THE RESEARCH METHOD CASE STUDY IN  
LEGAL EDUCATION**

**Mônica Mota Tassigny<sup>1</sup>  
Elisberg Francisco Bessa Lima<sup>2</sup>  
Maria Semíramis Alves<sup>3</sup>**

**RESUMO:** O parecer nº. 635/2018, do Conselho Nacional de Educação – CNE, que orienta as novas diretrizes curriculares nacionais do curso de Direito, determina a interação entre a pesquisa e o ensino ao promover o protagonismo do corpo discente no processo de ensino e aprendizagem. Neste sentido, tem-se como escopo do presente artigo a análise das diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito, diante do método de pesquisa “estudo de caso”, sob a perspectiva do parecer nº. 635/2018, do Conselho Nacional de Educação – CNE. Objetiva-se, assim, relacionar a aplicação do método de pesquisa científica “estudo de caso” no âmbito do curso de graduação em Direito. Para tanto, identifica-se a legislação vigente do curso de graduação em Direito no Brasil, relacionando-a ao parecer nº. 635/2018, do Conselho Nacional de Educação CNE. Ademais, verificam-se a cientificidade do

<sup>1</sup> Doutora em Educação pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutora pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales. Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UNIFOR). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4109325305631925>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9483-0547>. E-mail: [tass@gmail.com](mailto:tass@gmail.com).

<sup>2</sup> Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professor de Direito Tributário da Graduação e Pós-graduação *lato sensu* da Universidade de Fortaleza. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3994552193675752>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2927-3507>. E-mail: [elisberg@unifor.br](mailto:elisberg@unifor.br).

<sup>3</sup> Mestranda em Direito Constitucional Público pela Universidade de Fortaleza-Unifor. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0015268210427891>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5323-1967>. E-mail: [semiramisalves@hotmail.com](mailto:semiramisalves@hotmail.com).

método de pesquisa “estudo de caso”, seus parâmetros de aplicação, vantagens e limitações. Posteriormente, enquadra-se o método de investigação científica “estudo de caso” como instrumento de efetivação das novas diretrizes do curso de Direito, orientadas pelo parecer nº. 635/2018, do CNE, de forma a justificar a utilização desse método em sala de aula no curso de graduação em Direito. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental. Quanto ao caráter de estudo, faz-se uso de pesquisa descritiva, de abordagem qualitativa. Como resultado, considera-se que o parecer nº. 635/2018 do Conselho Nacional de Educação – CNE ressalta o método de pesquisa “estudo de caso” como meio de transformar alunos de graduação em Direito como sujeitos ativos no processo de ensino e aprendizagem.

**Palavras-chave:** Método de Pesquisa. Estudo de Caso. Ensino Jurídico. Parecer nº. 635/2018 do Conselho Nacional de Educação – CNE.

**ABSTRACT:** Opinion No. 635/2018, of the National Council of Education - CNE, which guides the new national curricular guidelines of the Law course, determines the interaction between research and teaching by promoting the protagonism of the student body in the teaching and learning process. In this sense, the scope of this article is the analysis of the national curricular guidelines of the undergraduate course in Law, in view of the "case study" research method, from the perspective of opinion no. 635/2018, of the National Council of Education - CNE. The objective of this study is to relate the application of the scientific research method "case study" within the scope of the law degree course. In order to do so, it identifies the current legislation of the law degree course in Brazil, relating it to opinion no. 635/2018, of the National Council of Education CNE. In addition, we verify the scientific nature of the research method "case study", its application parameters, advantages and limitations. Subsequently, the scientific research method "case study" is included as an instrument to implement the new guidelines of the Law course, guided by the opinion no. 635/2018, of the CNE, in order to justify the use of this method in the classroom in the undergraduate course in Law. This is a bibliographical and documentary research. As for the character of study, a descriptive, qualitative approach is used. As a result, it is considered that opinion no. 635/2018 of the National Council of Education - CNE highlights the research method "case study" as a means to transform undergraduate students in Law as active subjects in the teaching.

**Keywords:** research method. Case study. Legal teaching. Opinion no. 635/2018 of the national council of education - cne.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito e suas recentes alterações orientadas pelo Parecer nº. 635/2018, do Conselho Nacional de Educação-CNE. 3. A cientificidade do método de pesquisa “estudo de caso”: parâmetros de aplicação, vantagens e limitações. 4. Método de pesquisa “estudo de caso” como instrumento de efetivação das novas diretrizes do curso de direito orientadas pelo parecer nº. 635/2018, do Conselho Nacional de Educação-CNE; 5. Conclusão. 6. Referências.

## **1. INTRODUÇÃO**

O artigo trata de um estudo da análise das diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito, diante método de pesquisa “Estudo de Caso”, sob a perspectiva do parecer n.º. 635/2018, do Conselho Nacional de Educação – CNE, no processo didático do ensino jurídico, haja vista a educação jurídica se encontrar em um momento de aprimoramento de suas metodologias no transcorrer do processo de ensino-aprendizagem.

O parecer n. 635/2018, do Conselho Nacional de Educação – CNE, ressalta a aplicabilidade de metodologias ativas, as diversas abordagens teóricas desta, que visam desenvolver as competências e habilidades do aluno durante o processo de ensino-aprendizagem, denota-se uma interação entre sujeito ativo e conhecimento neste procedimento, por isso, ser possível incluir o método “estudo de caso” como facilitador deste processo.

E o seu objetivo geral é analisar a aplicação do método de pesquisa “estudo de caso” no âmbito do curso de graduação em Direito. Para tanto, como objetivos específicos é relacionar o curso de graduação em Direito no Brasil e sua legislação vigente; identificar no parecer n.º. 635/2018, do Conselho Nacional de Educação – CNE, sua composição e suas motivações. Logo após, a cientificidade do método de pesquisa “estudo de caso”: parâmetros de aplicação, vantagens e limitações. Posteriormente, enquadrar a metodologia ativa em questão como instrumento de efetivação das novas diretrizes do curso de Direito, orientadas pelo parecer n.º. 635/2018, do Conselho Nacional de Educação – CNE, de forma a justificar a utilização do método em sala de aula nas disciplinas do curso de Direito.

Neste sentido, apresentam-se como referência deste trabalho acadêmico as seguintes questões: Quais as orientações indicadas pelo parecer n.º. 635/2018, do Conselho Nacional de Educação – CNE, para as novas diretrizes curriculares nacionais

do curso de graduação em Direito? O que é método de pesquisa “Estudo de caso”? O método de pesquisa “Estudo de caso” pode ser compreendido como instrumento de facilitação no processo de transformação no ensino jurídico do curso de graduação em Direito, de acordo com o Parecer nº. 635/2018 do Conselho Nacional de Educação – CNE.

Assim sendo, o este artigo científico consiste, mediante uma pesquisa descritiva, bibliográfica e documental, em analisar a aplicação modelo de investigação científica como uma ferramenta de ensino capaz de proporcionar ao aluno um aperfeiçoamento cognitivo dos seus estudos no decorrer de sua graduação. Vislumbra-se que a adoção de estratégias ativas de ensino focadas no aluno tem se sobressaído nas estratégias curriculares dos cursos, haja vista o parecer em comento, que destaca o desenvolvimento dessas competências e habilidades por meio de pesquisas em sala de aula.

## **2. DIRETRIZES CURRICULARES NACIONAIS DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO E SUAS RECENTES ALTERAÇÕES ORIENTADAS PELO PARECER Nº. 635/2018, DO CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO-CNE**

Analisa-se as diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito no Brasil, em especial, as novas orientações determinadas pelo parecer nº. 635/2018, do Conselho Nacional de Educação-CNE, buscando-se compreender a legislação vigente, que ampara este curso bacharelado, assim como as razões de suas novas referências curriculares. Objetiva-se, neste tópico, verificar as atuais tendências e suas razões no conteúdo e na metodologia do ensino jurídico no País.

### **2.1 Curso de graduação em Direito no Brasil e sua legislação vigente**

O curso de graduação em Direito no País está amparado por normas constitucionais e infraconstitucionais, perfazendo uma legislação composta por regras e princípios emanados tanto do Legislativo, como do próprio Executivo, em especial, as normas editadas pelo Ministério da Educação - MEC.

De igual forma a Constituição Federal de 1988ressalta, mormente nos seus artigos 6º e 206, a educação como direito social, devendo ser proporcionada por todos os entes da federação, explicitando os princípios norteadores, tais como: a necessidade de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; a coexistência de instituições públicas e privadas; e a garantia do padrão de qualidade.

Como se observa a iniciativa privada está também amparada constitucionalmente a ofertar serviços educacionais, conforme destaca o artigo 209<sup>4</sup> do texto constitucional, desde que atenda a condições de cumprimentos de normas gerais da educação nacional, sujeitando-se à autorização e à avaliação de qualidade do Poder Público. Tais exigências são justificadas no caráter público da educação, que faz desta um bem coletivo a que todos têm direito.

Destarte, sob este fundamento constitucional, adveio a Lei nº 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), dispondo, em seu artigo 7º,

O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I. cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino; II. autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público [...]. Expressa, em seu artigo 46, sobre o ensino superior, que “A autorização e o reconhecimento de cursos, bem como o credenciamento de instituições de educação superior, terão prazos limitados, sendo renovados, periodicamente, após processo regular de avaliação.

Neste sentido, segundo o Decreto nº 9.235/2017, o ensino superior no País está sujeito à regulação por parte Ministério da Educação, pelo Conselho Nacional de Educação - CNE, pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio

<sup>4</sup> Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Teixeira - INEP e pela Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior – Conaes, sendo, portanto, a autorização e o reconhecimento dos cursos superiores de graduação realizados, periodicamente, pelo Ministério Educação.

Além disso, o curso de Direito, especificamente, está expresso no artigo 41, do citado Decreto nº. 9.235/2017, que exige, para a sua oferta por universidades ou centros universitários, a autorização do Ministério da Educação, após prévia manifestação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Dentro dessa base, o Estatuto da Advocacia, Lei nº. 8.906/1994, em seu artigo 44, inciso I, determina que compete à Ordem dos Advogados do Brasil-OAB, por meio do seu Conselho Federal, emitir a sua opinião sobre a criação e o reconhecimento de curso de Direito, contribuindo para o aperfeiçoamento do ensino jurídico no País.

Como referência a ser utilizada pelo Ministério da Educação e pela própria OAB, esta de forma opinativa, já aquele de forma autorizativa, para aferir a qualidade potencial ou efetiva do ensino jurídico, o Conselho Nacional de Educação - CNE estabeleceu diretrizes curriculares nacionais mediante a Resolução CNE nº 9, de 29 de setembro de 2004. Tal instrumento normativo estabelece as habilidades e competência, os eixos de formação presentes do projeto político-pedagógico, além de determinar regras para estágios supervisionados e para as atividades complementares. Tais orientações estão expressas no artigo 2º, da citada Resolução:

A organização do curso de graduação em Direito, observadas as Diretrizes Curriculares Nacionais, se expressa através do seu projeto pedagógico, abrangendo o perfil do formando, as competências e habilidades, os conteúdos curriculares, o estágio curricular supervisionado, as atividades complementares, o sistema de avaliação, o trabalho de curso como componente curricular obrigatório do curso, o regime acadêmico de oferta, a duração do curso, sem prejuízo de outros aspectos que tornem consistente o referido projeto pedagógico.

Percebe-se, pois, que o curso de graduação em Direito está fundamentado nas concepções constitucionais sobre desenvolvimento educacional no País, sendo

regulado por normas emanadas tanto pelo Legislativo, como pelo Executivo, desde a autorização de sua oferta, até o seu reconhecimento e credenciamento. Ademais, por sua essencialidade social e atratividade de mercado, é um dos cursos mais demandados dentre os bacharelados.

Desse modo, passados dezoito anos da publicação da referida Resolução, estudo do INEP denominado Sinopses Estatística de Educação Superior: graduação 2004 a 2016 informa que, neste período, houve um crescimento aproximado de 50% na oferta de cursos, de 62% na oferta de vagas e de 72% na quantidade de alunos ingressos.

Diante do crescimento acima apontado, assim como de novas tendências de mercado e, sobretudo, das alterações no perfil de alunos ingressos no curso, fez-se necessária a elaboração de novas Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Direito, o que culminou com o parecer CNE n.º 635/2018, cujas principais orientações são analisadas no próximo tópico.

## 2.2 Parecer n.º 635/2018, do Conselho Nacional de Educação - CNE, sua composição e suas motivações

A Câmara de Educação Superior – CSE, do Conselho Nacional de Educação – CNE do MEC, foi instada a revisar as diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito, sendo composta, para tanto, uma comissão com os seguintes nomes Luiz Roberto Liza Curi (presidente), Antônio de Araújo Freitas Júnior (relator), Gilberto Gonçalves Garcia e José Loureiro Lopes. Em 4 de outubro de 2018, foi aprovado o parecer CNE/CES n.º 635/2018, cujas etapas de elaboração e suas razões são abordados, sob a concepção da necessidade de atualização do ensino jurídico no País, segundo as expectativas da comunidade acadêmica, bem como de setores que representam a atuação profissional da área.

Precedeu à elaboração do citado parecer uma ampla discussão com classes representativas e reguladoras do ensino jurídico, iniciando-se, em 2014, debates sobre uma necessária alteração das Diretrizes Curriculares Nacionais da Educação Superior, no âmbito da Câmara Consultiva Temática de Política Regulatória do Ensino Jurídico, da Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior.

Dentro desse cenário, em 2015, conforme explicitado no próprio parecer ora analisado, o Conselho Nacional de Educação constituiu uma comissão para revisar a Resolução CNE/CES nº 9/2004, mediante a Portaria CNE/CES nº 1/2015. Além dos conselheiros Erasto Fortes Mendonça (presidente), Luiz Roberto Liza Curi e José Eustáquio Romão (relatores), Gilberto Gonçalves Garcia, Paulo Monteiro Vieira Braga Barone e Arthur Roquete de Macedo (membros), a comissão contou com convidados especialistas na comunidade acadêmica, tais como: Antônio Gomes Moreira Maués, (UFPA), Cláudia Rosane Roesler (UNB), Daniela Helena Godoy (Sesu/MEC), Felipe Chiarello de Souza Pinto (Mackenzie) e Oscar Vilhena Vieira (FGV).

Diante disso, as reuniões se prolongaram no correr de todo o ano de 2016, sendo recomposta a comissão revisora por meio da Portaria CNE/CES nº 13/2016, passando, a partir do mês de novembro, a ter a seguinte composição: Conselheiros: Luiz Roberto Liza Curi (Presidente), Antonio de Araújo Freitas Júnior e Gilberto Gonçalves Garcia (relatores), Antonio Carbonari Netto, Arthur Roquete de Macedo e José Loureiro Lopes (membros).

Finalmente, em 2017, os debates foram incrementados com a participação da CNE em eventos de discussão e debates com a sociedade, tais como: Seminário sobre as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, na ABMES, em Brasília, em 14/3/2017; Audiência Pública. Evento sobre novas regras de abertura de novos cursos de Direito, no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil-CFOAB, em Brasília, em 11/4/2017; II Audiência Pública para debater as propostas para reformulação das atuais Diretrizes Curriculares Nacionais para o Curso de

Graduação em Direito, CFOAB, em Brasília, em 6/6/2017; e Painel sobre Educação Jurídica: a proposta de novas DCNs, CONPEDI, em Brasília, em 21/7/2017.

Ressalte-se que, para se chegar às orientações firmadas no parecer nº 635, aprovado em 4 de outubro de 2018, por unanimidade, pela Câmara de Educação Superior do MEC, amplo debate foi necessário, abrangendo a discussão para toda a comunidade acadêmica e reguladora do ensino jurídico. Tal cuidado se deu, essencialmente, pelo grau de complexidade e impacto social, que é alterar as diretrizes curriculares de curso de graduação superior, em especial, do Direito. Masetto (2015, p. 79) expressa sobre a importância de uma organização curricular comprometida com as exigências profissionais atuais e futuras:

Por fim, organizar um currículo é definir as características que já se espera que os profissionais formados por esse curso desenvolvam quanto ao conhecimento, às habilidades humanas e profissionais, aos valores e atitudes; exigir princípios claramente postos quanto à integração da teoria com a prática e à integração de áreas de conhecimento e, por conseguinte, das disciplinas e atividades propostas; impor a definição de princípios para trabalho docente colaborativo e integrado, e dos princípios que orientarão processo de aprendizagem, a seleção de recursos e meios (técnicas), a seleção e organização dos conteúdos a serem tratados e o processo de avaliação. Não se poderá deixar de considerar a relação esperada entre os participantes do processo de aprendizagem.

Com tal definição percebe-se, pois, as razões dos cuidados tomados pela CSE/CNE para elaboração do parecer em análise, especialmente diante de momentos tão dinâmicos e desafiadores das novas diretrizes curriculares por que passam os profissionais do Direito. O processo de elaboração das novas diretrizes nacionais curriculares para o ensino jurídico do País exigiu diálogos com o meio acadêmico e com as instituições representativas do Direito, buscando-se promover, sobretudo, a integração entre o ensino e a realidade prática exigida.

Note-se que especialistas foram ouvidos, professores, entidades de representação profissional, agentes do governo mantiveram-se em periódicas reuniões, com a árdua tarefa de identificar traços necessários ao profissional do

Direito, em uma perspectiva presente e futura, para assim promover a atualização dos parâmetros do ensino jurídico no País.

Sob esta perspectiva, o parecer CNE/CES nº. 635/2018, homologado pela Portaria nº. 1.351, de 14 de dezembro de 2018, traçou as atualizadas orientações para o projeto pedagógico, a matriz curricular e a organização e estrutura do curso; perfil do egresso: geral, competências e habilidades; organização curricular; prática jurídica; atividades complementares; trabalho de curso (TC); carga horária e atividades de extensão.

Diante de tudo isso, a disposição dos conteúdos do parecer em análise demonstra as suas motivações, destaca a cronologia e os diversos campos de diálogos abertos com a sociedade e a academia, para depois distribuir as diretrizes nos oito tópicos acima mencionados, revelando a necessidade de maior integração entre os diversos agentes do Direito, assim como a atualização dos modelos de ensino jurídico no País, promovendo o dinamismo que a prática requer com a fundamental teoria.

Por conseguinte, passa-se a analisar o método de pesquisa “estudo de caso”, para, em seguida, relacioná-lo a cada um dos supracitados tópicos do parecer, analisando a adequação desses métodos às novas diretrizes nacionais curriculares do curso de Direito, bem como a sua aplicação em sala de aula com cientificidade necessária.

### **3. A CIENTIFICIDADE DO MÉTODO DE PESQUISA “ESTUDO DE CASO”: PARÂMETROS DE APLICAÇÃO, VANTAGENS E LIMITAÇÕES**

Analisa-se o método de pesquisa denominado “estudo de caso” sob a sua concepção científica, identificando, inicialmente, o seu conceito e os seus critérios de aplicação em investigações empíricas, para após verificar meios de sua utilização como metodologias ativas adequadas às novas diretrizes nacionais curriculares do curso de Direito.

### 3.1 Estudo de caso como método de pesquisa científica

Na prática da docência, seja em sala de aula ou em projetos de pesquisa científica, o método estudo de caso ainda não é muito bem delineado, especialmente por professores que não são especializados em metodologias científicas. Reduzir o método de pesquisa à estratégia de ensino, à análise ou relato de caso não faz jus a sua complexidade como delineamento de pesquisa científica capaz de utilizar diversos métodos de coleta de dados, tais como: a observação, a entrevista e a análise de documentos, em torno de um fenômeno contextualizado por suas circunstâncias.

A definição técnica de estudo de caso como método de pesquisa foi sendo aperfeiçoada na medida em que se foi constatando no meio científico a sua capacidade de produzir dados realísticos capazes de interpretar fatos em torno de seu contexto. Neste sentido, Yin (2005, p. 48) afirma que “Um estudo de caso é uma investigação empírica que investiga um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não estão claramente definidos”.

Percebe-se, pois, na definição de citado autor, que o traço marcante do estudo de caso é a análise contextualizada de um fenômeno, exigindo a habilidade do pesquisador em relacionar as partes, considerando o seu todo, em uma perspectiva holística. O fenômeno é investigado com as suas particularidades relacionadas entre si e com as suas circunstâncias exteriores, podendo ser utilizado com pretensões descritivas, para se compreender as características de indivíduos, grupos, organizações e comunidades; ou exploratórias, visando ampliar o conhecimento do pesquisador acerca de fenômenos ainda pouco conhecidos. No que se refere à utilização do método de estudo de caso na pesquisa jurídica, Tassigny (2016, p. 51) enfatiza seu papel:

a utilização do método do estudo de caso na pesquisa jurídica valoriza o trabalho do pesquisador. Com efeito, demonstra que a busca não se limitou apenas aos aspectos teóricos da ciência jurídica, mas foi além, procurou soluções na realidade social, que pudessem apresentar-lhe dados concretos, dando maior credibilidade para uma futura aplicabilidade prática do trabalho produzido, de modo que cada resultado encontrado será mais do que mera reprodução de texto, trará algo novo para determinado fenômeno humano, que servirá de auxílio para a melhoria do sistema jurídico.

Por analisar o fenômeno como uma unidade, conhecendo, porém, as suas partes, mediante procedimentos de planejamento, coleta, análise e interpretação de dados, este método foi conceituado por Goode e Hatt (1979) como meio pelo qual se organizam os dados, preservando o caráter unitário do fenômeno analisado, ou seja, investigam-se as características essenciais ao objeto da pesquisa como uma unidade. Interligar os elementos coletados sobre determinada realidade, compreendendo-a como uma unidade inserida em um contexto, que deve ser considerado pelo investigador, é o modelo utilizado pelo método de caso, como modalidade de pesquisa.

Nessa linha de raciocínio, Ventura (2007) compila as diversas definições relativas ao estudo de caso e resume este como uma modalidade de pesquisa que tem como objeto investigado casos individuais, específicos, delimitados e contextualizados em tempo e lugar, sendo realizado mediante busca de informações, considerando as suas circunstâncias.

Observa-se, pois, que não se pode confundir o método estudo de caso com a mera análise de caso, relato de caso, tampouco se pode reduzi-lo a uma metodologia de ensino, pois tal método é um tipo de pesquisa científica que exige rigor do pesquisador, tanto no processo de escolha do fenômeno investigado, como no respeito aos critérios de sua aplicação. A investigação científica conduzida sob o método estudo de caso deve estar amplamente adequada aos fundamentos deste, sob pena de se distorcerem as inferências decorrentes dos dados observados e analisados.

### 3.2 Método do caso como uma metodologia ativa de aprendizagem

Faz-se necessária uma diferenciação entre estudo de casos e o método do caso, ambos são considerados metodologias ativas, apesar de o método do caso demonstrar uma inexistência de construção de conhecimento científico, o que se verifica é que a teoria deva estar num segundo plano, de modo que as variáveis estejam presentes no relato do caso.

Nesse sentido, Rodrigues (2016, p. 1368) faz uma diferenciação entre essas duas metodologias: “O estudo de caso é utilizado como um método de pesquisa, enquanto o método do caso é utilizado como uma estratégia de ensino-aprendizagem”. Rodrigues (2016) ressalta que não existe uma regra para a aplicação do método do caso, contudo se verifica que há cinco etapas comuns que são aplicáveis:

A primeira etapa refere-se à escolha de um caso real ou a criação de caso fictício, para a escolha do caso real ou fictício estes são escolhidos com base na utilização de critérios que vão depender da área em que serão aplicados. A segunda etapa consiste na explicação do caso proposto e da metodologia que será adotada pelos alunos, vale frisar que a participação do professor é constante.

Segue-se a terceira etapa com a apresentação por escrito e oral do caso eleito aos alunos em sala de aula, inclusive disponibilização de materiais complementares que os ajudem a elucidar as questões que deverão ser abordadas por eles. Já na quarta etapa, observa-se a análise do caso em comento pelos estudantes que realizarão estudos em grupos ou individuais. A quinta etapa e última deve acontecer em sala de aula sob a coordenação e supervisão do professor da disciplina, que irá promover os debates com reflexões acerca das possibilidades de solução do problema. Portanto, denota-se ser um processo que não oferece um grau elevado de complexidade, mas que ao mesmo tempo traz à baila uma relação entre algo prático e teórico.

#### **4. MÉTODO DE PESQUISA “ESTUDO DE CASO” COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DAS NOVAS DIRETRIZES DO CURSO DE DIREITO ORIENTADAS PELO PARECER Nº. 635/2018, DO CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO – CNE**

Analisa-se o “estudo de caso” como método de pesquisa a ser utilizado também como metodologia ativa de acordo com os vetores que orientam as Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de Direito, propostas pelo parecer nº. 635/2018 do Conselho Nacional de Educação – CNE. Estas diretrizes se darão por meio de um projeto pedagógico do curso de Direito, que elenca como importantes aspectos a contextualização em relação a sua inserção institucional, política, geográfica e social.

##### **4.1 Aplicação, vantagens, desvantagens e rigor metodológico do estudo de caso**

Optar por investigar cientificamente determinado fenômeno, utilizando-se do método de pesquisa estudo de caso, exige do pesquisador rigor em sua aplicação, respeitando os critérios e procedimentos necessários para se chegar a uma evidência científica confiável.

A partir dessas características, a aplicabilidade desse método de investigação científica é abrangente, comportando diversos propósitos de pesquisa, sendo mais apropriado, na visão de Ventura (2007), quando o fenômeno tem uma grande variedade de fatores a serem observados sem uma ordem de importância preestabelecida, exigindo um estudo aprofundado de um aspecto do problema, em um período determinado de tempo. Para a citada autora, o método se ajusta com maior adequação a pesquisadores individuais.

Para Yin (2009), o método estudo de caso tem múltiplas aplicações, sendo adequado para se aprofundar no conhecimento de fenômenos pouco conhecidos, para elaborar hipótese de pesquisa, assim como para se descreverem coletividades, grupos

ou organizações sociais. Ressalta o citado autor que, tradicionalmente, tal método é utilizado para pesquisas científicas.

Em suma, a utilização deste método de pesquisa científica depende essencialmente da definição dos objetivos da investigação, podendo ser usada para se compreender com mais profundidade um caso particular, considerando mais os seus elementos intrínsecos, porém, caso se pretenda elucidar outra questão, pode-se realizar estudo de caso alheio a esta questão, para fazer correlações, chegando-se a resultados mais abrangentes e significativos.

Como se denota, o método estudo de caso não deve ser fruto de uma escolha aleatória do pesquisador, não podendo ser utilizado apenas como uma forma de preencher uma exigência acadêmica. Deve, sobretudo, guardar estreita relação com a pretensão do investigador e com o fenômeno a ser investigado, com delimitação precisa do caso a ser estudado, sem, no entanto, encará-lo de forma isolada. Reconhecem-se as suas particularidades, integrando-as sob as influências do contexto em que elas estão inseridas, podendo-se, assim, identificar as evidências.

Como se pode ver, as vantagens desse método de pesquisa científica são reconhecidas na doutrina da metodologia científica, pois, conforme expressa Gil (2009), ele possibilita estudar um caso em profundidade, enfatiza o contexto em que ocorrem os fenômenos, garante a unidade do caso, é flexível, estimula o desenvolvimento de novas pesquisas, favorece a construção de hipóteses, possibilita o aprimoramento, a construção e a rejeição de teorias, possibilita a investigação em áreas inacessíveis por outros procedimentos, favorece o entendimento do processo e pode ser aplicado sob diferentes enfoques teóricos e metodológicos.

Diante das colocações do autor que elenca relevantes vantagens trazidas à pesquisa com a aplicação deste método, ressaltando a sua característica maior, aprofundar o conhecimento, mediante a investigação de um problema em sua múltipla dimensão, preservando, no entanto, a sua unidade. Ademais, evidencia a sua possibilidade de se ajustar a várias técnicas de coleta e levantamento de dados.

No entanto, desvantagens também são constatadas pela doutrina especializada, como abaixo expressa Ventura (2007, p. 386):

Mas há também limitações. A mais grave, parece ser a dificuldade de generalização dos resultados obtidos. Pode ocorrer que a unidade escolhida para investigação seja bastante atípica em relação às muitas da sua espécie. Naturalmente, os resultados da pesquisa tornar-se-ão bastante equivocados. Por essa razão, cabe lembrar que, embora o estudo de caso se processe de forma relativamente simples, pode exigir do pesquisador muita atenção e cuidado, principalmente porque ele está profundamente envolvido na investigação. Sendo assim, os argumentos mais comuns dos críticos dos estudos de caso estão no risco de o investigador apresentar uma falsa certeza das suas conclusões e fiar-se demais em falsas evidências. Em decorrência disso, deixar de verificar a fidedignidade dos dados, da categorização e da análise realizada. A recomendação para eliminar o viés de estudo é elaborar um plano de estudo de caso que previna prováveis equívocos subjetivos.

Deve-se salientar que a crítica mais enfática ao método feita pela autora está na dificuldade de generalizações, especialmente quando o pesquisador está tão envolvido naquele particular caso que acaba por se descuidar da validação de suas observações, sobretudo, quando se afasta da necessária contextualização do fenômeno investigado.

Com isso, ao se envolver nos atos de pesquisa, que tenha como método científico o estudo de caso, o pesquisador deve seguir o seu plano de investigação, elaborado previamente, porém com os cuidados devidos contra possíveis falsas evidências, em decorrência de vícios de coleta e análise de dados.

Outra desvantagem está na facilidade de o pesquisador se deixar enganar pela falácia de que o método estudo de caso deve ser escolhido, pois é o mais simples de ser realizado. Não se pode aceitar tal compreensão, pois o rigor científico do estudo de caso faz deste método de pesquisa planejamento com delimitação de fases precisas.

Como se pode observar, Gil (1995), apesar de reconhecer a flexibilidade do método científico estudo de caso, propõe quatro fases a serem contemplada em seu

planejamento: a) delimitação da unidade-caso; b) coleta de dados; c) seleção, análise e interpretação dos dados; d) elaboração do relatório.

Quanto à delimitação do caso a ser estudado, deve-se ter cuidado para se identificar o caso, cujas partes possam ser evidenciadas como suficientes e fidedignas para se conhecer o todo, recomendando o citado autor: buscar casos típicos (em função da informação prévia aparentar ser o tipo ideal da categoria); selecionar casos extremos (para fornecer uma ideia dos limites dentro dos quais as variáveis podem oscilar); encontrar casos atípicos em oposição.

Já em relação à fase coleta de dados, o autor recomenda definir procedimentos quantitativos ou qualitativos, tais como: observação, análise de documentos, entrevista formal ou informal, história de vida, aplicação de questionário com perguntas fechadas, levantamentos de dados, análise de conteúdo etc. Há uma pluralidade de procedimentos que podem ser incorporados.

Como explica, na fase de seleção, análise e interpretação dos dados, estes devem ser considerados como objetivos da investigação, sujeitos a uma avaliação sobre a sua utilidade ou não de acordo com o plano de análise definido previamente. Cuidado com a fidedignidade e qualidade da amostra, para se obter o que o acima citado autor denominou de uma *base racional*, há uma base racional para fazer generalizações a partir dos dados.

Por fim, a quarta fase sugerida pelo autor, a nominada de elaboração do relatório deve contemplar, em sua concepção, como foram coletados os dados; que teoria embasou a categorização destes e a demonstração da validade e da fidedignidade dos dados obtidos. Fazendo-se registros detalhados, evidenciando, sobretudo, a fidedignidade dos dados e das análises realizadas, faz com que o método científico estudo de caso assuma um protocolo que o coloque em posição de credibilidade diante das demais metodologias de pesquisa.

Ainda descrevendo o rigor científico do método de pesquisa estudo de caso, Gil (2009) sugere a elaboração de um protocolo composto pelas seguintes partes:

dados de identificação, introdução, procedimentos de campo, questões específicas, previsão de análise de dados, e guia para elaboração do relatório. Tal cuidado enfatiza a complexidade deste método de investigação científica.

4.2 Aspectos do parecer nº. 635/2018 do Conselho Nacional de Educação – CNE que ressaltam o método de pesquisa “estudo de caso” como metodologia ativa diante das novas diretrizes do curso de Direito

Constata-se no parecer nº. 635/2018 do Conselho Nacional de Educação – CNE que o projeto pedagógico do curso de Direito deva conter as formas de tratamento transversal dos conteúdos exigidos nas diretrizes nacionais, como exemplo, as políticas de educação ambiental; a educação em direitos humanos; a educação para a terceira idade; a educação em políticas de gênero; a educação das relações étnico-raciais; e histórias e culturas afro-brasileiras, africana e indígena, entre outras (BRASIL, 2018, p. 11).

Na verdade, espera-se a demonstração de como se dará a construção do conhecimento, de modo a preparar o aluno para este novo paradigma que vem sendo delineado, haja vista tratar-se de uma exigência para com os cursos de Direito no tocante à questão de inserção de um novo processo de aprendizagem de conteúdos, competências e habilidades.

No que se refere ao art. 2º no Projeto Pedagógico do Curso (PPC) (BRASIL, 2018, p. 17) deverão constar:

VI - modos de integração entre teoria e prática, especificando as metodologias ativas utilizadas;

VII - formas de avaliação do ensino e da aprendizagem.

Quando o parecer menciona a necessidade de inserir o desenvolvimento de competências e habilidades, relacionando com uma visão transversal de conteúdos, parece fazer emergir um novo perfil do acadêmico de Direito, ou seja, o pesquisador.

Nesse particular, salientar, como um meio de instrumentalização do método, o método ativo de estudo de caso, segundo o parecer do CNE nº. 635/2018 (BRASIL, 2018, p. 11):

É preciso que se tenha claro que as Diretrizes Curriculares, ao destacarem a preocupação com um processo de aprendizagem que garanta autonomia intelectual ao aluno, que valorize a utilização de metodologias ativas, e que destaque a importância de formação de competências e habilidades, preocupam-se em construir, critérios que possam provocar os cursos de Direito para uma formação inovadora, que garanta excelência e consiga responder aos novos desafios que são apresentados todos os dias por uma sociedade cada vez mais complexa.

Nesta linha de pensar, para tanto, é necessário que o professor detenha a complexidade do processo de ensino-aprendizagem, pois ele deverá guiar o aluno ainda no decorrer do curso e não mais somente ao final com o trabalho do término de curso, será preciso traçar uma didática que o instiga a realizar uma pesquisa na disciplina cursada, exigindo do professor-pesquisador a utilização das mais variadas estratégias didáticas, objetivando uma maior facilidade do aluno na compreensão dos conteúdos e o desenvolvimento de competências e habilidades.

No mesmo sentido, sobre o perfil do egresso: geral, competências e habilidades observe o parecer do CNE nº. 635/2018 (BRASIL, 2018, p. 12):

O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, além do domínio das formas consensuais de composição de conflitos, aliado a uma postura reflexiva e de visão crítica, que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem, autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício do Direito, à prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania.

Em razão dessas peculiaridades, o que o parecer CNE nº. 635/2018 (BRASIL, 2018, p. 12) está enfatizando é um sincretismo das competências cognitivas, instrumentais e interpessoais de relevo ao profissional de Direito. Ressalta

que o discente deverá passar por um processo de formação jurídica apto a capacitá-lo que o faça interpretar e aplicar as normas do sistema jurídico nacional em concomitância com o conhecimento teórico, a resolução de problemas e o estudo de caso.

O aluno deverá demonstrar uma compreensão nítida e ter a capacidade de elaboração de textos, atos e documentos jurídicos, de caráter negocial, processual ou normativo, bem como a devida utilização das normas técnico-jurídicas, possuir o domínio de instrumentos da metodologia jurídica, compreendendo conceitos e os aplicando, ter uma argumentação jurídica com o objetivo de propor soluções e decidir questões no âmbito do Direito.

Dentro dessa base, note-se o parecer do CNE nº. 635/2018 (BRASIL, 2018, p. 13) acerca da completez entre teoria e prática numa inserção social do aluno:

A organização curricular passa a encampar estratégias de ensino preocupadas no desenvolvimento de competências, com a integração e exploração dos conteúdos a partir de situações-problema reais ou simulados da prática profissional. Essas situações representam estímulos para o desencadeamento do processo ensino-aprendizagem.

Neste cenário, tem-se que a função do professor facilitador, que irá problematizar o conteúdo, é indicar o espaço e o tempo apropriados para a realização da pesquisa como forma de obtenção de conhecimentos. Segundo o parecer do CNE nº. 635/2018 (BRASIL, 2018, p. 13): “A inserção curricular comprometida com a formação de competências implica a inserção dos estudantes na construção de soluções para problemas que irão enfrentar na sua prática profissional”. O professor passa a exercer um papel de estimulador, ao fomentar no aluno situações desafiadoras, despertando um interesse, conseqüentemente, estimulando-o na busca de soluções.

Diante das colocações, o intuito é proporcionar ao aluno a compreensão dos conteúdos e desenvolvimento de competências e habilidades no ambiente de sala de

aula, mas para isso é preciso a utilização das mais variadas estratégias didáticas que poderão, no transcorrer do semestre, ser utilizadas. Por isso, é essencial que o docente tenha consciência de seu papel como facilitador, fomentador e pesquisador ao aplicar a metodologia de estudo de caso no âmbito acadêmico.

Por fim, dentre as múltiplas técnicas, o método de estudo de caso, que consiste numa instigante estratégia didática de ensino-aprendizagem, sendo ferramenta presente nas abordagens teóricas cognitivista, humanista e sociocultural. O estudo de caso torna-se cabível de forma inteligente no contexto da disciplina e do projeto pedagógico do curso nas diretrizes do parecer do CNE n.º. 635/2018. Em contrapartida, exige que a turma tenha participação ativa em que a problematização do fato deverá estar em harmonia com o conteúdo que, por sua vez, deverá ser apreendido pelo aluno em sala de aula.

## 5. CONCLUSÃO

O parecer n.º. 635/2018, do Conselho Nacional de Educação – CNE, descreve as novas diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito, considerando as atuais exigências sociais e profissionais sobre a atuação no ambiente jurídico, impondo alterações no processo de ensino e aprendizagem pelo qual passa o graduando em Direito. Além de acrescer matérias que, atualmente, se fazem obrigatórias, o referido parecer leva o aluno ao protagonismo do aprender, ressaltando a necessidade de incentivá-lo à produção do conhecimento por si, tendo o professor como um orientador.

O ensino jurídico é legalmente disciplinado por normas que visam à qualidade e à manutenção de um padrão nacional capaz de refletir as necessidades da sociedade, assim como gerar segurança no exercício profissional no âmbito jurídico. Tais normas são orientadas por diretrizes nacionais que, periodicamente, são

atualizadas, considerando as novas tendências de mercado e as readequações de perfis do estudando de Direito.

O parecer do CNE nº. 635/2018 traduz a necessidade de atualização das diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito, considerando as manifestações dos diversos setores do meio jurídico, desde as universidades até as instituições representativas dos profissionais juristas, para enaltecer o maior dinamismo no ensino jurídico, tornando o processo de ensino e aprendizagem do Direito mais disruptivo, motivando o aluno à produção ativa do conhecimento.

Neste sentido, entende-se que o método de pesquisa Estudo de caso, se utilizado respeitando seus critérios técnicos como um meio de investigação científica, pode sim ser aplicado em sala de aula, no processo de ensino, o que estimulará o aluno à produção do conhecimento como agente ativo.

Quanto às indagações norteadoras desta pesquisa, pode-se afirmar que o parecer do CNE nº. 635/2018 determina as novas diretrizes curriculares ao ensino jurídico, ressaltando a necessária atualização do processo de ensino e aprendizagem do curso de graduação em Direito, promovendo o aluno ao protagonismo na construção do conhecimento. Ademais, compreende-se que o método de pesquisa Estudo de caso é um modelo de investigação científica que possui critérios e protocolos delineados pela metodologia, aplicável principalmente quando se tem como objeto um específico fenômeno, considerando, sobretudo, o seu contexto. Entende-se, também, que o método de pesquisa Estudo de caso pode ser utilizado no processo de ensino jurídico como uma forma de motivar o aluno em sala de aula a produzir ativamente o conhecimento, estando perfeitamente coerente com as novas diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito, anunciadas no parecer nº. 635/2018, do Conselho Nacional de Educação – CNE.

Conclui-se, portanto, que o atual processo de ensino e aprendizagem do curso de graduação em Direito requer a participação ativa do aluno na criação do conhecimento, sendo preciso a utilização da pesquisa em sala de aula, sobretudo, pelo

método “Estudo de caso”, o qual permite um recorte mais delimitado do objeto a ser ensinada pesquisado, promovendo a concepção prática à teoria lecionada.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição Federal de 1988. Brasília, DF: Senado, 2017.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio da Teixeira (INEP). Ministério da Educação (Comp.). **Sinopses Estatísticas da Educação Superior – Graduação**. 2004 a 2016. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/web/guest/sinopsesestatisticas-da-educacao-superior>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BRASIL. Lei n.º 9.394, 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Data da Publicação: 23/12/1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/19394.htm). Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Data da Publicação: 5/7/1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. Decreto n.º 9.235, de 15 de dezembro de 2017. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação das instituições de educação superior e dos cursos superiores de graduação e de pós-graduação no sistema federal de ensino. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Data da Publicação: 18/12/2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9235.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9235.htm). Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. **Parecer CNE n.º 635/2018, de 4 de outubro de 2018**. Revisão das Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=100131-pces635-18&category\\_slug=outubro-2018-pdf-1&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=100131-pces635-18&category_slug=outubro-2018-pdf-1&Itemid=30192). Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE n.º 9, de 29 de setembro de 2004**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09\\_04.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf). Acesso em: 16 nov. 2018.

CARLINI, Angélica Lucía. **Aprendizagem baseada e problemas aplicada ao ensino de Direito**: projeto exploratório na área de relações de consumo. São Paulo: PUC-SP, 2006. Tese (Doutorado em Educação). Disponível em: [http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=4118](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4118). Acesso em: 20 nov. 2018.

DEMO, Pedro. **Saber pensar**. 3. ed. São Paulo: Instituto Paulo Freire, 2002. v. 6. (Guia da Escola Cidadã)

GHIRARDI, José Garcez; VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo (Org.). **Ensino Jurídico participativo**: construção de programas, experiências didáticas. São Paulo: Saraiva, Direito GV, 2008.

GIL, Antonio Carlos. **Estudo de caso**. São Paulo: Atlas, 2009.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos e pesquisa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

GOODE, W.J.; HATT, P.K. **Métodos em pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1979.

MASETTO, Marcos Tarciso. **Competência pedagógica do professor universitário**. 3. ed. São Paulo: Summus, 2015.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O método do caso na educação jurídica. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1363-1388, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19979/17940>. Acesso em: 3 dez. 2018.

TASSIGNY, M. Mônica. A aplicabilidade do método do estudo de caso em pesquisas Jurídicas. **Revista Acadêmica**, v. 88, n. 1, jan./jun. 2016.

VENTURA, Magda Maria. **O estudo de caso como modalidade de pesquisa**. SOCERJ, 2007.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2009.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

*Data da submissão: 17/12/2018*  
*Data da primeira avaliação: 23/04/2020*  
*Data da segunda avaliação: 21/05/2020*  
*Data da aprovação: 21/05/2020*

**A DEMOCRACIA DELIBERATIVA E PARTICIPATIVA COMO  
PRESSUPOSTOS NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
SOCIOAMBIENTAIS.**

**DELIBERATIVE AND PARTICIPATORY DEMOCRACY AS  
ASSUMPTIONS IN THE CONSTRUCTION OF SOCIAL AND  
ENVIRONMENTAL PUBLIC POLICIES.**

**Ana Carolina Farias Ribeiro<sup>1</sup>  
Loiane Prado Verbicaro<sup>2</sup>  
Luciana Costa da Fonseca<sup>3</sup>**

**RESUMO:** O texto discute a importância da participação e da deliberação, especificamente nas questões socioambientais. A busca pela participação qualificada é analisada por meio da interpretação e aplicação das teorias de democracia participativa e deliberativa, trabalhadas por Frank Cunningham, e investiga de que forma essas teorias podem contribuir para efetivação da participação popular na construção de políticas públicas socioambientais, que garantam uma participação qualificada do cidadão. Quanto aos objetivos, a pesquisa aqui apresentada é exploratória, visando proporcionar maior familiaridade com o problema investigado, explicitá-lo e construir hipóteses sobre a relação entre as teorias e as políticas públicas socioambientais. A abordagem é qualitativa e utilizou como procedimento o levantamento bibliográfico sobre o tema. A pesquisa concluiu que as teorias pesquisadas auxiliam e maximizam a participação popular qualificada e contribuem

<sup>1</sup> Professora de Direito da Universidade da Amazônia, Belém-PA. Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Mineração e Desenvolvimento Regional na Amazônia. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9476184863640367>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2531-5012>. E-mail: [carol\\_fariasribeiro@hotmail.com](mailto:carol_fariasribeiro@hotmail.com).

<sup>2</sup> Professora da Faculdade de Filosofia e do Programa de Mestrado em Filosofia da Universidade Federal do Pará (UFPA), Belém-PA. Integrante da Rede Brasileira de Mulheres Filósofas. Líder do Grupo de Pesquisa: Filosofia Prática: Investigações em Política, Ética e Direito. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4100200759767576>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3259-9906>. E-mail: [loianeverbicaro@uol.com.br](mailto:loianeverbicaro@uol.com.br).

<sup>3</sup> Professora da Universidade Federal do Pará - UFPA e do Centro Universitário do Pará – CESUPA, Belém-PA. Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Sanitário pela Universidade de São Paulo – USP. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3383269305393137>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9330-2208>. E-mail: [lfonseca@ufpa.br](mailto:lfonseca@ufpa.br).

para o aperfeiçoamento de políticas públicas capazes de solucionar conflitos socioambientais.

**Palavras-chave:** Conflito Socioambiental; Democracia Participativa; Deliberação; Participação.

**ABSTRACT:** The text discusses the importance of participation and deliberation, specifically in social and environmental issues. The search for qualified participation is analyzed through the interpretation and application of the theories of participative and deliberative democracy, worked by Frank Cunningham, and investigates how these theories can contribute to the realization of popular participation in the construction of social and environmental public policies that guarantee participation qualified citizen. The research presented here is, in terms of objectives, exploratory, aiming to provide greater familiarity with the problem investigated, explain it and build hypotheses about the relationship between theories and social and environmental public policies. The approach is qualitative and used the bibliographic survey on the topic as a procedure. The research concluded that the researched theories help and maximize qualified popular participation and contribute to the improvement of public policies capable of solving socio-environmental conflicts.

**Keywords:** Socioenvironmental Conflict; Participatory Democracy; Deliberation; Participation.

**SÚMARIO:** 1. Introdução; 2. A participação e a informação nas questões ambientais; 3. A contribuição da democracia participativa de Rousseau; 4. A aplicação do participacionismo e da deliberação na maximização do debate socioambiental; 5. Considerações Finais; 6. Referências Finais.

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa é analisar a aplicação das teorias democráticas participativas e deliberativas no engajamento da população para a construção de políticas públicas socioambientais. A preocupação com o meio ambiente ecologicamente equilibrado é fundamental para a garantia de uma sadia qualidade de vida, visto que nada melhor do que o próprio cidadão para identificar suas necessidades na busca da melhoria de vida.

O indivíduo deve participar da construção e fiscalização de políticas públicas que possam comprometer a conservação dos recursos naturais para as presentes e

futuras gerações.

Em face dos desafios socioambientais e da busca pelo desenvolvimento sustentável, a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB garante o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (Art. 225), elege a proteção do meio ambiente como um princípio da ordem econômica (Art. 170, VI) e regulamenta os princípios da informação e participação popular como direitos fundamentais, essenciais para Estado democrático.

Os princípios da informação e da participação são complementares, na medida em que a participação requer o acesso à informação qualificada, para que haja o efetivo engajamento da comunidade na elaboração e controle de políticas públicas e na solução de conflitos socioambientais. Em resumo, para participar, é preciso estar informado. Os princípios caminham juntos para que se concretize a participação popular.

Todavia, mesmo que a população esteja munida de informações adequadas, pode não ser suficiente para que ocorra a participação efetiva, já que nem sempre existe a cultura de participar e o interesse de contribuir, muitas vezes, não é claramente identificado.

A população precisa ser estimulada a participar do debate de políticas e soluções de conflitos socioambientais, por meio dos instrumentos jurídicos disponíveis, pois é comum a apatia, por isso a necessidade de investigar e estudar esse fenômeno.

As teorias estudadas por Frank Cunningham (2009, s.p.) em “Teorias da Democracia” são importantes para a compreensão dessa problemática, já que estudam formas de como a participação pode ocorrer de forma qualificada, e quais os obstáculos encontrados, podendo auxiliar no avanço da participação popular nas políticas socioambientais.

As principais teorias que serão analisadas neste estudo serão a da democracia participativa, buscando compreender o participacionismo e a da democracia

deliberativa, como complemento e reforço da primeira. Ambas precisam ser compreendidas juntas para a concretização do ideal da participação.

A pesquisa busca responder ao seguinte problema de pesquisa: de que forma as teorias da democracia participativa e deliberativa poderiam contribuir para uma maximização da participação popular nas questões ambientais?

Quanto aos objetivos, a pesquisa apresentada é exploratória, visando proporcionar maior familiaridade com o problema investigado, explicitá-lo e construir hipóteses sobre a relação entre as teorias e as políticas públicas socioambientais. A abordagem da pesquisa é qualitativa e utilizou como procedimento o levantamento bibliográfico sobre o tema.

O texto está estruturado em três seções principais, além dessa introdução e das considerações finais. A seção 2 tem como objetivo específico analisar a importância dos princípios da informação e participação nas questões socioambientais. A seção 3 tem como objetivo específico apresentar a teoria da democracia participativa de Rousseau e suas principais contribuições para uma participação qualificada, apresentando também críticas e entornos a respeito dela. A seção seguinte e última, tem como objetivo específico analisar a aplicação das teorias da democracia participativa e da democracia deliberativa no debate relacionado à questão socioambiental, especificamente no que diz respeito à participação popular, e como tais teorias poderiam auxiliar na participação qualificada. Por fim, são apresentadas as conclusões.

## 2. A PARTICIPAÇÃO E INFORMAÇÃO NAS QUESTÕES AMBIENTAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB dispõe sobre o direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, incumbido ao Poder Público e à coletividade o dever de defesa e preservação (Art. 225), elege a proteção do meio ambiente como um

princípio da ordem econômica, quando dispõe que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social (Art. 170, VI).

A CRFB também regulamenta os princípios da informação e participação popular como direitos fundamentais essenciais para Estado democrático, que devem ser compreendidos como acesso à informação qualificada e participação efetiva no processo de elaboração e execução de políticas públicas. O poder público tem o dever de propiciar a participação popular e todas as informações necessárias e para que os cidadãos participem do processo decisório adequadamente.

O princípio da participação é reconhecido pelos doutrinadores do direito ambiental e tem fundamento o artigo 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92).

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos. (PARANÁ, s.d, s.p.)

Michel Prieur (2015, s.p.) alerta que uma gestão durável do meio ambiente implica no envolvimento da população (os grupos de interesse sociais, econômicos, culturais, Organizações não Governamentais - ONGs) no processo de reflexão, planejamento e decisão, tanto por medidas gerais, como pelas decisões particulares capazes de afetar o meio ambiente.

No Brasil, a participação da cidadania vai se configurar nas práticas dos movimentos organizados, das entidades civis e na participação ativa dos cidadãos, mobilizados através de fóruns e espaços públicos diferenciados (JACOBI, BARBI,

2007).

A participação da população é essencial para o enfrentamento das questões ambientais, possibilitando a análise das diretrizes e obstáculos, a partir da perspectiva da comunidade. Todavia, Jacobi e Barbi (2007, p. 3) destacam que essa é uma realidade distante:

Entretanto, ainda não incorporaram os grupos sociais normalmente excluídos dos mecanismos tradicionais de deliberação como atores com presença nos processos decisórios. Isto decorre do fato que estes grupos ainda não possuem os recursos econômicos e sociais e as informações que permitiriam sua participação nas atividades que permeiam processos decisórios em torno de questões ambientais.

Apesar destas dificuldades, é importante compreender, como ressalta Silva e Pedra (2016, s.p.), que a democracia não está vinculada apenas à limitação de poder para assegurar as liberdades individuais, mas também à participação da população no processo de tomada de decisões

Neste sentido, para que ocorra a formação de uma sociedade ativa é necessário a busca por novas formas de administração do poder político, onde sejam fortalecidas a atuação dos indivíduos, a partir da transparência dos procedimentos públicos.

O fortalecimento da participação vai se dar a partir dos princípios da informação e participação ambiental, que caminham juntos e determinantes para a concretização de uma atuação eficaz.

O artigo 225, §1º, IV, da CRFB assegura o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e atribui ao poder público o dever exigir um estudo prévio de impacto ambiental, em se tratando de atividade, potencialmente, causadora de degradação ao meio ambiente, com a obrigação de dar publicidade ao estudo.

É importante que seja publicado o Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, referente ao estudo prévio de impacto ambiental, pois a população deve ter acesso a essa informação imprescindível para que esteja informada e possa participar

ativamente das decisões no âmbito ambiental.

A informação possibilita a manifestação qualificada, portanto, à medida que as informações são recebidas pelos órgãos ambientais, devem ser disponibilizadas para a sociedade civil. O conhecimento ambiental deve ser transmitido de forma a possibilitar tempo suficiente aos informados para influenciarem efetivamente na tomada de decisão, construção das políticas públicas, ou para recorrer ao poder judiciário para garantir proteção ao fundamental ao meio ambiente equilibrado.

Esta atuação pode ocorrer de forma individual ou coletiva, por meio da representação das comunidades, associações ou Organizações não governamentais - ONGS, em espaços como conselhos ambientais, nas audiências públicas, no procedimento de estudo de impacto ambiental e nas ações judiciais.

O Estudo de Impacto ambiental e o RIMA vão subsidiar a realização também das audiências públicas, que são essenciais para concretizar a participação da população na gestão ambiental, principalmente se determinada obra ou atividade gerar impactos no modo de vida da comunidade.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, percebeu-se de forma nítida a intenção do legislador de conferir destaque à proteção ambiental, de modo a exigir o Estudo prévio de Impacto Ambiental como antecedente lógico e obrigatório para a instalação de obra ou atividades causadoras de significativo risco ao meio ambiente (SILVA; PEDRA, 2016, s.p.).

A resolução nº 009/87 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, disciplina a realização de audiências públicas, nos processos de licenciamento ambiental. A resolução exige que, durante a sua realização, deve ser exposto aos interessados o RIMA, contendo a descrição da atividade ou obra, os impactos ambientais, sociais, culturais e econômicos para que a população possa fazer contribuir com as críticas e sugestões e influenciar a decisão do gestor.

Como ressalta Silva e Pedra: “Assim, quem melhor do que a própria comunidade diretamente relacionada e envolvida com resultado a ser obtido pela

atividade potencialmente causadora de dano ambiental para deliberar[...]” (SILVA; PEDRA, 2016, s.p.). Em virtude disso, a atuação da população na gestão ambiental concorre para o exercício pleno da cidadania, não cabendo, uma transferência de informação posterior ao acontecimento de uma tragédia, ela deve ser prévia. Para Silva e Pedra (2016, p. 18): “Torna-se fundamental que a sociedade receba informações prévias e úteis sobre a mera possibilidade de risco ambiental, não sendo coerente fazê-lo apenas depois de ultimado o dano”.

Os Conselhos de Meio Ambiente também são espaços de participação, na medida em que possuem representantes da sociedade civil na sua composição. Entretanto, é essencial que haja representação paritária entre representantes do setor público e dos vários atores da sociedade civil, visando decisões comprometidas com o interesse e garantia dos direitos da comunidade diretamente impactada pelo projeto ou política pública. Nos conselhos são observadas, muitas vezes, resultados desiguais e não satisfatórios para a população em geral, em virtude das diferenças regionais, e algumas decisões acabam por serem decididas pela presença majoritária do representante governamental, podendo aumentar o poder da representação de resultados (JACOBI; BARBI, 2007, s.p.).

Por conseguinte, a atuação popular é indispensável para a concretização das políticas públicas ambientais, de forma eficaz, e que correspondam a realidade das suas regiões, já que de nada adianta criar uma política que não seja útil para a comunidade no entorno.

Além da informação, a educação ambiental também é determinante neste processo de participação. A educação promove o engajamento dos sujeitos na questão ambiental e em outras questões responsáveis pela sua sadia qualidade de vida. É primordial compreender a relação entre a comunidade e o meio ambiente, considerando os aspectos sociais, econômicos e políticos, como observa Loureiro e Cunha:

Nesta, parte-se de um princípio de grande relevância para a construção do processo democrático e autônomo da gestão ambiental: os sujeitos são entendidos como indivíduos historicamente determinados, construídos e construindo socialmente em uma ação política com vistas a transformação societária (LOUREIRO; CUNHA, 2008, s.p.).

A educação aliada da informação, pode promover a atuação adequada da população, concretizando um espaço democrático de cidadania popular. É interessante analisar a dimensão da participação sobre o viés de teorias da democracia, e dentre elas a da democracia participativa de Jean Jaques Rousseau.

### **3. A CONTRIBUIÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA DE ROUSSEAU**

O termo democracia vai designar o poder do povo, como esclarece Simone Goyard-Fabre (2003, p. 45): “Mas o tempo marcou-o com tantas determinações que aos poucos foi se adensando com uma sobrecarga semântica”. De qualquer modo, no registro político enfatiza a autora, está seu núcleo semântico original e a esse respeito, se a democracia pode ser definida como o poder do povo, as democracias que hoje conhecemos são compostas de regimes que a vontade do povo é a fonte desse poder.

Todavia, as democracias de épocas passadas eram exercidas diretamente e as de hoje são exercidas por meio da mediação, como ressalta Goyard-Fabre (2003, p. 46): “as democracias atuais necessitam da mediação de representantes. Ainda assim, em toda a democracia, o “povo” é o motor principal do modo de governo”. Sabendo que o povo é o detentor do poder, vale analisar os modelos de democracia participativa e deliberativa.

Para Frank Cunningham em teorias da democracia (2009, s.p.). A democracia participativa seria justamente o oposto da democracia representativa, pois, para esta última, a política é representativamente ativa a partir do domínio do governo e de grupos de interesse. Diferentemente, a democracia participativa considera a apatia ou

desinteresse como uma falha, considerando que sua tarefa seria maximizar o engajamento ativo do cidadão. A democracia representativa vai se distinguir da deliberativa, também, em virtude do esgotamento dos meios institucionais e políticos:

Em face disto é que a democracia participativa ganha espaço e se desenvolve já como contrapondo da democracia representativa exatamente em face do esgotamento de suas possibilidades institucionais e políticas. O problema é que também há déficits na matriz participativa no que diz com a forma, quantidade e qualidade da participação, haja vista os níveis de cooptação ideológica, burocrática e econômica dos atores participantes em relação a interesses mais privados do que públicos (LEAL, 2013).

Apesar do espaço que a democracia representativa alcança, há um deficit no seu procedimento, que vai ser complementado pela teoria representativa, apesar do seu contrapondo.

Ademais, a democracia deliberativa e a participação objetivam dar efetividade de uma atuação social bem como a ampliação e abertura dos processos de decisão públicos a todos.

De acordo com Cunningham (2009, p. 36): “[...] para os democratas participativos a representação e a votação competitiva em eleições formais são vistas, no melhor dos casos, como males necessários[...]”. Destarte, é importante haver a competitividade nas eleições formais para se buscar decisões harmoniosas, porém, a pretensão é substituí-las por decisões formadas por consensos.

Os democratas participativos, buscam a solidariedade, como sua virtude principal, ou seja, durante a tomada de decisões coletivas, devem ser encontrados objetivos mútuos e comuns entre os indivíduos, ao passo que a partir deste entendimento, nasce noções de compreensão e preocupação com todos os indivíduos.

Rousseau (1999, s.p.) já se preocupava com a liberdade e a força de cada homem, em como eles poderiam empregá-las sem se prejudicarem e negligenciarem os seus cuidados necessários. A partir disso, o autor busca uma forma de associação em que as pessoas estejam unidas umas às outras e, ao mesmo tempo, proteja e

defenda cada uma delas de forma individual.

Esta forma de associação vai se dar a partir de um contrato formado por cláusulas analisadas por Rousseau (1999, p. 21): “essas cláusulas bem compreendidas se reduzem a uma só, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda a comunidade”. Desse modo, todos se entregam por completo, sendo uma condição igual, não sendo oneroso mais para alguns do que para outros.

Além disso, verificando-se a alienação sem reserva, a união é tão perfeita quanto possa ser e nenhum associado nada mais tem a reclamar: porque, se alguns direitos restassem aos particulares, como não haveria nenhum superior comum que pudesse decidir entre eles e o público, por ser cada um, em algum ponto, seu próprio juiz, pretenderia em breve sê-lo em tudo, o estado natural subsistiria, e a associação se tornaria necessariamente tirânica ou vã (ROUSSEAU, 1999, p. 21).

A partir dessa premissa, como cada indivíduo passa a atuar coletivamente e não haverá uma pessoa associada que não tenha adquirido o mesmo direito que lhe foi concedido. Isso faz com que se ganhe maior força para conservar também o que se tem.

A partir daí, este ato de associação produz um conjunto moral e coletivo, que será composto por tantos membros quanto a assembleia de vozes e que vai receber a sua unidade desse mesmo ato, com o seu eu comum, com sua vida e sua vontade.

Rousseau analisa a relação entre associados e a Autoridade:

Essa pessoa pública assim formada da união de todas as outras tomava outrora o nome de cidade, e assume atualmente o de república ou de corpo político, que é chamado por seus membros Estado, quando é passivo, soberano, quando ativo. Autoridade, quando comparado aos seus semelhantes. Em relação aos associados, tomam coletivamente o nome e povo, e se denominam em particular cidadãos como participes da autoridade soberana e, súditos, quando sujeitos às leis do Estado (ROUSSEAU, 1999, p. 22).

Dessa maneira, o corpo político vai adquirir a vontade geral, que encarna um

imperativo moral para as pessoas promoverem interesses comuns e não apenas particulares, ao mesmo tempo, quando se atribui poder a esse corpo, os indivíduos experimentam a preservação de seus interesses, passando a estarem ligados uns aos outros na busca pelo bem comum.

Christiana Ochoa (2008) ensina sobre o argumento de autoridade: “The origin of the theory of participatory democracy is often credited to Jean-Jacques Rousseau who presented the argument that authority over a people can only be legitimate if it leaves those who it governs as free they were prior to their submitting to that authority”.<sup>4</sup>

Para Rousseau (1999, s.p.), democracia se refere a uma composição possível de um executivo, onde o povo inteiro ou sua maioria executa as leis tão bem quanto as constrói, ou seja, a população funcionaria como órgão legislativo. Desse modo, quanto maior o Estado, menor seria a democracia.

Alguns críticos afirmam que pela teoria de Rousseau seriam deixadas sementes do totalitarismo, pois quando as pessoas abrissem mão de sua liberdade, isto não ocorreria de forma espontânea; ao contrário, ocorreria contra a sua vontade, como ressalta Cunningham (2009, p. 37): “Em particular, essa concepção é declarada como especialmente suscetível ao perigo proporcionado pelo ‘espaço vazio’ da democracia, descrito no capítulo 2. Os críticos se aproveitam de uma tese central de Rousseau de que alguém pode ser ‘forçado a ser livre’”.

Isto ocorre porque, como afirma Rousseau (1999, p. 25), “[...] Aquele que se recusar a obedecer à vontade geral a isso será constrangido por todo o corpo”. Esta afirmação de Rousseau é interpretada pelos críticos como semente de totalitarismo em virtude de ele concordar com o constrangimento para que se pudesse obedecer à vontade geral. Como ressaltam Pereira e Fonseca (2018, p. 10), existe um paradoxo,

---

<sup>4</sup> Tradução livre da autora: “A origem da teoria da democracia participativa é frequentemente oferecida por Jean-Jacques Rousseau, que apresentou o argumento de que a autoridade sobre um povo só pode ser legítima se deixar aqueles que governa como livres antes de se submeterem àquela autoridade”. (OCHOA, 2008).

pois é negada a liberdade de buscar seus interesses particulares, mas há a intensificação da sua liberdade como cidadão.

É válido ressaltar que a democracia participativa difere de uma compreensão sexista de Rousseau, onde ele defende que as mulheres existem apenas para servir aos homens, sendo sua teoria aproveitada parcialmente pelo participacionismo, excluindo as questões problemáticas de interpretação. Como explica Cunningham (2009, p. 37): “Por isso, Carole Pateman, uma feminista e uma das principais representantes da teoria participativo-democrática, pode apelar à parte central de sua teoria, ao mesmo tempo em que se considera o seu sexismo uma aberração”. Neste viés, se democratas participativos são atraídos por pontos de vista de Rousseau, isso se dá em virtude de interpretarem sua teoria de modo útil aos seus fins.

Apesar das críticas trazidas, continuando na interpretação da teoria de Rousseau, dentro de uma perspectiva participativo-democrática, é interessante interpretar que a democracia como o controle dos indivíduos pelos seus próprios objetivos e interesses, podendo inclusive virem a instruir os governos a realizar os desejos dessas pessoas.

Para Cunningham (2009, p. 38): “Essa perspectiva conota uma relação de continuidade entre pessoas e governo que é quebrada quando este é visto como um representante”. Neste sentido, quando o governo é visto dessa maneira, está a um passo dele se tornar um corpo com seus próprios interesses, adquirindo poderes estatais e passando a negociar com esses indivíduos ou realizar contratos. Quando essa continuidade é quebrada, o governo passa a distorcer a sua função de executar a vontade do corpo do governo, passando a ser independente e com poderes especiais, ameaçando a concretização dos interesses da população, que são afastados para concretizar interesses políticos do governo.

É evidente a prevalência do contrato e da vontade geral, que é a necessidade pela busca do interesse comum, diferente da vontade de todos, que está direcionada aos interesses privados de cada pessoa, vindo a ser uma soma de vontade destes, por

isso a vontade geral não pode ser interpretada como aquilo que todas as pessoas poderiam votar a favor (PEREIRA; FONSECA, 2018, s.p.).

A vontade geral é a vontade da maioria que somente pode ser alcançada quando os cidadãos usam seus votos para expressar opiniões se a proposta está de acordo com essa vontade da maioria. Alerta Cunningham (2009, p. 39): “Nem pode a vontade geral simplesmente ser aquilo sobre o que há acordo unânime, visto que isso pode ser obtido pelas pessoas visando somente a interesses privados, mas conduzindo a um resultado comum [...]”.

Por conseguinte, a vontade geral não pode ser traduzida por meio de concordâncias, consensos, acordos, ela é a opinião da maioria, mas esta deve acontecer de modo que suas atitudes objetivem o bem comum proposto pela vontade geral; ela não pode ser traduzida nessas formas, pois pode ocorrer um aproveitamento do meio em busca de interesses privados.

No capítulo 4 foi observado que, conquanto nem todos os democratas liberais vejam a agregação de interesses como o objetivo da democracia, há um elemento inescapável de agregação na teoria liberal-democrática: de acordo com o pluralismo, supõe-se que as pessoas votem sob a base de interesses antecedentes e geralmente diversos, a mistura dos quais determinará a distribuição dos votos (CUNNINGHAM, 2009, p. 39).

Cunningham (2009, s.p.) ressalta que para Rousseau esses resultados demonstram, justamente, como não se trata mais da vontade de todos, pois as pessoas votam de acordo com suas preferências, não agem de acordo com a vontade geral, as obrigando a determinar o que o bem comum requer quando votam.

Para Rousseau as pessoas que buscam tomar decisões com base na vontade geral, devem respeitar os princípios: “[..]o homem, que até então não levara em conta então a si mesmo, se viu obrigado a agir com base em outros princípios e a consultar sua razão antes de ouvir seus pendores” (ROUSSEAU, 1999, p. 25).

A tomada de decisão coletiva democrática para Cunningham (2009, p. 39): “[...] é, portanto, exatamente este comprometer-se a encontrar e a promover o bem

público. Na forma tal tomada de decisão é mais bem vista como um esforço na construção de um consenso, em vez de uma disputa entre os votantes”. Se forem vistos como uma disputa, os procedimentos democráticos se tornam regras de um jogo que cada um deseja vencer.

É interessante ressaltar que a vontade geral tenderia para a igualdade e que, portanto, a busca pelo bem comum seria entender que poderia beneficiar igualmente a todos: “Uma objeção que vem prontamente a cabeça é que pode haver várias alternativas, de tal forma que é ainda necessário para os que deliberam de forma associada singularizar uma delas” (CUNNINGHAM, 2009, p. 40). Rousseau também preza pela Igualdade:

Em vez de destruir a igualdade natural, o pacto fundamental substitui, ao contrário, por uma igualdade moral e legítima aquilo que a natureza poderia trazer de desigualdade física entre os homens, e podendo ser desiguais em força ou talento, todos se tornam iguais por convenção e de direito (ROUSSEAU, 1999, p. 30).

Outra questão é relação entre a disponibilidade de recursos e a igualdade. Em razão de conflitos de interesses, decorrentes da escassez de recursos, poderia não ser encontrado o bem comum e, assim, a igualdade substantiva não seria possível. Porém, para os democratas participativos, esse problema seria um resultado da insuficiência de sentimentos comunitários de compromisso com o bem comum.

Para Rousseau (1999, s.p.), a escassez seria uma questão de má distribuição de recursos, o que prejudicaria a busca pela igualdade, bem como a atuação de todos na busca pelo bem comum. Neste contexto, a democracia deliberativa com maximização dessa participação qualificada, pode ser analisada especificamente no direito ambiental.

#### **4. A APLICAÇÃO DO PARTICIPACIONISMO E DA DELIBERAÇÃO NA MAXIMIZAÇÃO DO DEBATE SOCIOAMBIENTAL**

Uma questão relevante a ser analisada diz respeito a criação de formas e estímulos para que ocorra a participação popular na construção de políticas públicas de impacto socioambiental. Para que esta participação seja qualificada, deve contribuir efetivamente para deliberação por meio de estratégias criadas a partir do pressuposto do participacionismo.

Na democracia participativa, estado e sociedade civil não são entidades diferentes, ou seja, não existe nada que possa dividir um estado que governa e os seus cidadãos que são governados, baseado no argumento de Rousseau da existência de apenas um contrato que cria o corpo político (CUNNINGHAM, 2009, s.p.).

Para Cunningham a respeito desse corpo político do governo formal: “Os participacionistas tipicamente consideram a acusação de estatismo mais plausível em abstrato do que em concreto. Sua preocupação principal é que a democracia seja promovida fora do governo formal em todas as instituições da sociedade civil” (CUNNINGHAM, 2009, p. 38).

Na busca de maior atuação popular, o alvo dos participacionistas começou pelas universidades:

Mantendo-se com a declaração de Port Huron, um alvo principal de atenção para os primeiros participacionistas foram as universidades, sobre as quais os estudantes radicais insistiram e algumas vezes asseguraram uma democratização parcial, envolvendo estudantes na tomada de decisão no nível das aulas, bem como em comitês e coisas semelhantes como políticas curriculares e de graduação (CUNNINGHAM, 2009, s.p.).

Os estudantes buscavam seus espaços de debates e diálogos, bem como estarem presentes atuando em todas as suas atividades. Os democratas participativos defendiam modos de democratizar locais de trabalho, famílias e relações humanas com o meio ambiente. Todas essas são decisões que envolvem o Estado, mas que podem ser sujeitos a democratização.

Algumas críticas começaram a nascer a respeito da não participação das

peessoas neste debate. Cunningham alerta que “A reação participacionista a crítica de que poucas pessoas estão interessadas em devotar tempo a conselhos nos locais de trabalho ou comitês de vizinhança ilumina um segundo grupo de recomendações pertinentes ao tópico corrente” (CUNNINGHAM, 2009, p. 38).

Ocorre que o participacionismo estava sofrendo críticas de que as pessoas não se sentiam motivadas e interessadas a participar de debates, pois não queriam gastar seu tempo nessas atividades, e isso se dava, muitas vezes, por não existir a cultura de resolver questões sociais através de diálogos.

Isso pode decorrer da inefetividade e indisponibilidade dos próprios fóruns. Eles poderiam não ser vistos como verdadeiros meios de mudanças e soluções, mas como atividades ineficazes e que poderiam não trazer verdadeiras mudanças.

Cunningham explica que essa apatia decorre da ausência de poder. Ou seja, não é a apatia que gera a ausência de poder. A apatia decorre de uma atuação parcial e não qualificada. Essa questão é compreendida melhor quando analisamos o exemplo de uma democracia na indústria, na qual o administrador da empresa consultaria os trabalhadores sobre algumas questões pertinentes, mas sem dar a devida atenção a participação destes (CUNNINGHAM, 2009, s.p.). Certamente, teria efeito diferente se o administrador consultasse seus empregados, considerando seriamente suas ideias, para que cada membro individual de um corpo de tomada de decisão tivesse igual poder para determinar o resultado dessas decisões, informando para eles que a sua presença poderia alterar a decisão e sua ausência faria a diferença.

A apatia ainda pode existir mesmo havendo oportunidades de atuação plena para os trabalhadores, visto que não é suficiente ser disponibilizado espaços de diálogo, se tal presença não fizer uma efetiva diferença no processo de decisão.

A democracia é apropriada quando soluções alternativas a situações problemáticas estão disponíveis; contudo, a tomada de decisão democrática é de valor limitado quando problemas ou soluções alternativas são definidos por pessoas diferentes daquelas que se presume que devam tratar delas e/ou quando há um pequeno controle sobre como ou se soluções aceitas serão implantadas (CUNNINGHAM, 2009, p. 39).

A atuação plena vai requerer o envolvimento dos cidadãos em todos os estágios de tomada de decisão. Excluir da tomada de decisão pessoas que lidam com os problemas a serem debatidos enfraquecerá tanto a participação, como o entusiasmo de participar.

Outro componente relevante que complementa e garante a qualidade do participacionismo é a deliberação.

A democracia deliberativa é analisada por Cunningham (2009) que interpreta os ensinamentos deixados por Habermas (1979), considerado por muitos autores como o pai filosófico da teoria deliberativa, buscando defender instituições legítimas que seriam baseadas na concordância da participação dos indivíduos no procedimento democrático, contribuindo para o discurso (CUNNINGHAM, 2009, s.p.).

A ideia da deliberação é a busca por decisões coletivas cada vez mais legítimas e racionais, ou seja, que cheguem a soluções verdadeiramente efetivas na vida da população, e para que isso seja alcançado, o debate vai além de apenas se criar possibilidades e espaços de atuação.

A democracia deliberativa vai justamente complementar a participativa, como esclarece Cunningham:

Admitindo variações, todos atualmente nesta popular escola da teoria democrática poderiam concordar que essas formulações articulam o coração da democracia deliberativa. A posição contrária- algumas vezes identificada pelos democratas deliberativos como “liberal” e algumas vezes como a teoria da escolha social- descreve os cidadãos como entrando no processo político democrático com preferências fixas que eles visam promover pelo uso das instituições e regras democráticas (CUNNINGHAM, 2009, p. 47).

A questão das preferências fixas seria um dos motivos da necessidade de se buscar um melhor aperfeiçoamento e concretização da teoria da democrática participativa. Cunningham afirma que “Essas instituições e regras funcionam para agregar preferências diferentes dos cidadãos, sendo legítimas quando as pessoas ao

menos tacitamente consentem em serem obrigadas por elas” (CUNNINGHAM, 2009, p. 47).

Apenas a democracia participativa não é suficiente para o democrata deliberativo, pois não basta que as pessoas concordem com o procedimento democrático, tendo em vista que, estas podem aderir à participação por inúmeros motivos e interesses.

Os processos democráticos passam a ser legítimos quando encorajam a deliberação de questões específicas sobre as regras que formam o debate, bem como, sobre a maneira como serão aplicadas. O que vai garantir a legitimidade dessa deliberação e também ao seu resultado, é a capacitação e liberdade de argumentação e debate nos fóruns, como ensina Cunningham: “[...] os participantes têm de ser aptos para livre e igualmente chegarem a preferências informadas e adquirirem e exercitarem as habilidades requeridas para a participação efetiva nos fóruns” (CUNNINGHAM, 2009, p. 47).

Cunningham alerta que sobre a possibilidade desentendimentos podem ser superada por procedimentos que garantam imparcialidade: “Confrontados com o desentendimento, os cidadãos podem se submeter a um procedimento imparcial, como votar, e ter esperança de que suas preferências irão vencer o debate, ou eles podem barganhar reciprocamente para chegar a um resultado negociado que seja aceitável” (CUNNINGHAM, 2009, p. 47).

No procedimento, as pessoas entram no debate sem expectativa de que suas preferências vão mudar durante os processos, ou seja, participam do debate com “preconceitos” e ideias já existentes que não se alteram ao final.

Se pessoas ao entrarem no debate, para decidir questões pertinentes a toda a comunidade sem abrir mão das expectativas que possuem sobre determinados fatos e ideias, as soluções fixadas ao final deste debate não serão eficazes para a coletividade, e interesses individuais determinarão as decisões a serem tomadas.

Essas reflexões auxiliam a adotar a melhor forma de promover a participação

da população na gestão ambiental e certamente os Conselhos ambientais podem atender a esse objetivo:

Por suas características, muitos atores sociais percebem nos conselhos um potencial democrático e reformador. Verdadeiros canais de comunicação entre sociedade e Estado, com ampliação do espaço público e participação cidadã efetiva. Espaços que abrem um precedente para o acesso à discussão que pode ir além da opinião, conforme o formato do conselho- deliberação ou normatização- podendo ter implicações diretas nas decisões políticas que afetam a vida dos membros de uma dada comunidade (ALCANTARA, 2010, p. 7).

Os conselhos são espaços para que os atores sociais ganhem oportunidades para ter voz ativa e possam participar de decisões de impactos socioambientais. Alcantara ensina que “novos interesses são explicitados e inseridos no complexo jogo das decisões políticas que, à medida que são transparecidos pelo discurso argumentativo expondo a legitimidade das demandas, não podem ser ‘simplesmente’ excluídos” (ALCANTARA, 2010, p. 7).

Tendo em vista que as políticas ambientais podem interferir na vida dos indivíduos e em virtude da necessidade de chamar atenção para a proteção ambiental, é essencial a participação dessas pessoas nesses conselhos.

Perscrutando a realidade brasileira, onde as desigualdades são características marcantes da sociedade, promover entendimentos e convergências, ou ao menos o respeito nas demandas entre os interesses de grupos díspares, não é uma tarefa fácil. Tradicionalmente um conflito de interesses se resolve na imposição da vontade daquele que possui melhores condições econômicas, em última instância através da força bruta, ainda que por meio de ações ilegítimas do Estado que atende, muitas vezes, a interesses escusos (ALCANTARA, 2010, p. 7).

A implementação de uma gestão ambiental compartilhada, através de espaços públicos possibilita a cooperação de uma diversidade de atores, com a possibilidade de se decidir questões de responsabilidade solidária, coletiva e democrática. Os conselhos também viabilizam decisões baseadas em suporte técnico necessário para

alcançar a melhor decisão., como destacado por Alcantara (2010, p. 7):

Considerando a estrutura desses conselhos é possível afirmar que os mesmos proporcionam, no exercício de uma dada atividade que ali será analisada, a utilização de técnicas de apropriação e modificação dos elementos naturais cientificamente mais criteriosas, com relação à eficiência e sustentabilidade, dado a necessidade de suporte técnico multidisciplinar na implementação e funcionamento desses espaços.

Vai ocorrer nestes debates a inserção de sentidos extra tecnológicos, considerando nas discussões aspectos socioambientais, como a proteção da biodiversidade e dos povos e comunidades tradicionais, e não apenas a perspectiva de crescimento econômico. Lima também ressalta que é em virtude das novas demandas da sociedade que surge a necessidade de novos modelos de gestão: “Las nuevas demandas de la sociedad actual han forzado el estado a “modernizarse” y desarrollar nuevos modelos de gestión que posibiliten un mejor trato de los bienes públicos y sus intereses” (LIMA, 2009, p. 3).

A participação no debate ambiental não costuma ser satisfatória, em função da dimensão política que envolve a formação dos Conselhos, como esclarece Alcantara: “Um dos pilares mais frágeis e que sustenta a operacionalidade dos conselhos de uma forma geral, reside na dimensão subjetiva dos fenômenos políticos, ou seja, na cultura política da sociedade e na sua tradição participativa” (ALCANTARA, 2010, p. 8).

Isto decorre, muitas vezes, em virtude da falta de engajamento da população nas decisões que envolvem impactos socioambientais. Em muitos casos, são criadas oportunidades de debates, porém ainda assim não ocorre uma atuação satisfatória, ou seja, não é suficiente a existência de espaços de debate, é preciso que haja mecanismos de estímulo para a participação efetiva, como a informação e a educação ambiental.

A teoria da democracia participativa auxilia na compreensão da necessidade de que a população reconheça e acredite que sua atuação pode fazer diferença no

debate e que ela pode contribuir para a concretização de melhores políticas. Para tanto, é imprescindível a atribuição de poder na participação para que influencie efetivamente na decisão final e afaste a apatia.

Neste aspecto, é interessante o complemento da teoria deliberativa na participativa, pois mesmo que existam oportunidades de participar, as pessoas vão para o debate com pressupostos já direcionados, como as preferências fixas que Cunningham ressalta. Desse modo, para que ao final seja concretizada uma atuação de qualidade, é importante que todos possam renunciar a tais preferências e cheguem a conclusões satisfatórias para todos.

Um exemplo dessas preferências fixas é o que acontece quando estamos diante de debates, entre críticos que defendem um desenvolvimento sustentável e outros que priorizam um crescimento econômico, a qualquer custo. As pessoas não renunciam as suas ideias ao debaterem sobre a melhor saída para o meio ambiente, o que pode comprometer a decisão, ocasionando uma escolha que pode não ser a melhor para o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Posto isso, resta demonstrada a necessidade de deixar de lado preferências existentes para se obter a participação qualificada e, conseqüentemente, uma decisão racional e eficiente.

Pode-se concluir que a deliberação e a participação podem auxiliar na melhor interpretação sobre como o debate na questão ambiental deve ocorrer, garantindo uma participação qualificada, visto que a mera existência de espaços de debates não é suficiente. É preciso atentar ainda para uma atuação que deixe de lado preconceitos já existentes.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A participação popular no debate ambiental é imprescindível, tendo em vista o risco de impactos socioambientais, gerados por atividades ou obras, que

podem comprometer a saúde, a condição econômica, cultural ou mesmo alterar todo o modo de vida da população e comprometer a viabilidade do meio ambiente para as gerações futuras.

Os princípios da informação e da participação ambiental exigem a atuação popular na construção de políticas públicas de impacto socioambiental, para que a população possa atuar na defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Os princípios são complementares, na medida em que a informação prévia e adequada é essencial para a participação qualificada e efetiva.

A teoria da democracia participativa auxilia na interpretação e fortalecimento da participação, demonstrando que não é suficiente a criação de espaços de participação, pois muitas vezes, a população não é estimulada a participar mesmo em questões que interessam a todos, como as questões relacionadas ao meio ambiente.

É preciso que seja atribuído poder a essa atuação, ou seja, que os indivíduos saibam que sua presença pode fazer diferença e influenciar na decisão final, e que sua atuação não será contrariada, mas sim levada em consideração a cada contribuição feita.

Por conseguinte, a democracia deliberativa complementa o participacionismo, de modo que é importante não apenas que seja dado poder nos espaços de atuação, mais ainda, que todos estejam aptos para deliberar sobre as questões ambientais e renunciem aos seus preconceitos.

Dessa forma, se as pessoas estiverem comprometidas com seus preconceitos nos locais de debates, eles vão influenciar na tomada de decisão, que será baseada em seus interesses privados, não sendo possível chegar em uma decisão qualificada para todos.

As teorias da democracia participativa e deliberativa juntas, podem contribuir para uma maximização da participação da população nas questões ambientais, já que podem auxiliar na melhor interpretação e garantia de como deve ocorrer uma participação de qualidade, trazendo bons resultados para o desenvolvimento

sustentável, a conservação dos recursos naturais e mitigação dos impactos socioambientais para a população.

## 6. REFERÊNCIAS FINAIS

ALCANTARA, Leonardo Alejandro Comide. Poder, território e participação social: Uma reflexão acerca dos espaços de deliberação coletiva no sistema brasileiro de gestão Ambiental. Trabalho Publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi-Fortaleza, 2010. Disponível: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4145.pdf>. Acesso em 19/09/2019.

BRASIL. Palácio do Planalto. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 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: 15 jul. 2019.

CONAMA, Ministério do Meio Ambiente. **Resolução nº 9, de 03 de dezembro de 1987**.

CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da Democracia: uma introdução Crítica**. Porto Alegre: Artmed, 2009.

EMMANOUILIDIS, Bruna; MAAS, Rosana Helena. **Os contornos do acesso à informação nos modelos de democracia participativa e democracia deliberativa**. In: XV Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e XI Mostra Internacional de Trabalhos Científicos, 2018, Santa Cruz do Sul. XV Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2018. v. XV. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/18765>. Acesso em: 19/09/2019.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. São Paulo: editora Martins Fontes, 2003.

JACOBI, Pedro. **Governança Institucional de problemas Ambientais**. Revista Política e Sociedade, nº 07, out, 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1969>. Acesso em: 19/09/2019.

JACOBI; Pedro Roberto; BARBI, Fabiana. **Democracia e participação na gestão dos recursos hídricos no Brasil**. Revista Katál, v. 10, Jul/Dez, 2007. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rk/v10n2/a12v10n2>> Acesso em: 19/09/2019.

LEAL, Rogério Gesta. **Qual democracia: a necessidade premente de romper com a univocidade identitária artificial e casuística do fenômeno político**. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, n.º 39, p. 03 a 17, jan-jul. 2013. Disponível em: [file:///C:/Users/carol/Downloads/2688-15289-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/carol/Downloads/2688-15289-1-PB%20(1).pdf). Acesso em 19/09/2019.

LIMA, Luciano Barbosa de. **Gestión y evaluación de participativa de políticas públicas: el caso de los presupoestos participativos**. Brazilian Journal of International Law, Vol. 6, Issue 2 (July/December 2009), pp. 251-264. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/862>. Acesso em: 19/09/2019

LOUREIRO, Carlos Frederico Bernardo; CUNHA, Cláudia Conceição. **Educação Ambiental e Gestão Participativa de Unidades de Conservação: Elementos para se pensar a Sustentabilidade Democrática**. Revista Ambiente e Sociedade, Jul/Dez, 2008. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414753X2008000200003&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414753X2008000200003&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 19/09/2019

OCHOA, Christiana. **The Relationship of Participatory Democracy to Participatory Law Formation**. Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 15, Issue 1 (Winter 2008), pp. 5-18.

PARANÁ (Estado). Secretaria do Meio Ambiente e Recursos Hídricos. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92). Disponível em: [http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao\\_Rio\\_Meio\\_Ambiente\\_Developolvimento.pdf](http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Developolvimento.pdf). Acesso em: 27 jul. 2018.

PEREIRA, Carla Maria Peixoto; FONSECA, Luciana. **“E que é a cidade, se não for o povo”**: Contribuições do modelo de democracia participativa para a concretização do direito à cidade. Revista de Direito Urbanístico, cidade e Alteridade, Porto Alegre, Jul/Dez, 2018. Disponível em: <https://index.pkp.sfu.ca/index.php/record/view/984703>. Acesso em: 19/09/2019.

PRIEUR, Michel. **Droit de l’environnement droit durable**. 2. ed. Bruxellles: Bruylant, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Princípios do Direito Político.

Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SILVA, Rodrigo Monteiro da; PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Transparência nas audiências públicas ambientais como instrumento de maximização ao dever fundamental de proteção ao meio ambiente.** Revista Brasileira de estudos políticos, nº112, Jan/Jun, 2016. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2016V112P271>. Acesso em: 19/09/2019.

*Data da submissão: 12/11/2020*

*Data da primeira avaliação: 13/12/2020*

*Data da segunda avaliação: 01/04/2021*

*Data da aprovação: 01/04/2021*

**DESENVOLVIMENTO NO ESCURO: CARTOGRAFIAS  
SUBJETIVAS COMO LEGITIMAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO  
POPULAR EM CONSTRUÇÃO DE BARRAGEM**

**DEVELOPMENT IN THE DARK: SUBJECTIVE CARTOGRAPHS AS  
LEGITIMATION OF POPULAR PARTICIPATION IN DAM  
CONSTRUCTION**

**Mônica Thaís Souza Ribeiro**<sup>1</sup>  
**Frederico Augusto Barbosa da Silva**<sup>2</sup>

**RESUMO:** A percepção subjetiva dos fatos históricos e sociais é alcançada a partir da realidade local em comunidades tradicionais no interior do Brasil. A cidade de Morada Nova de Minas é apresentada neste trabalho, sob a narrativa dos moradores, com o objetivo de anunciar o que foi vivido a partir da ocupação das terras municipais pelas águas represadas na construção da barragem de Três Marias. O campo explorado é ressignificado quando uma população independente e altamente produtiva retrocede ao uso de lamparinas. A metodologia do uso de entrevistas semiestruturadas, parte da reflexão dos saberes orais, das experiências vividas e da importância de interpretar os fatos a partir da oratória de um povo não vocalizado. Grandes obras possuem argumentos complexos, como neste caso, as finalidades múltiplas de contenção das enchentes, produção de energia elétrica, irrigação e navegabilidade do rio, fatos que apresentam diversos significados que justificaram esse modelo de projeto. Como resultado, percebeu-se a ausência de mitigação dos impactos causados às comunidades ali existentes em educação, transporte, economia, saúde e independência. Ausentou-se do discurso as previsões de direitos, deveres e políticas públicas que seriam implantadas para que o desenvolvimento, enquanto liberdade, para ser exercida a vida plena das pessoas. Percebeu-se a ausência de participação, investimento social e ambiental, temas indissociáveis, confrontados no texto a partir do discurso nacional desenvolvimentista.

<sup>1</sup> Mestra em Direito, Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento pelo UniCEUB. Especialista em Políticas Públicas para La Igualdad em America Latina pelo Consejo Latino-americano de Ciencias Sociales – CLACSO/Argentina. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2212015109077386>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9871-4068>. E-mail: [monicatsribeiro@gmail.com](mailto:monicatsribeiro@gmail.com).

<sup>2</sup> Mestrado e Doutorado em Sociologia pela Universidade de Brasília (UnB). Professor do UniCEUB. Pesquisador do IPEA. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2088412607903653>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8696-6153>. E-mail: [frederico.barbosa@ipea.gov.br](mailto:frederico.barbosa@ipea.gov.br).

**Palavras-chave:** socioambiental; desenvolvimento; direito; acesso à justiça; políticas públicas.

**ABSTRACT:** The subjective perception of historical and social facts is achieved from the local reality in traditional communities in the interior of Brazil. The city of Morada Nova de Minas is presented in this work, under the narrative of the residents, with the objective of announcing what was experienced from the occupation of municipal lands by the impounded waters in the construction of the Três Marias dam. The exploited field is reframed when an independent and highly productive population retreats to the use of lamps. The methodology of using semi-structured interviews, part of the reflection of oral knowledge, the lived experiences and the importance of interpreting the facts from the oratory of a non-vocalized people. Great works have complex arguments, as in this case, the multiple purposes of containing the floods, production of electric energy, irrigation and navigability of the river, facts that present different meanings that justified this project model. As a result, there was a lack of mitigation of the impacts caused to the communities there in education, transportation, economics, health and independence. The forecasts of rights, duties and public policies that would be implemented in order for development, while freedom, to be exercised in people's full lives, were absent from the discourse. It was noticed the absence of participation, social and environmental investment, inseparable themes, confronted in the text from the national developmentalist discourse.

**Keywords:** socio-environmental; development; right; access to justice; public policy.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Morada e sua história – mais um município; 3. O que dizem os números: escolaridade, renda e desenvolvimento; 4. Percepções subjetivas dos moradenses; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO: DESENVOLVIMENTO E A CIDADE

O presente artigo busca investigar através de dados estatísticos e de entrevistas, a percepção das pessoas que vivem da cidade de Morada Nova de Minas sobre cidadania, realização de direitos sociais e os direitos de participação nos processos decisórios a partir da construção da barragem de Três Marias. A análise das narrativas buscará compreender o contexto social e histórico no qual se desdobra a percepção dos Moradenses e que condiciona sentidos e significações a respeito dos direitos, a fim de delimitar consensos e dissensos presentes nas narrativas orais a

respeito de fatos históricos e do sentido da cidadania.

Esta investigação leva a sério a experiência e as narrativas dos entrevistados, como parte dos contextos de produção de sentidos da cidadania. Procura-se, a partir das entrevistas, desenhar, em princípio, o quadro de produção de sentido no exercício dos direitos, elaborando o quadro de referência que constrói significados sobre o que é viver e ter direitos, interpretando relações de força simbólicas e de poder no contexto de estruturas sociais, econômicas e culturais impactados pela construção da barragem.

Os atores sociais vivenciam seu presente e estabelecem com sua contemporaneidade relações singulares, aderindo e fixando significados, distanciando-se e aproximando-se a partir do material das experiências familiares e subjetivas. A história da chegada das águas inscreve-se nas dobras das narrativas, das memórias e do imaginário, o que faz com que os sujeitos não cessem de se interrogar sobre ela.

Não será estranho que os contemporâneos não cessem de se maravilhar com as realizações da época, que lhes parece pujante e, ao mesmo tempo, sejam capazes da ironia e riso com a sua própria sorte ou má sorte histórica. Não nos esqueceremos de um fato simples, e os entrevistados não o permitem, que a história inscreve no imaginário relações de dominação e, portanto, não poderiam ser universais, expondo aqueles que se aproveitaram dos benefícios, foram pouco impactados objetiva ou subjetivamente, ou, simplesmente seguiram o curso do inundamento, partindo para outros lugares, ajustando suas expectativas ou se adaptando às seguintes distribuições de direitos e riquezas.

O contexto de globalização, neoliberalismo e desenvolvimento são palavras ou conceitos que organizam diferentes narrativas ou explicações a respeito do mundo contemporâneo. Diferentes fenômenos estão associados a eles, mas uma ideia, especialmente, costura o mosaíco e pode ser expressa em uma assertiva. As transformações técnico-científicas engendram profundas transformações nos regimes

de produção, nos modos da cultura e nas cartografias dos desejos e das subjetividades. Dessa assertiva se desdobram outras associando aqueles conceitos.

A globalização refere-se às conexões cada mais intensivas dos territórios de produção, os bens são produzidos e circulam através das fronteiras nacionais e ritmos vertiginosos e as tecnologias potencializam esses processos de integração global de mercado e modos de fazer coisas e imaginários. O neoliberalismo refere-se a um conjunto de valores ético e morais que expressa projetos societários baseados nas liberdades individuais, no mérito pessoal e na desconfiança em coletivos, em especial aqueles agenciados pelo Estado, pela flexibilização de direitos e, em especial das relações de trabalho e das proteções às economias nacionais. As tecnologias oferecem recursos de ação antes impensados não apenas oferecendo oportunidades para o empreendedorismo individual, mas para estabelecer novos modos de sociabilidade negócios.

O desenvolvimento, quase por definição, relaciona-se com as possibilidades positivas abertas pelas tecnologias, seja pelas máquinas que permitiram a industrialização, pelas mídias ou pelas tecnologias digitais que conectam o mundo da produção e aumenta a produtividade do capital e do trabalho. As perspectivas da globalização, neoliberalismo e do desenvolvimento, de fato, representam possibilidades jamais vividas em nenhuma outra situação histórica. As possibilidades da tolerância cultural, da valorização do indivíduo, da ampliação progressiva e simultâneo enriquecimento da vida são inesgotáveis, mas também são limitadas por interesses e restrições à participação livre e igualitária.

Entretanto, no limite, essas transformações têm um lado sombrio. As tecnologias produzem desequilíbrios ecológicos, ameaçam formas de vida natural, de animais e plantas, geram perturbações, quando não exterminam modos culturais de vida, estimulando um tipo de consumismo destrutivo, tanto de recursos ambientais, quanto de formas de socialização e produção tradicionais. As vidas são resumidas a padrões e intensidades de troca intersubjetivas cada vez mais pobres e inexpressivas.

O Brasil atual tem cerca de 5.570 municípios. Todos os territórios são marcados por processos econômicos, sociais e culturais relacionados à interdependência local-global de fluxos de produção e circulação de bens e mensagens, sendo impactados diferentemente nas suas formas de produção e consumo, socialização e relação com o meio ambiente.

Morada de Nova de Minas é um exemplo das transformações tecnológicas. Sua história foi atravessada por ideais de desenvolvimento nacional e das mudanças de relacionamento da economia regional com projetos nacionais de inserção na economia global. A cidade foi fortemente impactada na década de 1960 pela construção da UHE (usina hidrelétrica) de Três Marias, que alterou o regime de águas do rio São Francisco com uma represa, transformando a paisagem natural e humana. O evento, uma escolha ideológica e política, adotou um modelo de intervenção tecnológica sobre o meio ambiente, impactando nas relações sociais e nas subjetividades. Muitos anos se passaram, mas as imagens e redundâncias culturais ainda marcam as subjetividades e as estruturações sociais. Nesse artigo exploraremos a relação entre três registros diferentes, todos relacionados ao ecológico no município de Morada Nova de Minas: o meio ambiente, as relações sociais e as subjetividades, todos impactados pela barragem e hidrelétrica de Três Marias.

A primeira parte apresenta Morada Nova de Minas, a segunda apresenta a situação da cidade em números e a terceira apresenta as percepções subjetivas dos moradores a respeito dos impactos da tecnologia de represamento e produção de energia.

## 2. MORADA E SUA HISTÓRIA – MAIS UM MUNICÍPIO

Morada Nova de Minas é uma pequena cidade mineira, situada no centro-oeste do estado de Minas Gerais. Assim como diversos municípios brasileiros, sofreu transformações ao longo das últimas décadas em seus aspectos sociais, ambientais,

econômicos, populacionais e nos seus padrões de desenvolvimento em sua forma mais ampla. Romperam-se as liberdades reais, isto é, as possibilidades e capacidades de participação no conjunto das decisões, nas ações sociais e institucionais, bem como na organização dos serviços de saúde e educação, ambas associadas à participação geral nas atividades políticas como um todo.

Para contar a história da cidade foi realizado um recorte temporal com início na década de 60, quando o Brasil vivia um momento de expansão política e econômica, chamado *nacional-desenvolvimentista*. Nesta fase, os investimentos eram financeiramente altos e as propostas céleres: havia o anseio de inaugurar um novo Brasil e uma nova capital. Dentre os problemas a serem resolvidos estavam as enchentes que anualmente causavam alagamentos, mortes e prejuízos de ordem pessoal, econômica e governamental.

A fim de conter as cheias, aproveitar o potencial hidroelétrico das águas e, expandir a agricultura irrigada, foi construída a barragem de Três Marias: a mais cara e maior obra nesse segmento à época. Contratou-se consultoria internacional, propriedade intelectual no uso de turbinas para implementação da obra inaugurada em 1962, criando a partir do barramento das águas uma represa que inundou metade do território da cidade, ocupando especialmente as áreas de terras férteis.

O novo campo trouxe desafios e um formato de vida ainda não experimentado por aquela comunidade: uso de lamparinas a suprir a falta de energia elétrica, uma vez que o gerador foi coberto pelas águas; uso de balsas para transporte nas áreas ilhadas, antes acessadas por aterros ora cobertos; uso de pivôs de irrigação para crescimento dos plantios em agricultura e cultivo; uso de novas formas de alimentar e colher os insumos, dada as alterações na fauna e na flora, além da criação de uma nova linguagem nas narrativas históricas, a gerar mudança na forma de pensar e existir, seja de resiliência ou ódio, num povo que passa a depender de recursos governamentais.

Cenários alterados, refeitos e repensados nas políticas públicas. Associado à

essas mudanças, novos tempos são marcados pelo prolongamento da vida humana justificado pelo acesso à uma complexidade de informações e uso da tecnologia, oferta de meios de transporte e expansão dos bens de consumo, aumentando a interação social. No entanto, para que a participação e uso das informações absorvidas seja um fato, é condição primária a existência de acesso à educação para capacitação nos diálogos e decisões políticas para garantir participação e compreensão das reais necessidades e alcance do desenvolvimento proposto nos debates.

Tais requisitos são essenciais o desenvolvimento, uma vez que a carência de oportunidades, de acesso aos serviços públicos ou ainda, a interferência de governos autoritários são fatores privativos da liberdade, e sem ela, não é possível pensar em desenvolver e expandir a vida plena. Trata-se, portanto, de condição precípua para esta temática. Somado a isso, acrescenta-se a construção da maior rodovia do país: a BR040, via de ligação entre a antiga capital, Rio de Janeiro, com a nova capital, Brasília, da qual os moradores não dispunham de acesso, em razão da barreira criada pela água.

Anos depois, o acesso da população à BR040 tornou-se possível, através do transporte fluvial, com o uso de balsas motorizadas para deslocamento de carros, pessoas, caminhões. As linhas férreas, antes responsáveis pelo escoamento da produção, ficaram debaixo d'água junto com as fazendas, porteiras, cercas, animais, levando para o fundo da represa tudo aquilo que não se pôde salvar. A ausência de aviso prévio frustrou as expectativas de direito.

Em contrapartida, órgãos federais teriam sobrevoado a região, jogando bilhetes com aviso de que a água chegaria em julho daquele ano. Anunciada a tragédia, foi vivenciada a ausência de preparo, ações e políticas públicas para recepção da transformação, somadas às condições climáticas de um período chuvoso que acelerou a chegada das águas no mês de janeiro de 1962.

O projeto que construiu a barragem foi considerado um marco para o país. Uma obra onerosa, complexa e demorada, foi acompanhada de perto pelo então

Presidente da República, Juscelino Kubitschek. A ausência de diálogo com os municípios atingidos chama atenção: tanto se investiu para a construção da obra que durou mais de cinco anos, mas nenhum projeto ou recurso foi destinado às pessoas, previamente. A cidade de Três Marias, onde a barragem foi instalada, nasceu junto com a obra. A cidade de Morada Nova de Minas, já divisão administrativa há 19 anos<sup>3</sup>, foi reduzida à sua metade, perdeu recursos naturais, autonomia e independência.

Após a chegada das águas, o governo enviou técnicos de obras de empresas públicas, que apresentaram projetos de apoio para os políticos locais, para realizar levantamentos sobre melhorias necessárias, ato posterior à obra. Fazia-se para depois mitigar.

A legislação atual exige análise profunda na aprovação de projetos de grande impacto, como é o caso das construções de barragens. O texto constitucional à época não previa direitos sociais e ambientais, tratando-se de legislação oriunda de períodos autoritários de governo. Não é novo o uso de constituições por parte de governos ditatoriais: não cumprimento da legislação, desvio de interpretação constitucional e descumprimento às garantias fundamentais. Ressalvadas as distorções, sem a lei, não teríamos mais pobres, nem natureza.

Diante de um discurso formal unilateral, os relatórios governamentais realizados após a construção da barragem, identificaram cenários favoráveis: boas condições geográficas, grande disponibilidade de uso de recursos hídricos para mecanização agrícola, possibilidade de atrair empresas em razão da localização e o possível crescimento populacional dado crescimento econômico da região. O que se viu, em verdade, foram conflitos agrários, desequilíbrio ambiental e evasão de espécies, isolamento, mobilidade humana forçada e ausência de participação política,

---

<sup>3</sup> Em 1852, por Lei provincial nº 603, foi criada a freguesia de Nossa Senhora do Loreto da Morada Nova. Elevado à categoria de município com a denominação de Morada, pelo Decreto-Lei Estadual nº 1058, de 31-12-1943. IBGE, Disponível em <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/morada-nova-de-minas/historico>> acessado em 29 de maio de 2019.

marginalizando e ignorando aquela população.

As decisões tomadas pelos governantes àquela época, a respeito da oferta hídrica, suas políticas e ações, são criticadas pela arbitrariedade e desrespeito à legislação: o poderio econômico como prioridade, criou uma série de miseráveis ao longo do rio São Francisco. Ribeirinhos dependentes de políticas públicas foram esquecidos e marginalizados, famílias foram separadas e o êxodo forçado marcou início do apagamento cultural, perda de identidade e alienação<sup>4</sup> da população.

Os processos de desapropriação causaram especulação imobiliária e consequente manutenção de posses de terras por apenas uma empresa que não gerou os empregos esperados. Além disso, não foi efetivada indenização justa pelas perdas de terras. A precária comunicação, o isolamento e distanciamento geográfico geraram dependência para intermediar diálogos entre governo federal – há cerca de 650 km de distância – e advogados residentes em municípios diversos que defendiam os interesses dos moradores locais.

As alterações na dinâmica transformaram a vida das pessoas e suas expectativas: antes, haviam sonhos de crescimento e escolhas. A partir da chegada das águas, a derrota econômica e social inverteu tudo que já havia sido conquistado: uma população emancipada, tornou-se refém e alienada, dependente e sem identidade, registros essenciais para discernir a internalização de sujeitos de direito e acesso à justiça, emancipação e participação social nos processos de desenvolvimento.

---

<sup>4</sup> O uso do termo alienação refere-se à impossibilidade de desenvolvimento humano integral, em decorrência da manipulação ideológica e da impossibilidade de participação em situações de interesse existencial. Refere-se às relações de dominação simbólica, assimetria de poder e de não reconhecimento da legitimidade social.

### 3. O QUE DIZEM OS NÚMEROS: ESCOLARIDADE, RENDA E DESENVOLVIMENTO

As mutações tecnológicas disponibilizaram possibilidades múltiplas para a reorganização dos modos de produzir e viver. Os projetos hidrelétricos marcam ainda hoje as alternativas de produção de energia para as indústrias e para a vida urbana. As grandes hidrelétricas ainda proliferam no território nacional gerando impactos socioambientais e psicológicos. Trata-se de um modelo de empreendimento que transforma o ambiente e as relações sociais.

A mudança de regime do curso dos rios, além de impactar o meio ambiente e a vida animal e vegetal, altera o regime de chuvas e microclimas com impactos globais. Minas Gerais é um estado especialmente vulnerável por ter conectado esses múltiplos sistemas à exploração de minérios. Os rios e seus sistemas ecológicos foram e estão potencialmente expostos há décadas ao colapso ambiental.

Os impactos da barragem foram definitivos e contraditórios. A ideia dos grandes projetos é de intervenção massiva no meio ambiente e na vida social, gerando perdas e desigualdades. O isolamento de Morada Nova de Minas, pelo corte de suas ligações diretas, causou dependência do sistema de transporte através de barcos, em termos de possibilidades de conexão de transporte e vias terrestres, o que levou a uma profunda rearticulação de estratégias sociais.

O movimento populacional foi deixar a cidade para buscar meio de vida, trabalho e esperança através da migração forçada. A perda populacional explica os indicadores sociais do município, a respeito dos quais trataremos adiante. Impossível, nesse caso, estabelecer nexos causais muito precisos. Se não se pode afirmar que conflitos desse tipo, isto é, ambientais e culturais, substituíram de forma mecânica os conflitos de classe, é possível dizer que eles já constituem em mediadores centrais que colocam políticas públicas setoriais no centro de visibilidade das lutas sociais.

Contudo, vamos acrescentando camadas à nossa descrição. Em primeiro lugar, é preciso dizer que a composição social é diversa.

A descrição do perfil socioeconômico é reveladora das estruturações que condicionam o processo de subjetivação. Classes salariais, a massa de “não garantidos” e camadas dirigentes marcam processos de subjetivação específicos. A população de Morada é constituída por 31% de trabalhadores nos serviços, 29% de pessoas ligadas à agricultura, 25% de trabalhadores e 12% nas classes criativas, considerando que essa última, em parte, compõe a classe de serviços, mas dela se afastando pela presença de maior escolarização. As classes criativas incluem atividades no âmbito das culturais e artes, saúde, educação, direito e profissões gerenciais.

No que se refere aos indicadores sociais, eles expressam movimentos do sistema de proteção e de políticas sociais. Resultado do conjunto de ações econômicas, o PIB tem uma participação importante nas distribuições e depois nas possibilidades de prestações públicas de serviços sociais tais quais saúde, educação, assistências social e previdência, da mesma forma que as transferências constitucionais obrigatórias, as políticas federais e estaduais também impactam nas prestações das políticas sociais locais. Como essas políticas preveem sistema de conselhos, é provável que estimulem a participação social nesses diferentes espaços institucionais.

Entretanto, por mais importantes que sejam, essas políticas compensatórias apenas mitigam o imenso sistema de produção de fome, pobreza, desemprego, isolamento e vulnerabilização social, condicionando o processo de subjetivação.

Outras clivagens relevantes não serão exploradas aqui, a exemplo de questões de desigualdades de gênero e questões relacionadas à juventude, com suas demandas por escolarização, profissionais e os idosos, com suas necessidades de proteção e cuidados. Rapidamente pode-se dizer que as relações de gênero são tradicionalistas e que a juventude se digladia com a questão da escolarização e permanência ou não na

cidade em função, inclusive, da existência de oportunidades de educação e trabalho.

O IDH é um indicador sintético para o qual convergem economia (PIB), educação e saúde. Embora as ações políticas no terreno da implementação não sejam necessariamente transversais, como poderia sugerir o uso de indicador sintético de múltiplos fenômenos associados, pode-se dizer que, de fato, configuram ou expressam ideias de direito ou justiça das prestações públicas.

Os indicadores sintéticos, por sua vez, expressam de forma apenas relativamente precisa a resultante do desempenho daquelas dimensões da realidade institucional, ou seja, de capacidades institucionais. Muitos elementos de contexto são abstraídos, mas deve-se enfatizar interdependência das escalas individuais e coletivas do cotidiano e nos processos institucionais das democracias.

Não se pretende, que questões de justiça social encabecem todas as outras, mas que são um bom termômetro para medir distribuições e capacidades e, de forma próxima, questões do tipo de democracia presente. Assim como palavras de ordem expropriam a complexidade dos fenômenos distributivos e relacionais, abstraindo o racismo, falocentrismo, logocentrismo etc., os indicadores podem, ao serem tomados em si mesmo, criar interpretações estereotipadas e reducionistas. Voltaremos mais à frente às subjetividades, para retomar, em parte, uma interpretação ampliativa, assim articulando uma perspectiva geral, objetivista, de escala institucional maior e outra singular, microssocial e subjetivista. As duas dimensões devem ser consideradas em conjunto e se encarnam em micropolíticas concretas, não compartimentadas, transversais, características pouco afeta à tecnoburocracia estatal ou aos oportunistas dos mercados, capazes de capitalizar a produção simbólica, de signos e informações.

### 3.1 A GEOGRAFIA E SUAS CONTAS

Morada Nova de Minas fica na mesorregião Central Mineira, na microrregião de Três Marias, situa-se a 280 km de Belo Horizonte, tem 2.084,612 km<sup>2</sup> e pouco

mais de 8.200 habitantes. Seu IDHM é alto, ou seja, de 0,76 (ver Tabela 1). As receitas de Morada Nova de Minas foram de R\$ 29.000.000, em 2018, sendo que aproximadamente 85% é de transferências e 93% é de encargos e pessoal. As despesas giraram em 2018 em torno de R\$ 32.380 mil em saúde e educação, o que significa algo em torno de 40% das despesas ou 23,7% e 16,3%, respectivamente. Transporte hidroviário representou 6% das despesas (aproximadamente R\$ 2 milhões).

Apenas para termos um quadro geral comparativo, apresentamos a tabela seguinte, com dados comparáveis construídos a partir dos Censos Demográficos de 2000 e 2010. As populações dos municípios que constituem a Região Central Mineira são diminutas, a própria região sendo constituída por 412 mil pessoas, portanto, de tamanho aproximado a um município de médio porte. O Estado de Minas Gerais tem 19,5 milhões, a RM Belo Horizonte tem 6,2 milhões, a RM Três Marias, quase 97 mil habitantes, sendo que o município tem 28 mil, depois de Pompéu que tem 28 mil habitantes. Morada, em 2010, registrou 8.255 habitantes.

As taxas de desemprego no Brasil eram de 7,6%, de Minas, 6,7%, da Central Mineira 6,9%, da RM Belo Horizonte 7,4%, de Três Marias 8,5%, Felixlândia e Cedro do Abaeté tinham taxas de desemprego acima de 9%, enquanto Morada Nova apresentou taxa de desemprego de 3,2%. O percentual de pobres, em Morada Nova, era de 2,6% em contraste com os demais municípios, com taxas sempre superiores a 3%, chegando em Três Marias a 4,9% e até a 6,4% em São Gonçalo do Abaeté.

Tabela 1

Indicadores socioeconômicos selecionados

Brasil, Sudeste, Minas gerais, Meso região, micro-região e municípios selecionados	Taxa de desemprego (2010)	Pobres (%) (2010)	PIB(2009)	IDH(2000) (*)	IDH Longevidade (2000) (*)	IDH Educação (2000) (*)
<b>Brasil</b>	<b>7,65</b>	<b>9,38</b>	<b>1.564.354.790</b>	<b>0,77</b>	<b>0,73</b>	<b>0,85</b>
<b>Sudeste</b>	<b>7,54</b>	<b>5,35</b>	<b>865.406.412</b>	-	-	-
<b>Minas Gerais</b>	<b>6,79</b>	<b>5,31</b>	<b>138.622.865</b>	<b>0,77</b>	<b>0,76</b>	<b>0,85</b>
3106 - Central Mineira	6,89	3,64	2.330.601	-	-	-
<b>3107 - Metropolitana de Belo Horizonte</b>	<b>7,40</b>	<b>4,04</b>	<b>59.948.326</b>	-	-	-
31024 - Três Marias	6,33	3,93	804.958	-	-	-
<b>3143500 - Morada Nova de Minas</b>	<b>3,27</b>	<b>2,60</b>	<b>37.086</b>	<b>0,76</b>	<b>0,82</b>	<b>0,82</b>
3107000 - Biquinhas	3,05	3,82	12.431	0,75	0,79	0,81
3115607 - Cedro do Abaeté	9,07	4,21	4.936	0,75	0,81	0,80
3125705 - Felixlândia	9,20	4,88	70.764	0,73	0,76	0,82
3152006 - Pompéu	6,50	4,24	187.286	0,75	0,74	0,81
3161700 - São Gonçalo do Abaeté	4,30	6,43	47.465	0,74	0,76	0,82
3169356 - Três Marias	8,50	4,90	428.201	0,79	0,81	0,88

(\*) IPEADATA

Elaboração dos autores

Desde o século de XVI há registros de construções de barragens no Brasil, iniciadas no Sudeste e posteriormente implementadas ao longo dos rios que correm o país em diversas regiões. Os mecanismos de proposição dos projetos que acompanharam as formas de governo e a legislação vigente à época, têm em comum, traços de autoritarismo e ausência de participação popular nos processos decisórios, que mesmo após a promulgação de direitos civis e políticos, negligenciam requisitos de consulta prévia, participação e previsão de impactos ambientais para outorga de licenciamento.

É importante historicizar as tecnologias e as opções políticas no seu uso, e lembrar que existiram alternativas tecnológicas, mas as escolhas são orientadas ideologicamente, em casos de descuido evidente nas questões ambientais e sociais. O quadro 1 mostra os projetos hidrelétricos e a racionalidade relativa, estabelecida entre área alagada e potência.

Quadro 1

UHE	Estado	Proprietário	Ano operação	Tecnologia	Área alagada	Potência
TRES MARIAS	MG	Cemig	1962	Reservatório convencional	1.040 km <sup>2</sup>	396.000,00
ITAIPU	PR	Itaipu Binacional	1989	Reservatório convencional	1.350 km <sup>2</sup>	7.000.000,00
TUCURUI	PA	Eletronorte	1984	Reservatório convencional	2.850 km <sup>2</sup>	8.535.000,00
EMBORCAÇÃO	GO/MG	Cemig	1982	Reservatório convencional	473 km <sup>2</sup>	1.192.000,00
XINGÓ	AL/SE	CHESF	1994	Reservatório convencional	60 km <sup>2</sup>	3.162.000,00
SERRA DA MESA	GO	FURNAS	1998	Reservatório convencional	1784 km <sup>2</sup>	1.275.000,00
LAJEADO – Luís Eduardo Magalhães	TO	CEB- Lajeado	2001	Reservatório convencional	630 km <sup>2</sup>	902.500,00
JIRAU	RO	Energia Sustentável do Brasil S/A	2013	Fio d'água	361,6 km <sup>2</sup>	3.750.000,00
BELO MONTE	PA	Norte Energia S/A	2016	Fio d'água	516 km <sup>2</sup>	11.233.100,00

Fonte: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL

Elaboração dos autores

Comparados alguns projetos, é possível diagnosticar – mesmo em barragens com recursos tecnológicos semelhantes – a diferença entre a energia elétrica produzida com o tamanho da área alagada. Este é um dos requisitos para trazer à tona a justificativa do grande prejuízo causado pela área ocupada pelas águas represadas

na UHE (usina hidrelétrica) de Três Marias, cuja potência de geração de energia é ínfima diante dos prejuízos causados. Numa justificativa de que eletricidade não era o objetivo único – mas também o controle das cheias – uma Comissão de Inquérito Parlamentar<sup>5</sup> foi instaurada a apurar a não contenção das cheias, após a construção da obra, além de mortes, desequilíbrio ambiental e desamparo às comunidades ribeirinhas.

A produção de energia elétrica no Brasil ainda é dependente de recursos hídricos, ao passo que mais de 80% é gerado a partir das usinas hidroelétricas. As implantações mais recentes, dispõem de reservatório menores e menor potencial poluente, ao usar a tecnologia “fio d’água”, que também usa o represamento como técnica, mas sem grande estoque de água, usando a força da correnteza do rio para produção (ANEEL, Resolução normativa nº 425 de 1/2/2011). A disponibilidade para a produção é reduzida à quantidade de água semanal, uma vez que não há estoque de água, fato que reduz ou impossibilita a produção de energia em períodos de estiagem. Outro fator negativo é a quebra do ciclo reprodutivo de peixes, criando um ambiente inóspito ou impossível para a vida aquática.

Outro impacto relevante, causado na vida humana e na natureza, é o controle do fluxo da água por empresas privadas ou órgão governamental. Enquanto as populações locais estão acostumadas a acompanhar o curso das águas através do ciclo natural dos períodos de cheia e seca, passam a depender dos interesses governamentais e suas decisões para reduzir ou aumentar a evasão de água sem diálogo efetivo com essas populações. Nas linhas da história, contada pelos relatórios e monografias governamentais, muito pouco ou quase nada é dedicado aos povos que habitam as regiões alagadas.

Nas reuniões preparatórias para implementação de grandes obras, não consta

---

<sup>5</sup> BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Resolução de Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar as Causas e Consequências das Cheias do Rio São Francisco. Prisco Viana: no exercício da Presidência. Elquisson Soares: Relator. Sala de Sessões. Brasília, 22 de outubro de 1981.

a participação e a vocalização de demandas dos ribeirinhos, dos povos locais e tradicionais que comumente habitam as regiões escolhidas para a construção dessas obras. A chegada de movimentos populares que cobram a presença popular nesses espaços, ainda é deslegitimada por discursos de sobrepostos interesses como o bem maior de todos, crescimento econômico, geração de empregos, dentre outros combos de direitos solapados.

O que se vê, na prática, é a perda de trabalho, de família, mudanças bruscas de vida pela ausência de espaços para plantio, apropriação do Estado pelos recursos naturais que antes eram fonte de sobrevivência. Altera-se a vida organizada em torno da natureza, por promessas de indenização pecuniária, casas e cestas básicas.

A sabedoria popular, a forma de vida através das técnicas de uso do rio com a pesca, a plantação e períodos de colheita, são absorvidos por discursos desenvolvimentistas e economicistas a preterir o desenvolvimento humano: a manutenção de povos tradicionais, sua cultura, os saberes locais e a vida em contato e respeito ao tempo da natureza, ao curso natural das águas e ainda, ao potencial de independência dos beiradeiros, aqueles que nascem e vivem nas beiras dos rios.

É possível, para o ser humano acostumado a trabalhar e ter sentido em sua vida cotidiana, aposentar-se compulsoriamente e ocupar seu tempo em se alimentar de cesta básica? Para dar significado à vida, além de trabalho é preciso a oportunidade de escolhas, participação das decisões sobre os caminhos da manutenção cultural de uma vida conectada à natureza, quando esta faz parte de seus hábitos.

A violência acomoda-se em locais como estes, que são ocupados por trabalhadores de regiões diversas do país em busca de emprego e nova vida. Disputa por espaços, controle de comércios e respeito à comunidade ali existente são alguns dos conflitos, a partir da chegada de novas propostas de crescimento econômico.

O fato de o Brasil estar atualmente entre os 10 maiores consumidores de energia do mundo, sendo o maior consumidor da América do Sul, está diretamente ligado à exploração dos recursos hídricos para a produção desta fonte geradora, que

afeta negativamente milhares de brasileiros, retirados de suas casas sob a justificativa de crescimento econômico.

O crescimento de pobres e miseráveis está ligado a este fato, uma vez que a concentração de riquezas está numa minoria crescente sob a pirâmide erguida pelo decréscimo de autonomia de uma maioria invisível. Entretanto, a relação não é linear. Como se viu os indicadores socioeconômicos são variados dentro da mesma região. O fenômeno é complexo e os indicadores recobrem apenas parte da realidade. Por essa razão se fez entrevistas com moradores que viveram o processo de alagamento decorrente da barragem.

Em geral, as informações subjetivas são menosprezadas pela falta de precisão. Entretanto, as entrevistas, histórias de vida e percepções oferecem referências que explicam ou contextualizam os indicadores. Como o nosso foco é ideia de desenvolvimento como liberdade, questão implicitamente explorada com o IDHM, já que Amartya Sen elaborou o indicador (IDH) exatamente para expressar pujança econômica (PIB) e seus efeitos sobre a saúde e educação e vice-versa, nos perguntamos pela participação nos processos de planejamento, elaboração e implementação da obra de grande vulto em Três Marias. É surpreendente o descaso com a questão ambiental e a verticalidade da implementação do projeto. Antes de explorar as entrevistas, cabe algumas considerações metodológicas sobre entrevistas.

#### **4. PERCEPÇÕES SUBJETIVAS DOS MORADENSES**

##### **4.1 AS ENTREVISTAS: ARTEFATOS METODOLÓGICOS**

A preparação para as entrevistas exige memória e, de preferência, uma listinha. Questões preparadas, consentimento, data na agenda, caderno de anotações, caneta ou lápis, gravador ou se se preferir, celular para registrar o encontro, pelo menos em algumas das suas partes. Entre as anotações - não se esquecer de registrar - para bom uso na entrevista são necessárias generosidade, dedicação, capacidade de

escuta, argúcia (para os que a têm) etc. Tantos são os indexadores que adjetivam ou descrevem as disposições necessárias às redes de conversas que constituem as entrevistas.

Os preparativos para as entrevistas envolvem volição e presença corporal, as disposições próprias para a conversa, boas questões e habilidades para contornar as ruínas, alguma capacidade de controlar as situações inesperadas, a incomunicabilidade e a incompreensão mútua, a confusão da escola, as assimetrias de informação e posição, sendo a própria entrevista uma relação delicada, onde são mobilizadas seguranças e inseguranças.

A conversa é embalada por sorrisos e pequenos desentendimentos, escuta atenta, esquecimentos, algumas diminutas invenções e digressões. Sem ilusões. A entrevista não é uma conversa descontraída. Não se pode adivinhar o outro e, nem da parte dos entrevistados, os usos possíveis ou prováveis do que se fala. Será que é possível imaginar que a escrita será realizada sobre lembranças frágeis e difusas, apontamentos em letras ilegível e sínteses impossíveis?

Entretanto, ficam nas gravações as falas, pausas, titubeios, silêncios, se perdem os movimentos, gestos, olhares, desvios. A impressão de que as falas têm valor irreduzível, de que os enunciados expressam o que acontece, aconteceu e que a referencialidade é incontrovertida. É como se não fossem os enunciados parte de uma rede de enunciados seletivos, escolhidos, valorados e como se as narrativas sobre eles não fossem enunciadas sobre enunciados, traduções, reduções, sobre as quais é necessário por pontos, vírgulas, pontos-vírgulas, assinalar tons, ênfases.

Na escrita, grande parte da seleção envolve o que é gramatical, nada de oralidades, risadas, balbúrdias, cortes no fluxo das respostas ou perguntas, falas atravessadas. Também ficam as grandes questões que serão destrinchadas, analisadas, sintetizadas, reinventadas, traduzidas, reinterpretadas, deslocadas, translouçadas, citadas, inseridas, resumidas, desdobradas, torcidas. Em muitas situações, as entrevistas confirmam, corroboram, reforçam, fazem o campo e constroem o contexto

alusivo. Afirma que estivemos lá, que vimos, ouvimos, até tocamos e sentimos os cheiros.

A entrevista é testemunhal. Atribui, assim, valor irredutível à verdade a ser dita, seja ela qual for, mas à qual se conferirá valor demonstrativo. Na escrita, são muitas as presenças feitas de ausências e esquecimentos, escolhas a respeito do que será apresentado. É possível perceber os rastros, mas há sempre traições e colonizações. Imprecisões apenas possíveis no apagamento da presença e do rosto de quem foi entrevistado. A dívida é impagável, a não ser se saldada em outra moeda de troca, com a escrita dos diários, gravação, materiais, publicações e sobretudo de reconhecimentos.

As entrevistas dão voz, escutam, reconhecem presenças e singularidades, mas não daremos nomes. Separamos temas e respostas à questões elaboradas previamente. Vamos às narrativas coletadas nas entrevistas.

## 4.2 AS ENTREVISTAS

A narrativa é uma importante ferramenta de expressão cultural da história vivida e da produção de identidades pessoais, sociais e territoriais. Os moradores da cidade de Morada Nova de Minas compartilham experiências e se identificam nas narrativas comuns. Alguns viveram, outros escutaram estórias da subida das águas. Entretanto, as narrativas apresentam diferentes camadas que entrelaçam memória, julgamento, crítica, sabedoria, avaliação moral e política.

Entre a “chegada das águas” e a cidade, teve algo que pode ser retratado como violência simbólica. Talvez a “chegada das águas” tenha um uso metafórico, talvez seja uma síntese de uma série de relações estruturadas: ausência de planejamento, ausência de participação e comunicação adequada entre poder público e sociedade. Alguns dos entrevistados lembram da pressa e da ausência de tempo adequado à preparação para a retirada das pessoas, coisas e animais; alguns lembram das

prováveis intenções, razões para o açodamento.

Entretanto, todos lembram-se bem da pressa e ausência de preparativos, avaliam o que era Morada e o que se tornou, as mudanças, com suas perdas e ganhos históricos, as relações com o Estado, ou melhor, com o direito a ser indenizado. O balanço das entrevistas é o da existência de uma série de controvérsias, de um senso crítico, mas também de profunda capacidade de adaptação às situações e desafios sociais.

Um último ponto. Sabemos que as entrevistas não dizem “coisas” em si mesmas. Futuramente serão necessárias discussões e interpretações mais ousadas sobre o que ouvimos. Entretanto, organizamos as entrevistas em domínios temáticos. Eles se misturam e remetem uns aos outros. Nossa escolha aqui é de dar a voz. Passemos a que ouvimos<sup>6</sup>:

#### 4.3 A PRESSA E A AUSÊNCIA DE PREPARATIVOS

A: E como! Caminhões e caminhões com mudança. A prefeitura ajudando nesse aspecto, as pessoas, umas revoltadas, outras nem tanto. Mas saindo. Eu me lembro que para a chegada das águas não houve preparativo nenhum, praticamente. Não houve postura ecológica em que as espécies fossem preservadas. Então muitos animais perderam-se. Então as enchentes, a violência das águas, e praticamente muitas plantas também se perderam, espécies que até hoje não existem mais. Foi um desastre ecológico podemos dizer assim. Além da dinâmica da cidade, afetou muito. Porque a população diminuiu muito e ficou aqueles que eram persistentes, mais ou menos isso.

C: Quando a água chegou foi assim um desespero, sabe? A estrada que a gente ia e voltava, foi tomada, ne? Aí nós tivemos que passar pelo rio, pela represa. Passamos numa canoa. Não tinha essa passagem normal, sabe? Eu lembro que eu

---

<sup>6</sup> Identificamos os entrevistados por letras.

morria de medo. Tive assim, já começou a sensação, né? Quando eu vim já começou a sensação ruim. Depois cheguei aqui, pessoal todo desesperado, uns tiveram que mudar correndo. Aqui na fazenda, pessoal saiu todo, teve que mudar. Tinha muita gente que morava aqui, foi todo mundo embora. A gente sentiu, sabe assim? Uma sensação muito ruim quando encheu. Não tinha nada bom. Não vimos nada de bom. Só coisa triste. Depois foi ajeitando, né? Fizeram os portos, as estradas. Mas no início foi terrível.

L: Eu morava nos mateiros, quando essa água subiu. Nos vinha na beira do Indaiá [rio] aqui, pescar esses “trem” aí, eu mais meu pai. Depois veio a água e nós mesmos, um dia nós ajudamos a tirar uns milhos das roças. A represa estava subindo, mas estava subindo igual leite. E nós catando milho, e pondo dentro da canoa. Quebrando e pondo dentro da canoa. Minha filha do céu, mas você nunca viu o tanto que é ficar estragado. Com tanta formiga nos milhos (risos).

W: Porque ele [JK] tomou conhecimento que o Supremo [STF] ia conceder a liminar. Mas aí ele inaugurou rápido porque ele soube que o Supremo ia atrapalhar essa decisão.

A: E como! Caminhões e caminhões com mudança. A prefeitura ajudando nesse aspecto. As pessoas, umas revoltadas, outras nem tanto. Mas saindo... Eu me lembro que para a chegada das águas não houve preparativo nenhum, praticamente. Não houve uma postura ecológica, em que as espécies fossem preservadas. Então, muitos animais perderam-se. Então as enchentes, a violência das águas, e praticamente muitas plantas também se perderam, espécies que até hoje não existem mais. Foi um desastre ecológico, podemos dizer assim. Além da dinâmica da cidade, que afetou muito. Porque a população diminuiu muito e ficou aqueles que eram persistentes. Foi mais ou menos isso.

#### 4.4 MEMÓRIA: O QUE ERA E O QUE SE TORNOU MORADA

A: É meio complicado porque, as diferenças entre as duas etapas são enormes. Antigamente, antes da chegada das águas, nós vamos ver uma cidade impulsionada pelo progresso. Muito dinâmica com a criação de gado muito acentuada. E depois as águas, uma decadência absurda. Em época em que o povo perdeu a autoestima e era muito sofrido, sem ânimo para novas construções novos projetos, entendeu?

A: Antes da água, como é que diz, era bom, a senhora sabe porquê? Porque todo mundo, os fazendeiros, tinha as áreas do rio que a gente plantava roça. Depois a água veio tomou conta. Deus abençoou que eles arrumaram esses pivôs, planta no mato, e deus abençoou que colhe, né. Pra gente comer. A água então trouxe muita fartura de peixe. Antigamente, era tudo muito difícil. Era falta de dinheiro, de um pão. A gente trabalhava para morrer. Tinha dia que só tinha uma pedra de sal para fazer mistura. Tinha muito fazendeiro, mas era tudo ruim. Era tudo ruim demais, eu estava falando isso com o Seu Chico. Hoje, não. Hoje eu vou na vizinha e se ela precisa, eu levo um pouco de arroz, um óleo, açúcar. Antes não tinha essa fartura.

D: Eu lembro de Morada, era triste. Morada era muito triste, não tinha luz. Era puro barro. Não tinha água, só existia uma torneira na esquina assim e tinha horário de abrir a água, né?

I: Nossa o pessoal ficou muito triste, todo mundo reclamando. Porque melhorou muito para o país, mas morada ficou lá, devastada. E eles sabiam que ia chegar, porque papai toda vida assinou jornal. Eles sabiam. Mas não naquela data. Era junho que iam fechar as comportas. Mas aconteceu que choveu demais no mês de janeiro. Choveu que foi uma coisa absurda. E a água subiu sem eles esperarem. Invadiu as fazendas, as plantações de milho, feijão. O povo ia vender, mas ninguém tinha tirado nada. Aí papai me chamou para dar uma volta a cavalo. E eu lembro direitinho, só a ponta do milho, E eu vi, tudo debaixo da água, tudo. Muita terra

debaixo da água.

N: A água veio “praqui” porque eles fizeram a barragem de Três Marias, né? Aí cercou a água, aí a represa encheu. Por um lado, foi muito bom, mas por outros foi ruim. Encheu de água, pro lado dos pescadores foi muito bom, porque a fartura d’água é boa, né? Mas quando era, que não tinha represa, de repente era melhor. O povo tocava lavoura na beira do rio. Plantava feijão, arroz, milho. Era muita fartura.

W: Inicialmente na época, nós pensávamos isso. Que foi uma violência de JK. Inclusive entrou na justiça, o Supremo [STF]. E o Supremo deu uma liminar para abrir as comportas. Mas não podia mais. A comporta não tinha mais condição de subir. Técnica. Condição técnica. De forma que nós tivemos nossas terras inundadas, e foi uma época de muita chuva. Um ano de muita chuva e foi ao máximo, a represa.

#### 4.5 AS PERDAS E OS GANHOS

A: Lembro. Ele contava muita história. Ficou fazenda debaixo d’água. Ficou até panela. Tem uma que eu pajeio ela até hoje, mas eles...não me dão. O Nego que me contava mais história, quando a gente ia andar a cavalo. Muita fazenda ficou debaixo d’água.

L: Elas ficaram desorientadas, precisavam mudar. Não sabiam para onde ir. Isso eu lembro. Muitos agregados nossos, lá da nossa fazenda, falavam: agora pra onde que a gente vai? Aqui é a fazenda maior, as outras são pequenas não tem trabalho. Eu lembro que eles falavam isso.

C: Mesmo assim, porque a cultura e a fartura que era muita. Eram caminhões e caminhões de milho, feijão. Cheio, tudo produzido aqui. E acabou tudo, não tinha mais nada.

I: [quando a água chegou] Acabou. Ficou tudo debaixo da água. Acabou. Ficou. O gado ficava lá, né? Eu tinha um tio que ficava lá no rancho, e olhava. No mesmo lugar. Ficou intacta as pastagens. Teve problema não. A população de Unai ficou aumentada. João Pinheiro. Foi um êxodo total. Agora tem as famílias que

continuam [...]

N: A gente morava e trabalhava nas roças. Aí mudaram todo mundo para a cidade. Todo mundo agora quer saber de cidade. Porque, a represa foi boa pro pescador. Boa mais pra quem pesca e fica em beirada de água, isso foi muito bom.

O: Antes da represa, pra você ter ideia, Morada Nova tinha usina hidrelétrica, era na fazenda do meu pai, que fornecia energia para a cidade. Aí veio a represa, cobriu o maquinário todo. Até então era “força e luz de MG”, não havia Cemig. A energia aqui dentro da cidade era por motor, gerador. E com o passar de muitos anos que instalaram a energia elétrica que vinha de três marias.

O: O pessoal revoltou muito. Primeiro porque eram as melhores terras férteis e agricultáveis à margem do São Francisco (rios Indaiá, Burrachudo, etc.) e perderam as terras e as plantações. E segundo, que não foram indenizadas por preço razoável. Lançaram um preço aí, se quisesse pegava, e se não quisesse ia ficar sem. E o pior de tudo, foi o êxodo. A maioria mudou para Unaí, Três Marias, Paracatu, João Pinheiro. Muitas casas ficaram fechadas aqui. E a população que era predominantemente rural, saiu de suas casas. E com a represa, seccionou totalmente o município. Da sede do município para a área rural, era necessário barco, canoa. Nós usávamos madeira daqui mesmo e fazíamos esses barcos, usávamos os de pesca. Na época, a Suvale fez uns barcos de 4 tambores com uma canoa no meio, expondo a vida de muita gente, para atravessar. Com o decorrer do tempo, foi melhorando, desenvolvendo aos poucos. A população foi lutando pelas melhorias, né? Ai depois substituíram as embarcações, melhoraram, eram mais adequadas, no Porto Novo – São José do Buriti. Mas com horário sempre determinado. E o meio de comunicação ainda era muito precário. Ai quando eu assumi a Prefeitura, a nossa intenção era reestabelecer o acesso da área rural com a sede. Aí fizemos 3 aterros: Sucuriú de baixo, Sucuriú de Cima e Extrema. Todas elas que dependiam de balsa. Na época fui denunciado e processado por ter feito os aterros. Na Justiça Federal respondi processo judicial por estar invadindo as posses da Cemig. Expliquei para o juiz que eu só queria tirar o povo da dependência

de horário de balsa, dar autonomia. Ninguém queria invadir área da Cemig.

W: De forma que houve um deslocamento muito grande de pessoas. Biquinhas que era um Distrito de Morada, os distritos eram muito populosos, um total de 20 mil habitantes. Com isso, reduziu para 5 mil habitantes, para você ter ideia do êxodo que foi.

As estradas cobertas pelas águas, desvios que precisavam ser feitos. Um problema ecológico muito grande. Cobra em Morada entrava para a rua. Porque a água subiu até o fundo da cidade, e pegou alguma casa no fundo lá. E o problema de mudança, perdemos as coisas, chiqueiro, paiol. Não deu tempo de desmanchar nada na fazenda do meu pai. Um cruzeiro também. Pra você ver o que é que foi. De forma que foi um desastre para Morada, tá certo?

W: Naquela época, a água foi o nosso desastre. Mas de forma que Morada Nova levantou em decorrência da água. Porque a água hoje, é o grande polo e vetor de desenvolvimento da cidade. Porque temos irrigação, mais de 6 mil hectares. A produção de tilápia em tanque rede é maior forma de emprego e desenvolvimento econômico. No mínimo 500 pessoas vivendo diretamente da tilápia. É difícil fazer uma comparação. Apesar de que Morada era a cidade que mais produzia na região. Mais que Abaeté, produção agrícola e pecuária. Feijão, não tinha nem mercado, jogava fora de tanto que produzia. E vendia para Curvelo. E até hoje Morada Nova tem o maior potencial de todas as cidades que confrontam, só perde para Pompéu. Está à frente de Biquinhas, Paineiras, Abaeté, Tiros, São Gonçalo do Abaeté. Morada hoje ninguém segura. Nem uma péssima administração que tivemos aí, não segura. Depois, com a irrigação a pecuária voltou a desenvolver. Porque a terra é muito boa, e fizeram agricultura nas terras do cerrado, irrigada.

#### 4.6 DIREITOS E INDENIZAÇÃO

I: Teve até um que falou que concordou com o preço da indenização e está

sem receber até hoje. Minha avó mesmo não recebeu.

I: [sobre indenização] demorou anos e anos, minha filha. Tinha advogado, todos eles. Papai tinha, todos advogados de fora. Recebeu muitos anos depois. O tanto de terra que todo mundo perdeu, mas o país não tinha mais dinheiro para pagar. Estava construindo Brasília. Foi aí que começou a inflação. As coisas ficaram caras, no mercado. A vida da gente ficou cara e até hoje foi só subindo o preço.

N: Aí a água veio, tirou todo mundo. Foi o que acabou com as roças, ninguém mais mexeu com roça. Foi aí que uns mudou, perderam casa, perdeu terreno, que a água tomou. Eles falam que indenizaram o povo que perderam as coisas, mas eu não tenho certeza não. Se indenizou ou não.

W: O povo era muito tranquilo e aceitava tudo com muita tranquilidade. Mas as melhores terras foram perdidas. Mas o pessoal que entrou na justiça ou não recebeu ou recebeu porcaria. Meu pai por exemplo, vendeu tudo que sobrou para pagar as dívidas. Ele ficou sem nada. Meu pai era vice-prefeito e foi trabalhar com a Codevasf na época. Eu não lembro bem porque morava em Belo Horizonte, para trabalhar. Mas meu pai tinha um caminhão e ficava por conta de fazer a mudança do pessoal para Unaí. Eles atravessavam isso em barquinho vagabundo. Uma dificuldade grande. Três Marias, Unaí e João Pinheiro foram as cidades que mais receberam Moradenses.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através das narrativas colhidas nas entrevistas, pode-se demarcar a seletividade da memória, traduzida nas diferentes narrativas e focos. Essa seletividade tem razões afetivas e sociológicas, simultaneamente. Alguns entrevistados selecionam aspectos do passado vivido ou imaginado que remetem a esperanças e expectativas específicas. Imaginam, por exemplo, que a perspectiva de modernização foi cortada pela represa.

A perspectiva de criação de gado, foi registrada com o foco recorrente da

ideia de progresso e desenvolvimento, elementos que teriam se perdido com a chegada das águas; terra ou fazenda, mas também o gado, eram vistos como foco da estruturação econômica; claro, a narrativa é localizada socialmente, já que outros entrevistados enfatizaram as possibilidades abertas à piscicultura e à agricultura, e outros lembraram que nem todas as fazendas teriam sido atingidas diretamente pelo projeto.

Nesse registro, algumas das entrevistas, inclusive, minimizaram o evento da chegada das águas e do declínio da economia com dois tipos de argumentos. O primeiro, de que as águas não atingiram a situação familiar ou pessoal de forma específica e em segundo lugar, que foram criadas diferentes alternativas. As entrevistas adicionam zonas de significação aos processos históricos referenciados e à situação de Morada Nova de Minas. Os dados estatísticos dizem algo, mas as entrevistas acrescentam elementos fundamentais, quais sejam percepção e informações sobre processos vividos ou narrados.

Sob uma perspectiva ou registro teórico, ou melhor, sob o conceito de desenvolvimento como liberdade, retirado de Amartya Sen, percebe-se que para sacrificar um modo de vida tradicional a fim de diminuir a pobreza ou saciar a fome, proteger o meio ambiente e aumentar a longevidade das pessoas, torna-se primordial a participação social em processos de decisão e implementação de ações públicas.

A ausência de diálogo sobre o curso dos acontecimentos que envolvem decisões e ações fundamentais sobre a vida coletiva, se deslegitimam e se rompem expectativas de direitos. Conforme Sen, o desenvolvimento é um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. Nelas estão incluídas as diferentes escolhas, superadas as situações de pobreza, autoritarismo e desigualdade. Então, é possível dizer que os dados estatísticos mostram forte migração, melhorias na situação de vida e abertura de possibilidades econômicas. As entrevistas confirmam essas informações, pelo menos em parte, mas revelam a gramática de atuação excludente, desorganizada e pouco participativa do poder público.

Para ilustrar como se movimentam as percepções, as representações e memórias dos moradores em relação à criação da hidrelétrica e em relação a ideia de desenvolvimento como liberdade, agrupamos as entrevistas em temas.

Certamente as preocupações dos Moradenses estão longe, ou mesmo desconhecem o conceito de desenvolvimento como liberdade, mas o poder desse conceito se apresenta com toda a sua força quando se percebe que alguns de seus traços encontram-se na cultura comum de quem vivenciou e vivencia desafios relacionados à desproteção, insegurança alimentar, pobreza, desigualdades sociais, não reconhecimento de direitos e ausência de mecanismo de participação em acontecimentos que afetam a vida do dia a dia.

Os traços marcados pela história da cidade possuem peculiaridades similares a ocupações em diversos lugares do Brasil: a busca tardia por direitos, em sua maioria galgada na luta e união através de movimentos populares, de demanda de justiça através de ações coletivas, Ministério Público e coletivos inspirados em ideais de justiça e participação. O que se pretende, neste caso, é demonstrar que as exclusões, mas também a participação se constitui em processos coletivos, registrado nas memórias e nos corpos e nas instituições.

## 6. REFERÊNCIAS

ANA. **Agência Nacional das Águas.** Disponível em <http://www3.ana.gov.br/portal/ANA/>. Acessado em 26 de janeiro de 2019.

ANEEL. **Agência Nacional de Energia Elétrica.** Disponível em [http://www2.aneel.gov.br/scg/Consulta\\_Empreendimento.asp](http://www2.aneel.gov.br/scg/Consulta_Empreendimento.asp). Acessado em 01 de maio de 2019

BENJAMIN, Walter. O Narrador: considerações sobre a obra de Nikolai Leskov. In: **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura.** São Paulo: Brasiliense, 1944, p. 197-221.

BRASIL. **Atlas do Desenvolvimento Humano do Brasil.** Disponível em: [http://atlasbrasil.org.br/2013/pt/perfil\\_m/206](http://atlasbrasil.org.br/2013/pt/perfil_m/206). Acessado em 03 de janeiro de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 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 16 de abril de 2018.

BRASIL. **Presidência da República**. Comissão do Vale do São Francisco. Represamento do São Francisco. Rio de Janeiro. 1953.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Censo Demográfico do Município de Morada Nova de Minas**. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/morada-nova-de-minas> acessado em 23 de abril de 2018.

BRASIL. **Enciclopédia dos Municípios Brasileiros**, XXVI Volume. 29 de maio de 1959. Rio de Janeiro. Disponível em [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv27295\\_26.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv27295_26.pdf) acessado em 05 de setembro de 2018.

BRASIL. **Recenseamento do Brazil em 1872**. IBGE. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv27295\\_26.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv27295_26.pdf). A cessado em 03 de janeiro de 2019.

CEMIG. **Companhia Energética de Minas Gerais S.A.** Linha do Tempo. Disponível em [http://www.cemig.com.br/pt-br/a\\_cemig/Nossa\\_Historia/Paginas/linha\\_do\\_tempo.aspx](http://www.cemig.com.br/pt-br/a_cemig/Nossa_Historia/Paginas/linha_do_tempo.aspx). Acessado em 23 de abril de 2018.

CAMPELLO, Tereza; GENTILI, Pablo; RODRIGUES, Monica and HOEWELL, Gabriel Rizzo. **Faces da desigualdade no Brasil: um olhar sobre os que ficam para trás**. Saúde debate [online]. 2018, vol.42, n.spe3, pp.54-66. ISSN 0103-1104. <http://dx.doi.org/10.1590/0103-11042018s305>.

COMITÊ BRASILEIRO DE BARRAGENS. Disponível em: <http://www.cbdb.org.br/>. Acessado em 01 de maio de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGETICA. CNPE. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/web/guest/conselhos-e-comites/cnpe>. Acessado em 01 de maio de 2019.

DAYRELL, Ilda de Oliveira. **Morada Nova de Minas e a Opinião Pública**. Belo Horizonte. 1968.

GOMES, Erina Batista. **Sombras, Brechas e gritos: Vozes silenciadas, consulta prévia e re-existência nas margens do rio Tapajós.** Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de Pós-graduação em Direitos Humanos e Cidadania da Universidade de Brasília. 2018.

MAB. **Movimento dos Atingidos por Barragens.** Disponível em <<http://www.mabnacional.org.br/content/1-final-da-decada-70-os-primeiros-passos>> acessado em 08 de janeiro de 2019.

PAULA, Dilma Andrade de. **A Usina Hidrelétrica de Três Marias, o Desenvolvimentismo Seletivo e o Papel de Intelectuais.** Disponível em: [http://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1488660290\\_ARQUIVO\\_anpuh2017.pdf](http://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1488660290_ARQUIVO_anpuh2017.pdf). Acesso em 21 de abril de 2018.

PAULA, Dilma Andrade de. **O debate parlamentar na criação da Comissão do Plano de Aproveitamento da Bacia do São Francisco (1946-1948):** significados da atuação de Manoel Novaes. XXVIII Simpósio Nacional de História. 2015.

PUBLICA, Disponível em <<https://apublica.org/2015/02/ninguém-os-ouviu/>> acessado em 01 de maio de 2019.

RIBEIRO, Mônica Thaís de Souza. **Documentário LÁ NA MORADA.** Realizado em dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nSTN6Ci645I> acesso em: agosto 2018.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade:** tradução Laura Teixeira Motta; Revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Frederico Augusto Barbosa da. **Indicador de Desenvolvimento da economia da cultura.** IPEA. Brasília. 2010.

SILVA, Frederico Augusto Barbosa da. FREIRE DE SOUZA, Érica B. C. **Cartografias das subjetividades Brasileiras.** IPEA. 2019.

*Data da submissão: 06/11/2019*

*Data da primeira avaliação: 05/09/2020*

*Data da segunda avaliação: 23/10/2020*

*Data da aprovação: 06/01/2021*

## A SEGURANÇA JURÍDICA NA SIMULTANEIDADE DE AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

### THE LEGAL SECURITY IN THE SIMULTANEITY OF CONCENTRATED CONSTITUTIONAL CONTROL SHARES

José Laurindo de Souza Netto<sup>1</sup>  
Celso Hiroshi Iocohama<sup>2</sup>  
Ricardo Pinto Feistler<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente estudo tem por objetivo abordar a problemática da simultaneidade de ações de controle concentrado de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça, sob o enfoque da segurança jurídica. Após breves considerações sobre o controle abstrato de constitucionalidade, investiga os efeitos vinculantes e transcendentais das decisões deliberadas pelo Pretório Excelso, à luz do ordenamento processual civil vigente. Para tanto, analisa a diferenciação entre os efeitos das medidas cautelares, a eficácia normativa e executiva da declaração de (in) constitucionalidade, abordando, ainda, a problemática da eficácia preclusiva da coisa julgada, frente à possibilidade da revisão da coisa julgada inconstitucional. Como solução para evitar a insegurança jurídica aos jurisdicionados e operadores do direito, em casos de simultaneidade de ações de controle de constitucionalidade, propõe o sobrestamento das ações na esfera estadual, até o julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal. Adota, como metodologia, a pesquisa doutrinária e do estudo de precedentes jurisprudenciais.

**Palavras-chave:** Constitucionalidade; Controle concentrado; Ações Simultâneas; Suspensão; Segurança jurídica.

<sup>1</sup> Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma – La Sapienza. Estágio de Pós-doutorado em Portugal. Professor no Mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>. E-mail: [jln@tjpr.jus.br](mailto:jln@tjpr.jus.br).

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Educação, em Educação pela Universidade de São Paulo. Especialista em Docência pela Universidade Paranaense. Professor de Direito Processual Civil-UNIPAR Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1774869644885979>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0686-0330>. E-mail: [celso@prof.unipar.br](mailto:celso@prof.unipar.br).

<sup>3</sup> Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR – Universidade Paranaense. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Especializando em Processo Penal. Possui graduação em Direito pela Universidade Positivo. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2749918631440293>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6379-8484>. E-mail: [ricardofeistler@hotmail.com](mailto:ricardofeistler@hotmail.com).

**ABSTRACT:** The purpose of this study is to address the issue of simultaneous actions to control the constitutionality, before the Federal Supreme Court and the Courts of Justice, under the focus of legal certainty. After brief considerations on the abstract control of constitutionality, it investigates the binding and transcendent effects of decisions deliberated by the Praetorium Excelso, in light of the current civil procedural law. In order to do so, it analyzes the difference between the effects of the precautionary measures, the normative and executive effectiveness of the declaration of (in) constitutionality, also addressing the problematic of the preclusive effectiveness of the *res judicata*, against the possibility of reviewing the thing judged unconstitutional. As a solution to avoid legal uncertainty to the courts and legal operators, in cases of simultaneous actions of constitutionality control, proposes the overrun of actions at the state level, until the final judgment by the Federal Supreme Court. It adopts, as methodology, the doctrinal research and the study of jurisprudential precedents.

**Keywords:** Constitutionality; Concentrated control; Simultaneous Actions; Suspension; Legal certainty.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O princípio da simetria constitucional; 3. O controle simultâneo de constitucionalidade e a suspensão da ação de controle concentrado na esfera estadual; 4. *Stare Decisis*, o efeito vinculante e transcendente da *ratio decidendi* nas ações de controle de constitucionalidade; 5. A eficácia e a natureza dos provimentos liminares, a eficácia normativa e executiva da declaração de (in) constitucionalidade; 6. A controvérsia acerca da eficácia preclusiva da coisa julgada, frente à possibilidade da revisão da coisa julgada inconstitucional; 7. Considerações finais; 8. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo refletir sobre a melhor técnica processual para salvaguardar a segurança jurídica em sede de simultaneidade de ações de controle concentrado de constitucionalidade – especificamente as ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade-, perante o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça.

Com o advento do atual Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 13.105, de 16.3.2015, a partir da exegese do art. 926 do CPC, constata-se o dever dos Tribunais pátrios não só de uniformizar suas jurisprudências, mas também de mantê-las estáveis, íntegras e coerentes, denotando a intenção do legislador em reforçar os instrumentos jurídicos que possam garantir a maior segurança jurídica possível aos jurisdicionados.

A expressão de origem latina *stare decisis* remete ao dever dos Tribunais em observar a sua própria jurisprudência, anuindo aos casos já decididos em hipóteses semelhantes, podendo ser entendida como um dever de vinculação horizontal dos órgãos julgadores aos precedentes dos Tribunais aos quais se encontram subordinados.

O artigo 927 do CPC, a seu turno, ao elencar as decisões a serem observadas pelos juízes e tribunais, alargou as hipóteses vinculativas, que passaram a abranger o dever de serem aplicadas as decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, denotando também um dever de vinculação vertical dos Tribunais pátrios ao *stare decisis* definidos pelo intérprete máximo da Constituição Federal.

Em sede de controle concentrado de constitucionalidade, especialmente nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade – e desde que se trate de lei ou ato normativo que regulamente normas de reprodução obrigatória pelos Estados Membros em suas Constituições Estaduais-, é possível que a legislação de um determinado Estado da federação tenha a sua constitucionalidade questionada perante o respectivo Tribunal de Justiça e que lei de idêntico teor, do mesmo ou ainda de outro Estado da Federação, seja simultaneamente impugnada perante o Supremo Tribunal Federal, mudando-se apenas o parâmetro de constitucionalidade, ou seja, a Constituição Federal e a Constituição Estadual.

Nessa seara, surgem diversos debates, tais como: se essas ações forem distribuídas simultaneamente, como aferir a competência para o julgamento? Haverá a necessidade de suspender o curso de uma das demandas? E se a ação simultânea, na esfera estadual, for de outro estado da federação? Se as decisões forem distintas, qual delas deverá prevalecer? É possível discutir a matéria perante o Supremo Tribunal Federal, caso a ação na esfera estadual já tenha transitado em julgado perante o Tribunal de Justiça?

Dentro desse contexto, exsurge a problemática para o operador jurídico, na esfera estadual, pois ao mesmo tempo em que deve dar uma solução jurisdicional à controvérsia instaurada perante seu âmbito de atuação, há também a necessidade de alinhar-se ao entendimento do Pretório Excelso, com manifesto caráter vinculante.

É nessa perspectiva que o presente estudo, sem a pretensão de esgotar o tema, se propõe a responder aos questionamentos formulados, além de abordar alguns aspectos relevantes nessa problemática: os efeitos vinculantes e transcendentais da coisa julgada material das decisões do Supremo Tribunal Federal e a eficácia preclusiva da coisa julgada frente à possibilidade da revisão da coisa julgada inconstitucional.

Após uma breve introdução sobre o controle de constitucionalidade e investigar questões atinentes aos tópicos apontados, propõe como solução jurídica a suspensão da ação de controle concentrado de constitucionalidade na esfera estadual, até o julgamento definitivo da ação simultânea proposta perante o Pretório Excelso, ainda que se trate de lei ou ato normativo de outro estado da federação.

Como método de abordagem, utiliza-se as técnicas de pesquisa doutrinária e estudo de precedentes jurisprudências da Corte Suprema.

O artigo está estruturado em tópicos que analisarão, brevemente, conceitos inerentes ao controle concentrado de constitucionalidade, abrangendo o princípio da simetria constitucional, a competência originária para o julgamento de ações simultâneas de controle de constitucionalidade, a definição de *stare decisis*, o efeito vinculante e transcendente da *ratio decidendi*, o efeito da medida cautelar em sede de controle de constitucionalidade, a distinção entre eficácia normativa e eficácia executiva da declaração de (in) constitucionalidade, a possibilidade da revisão da coisa julgada inconstitucional, com seus respectivos desdobramentos na garantia da segurança jurídica das decisões judiciais, finalizando-se com a conclusão proposta.

## 2. O PRINCÍPIO DA SIMETRIA CONSTITUCIONAL

No ordenamento legal pátrio, o controle de constitucionalidade é misto, pois pode ser exercido tanto de forma concentrada, pelo órgão jurisdicional que detém a competência exclusiva para a sua análise, como de forma difusa, onde a inconstitucionalidade é reconhecida incidentalmente em demanda que não foi ajuizada para esse fim específico.

Nas palavras de Luiz Roberto Barroso, o controle concentrado de constitucionalidade “é um exercício atípico de jurisdição, por que nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionado mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador. Seu objetivo é um pronunciamento acerca da própria lei” (2010, p. 180). Denota-se que seu escopo não é precipuamente a resolução de um caso concreto, mas sim examinar a constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal ou estadual em abstrato.

O Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, “a”, da Constituição Federal, detém a competência exclusiva para julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, quando o parâmetro de controle for a Constituição Federal. A primeira tem o intuito de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, total ou parcialmente, enquanto a segunda objetiva a confirmação da constitucionalidade de determinada lei, de forma a garantir que essa constitucionalidade não seja mais questionada em outras ações.

No âmbito estadual, quando o parâmetro de constitucionalidade é a Constituição Estadual, a competência é exercida pelos Tribunais de Justiça, frente a leis ou atos normativos municipais ou estaduais, conforme a exegese do art. 125, § 2º, da Constituição Federal.

Desse contexto, o primeiro questionamento que surge na temática de processos simultâneos de controle concentrado de constitucionalidade, diz respeito à

competência dos Tribunais de Justiça para apreciarem a (in) constitucionalidade de normas estaduais, ao argumento de que, ainda que se invoque como parâmetro de constitucionalidade a Constituição Estadual, a norma decorre de mera reprodução da Constituição Federal.

A partir da competência concorrente prevista no art. 24, § 1º, da Carga Magna, que limita a competência da União a estabelecer normas gerais, reservando aos Estados membros da Federação a competência legislativa suplementar, conforme exaustivamente debatido na ADI 2344/QO, Rel. Min. Celso de Mello, exsurge o denominado condomínio legislativo.

O princípio da simetria pode ser definido como um princípio de interpretação da nova hermenêutica constitucional, destinado a identificar normas de extensão na Constituição Federal, que devem ser necessariamente produzidas pelas Constituições estaduais e é destinado a identificar as normas da Constituição Federal que, mesmo não gerando a obrigação de reprodução, são facultativamente replicadas na esfera estadual, dentro das suas particularidades. A sua função essencial é o de servir como um limitador, para que os Estados não colidam com o norte constitucional da carta da república.

O Pretório Excelso, ao julgar a Reclamação nº 383/SP, Rel. Ministro Moreira Alves e o Agravo Regimental na Reclamação nº 425, Rel. Ministro Néri da Silveira, assentou que não configura usurpação de competência do Pretório Excelso, quando os Tribunais de Justiça analisam, em controle concentrado, a constitucionalidade de leis municipais e estaduais, frente a normas insertas nas respectivas constituições estaduais, que reproduzem regra da Constituição Federal de observância obrigatória.

A partir desses julgamentos, restou assentado que os parâmetros de controle federal e estadual guardam autonomia entre si, para fins de definir se o Tribunal competente para se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da

norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de reprodução obrigatória pelos Estados, contraria o sentido e o alcance desta.

A temática foi recentemente enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, no RE 650898/RS, Rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, j. em 01.02.2017, oportunidade em que respondeu afirmativamente à seguinte indagação: nos casos em que as Cartas estaduais reproduzem preceitos da Constituição Federal, por meio das técnicas de transposição ou remissão, pode o Tribunal de Justiça, ao definir o conteúdo da norma presente na Carta estadual, examinar preceitos do Diploma Maior?.

Nesse julgamento, foi fixada a tese no sentido de que os Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados.

Importa destacar que, ainda que a tese reafirmada tenha feito referência apenas a normas municipais, a *ratio decidendi* se aplica também às leis e atos normativos estaduais, sempre que o parâmetro de confronto seja norma de reprodução obrigatória, ainda que por remissão, inserta na Constituição Estadual.

Portanto, em caso de simultaneidade de ações de controle de constitucionalidade concentrado, na esfera federal e estadual, os Tribunais Estaduais detêm legítima competência para o conhecimento e julgamento da demanda, sempre que suscitado como parâmetro de constitucionalidade as normas de reprodução obrigatória insertas nas Constituições Estaduais ou na lei orgânica no Distrito Federal.

### **3. O CONTROLE SIMULTÂNEO DE CONSTITUCIONALIDADE E A SUSPENSÃO DA AÇÃO DE CONTROLE CONCENTRADO NA ESFERA ESTADUAL**

Superada a controvérsia sobre a competência para o conhecimento das ações simultâneas de controle de (in) constitucionalidade, exsurge outra problemática para

o operador do direito, na esfera estadual: diante do caráter vinculante da decisão da Corte Suprema, haverá a necessidade de suspensão da ação de controle concentrado de constitucionalidade na esfera estadual?

Dado o caráter vinculante das decisões proferidas pela Corte Suprema, a deliberação, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, vinculará o Tribunal Estadual, nos termos expressos no art. 927, I, do CPC; porém, de forma contrária, eventual decisão da Corte Estadual não vinculará o Pretório Excelso.

Quando se trata de idêntica lei estadual, questionada simultaneamente perante o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça, a necessidade do sobrestamento da ação na esfera estadual foi deliberada no julgamento da Reclamação 425/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, a partir do voto-vista do Min. Moreira Alves. Esclareceu-se que, diferentemente da Reclamação 383, na qual se analisara a competência dos Tribunais de Justiça para o julgamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade frente a leis municipais, a questão versava sobre a tramitação simultânea de ações diretas de inconstitucionalidade, com relação à mesma lei estadual.

Nessa oportunidade, ponderou-se que, se não houver tramitação paralela de ações, a interpretação conferida pelo Tribunal de Justiça dará margem a recurso extraordinário, havendo, portanto, um controle *a posteriori*, oportunizando ao Supremo Tribunal Federal aferir se a interpretação a que chegou a Corte Estadual condiz com a exegese conferida à interpretação do preceito constitucional reproduzido.

Entretanto, em havendo tramitação paralela, sobre lei idêntica, deve a ação de controle concentrado ser suspensa na esfera estadual, pois o exame a ser aferido pelo Pretório Excelso vinculará a decisão na esfera estadual, motivo pelo qual, se julgada a inconstitucionalidade da norma, a eficácia *erga omnes* dessa declaração tornará sem objeto a ação estadual. Acaso julgada constitucional a norma pela Suprema Corte, haverá igualmente vinculação do Tribunal Estadual, quanto à

interpretação da norma de reprodução obrigatória, podendo o Tribunal de Justiça prosseguir no exame de constitucionalidade frente aos preceitos constitucionais estaduais, que não sejam de reprodução obrigatória.

Esse entendimento foi reafirmado no julgamento do Ag. Reg. na Petição 2.701-9/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, oportunidade em que se ponderou que, a partir da eficácia *erga omnes* do pronunciamento sobre a constitucionalidade de uma norma, frente ao parâmetro constitucional federal utilizado, não pode o Tribunal Estadual decidir de forma diversa, pois outorgar eficácia transcendente à decisão equivaleria a atribuir força de interpretação autêntica à decisão do Pretório Excelso.

Constou do voto proferido: “pode-se reconhecer essa consequência se se admitir que as decisões do STF são dotadas de efeito vinculante, que não se limite à parte dispositiva, mas se estende aos fundamentos determinantes da decisão”.

Insta esclarecer, contudo, que o entendimento exarado pelo Ministro Gilmar Mendes não é pacífico no Supremo Tribunal Federal. Ainda há muitos debates no que toca à eficácia transcendente dos motivos determinantes, principalmente após a entrada em vigor no novo CPC, o qual, segundo Andressa Junior e Barbosa (2017, p. 872) “reconhece explicitamente que a tese afirmada pela decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade produz efeitos vinculantes e que seu desrespeito possibilita a propositura de reclamação”.

Necessário dizer, portanto, que na seara de processos simultâneos, inexistente controvérsia no Pretório Excelso, sobre a obrigatoriedade da suspensão da ação estadual e o cabimento de reclamação, quando se verificar a identidade entre o objeto combatido (ato normativo cuja constitucionalidade se questiona no âmbito estadual e federal simultaneamente) e o parâmetro de confronto (norma de reprodução obrigatória).

#### 4. STARE DECISIS, O EFEITO VINCULANTE E TRANSCENDENTE DA RATIO DECIDENDI NAS AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O presente estudo propõe que, a partir do atual CPC, a suspensão da ação de controle concentrado, na esfera estadual, também deve ocorrer quando se constate a ocorrência de processo simultâneo perante o Pretório Excelso, que impugne lei de natureza idêntica, ainda que se trate de legislação de outro estado da federação, como medida que melhor salvaguarda a força vinculante dos precedentes e a segurança jurídica.

O conceito de *stare decisis* é fundamental para compreender-se a lógica vinculativa nos ordenamentos jurídicos pautados na sistemática da *commom law*, não apenas no plano horizontal, mas também vertical, uma vez que os precedentes judiciais decididos e declarados por um Tribunal Superior possuem eficácia vinculante em face de todos os órgãos e juízes hierarquicamente inferiores, não estando apenas vinculados à própria Corte (BONAVIDES, 2003).

A expressão *stare decisis*, extraída da locução latina *stare decisis et non quieta movere*, que pode ser traduzida como a conduta de ser mantido o que já foi decidido, sem alteração do que restou estabelecido, indica o ideal jurídico de conferir segurança jurídica aos jurisdicionados, de forma a conferir uma coesão na interpretação legislativa pelos tribunais pátrios, por meio da vinculação à *ratio decidendi*.

Por diversas oportunidades, o efeito vinculante das decisões deliberadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade foi ampliado, com fundamento na doutrina da transcendência dos motivos determinantes. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir. (BARROSO, 2012).

Nesse viés, a fundamentação ganha notável sentido extraprocessual, servindo como norte informador, com vistas a garantir a segurança jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados, tendo efeitos para além das partes litigantes, de forma que a *ratio decidendi* ultrapassa os limites subjetivos da demanda, protegendo os jurisdicionados de forma global, proporcionando maior segurança jurídica, devendo ser aplicada aos casos posteriores, em casos semelhantes. (Marinoni, 2018).

Os fundamentos que formam a *ratio decidendi* importam pelo fato de não se aplicarem exclusivamente às partes litigantes do caso concreto, interessando também aos demais magistrados, que têm a missão de dar coerência à aplicação do direito e, conseqüentemente, aos jurisdicionados, que buscam conhecer a dimensão e o significado dos precedentes, a fim de ter obterem uma previsibilidade da interpretação do ordenamento legal pátrio.

Nessa perspectiva, a *ratio decidendi* não se limita apenas à parte dispositiva, abarcando os elementos que compõem a decisão, ou seja, fundamentação, dispositivo e relatório, que possibilitam extrair uma tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão, a ser aplicada nos demais casos futuros, em situações semelhantes, de forma vinculante, enquanto os argumentos periféricos, denominados de *obter dictum*, não a integram.

Na Reclamação 17954 AgR/PR, sob a égide do CPC/73, a jurisprudência do STF se firmou no sentido de que a eficácia vinculante dos acórdãos abrange apenas o objeto examinado pela Corte, de modo que a vinculação pelos demais órgãos se dá apenas frente ao dispositivo e não à fundamentação dos julgados, obstando o reconhecimento de reclamações que não guardem correlação com o mesmo diploma legal que deu ensejo ao precedente vinculante.

Entretanto, a partir da vigência do CPC/15, o atual sistema processual civil passou a prever expressamente a existência de precedentes de observância obrigatória, como nos casos das súmulas vinculantes e as decisões definitivas do

Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, conforme se depreende dos arts. 926, 927 e 928 do CPC (Barroso, 2012).

Justifica-se, assim, uma nova interpretação dogmática e jurisprudencial, para o fim de reconhecer-se os efeitos transcendentais dos motivos determinantes da interpretação conferida pela Suprema Corte, a legislações estaduais de idêntico teor, ainda que se trate de norma estadual de outro estado da federação.

Assim, uma vez constada a similitude da legislação impugnada, atinentes à mesma norma de reprodução obrigatória pelos estados, considerando a eficácia transcendente da *ratio decidendi* deliberada em sede de controle concentrado de constitucionalidade às demais hipóteses semelhantes debatidas nas esferas estaduais, também por esse viés se justifica o sobrestamento da ação na esfera estadual até a deliberação da Suprema Corte.

Tal se dá pelo fato de que a *ratio decidendi* da decisão que declarar a (in) constitucionalidade da lei de um Estado membro da federação deverá servir de norte, pela transcendência dos motivos determinantes, evitando-se, assim, decisões conflitantes.

## **5. A EFICÁCIA E A NATUREZA DOS PROVIMENTOS LIMINARES, A EFICÁCIA NORMATIVA E EXECUTIVA DA DECLARAÇÃO DE (IN) CONSTITUCIONALIDADE**

Para uma melhor compreensão dos motivos justificadores da tese proposta, ganha relevo a compreensão dos conceitos da eficácia e da natureza antecipatória dos provimentos liminares, do julgamento de mérito e da eficácia executiva da declaração de (in) constitucionalidade.

Não se pode perder de vista que, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, está-se no âmbito de processo de jurisdição abstrata e objetiva,

permitindo o sistema pátrio, igualmente, o controle difuso, com declaração incidental de (in) constitucionalidade.

É possível, no controle concentrado de constitucionalidade, que a lei ou ato normativo impugnado tenham a sua eficácia suspensa, com efeitos *ex nunc*, até a prolação de mérito definitiva, podendo, ainda, ser concedido efeito retroativo, hipótese em que tornará aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário (art. 11, § 1º e 2º, da Lei 9.868/98).

Para as ações declaratórias de constitucionalidade, a lei de regência prevê, como efeito do deferimento da medida cautelar, pela maioria absoluta do plenário, a determinação para que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação, até seu julgamento definitivo, ou seja, a suspensão das ações em sede de controle difuso de constitucionalidade da norma (art. 21 da Lei 9.868/98).

A sentença que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma tem eficácia *ex tunc*, o que significa dizer que o vício declarado acarreta a nulidade da norma desde a sua origem.

O efeito vinculante de tais decisões é uma decorrência natural do controle do sistema de controle de constitucionalidade, pois constituiria verdadeiro paradoxo reconhecer-se a eficácia *erga omnes* da sentença e, ao mesmo tempo, desobrigar os demais órgãos jurisdicionais e autoridades administrativas de seu cumprimento, pois tal caracterizaria uma decisão sem autoridade prática.

Entretanto, quanto ao efeito vinculante, ainda que o julgamento de mérito tenha efeitos *ex tunc*, seu termo inicial é deflagrado com a sentença que declara a inconstitucionalidade da norma, que se dá com a data da publicação do acórdão pelo Pretório Excelso, conforme se depreende do art. 28 e parágrafo único da Lei 9.868/99.

A partir do termo inicial do efeito vinculante, exsurge o fato de que a procedência da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado não acarreta a imediata desconstituição das relações jurídicas subjetivas anteriores a elas

contrárias, afirmadas por sentença judicial, especialmente quando não houver a suspensão da norma em caráter liminar. Não basta, assim, a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado para desconstituí-las, tendo em vista que o efeito vinculante em tais circunstâncias é superveniente e é realizado de forma abstrata. Quer dizer, as ações de controle concentrado de constitucionalidade não podem ultrapassar a sua própria finalidade, que se restringe à análise de constitucionalidade, culminando com a exclusão do ordenamento legal dos atos incompatíveis com o texto constitucional.

Assim, em relação às relações jurídicas individuais, constituídas em data anterior ao julgamento de mérito da declaração de inconstitucionalidade, em sede de controle abstrato pela Corte Suprema, em casos de simultaneidade de ações, acaso se julgue pela constitucionalidade na norma, na esfera estadual, é possível que nesse ínterim surjam várias situações concretas julgadas e acobertadas pela coisa julgada material, com fundamento em lei ou ato normativo posteriormente julgado inconstitucional ou, ainda, julgamento pela inconstitucionalidade de lei na esfera estadual e que, posteriormente, lei de idêntico teor, de outro estado da federação, seja posteriormente declarada constitucional.

Essas situações dão margem à discussão sobre a possibilidade de que o entendimento superveniente da declaração de (in) constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal seja aplicado a casos concretos subjetivos já julgados e estabilizados.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 730462/SP, de Relatoria do Min. Teori Zavascki Filho, discutiu sobre a possibilidade da aplicação superveniente da declaração de inconstitucionalidade aos casos já julgados.

Naquela ocasião, tendo em vista que já havia transcorrido mais de dois anos da declaração de constitucionalidade *incidenter tantum*, a qual foi posteriormente tida por inconstitucional pelo Pretório Excelso, foi firmada a tese 733, com repercussão geral, sob a égide do CPC/73, segundo a qual a decisão do STF declarando a

constitucionalidade ou inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado.

Ponderou-se, nesse precedente, que a superveniência de julgamento plenário pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, seja declarando a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de determinado diploma normativo, não tem o condão, por si só, de invalidar anterior sentença em sentido contrário, sendo de rigor a sua impugnação mediante recurso próprio ou, ainda, a sua desconstituição, em caso de trânsito em julgado, dentro do prazo decadencial para o ajuizamento de ação rescisória, tendo em vista que a coisa julgada é uma garantia essencial do direito fundamental à segurança jurídica.

Dessume-se, portanto, que o efeito vinculante das decisões da Corte Suprema, quando do julgamento de mérito das ações declaratórias de inconstitucionalidade, não decorre da declaração de inconstitucionalidade da norma, por si só, mas sim da sentença que a declara, de onde exsurge que o efeito vinculante tem efeitos para o futuro, não atingindo atos pretéritos.

Assim, acaso não se suspenda a ação na esfera estadual, é possível que o Tribunal local conclua pela constitucionalidade da norma estadual e que, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, julgando lei de idêntico teor de outro estado da federação e interpretando a mesma norma estadual de reprodução obrigatória, a tenha por inconstitucional, gerando, dessa forma, efeitos práticos contraditórios, em relação a diplomas legais de idêntico teor, malferindo a necessária segurança jurídica que se espera das decisões emanadas pelo Poder Judiciário.

## 6. A CONTROVÉRSIA ACERCA DA EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA, FRENTE À POSSIBILIDADE DA REVISÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Na esfera dos processos subjetivos, o atual CPC, nos arts. 525, § 1º, III e § 12 a 14 e 535, § 5º e 7º, prevê a possibilidade de arguição, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, da inexigibilidade do título ou da obrigação, quando o título executivo judicial estiver fundado em lei ou ao normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

O § 14 do art. 525 do CPC/15 faz a ressalva de que a arguição de inconstitucionalidade superveniente ao trânsito em julgado do título executivo judicial poderá ser suscitada em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, desde que a decisão do Supremo Tribunal Federal seja anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

No julgamento da ADI 2418/DF, a Suprema Corte analisou a constitucionalidade dos arts. 741 e 475-L do CPC/73, reproduzidos nos arts. 525, §§ 12 e 14 e 535, § 5º do CPC/15, oportunidade em que foi enfrentada a controvérsia acerca da inconstitucionalidade dos referidos dispositivos legais, por ofensa ao princípio da coisa julgada.

Nesse julgamento, ao ponderar-se sobre a polêmica doutrinária entre os que consideram os dispositivos legais em questão inconstitucionais, por ofensa ao princípio da coisa julgada, e aqueles que defendem a prevalência máxima da supremacia da Constituição, considerando inexequível qualquer sentença

inconstitucional, adotou-se interpretação *in medio virtus*, quer dizer, a virtude está no meio termo.

Reconheceu-se, outrossim, a constitucionalidade da impugnação da coisa julgada inconstitucional, desde que o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma tenha sido anterior ao trânsito em julgado.

Isso na medida em que a utilização do mecanismo de rescisão da coisa julgada material por via de impugnação ou de embargos à execução pressupõe a existência de precedente vinculante do Pretório Excelso, o que decorre da eficácia *erga omnes* das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade da norma, seja em controle incidental ou concentrado, cujo escopo é harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da supremacia da Constituição.

Pontuou-se na ADI 2418/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, a irrelevância da decisão da Corte Suprema acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma ter sido deliberada em sede de controle concentrado ou difuso, eis que a distinção restritiva não é mais compatível com a evidente intenção do legislador em valorizar a autoridade dos precedentes emanados pelo guardião máximo da Constituição, que não pode ser hierarquizada simplesmente em função do procedimento em que a decisão foi tomada.

Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF tanto em ação direta quanto nas proferidas em via recursal, estas também com natural vocação expansiva, conforme reconheceu o STF no julgamento da Reclamação 4.335, Min. Gilmar Mendes, Dje 22.10.10, a evidenciar que está ganhando autoridade a recomendação da doutrina clássica de que a eficácia *erga omnes* das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade, ainda que incidentalmente, deveria ser considerada ‘efeito natural da sentença’. (...) É exatamente isso que ocorre, aliás, nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 949 do CPC/15, reproduzindo o parágrafo único do art. 481 do CPC/73, que submete aos demais Tribunais a eficácia vinculante das decisões do plenário do STF em controle de constitucionalidade, indiferentemente de terem sido tomadas em controle concentrado ou difuso” (ADI 2418/DF, p. 21/22).

Conforme referido pelo Min. Luiz Fux no citado julgamento, na expressão adotada pelo Min. Celso de Melo, “*é a dessubjetivação ou a objetivação das decisões do Supremo Tribunal Federal*”.

Constata-se, portanto, que o fundamento da decisão de inconstitucionalidade, na impugnação em sede de cumprimento de sentença, deixou de ser a nulidade da lei inconstitucional e passou a ser a eficácia obrigatória da decisão de (in) constitucionalidade.

É com esse enfoque que, no sistema de controle de constitucionalidade pátrio, em que é possível o controle de constitucionalidade difuso, justifica-se a desconstituição da coisa julgada material, em processos subjetivos, quando houver anterior decisão do Pretório Excelso, conforme expressamente previsto nos arts. 525, § 12 e 535, § 5º, do CPC, e diante da impossibilidade de que os tribunais ordinários neguem a aplicação da mesma solução constitucional adotada pela Corte Suprema, o que abarca a compreensão da *ratio decidendi* do precedente vinculante.

Assim, é possível a rescisão de sentenças transitadas em julgado revestidas de vício de inconstitucionalidade qualificado, quando a sentença estiver amparada em norma reconhecida como inconstitucional ou deixar de aplicar norma tida como constitucional pelo Pretório Excelso, desde que a aferição da norma pela Corte Suprema tenha sido anterior ao trânsito em julgado da sentença que lhe for contrária.

De outro vértice, quando a declaração de inconstitucionalidade pelo Pretório Excelso for posterior à formação da coisa julgada subjetiva, o termo inicial para a deflagração do prazo decadencial passou a ser o trânsito em julgado da decisão proferida pela Corte Suprema, conforme previsão do arts. 525, § 15 e 535, § 8º do CPC.

A modificação legislativa, diferindo o termo inicial para a ação rescisória em casos de declaração de (in) constitucionalidade, não integrou a discussão debatida na ADI 2418/DF, pois nesse julgamento foram questionados apenas dispositivos do CPC/73.

Tendo em vista que a inovação introduzida nos arts. 525, § 15 e 535, § 8º do CPC/15 foi debatida apenas *obiter dictum*, a controvérsia sobre a rescisão da coisa julgada material inconstitucional, via ação rescisória, quando a decisão do Pretório Excelso for proferida após o transcurso de dois anos do trânsito em julgado de sentença que lhe seja contrária, ainda pende de análise pela Suprema Corte.

Em crítica a essa inovação legislativa, aponta a abalizada doutrina que a admissão de rescisória, em face de decisão de inconstitucionalidade posterior à formação da coisa julgada “é voltar a confundir validade da lei com validade do juízo sobre a lei. É, fundamentalmente, esquecer da garantia constitucional da coisa julgada” (Marinoni, 2018). Isso na medida em que não se pode negar a autonomia da interpretação judicial sobre a lei.

Evidencia-se, assim, que a submissão da validade das decisões transitadas em julgado a uma condição atemporal, surgida após o trânsito em julgado do título executivo judicial, ou seja, com um prazo decadencial móvel, diferido no tempo, nas palavras do Min. Roberto Barroso, tem um impacto sobre a coisa julgada um pouco dramático.

Embora a constitucionalidade desses dispositivos legais ainda não tenha sido submetida à deliberação do Pretório Excelso, a partir dos precedentes já existentes, não se pode afastar a possibilidade de que venham a ser tido como inconstitucionais. No julgamento do RE 590.809/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal, em decisão majoritária, reviu seu anterior entendimento sobre a Súmula 343 do STF - não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais-, passando a admitir a sua aplicação também quando se tratar de dissídio sobre questão constitucional (Marinoni, 2018).

A tese que restou fixada no julgamento do Tema 136, com repercussão geral, foi assentada nos seguintes termos: não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da

formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente.

Prevaleceu, assim, o entendimento da impossibilidade de admitir-se a rescisória como mecanismo de atualização de decisões proferidas em casos já julgados, ao último entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre determinada interpretação constitucional, diante da impossibilidade de transgredir-se os princípios da segurança jurídica, da confiança e da estabilidade das relações sociais, quando a decisão transitada em julgado foi respaldada por orientação jurisprudencial predominante à época do julgamento.

A conclusão sobre o descabimento de ação rescisória quando o julgamento tiver sido proferido em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, à época da formação do acórdão rescindendo, ainda que ocorra a posterior superação do precedente, é medida que se coaduna com os princípios da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais.

Entretanto, em se tratando de ação de controle concentrado de constitucionalidade, não se pode perder de vista que, contrariar a interpretação conferida pelo Pretório Excelso, é violar a interpretação da norma de reprodução obrigatória pelos estados, situação que diverge do controle incidental de constitucionalidade, posteriormente interpretado de forma diversa pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, no contexto de simultaneidade de ações de controle concentrado, exsurge ainda mais a necessidade do sobrestamento da ação de controle concentrado na esfera estadual, eis que não se pode afastar a hipótese de que não venha a ser interposto recurso extraordinário, ou ainda a sua intempestividade, situação em que a interpretação estadual conferida não se sujeita à ação rescisória.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segurança jurídica é um dos postulados mais almejados na ordem jurídica, possibilitando aos jurisdicionados a condução de suas vidas de forma mais estável, de forma a ser um elemento precursor do Estado Democrático de Direito (Bonavides, 2003).

A eficácia vinculante das decisões do Pretório Excelso em controle de constitucionalidade, abrangendo a *ratio decidendi*, sejam elas tomadas em controle concentrado ou difuso, são de observância obrigatória pelos Tribunais Estaduais, motivo pelo qual não se justifica o afastamento da regra de suspensão da ação de controle de constitucionalidade abstrato, na hipótese de processos simultâneos, ainda que a análise pendente no Tribunal Superior diga respeito a legislação de outro estado da federação.

Nessa perspectiva, a aplicação do entendimento do intérprete máximo da Constituição Federal, pelos demais órgãos julgadores, nas instâncias ordinárias, traduz aos jurisdicionados um espírito de coesão e seriedade das decisões do Poder Judiciário, como um todo, postura a cada dia mais necessária para conferir a segurança jurídica tão desejada.

Não se pode falar em segurança jurídica ou no princípio da confiança, quando os Tribunais das instâncias ordinárias contrariam o entendimento da Corte Suprema, ao analisarem legislações de teor semelhante, ainda que de Estados distintos da federação. Tampouco se justifica que se entenda pelo sobrestamento, acaso o fosse determinado pelo Pretório Excelso em sede de repercussão geral, em sede de processo subjetivo, e afastar a necessária suspensão, em caso de simultaneidade de ações de controle concentrado de constitucionalidade, apenas por se tratar de legislação de um estado diverso da federação, ainda que se tratem de normas de idêntico teor, amparadas na mesma norma constitucional de reprodução obrigatória.

Nas palavras de Sarlet (2005, p. 6), considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como sua realização, desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana.

A segurança jurídica é expressamente prestigiada no atual Código de Processo Civil, em sua Exposição de Motivos, ao proclamar que o princípio da segurança jurídica, ainda que de índole constitucional, se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas, na medida em que todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando segura a vida dos jurisdicionais, poupando-os de surpresas abruptas. E nesse aspecto, é fato que a segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos Tribunais sobre questões de direito.

Justifica-se, assim, que um dos pressupostos para que a segurança jurídica se efetive perpassa pela resolução de questões jurídicas idênticas de forma semelhante e não colidentes, independentemente do órgão julgador, garantindo uma previsibilidade ao jurisdicionado da resposta do Poder Judiciário a ser conferida em determinada situação.

O fato de se tratar de legislação de outro estado da federação é irrelevante, a partir da conceituação da *ratio decidendi*, eis que os motivos determinantes serão de observância obrigatória e não apenas a parte dispositiva, restando aos Tribunais Estaduais, em respeito à transcendência dos motivos determinantes, a observância e o acatamento da decisão exarada pela Corte Suprema.

Com efeito, ainda que uma declaração de constitucionalidade, na esfera estadual, não tenha o condão de modificar o ordenamento jurídico, terá efeito

vinculante frente aos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública e, acaso ocorra a situação hipotética de transitar em julgado o pronunciamento na esfera estadual, com superveniente entendimento contrário da Corte Suprema, não se poderá aplicar seus efeitos às relações jurídicas individuais transitadas em julgado, especialmente quando não se esteja frente a relações jurídicas de trato continuado.

Em tempos onde a transparência das decisões se comunica ampla e rapidamente pelos meios de comunicação social disponibilizados aos cidadãos, é notório que a imprevisibilidade das decisões judiciais contribui para enfraquecer o regime democrático de direito, eis que se traduz na mensagem de desigualdade e insegurança jurídica aos jurisdicionados.

Demonstra-se, portanto, que a segurança jurídica é a razão primordial a justificar a suspensão da ação de controle concentrado de constitucionalidade na esfera estadual, até a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em caso de simultaneidade de ações, sempre que estiver em foco a análise de lei ou ato normativo estadual de idêntico teor, ainda que originários de diferentes estados da federação, diante da inarredável vinculação à *ratio decidendi* das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal.

## 8. REFERÊNCIAS

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto; BARBOSA, Claudia Maria. **Teoria dos precedentes e sua incompatibilidade com o sistema deliberativo dos tribunais superiores**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria, v. 12, n. 3, p. 861-888, dez. 2017. ISSN 1981-3694. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369426773>. Acesso em: 30 mai. 2019.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo; os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2010.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, P. **Teoria Constitucional da democracia participativa**. 2. ed. - São Paulo: Malheiros, 2003.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Código de Processo Civil Comentado** – 4. Ed. rev. atual. e ampl.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MENDES, G.F.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 3. ed. - São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 383/SP**. Ação indireta de constitucionalidade, impugnação de Lei Municipal sob alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86809>. Acesso 10 mai.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **AgRRcl nº 425/RJ**. Representação de Inconstitucionalidade de Lei Estadual. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325930>. Acesso em: 10 mai.2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 730.462/SP**. Declaração de inconstitucionalidade de preceito normativo pelo STF, eficácia normativa e eficácia executiva da decisão: Distinções. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9343495>. Acesso em: 14 mai.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2418/DF**. Legitimidade das normas estabelecendo prazo de trinta dias para embargos à execução contra fazenda pública, (art. 1º-b da lei 9.494/97) e prazo prescricional de cinco anos para ações de indenização contra pessoas de direito público e prestadoras de serviços públicos (art. 1º-c da lei 9.494/97). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12036655>. Acesso em: 14 mai.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 650898/RS**. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Parâmetro de controle. Regime de subsídio. verba de representação, 13º salário e terço constitucional de férias. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13413775>. Acesso em: 21 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Petição nº 2.701 AgR/SP**. Aplicabilidade da Lei nº 8.437/92, dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público. Controle concentrado de inconstitucionalidade. ADI contrária a Lei estadual perante o STF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=369821>. Acesso em: 21 mai. 2019.

ZAVASCKI, T.A. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

*Data da submissão: 30/04/2020*

*Data da primeira avaliação: 16/06/2020*

*Data da segunda avaliação: 10/11/2020*

*Data da aprovação: 10/11/2020*

## THE SATISFACTION OF INDIRECT PUBLIC INTEREST IN THE INDUSTRIAL AND COMMERCIAL ACTIVITIES OF THE STATE

### A SATISFAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO INDIRETO NAS ATIVIDADES INDUSTRIAIS E COMERCIAIS DO ESTADO

Jairo Cabrera Pantoja<sup>1</sup>

**RESUMO:** El Estado ha evolucionado en lo que hoy conocemos como Estado Social de Derecho fundando en la protección y satisfacción del interés general. Sin embargo, al analizar el papel que éste cumple en función del servicio a la comunidad observamos que no siempre el Estado actúa bajo los postulados de imperio o dominio, puesto que en ciertos casos específicos se circunscribe a regulaciones propias del derecho que rige a los particulares. Encontramos entonces, un fenómeno jurídico denominado sumisión voluntaria de la Administración al derecho privado, donde éste último actúa en condiciones uniformes a los particulares en el cumplimiento del objeto para el cual fue creado. Así pues, nace una nueva forma de desarrollar la actividad administrativa a través del rol industrial y comercial del Estado que encuentra su fin enmarcado en la satisfacción de un interés general indirecto, pues el Estado a través de estos organismos no genera la satisfacción colectiva directa de sus asociados, pero si busca la captación de recursos que al final pueden ser trasladados para que el Estado cumpla con los fines que éste se ha propuesto.

**Palavras-chave:** Intervención; Interés General Indirecto; Sumisión al derecho privado; Actividad industrial y comercial del Estado

**ABSTRACT:** The State has become what is currently known as a Social Rule of Law that is based on the protection and fulfillment of the public interest. However, when analyzing the role of the State, we observe that it does not always act under the postulates of empire or power, since, in specific cases, it is limited to regulations specific to the law that governs the individuals. Then, we find a legal phenomenon called voluntary submission of the administration to the private law, where the latter acts in uniform conditions for the individuals in the fulfillment of the purpose for which it was created. Thus, a new form of administrative activity is created through

---

<sup>1</sup> Abogado, Master en Derecho Publico Universidad Externado de Colombia. Master en derecho ambiental y doctor en Derecho. Università degli studi di Palermo Italia. Docente Titular de la materia Derecho Administrativo. Universidad Católica de Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2117-9700>. E-mail: [jecabrera@ucatolica.edu.co](mailto:jecabrera@ucatolica.edu.co).

the industrial and commercial role of the State that finds its aim framed in the satisfaction of an indirect public interest, since the State, through these institutions, does not generate the direct collective satisfaction of its partners, but it seeks the collection of resources that can be transferred so that the State complies with its purposes

**Keywords:** Intervention; Indirect public interest; Submission to private law; Industrial and commercial activity of the State.

**Sumário:** 1. Introduction. 2. The Industrial and Commercial Activity of the State as a means of Economic Intervention; 3. The Principles of Sovereignty and Specialty in the Legal Regime of the Decentralized Business State; 4. The Indirect Administrative Function of the Industrial and Commercial State; 5. The Purpose of the Industrial and Commercial State; 6. The Public Prerogatives in the Industrial and Commercial Regime of the State; 7. Conclusions; 8. References.

## 1. INTRODUCTION

The relationship profile between public power and economy has historically preserved a variety of common factors, both external and internal, that have facilitated their joined evolution throughout the years.

The reference of the Economic Constitution, which emerges from a purely formal perspective, with the necessary contents to assess and interpret the choice of the intended economic system, is quite meaningful for the understanding of the public power-economy relationship.

Thus, the relationship between law and economy adopts two levels of interpretation. The first one is the abstract level, where rules assume a neutral role as a tool at the service of the system. While the second one is the concrete level, where rules can lose their impartiality (MIELE, 1956, p. 5-6) in accordance with the political system that appropriates them. This means that, at a theoretical level, it is possible to show the impartiality of rules in relation to economy, in the sense that economy does not condition the functioning of rules; still, it must be observed that rules are subordinate and at the service of the political system.

The State has evolved in what we now know as the Social Rule of Law, based on the protection and satisfaction of the general interest. However, when analyzing

its role in terms of service to the community, we observe that the State does not always act under the postulates of empire or power, since it is limited to regulations characteristic of the law that governs individuals in certain specific cases. Hence, we find a legal phenomenon called the voluntary submission of the administration to private law, where the latter acts under uniform conditions for individuals in fulfilling the purpose for which it was created.

Consequently, a new way of developing administrative activity is born, which is framed in the satisfaction of an indirect public interest, since the State, through these institutions, does not generate the direct collective satisfaction of its associates, but it seeks the collection of resources that can be transferred so that the State complies with its purposes.

This type of activities are developed by the alleged State Industrial and Commercial Companies (henceforth, EICEs, in its Spanish acronym), which acquired a predominant value thanks to the change in the new conception of the State in the middle of the twentieth century, in which economic affairs can be intervened to achieve greater economic, social and political equality and equity. With that in mind, the birth of EICEs originated in the constitutional guarantees of free enterprise and private initiative, in which interventionism allows the State to assume the general direction of the economy under the principles of rationalization and economic planning. In this line of thought, the administration, in its industrial and commercial role, sets aside its supremacy, becoming one more actor in the economic development of our society, submitting to private law.

That being said, this reflection article analyzes that type of submission, classified as *voluntary*, of the administration to private law, but that, in the position of State authority, still retains some acts of “power” that generate a regime of inequality compared to other economic actors. Therefore, it is necessary to analyze and question the legislative treatment granted to this type of entities, which arise from a regulatory mix between public and private law. For this reason, we will analyze the

legal, doctrinal and normative support of this submission to private law and the cause for maintaining the prerogatives of public law.

## 2. THE INDUSTRIAL AND COMMERCIAL ACTIVITY OF THE STATE AS A MEANS OF ECONOMIC INTERVENTION

The interventionist State of the twentieth century had its dogmatic and structural evolution, being empowered “to direct the public powers in order to correct the problems that the economic system alone cannot solve, both efficiency and distributive equity.” (CIDONCHA, 2006, p. 113) This implies that intervention is aimed at obtaining real equality in the constitutional order:

“this way, public intervention in general and the objective of equality in particular constitute a fourth defining element of the economic system inherent to the essential content of the three defining elements of the economic system of the Constitution (private property, free enterprise and market).” (CIDONCHA, 2006, p. 115)

As a result, the State attains a leading role for the regulation and management of economic affairs, where it can also become a direct actor by becoming an enterprise.

The creation of EICEs was justified in the first half of the twentieth century in the growing need to “intervene the economy, for public and social interest, in order to guarantee the efficient and low-cost service provision, price stability and the supply of collective needs.” (PENAGOS, 1998, p. 625)

The Council of State, Consultation and Civil Services Office, in a concept from November 24, 1972, established that

“these entities constitute one of the means of intervention by the State. This is how in these companies, to be at their level, the State acts as the State, but it advocates certain activities, which, in the past, were considered to be particular of private companies.”

Thus, the State becomes an agent of social change and economic transformation, which requires a functioning bureaucratic apparatus; however, through the EICEs, the State becomes an agent of the accumulation of capital and direct actor in production, distribution and financing, as an inherent result of State intervention. In its entrepreneurial role, the State has undergone an internal change in its administrative structure as a consequence of its intervention in economic affairs, abandoning its neutral position in said process.

On that basis, the terms of the relationship are given between the intervening public power, and the individual and freedom, whose reciprocal conservation is protected by administrative law, which, in the face of the impact of economic intervention, updates its legal institutions. It should be noted that the technical value of traditional institutions has not disappeared; what has occurred is “a transformation in the contents, where it can be affirmed that the formal scheme remains intact.” (GARRIDO, 1962, p. 12)

These transformations facilitated an advance and enhancement of administrative law as it became the guarantor of such activities, but leaving their execution to private law, to which it has voluntarily submitted. To this end, independence, in certain aspects of the industrial and commercial relations of the State concerning individuals, was diminished, while maintaining its control in the application of exorbitances in favor of State entities that carry out commercial and business activities.

Law then, is no longer facing the freedom of primitive industry and commerce, as understood in the nineteenth century, since the current Social State of Law is a guardian not only of legality but also of new freedom, which is manifested in the socio-economic sphere and demands a creative intervention from the State.

To achieve this new type of freedom in the economic and social sphere, the State should not be predetermined to the abolition of certain traditional freedoms that

were supported in the economic sphere, since this refers, especially, to the freedom of industry and commerce, which has undergone a whole process of transformation by subjecting itself to the limits imposed by the police power. The disappearance of the boundary defined between public and private activity leads to the disappearance of primitive freedom and the establishment of a guided freedom.

Consequently, freedom is linked to the political and social regime on which it depends and to the extension of the limits of the economic public order, hence making it limited. “The regulation of industrial activity is a State duty, but the prohibition of an industry without legitimate reasons for it evidences an exorbitant power of the administration.” (DROMI, 1985, p. 510) Yet, such exorbitance is not established for the State as an industrial actor, but simply for its role as general controller of the economy. Nevertheless, when the State acts as a private individual, a series of obstacles arise that allow us to understand the true industrial role, for which it is necessary to analyze its activity and therefore the legal regime that corresponds to it.

### **3. THE PRINCIPLES OF SOVEREIGNTY AND SPECIALTY IN THE LEGAL REGIME OF THE DECENTRALIZED BUSINESS STATE**

Legal persons in public law, within their administrative actions, seek the adequate management of legal and economic relations with other legal or natural, public or private persons. However, public legal persons belonging to the State have privileges over individuals. Thus, the action by which the administration exercises its rights is called *ex officio action*, which can be confused with direct action. Likewise, Hauriou “...considers that royalty rights are not sufficient to characterize an administrative regime, but it is characterized for the special power by which royalty rights are exercised and managed.” (ALVAREZ, 1958, p. 400) On the other hand, in the field of private law, people can act for themselves, but if they lose one of their

rights, they must go to the judge to recover it, while the administration can make decisions without resorting to the respective jurisdictions.

Nonetheless, the State does not act as a centralized whole, but rather resorts to the phenomenon of administrative decentralization, by means of which it manages to distribute public powers among different administrative entities acting as legal persons, limited by an area of territorial or functional competence.

From a dynamic point of view, this phenomenon, from which the State transfers functions, can be understood as a shift of competence from direct to indirect administration of the State. This maintains its objectives and purposes, understanding that its implementation is entrusted to other entities that have certain autonomy, and with general competence (regional scope) or special competence (specific matters). (DROMI, 1985, p. 434)

Administrative decentralization arises as the need of the State to intervene in specific, local, or regional contexts that justify the phenomenon at a territorial or functional level. The curious aspect about the phenomenon is that the decentralized entities carry out their tasks with certain autonomy and hierarchical independence from the central government, despite sharing goals and objectives. This is justified in the specialization of functions and in the need to relax hierarchical links between the central government and decentralized entities.

Decentralization is maintained through two concepts: (i) Transfer of powers from the State to another legal person under public law, and (ii) protection over acts or over people. From this double conceptualization, three variants can be understood:

- A) Minimal decentralization (deconcentration): There is a limited transfer of powers, coupled with strong control by the central body.
- B) Medium or normal decentralization: Broad transfer of powers, with great control by the higher body.
- C) Maximum decentralization: Total transfer of powers from one institution to another, with a minimum of control.

Minimal decentralization is not an authentic decentralization but refers to a phenomenon that perfectly derives from a centralized system. For this reason, it has been called deconcentration. Decentralization, in turn, offers two modalities: (i) Territorial, which implies a spatial, constituent, regional or local scope, and (ii) functional, which is decentralized by virtue of a group of functions and services. There is also a third form of decentralization called *by collaboration, foundational or corporate*. This refers to public utility establishments, corporations or consortia; functions that, despite not being part of the State or subordinated with hierarchy and dependency, actively contribute to the functions and purposes of the State.

Territorial administrative decentralization entails the transfer of functions and competencies to legal entities governed by public law that exercise them within a limited spatial scope (region, locality, etc.), as in local authorities such as municipalities, which are even considered the most evolved form of this kind of decentralization. These entities carry out tasks that are characteristic of the State, where this does neither lose ownership nor all management functions.

Administrative decentralization has implied a political problem, since its exercise leads to movements of political autonomy, regionalism, municipalism and provincialization.

For its part, institutional administrative decentralization (or by functions) is not limited to a territorial scope, but to the exercise of specific functions of a technical and independent nature. The problems of political autonomy are not generated here, since the reason for decentralization is the satisfaction of a service or function. It is worth mentioning, regarding institutional administrative decentralization, “that French doctrine has called entities ‘public establishments’, while Italian doctrine prefers to call them ‘parastatal institutions.’” (DROMI, 1985, p. 440)

Institutionally decentralized entities, due to the specific functions they perform, are located outside the hierarchical structure of the central administration; but it should be noted that their independence does not remove them from the control

of their acts.

Within decentralized administrative entities, there is a varied classification, (e.g. administrative State entities with general competence: this refers to municipalities, departments, special districts, etc.; or administrative State entities with special competence: those who provide a service or a group of certain services, whose functionality is purely administrative, thus being different from the EICEs). However, for the purpose at hand, State companies have been subdivided by the doctrine, especially by Dromi, like this:

State Partnerships: created under the regime of private law, basically corporations, and their shares are held by the State.

A) State Companies: Entities that carry out a commercial or industrial activity, and are subject to a mixed regime: public and private law.

Public companies have certain fundamental characteristics: (i) entirely State-owned (where they differ from mixed economy companies), (ii) they do not adopt the forms of private society as state partnerships, (iii) they have legal status, (iv) they are engaged in a certain economic activity, and (v) they are subjected to a mixed regime of regulation between private and public law.

Secondly, there are non-State public entities, which are subdivided into two: (i) with State participation, and (ii) without State participation.

Within the non-State public entities with State participation are the mixed-economy partnerships: participation of public and private capital. When it pursues public purposes (public services), it constitutes a non-State public entity; on the other hand, when it carries out purely economic and industrial activities, they are configured as a private entity. Non-State public entities without State participation are public corporations and non-State public functions or institutions.

It is necessary to remember that Colombian legislation determines that the industrial development of the State occurs due to its intervention in economy. In this regard, Law 489 of 1998 states that these are:

“bodies created by law or authorized by it, which carry out activities of an industrial or commercial nature and economic management in accordance with the rules of private law.” However, legislators reserve certain activities that deserve attention from public law, since the rule foresees some exceptions. For instance, “those that are carried out for the fulfillment of the administrative functions that the law has entrusted to them are administrative acts,” that is to say, the acts or facts that the companies or mixed-economy partnerships carry out to fulfill the purposes of the law are governed by public law.” (PENAGOS, 1988, p. 625)

As it can be seen, the legal regime of the EICEs is not entirely limited to the sphere of common law (civil or commercial), but it rather contains manifestations of public law.

It is observed that the State does not leave its EICEs at the chance of private law, but tries to reserve some acts by applying a special regime to them. This reserve is made by virtue of the principle of sovereignty, with which it seeks to develop the general interest that should inspire all its actions.

The difference with private law is that it is based on principles such as contractual freedom and free competition, where the interest of people (natural or legal) is the increase in capital, earnings and private profit. Such a regime is not entirely in accordance with the State’s intention to achieve general benefits, hence allowing the EICEs to be governed by private law to guarantee their competitiveness, or even their existence in the markets, as it removes certain acts from public law to protect that *general interest*. In this sense, the Council of State has stated that the prerogatives and benefits that the law recognizes to the EICEs and to the mixed-economy partnerships are specific, for which it is necessary to study each company in particular. The EICEs have benefits or provisions typical of public law, which are not within the normal scope of private law. Their purpose must be understood as the performance of State intervention in the economy, as well as the provision of its own services, with its characteristics of: (i) continuity, (ii) generality, (iii) regularity and (iv) equality (PENAGOS, 1988, p. 629).

The EICEs have determining elements that differentiate them and facilitate their identification:

A) Legal status, as they are subjects of rights and obligations. It should be noted that the ability to enjoy these rights also arises, since, in a strictly procedural sense, these rights attribute them the capacity to be a party. Therefore, an EICE can be, in itself, a party to a dispute, e.g. as plaintiff or defendant.

B) Administrative autonomy, in order to fulfill the functions determined by law or its statutes.

C) Independent capital, totally constituted with goods or common public funds, the products from them, or the yield of taxes, rates or contributions of special destination (Article 6, Decree 1050 of 1968).

However, it should be clarified that, although the EICEs enjoy administrative autonomy, this should be understood as the power to order the service or activity independently from other public bodies; but said autonomy does not remove them from the protection control, nor from strict compliance with the law or rule that created them, and their statutes. It can be concluded that administrative autonomy does not reach the point of allocating EICEs assets or resources for purposes or destinations different from those contemplated in the law or its statutes. As it was seen, the EICEs are not removed from the protection control that the State can exercise, but there is no hierarchical relationship, since we are facing a typical case of decentralization by services.

This is because, although the protection control must be exercised, it would not be logical for the EICEs not to exercise their functions autonomously and to depend on other entities, since (i) decentralization by services would not become a reality, and (ii) their decisions and administrative functioning would become slow, incapable of reacting to abrupt changes in the market, which would make it

impossible for them to compete with the private sector. Hence, it is stated that the legal appearance of the EICEs is corporate, but different from those entirely subjected to private law.

Administrative autonomy must be combined with the financial autonomy of the EICEs, which is understood as the power to determine the use of the economic resources assigned by law. Without the exercise of financial autonomy, administrative autonomy does not exist in practice, since the lack of autonomous management over assets would mean that the EICEs would see their ability to distribute expenses and react quickly to the market diminished, and would lead them to their extinction.<sup>2</sup>

Other principle that underpins the EICEs is the principle of specialty, which is understood as the prohibition of carrying out activities that do not satisfy the objectives indicated in the law, and that neglect the functions assigned in the law and statutes.

By virtue of the principle of sovereignty and the principle of company specialty, the EICEs are linked to public law. These are legal entities governed by public law, linked to the administration, but destined to carry out industrial and commercial activities in which they are subject to the regime of private law. Therefore, the EICEs have a double legal manifestation: (i) governed by public law and (ii) governed by private law. Therefore, it is worth distinguishing:

- A) The acts and facts that they carry out for the development of their commercial and industrial activities are subject to the rules of private law.
- B) The acts and facts that they carry out in fulfillment of administrative functions, for the fulfillment of the aims indicated by the law, are administrative in nature, governed by public law.

---

<sup>2</sup> It should be noted, regarding the capital of the EICEs, that it is considered independent, that is, that assets are not part of the common funds, and may well consist of tangible or intangible goods. (PENAGOS, 1988, p. 629).

- C) Their assets and funds are of a public nature, and their management must conform to legal precepts.
- D) People who provide their services in EICEs fall into two categories:
  - a. Official workers, bound by an employment contract.
  - b. Public servants, linked by a general, objective and regulatory relationship; as deduced from the provisions of Decree 3135 of 1968, article 5, subsection 2; and Decree 1848 of 1969, articles 1 and 2; regulations of the former article 91, Law 489 of 1998.<sup>3</sup>

Finally, it should not be forgotten that, in activities of the EICEs, despite not seeking exorbitant profits (such as in the private sector), a good administration must strive to achieve a correct investment of resources, and thus generate dividends in its development. Sometimes, the doctrine tends to limit the charge of fees, in the case of monopolistic services, without degenerating into exorbitant economic returns. It has been accepted that, in monopolistic situations, companies can bear natural losses, if social needs demand it (PENAGOS, 1988, p. 638).

---

<sup>3</sup>The positions of president, director, or manager of decentralized entities, both national and territorial, may be appointed by the legislator as positions of free appointment and removal, as they involve the formulation of policies within the respective entity. These jobs constitute one of the cases in which, with clear reasons, the law can introduce exceptions to the general principle, where jobs in State organs and entities are of a tenure nature. Constitutional Court, Sentence C-599 of 2000 (Bogota: Constitutional Court M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, 2000).

#### 4. THE INDIRECT ADMINISTRATIVE FUNCTION OF THE INDUSTRIAL AND COMMERCIAL STATE

The position that determines the existence of public administration as a correlative to the institutional aims pursued by the State for its citizens has been unanimous. Modern administrative law and the institutions it regulates and creates must aim for the materialization of the common welfare, which has the Political Constitution as its superior normative framework, a fundamental rule that distributes the competencies of public power and imposes on them a common denominator, general interest.

The development of this concept can have various configurations that can be abstract, as the plea for a principle, or concrete, which are reduced to produce particular effects in an institution assigning tasks, benefits or restrictions regardless of its essence, that is, it is a constitutional requirement that can be invoked before the State or the citizens. The importance of the teleological aspect of administration and the commitment of its management to the achievement of constitutional objectives invade the entire orbit of this aspect of public power to such an extent that

“if this were not the case, we would not be really and materially facing phenomena of that nature. There is only public administration where the object and purpose of the organs and public activities are justified and developed in response to the needs of the population.” (SANTOFIMIO, 2003, P. 35)

“The submission of public administration to the law and the consequent justification of its behavior, no longer from conditions of supremacy and power (*puissance*), but to social and solidarity purposes” (MONTAÑA, 2005, p. 134) imposed a new perspective that internalizes the social and democratic sense, giving rise to the appearance of the concept of *public service* as a legitimizing factor of State

action. In this vision, the State is an executor of popular will and articulates all its efforts to achieve general welfare and gives rulers specific tasks and optimal legal tools –administrative law– that differ from common law because they have a social essence.

Indeed, the provision of public services has traditionally been an activity of the State that required the creation of a special regulatory body with different principles and bases to those that support the common order; as well as the creation of a specialized jurisdiction to deal with disputes arising from the provision of services, all stemming from the general interest that fills the State with material content. French administrative law, of great influence in Colombia, indicates with Jean Rivero the chain of relationship between general interest, the provision of public services in the solution of collective needs and the responsibility attributable to their execution to a certain public authority. Despite this, the positioning of the concept during evolution has not been much less passive, it has been subjected to the changing tides of economy and politics in order to adjust to the new social practices.

This is how the exercise of public service is pluralized and nuanced allowing individuals the provision or incursion of the State in the activities of private subjects in what has been known as the crisis of the concept of public service. This variation, which has been shown as the adaptability of the administration, carries with it the theoretical basis of general interest to justify the modification of the term<sup>4</sup> that is now incompatible with its first manifestations as a central element of the administrative function of the State and its right<sup>5</sup>; which leads us to

---

<sup>4</sup>“The reasons that have motivated the crisis of the notion of public service ... are the birth of a sector considered of public services that obeys to strict economic budgets ..., the resulting insertion of rules belonging to common law to regulate these and other situations related to the concept ..., the appearance of the individual as a provider of public services..., the reappearance of different means of management other than direct provision and concession.” (MONTAÑA, 2005, p. 152).

<sup>5</sup> Professor Alberto Montaña Plata points out that “the construction of the notion of public service corresponds to Duggit who conceptualizes the state as an organization and cooperation of public services in open criticism to the *puissance publique*. It follows that the activity of public power and the object of study of administrative law are public services as they are exclusively provided by the State. Duggit’s vision was later complemented by followers such as L. Rolland who, using the jurisprudential precedents of the French administrative courts, constructed a principle-based legislation for the purpose of determining which actions of the State are presented

“...a strict conception of public services which, based on these considerations, abandons its initial claims, but which, closely related to the general interest pursued by the actions of the public administration, constitutes a very important and definitive part of these” (MONTAÑA, 2005, p. 154)

affirmation that Professor Montaña acknowledges, in spite of the deficiency of the State to determine an object of study of administrative law, since invoking the protection of collective interest, the State has decided to create mixed legal regimes where both public and private law concur to be applied in the commercial activities that it develops.

The exclusiveness of the provision of public services at the head of the State has been lost, so it is free to participate in the activities carried out by individuals or to allow them to enter the administration of these services by opening a two-way traffic gate.

Then, there is a tension between the subjective, all public services are provided by the State, and objective, public services are those that develop general interest, conceptions of public service that is resolved in favor of the latter.<sup>6</sup> At the same time, it poses an obstacle, according to the work of Alberto Montaña Plata, since it considers that the activities that procure a profit for the public administration do not seek a benefit for the general interest, since this economic vocation only benefits administrative management:

“in the case of economic administrative activity, a teleological connotation oriented towards the public cannot be verified, and consequently, we do not consider it appropriate to refer to it in the framework of an effective exercise of administrative function” (MONTAÑA, 2005, p. 213)

---

in the form of public service. The doctrinal statements were those of continuity, adaptability and equality. Later, other authors such as M Hariou, De Laubadere and Latouneire introduced other concepts such as morality, gratuitousness, proportionality and neutrality.” (MONTAÑA, 2005, p. 152-153)

<sup>6</sup> In this regard, Professor Montaña affirms that “the subjective conception, in its original inspiration, considers public services as those that are ‘provided’ or ‘carried out’ by the public administration. This simple consideration... includes those that are provided in a similar or identical way to individuals (public, industrial or commercial services in French law).” (MONTAÑA, 2005, p. 164)

Hence, leaving this activity exempt from the exercise of public powers.

In other words, the EICEs, under a subjective criterion, acquire the name of *administrative* entities; however, when these types of activities are carried out, there is no real exercise of administrative function, since this satisfies public interest, which is not susceptible “to be developed through the exercise of functions of a legislative and judicial nature,” (MONTAÑA, 2005, p. 209) let alone commercial or industrial.

From the aforementioned, we could summarize the following. Although it is true that the administrative function for jurisprudence

“is one of the functions of public power, that is, a kind of public function, so that the public function is general and the administrative function is specific, insofar as it is part of the executive function, so that its first characteristic is that of being inherent to the power of the State, just as the other classic public functions: the legislative and the jurisdictional, corresponding to the three branches in what constitutes the traditional tripartite division of public power, as established in Article 113 of the Political Constitution” (COUNCIL OF STATE, 2007, Record no. 25000-23-24-000-2000-00772-01)

but which, in the case of the EICEs, is not clear if they are framed within this function, because if it is categorically accepted that they do not carry out administrative functions, they would not have the possibility of exercising certain public powers, but as can be seen nowadays, they carry out commercial and industrial activities without losing some public powers granted by law.

On multiple occasions, the Council of State has differentiated the concept of administrative function and public service. For example, in a sentence issued on August 5, 1999, it stated that the public function should be understood as

“the one that participates in any case of power of the State and is always of a legal nature; on the other hand, it defines public services as activities of a material and technical nature that in many of their manifestations do not use public power.” (COUNCIL OF STATE, 2001, Record no. 25000-23-24-000-2001-0178-01)

Having said that, the industrial activity of the State is neither an administrative function as such nor a public service, but it belongs to the executive branch of public power and, in accordance with the law, it is feasible to exercise public prerogatives that are conventional of the entities that fulfill this function. Thus, if they do not perform an administrative function as such, why do legislators grant such prerogatives?

In this event, legislators, via Law 80 of 1993, empower the EICEs to use exorbitant clauses in their contracts, clearly constituting the development of public powers, which does not have a very clear support, since the corporate State, as we have already mentioned, does not fulfill an administrative function<sup>7</sup> as such. However, let us go a bit into identifying the purpose of the industrial and commercial State and the justification of acts of power and control in its action.

## 5. THE PURPOSE OF THE INDUSTRIAL AND COMMERCIAL STATE

The commercial status of State companies is derived from the systematic analysis of article 85, Law 489 of 1998, which expressly recognizes this characteristic, in accordance with article 10 of the Commercial Code. From the comparison of these two rules, the following considerations can be made.

Far from any theoretical discussion about the objective and/or subjective criteria that define a merchant as a legal person, which can be summed up in the paradoxical phrase “a merchant is the one who carries out acts of commerce, and acts of commerce are those carried out by a merchant,” the elements offered by the Code

---

<sup>7</sup> In addition to the above, the aforementioned author explains that public services are a category of State activity that do not imply the exercise of authority, develop general interest and are the responsibility of the public administration, although they do not provide them directly. This definition removes the foundations behind the exorbitant clauses that industrial and commercial companies can exercise in their contractual activity and that, without a doubt, constitute a form of authoritative unilateral imposition; however, as seen in the multiply cited work of Alberto Montaña Plata, service providers can issue acts of power as an exception that confirms the rule. Nonetheless, the importance of this position, due to its excellent dogmatic argument, will not be explored because, as it is stated, the EICEs do not provide public services properly speaking and understood from a strictly objective point of view.

can be taken to specify, not without some difficulties, the essence of the EICEs.

According to the aforementioned article 10, a merchant is the subject who professionally deals with activities that the law considers commercial even when they are carried out through a third party. Article 20 of the Commercial Code, when listing commercial activities, partly solves the problem; not so the requirement of professionalism that is demanded. In an attempt to clarify the meaning of the word *professional*, the dictionary has been used, from which it can be deduced that it is about people who usually work in a field of knowledge and derive their livelihood from it, in other words, they do it for payment. Now, in the case of legal persons, the activity they carry out can be easily verified by observing their corporate purpose, but with regard to legal persons governed by public law, the General Plan for Public Accounting (PGCP, in its Spanish acronym) says in its Conceptual Framework 1.1: “The institutions that perform government functions do not pursue profit, but there are market functions such as EICEs..., where prices are set following the free game of supply and demand.”

Regardless of whether they pursue profit or not, since the law does not mention it as a characteristic of the merchant, the EICEs are true market agents for containing in their corporate purpose the task of carrying out activities of this type expecting a compensation for it. The Council of State says, in a ruling from March 14, 2002,

“(...) the regime applicable to public companies belonging to the decentralized sector is the same as the EICEs, from which it appears that their corporate purpose necessarily identifies with that of these companies, such as carrying out industrial and/or commercial activities with a clear profit motive”

and in a later concept clarifies that “although the purpose of the EICEs focuses on the welfare of the community, such entities become true competitive agents in the market” ((COUNCIL OF STATE, 2002, Consultation and Civil Service Office) for

which –says the High Court– they require a support that

“depends precisely on the profits received as a result of the marketing policies they adopt, being only a percentage of surpluses that generate the call to be transferred to the Treasury in order to meet the objectives set by the National Council for Economic and Social Policy (CONPES, in its Spanish acronym). Thus, precisely, according to the methodology implemented by the National Planning Department, the liquidation of financial surpluses should seek the reintegration of resources to the National Treasury to meet the multiple spending needs without harming the operation and strengthening of these entities.” (COUNCIL OF STATE, 2002, Consultation and Civil Service Office)

Then, it is clear that the commercial nature of any company does not affect the destination of resources that may well increase the public budget or enrich the assets of those who exercise it. In any case, there is an obligation to seek the strengthening and efficiency of the EICEs, for which part of the resources must be reinvested in the entity<sup>8</sup>.

Although the EICEs generate a profit for their own patrimony, they also make appropriations of those resources at the head of the administration to which they belong, increasing the public treasury; which is beyond the object of commercial companies because their purpose is to compete in market conditions to obtain profits, that is, they do not seek to generate a general primary welfare but an economic benefit, and therefore cannot be considered as public-service-providing entities nor

---

<sup>8</sup> Decree 111 of 1996, article 97: “The financial surpluses of non-corporate national State industrial and commercial companies are property of the Nation. The CONPES will determine the amount that will be part of the capital resources of the national budget, set the date of its allocation in the Directorate of the National Treasury and will assign, at least, 20% to the company that has generated said surplus. The profits of the State industrial and commercial companies and of the mixed-economy companies at a national level are owned by the Nation in the amount that corresponds to the national state entities for their participation in the capital of the company. The CONPES will issue instructions to the representatives of the Nation and its entities at the shareholders’ meetings on the profits that will be capitalized or reserved and those that will be distributed to the shareholders as dividends. The CONPES, when adopting the determinations provided in this article, will take into account the concept of the legal representative regarding the applications of the allocation of financial surpluses and profits, as the case may be, on the entity’s programs and projects. This concept is not mandatory for the CONPES, which may adopt the decisions provided in this article even in its absence (Law 38/89, article 26; Law 179/94, article 55, subsection 9 and 11; Law 225/95, article 6). The considerations of the Council of State can shed light on the matter by consulting the concept no. 2110 of February 7, 2002, Council of State, Consultation and Civil Service Office, March 14, 2002. The previous references get strong ideological support in the concept of Dr. Enrique Gaviria Gutiérrez for Confecámaras on August 30, 1996.

located in order to satisfy the direct general interest.

Thus, the legal and political elements that specify the reason for the existence of contractual privileges for the EICEs must be located, having as a reference the constitutional framework outlined above that imposes the need to find a foundation on the principle of general interest in the acts of the administration, and theorize about it.

## 6. THE PUBLIC PREROGATIVES IN THE INDUSTRIAL AND COMMERCIAL REGIME OF THE STATE.

As a starting point, it is stated that the protection of the general interest can be direct or indirect. Through the first means, acts are carried out with the obvious purpose of satisfying collective needs and protecting their interests. This is where most of the administration's activities are located because they invoke the aforementioned principle to produce destined legal effects to solve the problems of a social, cultural, economic nature, among others, that occupy budgetary investments manifestly destined to the commercial or industrial activity of the State. It is easy to determine that said activity does not seek the satisfaction of the general interest, also called direct, but it seeks to indirectly benefit those ends, with the resources obtained from its business activity, which could be called *indirect promotion theory* of the general interest or *public interest*.

Apparently, the concepts of general interest and public interest are synonyms, both meanings indicating the existence of some goods or collective legal, political and economic circumstances under treatment.<sup>9</sup> This phenomenon has been

---

<sup>9</sup> Professor Orlando Santofimio Gamboa affirms that “from the point of view of its finalistic and expressive nature of common interests, in the Colombian case, the constituent has grammatically used terms with similar ideas in the pertinent regulations. For this reason, we consider that in our environment it is indistinct to speak of general, public or community interest. Likewise, its purposes can be found in many of the expressions that the constituent uses in the Constitution to refer to the teleological purposes or commitments of the State.” (SANTOFIMIO, 2004 p. 369)

consolidated in the Colombian tradition, although it should be noted that there are some different specificities among these concepts.

The *public* particle of the principle that defines the sum of individual interests of a society submitted to the administration must change in its content and not refer to the social abstraction of these claims in order to address the official nature of the State institution. In other words, *public* does not indicate the presence of the citizens in general, but of the public administration, for which reason it could be said that the public interest is absorbed by the general interest, that is, the former is more specific.

The constitution of pure official claims must hint at its own foundation in the general interest without confusing it, since guaranteeing the interests that the State – represented by its entities– can legitimately have to safeguard its management and stability, hence protecting its associates. It should not be understood that this has made the State an end in itself because it is not a common feature but, on the contrary, exceptional.

In any case, the recognition of a capacity to reserve power for its own benefit cannot be seen as unconstitutional because this expresses a claim for institutional maintenance that is in the general interest, which is why it is called *indirect* general interest. The secrecy of military operations, the imprescriptibility of public goods, the presumption of legality of acts until proven otherwise, the investment of the public treasury in financial movements in currencies stronger than the local one and the imposition of taxes on heritage, goods and services are means that demonstrate the existence of public interests on the maintenance of national order and independence, monetary strengthening, valuation of public actions, and the enrichment of the treasury, all unquestionably legitimate claims that provide the survival of the institutionality, which, in turn, works for the fulfillment of constitutional purposes, that is, the full satisfaction of the general interest.

Thus, for the protection of public heritage, fully invested in the creation of the EICEs, the State presents itself as a contractual advantage with the capacity to

terminate, interpret, modify, unilaterally sanction and even declare expiration of contractual texts in which it appears as a part.

In the same way that the delegation of powers is justified for individuals who provide public services, those who venture into this area to obtain a profit just as the EICEs enter the private sector for the same reason, obtaining powers to issue acts of power in behalf of the entity to guarantee the continuity and strengthening of the service basing and justifying its power in its *public interest* limited to a general interest. However, since it is a form of display of power in which the State reserves special competencies to protect its management, this attitude must be included within the supreme framework that subjects power to the law and its principles, and for this it requires that such acts establish legitimate purposes and use reasonable and proportional means.

Legitimacy requires that ends with legal and political support can be found. In this case, they are the protection of the investment of public assets in the companies, against contractual unforeseen events that may break the balance against public entities and avoid the enrichment of the contractor at the expense of public investment that would not otherwise occur, all without the need to report a dispute in the jurisdictional branch and be subjected to a long process.

The protection of the economic strain of public assets through contractual prerogatives is the measure that gives greater immediacy to administrative action in the protection of their investment. In the case of exceptional contractual prerogatives, the concept operates as a means of safeguarding administrative management to tackle the effects of eventual economic losses on state-owned companies that seek to enrich the treasury through participation in the market.

In this order, although the exceptional clauses that regulate the hiring of public commercial companies propose a prerogative, they cannot be used as a means of promoting trade so as to promote superiority in the game of demand and supply, since they are powers that are exercised considering certain factual assumptions and

cannot be used arbitrarily. Therefore, it can be validly concluded that they are adequate prescriptions for the purpose they pursue and proportional to the freedom of free procurement that it restricts, which is why the inclusion of these clauses is no longer considered part of the exorbitant action of the State in the way of the *puissance publique*, but an excepted way of acting in contrast to the general rule of collective interest.

To speak of public interests is to deal with a specific category that is immersed in a broader one, general interest. This is because the first endorses the maintenance and development of the administration in its provision, while the second tries to preserve not only the existence and function of the administration, but also the existence of the State and therefore the development of its ends that are of general interest because everyone is involved in its purpose.

Consequently, “for a public prerogative to be adequate to the Constitution, it is necessary that it exists to fulfill a constitutionally legitimate purpose and that it is useful, necessary and proportionate to said purpose.” (Constitutional Court. Sentence C-539-99) In any case, there are always additional control mechanisms that guarantee the submission of any act to the mandates of the Constitution, which may include the due administrative process, administrative judges and actions for nullity and liability.

Finally, it must be said that the content of general interest is not defined by a finished concept. From its metaphysical background origins<sup>10</sup> to its current definition,

---

<sup>10</sup> The idea of general interest is born as a substitute for the notion of common good of religious and moral content. This concept was born in French law in the eighteenth century with a double meaning, the first one that considered it as the sum of all private interests and the second that understood it as a divine mission entrusted to the State. Christianity created a concept of the common good that was objective and spiritual based on adherence to the law that was understood as the way to seek the just and the good, mandatory in that regard. The decline of absolutism led by the French Revolution introduced changes to the concept of general interest as a way to reconcile the opposing interests that exist in any pluralistic society. Power no longer emanates from the divine but from the democratic pact that expresses the popular will through the law, an instrument that positions generality over personal interests. According to Rousseau's theory, men do not have the ability to understand each other on their own initiative and that is why they need to agree on the creation of a superior being that imposes social order according to popular mandates. The notion was complemented by the need to weigh it against the fundamental individual rights that are predominant in current constitutional organizations.

it has been modified by incessant intersections of political-legal trends that, in the absence of legislative precision, have evolved thanks to the intervention of judges and the theorists of public law. In the words of Marta Franch I Sagner (2005, p. 134), quoting the pronouncements of the French Council of State, “general interest is a concept often invoked and poorly defined.”

Meanwhile, the elements that this study describes so far allow the legislator to fill the aforementioned areas of uncertainty according to their political reason, as long as they do not constitute an excessive abuse of power.

## **7. CONCLUSIONS**

We have seen how the State, under a new conceptual and dogmatic structure, radically transformed the economy. The State’s intervention in it not only generated the possibility of being the general director of economic affairs to correct and solve the problems that the system –given its connotation– by itself cannot do, but also made it one more actor, stripped of certain privileges and aimed at obtaining a benefit in the public interest through the actions of the so-called EICEs. It was also verified that their appearance is due to the constitutional restructuring that the 1968 reform implemented in our legal system, which caused direct consequences in the new way of acting of the administration.

The tendency of the State is evident as a new public actor regulated by private law and involved in industrial and commercial affairs on equal terms with other production companies, as an agent of capital accumulation; appearing as a direct leader in production, distribution and financing, as an inherent effect of State intervention.

Along these lines, the administration must use the means specified in private law to satisfy industrial or commercial interests, since it establishes greater dynamism when fulfilling the objective developed by the EICEs. This way, for convenient

reasons, we are talking about voluntary submission to private law with the corresponding voluntary resignation of the administration to its position of supremacy, since the agility and dynamism of private law has no point of comparison to public law, facilitating the fulfillment of the business or commercial object of State entities. In other words, the administration's submission to private law, and therefore the abdication of its power and supremacy, may not only be voluntary, but also necessary to entirely fulfill the purpose of the EICEs.

Nevertheless, despite the fact that the administration's submission to private law is not only voluntary but also necessary, it should be noted that legislators may establish a legal regime at their discretion, to regulate matters concerning EICEs in accordance with its wide legislative self-configuration capacity. For example, for the role of the corporate State, legislators could totally exclude the application of the contractual statute or, on the contrary, give full application of it in their economic affairs. However, a mixed regime was established, sheltered strongly by private law, but without forgetting the granting of public powers in its contractual acts through the ability to make use of exceptional clauses typical of public procurement.

Likewise, through the EICEs, the State intends to carry out economic activities by virtue of a public purpose, which legitimately seeks to guarantee the satisfaction of the general interest of all its associates. This is achieved with the attainment of resources generated by its own industrial or commercial activity that allow it to consolidate, stabilize, protect and contribute to the management carried out within the purposes set by the State. In any case, the recognition of a capacity to reserve power for its own benefit cannot be seen as unconstitutional because this expresses a claim to institutional maintenance that is in the general interest, for this reason the creation of the EICEs is sustained by the objective of developing an *indirect* general interest.

Therefore, public prerogatives are justified insofar as they are the ideal and effective mechanism for the fulfillment of a legitimate, useful, necessary and

proportionate constitutional purpose, as in this case of the EICEs for the benefit of general interest (through a public interest or indirect general interest).

## 8. REFERENCES

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Traducción de la 3ª edición Italiana por Buenaventura Pelisee Prats, t. II. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1960.

ALVAREZ, Gendin Sabino. **Tratado General de Derecho Administrativo**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1958.

BIELSA, Rafael. **Estudios de Derecho Público**, t. I. Derecho Administrativo. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1950.

CASSETTA, Elio, **Manuale di Diritto Amministrativo**. Nona edizione. Milano: Giuffré Editore, 2004.

CIDONCHA, Antonio. **La Libertad de Empresa**. Serie Derechos fundamentales y libertades públicas: Instituto de Estudios Económicos, 2006.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Primera. 1º de noviembre de 2007, Radicación N° 25000-23-24-000-2000-00772-01.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera. 26 de Julio de 2001, Radicación N° 25000-23-24-000-2001-0178-01(ACU-356).

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia, artículo 333.

CORTE Constitucional Sentencia C-1442-00 de 2000, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

CORTE Constitucional Sentencia C-398 de 1995. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE Constitucional Sentencia C-599 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

CORTE Constitucional Sentencia C-727 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

CORTE Constitucional, Sentencia SU- 157 de 1999. M.P. Alejandro Martinez Caballero.

CORTE Constitucional. Sentencia C-535 de 1997. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE Constitucional. Sentencia C- 615 de 2002. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra

CORTE Constitucional. Sentencia C- 616 de 2001. MP.: Rodrigo Escobar Gil.

CORTE Constitucional. Sentencia C-389 de 2002; M.P. Clara Ines Vargas Hernandez.

CORTE Constitucional. Sentencia C-615 de 2002. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE Constitucional. Sentencia C-616 de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

CORTE Suprema de Justicia. Sentencia de septiembre 29 de 1983.

DROMI, Jose Roberto. **Derecho administrativo económico**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, 1985.

FRANCH, Saguer Marta. **El interés público**: La ética pública del derecho administrative. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2005.

GARRIDO, Falla Fernando. **La transformación del régimen administrativo**. Madrid: s. Edit., IEP, 1962.

HOFFMAN, Haso. **Filosofía del Derecho y del Estado**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

MIELE, Gianfranco. **Il problema dell'adeguamento della norma giuridica al fatto económico**. Bari: Rivista Diritto dell'economia, 1956.

MONTAÑA, Alberto Plata. **El Concepto de servicio público en el derecho administrativo**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

PENAGOS, Gustavo. **Curso de Derecho Administrativo**. Parte General, Segunda Edición. Bogotá: Ediciones Librerías Profesional, 1988.

SABINO, Alvarez. **Tratado General de Derecho Administrativo**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

SANTOFIMIO, Jaime Orlando Gamboa. **Tratado de Derecho Administrativo, Contratación Indevida**. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

YOUNES, Diego Moreno. **Reformas del Estado y de la Administración Pública en el Siglo XX**. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública - ESAP, 1998.

*Data da submissão: 04/04/2021*

*Data da aprovação: 05/07/2020*

**PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A OBRIGAÇÃO DE INCLUIR NA EDUCAÇÃO: REFLEXOS DA DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 5357 E A MARCA HISTÓRICA DO ACESSO À EDUCAÇÃO**

**PERSONS WITH DISABILITIES AND THE OBLIGATION TO INCLUDE IN EDUCATION: REFLECTIONS OF THE DECISION IN UNCONSTITUTIONALITY ACTION N° 5357 AND THE HISTORICAL BRAND IN ACCESS TO EDUCATION**

**Eliana Franco Neme<sup>1</sup>**  
**Luiz Alberto David Araújo<sup>2</sup>**

**RESUMO:** Este artigo pretende apresentar os efeitos da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5357 apresentada perante o Supremo Tribunal Federal no processo de inclusão da pessoa com deficiência, deflagrado no Brasil a partir da edição da Constituição Federal de 1988. Nosso propósito é demonstrar que a trajetória da real inclusão social da pessoa com deficiência, originada pelo texto encontra óbices na interpretação da Constituição, em especial em relação à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos quando integrados ao sistema normativo brasileiro. Consignamos põem, que as divergências relacionadas à compreensão da real intenção de inclusão apresentada pelos criadores da Constituição foram superadas no caso que analisamos tanto pela modificação da Constituição como pela compreensão que o Supremo Tribunal Federal deu ao caso específico da ADIn n.º 5357, o que significou um marco importante para a utilização da educação como instrumento de real inclusão no modelo brasileiro.

<sup>1</sup> Doutora em Direito Constitucional. Professora da Universidade de São Paulo -USP - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto na área de Direito Público com ênfase em direito Constitucional e Direitos Fundamentais. Professora do Centro Universitário de Bauru, no Centro de Pós Graduação em direito, Cursos de Mestrado e Doutorado incluídos na área de concentração: “Sistema Constitucional de Garantia de Direitos”. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2362753400624536>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4429-404X>. E-mail: [elianafranconeme@usp.br](mailto:elianafranconeme@usp.br).

<sup>2</sup> Doutor e Livre Docente em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador Regional da República aposentado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9804775062781884>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2442-5970>. E-mail: E-mail: [lada10@terra.com.br](mailto:lada10@terra.com.br).

**Palavras-chave:** Educação; Inclusão; Tratados Internacionais.

**ABSTRACT:** This article intends to present the effects of the decision issued in the Direct Action of Unconstitutionality No. 5357 presented before the Federal Supreme Court in the process of inclusion of the disabled person, triggered in Brazil from the edition of the 1988 Federal Constitution. Our purpose is to demonstrate that the trajectory of the real social inclusion of people with disabilities, originated by the text finds obstacles in the interpretation of the Constitution, especially in relation to the hierarchy of international treaties for the protection of human rights when integrated into the Brazilian normative system. We consign that, the divergences related to the understanding of the real intention of inclusion presented by the creators of the Constitution were overcome in the case that we analyzed both by the modification of the Constitution and by the understanding that the Supreme Federal Court gave to the specific case of ADIn n° 5357, the which represented an important milestone for the use of education as an instrument of real inclusion in the Brazilian model.

**Keywords:** Education; Inclusion; International Treaties.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A Constituição da República Federativa do Brasil e os tratados internacionais: o prestígio dos tratados de direitos humanos no vértice da valorização da igualdade substancial; 3. A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e a inclusão no âmbito escolar; 4. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagra os valores mais importantes do sistema jurídico nacional e serve como fundamento de existência para todas as demais normas que aqui existem, razão pela qual seu conteúdo é de extrema relevância para o reconhecimento e defesa dos direitos humanos fundamentais.

Trouxe o texto constitucional uma série de direitos individuais e coletivos e deixou consignado que seu rol protetivo não seria taxativo, devendo ser acrescido de outros direitos que por força de tratados internacionais o Brasil viesse a adotar.

O status de incorporação de tais direitos no sistema nacional deixou de ser um problema quando a Constituição da República Federativa do Brasil foi alterada para permitir que documentos internacionais de Direitos Humanos pudessem ser recebidos pelo sistema interno, como equivalentes a uma emenda constitucional. Esse

movimento reconheceu a importância de documentos internacionais, integrando o país ao sistema de proteção de tais direitos.

Por enquanto, apenas dois instrumentos foram recebidos pelo sistema nessa qualidade. O primeiro deles, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência<sup>3</sup>. O segundo, também sobre o mesmo tema, o Tratado de Marraqueche<sup>4</sup>.

O objetivo do artigo é estudar os reflexos dessa privilegiada inclusão no sistema normativo, como fator determinante para a elaboração do Estatuto da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência<sup>5</sup>.

Referida lei cuidou de disciplinar diversos temas, incluindo o direito à educação. E o fez de forma clara e inequívoca, como será visto adiante.

Podemos afirmar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência teve o condão de dar cumprimento às normas da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. E, sendo assim, tratou de modificar o sistema, aclarando a posição sobre o direito à inclusão social. E, ao fazer isso, determinou um comportamento mais efetivo pelo sistema educacional, em relação a grupos que deveriam ter sido incluídos (ou que já estavam incluídos e que precisariam continuar nessa condição).

---

<sup>3</sup> Em 13 de dezembro de 2006, a Assembleia Geral da ONU adotou resolução que estabeleceu a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, com o objetivo de proteger e garantir o total e igual acesso a todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, e promover o respeito à sua dignidade. A Convenção e seu Protocolo facultativo foram reconhecidos pelo Brasil e incorporados pelo Decreto Legislativo n.º 186 de 9 de julho de 2008 e pelo Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009 ao sistema normativo nacional.

<sup>4</sup> O Decreto Legislativo n.º 261, de 25.11.2015 aprovou o texto do Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), celebrado em Marraqueche, em 28 de junho de 2013. Já o Decreto n.º 9.522, de 8.10.2018 promulgou o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013.

<sup>5</sup> O Estatuto da Pessoa com Deficiência regulamentado pelo Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009 trouxe verdadeira mutação constitucional. De fato, a Constituição utiliza a terminologia “pessoa portadora de deficiência” que acabou sendo superada pela nova dicção do estatuto “pessoa com deficiência” sem que houvesse modificação formal no texto constitucional.

O artigo, portanto, vai procurar mostrar, em linguagem pouco técnica, mas acessível, que efeitos práticos no sistema educacional foram implementados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pela decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357.

Que efeitos a decisão histórica do Supremo Tribunal Federal produziu e que mudanças foram exigidas das Instituições de Ensino em relação a tal decisão? Por que, afinal, foi histórica e impactou as presentes e futuras gerações? Quais os efeitos para o sistema de ensino brasileiro, produziu a decisão com caráter vinculante da ADI 5357? Que comandos devem ser implementados para dar cumprimento ao decidido?

## **2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS: O PRESTÍGIO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO VÉRTICE DA VALORIZAÇÃO DA IGUALDADE SUBSTANCIAL**

A Constituição do Brasil dava aos tratados uma importância bastante grande. No entanto, salvo alguns autores, eles não se encaixavam no sistema normativo, mesmo depois de aprovados pelo Congresso Nacional, com a força normativa de uma emenda à Constituição. Isso foi alterado com a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que cuidou de permitir que um tratado internacional de Direitos Humanos que fosse aprovado por três quintos, em dois turnos de votação, fosse recebido como equivalente a uma emenda constitucional<sup>6</sup>. Em outras palavras, por força do parágrafo terceiro, do artigo quinto, o Brasil poderia ter tratados internacionais de direitos humanos introduzidos com o mesmo valor de uma emenda à Constituição, ou seja, esses tratados seriam elevados a algo de mesmo porte de uma emenda à Constituição, quer dizer, com a mesma força normativa de uma norma constitucional.

---

<sup>6</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

A emenda constitucional n.º 45 demorou alguns anos para produzir efeitos concretos. O Brasil aprovou a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. E, por força do artigo quinto, parágrafo terceiro, submeteu referido instrumento internacional para aprovação. Neste caso (e foi o primeiro), o processo escolhido foi o novo, de tratar o instrumento internacional como algo de mesmo porte de uma Emenda à Constituição. A mencionada Convenção, portanto, foi aprovada e ingressou no sistema com status equivalente ao de uma Emenda à Constituição. Isso se deu pelo Decreto Legislativo número 186/2008 do Congresso Nacional e pelo Decreto n.º 6969/09 do Presidente da República.

Portanto, já tivemos um primeiro documento aprovado pela nova fórmula, agora com o mesmo status de uma emenda à Constituição. Isso significa ler a Constituição e ler, da mesma forma, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que passou a fazer parte do texto constitucional. Apenas para ilustrar, recentemente, outro instrumento internacional foi aprovado da mesma forma, ou seja, o Tratado de Marraqueche, que permitia a quebra de determinados direitos autorais em benefício das pessoas com deficiência visual<sup>7</sup>.

Assim, na pirâmide normativa que revela a importância hierárquica das normas, surgem, além da Constituição Federal, ao seu lado, com mesma hierarquia, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados na forma do parágrafo terceiro, do artigo quinto (e, como vimos, por enquanto, são apenas dois).

---

<sup>7</sup> Atos aprovados na forma do parágrafo 3º do Artigo 5º da Constituição Federal: DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018

### **3. A CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A INCLUSÃO NO ÂMBITO ESCOLAR**

Inegável a importância da aprovação da apontada Convenção. Primeiramente, alterou o conceito de pessoa com deficiência. Adotou, abandonando o aspecto médico simples, o critério social.

Mas não foi essa a única mudança do critério. Assegurou direitos, apontou caminhos para a inclusão social e determinou que as legislações internas de cada país se ajustassem aos comandos da Convenção.

Foi dentro desse cenário, de necessidade de adaptação das normas internas, que surgiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência.<sup>8</sup>

Se a Convenção, que é lei maior, tratou da inclusão, a lei não poderia deixar de cumprir esse dever constitucional e convencional. Portanto, todos os dispositivos da referida lei tratam da inclusão e da sua melhor forma.

Foi pensando nisso que o legislador ordinário procurou disciplinar como seria feita a inclusão desse grupo de pessoas. E, diante das diretrizes da norma superior (a Convenção Internacional) cuidou de disciplinar o tema. Seguindo os princípios da referida Convenção, repetidos e adotados pela Lei 13.146/2015, a legislação cuidou de determinar que as pessoas com deficiência recebessem tratamento igualitário no tocante ao ingresso e permanência no estabelecimento de ensino.

Ou seja, a escola (e nesse caso, pública ou particular) não poderia deixar de receber crianças com deficiência. E o conceito de deficiência seria aquele, como é cediço, estabelecido na Convenção e repetido, em linhas gerais, pela Lei mencionada.

---

<sup>8</sup> Algumas pessoas denominam a Lei 13.146-2015 como sendo a Lei Brasileira da Inclusão. Esse apontamento está equivocado. Primeiro, porque o Diário Oficial da União trouxe o nome correto como sendo Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ao chamar simplesmente a lei de Lei Brasileira da Inclusão, estaríamos reconhecendo que a inclusão só se faria pela pessoa com deficiência. E temos tanto e tantas para incluir...

Assim, para aqueles que entendiam que a pessoa com deficiência deveria ter seu lugar reservado em uma escola especial, a norma foi clara e inequívoca, ou seja, determinou a inclusão na escola regular. Claro, a lei não descuidou dos apoios. No entanto, é clara quanto ao direito de frequência e convívio.

O artigo 28 da Lei 13.146/15 trouxe, em seus vinte e oito incisos, normas que deveriam ser seguidas pelos estabelecimentos de ensino no Brasil. E para que não houvesse qualquer dúvida, em relação ao campo de abrangência dessas normas em seu parágrafo primeiro, estendeu expressamente estas obrigações às obrigações às instituições privadas. A simples leitura da lei leva a esta conclusão e não haveria necessidade da consignação expressa. No entanto, o legislador, ciente das dificuldades que envolvem a proteção das pessoas com deficiência, tratou de envolver explicitamente as instituições privadas nos deveres de inclusão.

Dessa forma, a lei coloca o direito à educação da pessoa com deficiência acima da discussão público-privado. O direito é da pessoa com deficiência e a sociedade tem o dever de cumprir tal determinação.

Portanto, a lei estava em perfeita sintonia com a Convenção da Organização das Nações Unidas, que garantia o convívio entre os alunos com e sem deficiência. E tudo estava de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil que, em seus princípios, garante que é dever do Estado brasileiro promover o bem de todos, sem preconceito de origem, sexo, cor e quaisquer outras formas de discriminação (artigo terceiro, inciso IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação).

O quadro normativo, portanto, já apresentava a autorização para que as os instrumentos internacionais de direitos humanos fossem incorporados como equivalentes à emendas à Constituição. E, por lei ordinária, permitiu o convívio de crianças com e sem deficiência na escola regular. A norma ordinária vem ao encontro dos projetos de redução de desigualdades e inclusão das pessoas com deficiência,

amparados pela ideia de dignidade humana que serve como fundamento da nossa República.

Quando colocamos o princípio da dignidade humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil e o registramos na nossa Constituição estamos revelando que esta preocupação, a de proteger a vida digna das pessoas, deve ser a diretriz de comportamento do Estado e de todos os seus agentes, sejam eles jurídicos, legislativos ou administrativos. E ainda, que esta preocupação se estende à sociedade na medida em que não é possível admitir em termos constitucionais qualquer comportamento que divirja desta pretensão constitucional.

Assim, para entender a Constituição e seus valores é preciso que os direitos ali consagrados sejam observados sob a luz da proteção de um mínimo vital relacionado não apenas aos aspectos físicos da existência humana, mas também às da sua personalidade, e o mais importante: ao contexto da sociedade que pretendemos construir.

E é aqui que iniciamos a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5357, e é preciso que façamos algumas considerações de ordem teórica para explicar a importância da decisão proferida nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade para a efetiva inclusão das pessoas com deficiência no ambiente escolar.

#### **4. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5357**

Países que como Brasil tem o fundamento de seu sistema normativo em um texto constitucional devem estabelecer sistemas de proteção para a preservação deste texto. Se entendemos que todos os valores mais importantes da nossa sociedade estão registrados na Constituição devemos impor sua obediência a todos, e evitar e punir os comportamentos que se distanciem desta premissa. A supremacia da Constituição traz, portanto, a necessidade de fiscalização dos atos que com ela são incompatíveis e se apresenta em um amplo modelo de verificação de constitucionalidade que no

campo jurídico se revela por ações determinadas a retirar do sistema normativo brasileiro leis que sejam contrárias à Constituição Federal.

O sistema brasileiro no campo do controle jurisdicional da constitucionalidade admite dois modelos: o controle difuso de constitucionalidade, ou controle “*in concreto*” onde na análise do caso concreto se verifica a adequação ou não da norma à Constituição; e o controle concentrado onde as ações judiciais são voltadas com exclusividade à aferição da constitucionalidade da lei em tese, sem que haja a necessidade de observação da incidência da norma em um caso concreto. Neste campo se encontra a Ação Direta de Inconstitucionalidade, que serve de fundamento para o caso em comento<sup>9</sup>.

Assim, a construção do raciocínio que aqui apresentamos inicia-se com a aderência do Brasil a um tratado internacional de direitos humanos, no caso a Convenção para a Proteção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, que em razão do disposto na Constituição Federal em seu artigo 5º § 3º, foi incorporada à estrutura normativa brasileira com *status* de norma constitucional.

Como já exposto, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, dão base para a promulgação da lei n.º 13.146, de 6 de Julho de 2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Com a promulgação da lei 13.146/15 e diante da obrigação imposta pela lei às entidades privadas, insurgiu-se a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de

---

<sup>9</sup> São 05 (cinco) as ações de controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos perante a Constituição Federal: A Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADIn); A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIn por Omissão); a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADIn Interventiva); A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON ou ADC); e, A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Ensino (CONFENEM) e propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade em relação à obrigatoriedade de inclusão dos particulares nas imposições da lei.

Afirmava a CONFENEM na petição inicial da ADIn que a lei não poderia obrigar particulares. E que as instituições privadas não poderiam ser envolvidas por tais obrigações, especialmente porque o direito de liberdade de ensino estava assegurado.

A irresignação da entidade autora se caracterizava por não concordar com o ensino inclusivo e que o Poder Público não poderia legislar sobre esse tema, já que havia liberdade de ensino no país. Afirma que o pleito é baseado em que “o ensino é LIVRE À INICIAIVA PRIVADA e não concedido ou delegado.” (grifos originais), p. 4 da petição inicial (STF, ADI 5357). E não poderia ser obrigada a aceitar alunos com deficiência, ficando, a seu critério, a escolha de que deficiências poderiam ser aceitas. A passagem da petição inicial revela a postura pouco inclusiva da petição inicial, refletindo a posição da entidade autora.

Dessa forma, com fundamento na Constituição Federal e na Lei já mencionada, a Confederação dos Estabelecimentos de Ensino ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, a ação. Afirmava, em resumo, que a lei só poderia obrigar os estabelecimentos de ensino públicos, já que ela não poderia obrigar os estabelecimentos privados a aceitar alunos com deficiência. Os argumentos e a petição inicial completa podem ser encontrados no site do Supremo Tribunal Federal.

Alegava, ainda, que as pessoas com deficiência poderiam atrasar o ensino, que elas provocavam um gasto extraordinário e que não havia profissionais treinados para receber tal grupo. Em resumo, concordavam com a inclusão, mas queriam deixar a cada escola, cada Faculdade, cada estabelecimento de ensino, o direito de escolher que deficiência poderia acolher (e, se assim decidisse, porque poderia ser que não quisessem receber esse grupo). Vejamos o trecho em que o órgão de representação das escolas se manifesta:

Os dispositivos atacados na presente ação pretendem impingir ao ensino de livre iniciativa uma obrigatoriedade típica constitucionalmente do Poder Público, escapando o Estado de cumprir um serviço público, de atendimento ao portador de necessidade especial, esse sim, de sua exclusiva responsabilidade, impingindo-o à instituição privada – que até pode assumi-lo, em alguns casos, como possibilidade, e condição própria de cada escola, não sendo, contudo, obrigatoriedade dela.

A fundamentação deste raciocínio passa pelo aspecto econômico pois explica a entidade autora que a lei ao obrigar também as unidades de ensino particulares *“torna onerosa demais a prestação dos serviços educacionais, isso porque seus planejamentos deverão agora prever todos os meios e recursos necessários ao atendimento de inúmeras dificuldades especiais”*. Lembra a entidade autora que além dos gastos com os próprios alunos e alunas especiais, as despesas também se referem à *“formação, preparação, treinamento e manutenção de professores e variado pessoal especializado, às suas próprias expensas e de todos os demais alunos de cada escola particular”*, pontuando não ser este tipo de aperfeiçoamento profissional compatível com as projeções do desenvolvimento da educação de seus associados.

Ressalta ainda que as recomendações da lei podem levar à limitação da propriedade privada na medida em o cumprimento do Estatuto pode levar ao encerramento das atividades educacionais *“por causa dos altos valores que serão obrigados a praticar para atender as exigências da Lei, distribuídos igualitariamente para todos seus alunos”* (STF, ADI 5357).

O Ministério Público manifestando-se no processo posicionou-se de maneira contrária ao consignado pela autora, lembrando que:

A educação é meio para consecução de objetivos fundamentais da República, relativos à construção de sociedade livre, justa e solidária, à erradicação da pobreza e da marginalização, à redução de desigualdades sociais e regionais e à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade.

Ressaltou o Procurador Geral da República a ideia central de nosso discurso de que *“a educação é essencial para a dignidade do ser humano, para o trabalho e*

*para a cidadania, fundamentos da República brasileira, consoante o art. 1º, II a IV, da Constituição”. Só a concretização do direito à educação “permite ao ser humano desenvolvimento de suas potencialidades, confere-lhe autonomia, qualifica-o para o trabalho, conscientiza-o de valores e direitos, permite que se torne pessoa mais completa, consciente e realizada” (STF, ADI 5357).*

A contraposição entre o pensar da autora e do Ministério Público desvenda a equação determinante da ADIn: a preservação dos direitos humanos *versus* a mitigação do desenvolvimento econômico e financeiro.

#### 4.1 O PROCESSO DA ADI 5357 E SEU RESULTADO

A tramitação de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal sempre se dá perante o supremo Tribunal Federal, considerado o guardião da Constituição. Seu processo e julgamento disciplinados por lei específica (STF, ADI 5357) determina a distribuição da ação para um dos ministros do STF para que este, analisando a questão proposta submeta aos demais integrantes da Corte suas conclusões por meio de um voto, que será discutido pelos outros ministros e submetido à votação. Uma consideração merece ser feita aqui: existem situações em que prejuízos da demora na decisão da ação aliados à existência de direito que já pode ser aferido na peça inicial, autorizam a concessão de medida cautelar que importa no caso de uma ADIn em suspensão da norma que está sendo impugnada.

Na ADIn 5357 o processo foi distribuído ao Ministro Edson Fachin, que não deferiu a liminar, mantendo a norma no sistema. Ou seja, entendeu o Ministro que não seria o caso de suspender a norma, enquanto o julgamento transcorria. Não haveria prejuízo irreparável anunciado na inicial.

A liminar foi negada. Não foram reconhecidos nem o vestígio do bom direito e nem tampouco o perigo na mora. Desta forma, o processo teve seu regular trâmite, sem a concessão da liminar. A norma, portanto, continuou em vigência.

Há no processo judicial de controle de constitucionalidade por via de Ação Direta uma série de fases intermediárias antes da deliberação final do Supremo Tribunal Federal. Não é o caso, neste espaço, de descrevermos todas as fases, basta que apresentemos o final do feito judicial.

Para decidir a ADIn 5357, o Supremo Tribunal Federal em reunião do seu plenário analisou o voto do Ministro Fachim e declarou a improcedência da ADIn 5357, ou seja, entendeu que a norma era constitucional, o direito à inclusão social das pessoas com deficiência na escola é direito fundamental e não pode ser obstado por uma escola privada.

Assim, mesmo com as dificuldades naturais desse processo de inclusão, o Supremo Tribunal Federal entendeu de negar o processo, mantendo a norma no sistema.

Como sabemos, o Supremo Tribunal Federal é composto de onze Ministros. Um não pode comparecer ao julgamento (justificadamente). Dos dez que compareceram, nove votaram a favor da tese vencedora. E um voto foi contrário.

Por nove votos contra um, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito à inclusão educacional dos alunos com deficiência, obrigando as escolas, particulares ou públicas, a receber alunos com deficiência.

O acórdão proferido traz passagens que merecem ser citadas, a iniciar pela consideração de que o prestígio da Constituição em relação à igualdade não se restringe à igualdade formal:

Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. (STF, ADI 5357)

E falar em igualdade formal ou material não significa apenas a redução das desigualdades em relação aos envolvidos, mas o reconhecimento de que a igualdade

substancial e a inclusão são condições mínimas para o exercício de um estado Democrático de Direito nos moldes de uma Constituição informada pela pretensão de dar vida digna a todos os seus cidadãos. No dizer de Fachin:

A atuação do Estado na inclusão das pessoas com deficiência, quer mediante o seu braço Executivo ou Legislativo, pressupõe a maturação do entendimento de que se trata de ação positiva em uma dupla via. Explico: essa atuação não apenas diz respeito à inclusão das pessoas com deficiência, mas também, em perspectiva inversa, refere-se ao direito de todos os demais cidadãos ao acesso a uma arena democrática plural. A pluralidade - de pessoas, credos, ideologias, etc. - é elemento essencial da democracia e da vida democrática em comunidade. (STF, ADI 5357)

No voto, ficou reconhecido que o recebimento de um aluno com deficiência é direito de todos, de todas as crianças com deficiência, de seus pais, seus parentes, seus amigos. E, também importante, o v. acórdão, traz outra parte de significativa importância. O direito dos outros, pessoas sem deficiência, de conviver com pessoas com deficiência.

Esse outro aspecto, pouco lembrado, garante o convívio com a diferença, exercitando o entender do “outro”, permitindo conviver com pontos de vista diferentes, com dificuldades diferentes e forçando o exercício do convívio. Se é um direito do grupo, também é um direito da maioria, de poder conviver com a minoria, desenvolver novos padrões, respeitar as diferenças. Temos todos o direito de conviver: quer para nos sentirmos parte da sociedade, quer para poder entender os diferentes, as dificuldades dos outros. Essa dupla utilidade reconhecida pela Corte Suprema não pode ser deixada sem realce.

Em seu relatório o Min. Fachin reforça este entendimento e considera o seguinte:

A atuação do Estado na inclusão das pessoas com deficiência, quer mediante o seu braço Executivo ou Legislativo, pressupõe a maturação do entendimento de que se trata de ação positiva em uma dupla via. Explico: essa atuação não apenas diz respeito à inclusão das pessoas com deficiência, mas também, em perspectiva inversa, refere-se ao direito de todos os demais cidadãos ao acesso a uma arena democrática plural. A

pluralidade - de pessoas, credos, ideologias, etc. - é elemento essencial da democracia e da vida democrática em comunidade.

E continua o Ministro lembrando que:

Se é certo que se prevê como dever do Estado facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade, bem como, de outro lado, a necessária disponibilização do ensino primário gratuito e compulsório, é igualmente certo inexistir qualquer limitação da educação das pessoas

Neste contexto, a rejeição pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta que pretendia desobrigar as entidades privadas dos termos de acessibilidade estabelecidos pela Convenção da Pessoa com Deficiência determinou um claro e inequívoco posicionamento da Suprema Corte com o projeto de inclusão das pessoas com deficiência na sociedade brasileira.

#### 4.2 OS EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA EM PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO

Uma declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade poderia provocar dois tipos de efeitos, dependendo do meio processual utilizado. Se utilizarmos o controle difuso em que a análise da constitucionalidade se dará em sede de caso concreto em uma via ordinária, a decisão, que vale apenas para as partes do processo “*inter partes*”, ainda poderá ser discutida em outras instâncias. Se, porém, utilizarmos uma ação própria para o controle “*in abstracto*” a decisão proferida, apesar de valer para todos “*erga omnes*” e vinculantes para todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública federal, estadual, distrital e municipal, mas não admitirá a interposição de recurso.

A Confederação ao ajuizar a ação perante o Supremo Tribunal Federal buscou efeitos “*erga omnes*”, ou seja, para todos. Optou por discutir perante o Supremo Tribunal Federal. E estava perfeitamente legitimidade a tanto. A

Constituição Federal da República lhe assegurava, como entidade representante dos estabelecimentos de ensino.

Mas ao escolher a via, escolheu também os efeitos da decisão. No caso, como o processo era perante o Supremo Tribunal Federal, os efeitos eram para todos. E mais, pelo texto do artigo 28, da Lei 9868-99, os efeitos eram vinculantes, ou seja, todos estavam submetidos à decisão.

Ao ajuizar a ação, sabia a entidade de classe autora que uma decisão favorável, seria imposta a todos. De outro lado, uma decisão desfavorável...implicaria a perda, em todo o território nacional, da tese defendida. O artigo 28 deixa claro que os efeitos da decisão são para todos e vinculam a todos, partes ou não do feito.

A autora decidiu pedir para todos. E estava legitimada para tanto, como já visto. Ao obter uma decisão contrária, no entanto, por nove votos a um, vinculou todas as escolas do país ao teor da decisão.

Poucas decisões do Supremo Tribunal Federal tiveram tanta veemência na decisão, um placar tão folgado e relevador da predominância do espírito de inclusão. Um verdadeiro marco na história do Supremo Tribunal Federal e na história da educação! Uma decisão preocupada com o “outro”, ajustada aos comandos constitucionais de promover o bem de todos.

E já vimos que o resultado largo e nove votos a um deixou claro o direito à inclusão das pessoas com deficiência. Assim, hoje, todo e qualquer estabelecimento de ensino é obrigado a matricular e manter pessoas com deficiência em seus quadros, fruto da decisão do Supremo Tribunal Federal.

A importância da decisão do Supremo Tribunal Federal se revela, dentre outras características, pelo seu efeito geral e vinculante. Seria importante, nessa passagem, falar um pouco sobre tais efeitos. A Confederação autora poderia ter ajuizado uma medida simples, em um juiz de primeiro grau; poderia usar um processo comum, onde os efeitos seriam apenas entre as partes, sempre com possibilidade de

se chegar ao Supremo Tribunal Federal. Não foi assim, no entanto, que o feito foi ajuizado.

A Confederação preferiu usar a competência do artigo já mencionado para levar o tema diretamente ao Supremo Tribunal Federal, usando a ação direta de inconstitucionalidade. Esta, como já afirmado, tem efeito vinculante e efeitos para todos (erga omnes). Isso fez com que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, conforme a Constituição Federal, em seu artigo 102, parágrafo segundo<sup>10</sup> e pela Lei n 9869, no parágrafo único do artigo 28, seja aplicada a todas as escolas e a todos os estudantes do Brasil. E nenhum juiz do Brasil, em qualquer das comarcas brasileiras, pode decidir de forma contrária à decisão do Supremo Tribunal Federal. Isso significa efeito vinculante e erga omnes.

Com isso, todas as escolas estão obrigadas a receber estudantes com deficiências, não importando nem a deficiência e nem tampouco o grau de ensino.

A obrigação ficou solidificada com a decisão da Corte Suprema. Se escolhesse outra via, a decisão poderia chegar até o Supremo Tribunal Federal. Ou nem chegar até lá, porque poderia esbarrar nos inúmeros obstáculos processuais para que se evitasse um atolamento dos processos na Corte Suprema.

A escolha da autora, no entanto, foi de buscar a decisão perante a Corte Suprema. E sua tese foi vencida por nove votos a um, com a ausência justificada de um Ministro.

Portanto, o direito à inclusão ficou assegurado de maneira inequívoca pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeitos que exigem do juiz de primeiro grau, do juiz do Tribunal Estadual ou Federal, que siga os ditames fixados pelo Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>10</sup> Parágrafo segundo, do artigo 102: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A decisão vale para todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública em todas as suas esferas, só escapa à sua autoridade a atividade do poder legislativo que, no entanto, fica condicionada pelos limites constitucionais. O fato é que existem temas de tanta relevância para o constituinte que este ao criar o texto de 1988 estabeleceu que alguns deles não poderiam ser subtraídos da sua tutela.

Por aí a Constituição Federal de 1988 elegeu como “clausula pétrea” os direitos e garantias individuais, registrando que não poderá ser objeto de deliberação a proposta de Emenda à Constituição que seja tendente a abolir estes direitos. Se consideramos que a inclusão da pessoa com deficiência é direito individual de duplo aspecto podemos concluir que não está o legislador autorizado a legislar em desconformidade com o que decidiu o Supremo Tribunal Federal, e, mais importante: não poderá haver reforma da Constituição que retire este direito incorporado pela Convenção da Pessoa com Deficiência.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Toda a trajetória de efetivação dos valores estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 serve de pano de fundo para o desenvolvimento do nosso raciocínio. Inicialmente pela questão formal da inclusão dos tratados internacionais sobre direitos humanos no sistema normativo brasileiro, o que só foi pacificado com a reforma da Constituição pela Emenda n.º 45 que acrescentou o parágrafo 4º ao artigo 5º da Constituição, autorizando a incorporação com “*status constitucional*” de tratados internacionais que preenchessem dois (02) requisitos: i) versar sobre direitos humanos; deliberação pelo quórum de 3/5 dos votos e dois turnos de votação do Congresso Nacional.

A alteração da Constituição permitiu a inclusão de dois tratados internacionais com o valor da Constituição: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Tratado de Marraqueche, ambos tratando de pessoas

com deficiência evidenciando dois aspectos da questão: a preocupação internacional com o tema e a identificação do parlamento brasileiro com a sensibilidade da questão.

A supremacia constitucional importa e dizer que o texto constitucional deve servir de fundamento de validade para todas as demais normas do sistema jurídico de um país. Assim, é preciso que sejam retirados do sistema todos os comportamentos incompatíveis com os preceitos constitucionais. No campo jurídico esta tutela é exercida através de um sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Para a aferição da lei n.º 13.146/15 que disciplinando a Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência cria no Brasil o Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi utilizado o controle de constitucionalidade “in abstrato”, que com ações próprias delimita os autores legitimados, o Supremo Tribunal Federal como foro de competência e reflexos em toda a estrutura normativa estatal.

A decisão proferida na ADIn 5357 é caracterizada pela sua irrecorribilidade e por produzir efeitos para todas as pessoas (*erga omnes*) e vinculante em relação a todos os demais órgãos do poder judiciário e da administração pública federal, estadual, distrital e municipal. Fica defeso o comportamento discordante com os termos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. O próprio poder legislativo deve limitar sua atividade legiferante ao reconhecimento do Supremo Tribunal Federal de que a inclusão da pessoa com deficiência no ambiente de ensino é direito individual.

O tema está resolvido, portanto. E resolvido a favor da inclusão. Resolvido para acolher todo estudante com deficiência na rede regular de ensino. A escola deve ser acessível. Mas isso não é decorrência desta decisão. É decorrência da lei, que determina que os ambientes das escolas sejam acessíveis. E os prazos dados pela lei já estão esgotados há muito tempo. Portanto, o ambiente deve ser acessível e acolhedor. Esta característica imposta pela decisão do Supremo Tribunal Federal.

A decisão foi histórica. E um marco no processo educacional do Brasil. Com isso, toda criança com deficiência (ou sem deficiência) terá direito a lugar obrigatório na escola, pública ou privada. E poderá conviver com crianças sem deficiência. Como muito bem apontado no voto do Ministro Relator, Edson Fachin, há um duplo direito assegurado; da pessoa com deficiência, que poderá se incluir socialmente, especialmente no ambiente da educação, da escola regular e daqueles que vão conviver com a criança com deficiência, porque vão conviver com as diferenças, com as dificuldades e terão sempre presentes que há diferenças entre os seres humanos. E que elas, diferenças, fazem parte da sua natureza e devem ser levadas em consideração. E não é porque são “diferentes” que não podem estudar, aprender, desenvolver suas habilidades.

Por fim, uma palavra: o ensino, com uma pessoa com deficiência na sala de aula, vai impedir o fluxo normal do programa de ensino? Provavelmente, exigirá dos professores e gestores um esforço maior. No entanto, o lucro dessa relação é evidente, porque misturará diferenças, mesclará habilidades e não habilidades tudo para permitir a inclusão desse grupo e o aprimoramento daqueles que não tem deficiência e que poderão aprender, conviver e desenvolver solidariedade, afeto, companheirismo, independentemente do ritmo que isso tome.

## 6. REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NEME, Eliana Franco. Proteção das pessoas com deficiência. In: NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Manual de direitos difusos**, São Paulo: Verbatim, 2009.

ARAUJO, Luiz Alberto David Araujo. **Pessoas com deficiência e o dever constitucional de incluir. A ação direta de inconstitucionalidade n. 5357; uma decisão vinculante e muito sinais inequívocos**. São Paulo: Verbatim, 2018.

BATISTA, Cristina Abranches Mota e MANTOAN, Maria Teresa Egler. **Educação inclusiva: atendimento educacional especializado para a deficiência mental**.

Disponível em <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/defmental.pdf> . Acesso em 02/01/2021.

BRASIL. Ministério da Educação. **Relatório do Parecer da Câmara da Educação Básica do Conselho Nacional de Educação CNE/CEB nº 17/2001 sobre a Educação Especial**. Brasília: 2001.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. **Marcos Político Legais da Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva** / Secretaria de Educação Especial. - Brasília: Secretaria de Educação Especial, 2010. Disponível em:

[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=6726-marcos-politicos-legais&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=6726-marcos-politicos-legais&Itemid=30192). Acesso em 02/01/2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **O Acesso de Alunos com Deficiência às Escolas e Classes Comuns da Rede Regular**. Brasília: 2008. Disponível em:

<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/revinclusao5.pdf> . Acesso em 02/01/2021.

CROSARA RESENDE, Ana Paula; VITAL, Flavia Maria de Paiva. Coord. **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, Brasília, 2008.

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIENCIA. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm). Acesso em 02/01/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). ADIN nº 5357, Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290>, texto completo com decisão integral. Acesso em 02/01/2021.

MAIOR, Izabel de Loureiro. **A política de inclusão da pessoa com deficiência como questão de direitos humanos**. Revista Científica de Direitos Humanos. Brasília, 23 Nov. 2018. Disponível em <https://revistadh.mdh.gov.br/index.php/RCDH/article/view/21/6>. Acesso em 02/01/2021.

*Data da submissão: 05/01/2021*

*Data da primeira avaliação: 25/03/2021*

*Data da segunda avaliação: 25/03/2021*

*Data da aprovação: 25/03/2021*

**A INEXISTÊNCIA DE ISENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE  
TERRITORIAL PREDIAL E URBANA (IPTU) AO IDOSO: UMA  
AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA?**

**THE ABSENCE OF EXEMPTION FROM THE TAX ON LAND PROPERTY  
PREDIAL AND URBAN PROPERTY (IPTU) TO THE ELDERLY: An  
AFFRONT TO THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN  
PERSON?**

**Ludmila Vital Januzzi<sup>1</sup>**

**Renata Martins de Souza<sup>2</sup>**

**RESUMO:** O presente artigo tem como escopo por observar as mudanças ocorridas na sociedade, bem como as garantias fundamentais tangentes à pessoa humana, levando-se em conta o direito de propriedade, com total enfoque a pessoa do idoso a fim de se responder à seguinte questão: estaria a inexistência de isenção do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU) infringindo ao princípio da capacidade contributiva e conseqüentemente ao princípio da dignidade da pessoa humana? A fim de solucionar essa problemática, o estudo passará por uma breve análise do princípio da capacidade da pessoa humana, pela tributação com o objetivo de se compreender melhor o princípio da capacidade contributiva, pelas características intrínsecas a pessoa idosa, levando-se em conta uma breve explanação da psicologia no que diz

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campos – Minas Gerais. Pós-graduanda em Direito Previdenciário pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Pós-graduanda em Direito Tributário pela PUC – Minas. Graduada em Direito pelo Instituto Doctum. Atuou como advogada voluntária, em todas as áreas do direito em assistência jurídica aos idosos no Instituto Dona Dochinha. Advogada militante na área de Direito Tributário. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5275421999673612>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1456-7249>. E-mail: [ludmilavitaljanuzzi@hotmail.com](mailto:ludmilavitaljanuzzi@hotmail.com).

<sup>2</sup> Doutora em Direito Público pela PUC/MG, sob a orientação do Professor José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior. Mestre em Teoria do Direito pela PUC/MG. Professora da graduação da Rede Doctum, lecionando os conteúdos de Direito Constitucional. Professora orientadora do Grupo de Iniciação Científica do Programa Interdisciplinar de Capacidade Discente – PICD na Faculdade Doctum de João Monlevade, Curso de Direito. Coordenadora do Juridicando, periódico jurídico do corpo Discente, além de outros ilustres colaboradores. Defensora Pública do Estado de Minas Gerais, atuando como Coordenadora do órgão de Execução da Defensoria de João Monlevade. Membro do Conselho Editorial da Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Integrante da Banca Examinadora do VIII Concurso Público de Provas e Títulos, para Ingresso na Carreira da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9478176276809613>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3029-4639>. E-mail: [renata\\_martin@hotmail.com](mailto:renata_martin@hotmail.com).

respeito ao significado de moradia para a pessoa idosa.

**Palavras-chave:** Pessoa Idosa. Moradia. Isenção. Capacidade Contributiva.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to observe the changes occurring in society as well as the fundamental guarantees tangent to the human person, taking into account the right of property as a total focus on the elderly person in order to answer the following question: would there be no exemption from the Tax on Urban Territorial Property (IPTU) violating the principle of contributory capacity and consequently the principle of human dignity? In order to solve this problem, the study will go through a brief analysis of the principle of human capacity, through taxation in order to better understand the principle of contributory capacity, by the intrinsic characteristics of the elderly person, taking into account a brief explanation of psychology with regard to the meaning of housing for the elderly.

**Keywords:** Elderly. Home. Exemption. Contributory Capacity.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A tributação e o princípio da dignidade da pessoa humana; 3. IPTU e arrecadação aos municípios; 4. O estatuto do idoso e os direitos fundamentais; 5. A aplicação de isenção de tributação aos idosos em alguns municípios; 6. Considerações finais; 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A presente análise busca abordar sobre a inexistência de isenção do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU) a pessoa idosa.

O estudo é relevante frente ao regime adotado pelo Estado Soberano Brasileiro, Estado Democrático de Direito, que impõe o dever do poder público garantir o respeito às liberdades civis, ou seja, respeito aos direitos humanos e garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica, e hodiernamente, em se tratando da matéria tributária, garantir em especial o direito à propriedade, à livre iniciativa e à lealdade da concorrência.

E para cumprir o seu dever de garantir a segurança jurídica, o Estado se depara com numerosas dificuldades para fazer valer seu poder de tutela jurisdicional, cumprindo destacar o tamanho do território brasileiro, considerado território continental, aliado às práticas elisivas e ilícitas adotadas por grande parte dos contribuintes.

Devido às mencionadas dificuldades, o legislador constituinte resolveu por bem dividir a capacidade soberana do Estado Brasileiro, de modo a distribuir a competência tributária, na tentativa de dotar todos os entes federados de receita própria, para assim, exercerem a sua autonomia. Deste modo, a Constituição da República Federativa Brasileira, instituiu as seguintes espécies tributárias: imposto, taxa, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e contribuições especiais. Para dotar cada ente federado de receita própria partilhou a competência tributária entre todos os entes federados, utilizando dois mecanismos, um partilhando a competência e outro determinando o rateio do produto arrecadado com determinados tributos.

Para ratear a competência, o legislador constituinte utilizou dois critérios: o primeiro, classificado como critério legal, partilhou a competência privativa e a competência residual; o segundo mecanismo, através do critério de contraprestação dos serviços públicos, partilhou a competência comum.

Destarte, o tributo analisado nesta pesquisa é o Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) em face da partilha comentada, teve a sua competência outorgada pela própria Constituição Federal de 1988, aos Municípios.

Deste modo, vigora o Imposto sobre a Propriedade Predial Territorial e Urbana (IPTU) como sendo uma das maiores contribuições municipais.

Ocorre, que mediante as diversas considerações no que refere aos contribuintes do referido imposto, em diversos municípios se observa um grande desamparo ao idoso, posto que o mesmo possui características próprias da idade e sendo, portanto, impeditivas ao labor e até mesmo a resolução de problemas do próprio cotidiano. Neste aspecto, colide-se com a seguinte questão: estaria à inexistência de isenção do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU) infringindo ao princípio da capacidade contributiva e conseqüentemente ao princípio da dignidade da pessoa humana?

No intuito de identificar uma possível solução para a problemática acima, a

presente pesquisa se pautará em uma pesquisa dogmática instrumental, almejando assim conhecer as incoerências do sistema jurídico vigente, relacionando com a área da psicologia a fins de se obter uma perspectiva mais apurada sobre a problemática em questão.

É neste fim que a pesquisa apoia suas perspectivas por intermédio de obras doutrinárias, de grandes autores como Carraza (2017), segundo o qual as pessoas devem pagar impostos de modo a não verem comprometidos seus direitos fundamentais, e no nosso ilustre doutrinador Coêlho (2018), segundo o qual tributo viria a significar inegavelmente uma forma contra a dominação do poder Estatal, bem como aborda um estudo mais aprofundado acerca do imposto ora em análise.

## **2. A TRIBUTAÇÃO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A compreensão dos conceitos desenvolvidos ao longo deste artigo pressupõe o estudo sobre a dignidade da pessoa humana, a qual, além de ser considerada um dos fundamentos do Estado, segundo prescreve a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88, art. 1º), é também definido um atributo intrínseco e característico do ser humano, e que o torna detentor do direito de ver realizada e ter protegida, pela comunidade e pelo Estado, esta sua qualidade essencial.

Deveras, com amparo na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, que prescreve que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo”, a Constituição brasileira também assegura ao princípio da dignidade da pessoa humana o caráter instrumental contra toda e qualquer forma de opressão.

Segundo assinala Agra (2018, p.155):

A dignidade da pessoa humana representa um complexo de direitos que são inerentes à espécie humana, sem eles o homem se transformaria em coisa, res. São direitos como vida, lazer, saúde, educação, trabalho e cultura que devem ser propiciados pelo Estado e, para isso, pagamos tamanha carga tributária. Esses direitos servem para densificar e fortalecer os direitos da pessoa humana, configurando-se como centro fundante da ordem jurídica.

Com isso, evidencia-se a necessidade de toda a legislação considerar o homem como um fim em si e nunca como um meio de consecução de determinado resultado. Nesse contexto, estando o Estado brasileiro comprometido com a dignidade da pessoa humana, com a efetivação dos direitos fundamentais e como outras finalidades constitucionais, tal como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, deve também o Fisco se ocupar de não suprir o indivíduo de bens materiais essenciais à garantia da sua subsistência e de respectiva família. Ou seja, a despeito de apresentar-se a tributação como alicerce indispensável a que o Estado desenvolva suas atividades típicas, a dignidade da pessoa humana é também aplicável ao Direito Tributário, que impõe ao Fisco a necessidade de proteção do contribuinte e observância de sua capacidade contributiva.

Convém anotar, quanto a esse ponto, uma importante reflexão quanto ao que se deve esperar sobre o Estado Democrático de Direito sobre essa perspectiva, fornecida por Menéndez (2001, p.76), ao tratar da Teoria Normativa de Direito Fiscal:

A first limit to a normative theory of democratic tax law is that it applies only to those circumstances under which human co-operation is both possible and necessary. Firstly, we resort to arguments of justice when we face claims which interfere with each other and we feel (or have verified) that no empirical technique could settle the dispute. Disputes about how the tax system should be shaped could be seen as a paradigmatic case of an issue which no technocratic knowledge can decide without controversy. Justice-talk is felt necessary under such circumstances, because, to put it in a metaphorical way, we "talk" about our disagreements instead of fighting them. This already contains an implicit reference to the conditions of possibility of justice. Secondly, the basic enabling condition of justice-talk is that those disagreeing recognise the capacity of others to be reasonable, which includes the capacity to have a sense of fairness. All this implies a willingness to justify actions and to act according to acceptable reasons. It is quite clear that in the absence of such conditions, justice might become

a mere strategic option. This justifies the claim made by liberal authors that democratic institutions, which give an institutional format to justice talk, face the risk of disintegration if they are not anchored to a democratic culture • However, there is no need of defining the latter in terms other than civic ones.

Faz-se necessário, dessa forma, reconhecer que Direito Tributário cuida não só do poder estatal de tributação, mas, sobretudo da limitação deste poder de forma a evitar arbitrariedades ao poder estatal quanto à relação jurídica fisco-contribuinte.

Partindo desse pressuposto, frisa-se que uma das conquistas mais marcantes do constitucionalismo, liberalismo foi a tão denominada isonomia formal, que se encontra também expressa na Constituição da República de 1988 tanto em seu art. 3º, III e IV, quanto em seu art.5º, o qual fora assim inspirado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em seu art. 1º.

O conceito de isonomia formal encontra-se relacionado à necessidade de tratar a todos de forma equivalente, atendendo à lei, fomentando que as pessoas, cada qual com seus meios e condições, construam, assim, as oportunidades de crescimento sem a intervenção do Estado. Todavia, tem-se que a referida tentativa de abstenção estatal não ensejou a tão esperada igualdade entre os cidadãos por vez que o Estado não observou a história de cada povo, tratando todos em mesmo grau de condições desde o nascimento.

Nesse aspecto, surgiu assim a necessidade de se instaurar o Estado Social, de forma a preocupar com o bem-estar de todos. Fazendo surgir assim à igualdade material, aquela que se entende por tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que estes se desiguam. Ensinamento este originário a partir de *Duguit*, que por sua vez, reproduziu o pensamento de Aristóteles.

Assim, há de se compreender que com a instauração do Estado Social passou a existir discriminações permitidas no ordenamento jurídico brasileiro de forma a confirmar o princípio da isonomia, sendo que a preocupação maior do Estado passou

a ser com relação à igualdade eficaz por intermédio da dinamicidade e flexibilização do princípio da isonomia.

Já com a Ruptura do Estado Social, no Estado Democrático do Direito Brasileiro, houve uma ampliação do conceito de direito social, criando assim o direito fraternal, exigindo assim do Estado uma postura mais proativa que se deve antepor aos fatos buscando controlar a sociedade baseado nas premissas da justiça, solidariedade, pluralismo e ausência de preconceitos. Tendo por prerrogativa a garantia dos direitos fundamentais quais sejam: direitos civis e políticos, sociais e coletivos e os direitos transindividuais.

Assim, pautada pela constatação de que a solidariedade deve embasar a tributação, impõe-se, logicamente, a necessidade de estabelecer limites para que a tributação não lesione diretamente os bens individuais dos contribuintes.

Ganha destaque, neste ponto, o princípio da Capacidade Contributiva, que possui previsão expressa no art. 150, II da CF/88, o qual dispõe:

Art.150 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:  
II- Instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos [...] (BRASIL, 1988).

A tributação, portanto, encontra-se atrelada ao princípio da solidariedade, na medida em que se constata a preocupação do legislador constituinte em estabelecer a capacidade contributiva como um postulado da igualdade, reforçando o ideal do justo distributivo na seara tributária.

Tecidas essas breves considerações sobre a relação entre a tributação e o princípio da dignidade da pessoa humana, impõe-se o estudo do Imposto sobre a Propriedade Predial, considerado um dos princípios tributos municipais.

### 3. IPTU E ARRECADAÇÃO AOS MUNICÍPIOS

Tomando por base o texto da Constituição, é possível observar que o legislador constituinte pátrio adotou técnicas de prescrever áreas dentro das quais as pessoas políticas podem exercer a tributação. Moldou, assim, um sistema de distribuição de competências.

Por competência tributária entende-se como a aptidão jurídica de criar tributos, *in abstracto*, descrevendo suas hipóteses de incidência, seus sujeitos passivos, sujeitos ativos, a base de cálculo e a alíquota. Entendendo assim, como ato de administrar: legislar, arrecadar, fiscalizar. Podendo inclusive, o ente titular de tal competência vir a aumentar o tributo, minorá-lo ou até mesmo dispensar o seu pagamento.

Deste modo, na Constituição Federal de 1988 se encontram trilhados, de forma rígida, os limites para o exercício da tributação. Não podendo assim, o ente titular da competência tributária, vir a modificá-la, nem delega-la, nem renunciá-la em prejuízo da satisfação do bem estar social; sendo admissível tão somente que o mesmo deixe de exercê-la ou que a exerça apenas em parte.

O imposto predial territorial urbano (IPTU) está delimitado pelo art. 156, I da Constituição Federal, em consonância com o art. 32 do Código Tributário Nacional. Tal que pelo art. 156, I estabelece a Constituição Federal Brasileira de 1988 a competência do referido imposto aos municípios e tem como fatos geradores a posse de bem imóvel por natureza ou acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

Para uma melhor análise do referido tributo, tem-se que levar em consideração que o imposto é uma espécie de tributo, cuja prestação é obrigatória, e tem por fato gerador uma situação que independe de qualquer atividade estatal específica.

O conceito de propriedade propriamente dito, neste caso, provém do Código

Civil em seu art. 1228, segundo o qual dispõe que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

A aquisição dessa propriedade pode dar-se pelas seguintes situações expressas no Código Civil (2002): a) usucapião (art. 1.238 a 1244; b) registro do título (art. 1245 a 1247); c) por acessão (art. 1248 a 1259); e d) por sucessão hereditária (art. 1.784).

A perda da propriedade por sua vez, tem como causas específicas, dentre outras: a) alienação; b) a renúncia; c) o abandono; d) o perecimento da coisa; e) a desapropriação (estão expressas no art. 1.275 do Código Civil de 2002). As demais causas decorrem da usucapião, acessão, dissolução de casamento e morte natural. Tal que temos também o que decorre da desapropriação-sanção quando o contribuinte não arca com as prestações obrigacionais de pagar o tributo.

Por bem imóvel, segundo nos expõe o Código Civil de 2002, se compreende o solo e tudo o que for a ele incorporado de forma natural ou artificial, não perdendo essa característica as edificações que mesmo separadas do solo, continuem com sua característica unitária ainda que removidas para um outro local; e os materiais provisoriamente separados em um prédio para nele se reempregar (art. 81 do CC/2002).

Por Zona Urbana se compreende o que consta no Código Tributário Nacional, o qual expõe em seu art. 32, §§ 1º e 2º:

§ 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal, observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos dois dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I- Meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II- Abastecimento de água;

III- Sistema de esgoto sanitários;

IV- Rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V- Escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel construído;

§ 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

Assim, considera-se contribuinte o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio ou o possuidor a qualquer título, isto nos conformes do art. 34 do CTN.

Por sua vez, proprietário, conforme nos expressa o art. 1228 do CC/02, é aquele que tem a faculdade de usar, gozar, dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de que injustamente a possua ou detenha. Algo importante nos acresce Paulsen (2016, p. 366):

Adquire a propriedade do imóvel mediante registro do título translativo no Registro de Imóveis. Enquanto não se registrar o título, o alienante continua sendo o dono do imóvel. O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo (art. 1245 e 1246, Código Civil, combinado com a Lei federal nº 6.015, de 31.12.73, que dispõe sobre os registros públicos).

Desta feita, caracteriza-se como contribuinte o titular de domínio útil (art.682 do CC/02), o superficiário (art. 1.371 do CC/02), o possuidor na qualidade de promitente comprador, desde revelem efetiva capacidade econômica.

Conforme prescreve o art. 33 e parágrafo único do Código Tributário Nacional Brasileiro, a base de cálculo é calculada em conformidade com o valor venal do imóvel não se considerando o valor dos bens móveis mantidos em caráter permanente ou temporário, para efeito de sua utilização, exploração, aformoseamento ou comodidade.

Tal que a apuração pode ser realizada pela Prefeitura segundo normas e métodos específicos, levando em conta as características de toda a área urbana, em função de diversos elementos. Devendo tal procedimento, culminar a edição de uma Planta Genérica de Valores, de forma a constituir assim, um parâmetro para efeito de consideração do adequado valor venal, por representar os reais elementos do mercado imobiliário.

Apesar de o IPTU ser considerado como uma das mais importantes fontes de renda para os Municípios cumpre destacar que existe a possibilidade de isenção de pagamento do referido imposto para idosos, conforme será visto a seguir.

#### **4. O ESTATUTO DO IDOSO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Com o surgimento da Lei 10.741 de 2003 (Estatuto do Idoso), implantou-se em nosso ordenamento um sistema próprio de direitos e garantias aos idosos.

Dentro de tal regramento ficou assim estabelecido no *caput* do art. 10 o seguinte: “É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar a pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos individuais e sociais, garantido na Constituição e nas leis”.

Nestes moldes frisa-se o direito de o idoso obter para si o conforto de uma residência própria devendo a mesma ser assegurada não só pelo próprio Estado como também pela própria sociedade, uma vez que condiz esta com o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste aspecto tem assim apregoado ao idoso o Direito a Moradia.

Conforme já visto, um Estado Democrático de Direito representa árduo e legítimo esforço, a fim de proteger o homem por meio do reconhecimento e da positivação de seus direitos fundamentais.

Dentre esses direitos e garantias fundamentais, encontra-se o direito de propriedade, que deverá atender a sua função social, nos conformes do art. 182, §2º e 186 da Constituição Federal de 1988. Ocorre, no entanto, que esse direito não é absoluto, podendo ser desapropriado caso a propriedade não cumpra com sua função social, ocorrendo à denominada desapropriação.

Cumpre destacar que no tocante à propriedade urbana a desapropriação-sanção é a última medida que se impõe tal que primeiramente se dá o parcelamento ou edificação compulsórios e em seguida à imposição de Imposto Predial Territorial

Urbano (IPTU) progressivo no tempo.

Deste modo, conforme se observa, a desapropriação-sanção teria de advir assim do não cumprimento da propriedade com a sua função social ou até mesmo em alguns casos de ilícitos nos quais não se haveria de falar assim em indenização a parte desapropriada. Dentro desses ilícitos se encontram elencados: a) culturas ilegais de plantas psicotrópicas; b) exploração de trabalho escravo. Nestes últimos casos, serão as propriedades, expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular.

Ocorre que em alguns casos a expropriação também decorre da penhora de bens por falta de pagamento ao Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU). Imposto este de competência dos municípios, conforme abordamos anteriormente. Porém, muito se vê que a moradia é, contudo, um bem essencial e que vai a conluio com o mínimo existencial humano. Neste mesmo sentido, nos complementa Canotilho (2018, p. 330):

A afirmação da propriedade como um direito e como uma garantia fundamental consagrado na moldura do artigo 5º da Constituição de 1988 derivou da inclusão no ordenamento jurídico de um paradigma de novas modalidades de reconhecimento de garantias às novas situações proprietárias, incidindo sobre bens móveis e imóveis, materiais e imateriais, e às dimensões da personalidade a despeito do caráter meramente patrimonial.

Ocorre que ainda sim, por diversas vezes os idosos vêm tendo seus imóveis, que se encontram regimentados como bens de garantia fundamental, como a própria moradia, penhorada por falta de pagamento do Imposto Predial Urbano. Interferindo até mesmo de os próprios idosos gozarem de seu direito de herança, haja vista que pela incapacidade financeira dos mesmos em arcar com tais gastos tangentes ao imóvel, por diversas vezes acaba por ocasionar um estrave a diversos outros direitos como a saúde e o lazer.

#### 4.1 DIREITO DE HERANÇA E SUA APLICABILIDADE AOS IDOSOS

Como consequência do direito de propriedade exsurge o direito de herança do art. 5º, XXX da Constituição Federativa Brasileira de 1988. Neste sentido, temos que conforme nos preceituam os autores Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 29): “sob o prisma eminentemente jurídico temos que a morte, em sentido amplo é um fato jurídico, ou seja, um acontecimento apto a gerar efeitos.”.

Deste modo, ocorrida à abertura da sucessão pelo evento morte muitas consequências jurídicas advêm desse fenômeno e uma delas é o ato da quitação dos impostos que é por sua vez atribuída aos seus legatários. Ademais, também nos acrescem Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, (2015, p. 39) que: “Tal estado de coisas começou a se modificar a partir da construção do princípio Droit de Saisini, que implica o reconhecimento de uma transmissão imediata dos bens do falecido a seus herdeiros”.

Ademais, temos ainda o que expõe o art. 131 do Código Tributário Nacional Brasileiro:

São pessoalmente responsáveis:

I - o adquirente ou remitente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos; (Redação dada pelo Decreto Lei nº 28, de 1966)

II - o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão do legado ou da meação;

**III - o espólio, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da abertura da sucessão. (GRIFO NOSSO).**

Deste modo, em um primeiro momento o direito taxativo não se faz a respaldar aos legatários que não possuam as devidas condições de dar prosseguimento ao legado que lhes fora deixado, em especial aqui se falando sobre as condições financeiras. Ademais assim nos apregoa Gilmar Mendes (2018, p.438):

Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo.

Ocorre que nem todos idosos conseguem usufruir de tais bens por lhe faltarem diversas vezes uma renda que possam dispor a fins da quitação de tributos e o principal deles que tem gerado maiores dificuldades é o Imposto Predial Urbano, que por diversas vezes ocasiona a perda desses estabelecimentos imobiliários.

#### 4.2. DA FALTA DE RENDA PARA ALGUNS IDOSOS E A DIFICULDADE COM A TRIBUTAÇÃO

Conforme se verifica do aumento da população de idosos no Brasil houve uma modificação da estrutura familiar, uma vez que os jovens têm deixado para sair de casa mais tarde. Ademais, com as instabilidades atuais de mercado têm os idosos arcado, assim, por diversas vezes, financeiramente com a família.

Por outro lado, não se deve desconsiderar também o fato de que os idosos que conseguem atualmente se aposentar, não raras vezes, se vêm obrigados a partilhar seus recursos entre os demais membros da própria família. Ocasionalmente assim, condições insuficientes para a aquisição de medicamentos.

Outro ponto importante a ser levado em consideração é que os idosos apresentam características de envelhecimento dos tecidos como um todo: o sistema muscular se modifica, ocorrendo um aumento dos diâmetros da caixa torácica e do crânio, há uma redução de arco dos pés, um aumento do pavilhão auditivo e nariz, um aumento da coluna e alterações nos discos intervertebrais.

Além dessas mudanças, muitos ainda passam por uma perda considerável da visão ao atingir tenra idade, consequência da cegueira, catarata, da própria degeneração muscular. Outro ponto importante a ser também considerado é que após

os 80 anos o olfato declina e a audição também diminui consideravelmente. Outro ponto também, a ser levado em consideração é que com a velhice ocorre uma diminuição na velocidade de processamento de informações, acarretando assim uma consequente alteração da memória ocorrendo perdas sinápticas. Deste modo, a memória operacional ela fica comprometida, alterando assim a capacidade de raciocínio do idoso.

Como se pode observar, é por inúmeras peculiaridades do próprio envelhecimento que os idosos já não conseguem mais trabalhar.

Muito embora os que mais necessitam sofram de isenção do imposto de renda, ainda sim, por diversas vezes a quantia de que dispõem não é suficiente para manter o imóvel, seja ele próprio seja ele de família e como consequência acabam perdendo o imóvel e condições como saúde, lazer dentre outras qualidades primordiais por não conseguirem lidar com o desamparo com relação aos impostos que recaem sobre o imóvel e acabam assim afetando a saúde mental dos mesmos.

Nesse sentido, nos acresce ainda a Zimmerman Guit.I (2007, p. 36):

Se a casa tem muita importância para a maioria das pessoas, para o velho assume um papel ainda mais relevante, pois é dentro dela que ele vai passar a maior parte de seu tempo. Seja morando sozinho ou com outras pessoas – na casa dos filhos, por exemplo – o velho precisa sentir-se confortável e seguro. O ideal, se vai morar na casa de alguém, é que tenha um quarto só para ele, onde possa preservar sua intimidade e ter seus pertences ao alcance.

Muitas vezes a casa onde o velho passou quase a vida inteira até então, amou, criou os filhos, sofreu perdas e ganhos, está grande demais para ele, tornando-se necessário transferi-lo para uma casa menor ou para um apartamento. Mas é importante notar que essa mudança pode acarretar uma sensação de perda, já que aquela casa conta a história de uma vida inteira.

Como se observa, a residência é um apoio assistencial ao idoso, por vez que não é só o lugar onde ele depositou suas expectativas, mas sim sua história. E nesta perspectiva, cumpre ainda crescer que as mudanças ocasionadas em uma vida de juventude se divergem muito de uma mudança ocasionada na velhice.

## 5. A APLICAÇÃO DE ISENÇÃO DE TRIBUTAÇÃO AOS IDOSOS EM ALGUNS MUNICÍPIOS

Alguns municípios como São Paulo, do Estado de São Paulo já vêm implementando formas de isenção do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), mediante ao cumprimento de alguns quesitos, conforme se expõe:

- Ser aposentado, pensionista ou beneficiário de renda mensal vitalícia;
- Não possuir outro imóvel no município;
- Utilizar o seu único imóvel como residência;
- Rendimento mensal que não ultrapasse 3 (três) salários mínimos no exercício a que se refere o pedido, para isenção total;
- Rendimento mensal entre 3 (três) e 5 (cinco) salários mínimos no exercício a que se refere o pedido, para isenção parcial;
- O imóvel deve fazer parte do patrimônio do solicitante;
- O valor venal do imóvel de até R\$ 1.310.575,00.

Como se faz perceber há a exigência de vários critérios para que seja então concedida a isenção, desde a idade que pode variar entre 60 e 65 anos para a concessão do referido direito, bem como também a renda mensal que deve ser variante entre 3 ou 2 salários-mínimos total, o tamanho do imóvel e o valor venal do mesmo devem ser levados em consideração.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o todo exposto, pode-se averiguar que os idosos não vêm tendo observado os direitos da dignidade da pessoa humana no que se refere à cobrança do Imposto Predial Territorial Urbano, uma vez que por diversas vezes eles não possuem a devida equiparação em grau de igualdade material com relação aos demais cidadãos. Isto em se levando em consideração que possuem eles características peculiares de raciocínio e fisionomia que os demais jovens possuem. Bem como, a aposentadoria

não se apresenta rentável, e diversas vezes essa se divide entre os familiares e os gastos de saúde dos mesmos.

Bem como, se observa também que por diversas vezes além de terem que lidar com o fato de poderem vir a perder sua residência pela ausência de quitação do IPU, isto se levando em conta que não são todos os municípios que garantem os idosos de sua garantia de moradia, os idosos têm também que lidar com preocupações maiores como a própria herança.

Muitos idosos não possuem um meio de provir com uma venda de um imóvel, e muito menos de sustentar dois imóveis. Isto frente aos impostos que recaem sobre a propriedade e a transação imobiliária.

Ademais, o que muito se verifica ocorrer na prática é que diversas vezes esses idosos possuem mais de um imóvel, e não conseguem nem manter um imóvel nem o outro, ficando assim ambos os imóveis recaídos em dívida ativa para com a Receita Municipal.

Uma possível forma de solucionar o vigente problema poderia ser ou com a reforma tributária tornando os idosos imunes quando cumpridos alguns requisitos para além da idade juntando assim com capacidade contributiva, qual seja a renda, o valor venal do imóvel junto à metragem específica. De forma a tornar mais fácil a transferência desses imóveis a um terceiro.

## 9. REFERENCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

CURIA, L.R; CÉSPEDES, L., ROCHA, F.D. da. **Vadmeccum acadêmico de direito**

Saraiva. 20.ed.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2020.

MÉNENDEZ, Augustin José. **Justifying Taxes:** Some Elements for a General Theory of Democratic Tax Law. Springer and Philosophy Library – V.5. 2001.

PAULSEN, L; MELO, J.E.S.de. **Impostos:** Federais, Esatduais e Municipais. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

CANOTILHO, JJ. G. et al. Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil:** Direito das Sucessões. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ZIMERMAN, Guit I. **Velhice:** Aspectos Biopsiquicossociais. Porto Alegre: Artamed, 2007.

Secretaria Municipal da Fazenda de São Paulo. **Isenções IPTU.** Disponível em: <<https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/fazenda/servicos/iptu/index.php?p=2462>>. Acesso em: 12 ag. 2020.

*Data da submissão: 30/09/2020*

*Data da primeira avaliação: 07/12/2020*

*Data da segunda avaliação: 04/12/2020*

*Data da aprovação: 09/02/2021*

**CONSTITUIR, ORDENAR Y ORGANIZAR DESDE LA FICCIÓN:  
NARRATIVAS JURÍDICAS Y LITERARIAS QUE FUNDARON EL  
ESTADO ARGENTINO**

**CONSTITUIR, ORDENAR E ORGANIZAR A PARTIR DE FICÇÃO:  
NARRATIVAS JURÍDICAS E LITERÁRIAS QUE FUNDARAM O  
ESTADO ARGENTINO**

**Gonzalo Ana Dobratinich<sup>1</sup>**

**RESUMEN:** Desde los aportes epistemológicos que ofrece el vínculo “derecho y literatura”, el presente trabajo tiene como propósito para examinar la incidencia que tuvieron las narraciones literarias en la formación del Estado Argentino en el siglo XIX. Numerosas/os autoras/es se han valido del recurso de la ficción como herramienta para desplegar y transmitir determinadas perspectivas ideológicas con marcada incidencia en el ámbito del derecho. Las perspectivas de orden, organización y constitución del Estado Argentino, se plasman en textos literarios de manera previa al despliegue que luego tendrán en los textos jurídicos. Narrativas como *La Lira Argentina*, *La cautiva*, *El matadero*, *Amalia* o *Facundo*, permiten visibilizar no solo procesos estéticos de creación y producción sino también marcadas posiciones jurídicas sobre la forma de estructuración política.

**Palabras clave:** Filosofía del Derecho; Derecho y literatura, ficción; Historia constitucional; Narratología.

**RESUMO:** A partir das contribuições epistemológicas oferecidas pelo vínculo "direito e literatura", o presente trabalho visa examinar a incidência que as narrativas literárias tiveram na formação do Estado argentino no século XIX. Muitos autores têm utilizado o recurso da ficção como ferramenta para expor e transmitir certas perspectivas ideológicas com forte impacto no campo do direito. As perspectivas de ordem, organização e constituição do Estado argentino se refletem em textos literários

---

<sup>1</sup> Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “A. L. Gioja” (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina). Doctorando en Derecho (Universidad de Buenos Aires - Universidad de Málaga, España). Magister en Filosofía del Derecho (UBA). Profesor (UBA-UNPAZ). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6548-8700>. E-mail: [gonzalooanadobra@gmail.com](mailto:gonzalooanadobra@gmail.com).

anteriores, que posteriormente aparecerão nos textos jurídicos. Narrativas como *La Lira Argentina*, *La cautiva*, *El matadero*, *Amalia* ou *Facundo*, permitem tornar visíveis não só processos estéticos de criação e produção, mas também posições jurídicas fortes sobre a forma de estruturação política.

**Palavras-chave:** Filosofia do Direito; Direito e literatura ficção; História constitucional; Narratologia.

**Sumario:** 1. Introducción; 2. Independencia, ficciones y estado; 3. Escritura y constitución del estadio bárbaro; 3.1 Poesía; 4. Conclusiones; 5. Referencias.

## 1. INTRODUCCIÓN

*La literatura ha venido a ocupar, en unas condiciones históricas que no son simplemente lingüísticas, un lugar siempre abierto a una suerte de juridicidad [juridicité] subversiva.-  
La filosofía como institución*

La literatura argentina desdobra una fuente valiosa e inagotable de concepciones teóricas y modelos de lectura en torno a lo jurídico (CÁRCOVA, DOUGLAS PRICE, RUIZ, 2014, pp. 15-22; CIURO CALDANI, 1991, pp. 37-39; MARÍ, 2002, pp. 217-254; MARTYNIUK, 2011, pp. 55-68, ROGGERO, 2015, pp. 9-28). La escrupulosa escritura de Borges que recita “Bienaventurados los que no tienen hambre de justicia, porque / saben que nuestra suerte, adversa o piadosa, es obra del azar, / que es inescrutable” (BORGES, 2013, p. 328), ¿puede encontrar su correspondencia con la liviandad profana de Arlt que escribe “qué regocijo nos engrandece las almas cuando quebrantamos la ley y entramos sabiendo en el pecado”? (ARLT, 2004, p. 32). Este fascinante contrapunto debate un modelo de literatura y una forma de comprender el metalenguaje estético de lo cotidiano (MARTYNIUK, 2006, pp. 15-18). Pero también no podemos pasar por alto que las formaciones literarias se inmiscuyen en temáticas jurídicas, lo que nos autoriza una lectura en clave “iusliteraria” (CALVO GONZÁLEZ, 2016b, p. 12; CALVO GONZÁLEZ, 2018, pp. 3-44; CALVO GONZÁLEZ, 2019, pp. 105-137). Esta unión debe comprenderse desde las condiciones que comparten en paralelo desde las

discontinuidades, rupturas, refuerzos, niveles y encuadres que se producen entre ambas disciplinas (FOUCAULT, 2008, pp. 18-19).

En uno de sus pasajes, la universal obra de Sarmiento, *Facundo o civilización y barbarie en las pampas argentinas* expone: “En las ciudades había libros, ideas, espíritu municipal, juzgados, derechos, leyes, educación, todos los puntos de contacto y de mancomunidad que tenemos con los europeos” (SARMIENTO, 1962, p. 61). La preocupación que obliga a la prosa, suspende el referente global y permite la pluralidad de significados. El autor mismo, directa o indirectamente, nos propone una lectura de perspectivas jurídicas. Desde esta ecuación metodológica podremos hacer una lectura y tomarnos la licencia de proponer claves interpretativas en torno a otros textos literarios cardinales.

## 2. INDEPENDENCIA, FICCIONES Y ESTADO.

*Los poetas son los legisladores no reconocidos del mundo.-  
A defence of poetry*

El período conocido como “Formación del Estado Argentino” se inicia con la Revolución de Mayo de 1810 y culmina con la organización de un nuevo gobierno tras la batalla de Caseros en 1852. En esta etapa sucederán hechos nodales para la futura constitución y organización de la Argentina. Junto a los importantes eventos políticos, emergen producciones jurídicas y literarias de suma importancia.

Las primeras décadas del siglo XIX, estarán marcadas por la temática de la independencia. Serán una constante, la diferenciación y exclusión de toda perspectiva colonialista. Figurado desde los límites que comprende el territorio argentino para esos tiempos, la formación discursiva busca fundamentar una identidad estatal capaz de rechazar toda intervención foránea. Esta delimitación se verá plasmada en el contenido de las producciones epocales tanto en el derecho como la literatura.

Constantes cambios de gobierno, diferentes concepciones sobre la idea de

representación, pugnas por el ejercicio del poder de manera central o federal, cuestionamientos sobre la legitimidad del gobierno y el sustento legal de sus actos. En estos términos, los dilemas iusfilosóficos se centran en el estudio de modelos de constitución del Estado bajo una norma general, la construcción de una identidad propia en el imaginario social, la justificación del fundamento de la autoridad, la articulación de los niveles del poder, el despliegue de la ideología.

Dada la novedad de sus propuestas, importantes instrumentos legales tendrán lugar en este período. La Asamblea General Constituyente, conocida como la Asamblea del Año XIII<sup>2</sup>, adoptó el principio jurídico de la “Ley de vientres”, ordenó reglamentos como el *Estatuto del Supremo Poder Ejecutivo de Argentina*<sup>3</sup> y emitió disposiciones que decretaban la unicidad institucional e ideológica, como la “Marcha Patriótica en las Provincias Unidas del Río de la Plata”, conocida luego como el Himno Nacional. Sentó las bases para el posterior desarrollo de sus dos propuestas centrales que no pudo llevar a cabo, por un lado declaración de la independencia, plasmada posteriormente en el *Acta de la declaración de la Independencia de las Provincias* de 1916 y por otro lado, la redacción de la Carta Magna.

La pertenencia física debía estar respaldada en la huella respetable que imprime la escritura con sustento en una ficción. Calvo González escribe en este sentido:

La Constitución es, por último, una ficción por ser Derecho. Sólo la mirada estrecha puede vincular la idea ficcional a simulación, engaño o fantasía. La ficcionalización constitucional, aunque tenga relación con determinadas etapas ideológicas de la gestación del texto, encuentra su momento determinante con *la escritura de su relato*. Es eso lo que, asimismo le sucede a toda posible escritura jurídica. La ficcionalización a la que me refiero es; así, el relato es la condición intra-ficcional del Derecho. Considerada desde la teoría narrativista la Constitución es ficción, es un gigantesco dispositivo ficcional, de trascendentales repercusiones para todo el sistema jurídico-político. La escritura del relato constitucional

<sup>2</sup> Congreso de diputados de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Su duración fue desde el 31 de enero de 1813 hasta el 24 de enero de 1815.

<sup>3</sup> Instrumento legal aprobado el día 27 de febrero de 1813 con el fin de organizar y fijar las facultades del Poder Ejecutivo y se fijaron sus facultades.

ficcionaliza la realidad porque la somete a un *ars inventia disponendia*, y así la constituye. (CALVO GONZÁLEZ, 2016a, pp. 54-55).

La monumental estructura se sostendrá en adelante sobre una hipótesis (KELSEN, 2010, pp. 150-157). La posterior aparición de la Constitución en 1853, propondrá un quiebre que supera el espacio jurídico. Su composición imprime una determinada forma de sociedad. Pero las formas de orden y organización no estaban claramente dirimidas. Las diferencias y luchas de poder corrieron la mirada de afuera y se centraron en la interioridad. La otredad ascendía nuevamente y se disputaba entre ideas centralistas y federalistas. Variadas especulaciones, debates doctrinarios y luchas armadas, dejaban entrever el carácter violento de la palabra jurídica. La historia de la Constitución no puede ser analizada sin tener en cuenta los acontecimientos bélicos de Caseros, Cepeda, Pavón<sup>4</sup> y la aparición de figuras como Rosas, Urquiza, Mitre<sup>5</sup>. En estas instancias, los arqueos históricos se volverán laberínticos e inagotables.

Estos momentos puntuales y complejos del espacio jurídico serán circundados por una literatura antecedente y consecuente. Leyes, proclamas y dictámenes convivirán con textos literarios e incidirá la forma de su narrativa<sup>6</sup>. Esa cercanía será muy importante dada la función pedagógica que proponen.

Una obra se enclava como central, no solo por el peso de su autor sino por la capacidad anticipatoria del instrumento constitucional así como la densidad conceptual de su contenido. Ocho años antes de la aprobación de la Carta Magna, aparece *Facundo o civilización y barbarie en las pampas argentinas* (1845). Originalidad de un texto que se proyecta más allá de su estética:

<sup>4</sup> En el orden citado, las batallas acontecieron el 1 de febrero de 1820, 3 de febrero de 1852 y 17 de septiembre de 1861 respectivamente.

<sup>5</sup> En el orden citado, ejercieron el poder ejecutivo entre 1835-1852, 1854-1860 y 1862-1868, respectivamente.

<sup>6</sup> Destáquese la importancia de los periódicos y revistas para la difusión de acontecimientos políticos y publicación de literatura nacional, v. gr. *La Gaceta de Buenos Ayres, Telégrafo mercantil, El censor, El observador americano, Argos, La abeja argentina, El centinela*.

Su hipótesis se refiere a un texto que juega en los límites entre la novela y el ensayo, cuyo propósito es definir el cambio social desde su denuncia respecto a la violencia política en su época, reconociendo las cualidades estéticas que permiten acceder con mayor facilidad a su propuesta sociológica. *Facundo* representa un modelo de racionalidad y textualidad en las ciencias sociales latinoamericanas. (ALVARADO, 2000, p. 103)

El *Facundo* irrumpe como un centro desde el cual salen y hacia el cual llegan otras producciones literarias que mantienen las mismas preocupaciones de su tiempo como verdaderas luchas de emancipación.

El concepto de nación, el impulso del movimiento romanticista sumados al padecimiento del ostracismo retórico o físico, aglutinarán a toda una generación literaria. El compromiso y preocupación de los/as escritores/as que surgen, permiten un valioso espectro de herramientas para análisis iusfilosóficos. Sin poder agotar la totalidad de obras, podemos citar a *El Corro* (1820) de Juan Gualberto Godoy; *Reflexiones sobre las causas morales de las convulsiones internas en los nuevos estados americanos y examen de los medios eficaces para reprimirlas* (1836) de Juan Ignacio Gorriti; *La cautiva* (1837) y *El Matadero* (1839-1840) de Esteban Echeverría; *El gigante Amapolas y sus formidables enemigos, o sea fastos dramáticos de una guerra memorable* (1842) de Juan Bautista Alberdi; *Misterios del Plata* (1852) de Juana Manso. A ello se suman autoras/es como Catalina Allen de Bourel, Félix Frías, Florencio Varela, Rosa Guerra, Benjamín Villafañe, José Antonio Wilde, Juan María Gutiérrez, María Sánchez de Thompson, Pedro Echagüe, Petrona Rosende de Sierra.

De manera sintomática, la literatura se autopercibe como instrumento de compromiso social. Los variados géneros literarios permiten el ingreso de cuestiones políticas. En este sentido en la poesía se destaca *La Lira Argentina o Colección de las piezas poéticas, dadas a luz en Buenos Aires durante la guerra de su Independencia* (1824) de Vicente López y Planes, Esteban De Luca, Fray Cayetano Rodríguez, Juan Crisóstomo Lafinur, Juan Cruz Varela, Fray Francisco de Paula Castañeda, Antonio José Valdez. En la prosa serán *El matadero* (1840) de Esteban

Echeverría y *Amalia* (1851) de José Mármol. Al igual que el *Facundo*, las obras nos instan a tomar posición ante la dicotomía binaria planteada desde los cuerpos textuales jurídicos: nacional o extranjero, ciudad o campo, conquista o desierto, unitario o federal, libertad o esclavitud, en definitiva, civilización o barbarie.

Estos escuetos pliegues literarios poseen una fuerte carga conceptual. Contienen toda una cosmovisión sobre las ideas de sistematización cultural de la Argentina y del derecho como relato que desde su escritura constituye el orden imaginario ficcional de la sociedad (CALVO GONZÁLEZ, 2018, pp. 349-364).

### 3. ESCRITURA Y CONSTITUCIÓN DEL ESTADIO BÁRBARO

*Facundo, genio bárbaro, se apodera de su país; las tradiciones  
de gobierno desaparecen, las formas se degradan,  
las leyes son un juguete en manos torpes.-  
Facundo o civilización y barbarie en las pampas argentinas*

#### 3.1 POESÍA

La época de la emancipación fue poco propicia a la novela. La poesía o la simple versificación constituyeron la forma de acción literaria. En épocas de ideas y pretensiones independentistas de inicios del siglo XIX, *El Cancionero de las invasiones inglesas* (BARCIA, RAFFO, 2010, pp. 5-15) es un claro ejemplo de la activa participación de la literatura en torno a los hechos de su tiempo, en donde los conflictos militares se graficaban desde la estética poética. En este sentido, las composiciones que forman *La Lira Argentina* (1824) dan cuentas de la nueva literatura con aspiraciones de independencia. Iniciativa de fray José Camilo Henríquez González que no logra prosperar. Será en el marco de la celebración del sexto aniversario de la declaración de Mayo, donde aparece mediante el decreto del gobernador de Buenos Aires, Martín Rodríguez junto a su ministro y futuro presidente Bernardino Rivadavia.

Una serie de encuentros y desencuentros, lo ubica a Ramón Díaz como compilador y editor de obra impresa en París. Considerada como el primer tomo de los anales de la poesía del Río de la Plata, el conjunto de los poemas patrióticos escritos representaron un homenaje a la Revolución de Mayo y a las grandes gestas patrióticas que le siguieron. Al mismo tiempo, se daba cumplimiento a la primera hazaña editorial argentina: “En sus quinientas veinte páginas reúne ciento dieciocho composiciones, y sólo están presentes los panegiristas de Mayo y de los hechos revolucionarios” (FUCITO, 2010, p. 68).

Las composiciones intentaban reflejar el apasionamiento y el vigor expresivo de estos cantores inaugurales de la nacionalidad. La patria recién nacida es para ellos, el motivo poético por excelencia y así lo expresa Fray Cayetano Rodríguez, uno de los poetas más celebrados de la época: “La patria es una nueva musa que influye divinamente” (CASIVA, 2006, p. 325).

Desde la *Marcha Patriótica* de Vicente López y Planes, la *Canción Patriótica* de Esteban de Luca o los gritos de libertad de Fray Cayetano Rodríguez en su *Oda*, se proclama y da cuentas de un nuevo proceso signado por la autodeterminación, la necesidad de la constitución de un orden y el sostenimiento del derecho patrio frente a la opresión y la injusta violencia del colonizador: “El padre a sus hijos / Pueda decir: / ‘Gozad de derechos / Que no conocí’” (ROSEMBERG, 1967, p. 15).

Los triunfos de las armas patrióticas, la muerte de los héroes y la esperanza de la libertad inspiraron una poesía vehemente, exaltada, en la que se conjugan los recursos poéticos del neoclasicismo con los hombres y la tierra americana. Las pretensiones de libertad que se desprenden de sus líneas superan y dejan en un segundo plano el aspecto estético (HÄBERLE; LÓPEZ BOFILL, 2015, pp. 46-59). La acción predomina sobre la dicción e invita a constituir las nuevas bases y lineamientos que hacen de la literatura y todos los espacios sociales una Argentina independizada a principios del siglo XIX, un proceso diferenciado de los modelos

europesos:

La América al fin entró / Al goce de sus derecho / Así quedan satisfechos /  
Tantos suspiros que dio. / Su constancia consiguió / Destruir al  
maquiavelismo / Y hacer que con heroísmo / Jure todo americano / Eterna  
guerra el tirano, / Guerra eterna al despotismo. (ROSEMBERG, 1967, p.  
87)

*La lira argentina* manifiesta el surgimiento de la nacionalidad. Se destacan allí las ideas de patria y nación, se exige el cambio de lenguaje como propuesta de cambio representacional del entorno (BALDERSTON, FOSTER, HALPERIN DONGHI, MASIELLO, MORELLO FROSCH, SARLO, 2014, p. 18). Las palabras sostienen y fundan las nuevas perspectivas independentistas que pretenden erigirse. La fibra heroica adquiere su entusiasmo por un lado por la diferencia que se establece con el invasor en términos étnico, religiosos, lingüísticos, políticos, ideológicos. Por otro lado, las memorias, las tertulias, estados de ánimos que incitan a la producción inmediata de una literatura revolucionaria, capaz de expresar un sentimiento mítico, comprimido y denso de identidad compartida:

No será así: gozosa se sonrío / La humanidad con tal plausible nueva. /  
Vedla volver sus ojos con ternura / Saludando a este asilo venturoso /  
Desde Asia y Europa, donde gime / En medio de la paz de los sepulcros. /  
Que atreviese el Atlántico; la esperan Leyes humanas bajo un dulce clima /  
Y en los campos inmensos la abundancia. (ROSEMBERG, 1967, p. 90)

### 3.2 PROSA

Si en épocas del proceso independentista, la poesía fue la forma de expresión característica, en los años de tiranía, caudillismo, centralismo y ostracismo, la prosa ocupará la centralidad. Una forma literaria que establecerá vínculos el movimiento artístico literario del romanticismo:

Es precisamente este romanticismo, incorporando ideas de Herder, de

Savigny y Vico que hace pie, entre otros textos, en el *Dogma socialista* de Esteban Echeverría, en *Fragmento preliminar al estudio del derecho* de Juan Bautista Alberdi y, agrega Torchia Estrada, en el *Facundo* de Sarmiento, y en la *Memoria sobre los resultados generales con que los pueblos antiguos han contribuido a la civilización de la humanidad*, de Vicente Fidel López. (...) Todos ellos, tomaron una franca actividad política liberal y contraria al gobierno de Rosas, lo que les valió el exilio, retornando luego de la batalla de Caseros a seguir su obra. (MARÍ, 2002, p. 215)

El romanticismo expondrá sus marcas distintivas en el desarrollo de la originalidad, la creatividad, el subjetivismo e individualismo, la libertad de la métrica y el culto a la idea del espíritu del pueblo. Argentina no será la excepción, en donde “el Romanticismo entra en Buenos Aires importado de Francia por Esteban Echeverría” (FUCITO, 2010, p. 91).

El autor argentino, pertenece al movimiento intelectual conocido como la “generación del 37”, la cual mantiene una marcada posición política. Su poema épico, *La cautiva* (1837) abrirá las puertas al romanticismo rioplatense. Dicha producción, interpelará el espacio jurídico al exponer las costumbres que no se adecuan al canon de civilización, nación y estética de pueblo (GALATI, 2015, pp. 131-138). Relato heroico que democratiza su lectura desde sus espacios comunes. Una mujer fortalecida, un soldado de pueblo, el sanguinario y feroz indio, la pampa latente: “Súbito ella se incorpora; / de la pasión que atesora / el espíritu inmortal / brota en su faz la belleza, / estampando fortaleza / de criatura celestial, / no sujeta a ley humana” (ECHEVERRÍA, 1967, p. 41).

Si *La cautiva* presenta la problemática por fuera de las fronteras de la ciudad, *El matadero* (1938) lo hará hacia su interior. La pugna por el poder, los abusos y el modo de entender la justicia desde la dicotomía entre unitarios y federales, se plantean desde las aperturas y los velos que permite la cruda y realista metáfora literaria. Actos atroces se vinculan con viles lenguajes. La defensa literaria se propone desde el ataque directo a lo que acontece en los corrales de la época rosista, en donde al compás de alguna refalosa, los matarifes de cuño federal ejercen juicios *ad hoc* que

se debaten entre la retórica y la violencia.

Todo en *El matadero* parece desbordarse. Se exagera, se agranda y espectaculariza. Las ideas totalizantes de cuño religioso, las jaurías, las bandadas de rapiña, los brillos de los cuchillos, la algarabía de los carniceros (RODRÍGUEZ, SALVADOR, 2005, p. 78). La escena aturde, repugna, molesta. Un tumulto constante de cuerpos armados signados por la bestialidad:

- ¿No sabes que lo manda el Restaurador? / - La librea es para vosotros, esclavos, no para los hombres libres. / - A los libres se les hace llevar a la fuerza. / - Sí, la fuerza y la violencia bestial. Esas son vuestras armas, infames ¡El lobo, el tigre, la pantera, también son fuertes como vosotros! Deberíais andar como ellos, en cuatro patas. (ECHEVERRÍA, 1967, p. 41)

El cuadro obscuro (*ob-scenus*) se presenta bajo un rojo intenso, como un bambalín capaz de aforar lo que sucede (LOJO, 1991, pp. 42-45). Lo jurídico será un tema cardinal aquí. Las formas de juzgamiento ocuparán parte esencial en su armado para concluir en el calvario del joven unitario, sacrificio necesario para hacer emerger la obra. Una muerte inimputable, desconocida, nadie ha puesto su mano. Sin embargo, la falta de contacto con el cuerpo no implica la ausencia de la violencia que permite el carácter inmaterial del poder jurídico.

El cuerpo no muestra lo que la ley ya imprimió con antelación. A simple vista, el sujeto ha muerto sin intervención de terceros. Para ello será necesaria la figura del juez:

Juez del matadero, personaje importante, caudillo de los carniceros y que ejerce la suma de poder en aquella pequeña república, por delegación del Restaurador. Fácil es calcular qué clase de hombre se requiere para el desempeño de semejante cargo. (ECHEVERRÍA, 1967, p. 68)

Su persona conduce la escena y maneja el relato, permite la consecución de la obra y de todo lo que en ella sucede:

Alguna tía vieja salí furiosa en persecución de un muchacho que le había embadurnado el rostro con sangre, y acudiendo a sus gritos y puteadas los compañeros del rapaz, la rodeaban y azuzaban como los perros al toro, y llovían sobre ella zoquetes de carne, bolas de estiércol, con groseras carcajadas y gritos frecuentes, hasta que el juez mandaba restablecer el orden y despejar el campo. (ECHEVERRÍA, 1967, p. 71)

En ese ambiente reducido, el mismo Echeverría rompe el estado literario y reconoce una clara identificación mimética con la realidad. Todo lo que sucede allí bien acontece de manera difusa pero articulada en todos los intersticios de la sociedad, entre los cuales se encuentra el espacio jurídico: “Simulacro en pequeño era este del modo bárbaro con que se ventilan en nuestro país las cuestiones y los derechos individuales y sociales” (ECHEVERRÍA, 1967, p. 71).

Sin poder sostener el efecto ficcional, Echeverría constantemente se entromete indirectamente en la obra. A través de sus personajes, la alegoría y la semejanza, tendrá sus opiniones sin reparos, en tanto entiende el vínculo que existe entre lo literario, lo jurídico y lo político. Estos espacios deben comprenderse en el programa estético de la literatura, la cual debe “revestir un carácter propio y original, debe reflejar los colores de la naturaleza física que no rodea, sea a la vez el cuadro vivo de nuestras costumbres, y la expresión más elevada de nuestras ideas dominantes” (ECHEVERRÍA, 1967, p. 81).

Pinceladas de fina ironía pretenden dar cuenta, tal como lo indica en el *Dogma Socialista*, como la literatura funciona como instrumento de denuncia y de cambio frente a la práctica política y el ejercicio arbitrario de los derechos:

Malgastaríamos el trabajo estérilmente, echaríamos un nuevo germen de desacuerdo, destructor de la homogeneidad y armonía del progreso americano, para acabar por no entendernos en literatura, como no nos entendemos en política. (...) nos parece absurdo ser español en la literatura y americano en política. (ECHEVERRÍA, 1967, p. 112)

En este espacio, se destacará otra obra representativa de la prosa romanticista. *Amalia*, de José Mármol, será la primera y más popular novela argentina, traducida

en varias lenguas y fomentadora de obras teatrales y cinematográficas. Lo que permite hablar no solo de un cuerpo literario que destaca al Mármol novelista sobre el poeta, sino de un valioso documento social, histórico y jurídico.

Una historia de amor mediada por las implicancias políticas, sociales y legales contextualizadas en la Confederación Argentina, durante el mandato del político y militar Juan Manuel de Rosas. Las persecuciones ideológicas, las proscripciones confinadas al destierro, las detenciones sin justa causa, las constantes intervenciones en la vida privada, la imposibilidad de reunión, la inminente necesidad de exiliarse en el exterior por sostener otro pensamiento político, la violencia como forma de acceso a la justicia, son los avatares por los cuales transcurre *Amalia* y que no pueden entenderse sin analizar los efectos que las decisiones del gobierno rosista tuvieron en las relaciones humanas: “Si nadie me hace justicia, aquí está quien me la ha de hacer (...), señalando el lugar de la cintura en que acababa de guardar su cuchillo, bajo un enorme chaleco dorado” (MÁRMOL, 1967, p. 23).

No podemos escindir toda producción sin ubicar espacio-temporalmente al individuo que la realiza así como tampoco podemos entender un hecho o acontecimiento sin al menos intentar comprender la totalidad de causas que lo provocan. Ambas consideraciones nos llevan a reflexionar que para entender *Amalia* es necesario ubicar históricamente a su autor. Al igual que sus personajes, José Mármol es producto de su época, se encuentra mediado por las circunstancias que lo implican. Para Mármol la participación política y la producción literaria serán dos caras de una misma moneda. Desde sus primeros intentos por introducir otras perspectivas ideológicas en la Argentina, el autor de *Amalia* se vio enfrentado al poder de turno, encabezado por Juan Manuel de Rosas. La concatenación de hechos en los cuales se verá implicado, como su breve paso por la prisión, lo va a posicionar políticamente en sus producciones. No hay que esperarse un sinfín de metáforas, ni nombres inventados cuyas iniciales coinciden con la de personajes reales de la época, tampoco atajarse de antemano que vamos tener que interpretar un sinfín de ironías,

por el contrario, desde sus primeras páginas y rodeada de un ambiente enigmático, *Amalia*, nos pone al tanto de cuál es su posicionamiento.

Su escritura tendrá una doble función. Por un lado, una función estética-informativa. Sus textos signados por el romanticismo, deja ver todo su temperamento apasionado, las ideas como grandes estandartes, los aires de libertad poetizados, los sentimientos que se imponen y protegen al amor alado frente a todo pensamiento racional. Por otro lado, será una función performativa. En este intento de transmitir conocimientos, el texto literario constituye subjetividades. Las máximas que se pueden identificar y resaltar en las lecturas son instrumentos y herramientas para posicionar el conocimiento de una determinada manera. El acto de construcción del relato de *Amalia* va unido a todo un acopio social. José Mármol no es su productor ascético sino que lleva consigo toda una carga de intereses, emociones, motivaciones y elecciones propias. *Amalia* y su narración narran a lo largo de sus cinco partes, una manera de pensar al imaginario jurídico.

### 3.3 ECLECTICISMO Y UNIÓN

Varias formas de clasificación son posibles en tanto hablamos de posiciones jurídicas, políticas o literarias. La forma de clasificación de una obra bien puede pensarse desde su estructura interna o desde hechos externos. Si indagamos en esta última forma, podríamos reunir autores que han compartido características comunes en términos políticos-jurídicos como es el caso del destierro. El análisis político desde esta circunstancia proscriptiva, se plasmará en las obras literarias:

La obra de los proscriptos ha de buscarse, por un parte, en los géneros propiamente literarios- novela, teatro y poesía – fuertemente influidos todos ellos por la política, y, por otra, donde el acervo es más abundante, en el periodismo partidista, en la oratoria dentro y fuera del Parlamento, en la prosa constructiva. (DARNET DE FERREYRA, 1950, p. 266)

Escrita en el exilio, la obra *Facundo o civilización y barbarie en las pampas*

*argentinas* (en adelante *Facundo*) de Domingo Faustino Sarmiento, es considerada una de las obras más importantes de la literatura hispanoamericana. Ella no solo representa un gran desarrollo a nivel literario, sino un profuso estudio político, jurídico, sociológico, geográfico y antropológico de su época:

El *Facundo* no es sociológico – aunque alude a una perspectiva social., ni tampoco biografía, ni ensayo histórico, ni novela, sino combinación de todo ello. Lo mismo puede decirse de *Amalia* de J. Mármol. Todas estas obras buscan analizar la realidad social y política del país y tratar de entender las causas del gobierno imperante. (FUCITO, 2010, p. 105)

Para comprender las consideraciones que se desgajan desde la óptica “civilización y barbarie” (PIGLIA, 2016, p. 52), debemos incursionar en el contexto y las implicancias que éste tuvo en la espada, la pluma y la palabra de su autor:

Un gran libro, un libro que tiene la estructura de un espejismo. (...) Construye una interpretación que dura hasta hoy, podríamos llamarla la mirada extralocal (...) Lo real es falso, hay que construir una copia verdadera. Lo notable es que ese libro ha logrado imponer esa duplicación como construcción histórica. En lo real todo parece estar desdoblado, el juego de oposiciones prolifera; en ese sentido el *Facundo* es como un virus: todos los que lo leen empiezan a ver civilizados y bárbaros. (PIGLIA, 2014, p. 25)

Precursora del subgénero “novela del dictador”, da muestras de las conexiones existentes ente el poder y todos los ámbitos sociales. Desde un punto de vista puntualmente jurídico, la dicotomía expuesta por Sarmiento nos indica la pugna existente en el siglo XIX en torno a la necesidad de institucionalizar el derecho. Sobre dicho terreno, el mismo autor, años más tarde se pronunciará de forma inmediata y a libro cerrado sobre el proyecto del Código Civil de Vélez Sarsfield.

La bipolaridad conceptual “civilización-barbarie” es el recurso metafórico del que se vale el escritor a fin de dar cuentas y ponderar el pensamiento civilizado, constitucional, europeo por sobre el pensamiento bárbaro, arbitrario y americano. *Facundo* se presenta inabarcable (UNAMUNO, 1957, pp. 89-95). Su lectura es

pasible de análisis desde una multiplicidad de disciplinas. Cada línea nos obliga a tener conocimientos de las diferentes ramas del saber. Hemos de encontrar elementos geográficos que nos hacen caminar por las tierras desconocidas, análisis antropológicos que nos dan cuenta de las facciones y concepciones del individuo, consideraciones políticas que de un modo u otro moldean el pensamiento nacional, instrumentos jurídicos que buscarán basamento en concepciones iusfilosóficas, estudios sociológicos que nos muestran la conformación de la Argentina del siglo XIX.

El *Facundo* es una máquina polifacética: tiene circuitos, cables, funciones variadísimas, está llena de engranajes que conectan redes eléctricas, trabaja con todos los materiales y todos los géneros. En ese sentido funda una tradición. La serie argentina del libro extraño que une el ensayo, el panfleto, la ficción, la teoría, el relato de viajes, la autobiografía. Libros que son como lugares de condensación de elementos literarios, políticos, filosóficos, esotéricos. En el fondo esos libros son mapas, hojas de ruta para orientarse en el desierto argentino. (PIGLIA, 2014, pp. 25-26)

Su obra tendrá esa capacidad de condensar un sentido, que recorre desde los primeros días de la independencia hasta el momento en el que se sientan las bases jurídicas de la Nación Argentina. Y como tal, delimita formas de visualización tanto en el aspecto literario como en el jurídico. *Facundo* se presenta de manera ecléctica y difícilmente clasificable bajo un canon exclusivo. Diversas serán las posiciones respecto de la forma de clasificación del texto. Pensado como un contrato de lectura, el género literario establece un acuerdo entre el autor y el lector con un previsible derrotero de lectura. Sin embargo:

El *Facundo* no permite que el lector mantenga un programa genérico constante; esta no es una estrategia particularmente inusual, puesto que el desafío de las convenciones genéricas es un procedimiento frecuente que aguja el interés, ni hay que olvidar que esta heterogeneidad se ajusta a los códigos literarios vigentes en la época de composición del texto. Pero lo excepcional aquí es que el lector se ve obligado a cambiar de programas, de una porción del texto a la otra, ajustando su actitud de lectura según exigencias bastante heterogéneas, por lo que se dan clasificaciones

variadas. (SORENSEN GOODRICH, 1988, p. 574)

Profusamente traducido, sujeto a una miríada de estudios desde las más diversas ópticas hacen que sea una de las obras más estudiado del período. En ella corren en simultáneo dos textualidades diferentes pero con un mismo punto de contacto, en tanto se presenta como un ensayo sociológico que recurre a los recursos y estrategias propios de la novela:

La perspectiva ética inherente al texto es por lo tanto el puente que une la defensa de valores propia del ensayo con la dimensión eminentemente estética de la novela: por ello los valores de Sarmiento se constituye en una estrategia narrativa primordial. (ALVARADO, 2000, p. 107)

Desde una perspectiva jurídica, la obra también habilita los estudios iusliterarios. En *Facundo*, el análisis de la Constitución tendrá un papel nodal:

Los conflictos jurídicos y culturales se hicieron evidentes en el choque entre el proyecto del país que, (...) anunciado ya en el *Facundo* (es decir, como lo indica el subtítulo referido, *Civilización y Barbarie*) y plasmado en la Constitución de 1853-60. (CALVO GONZÁLEZ, 2008, pp. 3-28)

*Facundo* condensa la prosa. Lejos de reducirse a una crítica puntual a la figura de Rosas, su propósito se atomiza a la generalidad cultural (RODRÍGUEZ PÉRSICO, 2012, pp. 15-25). La dicotomía será necesaria así para poder expresar no solo la voluntad jurídica del pueblo argentino adosada a dirigencias bien personalizadas, sino “también un mundo que estaba en el porvenir y otro que se iba retirando” (CIURO CALDANI, 1986, p. 108). Tanto en términos literarios como jurídicos, la obra logra la ubicuidad al reactualizar dilemas sociales. Estos binomios se presentan como independentismo-colonialismo, centralismo-federalismo, civilización-barbarie. El análisis se presenta en términos duales y Sarmiento toma posición: “Había antes de 1810 en la República Argentina dos sociedades distintas, rivales e incompatible; dos civilizaciones diversas; la una española, europea,

civilizada, y la otra bárbara, americana, casi indígena” (SARMIENTO, 1962, p. 59).

Desde allí, el *Facundo* congrega una idea determinada para constituir la Argentina a los fines de continuar “la obra de rehabilitación de lo justo y de lo digno” (SARMIENTO, 1962, p. 19). Necesidad de establecer el orden constitucional del país en términos legales, a los fines de consolidar el cambio político. Sus aportes lo llevarán a ser considerado uno de los principales precursores del movimiento constitucional junto a Juan Bautista Alberdi, cuyas diferencias y enconos se verán de plasmados en varios de sus textos, para luego encontrarse nuevamente en otras circunstancias al momento de llevar a cabo el Código Civil (D’AURIA, 2004, p. 277).

La relación de Sarmiento con el espacio Constitucional desde la lectura del *Facundo* permite interesantes posibilidades iusliterarias (CLAVELL, 2015, pp. 22-26; PALADIN, 2011, pp. 47-56). Juan Vicente Sola sostiene que: “Su principal contribución y la que perdura en la Argentina moderna por encima de los demás constituyentes es su visión de la Constitución como un proceso (VICENTE SOLÁ, 2016, pp. 5-36).

En el *Facundo*, se expone esta intención de unir la nación desde la legitimidad. El contrato social expresado en términos constitucionales debía ser llevado a cabo mediante la delimitación de los espacios. En este sentido, su compromiso pedagógico, sus ideas, sus profusas lecturas, el espacio de su intimidad, el género escindido desde su visión dual de la cultura, su construcción de la otredad, las impresiones de sus viajes que abren su función periodística y las experiencias constitucionales de otras latitudes, son elementos para comprender su posición. Sarlo expone:

Cuando escribe *Facundo*, Sarmiento no conoce Buenos Aires; tampoco conoce Córdoba, ni Tucumán. Escribe de lo que no ha visto jamás: escribe con los libros sobre la mesa, a partir de testimonios de viajeros y de lo que ha oído decir; se acerca a la ciudad desde afuera, desde ciudades extranjeras o imaginadas. Para Sarmiento, ciudad y cultura, ciudad y república, ciudad e instituciones son sinónimos trabados por una inseparable relación formal y conceptual. Cree que en la ciudad está la virtud y que la ciudad es el

motor expansivo de la civilización. La extensión rural es despótica, el agrupamiento urbano incuba a la república. Sarmiento, con un gesto voluntarista de creación imaginaria de la sociedad por venir, profetiza una ciudad y una cultura a las que sólo después de medio siglo se aproxima Buenos Aires. (SARLO, 2015, p. 7)

Esta posición que existe entre lo que Sarmiento habita y lo que desea habitar da cuentas de una distancia que solo puede aproximarse desde lo textual, tanto en términos literarios como jurídicos. Lo mismo pasará con la figura del Facundo, devenido en personaje. Lo conoce por sus expedientes cargados de sangre e insensibilidad, por un hombre literato que le ha suministrado manuscritos de sus primeros años, por esa imagen que raya inevitablemente con la natural bestialidad:

Facundo es un tipo de la barbarie primitiva; no conoció sujeción de ningún género; su cólera era la de las fieras; la melena de sus renegridos y ensortijados cabellos caía sobre su frente y sus ojos en guedejas, como las serpientes de la cabeza de Medusa; su voz se enronquecía, sus miradas se convertían en puñaladas. (SARMIENTO, 1962, p. 83)

La obra se proyecta desde una exposición “combativa, agresiva y panfletaria” (FUCITO, 2010, p. 121). La dicotomía dialéctica entre civilización y barbarie será planteada en términos cualitativos y cuantitativos. Lo bárbaro se construye desde la carencia de todo orden jurídico: “Así es como en la vida argentina empieza a establecerse por estas peculiaridades el predominio de la fuerza brutal, la preponderancia del más fuerte, la autoridad sin límites y sin responsabilidad de los que mandan, la justicia administrada sin formas y sin debate” (SARMIENTO, 1962, p. 29).

Las referencias sobre la institucionalidad jurídica pululan de manera expresa y clara en el *Facundo*:

He mostrado la asociación ficticia, en la desocupación; en la formación de las reputaciones gauchas; valor, arrojo, destreza, violencia y oposición a la justicia regular, a la justicia civil de la ciudad. Este fenómeno de organización social existía en 1810, existe aún, modificado en muchos puntos, modificándose lentamente en otros e intacto en mucho aún.

(SARMIENTO, 1962, p. 59)

Radiografía de una época que hereda una justicia de la tradición virreinal y un ejercicio discutible de la justicia:

En una población de cuarenta mil habitantes reunidos en una ciudad, no hay un solo abogado hijo del país ni de las otras provincias. Todos los tribunales están desempeñados por hombres que no tienen el más leve conocimiento del derecho, y que son, además, hombres estúpidos en toda la extensión de la palabra. (SARMIENTO, 1962, p. 69)

Se trata de una anomia que se traduce de manera paradójica en el ejercicio de jueces constituidos por la arbitrariedad histórica, por su largo letargo en el cargo y la figura de un individuo que vive al margen, que entiende otras formas de ejercer la justicia “y destruye la obra de los siglos, la civilización, las leyes y la libertad” (SARMIENTO, 1962, p. 60).

*Facundo* grafica a un individuo que desconoce la norma porque no sabe leer, ese que deja “tendido al juez de una puñalada” (SARMIENTO, 1962, p. 79), que trunca la posibilidad de proyectar normas, que se pierde en la anárquica y desconocida extensión geográfica. Su autor superpone la idea sobre la experiencia. La fuerza conceptual utópica por la política de a caballo y cuchillo. No siente la necesidad de recorrer la extensión, mientras ocupe el centro. Desde allí, desde la idea unitaria de gobierno, caracterizada por “tradiciones, costumbres, formas, garantías, leyes, cultos, ideas, conciencia, vida, haciendas, preocupaciones” (SARMIENTO, 1962, p. 203). En detrimento de una forma federal, encargada de:

Derogar todas las leyes existentes en la República desde el año 1810 adelante, aunque hayan sido dictadas por los congresos generales o cualquiera otra autoridad competente; declarando, además, irrito y sin ningún valor todo lo que a consecuencia y en cumplimiento de esas leyes se hubiese obrado hasta entonces. (SARMIENTO, 1962, p. 218)

El drama se impone sobre la acción. La pretensión política de favorecer la revolución de Sarmiento, como el mismo lo reconocerá (KAPLAN, 1997, pp. 729-733), excede lo meramente literario. El relato despista la lectura unívoca y presenta una pluralidad de estrategias de lecturas. Como indica Sorensen Goodrich: “*Facundo* y sus intérpretes han llevado la discusión hasta el terreno de la ética y, por lo tanto, se presentan a la consideración de esa zona en que lo textual y lo social interactúan” (SORENSEN GOODRICH, 1988, p. 574).

Sarmiento se ocupa en su pluma y preocupa a sus congéneres por la organización de la ideología federal y la falta de una Constitución unitaria. Los instrumentos jurídicos se establecen como los límites ideológicos y en ello tendrá una gran fuerza motriz el uso del binomio civilización-barbarie. Organizar, dar orden, constituir desde el derecho implica en definitiva una forma de articular y edificar la cultura argentina en su totalidad:

Sarmiento escribe entonces en francés una cita que atribuye a Fourtol, si bien Groussac se apresura, con la amabilidad que le conocemos, a hacer notar que Sarmiento se equivoca. La frase no es de Fourtol, es de Volney. O sea, dice Renzi, que la literatura argentina se inicia con una frase escrita en francés, que es una cita falsa, equivocada. (PIGLIA, 1980, p. 17)

#### 4. CONCLUSIONES

La ficción literaria literatura escribe, reestructura, comenta y trazan sucesos que no necesariamente hacen a su tiempo. En un avance o un retroceso, el texto relata a su manera lo acontecido desde la atemporalidad. Desde allí, bien puede analizarse el espacio jurídico. La mirada lejana y ajena que vuelve a relatar su acontecer permite tener otra perspectiva, nuevas miradas y percepciones de lo acontecido. Esa nueva lectura permite visibilizar nuevos espacios e intersticios que no se han resaltado.

El proceso de emergencia de una obra demanda la indagación en torno a cuestiones que parecen opacar su verdadero sentido. Ahora bien, ¿cuál es ese sentido,

sino aquel que le ha querido dar su autor? Sin embargo, estos interrogantes se trasladan en tanto figuremos la idea de autor en tanto individuo libre y autónomo ante una escritura que se la presenta abierta y plena. La obra se rodea de otras obras, que de manera satelital arriban a ella o emergen de ella. Así, la narrativa implica también sus condiciones de producción y lectura. La capacidad textual de relatar su época. Sobre ello cabe preguntarnos: ¿qué espacio ocupa el derecho en el momento mismo que la obra emerge?

El desvelo que produce la fuerza de la palabra será un dato nodal en los autores de *La Lira Argentina*, *El matadero*, *Amalia* o *Facundo*. Todos ellos escriben. La escritura como ejercicio de intervención cultural cuestiona sus modos. Será desde los silencios, los murmullos y los ruidos como formas en que las palabras se despliegan, desde los cuales podremos analizar, demostrar y volver a narrar los estrechos espacios entre el derecho y la literatura.

Variados en sus formas y representaciones, discutidos en su formación, nos enfrentamos a lo largo de la historia argentina a diferentes formas de concebir y desarrollar tanto la literatura como el derecho. Bien puede pensarse en un desarrollo crítico-deconstructivo tanto de uno como de otro espacio, que visibilice el entramado interno que permite su constitución. Así será pensada como una obra, un código. Esta fuerza estética no sólo será desde un nivel externo, también podrá apreciarse en los marcos internos de cada uno de esos cuerpos textuales.

Allí el aspecto narrativo, la estructura ficcional, la capacidad de intervenir en la cultura, la carga ideológica de la escritura, serán elementos que figuran tanto en el espacio literario como jurídico. En conclusión, estos contactos iusliterarios proponen nuevos espacios de análisis en torno al carácter performativo, la reglamentación, el orden, la regulación y la intervención en el imaginario por parte del derecho.

## 5. REFERENCIAS

ALVARADO, Miguel. La estrategia narrativa de una utopía abierta en Facundo, de Domingo Faustino Sarmiento. **Literatura y lingüística**, n. 12, pp. 103-118, 2000.

ARLT, Roberto. **El juguete rabioso**. Buenos Aires, Centro Editor de Cultura, 2004.

BALDERSTON, Daniel; FOSTER, David W.; HALPERIN DONGHI, Tulio; MASIELLO, Francine; MORELLO FROSCH, Marta; SARLO, Beatriz. **Ficción y política. La narrativa argentina durante el proceso militar**. Buenos Aires, Eudeba, 2014.

BARCIA, Pedro Luis; RAFFO, Josefina. **Cancionero de las invasiones inglesas**. Buenos Aires, Emecé, 2010.

BORGES, Jorge Luis. **Poesía completa**. Buenos Aires, Debolsillo, 2013.

CALVO GONZÁLEZ, José (coord.). **Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del derecho**. Granada, Comares, 2008.

CALVO GONZÁLEZ, José. **De la ley ¿O será ficción?** Madrid, Marcial Pons, 2016.

CALVO GONZÁLEZ, José. **Justicia constitucional y literatura**. Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2016.

CALVO GONZÁLEZ, José. **La destreza de Judith. Estudios de cultura literaria del derecho**. Granada, Comares, 2018.

CALVO GONZÁLEZ, José. **Proceso y narración. Teoría y práctica del narrativismo jurídico**. Lima, Palestra, 2019.

CÁRCOVA, Carlos María; DOUGLAS PRICE, Jorge; RUIZ, Alicia. **La letra y la ley**. Buenos Aires, Infojus, 2014.

CASIVA, Fernando. Poéticas de fundación en La Lira Argentina. **Revista Escuela de Historia**, v. 5, n. 5, pp. 323-337, 2006.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. El Derecho y el arte. **Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social**, n. 14, pp. 37-41, 1991.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. **Filosofía, Literatura y Derecho**. Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

CLAVELL, Marga. **“La justicia bárbara”: Sarmiento y la tragicidad del derecho en Facundo**. Buenos Aires, Corregidor, 2015.

D’AURIA, Aníbal. Comentario a Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina. **Revista Academia**, vol. 2, n° 4, pp. 273-277, 2004.

DARNET DE FERREYRA, Ana Julia. **Historia de la Literatura Americana y Argentina**. Buenos Aires, Estrada, 1950.

ECHEVERRÍA, Esteban. **La cautiva, El matadero y otros escritos**. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1967.

FOUCAULT, Michel. **La arqueología del saber**. Buenos Aires, Siglo XXI, 2008.

FUCITO, Felipe. **La crisis del derecho en la argentina y sus antecedentes literarios. Un enfoque sociológico**. Buenos Aires, Eudeba, 2010.

GALATI, Elvio. **La costumbre en el derecho argentino: análisis jusfilosófico y trialista de la “razón” del pueblo**. Buenos Aires, Teseo, 2015.

HÄBERLE, Peter; LÓPEZ BOFILL, Héctor. **Poesía y derecho constitucional. Una conversación**. Lima, Centro de Estudios Constitucionales, 2015.

KAPLAN, Marina. Reseña Diana Sorensen Goodrich, “Facundo” and the Construction of Argentine Culture. **Revista Iberoamericana**, v. 63, n. 181, pp. 729-733, 1997.

KELSEN, Hans. La función de la Constitución. **Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones ‘Ambrosio L. Gioja’**, v. 4, n. 5, pp. 150-157, 2010.

LOJO, María Rosa. El Matadero de Esteban Echeverría: la sangre derramada y la estética de la “mezcla”. **Revista Alba de América**, v. 9, n. 16-17, pp. 42 a 45, 1991.

MARÍ, Enrique. **La Teoría de las Ficciones**. Buenos Aires, Eudeba, 2002.

MÁRMOL, José. **Amalia**, vol. I-II. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1967.

MARTYNIUK, Claudio. **Jirones de piel, ágape insumiso. Estética, epistemología y normatividad.** Buenos Aires, Prometeo, 2011.

MARTYNIUK, Claudio. **Sobre la norma del gusto, la normatividad del arte y la narración de la justicia.** Buenos Aires, Coyoacán, 2006.

PALADIN, Gabriela. **Hombres de ley, hombres sin ley: cruces entre derecho y literatura.** Buenos Aires, Biblos, 2011.

PIGLIA, Ricardo. **Crítica y ficción.** Buenos Aires, Debolsillo, 2014.

PIGLIA, Ricardo. **Las tres vanguardias. Saer, Puig, Walsh.** Buenos Aires, Eterna Cadencia, 2016.

PIGLIA, Ricardo. Notas sobre Facundo. **Punto de vista**, v. 3, n. 8, pp. 15-18, 1980.

RODRÍGUEZ PÉRSICO, Adriana. El estado de la cultura. **Estudios de Teoría Literaria - Revista digital: artes, letras y humanidades**, v. 1, n. 1, pp. 15-25, 2012.

RODRÍGUEZ, Juan Carlos; SALVADOR, Álvaro. **Introducción al estudio de la literatura hispanoamericana**, Madrid, Akal, 2005.

ROGGERO, Jorge (comp.). **Derecho y literatura. Textos y contextos.** Buenos Aires, Eudeba, 2015.

ROSEMBERG, Fernando (ed.). **La Lira Argentina o Colección de las piezas poéticas, dadas a luz en Buenos Aires durante la guerra de su Independencia**, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1967.

SARLO, Beatriz. **Borges, un escritor en las orillas.** Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.

SARMIENTO, Domingo Faustino. **Facundo o civilización y barbarie en las pampas argentinas.** Buenos Aires, Sopena, 1962.

SORENSEN GOODRICH, Diana. Facundo y los riesgos de la ficción. **Revista Iberoamericana**, v. 54, n. 143, pp. 573-583, 1988.

UNAMUNO, Miguel De. **Algunas consideraciones sobre la literatura hispanoamericana.** Madrid, Espasa-Calpe, 1957.

VICENTE SOLÁ, Juan. **Sarmiento y la Constitución.** Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2016.

*Data da submissão: 21/05/2021*

*Data da aprovação: 05/07/2021*