

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional



Volume 9 | Número 17 | Julho/Dezembro 2017



ABDCONST

ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

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

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

Ficha Catalográfica

Constituição, Economia e Desenvolvimento
Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional.
Programa de Pós-graduação em Direito
Vol. 9, n. 17 (jul./dez. 2017) - Curitiba: 2017
Publicação semestral
ISSN 2177-8256
1. Direito 2. Academia brasileira de Direito Constitucional.

Endereço para correspondência:

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

Editor responsável:

Ilton Norberto Robl Filho

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

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

CONSELHO EDITORIAL

Editor Responsável

Ilton Norberto Robl Filho

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

Editores Assistentes

Rafael dos Santos-Pinto

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

Fernanda Lissa Fujiwara Homma

Mestra e Doutoranda em Direito das Relações Sociais pela UFPR.

Membros do Conselho Editorial

Antonio Carlos Wolkmer

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

António José Avelãs Nunes

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

Eroulths Cortiano Junior

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

Fábio Nusdeo

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

Flávio Pansieri

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

Ingo Wolfgang Sarlet

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

Luís Fernando Sgarbossa

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

Marco Aurélio Marrafon

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

Marcus Firmino Santiago

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

Mariana Mota Prado

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

Milena Petters Melo

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

Ricardo Lobo Torres

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

Sabina Grabowska

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

Conselho de Pareceristas da Revista da ABDConst

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

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

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

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

Pareceristas que participaram desta edição:

Adriana Fasolo Pilati
Scheleder
Alessandra Guimarães
Soares
Alexandre Morais da Rosa
Alexandre Walmott
Borges
Alvaro de Oliveira
Azevedo Neto
Antonio Celso Baeta
Minhoto
Augusto Jobim do Amaral

Bartira Macedo de
Miranda Santos
Carolina Machado Cyrillo
da Silva
Daniel Gustavo Falcão
Pimentel dos Reis
Eleonora Mesquita Ceia
Eloi Martins Senhoras
Erivaldo Cavalcanti e Silva
Filho
Francisco de Assis do
Rego Monteiro Rocha
Júnior

José Everton da Silva
Leilah Luahnda Gomes de
Almeida
Luis Fernando Sgarbossa
Marcella Pagani
Marco Félix Jobim
Margareth Vetis Zaganelli
Rafael da Silva Menezes
Rodrigo Reis Mazzei
Sandro Marcelo Kozikoski
Thiago Miranda Minagé
William Soares Pugliese

Editoração

Karla Kariny Knihs



EDITORIAL

Publica-se o décimo sétimo número (2017, v. 9, n. 17, jul./dez.) da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Encerrado mais um ciclo editorial do periódico comemora-se a veiculação de trabalhos de excelência e grande atualidade, que remontam a pesquisas realizadas por todo o território nacional, assim como com ampla colaboração de professores e estudos estrangeiros. Nesta edição reunimos os trabalhos em três eixos temáticos distintos: a) Instituições Sociais, Econômicas e Jurídicas em, Perspectiva Comparada; b) Constitucionalismo, Democracia e Desenvolvimento Humano e; c) Garantias fundamentais.

No primeiro eixo, “Instituições Sociais, Econômicas e Jurídicas em, Perspectiva Comparada”, temos em primeiro lugar o trabalho “Beneficium inventarii in the Roman Tradition of European Private Law” da professora Renata Świrgoń – Skok, que é docente da Faculdade de Direito e Administração da Universidade de Rzeszow, Polônia. Esse estudo faz uma análise histórica e comparada do instituto do beneficium inventarii, demonstrando sua essencialidade no Direito Sucessório de diversos países europeus. O segundo artigo deste eixo intitula-se “The systemic importance of the constitutional establishment of the capital in the member states of the European Union” de autoria do professor Radosław Grabowski do Instituto de Ciência Política da Faculdade de Sociologia e História da Universidade de Rzeszow, Polônia.

Em seguida, temos o trabalho do Professor Jairo Edmundo Cabrera, Professor do Departamento de Derecho Público da Universidad Católica de Colombia, o qual é intitulado “Il problema delle coltivazioni illegali, un ostacolo all'attuazione del processo di pace in Colombia”, que aborda a problemática da reconstrução dos territórios afetados por cultivos ilegais na Colômbia e de sua fundamentalidade para implementação dos tratados de paz. Por sua vez, o artigo do professor Giovani da Silva Corralo, docente da Universidade de Passo Fundo, e do professor Israel Jacob Massuanganhe, Diretor de Programas do CPPPGL da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto de Luanda, Angola, intitula-se “Brasil e Angola: reflexões constitucionais sobre o poder local”, refletindo sobre o poder local na ordem constitucional brasileira e angolana, sob o prisma do direito comparado de modo a melhor compreender as semelhanças e diferenças em sua configuração nos dois países.

O terceiro e último trabalho é “A implementação das autarquias em Angola como alavanca para a resolução de problemas locais” de autoria de Clarice Chinofila Beu, mestranda em Administração e Desenvolvimento Local na Faculdade de Economia da Universidade 11 de Novembro em Cabinda, Angola, analisando os benefícios que a implementação do sistema autárquico pode trazer ao país, na atual situação econômica e institucional.

O segundo eixo é denominado “Constitucionalismo, Democracia e Desenvolvimento Humano”, sendo seu primeiro artigo: “Patrimônio Cultural e Direitos Fundamentais: os desafios para uma ‘ordenação constitucional da cultura’” de autoria dos professores Nestor Castilho Gomes, Doutorando pelo Universidade Federal do Paraná, e Luana de Carvalho Silva Gusso, a qual é docente do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille, investigando se o direito ao patrimônio cultural pode ser considerado um direito fundamental à luz da Constituição de 1988. Em seguida, temos o trabalho dos professores Milena Petters Melo e Antonio Carlos Marchiori, docentes da Universidade Regional de Blumenau – FURB, intitulado “O patrimônio comum do Constitucionalismo Democrático e a contribuição da América Latina”, oferecendo subsídios teóricos para a reflexão crítica sobre o patrimônio comum do constitucionalismo democrático e a contribuição da América Latina, especialmente no que toca ao chamado novo constitucionalismo latino-americano.

Por fim, observa-se o estudo “O direito à educação domiciliar e os novos desafios ao Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário 888.815/RS, lacuna legislativa e direito comparado” da professora Estefânia Maria de Queiroz Barboza, a qual é docente da Universidade Federal do Paraná e do Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER, e da professora do Centro Universitário Internacional – UNINTER, Karla Kariny Knih, analisando a situação jurídica da educação domiciliar no Brasil.

O terceiro eixo tem como tema central as “Garantias fundamentais”. O primeiro artigo de autoria do professor Rogério Piccino Braga da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, da professora Flávia Piva Almeida Leite da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação da Universidade Estadual Paulista – UNESP e do professor Claudio José Amaral Bahia do Instituição Toledo de Ensino – ITE é denominado “Garantias fundamentais da pessoa idosa: uma revolução por direitos rumo à inclusão”, buscando demonstrar as dificuldades da construção de identidade e outras garantias fundamentais da pessoa idosa, em que pese o extenso rol legislativo a tratar do tema. Em seguida, temos o trabalho intitulado “Auditoria do trabalho: reflexos do prazo prescricional quinquenal do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)” de autoria do professor Alexandre Antonio Bruno da Silva do

Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) e Professor Adjunto da Universidade Estadual do Ceará (UECE), estudando os fundamentos e os possíveis efeitos práticos da decisão do STF que consolidou o entendimento de que o prazo prescricional deveria ser similar aos demais créditos trabalhistas

Em terceiro lugar, o artigo do Professor Adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, e do professor da Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE, Guilherme Dutra Marinho Cabral, intitulado “Poder configurador das Unidades De Polícia Pacificadoras (UPPs) nos bailes funk”, refletindo como a proibição arbitrária de bailes funk pelas UPPs pode violar a liberdade de expressão dos moradores das comunidades pacificadas. Por fim, temos o artigo de Eduardo Borges sobre “Crise do Direito e Direito da Crise: Crise, Revolução e Planejamento em Afonso Arinos”, estudando o pensamento de Afonso Arinos com base em dois conceitos-chave que representam a insuficiência dos mecanismos jurídicos para enfrentar as exigências sociais e a evolução social dentro de balizas legais.

Ainda, na seção de pareceres, temos o estudo do professor Ives Gandra Martins, professor emérito da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, e da professora Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques sobre a possibilidade do julgamento separado da prestação de contas da Chapa Dilma/Temer.

Com os estudos aqui apresentados veicula-se mais uma edição com os objetivos de compartilhar com a comunidade acadêmica estudos de ponta e análises de excelência. Assim, a Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional e seu corpo editorial desejam um bom proveito dos trabalhos publicados.

Boa Leitura!

Ilton Norberto Robl Filho

Editor Responsável da Constituição, Economia e Desenvolvimento:
Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional

Rafael dos Santos Pinto

Editor Assistente da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da
Academia Brasileira de Direito Constitucional

Fernanda Fujiwara

Editora Assistente da Constituição, Economia e Desenvolvimento:
Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional

SUMÁRIO

Doutrina

BENEFICIUM INVENTARII IN THE ROMAN TRADITION OF EUROPEAN PRIVATE LAW

O BENEFICIUM INVENTARII NA TRADIÇÃO ROMANA DO DIREITO PRIVADO EUROPEU

Renata Świrgoń – Skok 278

THE SYSTEMIC IMPORTANCE OF THE CONSTITUTIONAL ESTABLISHMENT OF THE CAPITAL IN THE MEMBER STATES OF THE EUROPEAN UNION

A IMPORTÂNCIA SISTÊMICA DAS INSTITUIÇÕES CONSTITUCIONAIS DA CAPITAL NOS ESTADOS-MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA

Radosław Grabowski 298

IL PROBLEMA DELLE COLTIVAZIONI ILLEGALI, UN OSTACOLO ALL'ATTUAZIONE DEL PROCESSO DI PACE IN COLOMBIA

THE PROBLEM OF ILEGAL CULTIVATION: AN OBSTACLE TO THE PEACE PROCESS IN COLOMBIA

Jairo E. Cabrera 312

BRASIL E ANGOLA: REFLEXÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE O PODER LOCAL

BRAZIL AND ANGOLA: CONSTITUTIONALS REFLEXIONS ABOUT THE LOCAL POWER

Giovani da Silva Corralo / Israel Jacob Massuanganhe 328

A IMPLEMENTAÇÃO DAS AUTARQUIAS EM ANGOLA COMO ALAVANCA PARA A RESOLUÇÃO DE PROBLEMAS LOCAIS

THE IMPLEMENTATION OF AUTHORITIES IN ANGOLA AS A LEVERAGE FOR LOCAL PROBLEMS

Clarice Chinofila Beu 346

PATRIMÔNIO CULTURAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS DESAFIOS PARA UMA “ORDENAÇÃO CONSTITUCIONAL DA CULTURA”

CULTURAL HERITAGE AND FUNDAMENTAL RIGHTS: THE CHALLENGES FOR A "CONSTITUTIONAL ORDERING OF CULTURE"

Nestor Castilho Gomes / Luana de Carvalho Silva Gusso..... 361

O PATRIMÔNIO COMUM DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A CONTRIBUIÇÃO DA AMÉRICA LATINA

THE COMMON PATRIMONY OF DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM AND THE CONTRIBUTION OF LATIN AMERICA

Milena Petters Melo / Antonio Carlos Marchiori..... 373



O DIREITO À EDUCAÇÃO DOMICILIAR E OS NOVOS DESAFIOS AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: RECURSO EXTRAORDINÁRIO 888.815/RS, LACUNA LEGISLATIVA E DIREITO COMPARADO

THE RIGHT TO HOMESCHOOLING AND THE NEW CHALLENGES TO THE SUPREME FEDERAL COURT: EXTRAORDINARY REMEDY 888.815/RS, LEGISLATIVE GAP AND COMPARATIVE LAW

Estefânia Maria de Queiroz Barboza / Karla Kariny Knihš..... 399

GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA PESSOA IDOSA: UMA REVOLUÇÃO POR DIREITOS RUMO À INCLUSÃO

FUNDAMENTAL GUARANTEES OF THE OLDER PERSON: A REVOLUTION FOR RIGHTS TOWARDS INCLUSION

Rogério Piccino Braga / Flávia Piva Almeida Leite / Claudio José Amaral Bahia..... 431

AUDITORIA DO TRABALHO: REFLEXOS DO PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO (FGTS)

WORK AUDIT: CONSEQUENCES OF THE STATUTE OF LIMITATIONS OF THE WORK GUARANTEE FUND (FGTS)

Alexandre Antonio Bruno da Silva..... 451

PODER CONFIGURADOR DAS UNIDADES DE POLÍCIA PACIFICADORAS (UPPs) NOS BAILES FUNK

UPPS COERCIVE CONFORMATION IN BAILE FUNK

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho / Guilherme Dutra Marinho Cabral..... 480

Crise do Direito e Direito da Crise: Crise, Revolução e Planejamento em Afonso Arinos

CRISIS OF LAW AND THE LAW OF CRISIS: CRISIS, REVOLUTION AND PLANNING IN AFONSO ARINOS

Eduardo Borges Espínola Araújo..... 512

**Parecer
OPINIÃO LEGAL**

Ives Gandra da Silva Martins / Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques 534

REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS..... 553



***BENEFICIUM INVENTARII* IN THE ROMAN TRADITION OF EUROPEAN PRIVATE LAW¹**

O *BENEFICIUM INVENTARII* NA TRADIÇÃO ROMANA DO DIREITO PRIVADO EUROPEU

Renata Świrgoń – Skok²

Abstract

The currently effective civil law in its regulations concerning successors' liability for inherited debts invokes the option to acquire an inheritance with the benefit of inventory (Art. 1012 of the Civil Code); its roots can be found in *beneficium inventarii* introduced by Justinian. The Justinian construct of benefit of inventory found its way to the Polish legislation by way of the great European codifications of the 19th century which were in force in the territory of Poland in the time of foreign rule.

Keywords: *Beneficium Inventarii*; roman law; inheritance law.

Resumo

A atual regulamentação do direito civil no que diz respeito à responsabilidade dos herdeiros em relação às dívidas da herança permite a opção de adquirir a herança com o benefício de inventário (art. 1012 do Código Civil); suas raízes podem ser encontradas no *beneficium inventarii*, que foi introduzido por Justiniano. A construção justiniana do benefício de inventário foi introduzida no direito Polonês pelas codificações europeias do século XIX, que estavam em vigor no território Polonês quando este era dominado por potências estrangeiras.

Palavras-Chave: *Beneficium Inventarii*; direito romano; direito das sucessões.

1. A significant part of private law, among other things focusing on private ownership, is connected with the issue of continuing family property and contains permanent constructs subject to regulations of succession law. At the same time succession law has always been a determinant for the property-based functioning of the family and for the material level of the entire society. This was the case in the society of Rome; similarly, the growing importance of succession law can be seen in the contemporary Polish society, particularly since private ownership was reinstated

¹ Artigo submetido em 05/10/2017, pareceres de análise em 05/12/2017, 11/12/2017 e 15/12/2017, aprovação comunicada em 15/12/2017.

² The author is an Associate Professor in the Faculty of Law and Administration of University of Rzeszow in Poland. *E-mail:* <rskok@op.pl>.



as the foundation of the social and economic system. This situation results in a number of interesting issues connected with the development and changing fortunes of succession law, both in historical aspects (of Roman law) and in terms of the changes occurring in European and Polish legal systems. This also relates to the originally Roman principles of the successor's liability for inherited debts. The currently effective civil law in its regulations concerning successors' liability for inherited debts invokes the option to acquire an inheritance with the benefit of inventory (Art. 1012 of the Civil Code); its roots can be found in *beneficium inventarii* introduced by Justinian (KURYŁOWICZ, 1983, p. 67 et seq.). The Justinian construct of benefit of inventory found its way to the Polish legislation by way of the great European codifications of the 19th century which were in force in the territory of Poland in the time of foreign rule.

Other contemporary systems of legislation also apply the solutions adopted in the Roman law with regard to limiting the liability for inherited debt (e.g. Art. 7774 of French CC; §1975 of German BGB).

2. In Roman law acquisition of inheritance by an instituted heir was linked with liability for inherited debts. The heir, being a universal successor of the testator, was accountable for inherited debts and his liability extended to his entire (combined) property because inheritance acquisition resulted in a fusion of the testator's and the inheritor's property (D.50,17,62 Iulian). Such liability could exceed the value of the inheritance and extend to the heir's personal property. Therefore, in order to protect successors against materially adverse results of inheritance, certain favourable principles concerning successors' accountability for inherited debts were introduced. For instance, before accepting the legacy a successor to an over-indebted inheritance could enter into an agreement (*pactum de non petendo pro parte*) with creditors of the testator who were known to him where he made a commitment to assign a certain amount of what was due for him to the creditors of the inheritance. Only after that did he accept the inheritance (VOCI, 1960, p. 617). Additionally, heirs who acquired over-indebted inheritance could be granted *restitutio in integrum*, i.e. restoration to original condition, by Praetor, provided there were legal grounds for applying this principle. *Restitutio in integrum* obtained from Praetor (province



magistrate) resulted in revoking the effects of an executed legal action in the area of both material and formal law³.

Additionally, necessary heirs (*heredes necessarii*) could take advantage of *beneficium abstinendi*, that is the right of an heir to abstain from accepting insolvent estate which was granted by Praetor or province magistrate⁴. On the other hand *beneficium abstinendi* was not applicable to a slave who in accordance with a will was an appointed heir and at the same time was manumitted (*servus cum libertate heres institutus*), even though he was recognized as a necessary heir. Such a *servus necessarius* could only obtain *beneficium separationis bonorum* and by doing so restrict his accountability for inherited debts to the inheritance (ANKUM, 1968, vol. 2, p. 365 et seq.; BOJARSKI, 1997, p. 603 et seq.; BRETONE, 1958, vol. 4, p. 301 et seq.; GUARINO, 1944, vol. 10, p. 240 et seq.; GUARINO, 1940, vol. 60, p. 185 et seq.). Another privilege which restricted the heir's liability for inherited debts was *beneficium legis falcidiae*. It protected heirs against acquiring inheritances excessively burdened with endowments (bequests) by imposing a limitation of the size of bequests to three quarters of the inheritance (*quarta falcidia*). The successor was to be left with one quarter of clean inheritance⁵. Later the restrictions introduced on the grounds of *lex Falcidia* were adopted for *fideicommissa*. *Senatus consulta Pegasianum* from the times of Vespasian (73 CE) introduced changes related to fideicommissa and extended the application of ***quarta Falcidia*** for inheritances burdened with *fideicommissa* (so-called *quarta ex S.C. Pegasiano*). The above solution was also related to *fideicommissum hereditatis*, with applicable *quarta Treballiana* which could be retained by the successor even if the inheritance was issued as universal fideicommissum⁶. On the other hand an ordinance of Emperor

³ For more information on *restitutio in integrum*, its legal grounds, nature of proceedings related to issuing it, as well as its effects, see: Bojarski (1963, vol.10, p. 15 et seq.); Kaser (1971, p. 215 et seq.); Kaser (1977, vol. 94, p. 101 et seq.).

⁴ See: Biondi (1948, p. 23 et seq.); Fadda (1949, vol. 2, p. 36 et seq.); La Pira (1930; p. 48 et seq.); Piętak (1882, p. 82 et seq.); Voci (1960, p. 537 et seq.).

⁵ For *lex Falcidie* the resolution of Plebeian Council of 40 BCE see: Ankum (1984, vol. 30, p. 28 et seq.); Bonifacio (1952, vol. 3, p. 229 et seq.); Franciosi (1973, vol. 1, p. 401 et seq.); Mannino (1981, vol. 84, p. 125 et seq.); De La Rosa Diaz (1994, vol. 2, p. 111 et seq.); Stein (1987, vol. 65, p. 453 et seq.); Schwarz (1943, vol. 63, p. 314 et seq.); Schwarz (1951, vol. 17 p. 225 et seq.); Wacke (1973, p. 209 et seq.).

⁶ With regard to *senatus consultum Treballianum*, covering the subject of universal fideicommissum – the decree was passed in year 55 or 56, during the reign of Emperor Nero; the positions of consul were held by Marcus Trebellius Maximus and Lucius Annaeus Seneca. According to F. Longschamps de Barrier (LONGSCHAMPS DE BARRIER, 2006, p. 77 et seq. and bibliography used as its references) year 55 is more probable.



Antoninus Pius extended the application of **quarta Falcidia** to intestate heirs. Presumably in the times of Septimius Severus the provisions related to *lex Falcidia* were expanded to include *mortis causa capio* and particularly *donatio mortis causa*.

However, the above measures aimed at protecting successors against excessive liability for inherited debts did not always fully secure heirs' material interest and additionally were connected with certain procedural difficulties. Due to this, the problem of limiting successors' liability for inherited debts was finally resolved by Justinian.

3. The legal concept of the benefit of the inventory was introduced by Justinian into the constitution of 27 November 531 (C.6,30,22); accordingly, a successor who compiled a detailed inventory of the inherited assets within specified time, was liable for debts only up to the value of the inheritance (ESPÍNDOLA, 1982, vol. 7, p. 21 et seq.; ESPÍNDOLA, 1983, vol. 8, p. 13 et seq.; REGGI, 1967, p. 50 et seq.; WESENER, 1993, p. 410 et seq.):

C.6,30,22pr - 1 (*Imperator Justinianus*): *Scimus iam duas esse promulgatas a nostra clementia constitutiones, unam quidem de his, qui pro hereditate sibi delata existimaverunt, aliam autem de improvisis debitis et incertu exitu per diversas species eis imposito (...) Ex omnibus itaque istis unam legem colligere nobis apparuit esse humanum et non solum milites adiuvere huiusmodi beneficio, sed etiam ad omnes hoc extendere, non tantum si improvisum emerit debitum, sed etiam si onerosam quis inveniat esse quam adierit hereditatem.*

Provisions set forth in this constitution were then repeated in the Institutions of Justinian:

I.2,19,6: *Sed nostra benevolentia commune omnibus subiectis imperio nostro hoc praestavit beneficium et constitutionem tam aequissimam quam nobilem scripsit, cuius tenorem si observaverint homines, licet eis adire hereditatem et in tantum teneri in quantum valere bona hereditatis contingit, ut ex hac causa neque deliberationis auxilium eis fiat necessarium, nisi omissa observatione nostrae constitutionis et deliberandum existimaverint et sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.*

The above excerpts from sources indicate that Justinian granted the benefit to all successors who acquired inheritance burdened with debts, not only due to



recklessness. Heirs did not have to ask for time for deliberating the issue, but were able to assume the inheritance and be accountable for inherited debts only up to the extent covered by the value of the inherited property.

Source texts related to the benefit of inventory contain references to earlier privileges limiting the accountability for inherited debts which were granted to selected categories of successors by Emperors Hadrian and Gordian. Justinian acknowledged the fact that his concept of *beneficium inventarii* originated from those privileges:

I.2,19,6: *Sciendum tamen est divum Hadrianum etiam maiori viginti quinque annis veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande aes alienum, quod aditae hereditatis tempore latebat, emersisset. sed hoc divus quidem Hadrianus speciali beneficio cuidam praestitit...*

In the same text Justinian reported that from the times of Emperor Hadrian an adult successor, over 25 years of age, who after acquiring an inheritance became aware of a debt unknown to him at the moment of assuming the inheritance, was entitled to ask Praetor for granting him with *restitutio in integrum*:

C.6,30,22pr. (*Imperator Justinianus*): *Sed etiam veterem constitutionem non ignoramus, quam divus Gordianus ad Platonem scripsit de militibus, qui per ignorantiam hereditatem adierint, quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hereditate defuncti invenerint, ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur: cuius sensus ad unam praefatarum constitutionum a nobis redactus est. Arma etenim magis quam iura scire milites sacratissimus legislator existimavi.*

From the times of Emperor Gordian soldiers could benefit from the same privilege as well. By granting soldiers with the right of using *restitutio in integrum* Gordian protected them against excessive liability for inherited debts if they unknowingly acquired insolvent inheritance⁷.

In accordance with Justinian law *beneficium inventarii* was applicable to all successors who did not take advantage of earlier solutions and did not ask for time for deliberation, irrespective of the fact whether they were appointed for inheritance by the testament or legal act and whether they were appointed for the inheritance in its entirety or part (C.6,30,22,1a and 2). An heir who wanted to take advantage of

⁷ See also: Gai2,163; Fragmenta Augustodunensia 28-33; I.2,19,6; C.6,30,19; C.6,30,22,15 Justinian; Theoph. Instytut. 2,19,6; see also: Reggi (1967, p. 29 et seq.).



beneficium inventarii was to start taking inventory of the inherited property within time limits specified by the law (C.6,30,22,2) in the presence of a special officer⁸. The listed inventory was to be presented in writing either within three months, i.e. 30 days during which the inventory of the inherited property should have been initiated (C.6,30,22,2)⁹ plus 60 days necessary for completing the task (C.6,30,22,2a) or within one year, in case of circumstances described in C.6,30,22,3¹⁰. Yet, the three-month period was binding for listing the inventory which was to provide grounds for restricting the heir's liability for inherited debts while the one-year period for making the inventory of inherited property was a special period which could be applied in situations set forth in the ordinance.

The option of restricting liability for inherited debts by means of the benefit of inventory was only available to instituted heirs. In the case of necessary heirs (*heredes necessarii*) they acquired legacy *ipso iure*, that is at the moment of appointment with no action on their part. Inheritance could be bequeathed to them without their knowledge or even against their will. On the other hand, external heirs (*heredes extranei*) in order to obtain an inheritance had to perform *aditio hereditatis*, that is a legal act by which external heirs acquired the legacy. It seems that in order to accept legacy it was sufficient to simply act as an heir, i.e. *pro herede gestio* or make an informal declaration of intent on the acceptance of the inheritance. Assuming the role of a successor and handling matters related to legacy was an informal action of an heir which by itself implied his intent to accept the inheritance¹¹. In Justinian law the very act of asking for *tempus deliberandi* was treated as an initiation of the procedure of acquiring the legacy by the instituted heir.

Successors who did not comply with the aforementioned legal requirements would not have been able to benefit from the restriction of liability for inherited debts resulting from *beneficium inventarii* (C.6,30,22,12). On the other hand heirs who had listed the inventory of the inherited property in accordance with the aforementioned

⁸ *Tabularius*, in Justinian law was a clerk keeping records or inventories who could also prepare legal and other documents. His presence was also necessary when inventory of inheritance was made in order to restrict liability for inherited debts.

⁹ The 30-day period was counted from the day of opening or notification of opening of the testament, or of appointing for the inheritance in accordance with a legal act or of being informed about the appointment for intestate succession.

¹⁰ The period could have been prolonged if the heir did not reside in the place where the inherited objects or majority of these were located.

¹¹ For more information on *pro herede gestio* see Beduschi (1976, p. 167 et seq.); Voci (1960, p. 547 et seq.).



requirements were accountable only to the extent equivalent to the value ascertained by the inventory.

It is still disputed in the literature concerning the subject matter¹² whether a successor would have been liable towards creditors of inheritance with inherited assets (*cum viribus hereditatis*), or within the value of the legacy (*pro viribus hereditatis*)¹³. Those in favour of the first hypothesis (*cum viribus hereditatis*) as a correct one included: Bonfante (1963, p. 398), Fadda (1949, p. 414 et seq.) and M. Kaser (1971, p. 382) and R. Reggi (1967, p. 98). Those supporting the other option speaking of liability *pro viribus hereditatis* included B. Biondi (1948, p. 356 et seq.) and P. Voci (1960, p. 618). It seems the more logical arguments speak for the first hypothesis. The liability of a successor who acquired the legacy with *beneficium inventarii* was limited only to the inherited assets (*cum viribus hereditatis*). The scope of his liability did not exceed the assets which constituted the legacy and were listed in the inventory. Such liability for inherited debts did not extend to his personal property. It seems this indeed was the purpose for instituting the benefit of inventory by Justinian.

On the other hand, if we accept the second hypothesis according to which the successor was liable within the value of the legacy (*pro viribus hereditatis*) it may lead to the conclusion that in such a situation the heir's liability could have exceeded the inherited property. In such a case the successor may have been forced to satisfy the creditors of the inheritance up to the calculated value of the inherited assets. Such calculated value of the legacy could surpass its actual value and as a result could lead to extending the heir's liability to his personal property. It seems that limits of successor's liability defined in this manner were not the purpose of Justinian's constitution.

4. Later the institution of the benefit of inventory was adopted by the great codifications of the 19th century (SÓJKA-ZIELIŃSKA, 2009, p. 120 et seq.; SÓJKA-ZIELIŃSKA, 2008, p. 20 et seq.; WOŁODKIEWICZ, 2005, p. 43 et seq.). In

¹² More on the discussion concerning the limits of successor's liability for inherited debts in case of acquiring legacy with the benefit of inventory can be found in Reggi (1967, p. 98 et seq.).

¹³ The terms: *cum viribus hereditatis* and *pro viribus hereditatis* are not original source-based Roman phrases. However, they do correspond with Roman law in their meaning and they are used in legal vocabulary.



accordance with the Austrian civil code (RADZISZEWSKI, 1938, p. 266 et seq.) after acquiring an inheritance the successor brought forward the relevant testator (§ 547), assumed all liabilities related to the property incumbent on the testator, excluding financial penalties punishable pursuant to the law, if the adjudication concerning the testator had not yet been passed (§ 548). While making an express statement of intent for accepting the inheritance (§ 799) the heir had to indicate whether he accepted the inheritance unconditionally or with the proviso of legal benefit of inventory (§800). If the inheritance was acquired with the benefit of inventory, then pursuant to § 802 of the code, the court was obliged to immediately execute the inventory at the expense of the bequest. In such case the heir was liable towards creditors of inheritance and legatees only up to the extent which equalled the size of the legacy left by the testator. He was also entitled to deduct any receivables due for him personally from the deceased person, if these do not result from the succession law. In accordance with the prevailing opinions at that time, the heir was liable (personal liability and not related to an asset) towards creditors of inheritance and legatees only within the value of the legacy ascertained by the inventory, i.e. within the value of the inheritance at the moment of the testator's death (*pro viribus*)¹⁴.

Moreover, in accordance with the Austrian Civil Code a successor could not be prohibited from accepting an inheritance with the benefit of inventory; not even inheritance contracts concluded by spouses could contain such a reservation (§ 803). Similarly a person entitled to legitime could accept it with the benefit of inventory (§ 804). However, after accepting an inheritance unconditionally, the heir could not later change his declaration and acquire the legacy with the benefit of inventory (§ 806). On the other hand, if a declaration of accepting an inheritance with the benefit of inventory was submitted, the law allowed for changing it into unconditional acceptance of the legacy. In the case of joint heirs, even if only one of them accepted the inheritance with the benefit, the effects of his declaration were applicable to the remaining co-heirs (§807). Furthermore, custodians or curators of persons without full legal capacity could not unconditionally accept or refuse to accept the inheritance without the court's consent; they were only entitled to accept it with the benefit of

¹⁴ For more information on the rules regulating the liability of a successor who accepted an inheritance with the benefit of inventory, see: Wróblewski (1904, p. 772 et seq.) and Zoll, (1933, p. 295 et seq.).



inventory (§§ 233 and 806). Accordingly, an administrator of insolvent assets could accept inheritance exclusively with the benefit of inventory.

In accordance with provisions set forth in the German Civil Code (BGB), after accepting an inheritance a successor was accountable for inherited liabilities, which included the testator's debts as well as liabilities incumbent on the successor, in particular liabilities due to legitime, bequests and instructions, costs of funeral, inheritance supervision or other temporary arrangements connected with safeguarding the legacy (§1967) (ZYGUMT, 1928, p. 376 et seq.; LISOWSKI, 1933, p. 873 et seq.).

A successor was responsible for inherited liabilities either in an unlimited manner or to an extent limited by making the inventory. This was because § 1993 stipulated an option where the heir could submit the list of the inheritance (inventory of inherited assets) and file it with the relevant court. Following a motion placed by a creditor of an inheritance, who should have supplied information adding credence to his claim, the relevant court would determine the period during which the heir had to compile the inventory (§1994). The period for making the inventory could be at least one month long, however not more than three months from the date of delivering the resolution specifying the length of the period. If this was determined before the acquisition of the inheritance, the duration of time was counted from the moment of filing a statement of the inheritance acquisition. The court handling the case could prolong the period following the successor's request (§1995). If the heir had not submitted the completed inventory by the end of this period he would have had unlimited liability for inherited debts (§1994). If the heir failed to complete the inventory due to force majeure, then following his justified request filed within 2 weeks from the time such event stopped, the court would have specified a new period for compiling the inventory. The same approach was taken if the heir did not know that the resolution specifying the length of the period had been delivered to him, and had not been responsible for the fact (§1996). The specified period for completing the inventory became invalid if inheritance administrator was instituted or if bankruptcy proceeding related to the inheritance was initiated (§2000).

Pursuant to § 2001 the inventory was to contain an exhaustive list of the inherited assets existing at the moment of opening the inheritance as well as any liabilities of the inheritance. It was to be compiled in the presence of relevant



authorities (municipal court) or officers (clerks of the court or bailiffs) as well as a notary (§ 2002). The costs of executing the inventory were at the charge of the succession. The inventory executed in this manner was to be submitted to the relevant court by the successor, unless the latter filed a request for the court handling the inheritance to compile the inventory, pursuant to § 2003.

If the inventory was executed on time, then in accordance with § 2009 the inventory was presumed to be complete, which means it was assumed that at the moment of opening the inheritance there were no other inherited assets. The above legal presumption was related to the heir and creditors of the inheritance. Additionally, the inventory was open to the public, which meant anyone having legal interest in it was to be allowed by the court to see it.

If the successor had deliberately executed an incomplete inventory or had listed non-existent inherited liabilities in order to put creditors of the inheritance at a disadvantage his responsibility for inherited liabilities was unlimited (§2005). Creditors of the inheritance could demand that the successor made an oath before the court stating that while executing the inventory he had acted with due diligence (§ 2006). A refusal to make such oath resulted in full responsibility of the heirs towards those creditors who had demanded the oath to be made.

Similarly, the Napoleonic Code¹⁵ contained a stipulation allowing a successor to accept an inheritance simply or with the benefit of inventory (Art. 774). If the successor preferred to accept the inheritance with the benefit of inventory he was to file a declaration in the office of the civil tribunal of the first instance in the district in which such inheritance opened and such declaration had to be inscribed on the register destined to receive acts of renunciation (Art. 793). This was to be followed by a faithful and exact inventory of the inherited assets, to be executed within three months from the date of opening the succession, in accordance with Art.795. Additionally, the same article contained provisions on the time available for the successor to deliberate on the acceptance or renunciation of the inheritance.

The period was specified as forty days, which began to run from the day on which the three months allowed for the inventory expired, or from the day of closing the inventory, if it had been finished before the three months. During this period the

¹⁵ More about the impact of Code Civil in Poland can be found in Grodziski (2005, vol. 57.2, p. 61 et seq.) and Malec (2005, vol. 57.2, p. 69 et seq.).



successor could not be forced to make a declaration of will and no sentence could be obtained against him (Art. 796 and 7) (MAÇZYŃSKI, 2008, p. 62 et seq.; FIDLER, 1916, p. 253 et seq.).

The heir who had executed an inventory of the succession was bound to payment of the inherited debts exclusively to the amount of the value of the goods collected by him. Furthermore, he could leave all the inherited assets to creditors of the inheritance and legatees (Art. 802 § 1). Additionally, his personal property could not be confounded with that of the succession, and finally he was entitled to claim the payment of his own receivables due from the testator (Art. 802 § 2) and deduct the costs of inventory which were at the charge of the succession (Art. 810). However, if the heir had been found guilty of concealing or had knowingly failed to include assets in the inventory, then in accordance with the provisions of Art. 801 he would have been deprived of the benefit of inventory.

5. The concept of the benefit of inventory found its way to Polish legislation by way of the great European codifications which were in force in the territory of Poland in the time of the foreign rule and after the country regained independence. During the interwar period works on codifying the succession laws were initiated as late as 1926; they were supervised by H. Konic, a lecturer at the University of Warsaw. However, no unified draft of succession laws was published before the outbreak of World War II and the works were limited to discussions of the main assumptions. For instance, during the Third Convention of Lawyers in 1936 the discussion included the issue of successors' liability for inherited debts. In practice during the interwar period the regulations introduced after the partitions of Poland were still applied; only some slight changes were introduced, for instance concerning a ban on breaking up farming estates and unifying the rules of drawing up military testaments (PŁAZA, 1997, p. 141 et seq.).

Similarly, the succession laws unified after 1946 (PRAWO SPADKOWE, 1946) contained stipulations limiting liability for inherited debts by means of the benefit of inventory. Pursuant to Art. 35 a declaration of acceptance or renouncement of a succession could be lodged only within 6 months from the moment the heir had learnt about being appointed for inheritance. If the heir had not lodged any declaration in that period the law assumed that he had accepted the succession



directly. There was one exception saying that if a successor did not have full legal capacity at the time the 6-month period commenced or ended, it was assumed that despite his failure to lodge a declaration he was acquiring the inheritance with the benefit of inventory (Art. 37). Similarly, in the case of legal persons a failure to lodge a declaration on acceptance or renouncement of the succession was equivalent to an acceptance of the inheritance with the benefit of inventory (Art. 38); the same rule was applicable to *gmina* (the smallest unit of administrative division of Poland) as well as the state treasury (Art. 39). In case of joint succession, if one of the appointed heirs lodges a declaration of accepting the inheritance with the benefit of inventory, the privilege was extended to the remaining persons appointed for the succession unless they had lodged a declaration of direct acceptance or renouncement of the inheritance (Art. 42). The heir who accepted the succession with the benefit of inventory was liable for inherited debts up to the value of the assets of inheritance ascertained in the inventory (Art. 49 § 2). However, an heir who had deceitfully removed or concealed inherited assets or had failed to enter them into the inventory, or had entered non-existent debts, had unlimited liability for inherited debts (Art. 50).

The mode of conducting the inventory was regulated in detail by a decree on inheritance proceedings (O POSTĘPOWANIU SPADKOWYM, 1946). Pursuant to Art. 24, following a petition lodged by an heir, or an executor of the testament or a creditor having evidence of the debt, or the Prosecutor General, or tax authorities, the court was obliged to issue a decision with regard to executing the inventory. If such a petition had been lodged by a creditor of the inheritance, the court was to hear the successor before passing the decision (Art. 25). The date of executing the inventory was to be communicated to the entity lodging the petition, the heir and the executor of the testament (Art. 26). It was required that the inventory should include the entire inherited property, with a listed value of each asset, as well as all inherited debts (Art. 27). Additionally, if any unlisted property or assets were to be revealed later, it was necessary to supplement the inventory (Art. 30).

The issue of liability for inherited debts was then taken into account in the process of developing the draft of the civil code and elaborating the provisions concerning succession law. Initially the rules were based on limited liability of the successor (year 1951), yet in course of the discussions related to the draft of succession laws in 1954 they were changed and the assumptions contained in the



decree on succession law from 1946 were reinstated. The Civil Code enacted by *Sejm* (the Polish parliament) on 23 April 1964 contained provisions related to the benefit of inventory in Articles 1015 and 16; 1023 ; 1031 and 1033¹⁶.

Similarly, in accordance with Polish civil law acquisition of the entirety of testator's property rights and obligations by the successor results in the latter's accountability for commitments made by the deceased. Furthermore, other inherited debts may result from opening the succession. In Polish civil law the scope of the heir's liability for inherited debts partly results from the contents of the declaration lodged in connection with accepting the succession¹⁷.

A declaration of acceptance or renouncement of the inheritance can be lodged by the heir within six months from the date the latter was notified about the title of his assignment. A failure to lodge such a declaration is equivalent with direct acceptance of the succession (Art. 1015). However, if the heir is an individual without full legal capacity or if there are grounds for recognizing such an individual as legally incapacitated, and in a situation when the heir is a legal person, a failure to lodge a declaration in the defined time is equivalent to accepting the inheritance with the benefit of inventory. Additionally, pursuant to Art. 1016, if one of the successors has accepted the inheritance with the benefit of inventory it is assumed that the successors who did not lodge a declaration of intent have accepted the inheritance with *beneficium inventarii*¹⁸. Similarly, the State Treasury and units of administrative division (*gmina*) are not required to lodge any declaration on accepting the inheritance and they acquire the inheritance with the benefit of inventory (Art. 1023 §2)¹⁹.

¹⁶ For more information on the discussion concerning the development of regulations concerning liability for inherited debts, see Przybyłowski (1969, p. 239 et seq.).

¹⁷ For more information on the successors' liability for inherited debts see Piątowski (2003, p. 174 et seq.); Skowrońska-Bocian (2010, p. 133 et seq.); Skowrońska-Bocian (1981) and Stobienia (1982, p. 28 et seq.).

¹⁸ If before the end of the period assigned for lodging a declaration of acceptance or renouncement of inheritance an heir has died without filing such a declaration, it can be lodged by his successors. The period for lodging this declaration may not terminate earlier than the period assigned for lodging a declaration concerning the succession left by the deceased heir (Art. 1017). Additionally, such declaration may not be lodged with conditional or temporal reservation and it may not be revoked by the heir (Art. 1018 § 1 and 2) Declaration of acceptance or renouncement of the inheritance is lodged with the court of laws or the notary. It may be lodged orally or in writing with an officially authenticated signature. An authorization to lodge a declaration of acceptance or renouncement of an inheritance should be executed in writing with an officially authenticated signature.

¹⁹ See also: Piątowski (1986, p. 291 et seq.) and Skowrońska-Bocian (2003, p. 217 et seq.).



An heir who has accepted the inheritance with the benefit of inventory is liable for inherited debts only up to the value of the inherited property ascertained in the inventory, that is to the actual value of the inherited assets (Art.1031 §2). The aforementioned limitation of the liability is revoked if the heir has deceitfully failed to enter assets into the inventory, or has entered non-existent debts into the inventory. The inventory is executed either following a motion (lodged by the heir, or a person entitled to legitime, legatee, executor of the testament, or a creditor of the inheritance and the appropriate tax office), or *ex officio* (when the heir has lodged a declaration of accepting the inheritance with *beneficium inventarii* and the inventory has not been executed previously, or if an administrator of inheritance has been appointed)²⁰.

The heir who took advantage of *beneficium inventarii* may plead his limited liability for inherited debts in course of both examination and enforcement proceedings. The execution of heir's liability limited in accordance with *pro viribus hereditatis* principle may lead to certain difficulties, particularly if the heir has paid back some debts without knowing about the existence of others, or if he has paid back only selected debts while being aware of others. Therefore, in accordance with the provisions set forth in Art. 1032 a successor who has accepted the inheritance with the benefit of inventory and has paid back some inherited debts without knowing about the existence of other debts is liable for the unpaid debts only up to the amount resulting from the difference between the value of the actual inherited assets ascertained by the inventory and the value of funds disbursed to settle the debts which he has paid back. On the other hand if he had been aware of the existence of other inherited debts but had failed to pay them back, his liability for these debts would exceed the value of the actual inherited assets but only up to the amount to which he would have been obliged had he paid back all the inherited debts properly. Additionally, the heir's liability due to bequests and instructions is always limited to the value of the actual inherited assets (Art. 1033)²¹.

²⁰ Detailed rules for executing the inventory were defined in *Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 1.10.1991 r. w sprawie szczegółowego trybu postępowania przy zabezpieczaniu spadku i sporządzaniu spisu inwentarza* (Dz.U. Nr 92, poz. 411); see Art. 644 and 666 of the Code of Civil Procedure.

²¹ More on the rules concerning successor's liability for legitime in: Skowrońska (1981, p. 3 et seq.) and Szpunar (1948, vol. 8, p. 51 et seq.).



6. The solutions adopted by Roman law with regard to limiting successors' liability for inherited debts are also applied by other contemporary European legislative systems²². These solutions were also incorporated into the currently binding European legal regulations via the civil codifications of the 19th century.

The Justinian *beneficium inventarii* is known to French law. The currently binding civil law of France, following the amendments introduced into the succession law in 2006²³ contains stipulations allowing for simple acceptance of inheritance or for limiting the liability for inherited debts by executing the inventory (Art. 768 et seq. c.c.)²⁴.

The option of limiting liability for inherited debts by means of *beneficium inventarii* is also stipulated by contemporary German legislative system. Pursuant to § 1993 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch from 1900) a successor may provide the relevant court with an inventory executed in accordance with the requirements set forth in §§ 1994 – 2013 BGB, and by doing so limit his liability to the inherited assets.

Austrian succession law also allows for accepting succession unconditionally or with the reservation of the benefit of inventory (§§ 800-806 ABGB)²⁵.

Italian succession law takes a similar approach. Art. 470 of the Italian civil code from 1942²⁶ specifies options for the successor to accept the inheritance simply or with the benefit of inventory. The detailed procedure for executing the inventory of the succession is set forth in Art. 484-511 *codice civile*.

Similarly Spanish legislation introduces the option for accepting the inheritance with the benefit of inventory. The detailed procedures of executing the inventory of the succession as well as the issues connected with the time for deliberation have been regulated in Art. 1010-1030 of the Spanish *código civil*²⁷.

²² More on the reception of *beneficium inventarii* in: Obarrio Moreno (2005, p. 61 et seq.).

²³ Code Civil from 1804 changed with Act No. 2006-728 dated 23 June 2006 - Art. 1 Official Journal 24 June 2006; in force from 1 January 2007.

²⁴ Art. 774 of the French Code Civil from 1804 already contained stipulations allowing successor to accept the inheritance directly or with the benefit of inventory. Detailed procedure of executing inventory and its effects for the successor and creditors of inheritance were stipulated in Art. 713-810 c.c.

²⁵ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Stand BGBl. No. 118/200).

²⁶ R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile.

²⁷ Código civil z 1898 (Real Decreto de 24 de julio de 1889 oraz Real Orden de 29 de julio de 1889).



7. Therefore, briefly summing up the issues connected with the benefit of inventory we can conclude that the Justinian model of this kind of liability for inherited debts found a permanent place in the later science of private law and was confirmed in modern codifications of law. It found its way to the Polish and European legal systems by way of the great civil codifications which were in force in Europe during the 19th century, and in the territory of Poland in the time of foreign rule and after the country regained independence in 1918. Similarly, Polish succession law unified and codified after World War II, as well as the contemporary systems of private law in other European countries beside the option of direct acceptance of inheritance allow for acquiring the succession with *beneficium inventarii*.

It should be emphasized that the Roman *beneficium inventarii* was a result of modern reforms which Justinian introduced, among others, into the succession law. These proved to be so well-founded that the principle discussed here, namely *beneficium inventarii* is an example of a Roman solution which transcended the barrier of centuries and became the core element of the modern regulations in the European systems of succession law.

REFERENCES

- ANKUM, H. **La classicite de la separatio bonorum de l' heres neccessarius en droit roman**. In: Studi Grosio, Torino, 1968, vol. 2, p. 365 et seq.
- ANKUM, H. La Femme Mariée et la loi Falcidia, **LABEO**, 1984, vol. 30, p. 28 et seq.
- BEDUSCHI, C. **Hereditatis aditio**. Milano: Giuffrè, 1976.
- BIONDI, B. **Istituti fondamentali di diritto ereditario romano**. Milano, 1948, p. 23 et seq.
- BOJARSKI, W. In integrum restitutio w prawie rzymskim. **Roczniki Teologiczno – Kanoniczne**, 1963, vol. 10, p. 15 et seq.
- BOJARSKI, W. **Separatio bonorum**. In: Księżdzę Pamiątkowej ku czci Profesora Leopolda Steckiego, Toruń, 1997, p. 603 et seq.
- BONFANTE, P. **Corso di diritto romano – I, Diritto di famiglia**. Milano, 1963, p. 398.



- BONIFACIO, F. In tema di lex Falcidia. **IURA**, 1952, vol. 3, p. 229 et seq.
- BRETONE, M. Gai. 2,187 – 189. **LABEO**, 1958, vol. 4, p. 301 et seq.
- DE LA ROSA DIAZ, P. **Algunos aspectos de la lex Falcidia**. In: Studios en homenaje al Prof. F. Hernandez – Tejero, Madrid, 1994, vol. 2, p. 111 et seq.
- ESPÍNDOLA, H. H. Notas sobre el beneficium inventarii, Sekunda parte: Las acciones. **Revista se Estudios Historio – Juridicos**, 1983, vol. 8, p. 13 et seq.
- ESPÍNDOLA, H. H. Notas sobre el beneficium inventarii. **Revista se Estudios Historio – Juridicos**, 1982, vol. 7, p. 21 et seq.
- FADDA, C. **Concetti fondamentali del diritto ereditario romano**. Milano, 1949, vol. 2, p. 36 et seq.
- FIDLER, Jan (Ed). **Prawo cywilne obowiązujące w Królestwie Polskim**. Warszawa, 1916, p. 253 et seq.
- FRANCIOSI, G. **Lex Falcidia, SC Pegasianum e disposizioni a scopo di culto**. In: Studi Donatuti, Milano, 1973, vol. 1, p. 401 et seq.
- GRODZISKI, S. Wpływy Code Civil oraz innych kodyfikacji napoleońskich na ziemiach polskich (część I). **CPH**, 2005, vol. 57.2, p. 61 et seq.
- GUARINO, A. Gai. 2,155 e il beneficium separationis dell' heres necessarius. **SDHI**, 1944, vol. 10, p. 240 et seq.
- GUARINO, A. Il beneficium separationis dell' heres necessarius. **ZSS**, 1940, vol. 60, p. 185 et seq.
- KASER, M. **Das römische Privatrecht**. München, 1971, vol. 1, p. 215 et seq.
- KASER, M. **Das römische Privatrecht**. München, 1971, vol. 2, p. 382.
- KASER, M. Zur In integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus. **ZSS**, 1977, vol. 94, p. 101 et seq.
- KURYŁOWICZ, M. The significance of Justinian Law. Nowe problemy prawa justyniańskiego. **Folia Societatis Lublinensis**, 1983, vol. 25, p. 67 et seq.
- LA PIRA, G. **La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano**. Firenze, 1930; p. 48 et seq.
- LISOWSKI, W. **Kodeks Cywilny obowiązujący na Ziemiach Zachodnich Rzeczypospolitej Polskiej**, Poznań, 1933, p. 873 et seq.



LONGSCHAMPS DE BARRIER, F. **O elasticznosc prawa spadkowego. Fideikomis uniwersalny w klasycznym prawie rzymskim.** Warszawa, 2006, p. 77 et seq.

MACZYŃSKI, A. **Kodeks Napoleona, Kodeks cywilny Królestwa Polskiego, Kodeks zobowiązań i inne przepisy obowiązujące w województwach centralnych.** Warszawa, 2008, p. 62 et seq.

MALEC, D. Wpływy Code Civil oraz innych kodyfikacji napoleońskich na ziemiach polskich (część II). **CPH**, 2005, vol. 57.2, p. 69 et seq.

MANNINO, V. Cervidio Scevola e l' applicazione della Falcidia ai legati fra loro connessi. **BIDR**, 1981, vol. 84, p. 125 et seq.

O POSTĘPOWANIU SPADKOWYM. Dekret z dnia 8 listopada 1946 roku. **Dz.U.P.R.** Nr 63. poz. 346/46.

OBARRIO MORENO, J.A. La recepcie del beneficium inventarii e les fonts en la doctrina catalana. **Revista de Dret Històric Català**, 2005, vol. 5, p. 61 et seq.

PIĄTOWSKI, J.S. **Prawo spadkowe.** Zarys wykładu. Warszawa, 2003, p. 174 et seq.

PIĄTOWSKI, J.S. **System prawa cywilnego – vol. 4 – Prawo spadkowe.** Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź, 1986, p. 291 et seq.

PIĘTAK, L. **Prawo spadkowe rzymskie.** Lwów, 1882, p. 82 et seq.

PŁAZA, S. **Historia prawa w Polsce na tle porównawczym.** Kraków, 1997, vol. 1, p. 141 et seq.

PRAWO SPADKOWE. Dekret z dnia 8 października 1946 roku. **Dz.U.R.P.** Nr 60, z dnia 20.11.1946 r. poz. 328.

PRZYBYŁOWSKI, K. Ukształtowanie zasad dotyczących odpowiedzialności za długi spadkowe w polskim prawie cywilnym. **Studia Cywilistyczne**, 1969, vol. 13-14, p. 239 et seq.

RADZISZEWSKI, A. **Kodeks Cywilny austriacki z roku 1811 obowiązujący w Małopolsce i na Śląsku Cieszyńskim.** W tłumaczeniu S. Wróblewskiego wraz z ustawami uzupełniającymi. Lwów, 1938, p. 266 et seq.

REGGI, R. **Ricerche interno al. beneficium inventarii.** Milano, 1967, p. 50 et seq.

ROZPORZĄDZENIE Ministra Sprawiedliwości z 1.10.1991 r. w sprawie szczegółowego trybu postępowania przy zabezpieczeniu spadku i sporządzaniu spisu inwentarza, **Dz.U. Nr 92**, poz. 411.



SCHWARZ, F. Die Rechtswirkungen der lex Falcidia. **ZSS**, 1943, vol. 63, p. 314 et seq.

SCHWARZ, F. War die lex Falcidia eine lex perfecta. **SDHI**, 1951, vol. 17 p. 225 et seq.

SKOWROŃSKA, E. Odpowiedzialność spadkobierców za zachówek w polskim prawie spadkowym. **Nowe Prawo**, 1981, vol. 1, p. 3 et seq.

SKOWROŃSKA-BOCIAN, E. **Komentarz do kodeksu cywilnego – Księga czwarta – Spadki**. Warszawa, 2003, p. 217 et seq.

SKOWROŃSKA-BOCIAN, E. **Odpowiedzialność spadkobierców za długi spadkowe**. Warszawa, 1981.

SKOWROŃSKA-BOCIAN, E. **Prawo spadkowe**. Warszawa, 2010, p. 133 et seq.

SÓJKA-ZIELIŃSKA, K. **Kodeks Napoleona. Historia i współczesność**. Warszawa, 2008, p. 20 et seq.

SÓJKA-ZIELIŃSKA, K. **Wielkie kodyfikacje cywilne. Historia i współczesność**. Warszawa, 2009, p. 120 et seq.

STEIN, P. **Lex Falcidia**. Ateneum, 1987, vol. 65, p. 453 et seq.

STOBIENIA, J. Spadek jako przedmiot realizacji odpowiedzialności za dług spadkowy. **Nowe Prawo**, 1982, vol. 3-4, p. 28 et seq.

SZPUNAR, A. Zachówek w polskim prawie spadkowym. **Państwo i Prawo**, 1948, vol. 8, p. 51 et seq.

VOCI, P. **Diritto ereditario Romano**. Milano, 1960, p. 617.

WACKE, A. **Die Rechtswirkungen der lex Falcidia**. In: Studien Kaser, Berlin, 1973, p. 209 et seq.

WESENER, G. **Beschränkungen der Erbenhaftung im römischen Recht: separatio bonorum und beneficium inventarii**. In: Ars boni et aequi, Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1993, p. 410 et seq.

WOŁODKIEWICZ, W. Uwagi o roli prawa rzymskiego w pracach nad Code Civil des Francis. **CPH**, 2005, vol. 57.2, p. 43 et seq.

WRÓBLEWSKI, S. **Komentarz do § § 531-824. Austriackiego Kodeksu Cywilnego (prawo spadkowe)**. Kraków, 1904, p. 772 et seq.



ZOLL, F. **Prawo cywilne, vol. 4. Prawo rodzinne i spadkowe.** Poznań, 1933, p. 295 et seq.

ZYGMUNT, L. **Kodeks Cywilny obowiązujący na Ziemiach Zachodnich Rzeczypospolitej Polskiej.** Wojewódzki Instytut Wydawniczy. Warszawa – Poznań, 1928, p. 376 et seq.



THE SYSTEMIC IMPORTANCE OF THE CONSTITUTIONAL ESTABLISHMENT OF THE CAPITAL IN THE MEMBER STATES OF THE EUROPEAN UNION¹

A IMPORTÂNCIA SISTÊMICA DAS INSTITUIÇÕES CONSTITUCIONAIS DA CAPITAL NOS ESTADOS-MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA

Radosław Grabowski²

Abstract

The Constitution of the Republic of Poland of 1997 guarantees the capital function of Warsaw in art. 29. This provision is part of a set of regulations determining the so called state symbols, i.e. the emblem, flag, and anthem. While the recognition of state symbols at the constitutional level does not raise objections, such regulation does not seem to be necessary as regards the capital of the state. The question arises whether such practice exists in other contemporary institutions, or whether the Polish case is isolated.

Keywords: Constitutional establishment. European Union. Poland.

Resumo

A Constituição da República da Polônia de 1997 garante que a capital seja Warsóvia em seu art. 29. Esta regra é parte de uma série de normas que determinam os chamados símbolos do Estado, isto é, o brasão, a bandeira e o hino. Enquanto o reconhecimento de símbolos de Estado em nível constitucional não levanta objeções, esta regulamentação parece não ser necessária no que diz respeito à capital do Estado. Surge a questão se tais práticas existem em outras instituições contemporâneas ou se o caso polonês é isolado.

Palavras-chave: Instituições constitucionais. União Europeia. Polônia.

Sumário: 1. *Constitutional regulations indicating the capital of the state.* 2. *Constitutional regulations to determine the capital of the state.* 3. *Lack of constitutional regulation of social functions.* 4. *Conclusions.* 5. *References.*

The Constitution of the Republic of Poland of 1997 (Dz.U. 1997, Nr 78, poz. 483) guarantees the capital function of Warsaw in art. 29. This provision is part of a set of regulations determining the so called state symbols, i.e. the emblem, flag, and

¹ Artigo submetido em 05/10/2017, pareceres de análise em 04/12/2017, 10/12/2017 e 12/12/2017, aprovação comunicada em 15/12/2017.

² The author is an Associate Professor in Institute of Political Science on the Faculty of Sociology and History of University of Rzeszow in Poland. E-mail: <chatazawsia@wp.pl>.



anthem. While the recognition of state symbols at the constitutional level does not raise objections, such regulation does not seem to be necessary as regards the capital of the state. The question arises whether such practice exists in other contemporary institutions, or whether the Polish case is isolated.

The answer to this question requires a representative group of states to make credible decisions. This analysis covers all EU Member States. Although this group is heterogeneous, in the context of the conducted research this fact should be regarded as an advantage, not a drawback. Among the countries that are part of the European Union in carrying out research for the purposes of this text, i.e. at the turn of 2016 and 2017, we can point old democracies, states of the former Eastern bloc, Nordic states with their constitutional characteristics, monarchies and republics, states operating on the basis of constitutions enacted in the 21st, 20th and 19th centuries and not even having a constitution in the material sense.

This diversity will determine whether there is widespread practice in the EU countries for the preservation of capital functions at the constitutional level, as well as whether it is a dominant model or other possible solutions. As far as diversity in this area is concerned, it is necessary to determine what the causes are. This will allow us to conclude in what cases the constitutional protection of the capital functions of a particular centre is unnecessary, and whether such cases allow to draw conclusions that may apply in Polish political practice.

In some cases, matters related to the capital of the state will be compiled with regulations concerning state or national symbols. The impression is that these things are often treated in the constitutions together, and the procedure will determine the intentions of the legislators, show editorial inconsistencies or deficiencies in the regulations being analyzed.

1 CONSTITUTIONAL REGULATIONS INDICATING THE CAPITAL OF THE STATE

The Federal Constitutional Law of the Republic of Austria (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 21) makes a comprehensive regulation, not only indicating that the capital of the federation and the seat of its supreme authorities is Vienna (art. 5 sec. 1), but also introducing solutions applicable to emergencies. In such a case, at the request of the Federal Government, the Federal President may transfer the seat of the bodies



mentioned in sec. 1 to another place in the federation territory (art. 5 sec. 2). Such a solution is likely to guarantee state activity independently of the circumstances, including the event of inability to perform functions assigned to particular supreme bodies at their usual headquarters.

The provisions of the Constitution of the Kingdom of Belgium (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 85) are less developed. Article 194 of the Constitution establishes the city of Brussels as the capital of Belgium and indicates that it is the seat of the Federal Government. Such provisions do not apply to the place of operation of the authorities in emergency situations, but this does not appear to be a significant shortcoming; on the contrary, flexibility in this respect should be seen as an advantage. The only restriction in the Belgian Constitution on the performance of central government functions is the inability to initiate work on constitutional change or continuation of the constitution, unless parliamentary assemblies can gather in the territory of the state (art. 196).

The Constitution of the Republic of Bulgaria of 1991 (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 113) introduced very laconic regulations relating to the capital of the state. The provisions of article 169 state that the capital of the Republic of Bulgaria is the city of Sofia. The conciseness of this regulation contrasts with the detailed information referring to the emblem or flag of the republic, which is the content of art. 164 and art. 166.

In accordance with art. 13 of the Constitution of the Republic of Croatia of 1990 (WÓJCIK; PETRYŃSKA, 2007), Zagreb is the capital of the republic. At the same time, the Constitution also requires the issuance of a law that defines the status, scope of action, and the constitution of the capital city.

The Constitution of the Czech Republic of 1992 (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 191) determines in art. 13 that the capital of the republic is Prague. As in the case of Bulgaria, the Czech Constitution devotes far more space to state symbols (art. 14).

The situation is similar in Spain. Art. 4 of the Spanish Constitution of 1978 (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 341) precisely describes the matters related to the Spanish flag and the flags of autonomous communities, while the content of art. 5 is extremely laconic: "The capital of the state is Madrid."

The matter of the capital in the Dutch Constitution of 1814 has been treated marginally (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 375). Art. 32 clearly states that the capital city is



Amsterdam, but it happens “by the way”. The content of this regulation is as follows: "As soon as possible after taking power by the King, the King is solemnly pledged and paid homage at a public and joint meeting of the Estates General in the capital city of Amsterdam. The king swears or promises fidelity to the Constitution and worthy holding of his office; the rules are set by the law ".

The Constitution of the Republic of Lithuania of 1992 (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 419) sets the city of Vilnius the capital of the Republic of Lithuania in art. 17. The capital functions of Vilnius were further emphasized in art. 82 of the Constitution, which orders the newly elected President of the Republic to take an oath "in Vilnius, in the presence of representatives of the Seimasmembers".

The constitutional regulations of the Grand Duchy of Luxembourg (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 443), determined the capital of state – Luxembourg – in art. 109. It is also the seat of government, which can be changed, but only temporarily, and for important reasons. The content of art. 109 explains the enigmatic wording of art. 71 of the Constitution, according to which the sessions of the Chamber of Deputies "take place at the location where the administration of the Grand Duchy is based." As a clarification, it should be mentioned that there are 107,000 inhabitants in Luxembourg out of 567 thousand inhabitants of the Grand Duchy, which guarantees its capital position as not threatened (UNDATA, [2017]).

The Basic Law of the Federal Republic of Germany of 1949 (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 519) in art. 22 sec. 1 points to Berlin as the capital of Germany. It also specifies that the task of the Federation is to represent the entire state in the capital, whereas the details are governed by a federal law. It should be recalled that art. 22 was supplemented by the above regulations by the Act of 2006. During the existence of two German states, that was in 1949-1990, the Basic Law of the Federal Republic of Germany did not address the matter of the capital. Berlin has functioned as the capital of united Germany since 1990, although the Federal President has been in office since 1994, the Bundestag since 1999, and the Bundesrat since 2000. Until the year 2006, art. 22 only governed the pattern of the national flag ("The Federation Flag is black-red-gold"), these provisions are now contained in art. 22 sec. 2.

The 1997 Constitution of the Republic of Poland regulates the matter of the capital of the state, but it does so in a laconic manner: "Art. 29. The capital of the Republic of Poland is Warsaw". The conciseness of the above provisions does not



seem to be accidental, as matters concerning national symbols have also been briefly defined in art. 28.

The Romanian Constitution (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 665) clearly states that Bucharest is the capital of Romania (art. 14). Concise provisions concern national symbols similarly: the flag (art. 12 sec.1), national holidays (art. 12 sec. 2), the national anthem (art. 12 sec. 3).

The 1992 Constitution of the Slovak Republic (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 693) rules in art. 1 that the capital of the Slovak Republic is Bratislava. The constitutional provisions also mandate in sec. 2 to make statutory regulations of the position of Bratislava as the capital of the Slovak Republic. As being original - and potentially leading to the change of the location of central authorities during the emergency - the provisions of art. 10 sec. 3 state that "the manner of exercising public authority during the state of war, martial law, exceptional state shall be determined by the constitutional law".

According to art. 10 of the Constitution of the Republic of Slovenia of 1991 (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 725), the capital of the state is Ljubljana. The conciseness of this provision contrasts with the volume of art. 6, regulating state symbols. As an example, it is worth quoting: "The symbol of Slovenia is a shield, in the middle of which the blue background is depicted on the top of the Triglav mountain in white; Below are two wavy blue lines depicting sea and river; Above is an inverted triangle made up of three golden six-pointed stars. The shield is surrounded by a red border. The emblem corresponds to the accepted geometric and colour rules. "

The Basic Law of Hungary (WARSZAWA, 2015) in the article marked with the letter F states that the capital of Hungary is Budapest. As in many other constitutions, attention is drawn to the disproportion between the matters related to capital functions and the excessive attachment of the legislator to the details of state symbols. In the article marked with the letter I sec. 2, we read: "The Hungarian flag consists of three horizontal stripes, equal to the width of the following - looking from above – colours: red, white and green; red symbolizes power, white - fidelity, green – hope".

The Constitution of the Italian Republic of 1947 (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 845) defines the territorial structure in art. 114 (municipalities, provinces, metropolitan cities, regions, state) as well as the basic assumptions of individual autonomy. In



sentences 2 and 3, the Constitution states: "Rome is the capital of the Republic. State law governs its constitution. "Equally briefly, the matters related to the flag of the Republic are regulated in art. 12.

2 CONSTITUTIONAL REGULATIONS TO DETERMINE THE CAPITAL OF THE STATE

The Irish Constitution of July 1 1937 (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 393) does not address the matter of the capital, but its provisions contain information that allows us to determine the location of the Irish capital. In art. 12, regulating the activities of the President of the Republic, we can find sec. 11 point 1, according to which "the official seat of the President is the city of Dublin or its surroundings". Similar information was found in the article referring to the parliament - art. 15 sec.1 point 3 states: "The Oireachtas are gathering in or near Dublin or anywhere else that they may choose from time to time." It should therefore be recognized that the capital of Ireland is Dublin City, and there (or in the vicinity) the President resides and the meetings of the two Chambers of the Parliament are held, as a matter of principle.

The Latvian regulations have a similar design. In the contents of the Constitution of the Republic of Latvia in 1922 (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 459), there were no regulations concerning the capital of the state nor the "capital" or "capital city". In contrast, art. 15 shows that the meetings of the Saeima are held in Riga, but only in exceptional circumstances may they take place elsewhere. This allows us to recognize that the Latvian Constitution attributes the functions of a capital to Riga.

None of the constitutional acts that constitute the Swedish constitution is directly related to the matter of the capital of the state, but information on this subject can be found in the Government Form Act – Akty konstytucyjne z lat 1810-1991: Akt o formie Rządu (*Regeringsformen*), Akt o sukcesji (*Successionsordningen*), Akt o wolności druku (*Tryckfrihetsförordningen*), Akt o wolności wypowiedzi (*Yttrandefrihetsgrundlagen*) – (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 749). Chapter 4 § 1 states: "The Riksdag shall meet annually at the session. The session is held in Stockholm unless the Riksdag or its Chairman decides otherwise due to the need to ensure the safety or freedom of assembly. "Riksdag may also meet in a different location than Stockholm, in the event of a war or a war threat "(chapter 15 § 1). As a matter of



principle, however, the seat of Rigsdagu is Stockholm, which means that the city is typical of the capital.

3 LACK OF CONSTITUTIONAL REGULATION OF SOCIAL FUNCTIONS

The provisions of the Constitution of the Republic of Cyprus of 16 August 1960 (WARSAWA, 2013) use the term "capital of the Republic", indicating the seat of the Constitutional Tribunal (art. 133 sec. 2) and the Supreme Court (art. 153 sec.2) but there is no regulation indicating the capital city. Although art. 173 determines the largest urban centres in the republic (Nicosia, Limasol, Famagusta, Larnaca and Paphos), none of them is attributed to capitalism. Nicosia, the undisputed capital of Cyprus, has been split between South Cyprus which is the seat of the authorities of the Cyprus Republic and North Cyprus, recognized only by Turkey as the capital, since 1964. The idea of neutrality and equal treatment of persons of Greek and Turkish nationality is ubiquitous in the Constitution of the Republic of Cyprus and even forms the practice of using state symbols. According to art. 4 sec. 1. "The Republic has its own flag with a neutral pattern and color(...)" Republic authorities, legal persons of public law and public utility organizations hang the flag of the Republic and at the same time the Greek and Turkish flags (art. 4 sec. 2) Municipal authorities and institutions, as well as citizens of the Republic and any other organization, have the right to display at their seat the flag of the Republic, the Greek flag or the Turkish flag without limitation (art.4 sec. 3 and 4).

The Danish Constitution of 1953 devotes no place to the symbols of the state nor to the capital. The provisions of § 37 of the Danish Constitution relate to matters involving the capital of the country, stating that "Folketing gathers in the place which is the seat of the Government, except in exceptional circumstances in which the Folketing can gather anywhere in the Kingdom" (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 213) but they do not indicate a specific location. In practice this is not necessary, since Copenhagen has been the capital of Denmark since 1445. The official Danish state flag also has a 15th century tradition (the so-called Dannebrog) being a model for the flags of all Scandinavian countries, which explains the lack of regulation in this regard in the Constitution of Denmark (ROSKILDE, 2010; COPENHAGEN, 2015).

In the Constitution of Estonia of 1992 (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 227) there are no regulations indicating a centre performing the functions of the capital, but it is



probably due to the specificity of Estonia - there are few urban centres and only one city. In 2011 the three largest ones respectively were: Tallinn 393 thousand people, Tartu 98 thousand people and Narva 58 thousand people and the tenth biggest city (Võru) counted less than 13 thousand residents (STATISTICS ESTONIA, 2012). In such a situation, Tallinn's position as the seat of the most important state institutions is not undermined. The status of the Estonian flag, recognized as a state flag in 1918 and used as a national since the 80's of the 19th (EESTI.PL, 2005) is also not questioned. This explains the lack of constitutional regulation of state symbols.

The Finnish Constitution of June 11, 1999 (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 249) does not refer to the question of the seat of the central government, nor does it regulate the matter of state symbols. This fact does not mean that we are dealing with freedom in this regard. On the contrary, there is an attachment to tradition in Finland, and therefore, despite the passing of 205 years, the determination concerning the Finnish capital, dated April 8, 1812, is still in force. At that time, the Russian Emperor Alexander I signed the edict under which Helsinki was the capital of the Grand Duchy of Finland, established in 1809 on the Finnish territory detached from Sweden (KIRBY, 2006, p. 81). So, the current design of the flag of Finland has been officially used since 1918.

Matters related to the seat of the state authorities, that is, the exercise of the function of the capital, are not subject to the regulation of the Constitution of the 5th French Republic of 1958 (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 271). Art. 2 of the Constitution contains provisions on state symbols –i.e. official language, emblem, anthem - but they do not refer to the capital. It seems, however, that in France there is no need. Despite the fact that the list of places performing the functions of the French capital is long –Orleans, Troyes, Versailles, Bordeaux, or Vichy can be listed here but still - the capital position of Paris is not questioned and therefore does not require constitutional guarantees.

The position of Athens, which is the capital of Greece, despite the lack of constitutional foundations, does not seem to be at threat (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 297). Athens has been the capital of Greece since 1834, when the Bavarian king Otto Bavarian moved the headquarters to Nafplio. The Royal Palace was built at the time, where the Hellenic Parliament is now located. Athens is the largest city centre in Greece – in 2011 it was inhabited by over 660 thousand people. But the population of the Athens metropolitan area, which consists of 46 municipalities, is over 3 million people. It is worth mentioning that the Constitution of Greece of 1975 not only does



not indicate the capital of the state, but also in no way refers to its symbols, such as the emblem, flag or anthem. The official Greek flag of distinctive character has been used since the National Uprising of 1821, formally in force between 1822-1828 and 1969-1975, the status thereof as a state symbol was restored in 1978.

The 1964 Constitution of Malta (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 471) does not refer to the question of the seat of state authorities, since there is no need for it - out of a total of 420 thousand inhabitants. About half of the inhabitants of Malta live in Valletta (UNDATA, [2017]) and another 100,000 inhabitants in the nearest area. The rest of the island of Malta is the island of Gozo and three other inhabited islands are poorly populated. While the Constitution of Malta does not regulate the matter of the capital, it regulates the national symbols: flags and emblems in art. 36.

The Constitution of Portugal of 1976 (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 599) also lacks regulations on the capital of the state. The administrative and economic centre of the country is the Lisbon region, which in 2015 was inhabited by 2,884 thousand people (UNDATA, [2017]). In art. 11, the Constitution regulates the matters of the national flag, the national anthem and the official language. It can therefore be assumed that lack of constitutional guarantees on the status of Lisbon is a result of its strong position as a capital.

None of the laws of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (STAŚKIEWICZ, 2011, p. 871) indicate which centre performs the functions of the capital. The answer to the question about the United Kingdom is - due to the history of the British Isles - obvious but not easy due to the complicated territorial legal status of London. The city of London is just part of the administrative region of Greater London, a metropolis inhabited by more than 8 million people. Greater London, which formally is not a city, consists of 33 municipalities, two of which are the City of London and the City of Westminster. An even larger area occupies the London agglomeration, inhabited by 10 million people (GREATER LONDON, 2013). The British constitutional law also does not report on the matter of state symbols, which is understandable, as these govern a centuries-old tradition.

4 CONCLUSIONS

Among the 28 Member States of the EU, 16 possess constitutional regulations for the capital. These are: Austria, Belgium, Bulgaria, Croatia, Czech



Republic, Spain, the Netherlands, Lithuania, Luxemburg, Germany, Poland, Romania, Slovakia, Slovenia and Hungary. As far as system traditions are concerned, this group brings together a slightly larger number of EU Member States located in Eastern Europe (9 out of 11) and (7 out of 17) in Western Europe. Thus, in Eastern Europe there is greater attachment to regulating the legal matter being analyzed.

Taking into account that in this group 4 out of 6 are monarchies are members of the EU, 12 out of 20 are republics, it should be recognized that neither the monarchic nor republican type of state determines the relationship of the legislator to the constitutional guarantee of capital functions. It is characteristic that the constitutional norms defining the capital of the country are absent in Nordic countries and those with the pro-nordic sympathies (Estonia and Latvia).

A specific group consists of Ireland, Latvia, Sweden, whose constitutions do not indicate the capital, but designate the seats of Parliament (Ireland, Latvia, Ireland) and the office of the President office (Ireland). These solutions should be considered interesting, but due to the small size of the group, further divisions cannot be carried out.

The third group to be formed is Cyprus, Denmark, Estonia, Finland, France, Greece, Malta, Portugal and the United Kingdom. None of the above countries have established constitutional regulations concerning the capital. Among them there are 5 states (Denmark, Estonia, Finland, Greece, United Kingdom) whose political systems do not regulate the matter of state or national symbols. This group is heterogeneous - it consists of 3 countries of Northern Europe, 4 countries of Southern Europe (if we include Portugal) and 2 countries of Western Europe. You can notice here the so-called state democracies, but they are not represented much, because only by the United Kingdom, France and Denmark.

In conclusion, it must be stated that there is a full spectrum of attitudes in the Member States of the European Union relating to the safeguarding of capital functions at the constitutional level. There are many far-reaching differences which makes it difficult to indicate a dominant model. The primary causes of this phenomenon should be seen in the existence of constitutional traditions specific to each of the constitutional systems, secondary in the absence of a uniform standard for the analyzed regulations, but one should not expect it to be worked out.



It is important to recognize that constitutional regulations establishing a state capital are unnecessary, as long as we are dealing with a long tradition in this field or in case of existence of only one centre able to perform capital functions in the state. At the same time, the constitutional establishment of the capital in Luxembourg, Slovakia or Romania can be indicated, which seems unnecessary.

It seems that in most countries that have protected the capital functions in the constitution, this has been performed "in the name of tradition", indicating the only possible (for various reasons) urban centre. It is clear that there is no particular idea of such regulations and their from the territorial structure of the state, with the exception of the Constitution of the Italian Republic. As a result, in most cases, we are dealing with too restrictive regulations that do not contribute to the constitution as an act of central importance to the state. This also applies to the Constitution of the Republic of Poland, which, while establishing its capital in Warsaw, does nothing further. Such a solution does not perform any function other than consolidating the location of the capital.

5 REFERENCES

- COPENHAGEN. In: **Encyclopædia Britannica**, 2015, <https://www.britannica.com/place/Copenhagen> (07.02.2017).
- EESTI.PL. **Symbole narodowe Estonii**. 24 grudnia 2005. <http://www.eesti.pl/symbole-narodowe-estonii-11925.html> (07.02.2017).
- GREATER LONDON. In: **Encyclopædia Britannica**, 2013, <https://www.britannica.com/place/Greater-London> (07.02.2017).
- KIRBY, D. **A Concise History of Finland**. Cambridge University Press, 2006, p. 81.
- KONSTYTUCJA Republiki Chorwacji. Transl. T. M. Wójcik, M. Petryńska, Warszawa, 2007.
- KONSTYTUCJA Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Dz.U. 1997, Nr 78, poz. 483. <http://biblioteka.sejm.gov.pl/konstytucje-swiata-polska/> (02.01.2017).
- KONSTYTUCJI Republiki Cypryjskiej z dnia 16 sierpnia 1960 r., tłum. L. Akritidis, P. Akritidis, wstęp P. Osiewicz, Warszawa, 2013.
- ROSKILDE. In: **Encyclopædia Britannica**, 2010, <https://www.britannica.com/place/Roskilde-Denmark> (07.02.2017).



STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Akty konstytucyjne z lat 1810-1991: Akt o formie Rządu (*Regeringsformen*), Akt o sukcesji (*Successionsordningen*), Akt o wolności druku (*Tryckfrihetsförordningen*), Akt o wolności wypowiedzi (*Yttrandefrihetsgrundlagen*), transl. K. Dembiński, M. Grzybowski. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 749.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Federalna Ustawa Konstytucyjna Republiki Austrii z dnia 1 października 1920 r. transl. P. Czarny i B. Naleziński. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 21.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Konstytucja Estonii przyjęta przez obywateli Republiki Estońskiej w referendum przeprowadzonym w dniu 28 czerwca 1992 r., transl. A. Puu. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 227.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Konstytucja Grecji z dnia 9 czerwca 1975 r. transl. G. i W. Uliccy, B. Zdaniuk, N. Ciesielczyk. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 297.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Konstytucja Hiszpanii z dnia 27 grudnia 1978 r. transl. T. Mołdawa. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 341.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Konstytucja Irlandii uchwalona przez Naród dnia 1 lipca 1937 r., transl. S. Grabowska. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 393.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Konstytucja Królestwa Belgii z dnia 7 lutego 1831 r. transl. W. Skrzydło. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 85.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Konstytucja Królestwa Danii z dnia 5 czerwca 1953 r., transl. M. Grzybowski. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 213.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Konstytucja Królestwa Niderlandów z dnia 28 marca 1814 r. transl. A. Głowacki, B. Szepietowska. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 375.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Konstytucja Malty z dnia 21 września 1964 r., transl. J. Winczorek. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 471.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Konstytucja Republiki Bułgarii Uchwalona przez Wielkie Zgromadzenie Narodowe Bułgarii w dniu 12 lipca 1991 r. transl. H. Karpińska. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 113.



STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Konstytucja Republiki Czeskiej z dnia 16 grudnia 1992 r. transl. M. Kruk-Jarosz. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 191.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Konstytucja Republiki Finlandii z dnia 11 czerwca 1999 r., transl. J. Osiński. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 249.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Konstytucja Republiki Francuskiej z dnia 4 października 1958 r. transl. W. Skrzydło. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 271.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Konstytucja Republiki Litewskiej, transl. H. Wisner. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 419.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Konstytucja Republiki Łotewskiej uchwalona przez Zgromadzenie Konstytucyjne w dniu 15 lutego 1922 r. transl. L. Gołubiec, I. Jaroszkiewicz. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 459.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Konstytucja Republiki Portugalskiej z dnia 2 kwietnia 1976 r., transl. A. Wojtyczek-Bonnand. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 599.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Konstytucja Republiki Słowackiej z dnia 1 września 1992 r. transl. K. Skotnicki. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 693.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Konstytucja Republiki Słowenii z dnia 23 grudnia 1991 r., transl. P. Winczorek. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 725.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Konstytucja Republiki Włoskiej z dnia 27 grudnia 1947 r., transl. Z. Witkowski. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 845.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Konstytucja Rumunii z dnia 21 listopada 1991 r. transl. A. Cosma. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 665.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Konstytucja Wielkiego Księstwa Luksemburga z dnia 17 października 1868 r. transl. A. Wojtyczek-Bonnad, K. Wojtyczek. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 443.



STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec z dnia 23 maja 1949 r. transl. B. Banaszak i A. Malicka. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 519.

STAŚKIEWICZ, W. (Ed.). Ustawy ustrojowe Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, transl. S. Kubas. In: **Konstytucje państw Unii Europejskiej**. Warszawa, 2011, p. 871.

STATISTICS ESTONIA. **PHC 2011**: The population of Estonia is concentrated around larger cities. 12 December 2012. <http://www.stat.ee/news-release-2012-158> (07.02.2017).

UNDATA – United Nations Statistics Division. **Luxembourg**. <http://data.un.org/CountryProfile.aspx?crName=Luxembourg> (07.02.2017).

UNDATA – United Nations Statistics Division. **Malta**. <http://data.un.org/CountryProfile.aspx?crName=Malta> (07.02.2017).

UNDATA – United Nations Statistics Division. **Portugal**. <http://data.un.org/CountryProfile.aspx?crname=Portugal> (07.02.2017).

USTAWA Zasadnicza Węgier, transl. J. Snopek, Warszawa, 2015.



IL PROBLEMA DELLE COLTIVAZIONI ILLEGALI, UN OSTACOLO ALL'ATTUAZIONE DEL PROCESSO DI PACE IN COLOMBIA¹

THE PROBLEM OF ILEGAL CULTIVATION: AN OBSTACLE TO THE PEACE PROCESS IN COLOMBIA

Jairo E. Cabrera²

Sommario

La ricostruzione dei territori della Colombia nella fase post-accordo, si dovranno avviare a partire da strategie di Sviluppo Alternativo Integrale che permettano di ricostituire i territori interessati dalle coltivazioni illegali. Firmato l'accordo di pace, non costituirà più terreno fertile per la guerra e per la violenza strutturale causate da una cultura dell'illegalità ben radicata nella società. Se le coltivazioni illegali non spariranno dal territorio, l'attuazione degli accordi di pace risulterà un processo praticamente impossibile da realizzare giacché in questa vicenda cambierebbero semplicemente gli attori, passando da un gruppo ribelle a uno di narcotrafficienti e tutta la violenza e il male derivato da questa attività rimarrebbe radicato nel territorio cosicché la Colombia perderebbe un'opportunità storica di andare realmente avanti nonché di pacificare e riattivare il settore rurale.

Parole chiavi: Coltivazione Illegali. Processo di Pace in Colombia. Sviluppo Alternativo Integrale. Ricostruzione dei territori.

Abstract

The rebuilding of the territories of Colombia in the post-agreement, will have to start from the Integral Developmental strategies that will help to replenish the territories affected by illegal crops. If the illegal crops do not disappear from the territory, the implementation of peace agreements will be a process virtually impossible to achieve, because in this affair simply change the actors, ranging from a rebel group to one of narcotraffickers and all the violence and evil derived from this activity would remain rooted in the territory, so that Colombia would lose a historic opportunity to go further and to pacify and reactivate the rural sector.

Key Words: Illegal Cultivation. Peace Process in Colombia. Alternative Development. Reconstruction of Territories.

¹ Artigo submetido em 05/11/2017, pareceres de análise em 04/12/2017, 05/12/2017 e 13/12/2017, aprovação comunicada em 14/12/2017.

² Professor do Departamento de Derecho Público da Universidad Católica de Colombia, Doutor pela Università Degli Studi di Palermo, Mestre em Direito Ambiental pela Università Degli Studi di Palermo e Mestre em Derecho Público pela Universidad Externado de Colombia. *E-mail:* <jecabrera@ucatolica.edu.co>.



Indice: 1. *Introduzione.* 2. *Il fallimento delle risposte dello Stato e la stigmatizzazione del movimento contadino.* 3. *Il problema delle coltivazioni illegali.* 4. *Conclusioni.* 5. *Bibliografia.*

1 INTRODUZIONE

A causa della propria conformazione la Colombia è sempre stato un paese chiaramente segnato dai conflitti. A partire dagli atti per l'indipendenza passando per l'imposizione di sistemi di governo con strutture centrali alternate a quelle federali nel XIX secolo, dalla contrapposizione dei partiti conservatore e liberale all'inizio alle diverse correnti di pensiero capitalista e comunista, tutto ciò è stato un "brodo di coltura" per la nascita di una guerra fratricida e insensata che ha portato ad oltre sessant'anni di scontro.

Ciò che si intende evidenziare attraverso questa ricerca, con il proposito di contestualizzare la situazione attuale e successivamente includere azioni di ricostruzione nei territori interessati dal conflitto armato colombiano, è l'analisi sulle origini della guerra in Colombia. Sottolineando le radici rurali, l'abbandono sistematico delle campagne, origine delle dolorose diseguaglianze tra aree urbane e rurali, ha portato gruppi ribelli a levarsi in armi contro uno Stato incapace di trovare soluzioni e alternative alle aree più povere e isolate del territorio nazionale.

Dalla sua indipendenza la Colombia ha adottato la forma di una Repubblica, creando una serie di processi di sviluppo e relazionandosi con pochissime città e territori che generavano attività economiche indispensabili per la sopravvivenza del paese: dal centro della propria capitale fino al nord con i porti di Santa Marta e Cartagena, dimenticando evidentemente lo sviluppo degli altri territori; strutturandosi in amministrazioni essenzialmente centralizzate; anticipando già da allora un'assenza dello Stato che sarebbe durato parecchi decenni e che, senza dubbio, ha ridotto la Colombia ad un paese rurale dal quale ha origine questa triste storia di desolazione, abbandono e opposizione.

Sono stati davvero pochi i presidenti che hanno provato ad adottare riforme strutturali che permettessero di dare priorità al comparto agricolo colombiano. Tuttavia, tale trasformazione avrebbe implicato un cambiamento delle modalità e della proprietà delle terre che, senza alcun dubbio, non avrebbe favorito i grandi possidenti, i quali, per la maggior parte, rivendicavano le proprietà in quanto



discendenti degli spagnoli e che nel nome del corona hanno occupato migliaia e migliaia di ettari di terreno lungo tutto il paese.

C'è da sottolineare che una politica che pretenda una:

Trasformazione profonda della struttura della proprietà terriera, cioè della modalità di possesso, appropriazione, usufrutto e gestione della terra, prova in generale a redistribuire i terreni fra i coloni, i contadini e i lavoratori agricoli, sotto la tutela dello Stato. Così come il possesso della terra è fonte di potere politico, l'espropriazione dei proprietari terrieri genera una nuova correlazione di forze e una nuova struttura di potere nelle campagne (MORET, 2003, p. 22)

È evidente che si iniziano a delineare due estremi opposti nel settore agricolo: da un lato i grandi possidenti con potere e influenza politica, dall'altro i contadini senza terra e abbandonati dal governo nazionale.

Cominciamo dunque ad osservare come un tema così sensibile come la proprietà della terra generi situazioni contrapposte in termini di possesso, uso e redistribuzione, poiché come afferma Morett (2003) la terra è la fonte del potere politico, comprese le colonie che rivendicavano il potere sulla terra nonché il potere politico ed economico di una determinata area. Attualmente anche le grandi famiglie di chiaro lignaggio politico e tradizionale sono proprietarie di migliaia di ettari di terreno nelle zone vicine ai propri luoghi d'origine.

Stano così le cose, con la pressione degli uni verso gli altri e con le disuguaglianze e le violazioni dei diritti dei contadini, si comincia a generare una forma di resistenza negli anelli più deboli della catena e si iniziano a creare dei movimenti per richiamare l'attenzione dello Stato affinché intervenga nella faccenda, procedendo con riforme strutturali per favorire condizioni di equità, opportunità ed uguaglianza così come espresso nella carta costituzionale.

Nonostante quanto detto prima, vedremo come nel mondo rurale siano riuscite a penetrare forme di violenza, le cui origini, cause e, talvolta, soluzioni sono da rintracciarsi nelle campagne e tra i contadini.

Al di là della violenza strutturale in Colombia, della presenza di disuguaglianze sociali, degli abusi del bipartitismo, della rinascita degli scontri da parte dei ribelli, del narcotraffico, del paramilitarismo e dell'agire lento e precario per lungo tempo da parte dello Stato nel risolvere i problemi, si è riusciti a portare lo



Stato colombiano dall'essere un paese fallito a rappresentare un luogo di speranze e sogni con un futuro di pace.

A questo punto la nostra ricerca acquisisce una rilevanza strategica nel progetto di un paese in ricostruzione e che esce da un conflitto quindi è indispensabile conoscerne la storia, imparare dai propri errori. È necessario sottolineare che la ricostruzione dei territori si dovranno avviare a partire da strategie di Sviluppo Alternativo Integrale che permettano di ricostituire i territori interessati dalle coltivazioni illegali: già firmato l'accordo, non costituirà più terreno fertile per la guerra e per la violenza strutturale causate da una cultura dell'illegalità ben radicata nella società. Se le coltivazioni illegali non spariranno dal territorio, l'attuazione degli accordi di pace risulterà un processo praticamente impossibile da realizzare giacché in questa vicenda cambierebbero semplicemente gli attori, passando da un gruppo ribelle a uno di narcotrafficienti e tutta la violenza e il male derivato da questa attività rimarrebbe radicato nel territorio cosicché la Colombia perderebbe un'opportunità storica di andare realmente avanti nonché di pacificare e riattivare il settore rurale.

2 IL FALLIMENTO DELLE RISPOSTE DELLO STATO E LA STIGMATIZZAZIONE DEL MOVIMENTO CONTADINO

Agli albori del XX secolo il mondo stava cambiando: nuove ideologie e nuovi atteggiamenti iniziarono a trovare spazio nel dibattito sul modello di Stato; la concezione economica e filosofica che fino ad allora predominava ora si trovava alla pari con le istanze portate dalla rivoluzione industriale. Ovviamente la Colombia non faceva eccezione.

La rivoluzione in Unione Sovietica aveva trionfato portando alla nascita di una nuova potenza e la Colombia non era indifferente a queste nuove correnti di pensiero che perseguivano le rivendicazioni sociali degli oppressi. La storia ci rivela che diversi intellettuali colombiani nel 1919 acclamavano questi nuovi ideali affermando che “gli operai colombiani vogliono formare un nuovo partito che abbia in programma le grandi rivendicazioni socialiste. Il liberalismo, con un processo di evoluzione, può rappresentare questo partito socialista”. (Revista Credencial Historia, 2005, p.1)



In effetti, il partito liberale in Colombia agli inizi del XX secolo ebbe come ideologia principale l'ideale socialista, accolto da numerosi intellettuali e leader politici del partito: nomi come Enrique Olaya Herrera, Alfonso López, Eduardo Santos – che successivamente saranno presidenti della Repubblica – affermarono “che il sacro proposito del Partito Liberale, nella propria ricerca del potere, era di strutturare le riforme sociali e accettarono in seno alla propria piattaforma non poche tesi del socialismo sovietico”. (MACHADO, 1991, p. 342)

In opposizione a simili ideali, il Partito Conservatore non poteva essere d'accordo con le affermazioni sovversive del bolscevismo, combattendole senza sosta in Parlamento, al Governo, sulla stampa e dai palchi dei comizi.

Nel 1928 il liberalismo – ancora in minoranza al Congresso – aveva reso popolare la propria azione e godeva dell'appoggio delle masse. Gli operai, i quali venivano definiti comunisti dal settore più reazionario del conservatorismo, erano ferventi liberali poiché si rispecchiavano negli editoriali della stampa liberale, nei discorsi dei leader del liberalismo, nell'idea della riforma sociale, loro grande speranza. (MACHADO, 1991, p. 343)

Il problema delle iniquità, delle falle nel sistema rurale e urbano, del proletariato e della classe dirigente, si trovava in una fase acuta durante cui la formazione contadina e/o sindacale inizia ad organizzare le lotte per i propri diritti e rivendicazioni.

In questa fase della storia, il Partito Liberale incarnava un simile sentimento e rifletteva la percezione delle lotte operaie e delle rivendicazioni sociali che gli strati più poveri richiedevano al Governo, con l'obiettivo di un'immediata sconfitta del Partito Conservatore per giungere nuovamente al potere.

I nuovi attori sociali nel settore agricolo “esigevano migliori condizioni di lavoro e promossero lotte e mobilitazioni contadine che rifiutavano i latifondi non sfruttati e le forme di lavoro e di asservimento pre-capitaliste”. (MACHADO, 1991, p. 343)

Tuttavia il problema, come è già stato accennato, non è sorto in quel preciso momento storico ma in realtà derivava dei tempi della colonizzazione spagnola secondo il modello politico, sociale ed economico imposto per favorire gli spagnoli e i loro discendenti rispetto agli indigeni e ai creoli, diseguaglianze che rimarranno e aumenteranno negli anni successivi.



L'influenza ideologica delle altre lotte popolari e l'impennata del prezzo del caffè aumentarono la richiesta di terra. Vega (2004) ricorda che:

La sentenza della Corte Suprema di Giustizia del 1926, che obbligò tutti i proprietari terrieri in causa legale a presentare i titoli di proprietà, scatenò nuovi e più intensi conflitti, specialmente nelle aziende agricole di caffè del Sumapaz, del Tequendama e della parte orientale del Tolima poiché i coloni e gli affittuari scorsero l'opportunità di "mettere in discussione ciò che fino ad allora era una intoccabile gestione interna delle aziende agricole.

Le leghe agrarie, come rappresentanti del movimento contadino, portarono a conoscenza, non solo a livello nazionale ma anche internazionale, dei grandi problemi nel settore rurale che la Colombia pativa, specialmente la disuguaglianza latente nella distribuzione della terra per cui il governo liberale prese in mano la situazione con l'obiettivo di "superare l'ostilità e la contrapposizione tra conservatori e liberali e di contenere la violenza nelle zone rurali (MACHADO, 1991, p. 343)

La spirale di violenza e la mancanza di terra portarono i contadini ad esigere una soluzione ai loro problemi con le occupazioni di fatto, attraverso il confronto con lo Stato e i proprietari terrieri, con le associazioni corporative che reclamavano il possesso delle terre che lavoravano e con la fine della gestione dei poteri non sfruttati. In sintesi, lottavano per una riforma agraria. (MACHADO, 1991, p. 343)

Alla fine, il clamore e le pressioni dei contadini colombiani, assieme alle ideologie del partito di governo e alla volontà del presidente Alfonso López Pumarejo, fecero promulgare la legge 200 del 1936 il cui obiettivo principale era quello di ordinare e stabilire un sistema adatto per la gestione e lo sfruttamento della terra.

Secondo il ricercatore Balcázar (2001) la legge 200 "contribuì a legalizzare terre riguardo a cui non c'era chiarezza sulla proprietà e contemporaneamente facilitò l'acquisizione di appezzamenti da parte degli affittuari e la legalizzazione del possesso dei coloni".

Nonostante quanto detto, la norma non sortì gli effetti menzionati né rivestì fedelmente il ruolo per il quale era stata concepita poiché essa rafforzò la proprietà della terra attraverso l'affermazione della funzione sociale e inoltre non si riuscì ad ottenere la sua redistribuzione, punto fondamentale dei problemi agrari descritti



precedentemente. In pratica, non si raggiunse uno sfruttamento sociale adeguato della terra in via formale.

La legge 200 non stabilì che i latifondisti avrebbero modernizzato subito le condizioni produttive per conformare la struttura agraria alle necessità dello sviluppo capitalista ma dispose soltanto la fine del dominio per incentivare l'aumento della produzione per un periodo di dieci anni. D'altra parte, non ordinò che in quel periodo avrebbero dovuto estinguersi le forme di produzione arcaiche ma che il proprietario avrebbe dovuto tentare lo sfruttamento economico del podere. La legge riconosceva che fosse impossibile instaurare immediatamente la produzione capitalista nel settore rurale e accettò il fatto che la forza lavoro dovesse continuare ad essere sfruttata in altra maniera, sempre che i poderi fossero utilizzabili per le attività produttive. La legge "provava a dare alla proprietà rurale il sostegno giuridico di cui era priva. In altre parole, cercava di impedire il disconoscimento progressivo della proprietà latifondaria. (MACHADO, 1991, p. 434)

A dispetto degli eventi descritti, l'avvento della seconda guerra mondiale ebbe un impatto significativo nello sviluppo rurale del paese, relegando la riforma agraria in secondo piano e dando priorità alla sostituzione delle importazioni di alimenti e materie prime.

Il governo del presidente Eduardo Santos a cavallo degli anni 1938 e 1942 mise in moto un piano di incremento della produzione per ridurre i costi delle materie prime e dei prodotti alimentari.

La scarsa efficacia di tale politica contribuì a tenere bloccata l'industrializzazione. Durante il secondo mandato di Alfonso López Pumarejo (1942-1945), fu approvata la legge 100 del 1944 per riattivare la produzione alimentare. Furono accolte quelle forme di produzione proprie delle *haciendas* e venne affermata la convenienza pubblica nello sfruttamento delle terre attraverso contratti di mezzadria. Proprio come la legge 200, cercava lo sfruttamento della terra senza rendere conto di chi o come. (MACHADO, 1991, p. 434)

Gli effetti delle legge 200 del 1936 furono neutralizzati dalla legge 100 del 1944:

Controriforma che ribaltò l'obiettivo di trasformare il latifondo sostenendo i contratti di mezzadria. La legge 100 cercava di incentivare la produzione di alimenti (per la maggior parte proveniente dall'economia contadina) la cui offerta si era ridotta. Ma al contrario, stimolò l'allevamento estensivo a scapito dello sviluppo agricolo con il conseguente abbandono di mezzadri e coloni. (MACHADO, 1991, p. 434)



Ciò che realmente interessava al legislatore non era realizzare una redistribuzione della terra né di migliorare la condizione di contadini, coloni e mezzadri, anche perché in fin dei conti a questa norma non interessava chi fosse il proprietario della terra o se lo sfruttamento della stessa si realizzasse con sistemi poco ortodossi in contrasto con gli interessi e i diritti minimi dei contadini. Al legislatore importava semplicemente produrre. Non il come né con chi. Semplicemente produrre, disumanizzando nuovamente l'attività agricola, aggiungendo un nuovo elemento al disagio già esistente verso coloro che difendevano i diritti dei contadini e sostenevano la redistribuzione della terra. In pratica, il conflitto sociale si trovava ad un punto di non ritorno e molto presto sarebbe esploso in modo fino ad allora ritenuto inimmaginabile.

Verso la fine degli anni '40:

Il conflitto sociale agrario aveva raggiunto un certo livello di violenza, sostenuto dalle ideologie di partito di coloro che invocavano il controllo della terra e da chi ne appoggiava la distribuzione sociale. Ciò portò ad un'ondata migratoria dalle campagne verso le città e aggravò la questione giuridica della proprietà a causa dell'abbandono della terra. Lo scontro politico armato compromise la produzione agricola, quella del caffè e il comparto industriale, riducendo l'offerta alimentare e creando più disoccupazione. (MACHADO, 1991, p. 434)

Il destino del paese era già scritto: il conflitto stava per scoppiare in tutta la sua intensità, il crollo del governo era imminente dinanzi all'impossibilità di dare risposte alle necessità dei contadini. Fu del tutto inutile modificare la struttura del potere in favore del settore agricolo nonché l'ascesa di una nuova prosperosa classe sociale di estrazione rurale attraverso l'inclusione e la riduzione del divario in termini di povertà e di iniquità che la separava dai centri urbani.

Anche se la riforma agraria potè rappresentare uno strumento efficace per dare avvio a politiche di sviluppo della prosperità e del benessere:

La Colombia si è dedicata negli ultimi quaranta anni a realizzare un modello di sviluppo rurale senza accesso alla proprietà stessa e con scarsa capacità nel garantire i diritti di possesso. Si verificò dunque uno sviluppo rurale strumentale con approccio produttivo ma senza una strategia di trasformazione delle strutture politiche e sociali del mondo contadino e ancor meno senza una proposta di articolazione strutturata, equa e sostenibile tra la campagna e la città. L'urbano e il rurale si comportavano come due poli opposti e contraddittori invece di rappresentare una coppia articolata che poteva potenziare lo sviluppo senza conflitto. Il criterio di consegna delle terre ad alto costo ai contadini con alto indice di analfabetismo, senza reti



sociali organizzate, privi di capitale sociale, serviti da organismi pubblici con alto livello di inefficienza e corruzione, attuato con principi centralistici e a difesa di interessi non pubblici, terminò con la possibilità di trasformare il settore agricolo. (Credencial Historia, 1999, p. 34)

Da allora la Colombia abbandonò l'ambito rurale e diede priorità ad altro tipo di politica urbana. Nonostante fosse un paese principalmente agricolo, disconosceva la realtà delle campagne colombiane e lasciò terreno fertile per dare inizio a tutti i tipi di conflitto: le carte erano in tavola ma purtroppo il settore rurale è stato ed ha continuato ad essere l'epicentro della guerra. Il conflitto nasce, cresce e sopravvive grazie all'iniquità sociale, al divario abissale, all'oblio e all'abbandono che dalla sua creazione come paese ha portato il Governo centrale in campo.

3 IL PROBLEMA DELLE COLTIVAZIONI ILLEGALI

Lo sconforto dei colombiani era crescente, il nuovo millennio non recava con sé alcuna speranza, la guerra, che originariamente si era sviluppata in ambienti rurali, per la prima volta si avvicinava alle città. Il narcotraffico aveva portato il terrore agli abitanti delle città, la sofferenza e la capacità della guerriglia di conquistare intere città erano all'ordine del giorno.

Il conflitto che diventava sempre più intenso, l'iniziativa condotta dalla guerriglia, i grandi colpi inferti ad un esercito non professionale, senza alcun sostegno organizzativo né logistico che portasse benefici strategici dipingevano uno scenario negativo per il paese nei primi anni del XXI secolo.

In definitiva, il paese si trovava sotto assedio e, per la prima volta, apparve concreta la possibilità che la guerriglia potesse conquistare il potere con le armi visto che si trovava a pochi chilometri da Bogotá, la capitale.

Mentre nelle aree rurali si verificavano opportunità e cambiamenti nel mezzo di una disputa territoriale feroce fra guerriglia e gruppi paramilitari, il conflitto armato si è sviluppato all'interno di una profonda crisi economica. Il periodo di crescita economica che va dal 1993 al 1995 ha lasciato il passo a un periodo di rallentamento tra il 1996 e il 1997 che si è trasformato in crisi tra il 1998 e il 2002, registrando anche una forte decrescita economica nel 1999 (il PIL diminuì del 4,2%), il tutto aggravato da un tasso di disoccupazione che è passato dal 18% al 19,5% tra gli anni 1999-2002 quando invece era ad una sola cifra nel periodo 1991-1995. Questo peggioramento della situazione economica generale della popolazione ha inciso notevolmente nel cambiamento della percezione dell'opinione pubblica riguardo al conflitto armato e al processo di pace. Infatti sparì dalla circolazione la frase fatta che



per tanti anni era stata presente nella società colombiana secondo cui “l’economia poteva andar bene nonostante il paese andasse a male. (Ufficio delle nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine – UNODC, 2014)

L’opinione pubblica ha iniziato allora a percepire come il conflitto armato aggravasse la crisi economica che ha inciso sulla radicalizzazione politica della gente, facendola orientare su una soluzione militare della guerra.

Il business delle droghe illegali che comprende le diverse fasi di coltivazione, lavorazione, esportazione, distribuzione e riciclaggio di denaro. Questo non mette solamente in pericolo la stabilità del paese e la coesione della società ma provoca danni all’economia, indebolisce le istituzioni, alimenta la corruzione, stravolge i valori e provoca la morte di migliaia di giudici, giornalisti, politici, poliziotti e soldati. È cambiata anche la fonte primaria di risorse per finanziare le attività terroristiche delle organizzazioni armate criminali e la minaccia alla biodiversità della Colombia, una delle più ricche del pianeta (UNODC, 2014, p. 34)

La guerra in Colombia risulta difficile da capire visto l’insieme di fattori che sono stati amplificati e che hanno rivolto le attenzioni sulla complicata rete di violenza. Fattori che si articolano ed evidenziano sempre di più nella povertà e nella disuguaglianza, nel conflitto agrario, nella mancanza di unità locale e di alternative, nell’abbandono da parte dello Stato, nell’istituzionalizzazione delle terre, nell’accumulo indebito di terreni, nel business del narcotraffico, nei soldi facili, nelle guerre per il controllo del territorio per gestire gli affari illeciti delle miniere e del narcotraffico, nel controllo del potere, nella corruzione e infine tutti gli altri problemi che non solo altro che benzina sul fuoco della violenza in Colombia. Però una prospettiva di pace con uno dei gruppi più forti potrebbe rappresentare, per la prima volta in molti anni, la svolta per cambiare la rotta di un paese che sia meno violento, più equo e ricco.

Tuttavia, per anni lo Stato non è stato efficiente nel proporre dei piani programmatici e dei progetti indirizzati ad una completa attenzione nei confronti del settore agricolo, ragion per cui una delle alternative economiche che ha dato risultati, specie per tutte le cause descritte nella presente ricerca, ha a che fare con il massimo dell’espansione e della sostenibilità del narcotraffico in tutte le sue dimensioni. In particolare, verso quella che riguarda la popolazione rurale coinvolta nel processo di semina e raccolta.

In accordo col censimento annuale delle coltivazioni di coca in Colombia condotto dall’Ufficio delle Nazioni Unite per il Controllo della Droga e la Prevenzione



del Crimine (UNODC), nonostante la lotta dello Stato colombiano contro l'espansione delle coltivazioni illegali nel 2016 persistono ancora più 146 mila ettari di campi di coca in Colombia, distribuiti in 24 dei 32 dipartimenti del paese¹⁰⁸, tuttavia appare ancora come una grande sfida per la società colombiana visto che il business è ancora presente e tendente a crescere.

Alcuni autori – come visto all'inizio di questa ricerca – concordano nell'affermare che la violenza e la difficile situazione sociale ed economica della campagna colombiana hanno generato un ambiente favorevole alla comparsa e alla sostenibilità delle coltivazioni illegali in Colombia.

Allo stesso modo, ha creato un clima adatto ai cambiamenti e alle trasformazioni nella struttura agraria e nelle dinamiche economiche e sociali dei suoi abitanti. A loro volta, le coltivazioni illegali potenziano e accelerano queste trasformazioni producendo così un complesso sistema di causa-effetto (Ortiz, 2003) alimentando un circolo vizioso che spinge milioni di colombiani verso un nuovo baratro fatto di povertà e di violazione dei propri diritti.

Con il tempo, queste coltivazioni illegali sono diventate gradualmente l'attività economica principale per migliaia di famiglie colombiane, incrementando i livelli del conflitto, indebolendo il tessuto sociale e cancellando l'identità delle comunità contadine.

Come parte di queste strategie, per evitare il controllo delle autorità, i coltivatori hanno progressivamente diminuito la grandezza dei campi di coca, provocando una maggiore dispersione delle colture. Nonostante questa riduzione e l'espansione di nuove coltivazioni in prossimità delle aree di influenza della coca, le zone di concentrazione hanno resistito nel tempo, il che lascia supporre una relativa stabilità nelle aree di coltura.

Nonostante gli elevati guadagni che si generano grazie al business delle droghe illegali, il reddito medio pro capite dei coltivatori non supera i 3.000 dollari trovandosi sotto la cifra considerata come indicatore della soglia di povertà (3.856 dollari) che significa un alto livello di vulnerabilità socio-economica per queste popolazioni. Considerato che i gruppi armati fuorilegge detengono il controllo delle aree dove sono ubicate le coltivazioni illegali, ciò si traduce in un fattore di rischio per la sopravvivenza di numerose comunità contadine indigene e afrodiscendenti in tutto il territorio nazionale (CÁRDENAS, 2001)

In accordo con l'UNODC (2014):



In Colombia esistono 63.660 famiglie legate alle coltivazioni illegali. Queste comunità hanno difficoltà ad ottenere guadagni leciti perché non cooperano, non dispongono di conoscenze tecniche per migliorare la produzione, non posseggono capitali per avviare imprese, nelle loro proprietà non c'è lo spazio minimo per realizzare i propri progetti e nelle zone di produzione mancano le infrastrutture per commercializzare i prodotti. A ciò va aggiunto che l'offerta dello Stato per lo sviluppo rurale, attraverso meccanismi di crescita e prestiti, esige garanzie, capacità di formulazione di progetti e la presenza di quest'ultimi nella fase di produzione: requisiti che in generale le famiglie legate alle coltivazioni illegali non sono in grado di soddisfare.

Sebbene siano stati attuati programmi di sviluppo alternativo a livello nazionale, "è stato sottolineata la necessità di articularli con le strategie di controllo istituzionale del territorio, vista l'importanza che riveste la sicurezza per la sostenibilità dei processi promossi insieme alle comunità. È importante che i procedimenti di sradicamento manuale siano accompagnati da un'offerta sociale da parte dello Stato per assicurare la completezza dell'intervento.

In questo senso, l'efficacia delle strategie di sradicamento e i programmi di sviluppo alternativo per controllare l'espansione delle coltivazioni illegali non sono stati sufficienti. Infatti i risultati parlano da soli: l'aumento delle coltivazioni non deve essere associata all'assenza della politica ma a dei presupposti limitanti e interventi che tali strategie già stabiliscono. Le aree di maggior presenza delle coltivazioni rimangono isolate dal resto del paese, senza offerta di beni e servizi e con la gente sottoposta a privazioni che impediscono di condurre una vita in condizioni giuste e dignitose. Perciò il business del narcotraffico, malgrado il punto 4 della trattativa con le FARC, continuerà e si intensificherà anche dopo la firma degli accordi. Infatti, nuovi soggetti andranno a sostituire il vuoto lasciato dai gruppi ribelli con lo Stato che dovrà prenderli in considerazione. Però se la ricostruzione dei territori non viene attuata in maniera totale e con un approccio differente riguardo al problema della coltivazioni illegali, la realizzazione del processo di pace sarà praticamente impossibile.

4 CONCLUSIONI

Lo Stato Colombiano per oltre 50 anni ha cercato di realizzare degli interventi sul territorio con l'obiettivo di cambiare le dinamiche del settore rurale. Tuttavia tali operazioni sono state solo abbozzate e ritenute insufficienti poiché non ha avuto la forza e la completezza che consenta di trasformare le aree rurali, considerando che



ancora oggi sono presenti gli stessi problemi, gli stessi fattori e le stesse criticità che hanno dato luogo e mantenuto il conflitto.

La Politica di Consolidamento e Ricostruzione Territoriale, che sosteneva la politica contro le coltivazioni illegali, non possedeva un'articolazione adeguata sul territorio poiché la maggior parte delle aree che erano oggetto della Politica Pubblica non hanno visto diminuire le proprie colture. Così è stato dimostrato che gli interventi di Sviluppo Alternativo sono stati importanti ma insufficienti di fronte alle situazioni legate al business del narcotraffico.

La seconda fase d'intervento della Politica di Consolidamento prevede l'attività di ricostruzione dei territori approfittando del contesto di pace. Tuttavia la politica commette un errore nel ricostruire le aree incrementando le coltivazioni illegali poiché agire senza colpire tale piaga farà sì che lo Stato ripeta quanto fatto in passato, senza ottenere risultati soddisfacenti che consentano di trasformare le zone rurali: le coltivazioni illegali diventano un ostacolo insormontabile per l'attuazione degli accordi di pace.

L'avvio del processo di pace in Colombia sarà rappresentato dalla visibilità data alle violenze nascoste dal conflitto armato. Per questo motivo, nonostante il business del narcotraffico sia evidente soprattutto riguardo alle coltivazioni illegali che hanno apportato una cultura dell'illegalità e l'odio in alcune zone, qualsiasi intervento integrale che non tenda a diminuire le colture, ad eseguire i programmi di Sviluppo Alternativo e a realizzare una ricostruzione del tessuto umano non otterrà i risultati sperati di mutamento del territorio che possano attenuare questo dramma e contribuire alla costruzione della pace.

La ricostruzione del territorio deve tener conto inizialmente – prima dell'intervento completo dello Stato – di processi di attenzione differenziata nelle aree con presenza di coltivazioni illegali attraverso lo Sviluppo Alternativo Integrale, sempre accompagnato da procedimenti di ricostruzione comunitari e da parte del tessuto sociale.

Nelle comunità colpite dalle coltivazioni illegali, in uno scenario post-conflitto, è indispensabile rafforzare l'autostima, recuperare il senso di appartenenza ad una comunità, creare o riscoprire spazi di interesse collettivo per la vita quotidiana, plasmare e consolidare capacità per la gestione degli interessi collettivi. Così, i servizi sociali devono fungere da catalizzatori di relazioni umane dirette, scoprendo luoghi di interesse collettivo, offrendo occasioni per stabilire relazioni fra persone che



risiedono nei dintorni; generando sentimenti di comunità e di solidarietà e riscoprendo il piacere della convivenza. Infatti è evidente che non è possibile predeterminare tutto ciò che la ricostruzione di un territorio implica, non solo riguardo agli aspetti materiali o tangibili come l'acqua, la luce e le fognature ma anche verso procedimenti intangibili come il sostegno psicosociale alle popolazioni rurali e il ripristino del tessuto sociale.

È fondamentale operare e far comprendere alle comunità, nelle quali verrà attuato lo Sviluppo Alternativo Integrato, come un intervento dello Stato sul campo agevoli il passaggio verso comunità legittime con un ruolo determinante che non si limiti al sostegno di progetti produttivi integrali che comprendono tutti gli anelli della catena produttiva, dalla produzione alla vendita, se non esiste una ricostruzione del tessuto sociale che implichi di parlare dei legami che mantengono coese le comunità in un determinato territorio. Il tessuto sociale lacerato deve mirare all'insieme delle relazioni sociali armoniose degli individui che in quanto tali costituiscono reti e creano relazioni di predominio, di potere, di interesse e di affetto. Tutto ciò per assicurare la produzione e la riproduzione delle condizioni biologiche, sociali, culturali, ambientali ed economiche indispensabili per la nostra permanenza in una zona determinata e soprattutto quando nello stesso territorio si possono incontrare tutti i soggetti coinvolti in anni di conflitto, vittime e carnefici insieme nello stesso luogo.

Il processo di pace non cambierà molto le dinamiche territoriali, specialmente in quei luoghi afflitti dalle coltivazioni illegali. Infatti, le cause del narcotraffico non possono essere addebitate esclusivamente alla mancanza di alternative o all'assenza dello Stato ma anche ad una cultura dell'illegalità e del denaro facile vigente sin dagli anni '80, in pratica due generazioni di colombiani radicate nel territorio. Se non viene ricostruito il tessuto sociale e non viene seguito da uno Sviluppo Alternativo Integrato, i terreni delle colture diventeranno l'ostacolo più grande alla realizzazione dell'accordo di pace. Dunque possiamo affermare che la diminuzione delle coltivazioni illegali rappresenta il fattore determinante per il successo o il fallimento del post-conflitto.

5 BIBLIOGRAFÍA

BALCÁZAR, Álvaro,. et al. **“Colombia: alcances y lecciones de su experiencia en reforma agraria”**, Santiago del Cile, CEPAL e Nazioni Unite, 2001.



BERRY, A. “¿Colombia encontró por fin una reforma agraria que funcione?”, **Rivista di Economia Istituzionale** 4, 6, 2002.

CÁRDENAS, M., (2001). **Economic Growth in Colombia: A reversal of ‘Fortune’?** .CID Working Paper N° 83.

Centro de Memoria Histórica. “**Informe Basta Ya, Los orígenes, las dinámicas y el crecimiento del conflicto armado**”, Bogotá, 2014.

CHRISTOPHER Abel, **Política, iglesia y partidos en Colombia**, Bogotá: FAES/Università Nazionale della Colombia, 1987.

Daniel PÉCAUT, “**Violencia y política en Colombia. Elementos de reflexión**”, Medellín: Hombre Nuevo/Università del Valle, 2003.

Fernán GONZÁLEZ, **Para leer la política. Ensayos de historia política de Colombia** (Bogotá: CINEP, 1997) in Centro Nacional de Memoria Histórica. “**Los orígenes, las dinámicas y el crecimiento del conflicto armado**” Bogotá, 2014.

Jesús Antonio BEJARANO, “**La política de paz durante la administración Barco**”, en **El Gobierno Barco: política, economía y desarrollo social en Colombia, 1986-1990**. Bogotá: Fedesarrollo/ Fondo Cultural Cafetero, 1994.

Machado, C. ABSALÓN, **Problemas agrarios colombianos**”, Bogotá, XXI secolo, 1991.

Manuel José Bonnett LOCARNO, “**La lucha contra el terrorismo: nueva bipolaridad**”, in: Consuelo Ahumada y Telma Angarita (eds.), **Las políticas de seguridad y sus implicaciones para la región andina**, Bogotá, Pontificia Università Javeriana, Facoltà di Scienze Politiche e Relazioni Internazionali, 2005.

Medófilo MEDINA, “**La resistencia campesina en el sur de Tolima**”, in **Pasado y presente de la violencia en Colombia**, comps. Gonzalo Sánchez e Ricardo Peñaranda Bogotá: Cerec, 1986.

Mindefensa (2007) **Política de Consolidación de la Seguridad Democrática**. Ministerio della Difesa Nazionale. Repubblica di Colombia. Tipografia Nazionale.

Morett, S. Jesús, **Reforma agraria: del latifundio al neoliberalismo**, Messico, Plaza e Valdés, 2003.

Narayan, Deepa. **Bonds and Bridges, Social Capital and Poverty**. The World Bank. **Poverty Reduction and Economic Management Network Poverty Division**. Working paper 2167. Washington, 1999.



Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga e il crimine (UNODC). Monitoraggio delle Cotivazioni di Coca 2010. UNODC. Bogotá. Giugno 2011.

Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga e il crimine – UNODC, SIMCI. Colombia, Monitoraggio delle Cotivazioni di Coca 2014. Luglio 2015.

Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga e il crimine – UNODC, SIMCI. Colombia, Monitoraggio delle Cotivazioni di Coca 2015. Luglio 2016.

Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga e il crimine – UNODC, SIMCI. Colombia, Monitoraggio delle Cotivazioni di Coca 2016. Luglio 2017.

Ufficio dell'Alto Consiglio per la Sicurezza Nazionale e Azione Sociale (2011) **Propuesta Preliminar para Indicadores de Consolidación PNCRT**. Revisione Strategica Politica Nazionale di Consolidamento Territoriale. Giugno 2011.

Ortiz, Cesar Enrique. Cultivos ilícitos y nueva ruralidad en Colombia. **Cuadernos de Desarrollo Rural**, Num. 50, primo semestre 2003, Pontificia Università Javeriana. Bogotá, Colombia.

Programma delle Nazioni Unite per lo Sviluppo, PNUD **“Colombia rural: razones para la esperanza”**, 2012, Bogotá.

Rodriguez, Joimer, **“el problema agrario en Colombia 1020-2010 – Perspectivas y Dificultades”**, Università di Caldas. Sociologia. J. Rodríguez. 2012.

UNODC **“Independent Project evaluation of the Alternative Development Programmer in Colombia”** Nazioni Unite, New York, November 2014.

http://www.justiciaporcolombia.org/sites/justiciaporcolombia.org/files/u2/onflicto_y_De_recho_Internacional_Humanitario_0.pdf

<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/biografias/gaitjorg.htm>

<http://www.banrepcultural.org/node/86455>

<http://www.verdadabierta.com/archivos-para-descargar/category/38-historia-1?download=5%3Ainformede-la-procuradura-general-sobre-el-mas-1983>

<http://equipopazgobierno.presidencia.gov.co/especiales/abc-del-proceso-de-paz/index.html>

<https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-64-la-habana-15-de-diciembre-de-2015>

<http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/proceso-de-paz-encuesta-gallup-muestra-optimismo/16427011>



BRASIL E ANGOLA: REFLEXÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE O PODER LOCAL¹

BRAZIL AND ANGOLA: CONSTITUTIONALS REFLEXIONS ABOUT THE LOCAL POWER

Giovani da Silva Corralo²

Israel Jacob Massuanganhe³

Resumo

Este trabalho científico tem por objetivo refletir sobre o poder local na ordem constitucional brasileira e angolana, sob o prisma do direito comparado. Não obstante as diferenças entre os países, há uma história em comum e realidades que se aproximam. Para tanto, inicia-se com reflexões sobre a desconcentração, descentralização, não centralização e o poder local, distinções cruciais para o entendimento de ambas as realidades. Na sequência é feita a análise do poder municipal no Brasil e do poder local em Angola, com base nas respectivas ordens constitucionais. A compreensão do poder municipal brasileiro e do poder local angolano permitem não somente apreender as diferenças, mas pensar criticamente estas instituições correlatas.

Palavras-chave: Direito comparado. Poder local angolano. Poder municipal brasileiro.

Abstract

This scientific work aims to study the local power in Brazilian and Angolan constitutional order in comparative law. Despite differences between the countries, there is a common history and realities. In this way it is done reflections about deconcentration, decentralization, no centralization and the local power, crucial distinctions for understanding these realities. In sequence it is analysed the Brazilian municipal power and the Angolan local power in constitutional order. The understanding of Brazilian municipal power and Angolan local power allows the perception of differences, but at the same time to think critically these institutions.

¹ Artigo submetido em 04/11/2016, pareceres de análise em 02/10/2017 e 16/10/2017, aprovação comunicada em 13/12/2017.

² Advogado. Especialista em Advocacia Municipal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo – Brasil. E-mail: <gcorralo@upf.br>.

³ Doutor em Políticas Públicas, Governança e Desenvolvimento e Pós-Doutorando em Direito – Universidade Nova de Lisboa. Integrante do Centro de Pesquisa em Políticas Públicas e Governança Local. Director de Programas do CPPPGL da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto - Luanda. E-mail: <jacob.massuanganhe@gmail.com>.



Keywords: Angolan local power. Brazilian municipal power. Comparative law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Desconcentração, descentralização, não concentração e poder local. 3. O poder local nas constituições de Brasil e Angola. 3.1. O poder municipal no Brasil. 3.2. O poder local em Angola. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico busca tecer comparações entre o poder local no Brasil e em Angola, com base na ordem constitucional destes países. Os estádios de desenvolvimento de ambos os países e respectivas democracias relevam a importância destas considerações, importantes para o aprimoramento institucional.

Desta forma, é fundamental distinguir desconcentração, descentralização e não concentração, fenômenos interligados na compreensão do fracionamento do poder estatal. No mesmo sentido o poder local, expressão que molda as estruturas de poder mais próximas das pessoas em Angola. Na sequência busca-se comparar as ordens constitucionais de Angola e do Brasil, em especial o poder local encarnado pelas autarquias angolanas e o poder municipal brasileiro.

Brasil e Angola comungam não somente de uma proximidade histórica, mas também de um DNA comum, já que não é possível compreender o gentio brasileiro sem relevar as pessoas que vieram de África para este lado do oceano, em especial de Angola. Mais do que isso, os países do hemisfério sul comungam de problemas similares, o que remete a uma aproximação cada vez maior de todas as áreas do conhecimento a fim de somar esforços em busca das respectivas soluções. É neste sentido que se (re)afirma a importância das considerações aqui postas, incipientes, mas relevantes nesta quadra da história.

2 DESCONCENTRAÇÃO, DESCENTRALIZAÇÃO, NÃO CONCENTRAÇÃO E PODER LOCAL

As considerações deste capítulo buscam auxiliar na compreensão teórica das conformações do poder local em Angola e no Brasil, a imbricar o poder local com a descentralização e a não centralização. É possível afirmar que do décimo



século da era Cristã⁴ até o surgimento da Federação norte-americana no final do séc. XVIII havia uma predominância do modelo unitário de organização estatal e suas quatro características fundamentais: centralismo, centralização, hierarquia e uniformidade. Enquanto o centralismo ordena principiologicamente o Estado unitário numa lógica monocêntrica do poder, a centralização determina o grau da concentração de poder existente no centro em contraposição à periferia. A uniformidade recusa a diversidade em deferência à homogeneidade, enquanto que a hierarquia conduz a níveis mais elevados de uniformização. (BALDI, 2003, p. 3-5). A centralização conduz à unidade na administração. (URUGUAI, 1960, p. 346).

Descentralizar nada mais é do que “restar de ese centro el poder de acción o impulsión, para repartirlo a varios otros” (BIELSA, 1921, p. 68); também é “pluralizar a autoridade”. (LIMA, 1939, p. 137). Quando se tem por base a ordenação espacial de países – especialmente os que possuem maior dimensão territorial – se tem a tendência natural à descentralização, com o empoderamento do poder local. (TOESCA, 1998, p. 25). Na condição de uma outra face da moeda da centralização, a descentralização conduz a um vínculo muitas vezes reversível, logo, a possibilitar uma maior centralização, tanto que a descentralização também pode se coadunar com o centralismo e a hierarquia: (BALDI, 2003, p. 6) “la descentralización burocrática puede mantenerse bajo el centralismo administrativo más absoluto.” (BIELSA, 1921, p. 72).

De qualquer forma, é possível identificar os processos de descentralização com a democracia, assim, o fracionamento territorial autônomo também pode ser considerado um postulado democrático. Neste mesmo sentido se encontra um dos indicadores da democracia que considera, na pontuação de cada Estado, o grau de descentralização, mais especialmente na perspectiva política.⁵

A descentralização aparece nos Estados modernos em duas perspectivas: administrativa e política. A primeira, caudatária do modelo administrativo francês, pode ser compreendida como um gênero a abarcar a conhecida desconcentração –

⁴ Para Visconde de Uruguai (1960, p. 344) após a queda do Império Romano e com o advento do feudalismo houve uma “centralização desorganizada, a anarquia organizada, o retalhamento do território e do poder; e uma centralização parcial e relativa. Somente com o décimo século por diante, com a fusão dos elementos cristãos e germânicos, começou o desenvolvimento da civilização moderna, cuja qualidade essencial é a unidade e a centralização”.

⁵ V. EIU. **The Economist Intelligence Unit's Index of Democracy 2014**. Disponível em: <<http://www.eiuedia.com/index.php/component/k2/item/1677-democracy-index-2014>>. Acesso em: 05 jun. 2015.



fracionamento do poder dentro de uma pessoa jurídica, sujeito à hierarquia – e a conhecida descentralização administrativa em sentido estrito, na qual se encontram as mais diversas relações com outras pessoas jurídicas – aqui se encontram a administração indireta, as concessões e permissões de serviços públicos, exemplificativamente. Na taxonomia de Mário Masagão a descentralização orgânica equivale à desconcentração, enquanto que a descentralização por colaboração abrange a delegação e a criação de entes da administração indireta. (MASAGÃO, 1959, p. 79-93). Já para Themístocles Cavalcanti há a descentralização territorial (corresponde à descentralização política), descentralização no serviço e descentralização por departamentos (graus de desconcentração), descentralização funcional, descentralização por organismos mistos e descentralização através de entidades privadas (descentralização administrativa propriamente dita). (CAVALCANTI, 1956, p. 215-220).

A descentralização administrativa em sentido estrito requer duas características: que os atos praticados não possam ser revogados pela administração central e que o seu conteúdo seja definido pela pessoa descentralizada (LIMA, 1939, p. 139).

Não obstante este desenvolvimento histórico no direito administrativo brasileiro, sob influência da doutrina francesa, acabou por predominar, em diversos países – a incluir o Brasil – a classificação que opta pela diferenciação entre desconcentração (divisão do poder em competências dentro de uma pessoa jurídica) e descentralização, esta última compreendida em descentralização política e descentralização administrativa (em sentido estrito, que engloba a administração indireta e as concessões e permissões de serviços públicos). (MELLO, 1974, p. 147-150; CASSAGNE, 2006, p. 265; NOHARA, 2015, p. 563; DI PIETRO, 2015, p. 517-521; MELLO, 2005, p. 143-144; ARAÚJO, 2014, p. 176.)

A descentralização política ou territorial, por sua vez, conduz a um grau maior de autonomia, a repercutir em todas as dimensões da descentralização operada. Está ligada à ideia de *self government*, a remeter à definição de competências próprias para que a sociedade resolve os seus problemas, enquanto consequência do individualismo. (LIMA, 1939, p. 138). Usualmente está ligada às frações territoriais mais próximas da população, usualmente designadas por poder local. Entretanto, resta observar que o poder local pode ser o resultado de uma



descentralização administrativa, o que limitará a sua autonomia, e/ou de uma descentralização política, que potencializará a autonomização. Também pode ocorrer que o poder local sofra o influxo da não centralização, no caso de estados efetivamente federais, a remeter, em tese, a um grau ainda maior de autonomização das células locais.

Não é incomum os autores considerarem o poder local ou municipal como o resultado de um processo de descentralização política ou territorial, no primeiro caso, quando dotado de considerável autonomia (municípios e estados no Brasil), enquanto que no segundo caso o ente descentralizado segue os regramentos centrais (países unitários ou os territórios federais no Brasil). (MASAGÃO, 1959, p.83-89; CAVALCANTI, 1956, p. 214; DI PIETRO, 2015, p. 517; NOHARA, 2015, p. 563).

Também não são poucas as considerações sobre a interligação do poder local com um considerável grau de autonomia administrativa e financeira, o que significaria ultrapassar as ideias usualmente associadas à mera descentralização administrativa: “se trata de um poder reconhecido a entes públicos para realizar, na prossecução dos respectivos interesses, uma atividade administrativa com a mesma natureza e efeitos da atividade administrativa do próprio Estado.” (NUNES, 2011, p. 42). Neste diapasão se encontram os estudos que firmam que a existência do poder local depende da autoadministração (descentralização política e jurídica) e da autonomia administrativa e financeira. (MARTINS, 2014, p. 28).

O debate sobre aspectos relativos ao exercício do poder em África nos remete a uma complexa reflexão sobre o passado histórico do continente bem como a acção do Estado na governação e gestão das relações do poder daí resultantes. O debate tende a assumir a multidisciplinaridade decorrente das multifacetadas formas de convivência entre as comunidades que variam de região para região. Este debate, merece atenção especial na medida em que a faceta originária do poder local implica o respeito pelas crenças naturais, sendo crucial para o entendimento desta realidade o recurso aos vários conhecimentos e saberes: a história dos povos, a sociologia social e política, a antropologia, a economia, dentre outras ciências. Para uma análise mais exaustiva sobre esta temática, este trabalho procura reflectir sobre os desafios no quadro da reforma da governação local, atendendo a complexidade e especificidades dos fundamentos associados a forma de vida,



hábitos e costumes das comunidades locais. Como tal, a essência da discussão no quadro da reforma, vai em torno dos aspectos relativos ao exercício do poder, nas mais diversas facetas, princípios relativos à autonomia local e as formas organizatórias do poder tradicional.

De toda a sorte, o poder local pode ser compreendido pelo conjunto de instituições estatais, públicas e privadas que atuam em nível local, numa perspectiva inicialmente sociológica, mas que se entrelaça com o jurídico e o político. (SANTIN, 2007). Por fim, é possível antever, para cada arranjo do poder estatal, a incidência de algum fenômeno ora estudado – desconcentração, descentralização, não concentração – para os entes do poder local.

3 O PODER LOCAL NAS CONSTITUIÇÕES DE BRASIL E ANGOLA

São inegáveis as diferenças existentes nas constituições do Brasil e de Angola sobre as dimensões estatais do poder mais próximas do cidadão. E não poderia ser diferente, pois estes países – por mais que comunguem de uma história que se entrecruza, associado a uma participação efetiva das pessoas de Angola na formação do povo brasileiro – possuem singularidades e particularidades que refletem nas diferenciações regráticas das suas constituições.

De início, a ordem constitucional angolana trabalha esta questão principiologicamente, mas também num capítulo próprio para o poder local. O texto constitucional brasileiro sequer faz menção à expressão poder local, entretanto, define um rol de competências aos municípios que permite afirmar que esta dimensão local do poder é efetivamente encarnada pelos municípios.

O poder local, no entendimento do Professor Alexandrino (2010), corresponde a uma expressão constitucional que assinala enfaticamente a presença de uma verdadeira dimensão do poder político (democrático e tradicional). Em contraposição, não se está na presença de um simples segmento do poder fora da matéria da Administração Pública. O poder local ainda surge dentro da esfera sobre a organização do poder político do Estado. Sendo uma dimensão do poder político é, no entanto, um poder político não-soberano (não invade nem pode ameaçar os poderes de soberania reservados ao Estado, que continua unitário); é um poder que tem de conviver com outros poderes, públicos, tradicionais e privados,



designadamente com outros poderes administrativos do Estado, em especial os de controlo. Estes poderes locais têm diversas feições: (i) ora derivam do ordenamento do Estado, mas são democráticos e autónomos; (ii) ora dispõem de um ordenamento originário próprio e exercem poderes tradicionais; (iii) ora são meros poderes legais de participação em actos, procedimentos, órgãos ou instituições.

No quadro de reformas do Estado angolano, a descentralização desempenha um papel vital na promoção da boa governação local. Nestes termos, a democracia local é um dos grandes desafios na esfera da governação. Implica o estabelecimento e a consolidação de um modelo plural, autónomo e representativo. Está-se diante de uma eminente passagem progressiva de uma Administração Pública tradicional moldada em forma de princípios desconcentrados, para um modelo descentralizado que tem em vista assegurar maior coesão social e intervenção efetiva em prol da coletividade.

3.1 O poder municipal no Brasil

O Brasil é uma federação complexa que alçou os municípios à condição de entes federados, juntamente com o Distrito Federal e os Estados. No que diz respeito a esta relação do poder central com os entes municipais é mais adequado discorrer sobre a existência da não centralização ou policentrismo enquanto um importante princípio informador do federalismo no Estado federal brasileiro. (ELAZAR, 1991, p. 34; OSTROM, 1991, p. 226).

A não centralização ou policentrismo é mais do que uma descentralização política, pois os poderes municipais não são passíveis de reversão por lei, uma vez que se encontram conformados na ordem constitucional. Mais do que isso, a autonomia dos municípios brasileiros pode até ser considerada como norma organizacional de direito fundamental. (CORRALO, 2006).

É neste contexto que a Constituição de 1988 não faz referência textual à expressão poder local. Em outros termos, é possível afirmar que o poder local no Brasil corresponde ao poder municipal, única instância autónoma do poder estatal em nível local previsto na ordem constitucional brasileira, o que merece algumas reflexões.



As Câmaras de Vereadores – instituição política mais antiga do Brasil – existem desde os tempos da colonização, responsáveis pelas questões eminentemente locais, com limitadíssima autonomia depois da metade do séc. XVII e elevado controle das províncias. Com a independência brasileira no início do séc. XIX ocorre um processo pendular, ora de afirmação da autonomia municipal, ora de supressão. As constituições de 1934, 1946 e 1988 são as que mais resguardam os entes locais, enquanto que as constituições de 1824, 1891, 1937 e 1967 não relevaram aos municípios um papel de destaque.

Este desenvolvimento histórico-institucional permitiu chegar à conformação atual do poder municipal na Constituição de 1988, cuja compreensão depende da repartição de competências operada no texto constitucional. As competências municipais estão expressas nos art. 29 e 30 da Constituição, às quais se somam as competências comuns do art. 23. De qualquer forma, a expressão que melhor define a atuação das municipalidades é o conceito legal indeterminado “interesse local”, a remeter aos assuntos compreendidos na sua conceituação como aqueles de abrangência local/municipal, desde que não pertencentes expressamente a outros entes. Não se trata de um interesse exclusivo, mas predominante, mutável e adequável às novas necessidades e às particularidades e singularidades de cada ente local. (MEIRELLES, 1993, p. 98; SUNDFELD, 1993, p. 272 (272-281); ALMEIDA, 2002, p. 157; CARAZZA, 1999, p. 120-124).

É com base nas competências constitucionais dos entes federados que é possível decantar a autonomia municipal, núcleo identificador do poder municipal na federação brasileira, com o seguinte plexo de autonomias: auto-organizatória, política, administrativa, legislativa e financeira. (CORRALO, 2014, p. 191-234).

A autonomia política diz respeito à eletividade, pelos cidadãos do município, do Prefeito, vice-Prefeito e vereadores, em eleições periódicas, via sufrágio universal, como também à possibilidade de cassação dos seus mandatos pela Câmara de Vereadores. A autonomia auto-organizatória remete à elaboração da Lei Orgânica municipal, que nada mais é do que a constituição municipal, responsável pela organização e funcionalidade dos poderes municipais e pela conformação do próprio município. A autonomia administrativa refere-se ao poder que os entes municipais possuem para organizar e executar as atividades administrativas da sua competência: serviços públicos, polícia administrativa, fomento, intervenção indireta



e direta nas atividades econômicas. A autonomia legislativa fundamenta-se no sistema normativo municipal que os municípios devem elaborar com base nas espécies legislativas previstas no art. 59 da Constituição Federal, devidamente adequadas à realidade local. Por fim, a autonomia financeira, alicerçada na competência para a instituição dos tributos da competência municipal, na aplicação dos seus recursos e também das transferências constitucionais, o que ocorre mediante a legislação orçamentária.

É este conjunto de autonomias que delimita o poder municipal na federação brasileira, que alcançou uma considerável maturidade institucional, não obstante as limitações financeiras decorrentes da excessiva concentração de receitas públicas com a União.

As matérias que se encontrarem sob a competência local somente podem ser disciplinadas pelos municípios, não havendo possibilidade da ingerência estadual ou federal. Aliás, somente os estados podem intervir nos municípios nos casos expressamente previstos no art. 35 da Constituição Federal: não pagamento da dívida fundada por mais de dois anos, salvo força maior; não prestação de contas na forma da lei; não aplicação do mínimo constitucional em ações de educação e saúde; representação do Tribunal de Justiça para a observância dos princípios constitucionais ou para a execução de lei, ordem ou decisão judicial.⁶

Ademais, há dois poderes locais: a Câmara de Vereadores e o Poder Executivo. O primeiro é o parlamento, órgão colegial, composto por vereadores consoante a proporção prevista na Constituição – normalmente de 9 a 55 vereadores –, eleitos pelo sistema proporcional, com as funções precípuas de fiscalizar e controlar a administração pública municipal e de legiferar. O Poder Executivo, por sua vez, é unipessoal, e recai na pessoa do Prefeito (auxiliado pelo Vice-Prefeito), eleitos pelo sistema majoritário, com a função precípua de fazer a gestão da coisa pública local. As eleições para todos os vereadores e prefeitos ocorre a cada 4 anos, simultaneamente em todo o Brasil.

É neste contexto que os 5.700 municípios brasileiros, pessoas jurídicas de direito público interno, exurgem em sua pluralidade multifacetada, conformadas pelo exercício do conjunto de autonomias resguardadas pelo texto constitucional. Cada município brasileiro, com suas fragilidades e fortalezas, se constitui numa

⁶ Art. 35 da Constituição Federal.



dimensão do poder estatal com particularidades e singularidades únicas, mais próximas do cidadão do que qualquer outra instância governamental. O poder local, no Brasil, é o poder municipal.

3.2 O poder local em Angola

Nos termos da Constituição da República de Angola (CRA), especialmente do artigo 213º, a organização do Estado ao nível local estrutura-se com base no princípio da descentralização político-administrativa, que compreende a existência de formas organizativas do poder local. A Constituição angolana enfatiza a expressão poder local, e, não obstante se tratar de um Estado unitário, salienta o respeito à autonomia dos órgãos do poder local;⁷ expressa o direito de todo o cidadão participar do processo eleitoral, como eleitor e como candidato, o que inclui os órgãos eletivos do poder local;⁸ possibilita a criação de impostos por lei aos órgãos do poder local;⁹ define a competência para a Assembleia Nacional definir as eleições e o exercício dos detentores de mandato em nível local, bem como a organização e funcionalidade dos órgãos do poder local;¹⁰ define a administração local do Estado, que não pode se sobrepor à autonomia do poder local.¹¹

Os dispositivos constitucionais permitem afirmar a “convivência entre os órgãos administrativos locais, próprios de um Estado desconcentrado e os órgãos de poder local, eleitos pelas populações locais.” (ARAÚJO; NUNES, 2014, p. 210). Quanto ao poder e competência tributárias aos entes locais, vislumbra-se a possibilidade tanto para as futuras autarquias locais como também para o poder tradicional, o que deverá ser devidamente regrado. (ARAÚJO; NUNES, 2014, p. 521-525). O poder local deve ser visto e entendido como a forma natural de organização e de afirmação da sociedade e, como tal, a forma de como o Estado procura resolver os problemas da sociedade deve ter em linha de conta os fatores naturais da vivência dos povos – uma forte e ativa participação desses nos debates alusivos aos problemas que lhes dizem respeito (MASSUANGANHE, 2011).

⁷ Art. 8º da Constituição de Angola, sobre o Estado unitário.

⁸ Art. 54 da Constituição de Angola, sobre o direito de sufrágio.

⁹ Art. 102 da Constituição de Angola, dos impostos.

¹⁰ Art. 164 da Constituição de Angola, da reserva absoluta de competência legislativa.

¹¹ Art. 201 da Constituição de Angola, da administração local do Estado.



Entretanto, é no Título VI que o poder local é pormenorizado, inicialmente em princípios, a sobrelevar a descentralização político-administrativa, que abrange as seguintes possibilidades de organização do poder local: as autarquias locais, o poder tradicional e outras formas de participação definidas por lei.¹² O princípio da autonomia local é erigido à condição de princípio constitucional, nos termos da própria Constituição de Angola e das leis que vierem a reger o poder local. Também asseguram-se os recursos necessários às competências que vierem a ser fixadas (recursos próprios associados à justa repartição das receitas do Estado e ao combate às desigualdades), bem como os meios para a defesa judicial das prerrogativas das autarquias.¹³

A democracia local assenta-se no envolvimento das populações, nas decisões e planeamento estratégicos, ou ainda, na definição das prioridades coletivas. Reforça a participação dos cidadãos e fortalece o exercício da cidadania e do poder local. Assenta-se, de igual modo, nos fundamentos, na autonomia local, na institucionalização das autarquias locais, nos poderes dos atores locais, através de instituições formais ou informais de atuação e de organização, e das demais formas de participação dos cidadãos na governação e no desenvolvimento local. A democracia local abre espaço para o envolvimento das populações na identificação dos problemas, das soluções estratégicas e na definição das prioridades coletivas. Reforça a participação dos cidadãos e fortalece o poder local.

As autarquias locais e o poder tradicional são o cerne do poder local na Constituição de Angola. As autarquias são concebidas como pessoas jurídicas coletivas e territoriais para a persecução dos interesses de vizinhança (educação, saúde, energias, águas, equipamento rural e urbano, patrimônio, cultura e ciência, transportes e comunicações, tempos livres e desportos, habitação, ação social, proteção civil, ambiente e saneamento básico, defesa do consumidor, promoção do desenvolvimento económico e social, ordenamento do território, polícia municipal e cooperação descentralizada), a contar com órgãos representativos das suas populações, nos termos da lei, em seguimento ao princípio da descentralização administrativa. Possuem poder regulamentar e devem se organizar os municípios,

¹² Art. 213 da Constituição de Angola, dos órgãos autônomos do poder local.

¹³ Art. 214, 215, 216 e 218 da Constituição de Angola - do princípio e âmbito da autonomia local e respectivas garantias e das autarquias.



sem óbices à existência de autarquias supramunicipais e de organizações inframunicipais.¹⁴

Nos termos da CRA, define-se autarquias locais como *“Pessoas colectivas territoriais correspondentes ao conjunto de residentes em certas circunscrições do território nacional e que asseguram a prossecução de interesses específicos resultantes da vizinhança, mediante órgãos próprios representativos das respectivas populações”*¹⁵. Como elementos constitutivos das autarquias locais, pode referir-se (a) *ao território* ou circunscrição territorial delimitada, onde a autarquia desempenha as suas atribuições e competências; (b) *à população* que podemos dizer como sendo elemento fundamental destinatário da atividade da autarquia, e por inerência à única interessada imediata com a atividade da autarquia; (c) aos *interesses comuns* dessa população como sendo elemento determinante; por fim, (d) à caracterização de uma autarquia, a existência de *órgãos eleitos* ou representativos.

As autarquias caracterizam-se por possuírem personalidade jurídica própria, sendo assim, sujeito de direitos e encargos, por si próprias. São entes autónomos, mas não são independentes. Caracterizam-se ainda por possuírem património e receita próprios, o que significa que os bens e receitas das autarquias não se confundem com os bens e receitas da Administração direta à qual se vinculam, sendo estes geridos pela própria autarquia, obedecendo o princípio de autonomia local. São objectivos das autarquias locais: organizar a participação dos cidadãos na solução dos problemas próprios das suas comunidades e promover o desenvolvimento local, bem como o aprofundamento e a consolidação da democracia. (MASSUANGANHE, 2015).

Dois órgãos ou poderes devem coexistir: um órgão deliberativo e um órgão executivo. O primeiro, a Assembleia, é composta por representantes eleitos pelo sistema de representação proporcional. O órgão executivo colegial é presidido pelo cabeça de lista mais votada para Assembleia, que tem o poder de nomear secretários, todos responsáveis perante a própria Assembleia. Mantem-se a logicidade das eleições nacionais, por lista, a permitir que estas sejam apresentadas pelos partidos, individualmente ou coligados, como também por grupos de cidadãos. De toda a sorte, salienta-se a existência de tutela de legalidade pelo Estado, a ser

¹⁴ Art. 217, 218 e 219 da Constituição da República de Angola.

¹⁵ Art. 217 da Constituição da República de Angola.



feita por órgão com esta competência, que, no caso de ações ou omissões ilegais graves podem levar à dissolução dos órgãos autárquicos. Por fim, há a previsão da cooperação entre as autarquias, com a atuação em conjunto.¹⁶

Até o presente momento não há o marco regulatório das autarquias locais em Angola, motivo pelo qual não foram institucionalizadas. O que há, por ora, é a disciplina dos órgãos de administração local do Estado, com autonomia mínima, que não se confundem com os dispositivos constitucionais pertinentes às autarquias, tanto que estes órgãos de administração local dizem respeito a uma desconcentração administrativa, o que está expresso no art. 3º da Lei nº 17/10 de 29 de julho. (Instituto de Formação da Administração Local, 2012, p. 503).

O poder tradicional, por sua vez, é reconhecido bom base no direito consuetudinário, a ser reconhecido nas relações com o poder público e com o setor privado, desde que consoantes à ordem jurídica, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Compete à lei fixar os pormenores do regime jurídico do poder tradicional.¹⁷ Não é sem razão que, desde o início deste século, observa-se o “reconhecimento-integração, no próprio sistema de organização administrativa nacional, das chamadas ‘autoridades tradicionais’”, como entidades anteriores ao Estado, legitimada em suas históricas formas organizacionais (GUEDES, 2003, p. 110).

As autarquias locais estão também sujeitas, na aprovação e execução dos seus orçamentos, aos princípios da estabilidade orçamental, da solidariedade recíproca entre níveis de administração e da transparência orçamental. O princípio da transparência orçamental traduz-se na existência de um dever de informação mútuo entre o Estado e as autarquias locais, como garantia da estabilidade orçamental e da solidariedade recíproca, bem como no dever de estas prestarem aos cidadãos, de forma acessível e rigorosa, informação sobre a sua situação financeira. As transferências financeiras do Estado ou intergovernamentais são o principal meio de concretizar a perequação financeira que assenta no princípio da igualdade ativa e que se traduz na igualdade de oportunidades entre as autarquias, em matéria de recursos financeiros, para a satisfação de necessidades públicas. As transferências do Estado podem ser afetadas ou condicionadas à realização de certos

¹⁶ Art. 220, 221 e 222 da Constituição de Angola, sobre as autarquias.

¹⁷ Art. 223, 224 e 225 da Constituição de Angola, sobre o poder tradicional.



investimentos (comparticipação), ou não ser afetadas a qualquer tipo de despesa – transferências não afetadas.

A tutela estatal sobre a gestão patrimonial e financeira das autarquias locais abrange a sua administração direta e indireta e as entidades do sector empresarial local, é meramente inspectiva e só pode ser exercida segundo as formas e nos casos previstos na lei. É uma tutela de legalidade. Ademais, salienta-se o princípio do gradualismo, que remete a uma descentralização gradual, ou seja, a instituição das autarquias locais em Angola deverá ocorrer aos poucos, de forma sustentável.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas reflexões feitas apresentam-se as seguintes conclusões:

I – A maior parte da história humana foi marcada pelo modelo unitário de organização estatal e suas quatro características fundamentais: centralismo, centralização, hierarquia e uniformidade. O surgimento do Estado moderno conduziu, no decorrer dos últimos séculos, ao fracionamento do poder estatal.

II – Atualmente é possível compreender este fracionamento do poder do Estado como desconcentração, descentralização e não centralização. A desconcentração reside no estabelecimento de competências no interior de uma pessoa jurídica, logo, sob um vínculo hierárquico. A descentralização, forjada por relações entre pessoas jurídicas, assim, sob um vínculo de controle, pode ser administrativa e política. A descentralização administrativa remete aos entes da administração indireta e às pactuações via concessões e permissões de serviços públicos, sujeitos a uma relação de controle pela administração direta. A descentralização política traduz uma autonomia ainda maior e pode ser exemplificada pelo poder local nos estados unitários. Por fim, a não centralização é própria dos estados federais, pois conduz a um plexo de competências definidos na ordem constitucional.

III – É possível afirmar um nível crescente de autonomias na análise da desconcentração, descentralização administrativa, descentralização política e não centralização.

IV – A Constituição da República de Angola institui princípios de proteção do poder local, além de um capítulo próprio e específico para a sua conformação. A



Constituição da República Federativa do Brasil, por sua vez, não faz menção ao poder local, no entanto, esta dimensão do poder estatal está encarnada pelo poder municipal, instância público-estatal mais próxima dos cidadãos.

V – O poder municipal brasileiro sofreu avanços e retrocessos na história do constitucionalismo pátrio e deve ser compreendido pelo princípio da não centralização, pois o município foi erigido à condição de ente federado na Constituição de 1988. Mais do que isso, com base na repartição constitucional de competências – exclusivas e comuns – é possível decantar um plexo de autonomias gozadas por estes entes locais: auto-organizatória, política, administrativa, legislativa e financeira. As possibilidades de intervenção são restritas aos casos expressamente previstos nos dispositivos constitucionais, ou seja, sem relação de tutela legal ou de mérito.

VI – Os municípios são pessoas jurídicas de direito público interno e possuem dois poderes: a Câmara de Vereadores e o Poder Executivo. O primeiro é um órgão colegiado, formado pelos vereadores, com as funções essenciais de fiscalizar e controlar a administração pública e de fazer as leis. Já o Poder Executivo é exercido pelo Prefeito e tem a função de realizar a gestão pública municipal, nos limites postos pelo parlamento.

VI – A Constituição da República de Angola prevê instâncias do poder local, nas quais se inscrevem as autarquias e o poder tradicional, com base no princípio da descentralização política e administrativa e no princípio constitucional da autonomia local. As autarquias locais devem ser regidas pelas normas postas pela Assembleia Nacional, o que se encontram em fase de elaboração, até mesmo porque a última Constituição, a primeira após a guerra civil, é de 2010.

VII – As autarquias são pessoas jurídicas e coletivas territoriais, com patrimônio e receitas próprios, nos termos em que a legislação vier a definir, com o objetivo de resolver os problemas da sua competência. Há dois poderes, um legislativo, formado pela Assembleia, e outro executivo, que é o órgão executivo colegial. Existe uma correlação entre estes poderes, pois o órgão executivo é presidido pelo cabeça de lista que obtiver maior votação para a assembleia - a eleição é por lista e pelo sistema proporcional.

VIII – Também há a previsão da tutela de legalidade sobre as autarquias locais. Por ora, o que há, em nível local, é a presença da administração local do



Estado, via processo de desconcentração, a permitir a devida interação com os anseios da população enquanto as autarquias são gerenciadas para a sua posterior implementação.

IX – A compreensão das diferenças e particularidades constitucionais do poder local angolano e do poder municipal brasileiro permitem não somente apreender as diferenças, mas aprofundam o pensar crítico das instituições existentes, um dos objetivos dos estudos de direito comparado.

5 REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. **O poder local na Constituição da República de Angola: os princípios fundamentais - I Curso de pós-graduação em políticas públicas e governação local**, que teve lugar em Luanda, entre 9 e 13 de Agosto de 2010.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2002.

ARAÚJO, Raul Carlos Vasques; NUNES, Elisa Rangel. **Constituição da República de Angola Anotada**. Luanda: Maiadouro, 2014, Tomo I.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BALDI, Brunetta. **Stato e Territorio: federalismo e decentramento nelle democrazie contemporanee**. Roma: Editori Laterza, 2003.

BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Lajuene & Cia Editores, 1921.

CARAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Tomo I, 2006.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CORRALO, Giovani da Silva. **A Autonomia Municipal como um Direito Fundamental na Constituição Brasileira**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.



- CORRALO, Giovani da Silva. **Município: autonomia na Federação brasileira**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- ELAZAR, Daniel. **Exploring Federalism**. Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 1991.
- GUEDES, Armando Marques e outros. **Pluralismo e Legitimação**. Coimbra: Almedina, 2003.
- Instituto de Formação da Administração Local. **Administração Local**. 2. ed. BLuanda: Edijuris, 2012.
- LIMA, Rui Cirne. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Globo, 1939.
- MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Max Limonad, 1959.
- MARTINS, Evandra Luíza. **Autarquias Locais em Angola**. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito. Universidade Agostinho Neto. Luanda, 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, vol. II, 1974.
- MASSUANGANHE, I. Jacob. **O poder local, as autoridades tradicionais e a reforma da governação local: As relações do poder e os desafios no quadro da descentralização**. Revista Justiça do Direito. UPF, 2011.
- MASSUANGANHE, Israel Jacob. **Governança, Políticas Públicas e Desenvolvimento Local**. Luanda: Imprensa Nacional, 2015.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- NUNES, Elisa Rangel. **Elementos de Direito Comparada para o Estudo das Finanças Municipais em Angola**. Luanda: Rolo & Filhos II, 2011.
- OSTROM, Vincent. **The Meaning of American Federalism: constituting a self-governing society**. San Francisco: Institute for Contemporary Studies, 1991.



SANTIN, Janaína Rigo. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. **Revista Estudos Jurídicos**. São Leopoldo: Unisinos, vol. 40, n. 2, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema Constitucional das Competências. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 01, 1993, p. 272-281.

TOESCA, Pietro M. **Teoria del Potere Diffuso**: federalismo e municipalismo. Milano: Officine Grafiche Sabaini, 1998.

The Economist Intelligence Unit's Index of Democracy 2014. Disponível em: <<http://www.eiimedia.com/index.php/component/k2/item/1677-democracy-index-2014>>. Acesso em 05.jun.2015.

URUGUAI, Visconde de. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1960.



A IMPLEMENTAÇÃO DAS AUTARQUIAS EM ANGOLA COMO ALAVANCA PARA A RESOLUÇÃO DE PROBLEMAS LOCAIS¹

THE IMPLEMENTATION OF AUTHORITIES IN ANGOLA AS A LEVERAGE FOR LOCAL PROBLEMS

Clarice Chinofila Beu²

Resumo

Este trabalho tem por objetivo demonstrar os benefícios que a implementação do sistema autárquico trará para o país. O tema em causa é um dos assuntos mais debatidos actualmente tendo em conta a situação actual que o país vive (crise económica e financeira). Porém, embora haja divulgação (tímida), nota-se que a maior parte da população ainda carece de esclarecimentos quanto aos benefícios que o referido sistema poderá trazer para as comunidades. Para a elaboração desta pesquisa científica, baseamo-nos na pesquisa exploratória de modos a obtermos maiores informações sobre o assunto em causa. Ao longo da pesquisa analisa-se a questão da centralização e descentralização da administração pública no país, da autonomia que as localidades terão para a melhoria da qualidade de vida da população e, por fim, fez-se uma abordagem a respeito dos benefícios que as autarquias trarão após a sua implementação.

Palavras-chave: Autarquias Locais. Centralização. Descentralização. Autonomia Local.

Abstract

This work aims to demonstrate the benefits that the implementation of the autarchic system will bring to the country. The subject at stake is one of the most currently debated issues taking to account the current situation in the country (economic and financial crisis). However, although there is a diffusion (timid), it is noticed that the majority of population still needs clarification to the benefit that the afore-mentioned system can bring to the communities. For the elaboration of this scientific research, we base ourselves on the exploratory research of manners to obtain more information on the subject at stake. Throughout the research, we analyze the centralization and decentralization of public administration in the country, the autonomy that localities will have for the quality improvement of life of the population's life, and, finally, an approach was made on the benefits that the Authorities will bring after its implementation.

Keywords: Local Authorities. Centralization. Decentralization. Local Autonomy.

¹ Artigo submetido em 30/03/2017 pareceres de análise em 10/04/2017, 18/04/2017 e 13/12/2017 aprovação comunicada em 15/12/2017.

² Mestranda em Administração e Desenvolvimento Local, na Faculdade de Economia da Universidade 11 de Novembro em Cabinda, Angola. E-mail: <claricechbeu@hotmail.com>



Sumário: 1. Introdução. 2. As Autarquias Locais. 2.1. Centralização e descentralização administrativa. 2.2. O princípio da autonomia local. 3. Benefícios da Implementação das Autarquias. 3.1. Desafios das autarquias locais para Angola. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico sobre a implementação das autarquias em Angola como alavanca para a resolução de problemas locais é um tema que nos desperta bastante interesse uma vez que grande parte da população não tem conhecimento sobre as autarquias muito menos das vantagens e/ou benefícios que a implementação da mesma trará para as localidades. É neste sentido que queremos contribuir com este trabalho demonstrando os benefícios que a implementação das autarquias trará se forem implementados no nosso país visto que para promover o desenvolvimento local é necessário implementar acções que permitam a activa participação da população da localidade em causa.

Não queremos com isso dizer que com este sistema todos os problemas vividos pelas comunidades serão ultrapassados, mas que com a implementação das autarquias os problemas básicos enfrentados pelas comunidades serão resolvidos com a intervenção dos munícipes sendo estes os conhecedores dos problemas pois o enfrentam diariamente, e melhor do que ninguém conhecem quais as prioridades na resolução. Para tal propusemo-nos a estudar como as autarquias irão contribuir na resolução dos problemas enfrentados pelas comunidades. A fim de alcançar os propósitos desejados, utiliza-se a pesquisa exploratória na presente pesquisa de modos a obtermos maiores informações sobre o assunto em causa e por se tratar de um assunto que ainda carece de estudos.

Para a finalidade exposta, analisa-se a questão da centralização e descentralização da administração pública, da autonomia que as localidades terão para o exercício das suas funções e por fim, faz-se uma abordagem dos benefícios que as autarquias trarão sendo que elas estabelecem um mecanismo essencial na descentralização do poder e contribuem para o desenvolvimento de qualquer país se criadas as condições necessárias para sua efectiva implementação. É importante realçar que para o real funcionamento das autarquias, para que elas contribuam de



forma eficaz, as condições têm que estar preparadas para então haver eleições autárquicas.

2 AS AUTARQUIAS LOCAIS

Os problemas fundamentais da governação local em Angola continuam a ser os mesmos (deficiente saneamento básico, deficiente distribuição da água, energia eléctrica, falta de iluminação pública, melhoramento das vias de comunicação e acesso, ordenamento do território, saúde, educação, cultura, ambiente, desemprego e outros) e as autarquias podem ser o caminho para a sua solução. É importante referir que a anterior Lei Constitucional já fazia referência das autarquias locais no artigo 146º, definindo-se como pessoas colectivas territoriais que visam a prossecução de interesses próprios das populações, dispondo para o efeito de órgão representativos elitos e de liberdade de administração das respectivas colectividades.

Nos termos da Constituição de 2010, as autarquias locais são pessoas colectivas territoriais correspondentes ao conjunto de residentes em certas circunscrições do território nacional e que asseguram a prossecução de interesses específicos resultantes da vizinhança, mediante órgãos próprios representativos das respectivas populações³.

Segundo a mesma Constituição, as atribuições das autarquias vão desde o domínio da educação, saúde, energias, águas, equipamento rural e urbano, património, cultura e ciência, transportes e comunicações, tempos livre e desporto, habitação, acção social, protecção civil, ambiente e saneamento básico, defesa do consumidor, promoção do desenvolvimento económico e social, ordenamento do território, polícia municipal, cooperação descentralizada e geminação (artigo. 219º). As autarquias dispõem ainda de recursos financeiros proveniente do Orçamento Geral do Estado (artigo. 104º,2) e de rendimentos e impostos locais (artigo. 215º) e gozam ainda de autonomia e dispõem de poder regulamentar próprio, nos termos da lei (artigo. 214º).

Para o exercício dessas tarefas e/ou missões, os órgãos autárquicos estruturar-se-ão em assembleia representativa com poderes deliberativos,

³ Constituição da República de Angola (2010).



composta por representantes locais, eleitos por sufrágio universal, igual, livre e directo; o executivo colegial com um presidente e secretários responsáveis pelos vários pelouros, nomeados pelo presidente do executivo municipal, sendo todos eles responsáveis perante a assembleia representativa. A semelhança do que acontece com o executivo central e nos termos do artigo 220º, n.º 4 da Constituição da República de Angola, o presidente do órgão executivo da autarquia é o cabeça da lista mais votada para a assembleia. (TEIXEIRA, 2013).

É importante realçar que as autarquias locais são pessoas destintas do Estado. “Elas não fazem parte do Estado, não são o Estado, não pertencem ao Estado. São entidades independentes e completamente destintas do Estado embora possam por ele ser fiscalizadas, controladas ou subsidiadas” (AMARAL, 2006, p. 481). Embora as autarquias não sejam instrumentos de acção do Estado mas formas independentes de organização das populações locais, elas são de fundamental importância para o Estado contribuindo não só no campo administrativo, mas em todos os ramos da função pública.

Para a resolução dos problemas que as comunidades enfrentam surge a necessidade urgente de implementação das autarquias. Constata-se hoje, muita morosidade no que tange a resolução de problemas básicos sobretudo nas aldeias, pois na exposição de um simples problema ao administrador, este por insuficiência de poder para resolver envia para o administrador municipal que por sua vez envia para seus superiores. A mesma morosidade podemos constatar em diversos sectores da administração pública, no tratamento de documentos legais como o Bilhete de Identidade e o Passaporte por exemplo. Muitos desses serviços podem levar no mínimo cinco meses para a sua emissão devido a dependência dos serviços centrais. É necessário implementar as autarquias em todo país para que haja descentralização do poder e maior fluidez dos serviços. Esta descentralização trará consigo muitas melhorias não só no que tange ao funcionamento dos serviços prestados pelas instituições públicas mas permitirá também a participação da população nas questões económicas e políticas, haverá uma melhor distribuição dos bens e serviços, melhor liberdade de expressão, entre outros.

A implementação das autarquias é um imperativo constitucional que não pode ser ignorado mesmo se uma norma transitória dispõe que “a institucionalização efectiva das autarquias locais obedece ao princípio do gradualismo” (artigo. 242º)⁴,

⁴ Conforme o artigo 242º da Constituição de Angola, a institucionalização efectiva das autarquias locais obedece ao princípio do gradualismo. Os órgãos competentes do Estado determinam por lei



princípio admitido a partir do momento da publicação da Constituição de 2010. Dada as condições actuais, numa primeira instância acredito que não serão todas as localidades que terão essa entidade administrativa mas gradualmente alguns podem passar para as autarquias locais e, nos anos subsequentes outros, após se criar condições em determinadas localidades. Para uma maior aproximação dos serviços a população, precisa-se da materialização das autarquias locais.

2.1 Centralização e descentralização administrativa

A administração pública é organizada de forma hierárquica, em cujo cimo está o Chefe do Poder Executivo. A actividade administrativa pode ser prestada de duas formas: centralizada, onde o serviço é prestado pela administração directa, e a descentralizada, em que a prestação é deslocada para outras Pessoas Jurídicas (MELLO, 2000, p. 126). As actividades administrativas até aqui prestadas são vistas como instituições detentoras de poder e autoridade e não como instituições detentoras de deveres ou de obrigações de estado. Podemos então questionar o seguinte: quais são as administrações que reconhecem que o serviço público é uma obrigação do Estado para com o cidadão? Na nossa óptica as atribuições administrativas são concedidas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros. Isso é feito para descongestionar, desconcentrar, tirar do centro um volume grande de atribuições, para permitir seu mais adequado e racional desempenho.

Segundo Amaral (1994), a “centralização”⁵ e a descentralização têm a ver com a unicidade ou pluralidade de pessoas colectivas públicas. A descentralização supõe a existência de, pelo menos, duas pessoas, entre as quais se repartem as competências.

A descentralização implica a acumulação e partilha de poderes do governo central com o governo local. Pode definir-se a descentralização em dois planos: No *plano jurídico*, diz-se que é o sistema em que a função administrativa está confiada

a oportunidade da sua criação, o alargamento gradual das suas atribuições, o doseamento da tutela de mérito e a transitoriedade entre a administração local do Estado e as autarquias locais.

⁵ Segundo Amaral (1994), existe centralização no plano político-administrativo quando os órgãos das autarquias locais são livremente nomeados e demitidos pelos órgãos do Estado, quando devem obediência ao Governo ou ao partido único, ou quando se concentrem sujeitos a formas particularmente intensas de tutela administrativa, designadamente a uma ampla tutela de mérito.



não apenas ao Estado, mas também a outras pessoas colectivas territoriais, designadamente as autarquias locais. *No plano político-administrativo*, diz-se que há descentralização quando os órgãos das autarquias locais são livremente eleitos pelas respectivas populações, quando a lei os considera independentes na órbita das suas atribuições e competências, e quando estiverem sujeitos a formas atenuadas de tutela administrativa, em regra restritas ao controlo da legalidade. (AMARAL, 1994 *apud* BENVINDO, 2012, p. 38).

Diz-se centralizado, o sistema em que todas as atribuições administrativas de um dado país são por lei conferidas ao Estado, não existindo, portanto, quaisquer outras pessoas colectivas públicas incumbidas do Exercício da função administrativa. Segundo a Constituição de 2010, Angola é um Estado unitário descentralizado, como podemos constatar no artigo 8.º da referida Constituição.

Importa destacar três formas de descentralização segundo Luciano Benvindo (2012):

- a) Territorial que dá origem à existência de autarquias locais;
- b) Associativas que dá origem as associações públicas e;
- c) Institucional a que dá autonomia aos institutos públicos e as empresas públicas. Quanto a descentralização territorial, apesar de estar prevista não está ainda implementada em Angola as autarquias locais o que nos leva a reflectir sobre a existência ou não existência de descentralização territorial. (AMARAL, 1994 *apud* BENVINDO, 2012).

“A existência legal das autarquias locais, e o reconhecimento da sua autonomia face ao poder central, fazem parte da própria essência da democracia, e traduzem-se no conceito jurídico-político de descentralização” (AMARAL, 2006).

Onde quer que haja autarquias locais, enquanto pessoas colectivas distintas do Estado, e dele juridicamente separados, poderá dizer-se que há descentralização. O que significa que as tarefas da administração pública não são desempenhadas apenas por uma só pessoa, o Estado, mas também por várias pessoas colectivas diferentes, encarregados por lei de exercer actividade administrativa. Pode no entanto haver descentralização em sentido jurídico e não haver descentralização em sentido político, e sobre a aparência de descentralização haver um regime fortemente centralizado. Quando além da descentralização em sentido jurídico há descentralização em sentido político, os órgãos representativos das populações locais são eleitos livremente por estes.



É importante frisar, que para haver um desenvolvimento justo e democrático em Angola, é necessário haver descentralização pois pensamos que é um dos grandes desafios de Angola: o de construir um estado democrático íntegro e eficiente. Estamos a falar de um processo político que visa transferir atribuições das administrações central do Estado para outras entidades territorialmente delimitadas. Pela descentralização rompe-se uma unidade personalizada e não há vínculo hierárquico entre a Administração Central e a pessoa estatal descentralizada. Assim a segunda não é subordinada à primeira. Entretanto, a descentralização deve ser vista como um meio para a administração melhor servir a causa do desenvolvimento de Angola que todos idealizamos e merecemos. As exigências deste modelo organizacional não nos colocam só desafios de natureza infraestrutural, mas a preparação humana que vai servir os órgãos locais autárquicos. Neste sentido, vários esforços têm sido feito no âmbito da formação, para a especialização do capital humano de modos a servir melhor a comunidade.

Penso que é hora de fazer compreender sobre o processo administrativo, judicial e político pois a descentralização é um elemento fundamental para formalização do modelo político do país que se pretende. É necessário que a população saiba desde já os princípios orientadores de todo o processo: como o processo irá acontecer, se os governadores serão eleitos ou nomeados, que poderes terão os municípios, quais as atribuições que os municípios terão, que poderes de decisão e quais os princípios fundamentais. Acreditamos que se houver descentralização os serviços chegarão com maior eficiência e eficácia a população. Pese embora a nossa Constituição prevê a descentralização o importante é pensar no que realmente se pretende com o processo e como deve-se materializar sendo que a descentralização contribui na efectiva produção da democracia que se traduz sobretudo na liberdade de expressão e conseqüentemente na melhoria da qualidade de vida da população. Sendo que a existência legal das autarquias locais, e o reconhecimento da sua autonomia face ao poder central, fazem parte da própria essência da democracia, estamos em condições de abordar a respeito deste importante elemento “autonomia local” que é um dos princípios previstos na Constituição angolana.



2.2 O princípio da autonomia local

O princípio da autonomia local é reconhecido pela legislação interna ou seja pela Constituição conforme referenciado anteriormente. Segundo a Constituição angolana, a autonomia local compreende o direito e a capacidade efectiva de as autarquias locais gerirem e regulamentarem, nos termos da Constituição e da lei, sob sua responsabilidade e no interesse das respectivas populações, os assuntos públicos locais (Artigo 214.º)⁶. O entendimento do sentido e alcance deste princípio tem variado ao longo dos tempos, conforme os regimes políticos, e na actualidade não há unanimidade de opiniões acerca do assunto (AMARAL, 2006). No liberalismo, a autonomia local constituía um refúgio próprio das autarquias face ao Estado. Hoje, em pleno Estado dominado pelo avanço tecnológico o princípio da autonomia local não pode ser entendido da mesma maneira.

Dantes, o que era de interesse nacional competia ao Estado; o que era de interesse local competia às autarquias locais; mas, hoje em dia, quase tudo que é local tem de ser enquadrado numa política pública definida a nível nacional como é o caso do ambiente, ordenamento do território, urbanismo, fomento turístico, etc.; por outro lado, e inversamente, todas as políticas nacionais têm uma dimensão regional e diversificada, exigindo adaptações, especialidades, respeito pelas particularidades de cada área ou localidade. Daí que muitos autores pretendam escusar da autonomia local e substituir o conceito, ou reconvertê-lo, de modo a assegurar sobretudo o direito de as autarquias locais participarem na definição das grandes orientações nacionais (leis, políticas públicas, planeamento), assim como na respectiva execução. A autonomia local seria, agora, solidariedade das autarquias com o Estado, participação, colaboração. De uma autonomia-liberdade ter-se-ia passado, ou estaria a passar-se, para uma autonomia-participativa. Esta concepção não é aceitável pelo autor, pelo menos nas suas modalidades mais radicais. (AMARAL, 2006).

A autonomia local é um espaço de livre decisão das autarquias sobre assuntos do seu interesse próprio. O princípio da autonomia local compreende a ideia de participação da população exigindo nomeadamente poderes de decisões independentes e o direito de recusar soluções impostas pelo poder central. As autarquias locais têm completa liberdade de iniciativa relativamente a qualquer questão que não seja excluída da sua competência ou atribuída a uma outra autoridade, desde que esteja dentro dos limites da lei. Ela tem o direito de decisão por isso não subordina a outrem. O exercício das responsabilidades públicas deve

⁶ Constituição da República de Angola (2010).



pertencer às autoridades mais próximas do cidadão de formas a resolver as questões ligadas a população. Assim, segundo Amaral (2006), o princípio da autonomia local pressupõe e exige, pelo menos, os seguintes direitos:

- a) O direito e a capacidade efectiva de as autarquias regulamentarem e gerirem, nos termos da lei, sob sua responsabilidade e no interesse das respectivas populações, uma parte importante dos assuntos públicos;
- b) o direito de participarem na definição das políticas públicas nacionais que afectam os interesses próprios das respectivas populações;
- c) o direito de partilharem com o Estado ou com a região as decisões sobre matérias de interesse comum;
- d) o direito de, sempre que possível, regulamentarem a aplicação das normas ou planos nacionais por forma a adaptá-los convenientemente as realidades locais.

Quanto aos recursos financeiros, o artigo 215.º da tão citada Constituição diz que devem ser proporcionais às atribuições previstas pela Constituição ou por lei, bem como aos programas de desenvolvimento aprovados. A lei estabelece que uma parte dos recursos financeiros das autarquias locais deve ser proveniente de rendimentos e impostos locais. Esses recursos permitirão as autarquias locais dispor livremente o exercício das suas atribuições, e os sistemas financeiros nos quais se baseiam os recursos de que dispõem as mesmas, devem ser de natureza suficientemente diversificada e evolutiva de modo a permitir-lhes seguir, tanto quanto possível na prática, a evolução real dos custos do exercício das suas atribuições.

Pode-se com isso perceber que a autonomia que as comunidades/municípios terão é um dos benefícios que as autarquias trarão após a sua implementação no nosso país pelo acima exposto, pois todas as acções em prol da mesma estarão ligadas para o bem-estar da população sendo ela o alvo de todo o processo de desenvolvimento. Com o Desenvolvimento Local se busca a melhoria de qualidade de vida das comunidades e a maior participação destas nas definições do poder político, em favor de um ambiente saudável e socialmente justo, para as gerações actuais e futuras.

3 BENEFÍCIOS DA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUTARQUIAS

O desenvolvimento local é um tema muito debatido actualmente pelo facto de ser um processo contínuo, visando a construção de caminhos que perspectivam



a projecção futura de uma dada comunidade a um patamar melhor e com impactos visíveis sobre a população e o meio. Apraz-nos dizer que para promover o desenvolvimento local é necessário implementar acções que permitam a activa participação da população da localidade em causa. Entendemos nós que as autarquias proporcionam esse caminho que visa a melhoria da qualidade de vida da população. Apesar das autarquias constituírem uma alavanca para a resolução dos problemas básicos da população como o saneamento, educação, saúde, urbanização e outros, importa referir que elas, não irão a priori resolver todos os problemas enfrentados pelas comunidades mas certamente uma boa parte dos problemas serão resolvidos.

Dentre os vários benefícios que a implementação das autarquias trará, podemos referenciar os seguintes:

1) Consolidação da democracia que assenta sobretudo na liberdade de expressão e na oportunidade de melhorar a qualidade de vida da população;

2) A participação da população na tomada de decisões públicas em assuntos ligados aos seus interesses. A participação da comunidade é um dos objectivos do Estado moderno apesar de que a população já participa na gestão pública de um ou outro jeito.

3) A implementação das autarquias irá permitir utilizar melhor o sentimento das populações locais relativamente aos seus problemas, e facilitará a mobilização das iniciativas e das potências locais para as tarefas da administração pública para a realização do bem-estar comum;

4) Irá garantir o acesso da população aos serviços básicos como: a água, o saneamento, a energia eléctrica, a iluminação pública, melhoramento das vias de comunicação e acesso, ordenamento do território, saúde, educação, cultura, ambiente, desporto e outros aspectos de interesse das comunidades locais.

3.1 Desafios das autarquias locais para Angola

São vários os desafios que poderíamos apontar neste ponto para as autarquias em Angola. No entanto, gostaríamos de frisar alguns e os mais urgentes ao nosso ver para atingirmos o bem-estar comum. Um dos grandes desafios das autarquias locais em Angola é proporcionar a efectiva descentralização



administrativa pois ela permitirá liberdades locais. Conforme referimos no ponto que aborda sobre centralização e descentralização administrativa, Angola segundo a sua Constituição é um Estado unitário descentralizado. Por que insistir na questão da descentralização administrativa? Na verdade o que se pretende, é que as comunidades vivam e sintam essa descentralização.

A descentralização promove a mobilização de recursos locais fornecendo um melhor sistema de coordenação, supervisão, controlo e execução dos projectos e implicando um envolvimento directo das populações na prossecução dos objectivos de desenvolvimento. Uma efectiva descentralização contribui, pois, para a manutenção da estabilidade política e da união nacional e, conseqüentemente para o desenvolvimento, através da promoção de uma melhor representação de todos os grupos sociais na satisfação das suas necessidades, contribuindo para uma maior equidade na alocação dos recursos governamentais e na redução das tensões sociais. Por último a descentralização permite aos cidadãos participarem activamente nas decisões políticas públicas. (SAWADOGO, 2001 *apud* BENVINDO, 2012).

Outro grande desafio das autarquias é garantir a população o acesso aos serviços básicos como: a água, o saneamento, a energia eléctrica, a iluminação pública, o melhoramento das vias de comunicação e acesso, ordenamento do território, saúde, educação, cultura, ambiente, desporto, desemprego e o combate a pobreza. Falando deste último, o conflito armado e as suas conseqüências directas e indirectas são apontadas como as causas principais para o elevado índice de pobreza que caracteriza a população angolana. O processo de destruição em que este país esteve envolvido foi demasiado longo e abrangente. Para além das infra-estruturas físicas foram igualmente destruídos os modos de vida, culturas e identidades, resultando daí uma sociedade dividida. Todos os problemas acima referenciados são apontados como efeitos do longo período de conflito armado que o país atravessou.

O fim do conflito armado tem possibilitado uma melhor definição das estratégias para a erradicação da pobreza bem como a análise dos modos de vida das comunidades mais vulneráveis a condições de pobreza. Segundo Oliveira (2012), a investigação sobre os modos de vida das categorias sociais mais vulneráveis às condições de pobreza, permitiu identificar cinco modos de vida da pobreza em Angola: restrição, destruição, transitoriedade, investimento na mobilidade e desafectação.



O modo de vida da restrição, caracterizado pela precariedade e instabilidade no emprego distingue-se da destruição (nível de vida nos limites de sobrevivência) pelo acesso ao mercado de trabalho. A transitoriedade é característica dos desempregados, famílias monoparentais, alguns reformados e jovens à procura do primeiro emprego. Os poucos que conseguem criar alguma estabilidade investem tudo o que têm na educação dos filhos, para que esta segunda geração saia da condição da pobreza. Esse investimento na mobilidade social é feito por alguns operários e empregados com alguma escolaridade e rendimento fixo. O último modo de vida identificado é o da desafecção, que é característico de toxicodependentes, reclusos e ex-reclusos, crianças de rua e sem abrigo. Categorias sociais que rompem os laços com a sociedade.

Esses e outros factores estão na base da luta do governo hoje para a mudança do quadro da pobreza e melhoria das condições de vida da população. Neste sentido, vários estudos têm sido feitos para resolver primeiramente os problemas básicos que a população enfrenta. A intenção de implementação das autarquias locais é um dos passos rumo a este fim.

A redução das assimetrias regionais e a desigualdade social é outro desafio das autarquias locais. Um dos factores que está na base dessas diferenças é a guerra. Durante esse período, grande parte da população rural sentiu a necessidade de abandonar sua terra a procura de segurança nos centros urbanos e começou a desenvolver uma série de actividades diferentes ao que realmente sabia fazer (como a produção agrícola de subsistência) e passaram a realizar trabalhos como venda em mercados paralelos e outros tipos de actividades de modos a melhorarem a sua condição de vida. O número de pessoas que teve de abandonar seus lares nas zonas rurais e passaram a viver nos centros urbanos, principalmente na capital do país e capitais das demais províncias é elevado. Esse crescimento da população nos centros urbanos não foi acompanhado pela administração o que levou a um crescimento desordenado da população nas periferias trazendo consigo muitos problemas como a falta de urbanização, actualmente um dos grandes problemas enfrentado pelas comunidades. Essa transição da população rural para os centros urbanos levou ao crescimento de algumas regiões e estagnação de outras e consequentemente a desigualdade social.

Hoje há uma grande preocupação em saber como vivem as populações locais. Com a implementação das autarquias e concomitantemente a descentralização visível, será possível construir o país que todos nós gostaríamos de ter: com mais justiça e igualdade. Cada cidadão irá participar com a livre opinião sem ter receio de falar o que não vai bem, pois as autarquias permitem a



participação próxima e activa da população no que diz respeito as questões da sua localidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas reflexões feitas neste artigo chegamos as seguintes conclusões:

Para uma maior aproximação dos serviços a população, é importante que se implemente as autarquias locais ainda que de forma gradual, princípio admitido a partir do momento da publicação da Constituição de 2010. Dada as condições actuais, numa primeira instância acreditamos que não serão todas as localidades que terão essa entidade administrativa mas gradualmente alguns podem passar para as autarquias locais e, os outros posteriormente, após se criar condições em determinadas localidades;

A materialização das autarquias em Angola, é um imperativo incondicional para que haja descentralização do poder e maior fluidez dos serviços. Esta descentralização trará consigo muitas melhorias não só no que tange ao funcionamento dos serviços prestados pelas instituições públicas mas permitirá também a participação da população nas questões económicas e políticas, haverá uma melhor distribuição dos bens e serviços, melhor liberdade de expressão, entre outros;

As actividades administrativas até aqui prestadas são vistas como instituições detentoras de poder e autoridade e não como instituições detentoras de deveres ou de obrigações de estado. Podemos então questionar o seguinte: quais são as administrações que reconhecem que o serviço público é uma obrigação do Estado para com o cidadão? Na nossa óptica as atribuições administrativas são concedidas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros. A descentralização implica a partilha de poderes do governo central com o governo local; o que significa que as tarefas da administração pública não são desempenhadas apenas por uma só pessoa, o Estado, mas também por várias pessoas colectivas diferentes, encarregados por lei de exercer actividade administrativa;



É importante frisar, que para haver um desenvolvimento justo e democrático em Angola, é necessário haver descentralização pois pensamos que é um dos grandes desafios de Angola: construir um estado democrático íntegro e eficiente. Entretanto, a descentralização deve ser vista como um meio para a administração melhor servir a causa do desenvolvimento de Angola pois com ela, os serviços chegarão com maior eficiência e eficácia a população.

O princípio da autonomia local compreende a ideia de participação da população exigindo nomeadamente poderes de decisões independentes e o direito de recusar soluções impostas pelo poder central. Assim, as autarquias locais têm completa liberdade de iniciativa relativamente a qualquer questão que não seja excluída da sua competência ou atribuída a uma outra autoridade, desde que esteja dentro dos limites da lei;

Apesar das autarquias constituírem uma alavanca para a resolução dos problemas da população como a água, o saneamento, a energia eléctrica, a iluminação pública, o melhoramento das vias de comunicação e acesso, a urbanização, saúde, educação, cultura, ambiente, desporto, desemprego e a pobreza e outros, importa referir que elas, não irão a priori resolver todos os problemas enfrentados pelas comunidades mas certamente uma boa parte dos problemas serão resolvidos. Um dos grandes desafios das autarquias é garantir a população o acesso aos serviços básicos.

A redução das assimetrias regionais e a desigualdade social é outro desafio das autarquias locais. Todo esforço em prol da implementação das autarquias locais é para promover o desenvolvimento das localidades. Com o desenvolvimento local se busca a melhoria de qualidade de vida das comunidades e a maior participação destas nas definições do poder político, em favor de um ambiente saudável e socialmente justo, para as gerações actuais e futuras.

5 REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed., Volume I, Lisboa: Edições Almeida, 1994.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed., 2ª. reimp. Lisboa: Edições Almedina, 2006.



TEIXEIRA, Carlos. **Colectânea Universidade e Cidade, U&C - Educação, Sociedade e Estado**. Editora Capatê-Publicações, Ltda, 2013.

Constituição da República de Angola (2010). Luanda: Editora Imprensa Nacional, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BENVINDO, Luciano. **Descentralização e Desconcentração na Administração Pública em Angola**. Lisboa: Escolar, 2012.

MELLO, Celso António Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.



PATRIMÔNIO CULTURAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS DESAFIOS PARA UMA “ORDENAÇÃO CONSTITUCIONAL DA CULTURA”¹

CULTURAL HERITAGE AND FUNDAMENTAL RIGHTS: THE CHALLENGES FOR A
"CONSTITUTIONAL ORDERING OF CULTURE"

*Nestor Castilho Gomes*²

*Luana de Carvalho Silva Gusso*³

Resumo

O presente artigo objetiva investigar se o direito ao patrimônio cultural pode ser considerado um direito fundamental, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Metodologicamente, procura-se analisar o conceito de direito fundamental, mediante o exame da Constituição, da doutrina e da jurisprudência. O artigo destaca a diferença entre direitos formal e materialmente constitucionais. Igualmente, problematiza o caráter aberto do conjunto de direitos e garantias fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Conclui-se que o direito ao patrimônio cultural é um direito fundamental implícito ao catálogo do Título II, da CF/88, bem como um direito fundamental fora do catálogo.

Palavras-chave: Patrimônio Cultural. Direitos Fundamentais. Constituição.

Abstract

This article intends to investigate if cultural heritage rights can be considered a fundamental right before the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CF/88). Methodologically, it seeks to analyze the concept of fundamental right, through examination of the Constitution, doctrine and judicial rulings. The article exposes the difference between formal and material constitutional rights. It sustains the openness of the set of rights and fundamental guarantees in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. It concludes that cultural heritage rights are a fundamental right implicit in the catalog of Title II, CF/88, as well a fundamental right outside the catalog.

Keywords: Cultural Heritage. Fundamental (Human) Rights. Constitution.

¹ Artigo submetido em 26/04/2017, pareceres de análise em 02/10/2017 e 03/10/2017, aprovação comunicada em 22/11/2017.

² Doutorando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor do Curso de Direito da UNIVILLE – Joinville, Santa Catarina. Advogado. *E-mail:* <nestorcastilho@bh.adv.br>.

³ Doutora em Direito do Estado pela UFPR com Pós-Doutoramento em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra – Portugal. Professora Pesquisadora do Mestrado em Patrimônio Cultural e Sociedade – MPCS e do Curso de Direito da UNIVILLE – Joinville, Santa Catarina. Advogada. *E-mail:* <lu_anacarvalho@yahoo.com.br >.



Sumário: 1. Introdução. 2. O art. 5º, § 2º, CF e o caráter aberto do conjunto de direitos e garantias fundamentais. 3. O direito ao patrimônio cultural como direito fundamental implícito propriamente dito: a Constituição Federal de 1988 e a Constituição Cultural. 4. O direito ao patrimônio cultural como direito fundamental formal e materialmente constitucional, mas fora do catálogo. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O direito ao patrimônio cultural não está expressamente consignado no Título II, da Constituição *Federal*, como direito fundamental. Há, porém, uma alusão ao patrimônio histórico e cultural no art. 5º, inciso LXXIII, CF, que trata da ação popular. Não nos parece razoável e cientificamente adequado afirmar, sem maiores explicações, que o direito ao patrimônio cultural é um direito fundamental e, em consequência, uma cláusula pétrea. O problema prático da *fundamentação* do direito ao patrimônio cultural como direito fundamental não pode ser ocultado, com a simples adoção de uma retórica voluntarista e simpática a um discurso progressista de valorização dos direitos culturais.

O presente artigo pretende demonstrar que o **direito ao patrimônio cultural** deve ser caracterizado e/ou *reconhecido* como **direito fundamental**. Nesse sentido, as seções se desvelam à justificar que o referido reconhecimento se desdobra em dois aspectos: (i) possibilidade de identificá-lo como **direito implícito** ao catálogo de direitos fundamentais do Título II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mediante operação hermenêutica; (ii) subsunção do referido direito ao critério de direito fundamental formal e materialmente constitucional, mas fora do catálogo.

2 O ART. 5º, § 2º, CF E O CARÁTER ABERTO DO CONJUNTO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O Título II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tem a seguinte denominação: “Dos direitos e garantias fundamentais”. Parafraseando Konrad Hesse, por ocasião da Lei Fundamental de Bonn, a Constituição Federal parece fixar o conceito de *direitos fundamentais* como: “aqueles direitos que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais” (HESSE, 1988, p. 225). Em que pese o significativo conjunto de direitos e garantias fundamentais positivados no Título II, o legislador constituinte conferiu a possibilidade de reconhecimento de outros direitos



e garantias não expressamente *consignados* no chamado catálogo de direitos fundamentais. A correção dessa afirmação está no art. 5º, § 2º, CF. Vejamos a lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2016. p. 322):

(...) para além do conceito formal de constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da constituição de um Estado, mesmo não constando expressamente no catálogo originalmente definido pelo constituinte.

O art. 5º, § 2º, CF, permite concluir pela existência de um sistema aberto de direitos fundamentais, não circunscrito ao rol previsto no Título II, da Constituição. Essa conclusão é respaldada pelo Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados. Como exemplo, podemos citar a ADI 939, cujo parâmetro de constitucionalidade era o *princípio da anterioridade*, inscrito no art. 150, inciso III, alínea b, CF. Na ocasião, o STF reconheceu o princípio da anterioridade como um direito fundamental.

Desta forma, quanto a localização dos direitos fundamentais, temos a seguinte classificação: (i) direitos positivados no Título II, expressamente denominados *direitos e garantias fundamentais*; (ii) direitos fundamentais dispersos no texto constitucional, por força do art. 5º, § 2º, que menciona, de forma genérica, “direitos e garantias expressos nesta Constituição”, sem qualquer restrição quanto a sua posição no texto (SARLET, 2016, p. 324); (iii) direitos fundamentais implicitamente positivados, “decorrentes do regime e dos princípios adotados” pela Constituição; (iv) direitos fundamentais derivados de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados na forma do art. 5º, § 3º, CF; (v) direitos fundamentais sediados na legislação infraconstitucional⁴.

3 O DIREITO AO PATRIMÔNIO CULTURAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO PROPRIAMENTE DITO: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A CONSTITUIÇÃO CULTURAL

A possibilidade de deduzir direitos fundamentais não é algo inédito na história constitucional brasileira (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008). A

⁴ Trata-se de afirmação controversa. Pela inadmissibilidade dessa espécie de direitos fundamentais em nossa ordem constitucional ver: DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 47; SARLET, 2016. p. 326. De outro lado, admitindo a possibilidade, ainda que no âmbito da Constituição Portuguesa, ver: Miranda, 2017.



Constituição Republicana de 1891 estabelecia no art. 78 que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”. De forma análoga, os arts. 114 da Constituição de 1934, 123 da Constituição de 1937, 144 da Constituição de 1946 e 150, § 35, da Constituição de 1967.

O direito ao patrimônio cultural, formalmente inscrito no art. 216, CF⁵, está fora do catálogo de direitos fundamentais, previsto no Título II, da Constituição. Todavia, é plenamente possível sustentar a sua *implícita* previsão no catálogo de direitos fundamentais, sob um critério abrangente ou restritivo⁶.

O art. 5º, LXXIII, CF, consagrou a ação popular como remédio constitucional. A finalidade da ação popular é tutelar a **moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural**. Remédios constitucionais são garantias instrumentais destinadas à proteção dos **direitos fundamentais**, que visam reparar danos e/ou afastar impedimentos ao seu exercício (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 351).

O argumento lógico-conceitual impõe o reconhecimento do direito ao patrimônio cultural como direito fundamental. Para tanto, é necessário analisar o art. 5º, LXXIII, CF e todas as suas implicações. Como visto: (i) **garantias** são instrumentos pelos quais se assegura o exercício dos direitos fundamentais; (ii) a ação popular é uma **garantia**; (iii) os direitos tutelados pela ação popular são a **moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural**; (iv) logo, o direito ao patrimônio cultural deve ser considerado um direito fundamental. Em síntese, se a ação popular é uma garantia fundamental, os direitos por ela tutelados devem ser considerados **direitos fundamentais**, independentemente da localização topográfica desses direitos na Constituição Federal.

Os argumentos da “redução ao absurdo” e da “coerência” também devem ser convocados. Caso o direito ao patrimônio cultural não seja reconhecido como direito fundamental, a matéria disposta no art. 216, CF, estaria à livre disposição do

⁵ Localizado no Título VIII: Da Ordem Social.

⁶ Sarlet (2016, p. 327) diferencia *direitos implícitos abrangentes*, isto é, decorrentes do regime e dos princípios (art. 5º, § 2º, CF), dos *direitos implícitos propriamente ditos*, ou seja, aqueles subentendidos nas normas constitucionais expressamente positivadas.



poder constituinte reformador, que poderia inclusive suprimi-la. Tal hipótese transformaria o art. 5º, inciso LXXIII, CF, em tábula rasa, ferindo o núcleo essencial de garantia fundamental do cidadão. É absurdo e incoerente sustentar que a garantia da ação popular é cláusula pétrea, mas o direito tutelado pela garantia estaria à livre disposição do poder constituinte reformador. Garantias asseguram direitos. Eventual supressão dos direitos tutelados pela ação popular simplesmente inviabilizaria o ajuizamento da garantia.

No intento de demarcação dogmática do direito ao patrimônio cultural, vêm bem a calhar as tradicionais regras de interpretação, bem como o princípio da unidade da constituição, desenvolvido por Konrad Hesse. Tal princípio exige que não “se contemple a norma isoladamente, mas, ao contrário, sempre no conjunto em que ela deve estar situada; todas as normas constitucionais hão de ser interpretadas de tal modo que se evitem contradições com outras normas da Constituição” (HESSE, 2009, p. 113). De outro lado, segundo longínqua tradição, os enunciados jurídicos não constituem elementos isolados, tendo em vista estarem em constante relação com outros enunciados. Já dizia Bobbio que inexistente ordenamento jurídico composto por apenas uma norma (BOBBIO, 1997, p. 19). Assim, a técnica da interpretação sistemática consiste no sentido de que “em razão dos materiais jurídicos comporem uma totalidade única eles devem ser interpretados uns em relação aos outros, de sorte que discrepâncias entre suas formulações devem ser evitadas” (SGARBI, 2014, p. 542). Ao fixar o sentido de uma disposição legal, o intérprete não pode perder de vista os outros dispositivos, a fim de manter relação de harmonia entre eles (SGARBI, 2014, p. 542). Nesse sentido, não há como sustentar o caráter de direito fundamental do art. 5º, inciso LXXIII, sem conferir a mesma condição ao art. 216, CF, sob pena de evidente contradição.

Ainda na seara da interpretação sistemática e sua relação com o princípio da unidade da constituição, convém ressaltar a importância conferida pela Constituição Federal aos temas do patrimônio histórico e cultural. Esse destaque pode ser vislumbrado em diversos dispositivos constitucionais, para além do disposto na Seção II, do Capítulo III, do Título VIII, e. g.: (i) no preâmbulo constitucional, que afirma o objetivo de constituir o Estado para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais; (ii) art. 3º, inciso I, CF, pois “uma sociedade livre e solidária é uma sociedade mediada pela cultura” (MOLINARO; DANTAS, 2013, p. 1982); (iii)



art. 4º, parágrafo único, ao expressamente consignar que o Brasil buscará, nas relações internacionais, integrar-se culturalmente com os povos da América Latina; (iv) art. 23, incisos III, IV e V, que estabelecem que é competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; (v) art. 24, incisos VII e IX, CF, que dispõem que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação; (vi) art. 30, inciso IX, que estabelece que compete ao Município promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual; (vii) art. 210, que fixa o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas no ensino, determinando o respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais; (ix) art. 219, que considera o mercado interno patrimônio nacional, que deverá ser incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País; (x) art. 221, incisos I, II e III, que zelam pela finalidade cultural, promoção da cultural nacional e regional e regionalização da produção cultural na produção e na programação das emissoras de rádio e televisão.

Todos esses ditames constitucionais permitem concluir que o legislador constituinte e a Constituição Brasileira de 1988, a exemplo da Constituição da República Portuguesa de 1976, intentaram constituir o que J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira chamam de constituição cultural, ou melhor, uma ordem constitucional da cultural (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 887). Ao comentar os dispositivos da Constituição Portuguesa, em tudo aplicável a nossa realidade, lecionam os professores portugueses:

Ao incluir uma constituição cultural, a CRP constitui o Estado, de certo modo, em Estado cultural ou *Estado de cultura*. Ele é, por um lado, um *Estado de direito cultural*, obrigado a respeitar a liberdade e a autonomia cultural dos cidadãos (liberdades culturais); é, por outro lado, um *Estado*



democrático cultural, empenhado no alargamento e na democratização da cultura (direitos à cultura) (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 887-888).

Por todo o exposto, na qualidade de direito fundamental implícito, decorrente do regime e dos princípios adotados na Constituição Federal de 1988, consoante autorização do art. 5º, § 2º, o direito ao patrimônio cultural goza do regime jurídico dos direitos fundamentais, qual seja: (i) submissão aos limites formais e materiais de reforma constitucional (art. 60, CF); (ii) aplicabilidade direta e imediata e vinculação do Estado e dos particulares aos seus ditames (art. 5, § 1º, CF).

4 O DIREITO AO PATRIMÔNIO CULTURAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL FORMAL E MATERIALMENTE CONSTITUCIONAL, MAS FORA DO CATÁLOGO

A teoria geral dos direitos fundamentais há anos se depara com o problema de identificar, perante um dado texto constitucional, quais normas podem ser conceituadas como *direitos fundamentais*⁷. O problema de saber qual o critério identificador dos direitos fundamentais não é de somenos importância. A relevância desta questão se coloca, por exemplo, no plano da extensão do catálogo de direitos fundamentais, além de gerar consequências relativas ao poder de reforma da constituição (limitações materiais).

Sem a intenção de esgotar o assunto, podemos dizer que o debate sobre a fundamentalidade de um direito desdobra-se em pelo menos três grandes correntes: (i) de um lado, há aqueles que adotam um critério eminentemente formal para a caracterização da fundamentalidade. Nesse caso, é direito fundamental aquele direito que goza de superioridade hierárquica em relação às demais espécies normativas. Na lição de Dimoulis: “um direito é fundamental se e somente se (condição necessária) for garantido mediante normas que tenham a força jurídica

⁷ A Constituição da República Portuguesa também realiza uma abertura a novos direitos fundamentais, numa série de dispositivos: “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional” (art. 16º, n.º 1), o regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se “aos direitos fundamentais de natureza análoga previstos na Constituição e na lei” (art. 17º) e as regiões autónomas é vedado “restringir os direitos legalmente reconhecidos aos trabalhadores” (art. 230º, alínea a). Vide: MIRANDA, Jorge. **Os direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa**. In: <http://docplayer.com.br/27476835-Os-direitos-fundamentais-na-ordem-constitucional-portuguesa.html> Acesso em 02.03.2017.



própria da supremacia constitucional”; (DIMOULIS, 2009, p. 47) (ii) de outro, há quem defenda que a fundamentalidade material está ligada ao **conteúdo do direito**, isto é, a nota distintiva depende do grau de relevância do bem jurídico tutelado. O principal problema desta teoria é erigir um **critério aferidor da relevância do bem jurídico tutelado**, a fim de caracterizá-lo como direito fundamental. Boa parte dos autores advoga a necessidade de utilização do princípio da dignidade humana como critério para verificação da fundamentalidade material do direito (ANDRADE, 1987); (iii) há, ainda, aqueles que requerem a conjugação de aspectos formais e materiais para o reconhecimento de um direito como fundamental. Nesta senda, os direitos do catálogo gozariam de uma presunção de materialidade, ao passo que os direitos fora do catálogo precisariam passar por um “teste de reconhecimento” da materialidade. Mais uma vez, o princípio da dignidade da pessoa humana é usualmente convocado a cumprir determinado papel⁸.

O *direito ao patrimônio cultural* deve ser considerado direito fundamental tanto sob uma perspectiva *formal* quanto *material*. Segundo J. J. Gomes Canotilho, “os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, **direitos fundamentais formalmente constitucionais**, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal” (CANOTILHO, 2003, p. 403). Em princípio, o direito ao patrimônio cultural qualifica-se como direito *formalmente* fundamental, pelo simples fato de estar reconhecido e positivado na Constituição da República Federativa do Brasil (art. 216), gozando, portanto, da supremacia hierárquica das normas constitucionais.

Ainda que não esteja expressamente presente no Título II, da Constituição Federal (“Dos Direitos e Deveres Fundamentais”), o direito ao patrimônio cultural também deve ser reconhecido como direito em sentido formal e *materialmente* fundamental. Como visto, o art. 5º, § 2º, CF⁹, propõe abertura a novos direitos

⁸ Esse é o critério adotado pelo Ministro do STF Gilmar Mendes para identificar direitos fundamentais fora do catálogo: “Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 237). Sarlet (2016, p. 319-324) adota critério parcialmente fundado no princípio da dignidade da pessoa humana. O método será objeto de exposição adiante. De todo modo, para o professor gaúcho, “o regime jurídico dos direitos fundamentais, estejam ou não sediados no Título II da CF, é o mesmo, presente, portanto, a dupla fundamentalidade em sentido formal e material”.

⁹ “Art. 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Constituição Federal de 1988 – Brasil.



fundamentais, para além do catálogo, ao mencionar, de forma genérica, “direitos e garantias expressos nessa Constituição”, sem qualquer limitação quanto à sua posição no texto (SARLET, 2016, p. 324).

Aqui reside o problema de estabelecer um critério para o reconhecimento de direitos não previstos explicitamente no catálogo como direitos fundamentais. Boa parte dos autores oferece o princípio da dignidade da pessoa humana como critério distintivo, isto é, como núcleo para dedução de direitos fundamentais. Esses encontrariam o seu nascedouro no princípio da dignidade da pessoa humana. Ingo Wolfgang Sarlet propõe solução alternativa ao problema, ao dispor que:

Quanto ao primeiro problema, relativo aos critérios de justificação da fundamentalidade de direitos dispersos no texto constitucional, é possível, numa primeira aproximação, recorrer a um critério geral, segundo o qual os direitos fundamentais fora do catálogo somente poderão ser os que – constem, ou não, do texto constitucional –, por seu conteúdo e importância, possam ser equiparados aos integrantes do rol elencado no Título II de nossa Lei Fundamental. (...) é preciso ter sempre em mente que determinada posição jurídica fora do catálogo, para que efetivamente possa ser considerada equivalente, por seu conteúdo e importância, aos direitos fundamentais do catálogo, deve, necessariamente, guardar vínculo direto com a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2016, p. 331-334).

Creemos que o critério para a caracterização de um direito como materialmente constitucional não deve ser, necessariamente, uma sua pertinência com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas simplesmente a importância do direito numa ordem normativa concreta, bem como sua presença no ordenamento constitucional, explícita ou implicitamente. Isso porque existem direitos fundamentais do catálogo que não guardam relação com o princípio da dignidade humana. Qual a razão para exigir que direitos fora do catálogo guardem relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, quando uma série de direitos pertencentes ao catálogo do Título II lhe são de todo alheios? A refutação ao princípio da dignidade da pessoa humana decorre do fato da existência de direitos fundamentais que não são facilmente reconduzíveis a essa ideia-princípio¹⁰.

¹⁰ Conforme afirma Gilmar Mendes ao analisar o art. 5º, CF, “será difícil ver nos incisos XXI, XXV, XXVIII e XXIX direitos que tenham como fundamento precípua e imediato o princípio da dignidade humana”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 236). Canotilho (2003, p. 407) critica a teoria de Vieira de Andrade, que exige uma pertinência dos direitos fundamentais ao princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo o professor português: “partindo de uma pré-compreensão típica do subjetivismo axiológico e de um individualismo metodológico próximo das teorias atomísticas da sociedade, expulsa do catálogo material de direitos todos aqueles que não tenham um *radical subjetivo*, isto é, não pressuponham a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana.



Também sob um viés positivista, esta exigência se mostra exacerbada. O art. 5º, § 2º, CF, exige pertinência ao *regime* ou aos *princípios* adotados na Constituição, sem qualquer menção específica ao princípio da dignidade humana. Dessa forma, a exigência de cumulação entre “conteúdo e importância” e “dignidade da pessoa humana” se mostra juridicamente equivocada.

Com franca inspiração nos ensinamentos de Canotilho acerca do art. 16º da CRP¹¹, propomos considerar como materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos constantes no catálogo de direitos fundamentais (Título II) (CANOTILHO, 2003, p. 404).

Creemos, todavia, que acaso fosse necessário recorrer ao princípio da dignidade da pessoa humana, ainda assim seria possível sustentar a fundamentalidade material do direito ao patrimônio cultural. Isso porque para que exista dignidade é preciso a valorização do patrimônio cultural material e imaterial do ser humano. O patrimônio cultural é imprescindível para a formação da personalidade humana e, em especial, para a concretização da dignidade. Creemos que a cultura é inerente ao homem e que a humanidade degrada-se à medida que os aspectos culturais lhe são retirados ou degradados (FACHIN; FRANCALOSS, 2017). O imenso estupor com que a comunidade internacional recebe notícias de destruição do patrimônio histórico e cultural da humanidade, pelo autodenominado Estado Islâmico, p. ex., revela o ideal compartilhado de necessidade de proteção ao patrimônio histórico e cultural pela população em geral.

5 CONCLUSÃO

Em razão dos critérios expostos anteriormente, é possível cancelar o direito ao patrimônio cultural como direito fundamental na ordem constitucional brasileira. O conteúdo e a importância do direito ao patrimônio cultural exsurge em pelos menos 15 (quinze) dispositivos da Constituição Federal. Como visto, o legislador constitucional erigiu um verdadeiro Estado Cultural na Constituição de 1988. Não à toa José Afonso da Silva fala em uma “ordenação constitucional da cultura”, que

O resultado a que chega é um exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada”.

¹¹ O raciocínio é por analogia. Não ignoramos que o art. 16º da CRP possui texto distinto da Constituição brasileira. Ainda assim, a transposição de critérios é admissível.



pode e deve ser valorizada como vetor importante na realização das promessas constitucionais em nosso país.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direitos Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; Martins, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FACHIN, Zulmar; FRANCALOSSO, William. **O meio ambiente cultural equilibrado enquanto direito fundamental**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a34bacf839b92377>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Os direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa**. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/27476835-Os-direitos-fundamentais-na-ordem-constitucional-portuguesa.html>>. Acesso em: 02 mar. 2017.



MOLINARO, Carlos Alberto; Dantas, Fernando Antônio de Carvalho. In: Canotilho, J. J. Gomes...[et. al.] **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SGARBI, Adrian. **Teoria do direito: primeiras lições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.



O PATRIMÔNIO COMUM DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A CONTRIBUIÇÃO DA AMÉRICA LATINA¹

THE COMMON PATRIMONY OF DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM AND THE CONTRIBUTION OF LATIN AMERICA

Milena Petters Melo²

Antonio Carlos Marchiori³

Resumo:

Situando-se no âmbito da Teoria da Constituição e com base em reflexões comparatísticas sobre os textos constitucionais em vigor na Itália, Alemanha, Equador e Bolívia, este artigo objetiva oferecer subsídios teóricos para a reflexão crítica sobre o “patrimônio comum” do constitucionalismo democrático e a contribuição da América Latina, especialmente no que toca o chamado “novo constitucionalismo latino-americano”. O texto comporta resultados de estudos e pesquisas realizadas no Grupo de Estudos da Academia Brasileira de Direito Constitucional na Universidade Regional de Blumenau – FURB, que seguiram a metodologia e a dinâmica de trabalho proposta pela Academia Brasileira de Direito Constitucional para os Grupos de Estudo, e privilegiaram a abordagem dialógica na aplicação do método comparatístico, a partir de eixos temáticos específicos. Neste artigo são focalizados os seguintes eixos temáticos: 1. Preâmbulos constitucionais, textos e contextos; 2. Dignidade humana e direitos sociais; 3. Meio ambiente e sustentabilidade socioambiental.

Palavras-chave: comparação constitucional; constitucionalismo latino-americano; preâmbulo constitucional; dignidade humana; sustentabilidade socioambiental.

¹ Artigo submetido em 14/11/2017, aprovação comunicada em 12/12/2017.

² Professora de Direito Constitucional, Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professora Associada à Academia Brasileira de Direito Constitucional. Coordenadora e Professora de Direito Constitucional, Universidade Regional de Blumenau – FURB. Coordenadora do Grupo de Estudos da ABDConst na FURB. Coordenadora local do Doutorado Interinstitucional em Direito – DINTER FURB/UNISINOS. Coordenadora do Núcleo de pesquisas e estudos em Constitucionalismo, Internacionalização e Cooperação – CONSTINTER, FURB. Professora e Coordenadora para a área lusófona do Centro Didático Euro-Americano sobre Políticas Constitucionais – UNISALENTO, Itália/FURB, Brasil. Doutorado em Direito, UNISALENTO, Itália, 2004. E-mail: <mpettersmelo@gmail.com>.

³ Professor de Direito Constitucional, Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professor do Grupo de Estudos da ABDConst na FURB. Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da FURB. Advogado. Doutorando no DINTER FURB UNISINOS. Pesquisador do Núcleo de estudos em Constitucionalismo, Internacionalização e cooperação – CONSTINTER e Professor colaborador do Grupo de estudos na ABDConst na FURB. E-mail: <amarchiori@furb.br>.



Abstract

Situandosi nell'ambito della Teoria della Costituzione e con base in riflessioni comparatistiche riguardanti le Costituzioni dell'Italia, Germania, Ecuador e Bolivia, questo articolo si pone l'obiettivo di fornire sussidi teorici per la riflessione critica sul "patrimonio comune" del costituzionalismo democratico e il "nuovo costituzionalismo latino-americano". L'articolo comprende i risultati delle ricerche svolte nel Gruppo di Studi dell'Academia Brasileira di Diritto Costituzionale nell'Università Regionale di Blumenau – FURB. Queste ricerche hanno seguito la metodologia e la dinamica di lavoro proposta dall'Academia Brasileira di Diritto Costituzionale per i Gruppi di Studi e sono state realizzate con un approccio dialogico nella applicazione del metodo comparatistico, a partire di filoni tematici specifici. Pertanto, in questo articolo sono messi a fuoco i seguenti filoni tematici: 1. Preamboli costituzionali, testi e contesti; 2. Dignità umana e diritti sociali; 3. Ambiente e sostenibilità socio-ambientale.

Parole-chiave: comparazione costituzionale; costituzionalismo latino-americano; preambolo costituzionale; dignità umana; sostenibilità socio-ambientale.

Sumário: 1. Introdução. 2. Preâmbulos constitucionais: textos e contextos. 3. Dignidade humana e direitos sociais. 4. Meio ambiente e sustentabilidade socioambiental. 5. Observações finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com o término da segunda guerra mundial, a reestruturação dos estados democráticos ao final do conflito e a criação do sistema internacional de proteção dos direitos humanos assinala a afirmação, em nível planetário, mesmo se apenas no plano ideal, dos princípios do constitucionalismo como princípios não específicos desta ou daquela área geopolítica, mas como princípios tendencialmente universais. Como observa Valerio Onida, os princípios que até então apareciam historicamente apenas como princípios próprios da cultura política de alguns povos do ocidente, alguns destes inclusive diretamente comprometidos em políticas coloniais em outros continentes, transformaram-se e se expandiram para constituir, ao menos formalmente, um patrimônio comum da humanidade. É nesse sentido que se pode falar de um "patrimônio comum do constitucionalismo democrático" (ONIDA, 2008, p. 16-19).

Porém, é possível afirmar que este patrimônio comum é uma conquista plenamente compartilhada e irreversível? Os diferentes contextos constitucionais se desenvolveram todos numa mesma direção, naquela direção que alguns autores no Brasil, seguindo a trilha de Luís Roberto Barroso (2006, 2008) chamam de "neoconstitucionalismo" ou "novo direito constitucional"? (2013). O



constitucionalismo europeu continua o mesmo, passados todos esses anos? Os elementos que caracterizam o patrimônio comum do direito constitucional evoluem nos diferentes contextos com a mesma intensidade? Como os processos de globalização e de integração regional afetam este patrimônio comum? No Brasil continua-se importando da Europa, ou do centro euro-atlântico as respostas para as nossas “questões constitucionais”? Qual a contribuição das recentes Constituições e reformas constitucionais na América Latina para este “patrimônio comum”?

Esses são interrogativos fundamentais para a compreensão do atual estágio de evolução do constitucionalismo contemporâneo e para o debate sobre a tutela dos direitos fundamentais e dos direitos humanos no contexto dos processos de globalização. Para dar respostas a esses questionamentos é necessária uma imersão no direito constitucional dos diferentes Estados democráticos, e, a partir do conhecimento dos respectivos textos e contextos constitucionais, traçar linhas de afinidade e distinção através da comparação constitucional. Trata-se de uma missão hercúlea, a qual se pode dedicar a obra de uma vida. Na atividade do Grupo de estudos da Academia Brasileira de Direito Constitucional na Universidade Regional de Blumenau – FURB, o objetivo, muito mais restrito, foi⁴ buscar respostas a esses questionamentos a partir do estudo dos textos constitucionais e das reflexões teóricas propostas por constitucionalistas europeus e latino-americanos, com particular atenção às experiências emblemáticas da Alemanha e Itália, que caracterizaram o “novo direito constitucional” na Europa do pós-guerra, bem como nas recentes Constituições da Bolívia e do Equador, que, segundo alguns autores, dão base para se falar de um “novo constitucionalismo latino-americano”.

As razões que determinaram a escolha do tema e a organização do Grupo de estudos seguiu no sentido de suprir uma lacuna na formação recebida pelos estudantes durante o Curso de Graduação em Direito na FURB. Trata-se da inexistência de uma disciplina destinada ao estudo do Direito Constitucional Comparado e às reformulações da teoria constitucional impulsionadas pelos processos de globalização e integração regional⁵. Na era da intensificação das relações internacionais e transnacionais, o estudo do direito comparado se revela

⁴ Ou melhor, está sendo, visto que o projeto foi renovado e continuará a ser desenvolvido com novos pesquisadores.

⁵ Parte desta lacuna foi colmada com a inserção da disciplina Teoria da Constituição no programa curricular da nova proposta pedagógica do Curso de Graduação em Direito da FURB, implementada a partir de 2014.



sempre mais relevante e indispensável. A escolha de focalizar as inovações introduzidas pelas recentes Constituições latino-americanas se justifica pelo interesse em aprofundar o conhecimento recíproco com os países vizinhos e afastar a tendência colonizada, e “colonizante”, de direcionar os estudos com olhos excessivamente otimistas para o constitucionalismo europeu e estadunidense, ou euro-atlântico, desprezando a contribuição de realidades mais próximas, tanto do ponto de vista geográfico quanto na perspectiva da complexidade social e dos desafios impostos para a democracia e a cidadania como inclusão social e participação política, bem como para proteção da biodiversidade e da sociodiversidade.

O texto que segue sintetiza parte dos resultados alcançados nos estudos e pesquisas realizados no Grupo de Estudos ABDConst–FURB, entre 2012 e 2016⁶. Situando-se no âmbito da Teoria da Constituição e em reflexões comparatísticas com base nos textos constitucionais estudados, este artigo objetiva oferecer subsídios teóricos para a reflexão crítica, e criativa, sobre o “patrimônio comum” do constitucionalismo democrático e a contribuição da América Latina.

Os estudos e pesquisas realizados seguiram a metodologia e a dinâmica de trabalho proposta pela ABDConst para os Grupos de Estudo⁷ e privilegiaram a abordagem dialógica na aplicação do método comparatístico, a partir de eixos temáticos específicos.

Foram esclarecidas, na parte preliminar, algumas categorias operacionais, essenciais para a compreensão dos temas em análise, tais como as diferentes concepções do(s) constitucionalismo(s) nas suas evoluções desde as revoluções liberais, o constitucionalismo social e democrático do pós-guerra na Europa, o que vem sendo chamado de “novo constitucionalismo latino-americano”⁸ e “patrimônio comum do constitucionalismo democrático”⁹, bem como a contextualização, em linhas gerais, e a definição dos âmbitos de análise e das perspectivas metodológicas

⁶ Estudos e pesquisas realizados sob orientação da Professora Milena Petters Melo e com monitoria de Marcus Vinícius de Carvalho Ribeiro (2012-2013) e de Thiago Rafael Burckhart (2013-2016). A partir de 2017 os novos monitores são Leonardo da Luz e Leura Della Riva.

⁷ Cf. Regulamento Geral dos Grupos de Estudos da ABDConst.

⁸ Sobre este tema, v. a obra coletânea: WOLKMER; MELO, 2013. Também sobre esse tema, consultar ARMENGOL, 2010; DALMAU, 2008c; DALMAU, 2008b, p. 67-71, DALMAU, 2011; PASTOR; DALMAU, 2010, p. 07-29.

⁹ A propósito v. MELO, 2013, p. 74-84.



no estudo do Direito Constitucional¹⁰. Especial atenção foi dada ao conceito de “neoconstitucionalismo”¹¹, um conceito intrinsecamente controverso, em função dos diferentes significados que comporta e dos usos polivalentes a que se expõe¹². Posteriormente, estudou-se a contextualização, de forma mais específica, da promulgação das Constituições da Itália, Alemanha, Equador e Bolívia, bem como do contexto hodierno de retração do Estado constitucional na Europa¹³ e de sua expansão na América Latina nas últimas décadas. Passou-se então, à comparação constitucional a partir de sete eixos temáticos específicos: 1. Preâmbulos constitucionais, textos e contextos; 2. Dignidade humana e direitos sociais; 3. Meio ambiente e sustentabilidade socioambiental; 4. Direitos das mulheres e perspectiva de gênero¹⁴; 5. Democracia, soberania e instrumentos de participação popular no controle e no exercício da atividade estatal¹⁵; 6. Soberania e segurança alimentar¹⁶;

¹⁰ Destacando a necessária distinção, na análise comparatística, das perspectivas metodológicas da teoria da constituição e dogmática constitucional. Seguindo as lições de CANOTILHO, 1998, p. 14.

¹¹ Algumas obras em que o conceito é utilizado sob diferentes perspectivas conceituais, metodológicas e disciplinares: AAVV. 2004. BARCELLOS, 2006. CARBONELL, 2007. MAZZARESE, 2002. MOREIRA, 2008. OMAGGIO, 2003. POZZOLO; DUARTE, 2006; *Idem*. 1998, p. 340 e ss. SARMENTO, 2009. SCHIER, 2005, p. 5, STRECK, 2006. VALE, 2007.

¹² Cf. MELO, 2012, pp. 342-354.; *Idem*. *As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: neoconstitucionalismo?* In A. C. WOLKMER; M. P. (coord.), op. cit., pp. 59-87.

¹³ Para uma crítica contundente sobre a retração do Estado constitucional na Europa, especialmente do Estado social ou *welfare state* “como era conhecido”, v. AMIRANTE, 2008. Ainda, duas obras do mesmo autor, sobre as reformulações constitucionais neste contexto: *Costituzionalismo e Costituzione nel nuovo contesto europeo*. Torino: Giappichelli, 2003; *Unioni Sovranazionali e riorganizzazione costituzionale dello Stato*. Torino: Giappichelli, 2001. Para uma retrospectiva crítica, focalizando o contexto italiano: RODOTÀ, 1997.

¹⁴ A comparação das Constituições da Itália, Alemanha, Brasil, Equador e Bolívia sob a perspectiva de gênero, com foco nos direitos das mulheres, foi objeto de análise nos estudos e pesquisas realizados no âmbito do Grupo de estudos ABDConst-FURB, mais especificamente nas pesquisas desenvolvidas pela pesquisadora Cristiane Muller, que resultaram na monografia: MULLER, 2014.

¹⁵ As pesquisas neste eixo temático foram realizadas mais especificamente em um primeiro momento pelo pesquisador Juan Diego Cararo. No ano de 2014 pelo pesquisador Gustavo Marques Krelling, que também focalizou o contexto brasileiro sob uma ótica garantista, destes estudos e pesquisas resultou o Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito: KRELLING, Gustavo Marques. *Garantias para a Proteção dos direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais: Justiça Social, Jurisdição Constitucional e Cidadania*. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito. Orientador: Prof. Dra. Milena Petters Melo. Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB, CCJ, 2014). Com ulteriores aprofundamentos, as pesquisas resultaram na Monografia de Pós-graduação: KRELLING, 2017. No ano de 2016 este âmbito temático passou a ser responsabilidade das pesquisadoras Luisa Manfroi e Elisa Florini Beckhauser.

¹⁶ As pesquisas neste eixo temático foram desenvolvidas mais especificamente por Marcus Vinícius de Carvalho em 2014. Nos anos seguintes os pesquisadores Thiago Rafael Burckhart e Adriane Mannerich também se ocuparam do tema, resultando no Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito intitulado “O direito fundamental à alimentação e soberania alimentar nas Constituições latino-americanas do século XXI”, de autoria Adriane Mannerich, orientação Milena



7. Democracia pluralista e o Estado plurinacional¹⁷. Algumas observações sobre as pesquisas realizadas e os resultados alcançados nos três primeiros eixos temáticos¹⁸ serão elencados nos tópicos a seguir.

2 PREÂMBULOS CONSTITUCIONAIS: TEXTOS E CONTEXTOS

As pesquisas desenvolvidas objetivaram analisar teoricamente o preâmbulo constitucional e, posteriormente, estudá-lo nas Constituições da Itália, da Alemanha, do Equador e da Bolívia, a fim de demonstrar a importância e real função de um preâmbulo¹⁹.

A despeito de ser um assunto não muito estudado no Brasil, em razão do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de o Preâmbulo constitucional carecer de normatividade, é válido lembrar que não há palavras inócuas na Constituição: toda a expressão do poder constituinte originário tem seu valor, bem como sua função.

Nessa perspectiva, considerando o Direito Constitucional como uma ciência de textos e contextos, empreendeu-se uma análise da gênese das Constituições indicadas e de seus Preâmbulos. Nessa ótica, sob o enfoque do método dialógico e da comparação constitucional, foram analisadas as similitudes e distinções acerca dos textos do preâmbulo das quatro Constituições mencionadas, atentando-se ao contexto em que elas foram promulgadas, a fim de destacar a importância dada ao preâmbulo pelo modelo constitucional europeu do segundo pós-guerra, representado pelas Constituições da Itália e da Alemanha, bem como pelo modelo

Petters Melo, apresentado em julho de 2017 na FURB. As pesquisas também resultaram na publicação do artigo: MELO; BURCKHART, 2017.

¹⁷ Este é um dos eixos temáticos principais que caracterizam o chamado “novo constitucionalismo latino-americano, focalizado no Grupo de Estudos da ABDConst na FURB. O Monitor do Grupo de Estudos, Thiago Burckhart, focalizou as pesquisas neste eixo, que resultaram no seu Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito e no livro de mesmo título: BURCKHART, 2016.

¹⁸ Esta escolha se faz para respeitar as normas editoriais desta Revista e não extrapolar o espaço com um artigo excessivamente longo.

¹⁹ No que tange especificamente a esse eixo temático, as pesquisas foram realizadas em particular e com maior atenção pelo pesquisador Marco Aurélio Rubick da Silva (2014). Estes estudos foram aprofundados nas pesquisas de pós-graduação, que resultaram na monografia: *Preâmbulos constitucionais: um estudo dialógico sobre a disposição preambular das Constituições da Itália, Alemanha, Equador e Bolívia e dos respectivos contextos de promulgação dessas Constituições*.



do “novo constitucionalismo latino-americano”, representado pelas Constituições do Equador e da Bolívia.

No âmbito da teoria constitucional, o preâmbulo, de acordo com Peter Haberle, pode ser considerado uma “*ponte in el tiempo*” (HABERLE, 2003, p. 276), pois suas disposições são feitas do presente para o presente, mas invocando o passado e focalizando o futuro.

O preâmbulo de uma Constituição exerce diversas funções e nele podem ser encontrados vários elementos, dentre esses os mais comumente encontrados nas Constituições são: invocação divina, fundamento da legitimidade e objetivos do Estado.

O preâmbulo é um dos alicerces em que se sustenta o Estado, servindo como um cânone interpretativo, esclarecendo os aspectos ideológicos, filosóficos e políticos do legislador constituinte; é a indicação, outrossim, da origem da Constituição, ou seja, demonstra-se se foi outorgada ou promulgada e por quem o foi; e também orienta o Estado estabelecendo os valores e principais finalidades.

O preâmbulo da Constituição Italiana, de 1948, é demasiadamente sintético se comparado ao de outras Constituições objeto de estudo. Percebe-se que o contexto de promulgação da Constituição ensejou apenas a indicação da origem e legitimidade da Constituição, sendo que os valores e objetivos prevalentes do Estado foram incorporados, efetivamente, nos doze artigos concernentes aos princípios fundamentais, portanto, ao longo do estudo foi feita a análise dos dispositivos, de modo a afirmar que entre o preâmbulo e os princípios fundamentais há um relevante entrelaçamento.

No que se refere à Constituição da Alemanha, de 1949, também conhecida como Lei Fundamental de Bonn, com a aprovação para vigorar até a reunificação da Alemanha, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha permaneceu em vigor mesmo após a queda do muro de Berlim (símbolo da divisão alemã e da guerra fria), tendo sido ratificada em 1990 pela Alemanha Oriental, exigindo-se para isso algumas alterações, prevalentemente no preâmbulo.

No preâmbulo da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha são encontrados os principais elementos que constituem efetivamente um preâmbulo, mas os valores provenientes do seu distinto contexto devem ser ressaltados, pois foi



nesse país e na estratégia de expansão dos seus domínios que ocorreram os maiores desrespeitos aos direitos humanos da história recente.

No preâmbulo da Constituição alemã, a sua justificativa já ressalta os fundamentos ideológicos do legislador constituinte: o povo alemão, que foi parte nas duas grandes guerras mundiais, agora justifica a sua República pela vontade de servir à paz no mundo e reconhece a sua responsabilidade perante Deus e perante as pessoas. Destaca-se também que a Alemanha é um membro com igualdade de direitos de uma Europa unida: mesmo tendo perdido a guerra, e mesmo à vista das atrocidades praticadas durante a Segunda Guerra Mundial, não pode ela ser inferiorizada perante os outros Estados europeus.

A Constituição da República do Equador, de 2008, trouxe um preâmbulo bastante diferente dos que normalmente são encontrados nas Constituições de outros países. Trouxe um preâmbulo distintamente analítico e que deixa bastante claro os valores prevalentes do Estado, bem como a base fundamental para a reconstrução do Equador. Essa Constituição quebrou substancialmente paradigmas que se sustentavam há décadas no país. O contexto de promulgação da nova Constituição equatoriana reflete justamente a ruptura com o colonialismo, com a dominação interna e com a submissão externa; preocupa-se, doravante, com a efetivação de um Estado pautado em um regime (ou novo paradigma): o “*bem viver*”.

A Constituição Política do Estado Plurinacional Boliviano, de 2009, trouxe consigo um preâmbulo bastante distinto de todos os encontrados em outras Constituições. Não só por ser analítico (seguindo o modelo do restante da Constituição, que tem 411 artigos), mas é um preâmbulo “poético”, que destaca a origem da Bolívia e do povo boliviano, e esclarece, dentre outras características, o Estado que se está a constituir: um Estado que deixa para trás o antigo Estado colonial²⁰, republicano e neoliberal, e assume o desafio de construir coletivamente um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, que internaliza e articula os propósitos para desenvolver uma Bolívia democrática, produtiva, inspiradora da paz (tanto internamente quanto internacionalmente) e comprometida com o desenvolvimento integral e com a autodeterminação dos povos.

Do estudo do preâmbulo constitucional feito a partir de dois âmbitos de análise distintos, foi possível verificar semelhança, distinção e confluência de

²⁰ A propósito, v. CLAVERO, 2009.



algumas características e elementos constitutivos do preâmbulo. A partir de uma perspectiva teórica se analisou as principais características do preâmbulo, a sua verdadeira função, a possibilidade de algumas variações e os elementos que normalmente o compõe. Utilizando-se da perspectiva dogmático constitucional e estudando a estrutura preambular das Constituições da Itália, Alemanha, Equador e Bolívia, refletindo, inevitavelmente, em algumas concepções acerca da Constituição brasileira, tornou-se possível encontrar e analisar as suas várias características.

A partir deste estudo dialógico sobre o preâmbulo constitucional das Constituições caracterizadoras do modelo do “novo direito constitucional” que nasceu na Europa do pós-guerra e do modelo do “novo constitucionalismo latino-americano”, é válido afirmar que o preâmbulo realmente não é estudado como deveria. Ele é um importante elemento de toda Constituição, objetivando esclarecer os elementos filosóficos, políticos, econômicos e ideológicos nela refletidos e que se fazem presentes em todo o texto constitucional. O preâmbulo exerce, pela posição que ostenta, a função de cânone interpretativo das diversas normas constitucionais, fundamento de origem e legitimidade da Carta Constitucional e, um elemento de identidade da própria Constituição (e conseqüentemente do Estado), porquanto estabelece os valores principais que devem ser perquiridos pelo próprio Estado e que integram as suas finalidades precípuas.

3 DIGNIDADE HUMANA E DIREITOS SOCIAIS

Pode-se perceber diferenças entre os modelos constitucionais europeus, em especial o alemão e o italiano objetos deste estudo, os quais tiveram como marco histórico o Segundo Pós-Guerra, do que derivou a valorização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, bem como o fortalecimento das garantias democráticas, como pilares de sustentação dos respectivos sistemas constitucionais. Enquanto que o “novo constitucionalismo latino-americano”, tem seu marco histórico no início do século XXI, em um período que coloca novas grandes questões e desafios para a humanidade, como a necessária preservação do meio ambiente e a preocupação com as relações interculturais e os modelos de desenvolvimento, em um momento de reafirmação das identidades culturais e sociopolíticas dos povos latino-americanos.

Somente por esta pequena localização histórica de ambos os modelos estudados, já é possível imaginar as suas diferenças mais comuns. Assim, pode-se



dizer que o constitucionalismo europeu do segundo pós-guerra, tem como característica principal a afirmação constitucional da dignidade da pessoa humana na base axiológica da constituição, reconhecendo e protegendo o ser humano como o elemento central em todo o sistema político e social²¹. Neste paradigma foge-se do clássico legalismo, focalizando a força normativa da Constituição, a ampliação do elenco dos direitos fundamentais e o reforçamento de garantias para a sua proteção, especialmente através da expansão da jurisdição constitucional e do diálogo com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos²².

Em contraponto, no constitucionalismo latino-americano – que não se opõe ao modelo constitucional afirmado na Europa do pós-guerra, reconhecendo e contextualizando os seus postulados e buscando avançar – o princípio da dignidade da pessoa humana não é descartado do sistema jurídico, tampouco deixa de ser o ponto central, mas passa a ser visto de modo diferente. Isto porque, percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser efetivado de formas diversas para as pessoas, subjetividades e coletividades. De tal modo, o “novo constitucionalismo latino-americano” reconhece as diversas culturas de seus povos, comunidades e nações, reconhecendo a importância dos povos milenares que habitam o seu território, incluindo estes no Estado, reforçando ainda mais a inclusão social e a proteção do pluralismo, que o constitucionalismo europeu já carregava mas que especialmente no Equador e na Bolívia assumem novas proporções e peculiaridades. E, ainda, vai além, revela o que é chamado de virada biocêntrica²³, na qual não se tem mais apenas o ser humano como elemento central de todo o sistema social e político: o ser humano é compreendido como parte da natureza, da *Pachamama*, sendo esta reconhecida como sujeito de direitos.

Tais alterações são perceptíveis em relação aos direitos sociais, que também formaram um eixo temático para a análise comparada a partir das Constituições estudadas²⁴.

²¹ Sobre a dignidade humana na Lei Fundamental de Bonn e na constituição italiana de 1948, v. AMIRANTE, 1971.

²² Sobre a relação entre direitos humanos, direitos fundamentais e cidadania, v. MELO, 2010, pp-175-217. Para uma introdução ao estudo dos direitos humanos, v. um livro que também é resultado das pesquisas realizadas no Grupo de estudos da ABDConst na FURB: BURCKHART, 2016.

²³ A propósito e para aprofundamentos, v. MELO, 2013, p. 74-84.

²⁴ As pesquisas neste âmbito temático em um primeiro momento foram realizadas mais especificamente pelo pesquisador Bruno Krieger e a seguir pelo pesquisadora Maralice Cunha Verciano, que passou a focalizar a temática da educação nos textos constitucionais objeto de estudo.



Neste contexto, os direitos sociais são compreendidos como projeções jurídicas das conquistas da sociedade que tem como finalidade a busca pela igualdade material. Os direitos sociais fundamentais surgem a partir da percepção de que nem todas as promessas que miravam a emancipação humana através da racionalização do poder e garantia de direitos – que ganharam corpo com a constitucionalismo liberal – seriam efetivadas apenas com as liberdades individuais²⁵.

A constituição mexicana de 1917 e a constituição de Weimar de 1919 são destacadas como os primeiros exemplos do constitucionalismo social. Mas é sobretudo com o final de segunda guerra mundial que os direitos sociais fundamentais passam a figurar dentre os pilares de sustentação do constitucionalismo contemporâneo e dos modelos de estado democráticos no mundo ocidental a partir de então. Por isso é importante reiterar que as constituições alemã e italiana, representaram um grande marco para o constitucionalismo social e democrático. Eis que estas Constituições moldaram o modelo que ficou conhecido como Estado de bem-estar social (*welfare state*)²⁶ na segunda metade do século passado e que impulsionaram, efetivamente, a afirmação da força normativa da Constituição²⁷, com a criação dos Tribunais Constitucionais. Importante sublinhar, ainda, que a Constituição italiana é referência no reconhecimento dos direitos sociais fundamentais, em especial no que toca os direitos dos trabalhadores.

²⁵ Na doutrina encontra ressonância a concepção de que os direitos sociais são caracterizados pelo fato de exigirem uma prestação positiva do Estado, posição que, contudo, não pode ser considerada apropriada no âmbito da dogmática constitucional brasileira, uma vez que, por exemplo, compreende-se o direito de greve como um direito social e, para a efetivação deste, necessita-se apenas da abstenção do Estado. Por isso, a compreensão mais adequada segue no sentido de conceber os direitos sociais como os direitos que têm por fim a efetivação da igualdade material e da justiça social, como o direito à saúde, à educação, à moradia, entre outros, elencados no artigo 6º da Constituição Federal como direitos fundamentais, e em outras disposições constitucionais. Para aprofundamentos sobre os direitos sociais no âmbito da dogmática e metódica constitucional brasileira, v. PANSIERI, 2012.

²⁶ Um modelo de Estado social que não abre mão das conquistas democráticas e das liberdades civis, superando o falso dilema entre liberdade e igualdade. Nesse sentido, pode-se observar que o liberalismo político, cultural e filosófico que esteve na base das primeiras versões de estado constitucional continua caracterizando o constitucionalismo ainda hoje, mesmo nos delineamentos mais recentes na América Latina, onde a liberdade individual e o valor da dignidade humana continua gerando direitos fundamentais e não se negocia, porém deve dialogar e respeitar as demais coletividades e formas de vida, no paradigma do *bem-viver*. As pesquisas sobre as evoluções aquisitivas do Estado constitucional e suas relações com os direitos humanos e liberalismo foram realizadas mais especificamente pelo acadêmico Tiago Gribosky. A propósito v. GRIBOSKI, 2015.

²⁷ A propósito v. HESSE, 1991; e ENTERRÍA, 1985.



O primeiro artigo da *Costituzione dela Repubblica Italiana* deixa clara a sua opção social: “*L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro*”²⁸. No artigo 4 reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho e impõe o dever de promover as condições que rendam efetivo este direito. A Constituição italiana traz um substantivo elenco de direitos sociais, dentre os quais podem ser destacados no artigo 32 o direito à saúde, nos artigos 33 e 34 o direito à educação, nos artigos 35 a 40 os direitos dos trabalhadores, como carga horária diária, igualdade entre homens e mulheres, livre associação sindical, direito de greve, entre outros.

Na Constituição alemã, os direitos sociais também ganham destaque, como no artigo 7º e 91b o direito à educação, no artigo 91e a seguridade social para os desempregados. No entanto, na Constituição alemã, deu-se maior ênfase às liberdades individuais²⁹, em claro contraste com o modelo de Weimar. De tal modo, grande parte das evoluções do direito constitucional alemão, especialmente no que tange os direitos sociais, encontra-se na jurisprudência do tribunal constitucional alemão.

E sobre os direitos sociais no “novo constitucionalismo latino americano” é importante destacar que as conquistas sociais já garantidas na forma de direitos no constitucionalismo que se afirmou na segunda metade do século passado, não foram excluídas, mas sim incorporadas e coadunadas a novos direitos.

Nessa perspectiva, podem-se destacar alguns exemplos de direitos constitucionalmente garantidos no Equador. A Constituição equatoriana, em seu art. 17, regulamenta e busca democratizar a mídia no país, firmando o compromisso com o fim de oligopólios e monopólios destes instrumentos de informação e comunicação, e promovendo um maior acesso para os diferentes povos e comunidades que compõem aquele país. Essa mesma Constituição forma um grande leque de direitos para a educação, impondo que esta seja condizente ao respeito aos direitos humanos, a um meio ambiente sustentável e à democracia, além de defini-la como intercultural, democrática e inclusiva. Determina, ainda, que a educação tem como fim impulsionar a igualdade de gênero, a justiça, a

²⁸ “A Itália é uma República democrática fundada sobre o trabalho”. Especificamente sobre este tema, em uma análise comparatística com a Constituição da República Federativa do Brasil e seus fundamentos, seguem atualmente os estudos e pesquisas desenvolvidas pela acadêmica Francine Kucharski Lanau. Para uma análise comparatística sobre a proteção dos direitos fundamentais entre o Brasil e a Itália, v. OSTETTO, 2014.

²⁹ A propósito e para aprofundamentos, consultar: AMIRANTE, 1980.; HÄBERLE, 1993.



solidariedade e a paz, e, por fim, que pretende estimular o senso crítico, a arte e a cultura física, a iniciativa individual e comunitária e o desenvolvimento de competências e capacidades para criar e trabalhar (art. 27).

Um outro exemplo de inovação constitucional se encontra no reconhecimento, de que a natureza é sujeito de direitos (Constituição equatoriana, art. 72), o que vem a reafirmar a “virada biocêntrica” e aumentar a complexidade em matéria de direitos sociais, neste contexto mais evidentemente inseparáveis das questões atinentes à sustentabilidade socioambiental.

Em matéria de direitos sociais no quadro da sustentabilidade socioambiental e das relações interculturais³⁰ pode-se observar que a Constituição boliviana vai mais além. Em seu art. 35, inciso II, define que o sistema de saúde será único e incluirá a medicina tradicional dos povos camponeses e indígenas, reconhecendo, no direito à saúde, a existência de um Estado plural. Ainda, no que se refere ao direito à saúde, garante o fornecimento de medicamentos, incluindo a possibilidade de importação destes (art. 41, incisos I e II). Mais adiante, no art. 42, inciso I, a Constituição boliviana coloca como responsabilidade do Estado promover e assegurar o respeito, a utilização, a pesquisa e a prática da medicina tradicional, resgatando o conhecimento e as práticas do pensamento e dos valores de todas as nações e povos indígenas camponeses, reafirmando que o sistema de saúde boliviano compreende uma medicina pluralista.

Em seu art. 54, inciso III, a Constituição boliviana garante aos trabalhadores, a fim de manterem seus postos de trabalhos, assumirem a gestão das empresas em que trabalham e que se encontram em processo de falência, insolvência ou liquidação, fechadas ou abandonadas sem justificação, a fim de torná-las empresas comunitárias ou sociais.

A educação é reconhecida como bem supremo do Estado boliviano (art. 77, inciso I), e ainda é apontada como unitária, pública, universal, democrática, participativa, comunitária, descolonizadora e de qualidade (art. 78, inciso I), sendo, também, apontada como intracultural, intercultural e multilíngue (art. 78, II), reconhecendo, assim, a participação e o valor da contribuição dos povos e saberes ancestrais.

³⁰ Sobre a relação entre a sustentabilidade socioambiental, cidadania e proteção do patrimônio cultural, v. MELO, 2011.



Por fim, mas não por último, o reconhecimento do Estado Plurinacional da Comunidade, com a diversidade cultural como base essencial deste. No art. 98, inciso I, a interculturalidade é reconhecida como instrumento para a coesão e a convivência equilibrada e harmoniosa entre todos os povos e nações, a qual deve ocorrer com respeito às diferenças e à igualdade de condições. Encontra-se aqui mais uma importante contribuição da Constituição da Bolívia para o “patrimônio comum do constitucionalismo democrático”, a qual reconhece, expressamente, a importância dos povos ancestrais e a valorização da diversidade, dos diferentes modos de viver, produzir, consumir e compreender a vida em comunidade, tornando-os parte do Estado, e constituindo, desta forma, um Estado plural que respeita, promove, protege e valoriza as peculiaridades das diferentes nações, comunidades, coletividades e subjetividades.

4 MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE SOCIOAMBIENTAL

Na análise comparatística do “patrimônio comum do constitucionalismo democrático e a contribuição da América Latina” referente ao meio ambiente³¹, uma das premissas foi observar o momento histórico em que essas Constituições foram elaboradas e promulgadas. É certo que a noção de meio ambiente e a importância da sua proteção no âmbito da sustentabilidade socioambiental são questões que ganharam espaço no debate público mais recentemente, sendo observadas com maior frequência nas Constituições recém-promulgadas.

Mas, o que é meio ambiente? Este é um conceito muito amplo e ao mesmo tempo muito difícil de definir, especialmente nas relações jurídicas de seus desdobramentos. O meio ambiente não engloba apenas os elementos naturais, mas também os seus aspectos artificiais e culturais, incluindo a estética da paisagem natural e o ambiente construído pelo homem, cuja interação propicie o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas, inclusive a humana. Além do mais, o meio ambiente está relacionado com a saúde física, psíquica e com o bem-estar das pessoas e grupos.

³¹ As pesquisas neste âmbito temático foram realizadas mais especificamente pela pesquisadora Simoni Pamplona.



A Constituição italiana demonstra uma preocupação imprudente em relação ao meio ambiente, trazendo apenas um dispositivo no início do seu texto constitucional que faz referência à tutela da paisagem (art. 9º)³², e outro que dispõe sobre o uso solo (art. 44), entretanto, tal dispositivo mostra uma preocupação que se relaciona mais com a situação social e econômica do país do que com a proteção ambiental. Há no art. 117 disposições sobre a competência para legislar no âmbito da tutela do meio-ambiente, do ecossistema e dos bens culturais (art. 117, s).

A Lei Fundamental alemã foi emendada algumas vezes desde o seu nascimento e, num desses momentos, em 1994, foi incluído o artigo 20a no seu texto, que previu a proteção dos recursos naturais vitais e dos animais, e que esta proteção deve ocorrer através da legislação e de acordo com a lei e o direito, por meio dos poderes executivo e judiciário, principalmente na proteção dos interesses das futuras gerações (art. 20a). Esta Constituição também faz referência à competência legislativa do Estado e às matérias que devem ser regulamentadas, como por exemplo: a caça, a proteção da natureza e a preservação da paisagem e a distribuição do solo (art. 72).

Partindo-se para as recentes Constituições promulgadas na América Latina, em especial a Constituição do Equador e da Bolívia, observa-se uma ampla preocupação com a questão ambiental ao longo do texto constitucional, englobando transversalmente todos os aspectos e setores da sociedade. Através das lutas sociais, inclusão dos povos nativos e a vontade de fazer valer os seus ideais, deixando de lado as “marcas” da colonização, os povos da Bolívia e do Equador perceberam a real importância do meio ambiente, sendo ele considerado não apenas vital para a existência humana, mas respeitado na sua entidade de valor intrínseco. Hoje nestes países vigora constitucionalmente o paradigma do “*bem viver*”³³. Em efeito, as recentes Constituições latino-americanas buscaram criar uma forma das pessoas, comunidades, povos e nacionalidades gozarem efetivamente de seus direitos e exercerem responsabilidade no marco da interculturalidade, do respeito à suas diversidades e da convivência harmônica com a natureza.

A Constituição do Equador traz já no seu preâmbulo a importância dada ao meio ambiente natural, celebrando a *Pachamama* (mãe natureza) e afirmando que

³² Novos princípios e regras foram estabelecidos pela legislação em 2004 e 2006, respectivamente no que toca o “*Codice dei beni culturali e del paesaggio*” e “*Norme in materia ambientale*”.

³³ A propósito e para aprofundamentos, v. ACOSTA; MARTÍNEZ, 2009.



somos parte dela, e mais, que ela é vital para a nossa existência. Além disto, o preâmbulo estabelece a ligação da *Pachamama* e a nova forma de convivência cidadã, em harmonia com a natureza para que seja concretizado o alcance do *bem viver*³⁴. O texto constitucional afirma que o Estado garantirá um modelo sustentável de desenvolvimento (art. 275), respeitando sempre a biodiversidade e a capacidade de regeneração natural dos ecossistemas, garantindo a satisfação das necessidades das presentes e futuras gerações (art. 395, item 1). O povo equatoriano tem o direito à alimentação (art. 66, item 2), direito à água, considerada um direito fundamental (art. 12), o direito a viver num ambiente sadio (art. 14, art. 27). A soberania energética não afetará a soberania alimentar e o direito à água (art. 15). A própria economia do Estado objetiva um consumo social e ambientalmente responsável (art. 284, item 9).

A grande inovação da Constituição do Equador foi o reconhecimento da *Pachamama* como sujeito de direitos. Está expressamente previsto no texto constitucional que a natureza será sujeito dos direitos que reconhece a lei maior (art. 10) e, além disso, o artigo 71 afirma que “a natureza ou *Pachamama*, onde se reproduz e realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente sua existência e o mantimento e regeneração de seus ciclos vitais, estruturas, funções e processos evolutivos”. Esses dispositivos demonstram o verdadeiro respeito dado à natureza e o reconhecimento da sua essencialidade para a continuidade da vida. E por ser considerada um sujeito de direito, toda pessoa, comunidade, povo ou nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza (art. 71).

No que se referente à Constituição da Bolívia, também é possível retirar já no seu preâmbulo uma orientação voltada para o alcance do *viver bem*. Dispõe o texto preambular: “a Bolívia é um Estado baseado no respeito e igualdade entre todos, onde predomina a procura do viver bem”. O Estado boliviano assume e promove diversos princípios ético-morais da sociedade plural, dentre eles o viver bem, *suma qamaña* (art. 8º).

O texto constitucional também garante uma vida digna, declarando ao povo boliviano o direito à água³⁵, afirmando que o seu acesso é direito fundamental, bem como o acesso ao saneamento básico (art. 16, art. 20). O direito a viver num

³⁴ Para aprofundamentos, consultar GUDYNAS, 2009.

³⁵ Para aprofundamentos v. WOLKMER; MELO, 2012, p. 385-404.



ambiente sadio, com o aproveitamento adequado dos ecossistemas (art. 30, II, item 10), é compreendido no contexto da equidade intergeracional e estendido a todos os seres vivos: é preciso haver a proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, inclusive para outros seres vivos (art. 33, art. 108, item 15 e 16). A política de desenvolvimento econômico do país deve estar voltada para a proteção ambiental. O texto afirma ser dever da população e do Estado conservar, proteger e aproveitar de maneira sustentável os recursos naturais (art. 342).

Em matéria ambiental, as Constituições do Equador e da Bolívia se mostraram muito mais avançadas em relação aos textos constitucionais europeus. A inclusão de novos atores sociais, o clamor por uma sociedade descolonizada, o diálogo entre os diferentes setores sociais e partidos políticos, e, acima de tudo, a preocupação com os povos ancestrais e a diversidade cultural, fizeram uma grande diferença nos novos textos constitucionais latino-americanos, firmando cada vez mais os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana e da humanidade em todos e em cada um, considerado individualmente e coletivamente dentro das peculiaridades de cada subjetividade e coletividade.

Sendo assim, o estudo demonstrou que realmente o “novo constitucionalismo latino-americano” veio inovar e mostrar ao mundo novos aspectos e anseios das sociedades e comunidades em relação à proteção ambiental, à qualidade socioambiental e ao “viver bem”. É nesse sentido que se alude a passagem do “Estado de bem-estar” ao “Estado de bem viver”.

5 OBSERVAÇÕES FINAIS

Nas duas últimas décadas, o “patrimônio comum do constitucionalismo democrático” se encontra em uma fase de significativas reformulações.

Por um lado, na Europa, berço do constitucionalismo democrático do segundo pós-guerra, encontra-se em uma fase de retração que caracteriza um momento de profunda crise nos seus fundamentos basilares, em efeito fala-se da passagem “da forma *Estado* à forma *mercado*”, sob o impacto dos processos de globalização e integração regional.

Por outro lado, na América Latina, na trilha dos processos de redemocratização, este “patrimônio comum” encontrou interessantes



desenvolvimentos, especialmente no que tange as garantias para a tutela dos direitos fundamentais e as inovações introduzidas em tema de proteção e promoção da sociodiversidade e da biodiversidade, em particular nas recentes Constituições do Equador e da Bolívia. Especificamente no que toca os preâmbulos constitucionais, a dignidade humana e os direitos sociais, o meio-ambiente e a sustentabilidade socioambiental, as Constituições do Equador e da Bolívia comportam novidades e desafios para a teoria e práxis constitucional.

O desenvolvimento de pesquisas que se destinem a sistematizar, refletir e aprofundar estas reformulações do(s) constitucionalismo(s) contemporâneo(s) se revelam, assim, de importância fundamental para difundir o conhecimento, valorizar e proteger este “patrimônio comum” (ao menos em tese), que se relaciona com a defesa da vida nas suas multifacetadas dimensões: social, política, cultural, econômica, biológica, ecológica.

O objetivo dos estudos e pesquisas realizados no Grupo de Estudos da Academia de Direito Constitucional na Universidade Regional de Blumenau, contudo, foi bem delimitado e alcançado com sucesso: tratou-se de estudar, com pesquisadores do curso de graduação em Direito, parte do conjunto que constitui o patrimônio comum do constitucionalismo democrático contemporâneo, a partir da análise de textos constitucionais e das reflexões propostas por constitucionalistas europeus e latino-americanos, para aprofundar os conhecimentos sobre o direito constitucional comparado e a teoria da constituição.

Os estudos e pesquisas realizados entre 2012 e 2016 resultaram em apresentações de trabalhos científicos em congressos nacionais e internacionais, publicações de artigos científicos, monografias de graduação e pós-graduação. Neste percurso de quatro anos, grande parte dos pesquisadores do Grupo de estudos ABDConst/FURB passaram a ser pesquisadores de pós-graduação, outros se encaminham a sê-lo, elaborando e desenvolvendo projetos de pesquisa relacionados com os temas estudados.

Como resultado final dos estudos e pesquisas realizados, cada pesquisador, co-autor destas linhas, desenvolveu um artigo a partir dos eixos temáticos específicos, que serão publicados em uma coletânea com o título (provisório) deste artigo: “O patrimônio comum da América-latina e a contribuição da América latina: Grupo de estudos da Academia Brasileira de Direito Constitucional na Universidade Regional de Blumenau”.



6 REFERÊNCIAS

- ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (org.). **El Buen Vivir: una vía para el desarrollo**. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.
- AMIRANTE, Carlo. **Dalla forma Stato alla forma mercato**. Torino: Giappichelli, 2008.
- AMIRANTE, Carlo. **Cittadinanza (teoria generale)**. Enciclopedia Giuridica, Volume XII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 2004.
- AMIRANTE, Carlo. **Costituzionalismo e Costituzione nel nuovo contesto europeo**. Torino: Giappichelli, 2003.
- AMIRANTE, Carlo. **Unioni Sovranazionali e riorganizzazione costituzionale dello Stato**. Torino: Giappichelli, 2001.
- AMIRANTE, Carlo. **Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca**. Roma-Consenza: Lerici, 1980.
- AMIRANTE, Carlo. **La dignità dell'uomo nella Legge Fondamentale di Bonn e nella Costituzione italiana**. Milano: Giuffrè, 1971.
- ARMENGOL, Carlos Manuel Villabella. Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. IUS, **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**. n 25, p. 49-76, junho 2010.
- BALIBAR, Etienne. **Le frontiere della democrazia**. (trad. it. Andrea Catone). Roma: Manifestolibri, 1993.
- BARATTA, Alessandro. “**Lo Stato meticcio e la cittadinanza plurale**”, material didático do curso “La costruzione culturale dei Diritti Umani”, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; CALDINO, Flávio (org.) **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2013.



- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro: Emerj, v. 9, n. 33, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BURCKHART, Thiago Rafael. **O constitucionalismo na América Latina: a refundação do Estado e as epistemologias do Sul**. Curitiba: Prismas, 2016.
- BURCKHART, Thiago Rafael. **O que são os Direitos Humanos**. Curitiba: Prismas, 2016.
- BURCKHART, Thiago Rafael. O 'novo' constitucionalismo latino-americano e a positivação de direitos pluralistas: uma análise crítica acerca dos direitos indígenas nas recentes constituições. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 08, 2013.
- BURCKHART, Thiago Rafael. **O constitucionalismo na América Latina: a refundação do estado e as epistemologias do sul**. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito. Orientador: Milena Petters Melo. Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB, CCJ, 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.
- CARDUCCI, Michele (org.). **Por um direito constitucional altruísta**. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2003.
- CHIVI VARGAS, Idón M. Os caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia. In: VERDUM, Ricardo (Org.). **Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina**. Brasília: IES, 2009. p. 45-67.
- CHIVI VARGAS, Idón M.. **Constitucionalismo emancipatório y desarrollo normativo: desafíos de la Asamblea Legislativa Plurinacional**. Bolívia, 2009.
- CLAVERO, Bartolomé. **Bolivia entre constitucionalismo colonial y constitucionalismo emancipatorio**. Agencia Latinoamericana de Información América en movimiento. Maio 2009. Disponível em: <<http://alainet.org/active/303117lang=es>>. Acesso em: 15 jul. 2011.



DALMAU, Rubén Martínez. “Assembleas constituíntes e novo constitucionalismo en America Latina”. **Tempo Exterior**, n. 17, jul./dez. 2008.

DALMAU, Rubén Martínez. “El Proyecto de constitución de Ecuador como último ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. **Entre Voces: Revista del Grupo Democracia y Desarrollo**, Quito, n. 15, p. 67-71, ago./sep. 2008.

DALMAU, Rubén Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. In: **El nuevo constitucionalismo en América Latina: memorias del encuentro internacional el nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI**. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010. p. 9-44.

DALMAU, Rubén Martínez; PASTOR, Roberto Viciano.. **¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?** Disponível em: <www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2011.

ENTERRÍA, Eduardo García. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Trotta, 1985.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino, in BERRAONDO, Mikel (org.): **Pueblos Indígenas y derechos humanos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp. 537-567.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRIEDMAN, John. **Empowerment: the politics of alternative development**. Cambridge: Blackwell Publishers, 1993.

GALLINO, Luciano. **Globalizzazione e disuguaglianze**. Roma: Laterza & Figli, 2000.

GRIBOSKI, Tiago. **O nascimento do constitucionalismo moderno: liberalismo e direitos humanos**. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito. Orientador: Prof. Dra. Milena Petters Melo. Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB, CCJ, 2015.

GUDYNAS, Eduardo. **El Mandato Ecológico. Derechos de la Naturaleza y Políticas ambientales en la Nueva Constitución**. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.



HABERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HÄBERLE, Peter. I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo in LUCIANI, Massimo. (org.) **La democrazia alla fine del secolo**: diritti, eguaglianza, Nazione, Europa. Roma-Bari: Laterza, 1994, pp. 94-173.

HÄBERLE, Peter. **Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale**. (trad. it. Paolo Ridola) Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1993.

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

KRELLING, Gustavo Marques. **Garantias para a Proteção dos direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais**: Justiça Social, Jurisdição Constitucional e Cidadania. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito. Orientador: Prof. Dra. Milena Petters Melo. Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB, CCJ, 2014.

KRELLING, Gustavo Marques. **A garantia constitucional do debate público e o papel das instituições no desenvolvimento democrático**: o impacto do exercício da cidadania na política educacional brasileira. Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Academia Brasileira de Direito Constitucional, como requisito parcial à obtenção de título de Especialização em Direito Constitucional. Orientadora: Profa. Dra. Milena Petters Melo. Curitiba: ABDConst, 2017.

MANNERICH, Adriane. **O direito fundamental à alimentação e soberania alimentar nas Constituições latino-americanas do século XXI**. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito. Orientador: Prof. Dra. Milena Petters Melo. Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB, CCJ, 2017.1.

MAIA, Antonio Cavalcanti. “As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo”, posfácio a MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008, p. 207-239.

MARTINS, Fernando Barbalho. **Do direito à democracia**: neoconstitucionalismo, princípio democrático e a crise do sistema representativo. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

MAZZARESE, Tecla. **Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali**. Torino: Giappichelli, 2002.



MELO, Milena Petters. Cultural Heritage preservation and environmental sustainability: sustainable development, human rights and citizenship. In Klaus Mathis (ed.), **Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations**. New York: Springer, 2011.

MELO, Milena Petters. “O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do ‘novo’ constitucionalismo latino-americano.” **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol.18, nº 1 (Jan/Abril, 2013) Itajaí, Ed.: UNIVALI, pp. 74-84. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4485>>.

MELO, Milena Petters. “Neocostituzionalismo e “nuevo constitucionalismo” in América Latina”. In **Diritto Pubblico Comparato ed Europeo**. Torino: Giappichelli, 2012, pp. 342-354.

MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: neoconstitucionalismo? In WOLKMER, Antonio Carlos & MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-americano. Tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, pp. 59-87.

MELO, Milena Petters. Il Brasile e la sua “Constituição cidadã”: Cittadinanza, democratizzazione e tutela dei diritti fondamentali, in GAMBINO, Silvio; ROLLI, Renato; STANCATI, Paolo.. **Costituzione, economia, globalizzazione. Liber amicorum in onore di Carlo Amirante**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013 (1696p.), pp. 1445-1466.

MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, pluralismo e transição democrática na América latina. **Revista da Anistia Política e justiça de transição** / Ministério da Justiça. – N. 4 (jul/dez 2010). – Brasília: Ministério da Justiça 2011, pp. 140-154.

MELO, Milena Petters. **A era dos direitos e do desenvolvimento**, in CENCI, Daniel Rubens e BEDIN, Gilmar Antonio. **Direitos Humanos, Relações Internacionais & Meio Ambiente**. Curitiba: Multideia, 2013, pp. 75-91. Disponível em: www.multideiaeditora.com.br/flip/Dir.Hum._Rel.Int._MeioAmbiente/HTML/index.html.

MELO, Milena Petters. “Direitos humanos e cidadania” in LUNARDI, Giovanni e SECCO, Márcio (org.) **A fundamentação filosófica direitos humanos**. Florianópolis: Editora da UFSC, 2010, pp-175-217.

MELO, Milena Petters Melo e BURCKHART, Thiago Rafael. Direito indígena e inovações constitucionais na América Latina: uma leitura a partir da teoria crítica do direito. **Revista Jurídica Científica do Centro de Ciências Jurídicas da**



Universidade Regional de Blumenau – CCJ/FURB. Vol. 17, n°. 34. Blumenau, 2013, pp. 97-120. <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/4054>>.

MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago R. MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago Rafael. Aportes do ‘novo constitucionalismo latino-americano’: alimentação como direito fundamental no quadro da soberania alimentar. **Revista Internacional de Direito Ambiental.** Ano VI, n. 16 (jan/abril 2017). Caxias do Sul: Plenum, 2017.

MONTEJO, Alda Facio. **Entrevista concedida ao Programa Pino Suárez Dos.** Canal Judicial da Suprema Corte de Justiça do México. Cidade do México, 2013. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=v2XW-x27MbY>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

MULLER, Cristiane. **Direitos das Mulheres e Perspectiva de Gênero no Século XXI:** Um Estudo a partir do Direito Constitucional Comparado. Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito. Orientadora: Prof. Dra. Milena Petters Melo. Universidade Regional de Blumenau – FURB, CCJ, 2014.1.

NJAIM, Humberto. Las implicaciones de la democracia participativa: un tema constitucional de nuestro tiempo, *In:* ENTERRÍA, Eduardo García de (org.). **Constitución y constitucionalismo hoy.** Venezuela, Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, pp.719-742.

OMAGGIO, Vincenzo. **Teorie dell’interpretazione:** giuspositivismo, ermeneutica giuridica, neocostituzionalismo. Napoli: Editoriale Scientifica, 2003.

ONIDA, Valerio. **La Costituzione ieri e oggi.** Bologna, Il Mulino, 2008.

OSTETTO, Giancarlo Reiter. **A proteção constitucional dos direitos sociais fundamentais:** uma análise comparativa entre Brasil e Itália. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito. Orientador: Prof. Dra. Milena Petters Melo. Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB, CCJ, 2014.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma Constitucional”. **IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla.** n 25, p. 07-29, junho 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



- PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- POZZOLO, Suzanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006.
- POZZOLO, Suzanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In: **Doxa** n° 21-II, 1998, p. 340 e ss.
- RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. Roma-Bari: Laterza, 2003.
- RODOTÀ, Stefano. **Libertà e diritti in Italia**: dall'unità ai giorni nostri. Roma: Donzelli editore, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina**. Perspectivas desde una epistemología del sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad - Programa Democracia y Transformación Global, 2010.
- SARMENTO, Daniel. "O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades". In: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporanea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Rede - Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: IDPB, n. 4, p. 5, out.-dez. 2005.
- SCHULTZE, Felipe Gabriel. **O Federalismo no Sistema Constitucional Brasileiro: um modelo cooperativo?** Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito. Orientador: Milena Petters Melo. Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB, 2015.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVA, Marco Aurélio Rubick da. **Preâmbulos constitucionais**: um estudo dialógico sobre a disposição preambular das Constituições da Itália, Alemanha, Equador e Bolívia e dos respectivos contextos de promulgação dessas Constituições. Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Academia Brasileira de Direito Constitucional, como requisito parcial à obtenção de título de Especialização em Direito Constitucional. Orientadora: Profa. Dra. Milena Petters Melo. Curitiba: ABDConst, 2014.
- SILVA, Maria Salete da. **O direito na perspectiva feminista**: pensando o ensino e a prática jurídica a partir do desafio da transversalização de gênero no Direito (2008).



Disponível em: <http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD1_files/Salete_Maria_SILVA_1.pdf> Acesso em: 27 abr. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo, *In*: AAVV. Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social. **Revista do Instituto de Hermenêutica jurídica**, Porto Alegre, 2006.

TAPIA, Luis. Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional. **Revista OSAL**. Buenos Aires: CLACSO. Año VIII, Nº 22, septiembre. 2007.

VALE, André Rufino. Aspectos do Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 09 – jan./jun. 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (coordenadores). **Constitucionalismo Latino-americano: Tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

WOLKMER, Maria de Fátima S; MELO, Milena Petters. O direito fundamental à água: convergências no plano constitucional e internacional. *In*: BRAVO, Alvaro SANCHEZ. **Água y Derechos Humanos**. Sevilla (España): Arcibel Editores, 2012, v. 1, p. 385-404.

ZIEGLER, Jean (2009). **Aqueles que violam o direito a nutrição**. Disponível em <<http://www.cebi.org.br/noticias.php?secaold=5¬iciald=698>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

ZOLO, Danilo (org.). **La cittadinanza: appartenenza, identità, diritti**. Laterza & Figli, Roma-Bari 1994.



O DIREITO À EDUCAÇÃO DOMICILIAR E OS NOVOS DESAFIOS AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: RECURSO EXTRAORDINÁRIO 888.815/RS, LACUNA LEGISLATIVA E DIREITO COMPARADO¹

THE RIGHT TO HOMESCHOOLING AND THE NEW CHALLENGES TO THE
SUPREME FEDERAL COURT: EXTRAORDINARY REMEDY 888.815/RS,
LEGISLATIVE GAP AND COMPARATIVE LAW

*Estefânia Maria de Queiroz Barboza*²

*Karla Kariny Knihš*³

Resumo

O presente artigo pretende analisar a situação jurídica da educação domiciliar no Brasil (prática conhecida como *homeschooling*), tendo em vista que não há legislação específica sobre o tema, o que levou inúmeras famílias brasileiras ao Judiciário a fim de pleitear o direito de retirar os filhos da escola e educá-los em casa. O crescimento do número de famílias que opta por esse tipo de educação tem como causa principal – mas não única – o sucateamento do ensino, conforme será demonstrado por dados estatísticos (embora a queda reiterada de qualidade não seja novidade). Outras causas relatadas são o aumento da violência e questões religiosas e morais. Após o estudo da realidade atual da educação domiciliar brasileira sob o viés jurídico, o enfoque do trabalho se dará sobre o Recurso Extraordinário (RE) 888815, em que se reconheceu a repercussão geral. No aludido recurso, se discute se o ensino domiciliar pode ser proibido pelo Estado ou considerado meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação, nos termos do artigo 205 da Constituição Federal. Para tanto, além da questão constitucional, será discutida a possibilidade da utilização do direito comparado a fim de solucionar o embate, com breve estudo da realidade jurídica americana, país que possui mais de dois milhões de famílias *homeschoolers*.

Palavras-chave: Educação domiciliar. *Homeschooling*. Situação jurídica. Supremo Tribunal Federal. Direito comparado.

¹ Artigo submetido em 28/03/2017, pareceres de análise em 26/04/2017 e 26/05/2017, aprovação comunicada em 21/07/2017.

² Professora Adjunta do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná e do Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional - UNINTER. Menção Honrosa no Prêmio Capes de Tese de 2012. Doutora e Mestre em Direito pela PUCPR. Vice-Presidente da Associação Ítalo-brasileira de Professores de Direito Administrativo e de Direito Constitucional. *E-mail:* <estefaniaqueiroz@uol.com.br>.

³ Mestranda em Direito pelo Uninter – Centro Universitário Internacional. Professora no Centro Universitário Internacional – UNINTER. Professora de graduação e pós-graduação na Faculdade Educacional Araucária - FACEAR. *E-mail:* <akarla@gmail.com>.



Abstract

This article aims to analyze the legal situation of homeschooling in Brazil, given that there is no specific law about that, which led many Brazilian families to the Judiciary for the end of the right to remove children from school and teaching in home. The growth in the number of families choosing this type of education has as its main cause - but not a single one - the success of education, which is demonstrated by statistical data. Other reported causes are increased violence and religious and moral issues. After the study of the current reality of Brazilian education, the objective of the work is Extraordinary Appeal (RE) 888815, in which a general repercussion was recognized. In the mentioned appeal, it is discussed the teaching of the domicile can be prohibited by the State, or by means of a diploma of compliance, by a family, of an article of law or of an article of 205 of the Federal Constitution. To do so, in addition to the constitutional question, it will be discussed in order to share the problem of integrating, with the study of American legal reality, the country that has more than two million homeschoolers.

Keywords: Home education. Homeschool education. Legal situation. Federal Court of Justice.

Sumário: 1. Introdução. 2. Educação domiciliar: uma realidade brasileira. 3. Homeschooling e a possível utilização do direito comparado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 888.815/RS. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal garante o direito à educação em vários dispositivos, tais como nos artigos 205, 206, 208, 210, 214 e 229. A legislação infraconstitucional pátria, por sua vez, traz diversos diplomas que tratam acerca do dever do Estado e dos pais em prover a educação, destacando-se entre eles a Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB, o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, o Código Penal e o Código Civil. Os tribunais, ao interpretarem tais dispositivos, formaram jurisprudência no sentido de que a não matrícula escolar configuraria ilícito penal e civil, condenando os poucos pais brasileiros que ousaram retirar seus filhos da escola, educando-os em casa, ao pagamento de multas e a rematrícula dos filhos, sob a alegação de que estariam praticando o crime de abandono intelectual.

Até recentemente, raríssimas eram as famílias que preferiam educar seus filhos em casa, sem matriculá-los em escolas, e a questão pouco chegava ao Judiciário. Entretanto, tendo em vista principalmente a má-qualidade da educação brasileira, o aumento da violência, bem como, por razões morais, filosóficas, políticas e/ou religiosas, várias famílias passaram a engrossar a estatísticas do



aumento da prática da educação domiciliar, pleiteando o direito de educar seus filhos em casa, utilizando-se do *homeschooling*⁴. Daí nasce a polêmica em torno dos conceitos de educação e de escolarização – vez que os diplomas legais citados garantem o direito à educação, e não, especificamente, à escola.

O estudo se justifica tendo em vista que a questão da constitucionalidade da prática da educação domiciliar já chegou ao STF, sendo que há uma lacuna legislativa acerca do assunto. Muito embora vários projetos de lei e até mesmo proposta de Emenda Constitucional já tenham sido apresentados com o fim de regulamentar e permitir a educação domiciliar, ainda não há lei permitindo ou proibindo expressamente a prática. De tal forma que caberá ao Supremo a decisão sobre a constitucionalidade do ensino domiciliar, no Recurso Extraordinário 888.815/RS⁵.

O presente artigo tem como objetivo geral estudar de que forma o STF poderia se valer do Direito Comparado para a resolução da questão em exame no aludido Recurso Extraordinário, tendo em vista que mais de 60 países no mundo adotam a prática do *homeschooling*, bem como, 4 países a proíbem expressamente. Para tanto, se demonstrará brevemente o atual quadro da educação brasileira – tanto no que concerne ao ensino escolarizado quanto à educação domiciliar –, bem como, serão estudados os dispositivos legais pátrios que tratam da educação, a fim de se entender a situação jurídica do ensino domiciliar no Brasil.

Por fim, será discutida a possibilidade de que o Supremo se valha das experiências estrangeiras sobre a matéria, para além da Constituição, obviamente, a fim de pacificar a polêmica em torno do direito à educação domiciliar, bem como, a fim de trazer uma resposta efetiva à sociedade.

Para que se possa entender os possíveis motivos para o crescimento da prática da educação domiciliar, bem como, para contextualizar o leitor acerca do tratamento legal dado atualmente à questão, no capítulo 2, são apresentados dados

⁴ Para a presente pesquisa, “*homeschooling*” trata-se da prática de educar os filhos em âmbito domiciliar, sem matriculá-los em escolas públicas ou privadas. Dentre os motivos mais frequentes para a escolha da educação domiciliar são apontados o baixo nível de qualidade educacional oferecida, o alto índice de violência, questões religiosas e questões relativas a divergências ideológicas.

⁵ Vide STF. Recurso Extraordinário 888.815/RS. Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4774632&numeroProcesso=888815&classeProcesso=RE&numeroTema=822>>. Acesso em: 19 mar. 2017.



acerca da qualidade da educação oferecida nas escolas brasileiras, bem como, serão estudados os diplomas legais que tratam do direito à educação, inclusive, com a discussão de projeto de lei e proposta de emenda à Constituição que propõem permitir a prática da educação familiar.

No capítulo terceiro se tratará especificamente do Recurso Extraordinário 888.815/RS, bem como, serão feitas algumas reflexões acerca da possibilidade de o STF se utilizar do Direito Comparado na decisão do caso. Embora o artigo não possa esgotar o assunto, pretende-se traçar um panorama da educação domiciliar no Brasil e os possíveis caminhos que poderão ser tomados para a resolução do problema pelo Judiciário.

2 EDUCAÇÃO DOMICILIAR: UMA REALIDADE BRASILEIRA

Segundo dados do Ministério de Educação⁶, o orçamento para custeio da educação cresceu 205,7% em dez anos, ao passar de R\$ 33,3 bilhões em 2003 para R\$ 101,86 bilhões em 2013. Para o ano de 2017, esse valor chegará a R\$ 138,97 bilhões. Em 20 anos, o Brasil passou do investimento de 4% ao de 6% do PIB em educação. Houve, portanto, um sensível aumento dos recursos para essa área. Entretanto, a média dos alunos nas avaliações do MEC não acompanha o crescimento orçamentário: no ano de 2015, 91% das escolas públicas ficaram abaixo da média no ENEM⁷. Entre as escolas particulares, no mesmo ano, o percentual é de 17%. Tais dados revelam uma falência do sistema educacional brasileiro. Lamentavelmente, o ENEM, que vinha servindo não só como forma de ingresso em universidades, mas também como forma de avaliação da qualidade das escolas brasileiras, não mais publicará o 'ranking', como era praxe. A partir deste ano de 2017, as escolas que oferecerem o terceiro ano do ensino médio passarão a ter o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb). Este será o único indicador de qualidade disponível, já que o as notas do Enem não serão mais divulgadas por escola⁸.

⁶ BRASIL. MEC. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/component/content/article?id=39021>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

⁷ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2016/10/1819634-91-das-escolas-publicas-ficaram-abaixo-da-media-no-enem-2015.shtml>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

⁸ GLOBO. 'Ranking' do Enem por escolas deixará de existir; entenda a mudança. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/enem/2017/noticia/ranking-do-enem-por-escolas-deixara-de-ser-divulgado-diz-mec.ghtml>>. Acesso em: 19 mar. 2017.



O MEC é o principal responsável pelo sucateamento da educação no Brasil. Para se ter uma ideia do atual estado das coisas, dados de 2013⁹ dão conta de que 75% dos brasileiros entre 15 e 65 anos não conseguem ler e escrever de modo satisfatório. Uma pesquisa da Universidade Católica de Brasília aponta que mais de 50% dos universitários são analfabetos funcionais, ou seja, não conseguem sequer compreender o que leem¹⁰. Tais dados demonstram que a educação está comprometida desde o ensino fundamental até o ensino superior. Por fim, o Inaf¹¹ (Indicador de Alfabetismo Funcional) aponta que somente 8% das pessoas em idade de trabalhar são consideradas plenamente capazes de entender e se expressar por meio de letras e números. De outro lado, dados do IBGE apontam que a Taxa de escolarização das pessoas de 6 a 14 anos de idade, por sexo, no Brasil entre 2007/2014 ultrapassa 98%¹². Como é possível que hajam tantos analfabetos funcionais, inclusive nas universidades, se a taxa de escolarização é tão elevada? Na área de educação, apenas 16%¹³ dos profissionais tem alto nível de alfabetização, e isso diz muito sobre a raiz do problema.

Quando se compara o desempenho dos estudantes brasileiros na esfera internacional, a gravidade é ainda maior. No ano de 2014, o Brasil ficou em 38º lugar no ranking mundial de educação, de 40 países avaliados em exame realizado pelo The Economist Intelligence Unit¹⁴, a frente apenas do México e da Indonésia. No PISA - Programa Internacional de Avaliação de Alunos, o Brasil ocupava a 40ª posição no ranking de educação, no ano 2000, passando para a posição 55ª no ano de 2012 (de 65 participantes) e em 60º em 2015 (de 73 participantes)¹⁵.

A queda do nível educacional brasileiro não é novidade e está em pauta há muito tempo, inclusive nos noticiários nacionais. Algumas famílias, diante do

⁹ INSTITUTO PAULO MONTENEGRO. Indicador de analfabetismo funcional. Disponível em: <<http://www.ipm.org.br/pt-br/programas/inaf/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

¹⁰ Reportagem disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/videos/v/pesquisador-conclui-que-mais-de-50-dos-universitarios-sao-analfabetos-funcionais/2262537/>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

¹¹ Vide informações disponíveis em: <<https://educacao.uol.com.br/noticias/2016/02/29/no-brasil- apenas-8-escapam-do-analfabetismo-funcional.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

¹² Vide gráfico em: <<http://brasilemsintese.ibge.gov.br/educacao/taxa-de-escolarizacao-das-pessoas-de-6-a-14-anos.html>>. Acesso em: 29 dez. 2016.

¹³ Informações disponíveis em: <<http://www.revistaeducacao.com.br/apenas-16-dos-profissionais-da-educacao-pode-ser-considerado-completamente-alfabetizado-diz-estudo/>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

¹⁴ Dados disponíveis em: The Economist Intelligence Unit Limited <<http://country.eiu.com/brazil>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

¹⁵ Dados disponíveis em: <<http://www.oecd.org/pisa/>>. Acesso em: 12 jan. 2017.



evidente colapso da educação, procuram formas de garantir aos filhos maior qualidade de ensino. Há aquelas que sacrificam grande parte da renda matriculando-os em escolas particulares, ou pagando tutores para a realização do reforço escolar. Outras, preferem desafiar o sistema educacional dito obrigatório, retirando-os da escola e passando a realizar a educação em âmbito domiciliar, ou *homeschooling*, como é conhecida a prática da educação em casa. Há até quem mande o filho para a escola por receio de reprimendas legais, em meio período, mas pratique o *homeschooling*.

A prática da educação domiciliar tem crescido nos últimos anos, principalmente, em razão da queda da qualidade do ensino público e do aumento da violência escolar, embora haja também famílias que se apoiam em motivos morais e religiosos para a prática do *homeschooling*. A Associação Nacional de Educação Domiciliar¹⁶ afirma que cerca de seis mil crianças brasileiras (em 3,2 mil famílias) são educadas em casa, sendo que o número pode ser ainda maior, tendo em vista que muitas famílias optam por não divulgar tal informação, por medo de serem denunciadas. Isso porque é comum que as famílias que não enviam seus filhos à escola recebam a visita do Conselho Tutelar, e, posteriormente, sejam denunciadas à justiça pelo Ministério Público, sob a alegação de que estão cometendo o crime de abandono intelectual dos filhos, nos termos do art. 246 do Código Penal¹⁷. Os pais podem responder não só criminalmente, mas também, na esfera cível, sendo multados.

Hoje, várias famílias estão respondendo perante a justiça em razão de adotarem a prática do *homeschooling*, tanto que a questão já chegou ao STF, como já dito. Entretanto, para imprimir a realidade brasileira ao presente estudo, trataremos brevemente de um dos casos pioneiros: o da família de Cleber e Bernadete Nunes¹⁸. No ano de 2010, o Juizado Especial Criminal da comarca de Timóteo (MG) condenou o casal ao pagamento de multa por abandono intelectual dos dois filhos adolescentes, retirados da escola no ano de 2005. Na esfera cível, a 1ª Vara Cível da Comarca de Timóteo condenou o casal a re-matricular os filhos em

¹⁶ Disponível em: <<http://www.educacao-domiciliar.com/category/artigos/questoes-legais/>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

¹⁷ Abandono intelectual

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

¹⁸ Vide <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6508/O_Caso_Nunes_Homeschooling_Liberdade_e_Illicito_Legal.>. Acesso em: 12 jan. 2017.



escola e a pagar multa de 12 salários mínimos. O Recurso do casal foi indeferido por unanimidade pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), sob a relatoria do Desembargador José Tarcizio de Almeida Melo¹⁹. (FERNANDEZ *et. all*, 2009)

Os pais, apesar de terem se aborrecido com os processos no início, resolveram simplesmente ignorar a justiça: não mais recorreram, não procederam a matrícula, jamais pagaram qualquer multa e, após todos esses anos, os filhos não pensam em cursar faculdade e já foram premiados em vários eventos científicos, demonstrando serem brilhantes inventores.

O caso em tela é emblemático, e não se presta apenas a demonstrar a inefetividade do Poder Judiciário, mas sim, serve para ilustrar o fato de que a situação jurídica da educação domiciliar é nebulosa: tanto é assim que todos os processos que versam sobre a matéria estão suspensos por decisão do Ministro Barroso, do Supremo Tribunal Federal²⁰. Não há legislação específica sobre o tema: a prática não é expressamente proibida, mas também não é expressamente permitida.

Há, inclusive, vários projetos de lei versando sobre a regulação da prática da educação domiciliar. Dentre eles, damos destaque ao Projeto de Lei 3179/2012²¹, que pretende acrescentar parágrafo ao art. 23 da Lei 9.394, de 1996, de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica. Assim, a LDB passaria a ter a seguinte redação:

§ 3º É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos

¹⁹ Ementa: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PODER FAMILIAR. DEVER. DESCUMPRIMENTO. EDUCAÇÃO. EVASÃO ESCOLAR. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. MULTA. O descumprimento do dever de ensinar os filhos, em rede regular, com a permissão á evasão da escola, caracteriza infração tipificada no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ensejando a aplicação da sanção pecuniária prevista naquele dispositivo contra os pais. Rejeita-se a preliminar e nega-se provimento à apelação. (Apelação Cível 1.0687.07.054286-9/001. 0542869-16.2007.8.13.0687 (1). Rel. Des. Almeida Melo. Comarca de Origem: Timóteo. Data de Julgamento: 04/12/2008. Data da publicação da súmula: 22/01/2009. Divulgação: REVISTA JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, v. 187/183. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10687070542869001>. Acesso em: 19 mar. 2017.

²⁰ Vide STF. Recurso Extraordinário 888.815/RS. Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4774632&numeroProcesso=888815&classeProcesso=RE&numeroTema=822>>. Acesso em 19 mar. 2017.

²¹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328>>. Acesso em: 12 jan.. 2017.



estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas normas locais.

Na exposição dos motivos do Projeto²², o autor, Deputado Lincoln Portela, afirma que embora a Constituição Federal estabeleça que a educação seja dever do Estado e da família (art. 205) e que determine também a obrigatoriedade da educação básica, dos 4 aos 17 anos de idade (art. 208, I), não haveria impedimento para que a mesma formação, se assegurada a sua qualidade e o devido acompanhamento pelo Poder Público certificador, fosse oferecida no ambiente domiciliar, caso seja essa a opção da família do estudante. O projeto de lei em comento chegou a ter votação marcada na Comissão de Educação da Câmara, para o dia 14/12/2016. Entretanto, foi retirado de pauta após uma manobra regimental.

Há, também, sobre a matéria, proposta de Emenda à Constituição de autoria de Wilson Picler²³. A PEC 444/09 pretende acrescentar um parágrafo ao artigo 208, nos seguintes termos: “§ 4º - O Poder Público regulamentará a educação domiciliar, assegurado o direito à aprendizagem das crianças e jovens na faixa etária da escolaridade obrigatória por meio de avaliações periódicas sob responsabilidade da autoridade educacional.”

Afirma Wilson Picler ser necessário que o Estado regulamente o direito à educação domiciliar, de tal forma que os pais ou responsáveis possam obter da autoridade competente a autorização para educar seus filhos em casa e que as crianças e jovens sejam regularmente avaliados pela rede oficial de ensino. A PEC encontra-se arquivada desde o ano de 2015.

Citamos aqui os mais relevantes projetos, mas vários outros encontram-se arquivados²⁴. Então, novamente, por falta de iniciativa do legislativo, o problema continua nas mãos do asoberbado Supremo Tribunal Federal. Assim, apesar de não haver legislação específica sobre o assunto, a questão acerca do direito de educar as crianças e adolescentes em casa está sendo discutida no Recurso

²² O texto e o andamento atual podem ser consultados em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

²³ BRASIL. Projeto de Emenda à Constituição nº 444 de 2009. A PEC e sua justificativa podem ser consultadas em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=723417&filename=Tramitacao-PEC+444/2009>. Acesso em: 17 jan. 2017.

²⁴ Por exemplo: Projetos de Lei 3518/2008 e 4122/2008. Os motivos apontados pelos autores dos projetos para a sua apresentação destacam a má qualidade do ensino básico, a violência nas escolas e as questões de ordem religiosa.



Extraordinário 888.815/RS²⁵ que teve origem em mandado de segurança impetrado pelos pais de uma menina de 11 anos, em face da secretaria de Educação do Município de Canela, no Rio Grande do Sul. O ato atacado diz respeito à negativa do pedido dos pais para que a criança fosse educada em casa, sendo determinada a matrícula da mesma na escola em que já estava estudando no ano anterior. No caso, o juízo da Comarca de Canela e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul indeferiram o mandado de segurança, alegando não haver previsão legal de ensino domiciliar. Anteriormente, a família Vilhena Coelho, de Anápolis/GO, foi a primeira a discutir judicialmente a questão, de forma que o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de decidir sobre a matéria em 2001²⁶. Nota-se, portanto, que a discussão é relativamente recente, mas que tem tomando proporções cada vez maiores.

Antes de adentrarmos no mérito do Recurso Extraordinário e do desafio lançado ao STF, é necessário o estudo da legislação pátria, a fim de situar o leitor acerca do atual tratamento jurídico dado ao ensino domiciliar bem como, conhecer dos artigos constitucionais que são evocados no Recurso Extraordinário estudado.

Primeiramente, devem ser analisados os artigos 205 e 208 da Constituição Federal. O artigo 205 dispõe que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

O artigo 208, por sua vez, traz que “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.” Tais dispositivos devem ser aliados à redação do art. 229 da CF, segundo o qual “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”.

Em um primeiro momento, pode parecer que a Constituição Federal torna obrigatória a matrícula das crianças em escola, a partir dos quatro até os dezessete

²⁵ Vide STF. Recurso Extraordinário 888.815/RS. Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4774632&numeroProcesso=888815&classeProcesso=RE&numeroTema=822>>. Acesso em 19 mar. 2017.

²⁶ STJ. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 7.407 - DF (2001/0022843-7). Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/42/docs/ms-ensino_fundamental-7407_stj.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2017.



anos de idade. Entretanto, é necessário atentar ao fato que a obrigatoriedade não diz respeito à escolarização obrigatória, mas sim à educação obrigatória, sendo o conceito de educação bastante diferente e mais amplo que o de escolarização (AGUIAR, 2011).

Para Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar (2011), “a educação, que começa com o nascimento do indivíduo, deve assumir uma feição formal quando ele tem de 4 a 17 anos”, o que não significa, obrigatoriamente, que a educação só possa ser possível mediante a matrícula escolar (ou com a escolarização obrigatória).

Nas palavras do autor:

Para alcançar essas finalidades, os pais podem, se tiverem as condições necessárias, educar os filhos em casa. Mais ainda: de qualquer forma, a educação deve ser realizada em casa. A própria CF reconhece isso ao dispor, no art. 229, que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”. Portanto, a educação domiciliar não apenas é permitida, mas também exigida dos pais.

O artigo 206 da Constituição Federal elenca os princípios que devem ser observados no que se refere ao ensino, sendo importante destacar, entre eles: “II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;” “III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;” “VII - garantia de padrão de qualidade.”

Para os defensores da prática da educação familiar, a obrigatoriedade de matrícula escolar, especialmente se considerando a prova da falta de qualidade da educação brasileira oferecida nas escolas, fere o inciso II do art. 206, tolhendo o direito de aprender e ensinar.

Por fim, o artigo 229 da Constituição Federal dispõe que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Esse dispositivo é suscitado como primordial para o entendimento de que a escolarização não deva ser obrigatória – mas sim a educação – tendo em vista que o próprio Estado brasileiro não cumpre com o seu papel, oferecendo educação de baixa qualidade e formando um exército de analfabetos funcionais diplomados.



Entretanto, a discussão permite argumentação além do âmbito constitucional. A legislação infraconstitucional também dá margem a interpretações divergentes. Primeiramente, se analisa a LDB – Lei de Diretrizes e Bases (Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996).

O artigo 4º da referida lei dispõe: “O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma”. Novamente, o texto legal trata do dever de educação obrigatória, não de escolarização obrigatória.

Ainda, o artigo 6º assim dispõe: “É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade.”. O texto trata do dever de matrícula pelos pais, ou responsáveis, mas não trata da obrigatoriedade de matrícula, nem proíbe a não matrícula, vez que o que se pretende é a educação básica, e não a escolarização básica.

O ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, traz a seguinte disposição: “Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”.

A primeira vista, a disposição do ECA parece não deixar dúvidas de que a escolarização – acima da educação – é obrigatória. Entretanto, a norma não deve ser interpretada isoladamente. Isso porque o próprio ECA afirma que na sua interpretação deverão ser levados em conta os fins sociais a que a lei se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (art. 6º). Ou seja: a doutrina da proteção integral protege o melhor interesse do menor e qualquer norma que venha de encontro a esse interesse deixa de ser obrigatória. De tal forma que a matrícula somente é obrigatória caso os pais ou responsáveis não possam ou não queiram prover a educação domiciliar (AGUIAR, 2011).

Por fim, temos a previsão do Código Penal, que no artigo 246 pune com detenção de 15 dias a um mês, ou multa, aquele que sem justa causa deixa de prover a instrução primária do filho em idade escolar.

Mais uma vez, parece que a lei é implacável quanto a obrigatoriedade da matrícula escolar. Entretanto, é interessante aliar esse dispositivo ao artigo 125 da



CF/37, vigente à época da redação do dispositivo penal: “A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.”. Veja-se que a interpretação dos dispositivos dá azo ao entendimento de que o Estado é um auxiliar dos pais na educação, havendo abandono intelectual apenas se os pais não proverem essa educação, e não apenas pela mera falta da matrícula escolar.

Por fim, o Código Civil traz o art. 1.634, com a seguinte redação: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação”.

Com base nesses dispositivos legais, não resta dúvida de que cabe ao Estado e à família, de forma conjunta, prover a educação das crianças e adolescentes. Entretanto, a obrigatoriedade da escolarização é discutível. (AGUIAR, (2011).

Indo mais além, a educação brasileira oferecida é de tão baixa qualidade e os índices de violência escolar²⁷ assustam tanto, que se pode afirmar existir um verdadeiro “estado de necessidade educacional”²⁸. O estado de necessidade pode ser caracterizado tanto no âmbito civil, quanto no âmbito penal. O art. 188 do Código Civil preceitua que não constituem atos ilícitos “I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.” De tal forma que os pais podem defender o melhor interesse do menor quando entenderem que a escolarização é prejudicial ao filho, bem como, oferecendo melhores condições de educação no âmbito do lar, estejam agindo em legítima defesa, evitando lesão à personalidade da criança.

Ainda, em âmbito penal, também é possível aplicar o conceito de “estado de necessidade educacional”. No Brasil, o estado de necessidade, previsto no artigo 23, inciso I, do Código Penal, é uma causa especial de exclusão de ilicitude. Segundo a redação do artigo, não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade. Como a educação domiciliar não é sinônimo de abandono intelectual, bem como se exercida em prol do melhor interesse da criança, tendo em vista os

²⁷ BBC. Pesquisa põe Brasil em topo de ranking de violência contra professores. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140822_salasocial_eleicoes_ocde_valorizacao_professores_brasil_daniela_rw>. Acesso em: 19 mar. 2017.

²⁸ Conforme Aguiar (2011): “Estado de necessidade educacional: situação em que os pais retiram os filhos da escola em razão da péssima qualidade das opções disponíveis”.



relatados problemas de baixa qualidade da educação, violência, etc., o estado de necessidade educacional é uma causa que retira o caráter antijurídico de um fato tipificado como crime. Segundo o artigo 24 do Código Penal, considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Ilustrativamente, cita-se o caso da mãe que, aos prantos, vendo o filho incapaz de ler e escrever aos doze anos de idade, obrigou a criança a faltar cinquenta e um por cento das aulas para forçar a reprovação, proporcionando-lhe a chance de rever o conteúdo²⁹. Ou o caso da mãe e estudante de pedagogia que implorou para que a escola reprovasse o filho de dez anos de idade, que não sabia ler e escrever³⁰.

Por fim, deve-se atentar, também, para a questão de a quem competiria a prioridade de educação: aos pais ou ao Estado. A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe, em seu artigo 26, § 3 que “os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos”. O direito de escolha do gênero de educação é, portanto, Direito Humano Absoluto previsto em tratado ratificado pelo Brasil em 1948, não podendo ser derogado pelos signatários nem em situações de grave emergência nacional ou de guerra.

Assim, não restam dúvidas que a escolha da educação dos filhos compete aos pais e que se esses, em prol do melhor interesse da criança, decidem que a melhor forma de provê-la é através da educação domiciliar, não haveria qualquer empecilho a sua adoção. E mais: proibir a prática implica em flagrante violação aos Direitos Humanos.

A verdade é que por questões práticas a grande maioria dos pais prefere matricular os filhos em escolas, e para isso o Estado deve cumprir seu papel de auxiliar da educação. Contudo, as famílias que optam pelo *homeschooling* vivem em um verdadeiro limbo, pois, embora não pretendam abandonar seus filhos intelectualmente, estão sob a ameaça de serem acionadas pelo Ministério Público, que infelizmente adota posicionamento de que a prática da educação domiciliar configura ilícito penal e civil.

²⁹ GLOBO. Série “Lições da Escola”. Reportagem disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=cSA239Vnrgq>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

³⁰ GLOBO. Mãe pede para escola reprovar aluno de 10 anos que não sabe ler. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2014/02/mae-implora-para-escola-reprovar-aluno-de-10-anos-que-nao-sabe-ler.html>>. Acesso em: 19 mar. 2017.



A partir disso, inúmeras famílias aguardam uma resposta. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário 888.815/RS, em que se discute a constitucionalidade do ensino domiciliar, e suspendeu a tramitação de todas as ações que tratem da matéria³¹.

No capítulo seguinte passaremos a analisar a questão da constitucionalidade da educação domiciliar no Brasil, bem como, de que forma pode o STF se valer do direito comparado para o estudo e a resolução do problema.

3 HOMESCHOOLING: EDUCAÇÃO DOMICILIAR NO BRASIL E A POSSÍVEL UTILIZAÇÃO DO DIREITO COMPARADO PELO STF NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 888.815/RS

Tramita no STF o Recurso Extraordinário 888815/RS³², em que se discute, conforme a descrição disponibilizada pelo Tribunal, à luz dos arts. 205, 206, 208, 210, 214 e 229, da Constituição Federal, a possibilidade de o ensino domiciliar (*homeschooling*) ser proibido pelo Estado ou viabilizado como meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação. A relatoria é do Ministro Roberto Barroso. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki. Manifestações pelos Ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki. (BRASIL, 2015)

No caso, discutem-se os limites da liberdade dos pais na escolha dos meios pelos quais irão prover a educação dos filhos, segundo suas convicções pedagógicas, morais, filosóficas, políticas e/ou religiosas³³.

³¹ Petição 65992/2016: Em razão da relevância dos argumentos apresentados e do reconhecimento da repercussão geral, determino a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional, nos termos do art. 1.035, § 5º do CPC/2015 e do art. 328 do RISTF. (STF. Recurso Extraordinário 888.815/RS. Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4774632&numeroProcesso=888815&classeProcesso=RE&numeroTema=822>>. Acesso em 19 mar. 2017).

³² Vide STF. Recurso Extraordinário 888.815/RS. Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4774632&numeroProcesso=888815&classeProcesso=RE&numeroTema=822>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

³³ Ran Hirschl (2009, p. 1.340 e ss.) apresenta o caso das irmãs Polgár, três jogadoras de xadrez de mundialmente famosas da Hungria. Elas são produto da educação domiciliar. Seu pai, um aficionado de xadrez educou as três meninas em casa, a fim de provar que as crianças poderiam



A manifestação do relator ressalta que a Constituição Federal de 1988 prevê a educação como direito fundamental, cuja efetivação é dever conjunto do Estado e da família. Segundo o Ministro Barroso (BRASIL, 2015), no art. 208 da CF/1988, são previstos tão-somente os meios pelos quais será efetivada a obrigação do Estado com a educação. Assim, conforme se depreende do Acórdão, a controvérsia envolve a definição dos contornos da relação entre Estado e família na educação das crianças e adolescentes, bem como os limites da autonomia privada contra imposições estatais.

A família que recorre ao STF, para pleitear o direito de educar sua filha em casa, alega violação aos arts. 205, 206, 208, 210, 214 e 229 da Constituição, argumentando que:

[...] restringir o significado da palavra educar simplesmente à instrução formal numa instituição convencional de ensino é não apenas ignorar as variadas formas de ensino agora acrescidas de mais recursos com a tecnologia como afrontar um considerável número de garantias constitucionais, cujo embasamento se dá, entre outros, pelos princípios da liberdade de ensino (art. 206, II, CF) e do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF), tendo-se presente a autonomia familiar assegurada pela Constituição³⁴.

A repercussão geral foi reconhecida tendo em vista que o interesse alcança várias famílias e, segundo o relator, tem relevância especialmente do ponto de vista social, jurídico e econômico.

Para o Ministro Barroso³⁵, do ponto de vista social, a questão tem relevância em razão da própria natureza do direito pleiteado, tanto que previsto no art. 6º, caput, c/c art. 205, da Constituição, como direito de todos e meio essencial ao exercício da cidadania e à qualificação para o trabalho.

Afirma, também, que a relevância jurídica está relacionada à interpretação e alcance das normas constitucionais que preveem a liberdade de ensino e o

realizar feitos excepcionais se treinados por um especialista desde a mais tenra idade. “Gênios são feitos, não nascidos” era seu lema. A irmã mais velha, Susan, se tornou a melhor jogadora feminina no mundo com a idade de quinze anos. Ela foi a primeira mulher a ganhar o título de Grandmaster em competição regular, e foi campeã mundial de xadrez feminino de 1996 a 1999. A irmã Sofia atordoou o mundo do xadrez com a idade de quatorze anos, com seu brilhante desempenho em um torneio em Roma, em 1989. A irmã mais nova, Judit Polgár, é a jogadora de xadrez feminino mais forte da história.

³⁴ STF. Recurso Extraordinário 888.815/RS. Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4774632&numeroProcesso=888815&classeProcesso=RE&numeroTema=822>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

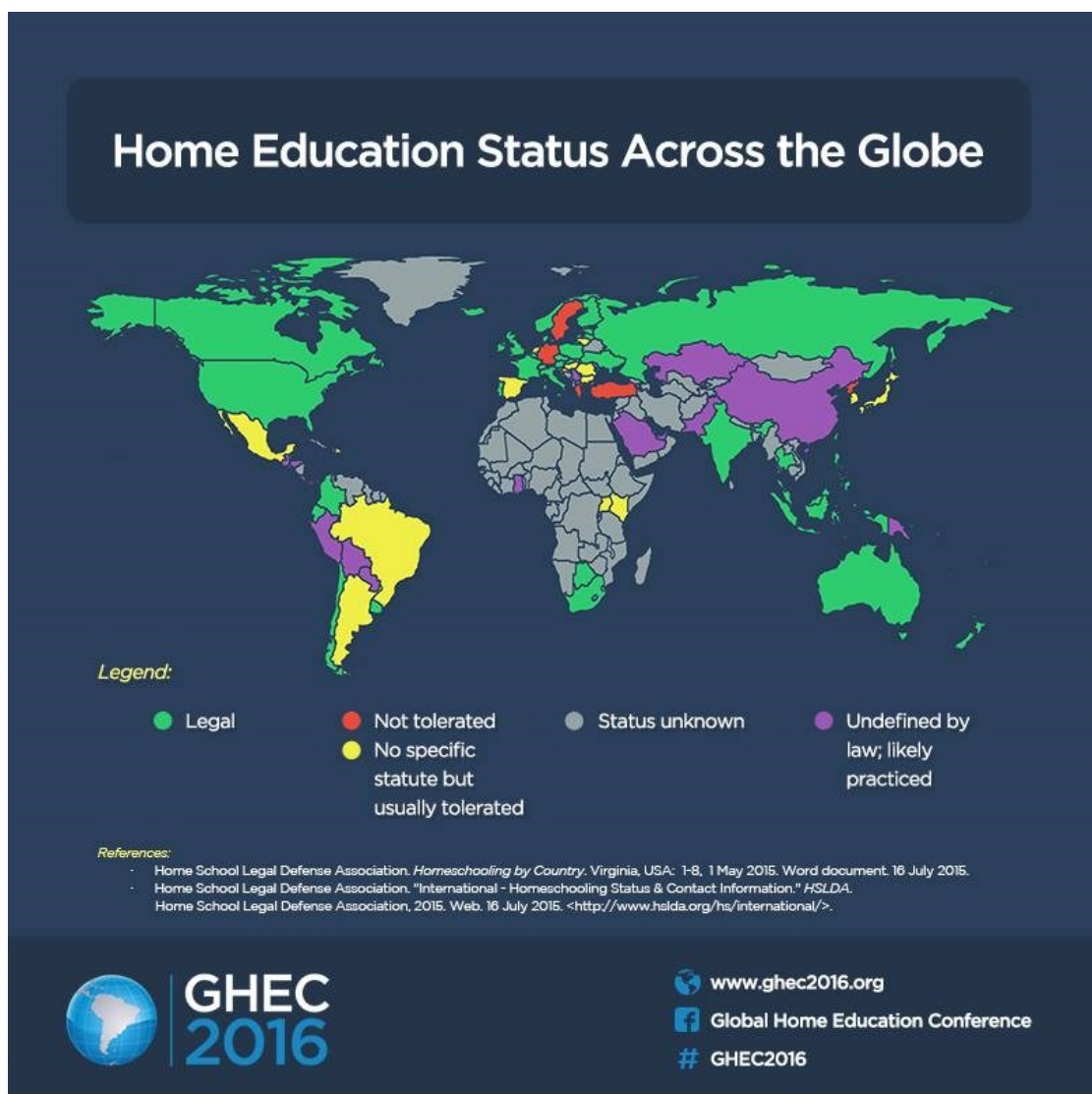
³⁵ STF. Recurso Extraordinário 888.815/RS. Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4774632&numeroProcesso=888815&classeProcesso=RE&numeroTema=822>>. Acesso em: 19 mar. 2017.



pluralismo de ideias e concepções pedagógicas (art. 206, I e II, da CF/1988), bem como à definição dos limites da relação entre Estado e família na promoção do direito fundamental à educação. Por fim, afirma que a relevância tem também viés econômico, tendo em conta que, segundo os estudos citados no acórdão, o reconhecimento do *homeschooling* poderia reduzir os gastos públicos com a educação.

Apesar de reconhecida a repercussão geral, o STF tem ainda um árduo trabalho pela frente e, a fim de solucionar se a questão poderá se utilizar, para além da interpretação constitucional, também do Direito Comparado, tendo em vista que o *homeschooling* já foi expressamente legalizado em diversos países, como se demonstra no mapa:

Figura 1: Educação domiciliar no mundo



Fonte: <<http://matter.mx/articulos/homeschooling-en-el-mundo/>>



Assim, conforme notado pelo próprio Ministro Relator do Recurso Extraordinário, a educação domiciliar é legalmente admitida em pelo menos 63 países no mundo. Esse é um dado da associação americana, HSLDA (do inglês *Home School Legal Defense Association*), que acompanha a educação em casa no mundo todo. (STF, 2015)

Segundo Martinez (2008, p. 395), graças ao processo denominado globalização, as práticas jurídicas também sofreram grandes transformações, sendo comum que os modelos legislativos de um país sejam transplantados para outros, bem como, as teorias jurídicas de países que adotam um tipo de pensamento sejam levadas a países que passam a receber tais ideias, transformando-as conforme as suas próprias necessidades e costumes. De tal forma que a utilização do direito comparado é uma realidade global, sendo imperiosa a adoção de metodologias adequadas.

Ou seja: há vasto material estrangeiro que poderá ser estudado pela Corte brasileira a fim de melhor decidir acerca da matéria. Entretanto, a utilização do direito comparado pelos Ministros do STF deverá se dar de forma científica e ordenada, sob pena de a solução adotada refletir a realidade do país comparado, e não a realidade brasileira. Deverá respeitar, também, os contornos constitucionais acerca da educação.

Sobre a questão do projeto ou do ‘design’ Constitucional e seu sucesso, Ran Hirschl (2009, p. 1.340 e ss.) afirma existir vasta literatura. Para o autor, uma boa Constituição traz resultados sociais e políticos desejáveis, conquistados por meio de um planejamento e implementação institucional adequados, bem como, frequentemente, é necessária a busca da melhor ou mais adequada regra constitucional, tendo em conta a cultura do país. No Brasil, cabe ao STF sugerir a “melhor prática” na situação do *homeschooling*, até que haja regulamentação do Parlamento, levando-se em conta a combinação ideal de regras e instituições dentro do regime democrático. Assim, a prática da educação domiciliar embora tenha respaldo constitucional, como já demonstrado, deve respeitar as peculiaridades da cultura brasileira, sem dar margem a legalização do abandono intelectual. Nesse ponto, é importante a observância de países em que o Estado, embora garanta a liberdade de educação, permita a avaliação e acompanhamento do menor.



No que diz respeito a configurações conflitantes, o projeto constitucional é visto como um meio de atenuar tensões profundas nas questões étnicas, linguísticas, religiosas ou culturais. Neste contexto, o objetivo de médio prazo do projeto constitucional é reduzir o nível de violência, aumentar a credibilidade e a confiança entre as partes interessadas, lançando as bases do nexos entre as instituições políticas, ditando procedimentos que permitam a unidade, a paz e a estabilidade. As disposições constitucionais e as instituições devem ser otimizadas de modo a induzir, apoiar ou permitir que as mudanças necessárias beneficiem a Democracia. (HIRSCHL, 2009, p. 1.340). A utilização do direito comparado é valiosa, nesse sentido, para a discussão da constitucionalidade da educação domiciliar, devendo o STF se pautar em tal recurso para a resolução do problema e, finalmente, criar melhores oportunidades para servir o bem público no caso.

Conforme observado por Gustavo Vitorino Cardoso (2010, p. 5) em pesquisa sobre o uso da comparação de direitos pelo Supremo Tribunal Federal, tanto a doutrina como a jurisprudência de outros países são constantemente invocadas nos votos proferidos pelos ministros da Corte Suprema brasileira. Para Cardoso (2010, p. 5):

[...] principalmente os votos exarados pelos ministros Gilmar Ferreira Mendes, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Eros Grau, que o fazem como forma de qualificação do debate e de aprofundamento das análises e argumentações desenvolvidas nos julgamentos, elidindo que o uso da comparação seja considerado mera citação decorativa. O resultado pode ser observado em decisões interessantemente fundamentadas e ricas culturalmente, alcançando, por conseguinte, a própria melhora da jurisprudência interna.

Entretanto, o STF às vezes peca pelo uso da citação decorativa em suas decisões, ou seja, quando se utiliza de um excerto de uma lei ou jurisprudência estrangeira de forma descontextualizada da situação cultural do país de origem, bem como, sem considerar a realidade do Brasil. Há críticas ao Tribunal quando, ao transcrever o direito estrangeiro para as decisões nacionais, não situa o leitor sobre o contexto em que aquela decisão foi exarada, de tal forma que a utilização do Direito Comparado pelo STF nem sempre é feita de forma a considerar as peculiaridades de cada sociedade. Nota-se que o STF não se vale de uma metodologia adequada na utilização do direito comparado, lançando mão, no mais



das vezes, da técnica apenas para ilustrar e argumentar, sem, contudo, aprofundar-se adequadamente na exegese ou na *ratio* utilizada em cada caso.

Martinez (2008, p. 396) afirma que os juízes estão cada vez mais se utilizando de casos de jurisdições externas para solucionar os problemas de sua competência, quando encontram uma similitude nos direitos, similitude nas razões de análise dos casos concretos, adotando soluções semelhantes, inclusive no que se refere a casos em que haja vazio jurídico, com a utilização de norma estrangeira, ou na resolução de casos difíceis.

Segundo Ran Hirschl (2006, p. 126), existem cinco tipos de metodologia a fim de se fazer de forma correta a utilização do Direito Comparado na resolução da questão, de tal forma que é imperiosa a utilização da metodologia de comparação adequada, conforme cada caso concreto. Assim, na escolha dos casos ou textos legais para comparação do direito, entende o autor ser necessária a autorreflexão através da distinção, analogia e contraste, sendo que a pesquisa comparativa deve ser destinada a gerar conceitos densos e ferramentas de pensamento através de descrições multifacetada, com uma descrição múltipla.

Samuels (2014, p. 45 e ss.), por sua vez, afirma que o comparatista deve reconhecer as diferenças entre fatos ou objetos comparados a fim de criar um eixo de comparação consistente. Após, deve estabelecer e delimitar os critérios de comparação, bem como, colocar os fatos ou objetos a serem comparados em uma relação não hierárquica.

Assim, caso o STF se utilize do Direito comparado para a resolução da questão da constitucionalidade do ensino domiciliar, seja com utilização de estudo acerca de lei estrangeira ou pelo estudo de jurisprudência, deverá se atentar primeiramente à questão metodológica, escolhendo de forma coerente os casos, países e legislação estrangeira, atentando-se, também, para as diferenças culturais existentes entre os países que adotam como legal a prática do *homeschooling*. Isso porque, conforme entende Häberle (2003, p. 124), o Direito Constitucional diz respeito não só à interpretação técnica, mas também à interpretação cultural.

Nas palavras de Hirschl (2005, p. 129):

O estudo comparativo tem mais a oferecer do que a auto-reflexão ou o avanço orientado normativamente de valores cosmopolitas através de comparação. A comparação é uma ferramenta fundamental da análise acadêmica. Ela aguça nosso poder de descrição e desempenha um papel central na formação de conceitos, clarificando semelhanças e diferenças potenciais entre os casos. Esse fim é precisamente o raciocínio de um



terceiro (e, possivelmente, mais sofisticado) tipo de investigação comparativa que se destina a gerar conceitos ricos e estruturas analíticas para pensar criticamente sobre normas e práticas constitucionais. Isto é feito principalmente através de uma busca por uma compreensão detalhada de como as pessoas que vivem em diferentes contextos culturais, sociais e políticos lidam com dilemas constitucionais que são assumidos como sendo comuns à maioria dos sistemas políticos modernos.

Na medida em que a questão em tela já foi enfrentada em outros países, é natural que o STF se utilize do direito comparado a fim de buscar as experiências consolidadas. Trata-se de caso difícil, sendo o estudo da constitucionalidade da prática da educação domiciliar imprescindível para o STF, bem como, do direito externo de outros países democráticos, até porque é mais comum o uso de decisões ou de Direito Constitucional comparado em matéria de Direitos Fundamentais, como o presente. Contudo, é necessária a contextualização social, econômica, cultural e política do problema da educação domiciliar no país comparado em relação ao Brasil.

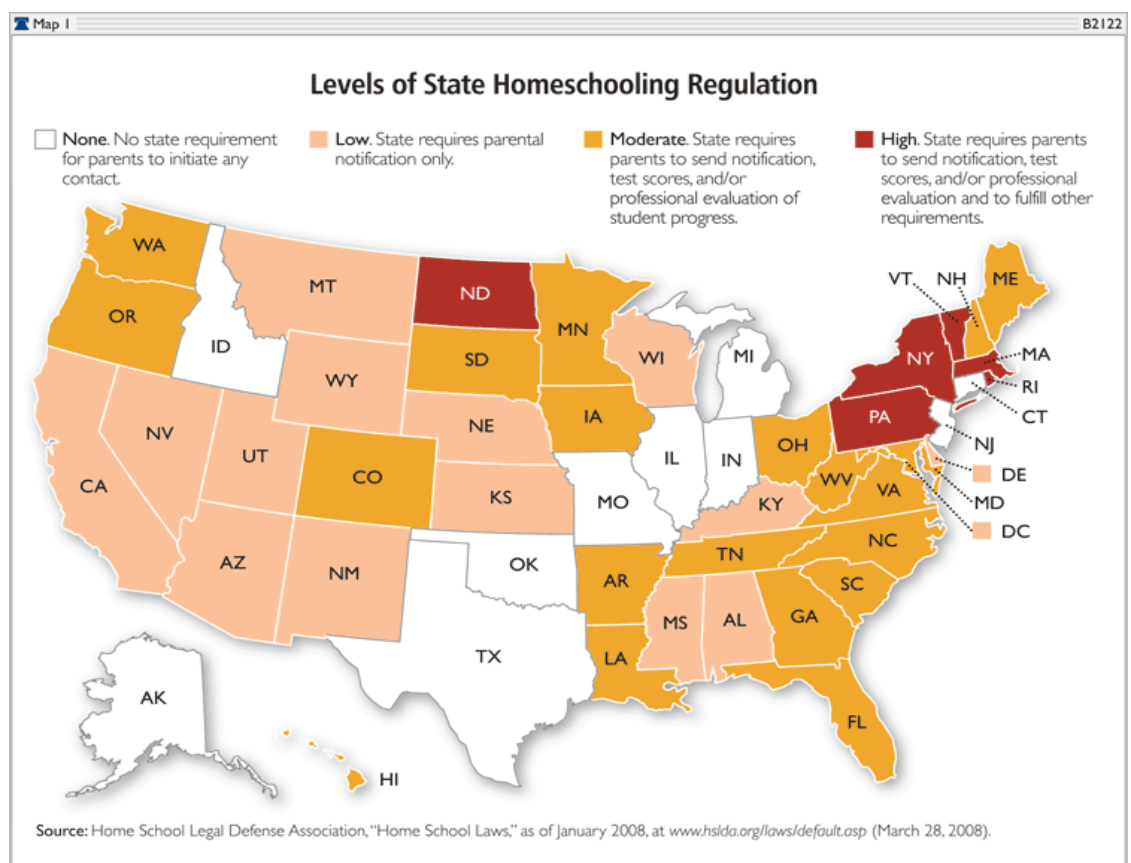
Veja-se que no acórdão em que se reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário 888.815/RS³⁶, o relator, Ministro Barroso, já se utilizou de dados estrangeiros, ao citar a associação americana, HSLDA (*Home School Legal Defense Association*) acerca do número americano de estudantes domiciliares: “nos Estados Unidos, para vocês terem uma ideia, o número de estudantes domiciliares cresceu 75% desde 1999. Os estudantes domiciliares já compõem 4% da população em idade escolar nos Estados Unidos, país que tem a maior população de estudantes domiciliares”.

É possível, portanto, como sinalizado no próprio acórdão, que o STF se utilize do Direito americano para a resolução do embate, tendo em vista que o país permite o *homeschooling* em todos os Estados, sendo a prática bastante comum. Conforme observam Cecilia Caballero Lois e Gabriel Lima Marques (2015, p. 33) os “tribunais, através de um processo de justificação discursiva, vêm se apropriando do material comparado assim como se faz com os conselhos de alguém mais experiente, para tomar decisões sobretudo em casos que envolvam questões de natureza complexa”. No caso da educação domiciliar, a utilização do Direito Comparado será ainda mais valiosa, levando-se em consideração que o Supremo não enfrentou a matéria anteriormente.

³⁶ STF. Recurso Extraordinário 888.815/RS. Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4774632&numeroProcesso=888815&classeProcesso=RE&numeroTema=822>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

Os EUA, embora apresentem diferenças culturais, sociais e políticas bastante expressivas em relação ao Brasil, têm no currículo a liberação da prática da educação domiciliar em todos os 50 Estados. A Suprema Corte dos Estados Unidos nunca se pronunciou especificamente sobre educação domiciliar, mas em *Wisconsin v. Yoder*, (1972)³⁷, apoiou os direitos dos pais Amish para manter seus filhos fora das escolas públicas por razões religiosas. A Corte decidiu, no entanto, que os pais têm um direito fundamental de “estabelecer um lar e criar filhos”, juntamente com o direito de “adorar a Deus de acordo com os ditames de sua própria consciência”. Essa combinação de direitos é a base para considerar o *homeschooling* um direito fundamental sob o conceito da Suprema Corte Americana. Quanto à legislação, os Estados podem ser mais moderados ou mais conservadores em relação à prática, conforme se percebe na representação gráfica:

Figura 2: Regulamentação do *Homeschooling* nos EUA



Fonte: <<http://www.heritage.org/research/reports/2008/04/homeschooling-a-growing-option-in-american-education>>.

³⁷ Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/205/case.html>> Vide também: <<https://web.archive.org/web/20060118165335/http://www.oyez.org/oyez/resource/case/449/>>. Acesso em: 22 jan. 2017.



A Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu que os pais têm o direito fundamental de dirigir a criação educacional de seus filhos já no ano de 1925:

A teoria fundamental da liberdade sobre a qual todos os governos desta União repousam, exclui qualquer poder geral do Estado para padronizar suas crianças, forçando-as a aceitar o ensinamento de apenas professores públicos. Uma criança não é a mera criatura do Estado; aqueles que a nutrem e dirigem o seu destino possuem o direito, juntamente com o elevado dever, de reconhecê-la e prepará-la para obrigações adicionais. (apud MOREIRA, 2016, p. 4)

Sobre a educação domiciliar e a intervenção do Estado, Ran Hirschl e Ayelet Shachar (2009, p. 2.553)³⁸ discorrem acerca de um caso ocorrido no Canadá (6 R. v. Jones, [1986] 2 S.C.R. 284 (Can.)) em que um pastor de uma Igreja fundamentalista de Alberta não teve permissão de educar seus três filhos no porão da Igreja. Nesse caso, a *Alberta Schools Act* exigia que os pais enviassem seus filhos para uma escola pública, ou escola particular credenciada, ou que o Governo deveria aprovar previamente o currículo que seria ministrado em *homeschool*. O pastor, de nome Jones, era acusado de absentismo escolar, pois estaria infringindo a “Lei das Escolas”. Em resposta, ele desafiou a própria autoridade de direito geral sobre o assunto, argumentando que a regra de exigir a aprovação do governo para educar seus filhos envolveria afronta a sua fé, já que “se estaria reconhecendo que o governo, em vez de Deus, tem a Autoridade sobre a educação de seus filhos” e, portanto, estaria cerceado o seu Direito à liberdade de religião na acepção da alínea a) do artigo 2 da Carta Constitucional Canadense.

Em resposta, o Tribunal rejeitou o argumento religioso contra a intervenção estatal na educação, considerando que existia um interesse maior do Estado na proteção da educação, devendo os pais serem credenciados para exercer o *homeschooling*, mediante aprovação de currículo prévio. O Tribunal de Justiça, portanto, rejeitou a afirmação de Jones de que não estaria obrigado à certificação do Estado, não proibindo, contudo, a prática, desde que feita dentro da lei.

Hoje, o Canadá é um dos países em que a prática da educação domiciliar é amplamente difundida, havendo diversos precedentes interessantes a serem estudados³⁹. O país tem algumas das leis *homeschooling* mais favoráveis do mundo.

³⁸ Tradução livre das autoras.

³⁹ Citamos aqui algumas dos casos mais relevantes:



Como a educação é da competência provincial, as leis variam de província para província. Cada província, exceto Ontario, exige que as famílias que estudam em casa informem o conselho escolar local de sua intenção de estudar em casa, a cada ano escolar. Algumas províncias exigem que planos de ensino sejam submetidos ao superintendente local de educação (Alberta, Saskatchewan, Manitoba e Prince Edward Island). Apenas uma província (Manitoba) exige a apresentação de dois relatórios anuais de progresso para cada criança escolarizada. Em cada província, as leis ou políticas indicam que, em circunstâncias em que há evidência de que uma família não estar fornecendo instrução satisfatória em casa, o Ministério da Educação tem o direito de proceder a uma investigação⁴⁰.

Diante do exposto, é possível que o Supremo Tribunal Federal se utilize, também, do Direito Comparado canadense, tendo em vista o sucesso da prática, amparada por um controle estatal mais ativo e eficaz.

Além dos países de democracia avançada citados, é importante frisar que a prática da educação domiciliar também é aceita em países mais pobres, tal como a Índia. É comum pensar que apenas países ricos ou até mesmo que apenas famílias ricas praticam o *homeschooling*, sendo tal pensamento incorreto. A Índia possui similaridades sociais e econômicas com o Brasil, bem como, conta com uma

Brunelle Decision by the Supreme Judicial Court: The plaintiffs sought a declaration that the school committee's policy to require home visits violates their rights under Massachusetts law, and injunctive relief enforcing the declaration. (Docket No.: SJC-07709 . Parties: MICHAEL BRUNELLE & others(1) vs. LYNN PUBLIC SCHOOLS.(2). County: Essex. Dates: November 5, 1998. - December 16, 1998. Disponível em: < <http://mhla.org/information/massdocuments/brunelle.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

Calabretta v Floyd: This case involves whether a social worker and a police officer were entitled to qualified immunity, for a coerced entry into a home to investigate suspected child abuse, interrogation of a child, and strip search of a child, conducted without a search warrant and without a special exigency. The Calabrettas are a Christian homeschool family in California. (No. 97-15385. Decided: August 26, 1999). Disponível em: < <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1149036.html>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

Care and Protection of Charles: MHLA presents the turning point legislation that is the homeschooling law for Massachusetts. Disponível em: <<http://mhla.org/information/massdocuments/charles.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

Care and Protection of Ivan: In the present case, it was always open to the parents to work out an accommodation of their interests along the lines suggested by school authorities and to resolve the matter by agreement. However, the judge found that the parents never filed educational plans that were minimally adequate within the guidelines set forth in Charles. (No. 98-P-2166. APPEALS COURT OF MASSACHUSETTS 48 Mass. App. Ct. 87; 1999 Mass. App. LEXIS 1117. May 14, 1999, Argued October 14, 1999, Decided). Disponível em: <<http://mhla.org/information/massdocuments/ivan.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

⁴⁰ Protecting Your Family: Homeschooling Law in Canada. Disponível em: <<http://naturalparentsnetwork.com/homeschooling-law-canada/>>. Acesso em: 19 mar. 2017.



numerosa população, da ordem de 1,21 bilhões de pessoas, contra 206 milhões de habitantes, no Brasil. O IDH da Índia é de 0,554, ocupando a 136ª posição no ranking mundial⁴¹, sendo que o Brasil possui IDH de 0,755⁴² (101ª posição). Nota-se que o contexto econômico e social é similar. A Associação Indiana de *Homeschoolers* atua ativamente no país para apoiar, representar, proteger e capacitar *homeschoolers* (pais, tutores e estudantes), defender os direitos das crianças aprenderem num ambiente saudável e sem restrições, possibilitado por métodos tradicionais ou não tradicionais de aprendizagem, defender o direito de todas as crianças *homeschoolers* a fazer os exames apropriados para admissões em faculdades na Índia ou no exterior, assegurar que as crianças *homeschoolers* não sejam discriminadas de nenhuma maneira, bem como, faz o trabalho de aconselhamento dos pais que desejam conhecer ou optar por tal abordagem para a educação de seus filhos⁴³. Recentemente, no ano de 2012, houve uma discussão sobre a legalidade da prática da educação domiciliar, em resposta a petição de No 8870 de 2011. O deputado SH DP Majhi (Subsecretário do Departamento de Educação e Alfabetização no Ministério do Desenvolvimento dos Recursos Humanos do Governo da Índia), afirmou claramente que não há nada de ilegal sobre *homeschooling*, de tal forma que o governo reconheceu não haver qualquer irregularidade na prática, sendo a petição arquivada pela Delhi High Court⁴⁴.

No âmbito da América do Sul, apenas um país possui legislação permitindo expressamente a prática da educação domiciliar: o Equador⁴⁵. Por outro lado, referida prática tem sido bem tolerada, embora não regulamentada por nenhuma lei específica, na Colômbia⁴⁶, país que mais similitude apresenta em relação ao Brasil, especialmente nas questões econômicas e culturais. O IDH na Colômbia em

⁴¹ Dados disponíveis em: <<http://www.deepask.com/goes?page=india-Confira-a-evolucao-do-IDH---indice-de-desenvolvimento-humano---no-seu-pais>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

⁴² Dados disponíveis em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0.html>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

⁴³ Informações disponíveis em: <<http://homeschoolers.in/about-us/>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

⁴⁴ Disponível em: <<http://homeschoolers.in/government-of-india-states-that-there-is-nothing-illegal-about-homeschooling/>>. Acesso em 19 mar. 2017.

⁴⁵ No país, a prática é legal, mas não comum, como nos EUA ou Canadá. Há uma associação chamada HSLDA que atua desde 1983 para defender o direito das famílias homeschoolers. Informações disponíveis em: <<https://www.hslda.org/default.aspx>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

⁴⁶ “La situación legal de la educación en casa en Colombia no está definida, podría decirse que se encuentra en un “vacío legal”. Disponível em: <<http://www.enfamilia.co/consideraciones-legales-de-la-educacion-en-casa-en-colombia/>>. Acesso em: 28 mar. 2017.



educação o coloca na 103ª posição mundial, enquanto que o Brasil se encontra na 101ª posição.

É certo que a responsabilidade no STF é enorme: caso entenda pela constitucionalidade da prática da educação domiciliar, lançará ao legislativo a incumbência de regulamentar a questão, tendo em vista que a realidade brasileira exige um acompanhamento mais próximo dos Poderes, bem como, uma fiscalização efetiva das famílias que estejam educando em casa. A decisão do STF, nesse particular, caso entenda pela constitucionalidade do *homeschooling*, como aqui se defende, poderá inclusive lançar luz ao Legislativo, se se utilizar adequadamente de legislação estrangeira, a fim de que se desengavetem os projetos de lei e emenda constitucional sobre o tema.

Caso o STF pretenda se utilizar do direito comparado para embasar decisão de ilegalidade do *homeschooling*, terá um trabalho mais árduo, vez que a prática só é expressamente proibida na Suécia, Alemanha⁴⁷, Grécia e Turquia, países que possuem enormes diferenças culturais, sociais e econômicas em relação ao Brasil.

4 CONCLUSÃO

Embora a legislação brasileira não seja expressa no que se refere à proibição ou permissão da prática do ensino domiciliar, vimos que tanto a Constituição Federal quanto a legislação infraconstitucional dão azo à interpretações diversas, tanto no sentido de que a escolarização é obrigatória, quanto no sentido de que apenas a educação é obrigatória, cabendo aos pais a escolha da melhor forma

⁴⁷ Na Alemanha há inclusive refugiados, que receberam asilo nos EUA por ter sido cerceada a liberdade de educação de seus filhos em casa. Notícia disponível em: <<http://www.dw.com/en/us-judge-grants-german-homeschooling-family-asylum/a-5174919>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

De fato, a escolarização obrigatória na Alemanha remonta ao regime totalitário nazista: “But attacks on individual liberty and freedom, especially in the context of education, are not a new development in Germany. They are, in fact, vestiges of Germany’s totalitarian regime in the early 20th century. When Adolf Hitler rose to power in the early 1930s, the Nazis subordinated years of cultural progress in the arts and sciences to the predilections of the State.” (MARTIN, 2010, p. 226)

Em março de 2009, a Câmara dos Deputados da Geórgia aprovou a Resolução 850 da Casa, instando o Governo Federal alemão a legalizar a educação em casa. A resolução foi uma ilustração de como os grupos de defesa em todo os Estados Unidos pressionaram a Alemanha para mudar suas leis draconianas em relação ao *homeschooling*, leis que foram promulgadas em 1938 durante o regime nazista. Mas, enquanto legisladores estão pedindo a Alemanha para mudar suas leis, ocorrem verdadeiras batalhas dentro dos Estados Unidos sobre as mesmas questões. (MARTIN, 2010). Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=1479974>>. Acesso em: 19 mar. 2017.



de prover o direito à educação, dentre elas, matriculando os filhos em escola ou fornecendo-a no âmbito da residência.

Vimos também que é crescente o número de famílias brasileiras que vêm optando pela prática do *homeschooling*, em especial, pela péssima qualidade da educação que tem sido oferecida nas escolas brasileiras, pelo aumento da violência⁴⁸ e por questões religiosas e morais.

Fizemos uma reflexão acerca da exegese dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que tratam da educação, e concluímos que há evidente lacuna legislativa, deixando inúmeros adeptos da prática da educação domiciliar em um limbo jurídico, o que acabou por levar a questão até o STF.

Nos posicionamos, a partir da interpretação da legislação apresentada, no sentido de que o direito à educação familiar se trata de direito fundamental, levando-se em conta especialmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos segundo a qual os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Por fim, analisamos o Recurso Extraordinário 888.815/RS, concluindo que é imprescindível ao STF a utilização do Direito Comparado existente sobre a matéria, sugerindo que o Tribunal lance seu olhar de forma mais dedicada aos Estados Unidos da América, ao Canadá, à Índia, ao Equador e à Colômbia, países em que a prática é difundida, em maior ou menor grau, ou que apresentam similitudes sociais, econômicas e políticas com o Brasil.

⁴⁸ BCC. Escola é violenta com aluno, diz Cristovam Buarque. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140819_salasocial_eleicoes_educacao_cristovam_rm>. Acesso em: 19 mar. 2017. Cristovam Buarque, Ministro da Educação entre 2003 e 2004, afirma em entrevista concedida a BBC: “A sociedade brasileira é uma sociedade muito violenta hoje, então as pessoas se sentem no direito de agir violentamente, às vezes, até não necessariamente com agressão física, mas com palavras. As escolas estão rodeadas de traficantes, a violência do meio influencia. O outro é o fato de que a escola não é uma instituição valorizada e, ao não ser valorizada, as crianças também entram na mesma onda da não valorização, se sentem no direito de quebrar os vidros, se sentem no direito de levar as coisas pra fora. Aqui mesmo na UnB (Universidade de Brasília), eu vi a enciclopédia britânica sendo rasgada, porque o aluno em vez de tirar o xérox da folha que ele precisava, arrancou a página e levou. Os próprios professores são tratados como seres sem importância, que ganham salários baixos. Além disso os jovens sabem que saindo com o curso ou sem, de tão ruim que são os cursos, ele sabe que não agrega muito na vida dele. Os alunos não veem retorno da escola.”

Vide, também: BBC. Goiás aposta em 'militarização' de escolas para vencer violência. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140819_salasocial_eleicoes_educacao_escola_militarizada_rm>. Acesso em: 19 mar. 2017.



Por todo o exposto, chega-se à conclusão de que o Estado brasileiro não vem cumprindo o seu papel constitucionalmente previsto de fornecer educação de qualidade, bem como, que o sistema de educação atual não garante o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e que, embora já existam diversos projetos de lei e até Proposta de Emenda à Constituição que pretendem a legalização expressa da prática do ensino domiciliar, o STF, diante da inércia do legislativo, deverá zelar pelo seu papel de guardião da lei a fim de que a decisão não contrarie a liberdade individual e a supremacia dos Direitos Humanos.

5 REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. A situação jurídica do ensino domiciliar no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2929, 9 jul. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19514>>. Acesso em: 05 fev. 2017.
- AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 721-754, Dec. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000200015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: dez. 2016.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ANED. **Associação Nacional de Educação Domiciliar**. [s.d.]. Belo Horizonte. Disponível em <<http://www.aned.org.br/portal/index.php/ensino-domiciliar>>. Acesso em: dez. 2016.
- BARBOSA, L. M. R. **Ensino em Casa no Brasil**: Análise histórica de seus aspectos legais. Tese de Doutorado. Faculdade de Educação de São Paulo. São Paulo: USP, 2009.
- BARBOSA, Luciane Muniz R. **Ensino em casa no Brasil**: um desafio à escola? 2013. 348 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-07082013-134418/pt-br.php>>. Acesso em: 13 jan. 2017.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.



BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Rev. direito GV**, vol. 8, n.1, São Paulo, jan./june 2012. DOI: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100003>>.

BCC. Escola é violenta com aluno, diz Cristovam Buarque. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140819_salasocial_eleicoes_educacao_cristovam_rm>.

BBC. Goiás aposta em 'militarização' de escolas para vencer violência. Disponível em:

<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140819_salasocial_eleicoes_educacao_escola_militarizada_rm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

BOUNDENS, E. **Ensino em casa no Brasil**. In: BRASIL. Consultoria legislativa da câmara dos deputados. Brasília. 2002.

BRASIL. **Código Penal (1940)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: dez. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: dez. 2016.

BRASIL. IBGE – Instituto brasileiro de geografia e estatística. **Taxa de escolarização**. Disponível em: <<http://brasilemsintese.ibge.gov.br/educacao/taxa-de-escolarizacao-das-pessoas-de-6-a-14-anos.html>>. Acesso em: 29 dez. 2016.

BRASIL. **Lei n. 4.024 - Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L4024.htm>. Acesso em: dez. 2016.

BRASIL. **Lei n. 8.069 – Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: dez. 2016.

BRASIL. **MEC – Ministério da Educação**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/component/content/article?id=39021>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

BRASIL. **Projeto de Emenda à Constituição nº 444 de 2009**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=723417&filename=Tramitacao-PEC+444/2009>. Acesso em 17 jan. 2017.



BRASIL. **Projeto de Lei 3179/2012.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 888815/2015.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4774632&numeroProcesso=888815&classeProcesso=RE&numeroTema=822>>.

CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. **Rev. direito GV**, vol. 6 n. 2, São Paulo, dez./2010. DOI: <<http://dx.doi.org/10.1590/S180824322010000200006>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. El control de convencionalidad: análisis em derecho comparado. **Rev. direito GV** vol.9 no.2 São Paulo jul./dic. 2013. DOI <http://dx.doi.org/10.1590/S180824322013000200015>.

DUMAS, Tanya K. and Gates, Sean and Schwarzer, Deborah, Evidence for Homeschooling: Constitutional Analysis in Light of Social Science Research (December 17, 2008). **Widener Law Review**, Forthcoming. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=1317439>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

DW GERMANY. **US judge grants German homeschooling family asylum.** Disponível em: <<http://www.dw.com/en/us-judge-grants-german-homeschooling-family-asylum/a-5174919>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

Educação Domiciliar Reformada. Disponível em: <<http://www.educacaodomiciliar.com/category/artigos/questoes-legais/>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

ESCOBAR-MARTÍNEZ, Lina Marcela. El uso del precedente extranjero por parte de la Corte Constitucional Colombiana. **Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.** ildi. Bogotá (Colombia) N° 13: 391-409, noviembre de 2008.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Manuella Maria; FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Manuella Maria. **O “Caso Nunes”**: Homeschooling, Liberdade e "Ilícito Legal". *Universo Jurídico, Juiz de Fora*, ano XI, 01 out. 2009. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6508/O_Caso_Nunes_Homeschooling_Liberdade_e_Illicito_Legal>. Acesso em: 06 fev. 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO. **91% das escolas públicas ficaram abaixo da média no Enem 2015.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2016/10/>>



1819634-91-das-escolas-publicas-ficaram-abaixo-da-media-no-enem-2015.shtml>.

Acesso em: 05 jan. 2017.

GLOBO. **'Ranking' do Enem por escolas deixará de existir; entenda a mudança.**

Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/enem/2017/noticia/ranking-do-enem-por-escolas-deixara-de-ser-divulgado-diz-mec.ghtml>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

GLOBO. **Série “Lições da Escola”.** Reportagem disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=cSA239Vnrgq>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

G1. **Pesquisador conclui que mais de 50% dos universitários são analfabetos funcionais.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/videos/v/pesquisador-conclui-que-mais-de-50-dos-universitarios-sao-analfabetos-funcionais/2262537/>>.

Acesso em: 05 jan. 2017.

HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional.** Tradução de Hector FixFierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HIRSCHL, Ran. The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law. **American Journal of Comparative Law**, Vol. 53, No. 1, pp. 125-155, Winter 2005; U Toronto, Legal Studies Research Paper No. 901700. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=901700>>.

HIRSCHL, Ran. The “Design Sciences” and Constitutional “Success”. **Texas Law Review**. [Vol. 87:1339]. 2009.

HIRSCHL, Ran. Comparative Matters. **The Renaissance of Comparative Constitutional Law.** Oxford: Oxford University Press, 2014.

HIRSCHL, Ran; SHACHAR, Ayelet. The New Wall of Separation: Permitting Diversity, restricting competition. **Cardozo Law Review** [Vol. 30:6]. 2009.

INSTITUTO PAULO MONTENEGRO. **Indicador de analfabetismo funcional.** Disponível em: <<http://www.ipm.org.br/pt-br/programas/inaf/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

LOIS, Cecilia Caballero Lois, MARQUES, Gabriel Lima. O Supremo Tribunal Federal e o Argumento de Direito Constitucional Comparado: Uma Leitura Empírica a partir dos Casos de Liberdade de Expressão no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 47 p. 32 a 63 jul./dez. 2015.

MARTIN, Aaron T., Homeschooling in Germany and the United States (May 28, 2010). **Arizona Journal of International & Comparative Law**, Vol. 27, No. 1, p.



225, 2010. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=1479974>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

MARTINEZ, Lina. El uso del precedente extranjero por parte de la corte constitucional colombiana. **Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.** ildi. Bogotá (Colombia) N° 13: 391-409, noviembre de 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. {s.e.} 2016. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/303551238>>. Acesso em: nov. 2016.

Programme for International Student Assessment (PISA). Disponível em: <<http://www.oecd.org/pisa/>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

Protecting Your Family: Homeschooling Law in Canada. Disponível em: <<http://naturalparentsnetwork.com/homeschooling-law-canada/>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

REVISTA EDUCAÇÃO. **Apenas 16% dos profissionais da educação tem alto nível de alfabetização, diz estudo**. Disponível em: <<http://www.revistaeducacao.com.br/apenas-16-dos-profissionais-da-educacao-pode-ser-considerado-completamente-alfabetizado-diz-estudo>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

SAMUELS, Geoffrey. **An introduction to comparative law: theory and method**. Hart Publishing, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STF. **Recurso Extraordinário 888.815/RS**. Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4774632&numeroProcesso=888815&classeProcesso=RE&numeroTema=822>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

STJ. MANDADO DE SEGURANÇA N° 7.407 - DF (2001/0022843-7). Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/42/docs/ms-ensino_fundamental-7407_stj.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2017.

TJ/MG. **Apelação Cível 1.0687.07.054286-9/001**. 0542869-16.2007.8.13.0687 (1). Rel. Des. Almeida Melo. Comarca de Origem: Timóteo. Data de Julgamento:



04/12/2008. Data da publicação da súmula: 22/01/2009. Divulgação: Revista Jurisprudência Mineira, v. 187/183. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10687070542869001>.

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT LIMITED. Disponível em: <<http://country.eiu.com/brazil>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

TUSHNET, Mark. **Comparative Constitutional Law**. Massachusetts: Edward Elga Publishing, 2014.

UNDP. United Nations Development Programme. Disponível em: <<http://www.undp.org>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

UOL EDUCAÇÃO. **No Brasil, apenas 8% têm plenas condições de compreender e se expressar**. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/noticias/2016/02/29/no-brasil-apenas-8-escapam-do-analfabetismo-funcional.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2017.



GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA PESSOA IDOSA: UMA REVOLUÇÃO POR DIREITOS RUMO À INCLUSÃO¹

FUNDAMENTAL GUARANTEES OF THE OLDER PERSON: A REVOLUTION FOR RIGHTS TOWARDS INCLUSION

Rogério Piccino Braga²

Flávia Piva Almeida Leite³

Claudio José Amaral Bahia⁴

Resumo

A consagração dos direitos fundamentais de minorias vulneráveis no Brasil, encontra justificativa não somente nos casos de compensação dos atos violadores praticados por nossos predecessores. É imprescindível a identificação de mecanismos de efetivação da igualdade, da liberdade e da dignidade do ser humano, independentemente de suas condições e opções, como no caso da pessoa idosa. Almeja-se com o trabalho demonstrar que as teorias explicativas do contrato social não previram uma sociedade como as atuais, mas sim uma sociedade única. Por essa razão, situações sociais hoje tidas como excludentes encontram na incompletude contratualista a falta de eficácia de direitos essenciais, ante os ultrapassados mecanismos de inclusão. Como se verá, a pessoa idosa não possui meios aptos à construção de identidade e, conseqüentemente, não vislumbra caminhos de dignidade perante o Estado, em que pese o extenso rol legislativo a tratar do tema.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; pessoa idosa; identidade; dignidade humana.

¹ Artigo submetido em 20/04/2017, pareceres de análise em 24/10/2017 e 13/12/2017, aprovação comunicada em 14/12/2017.

² Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pelo Centro Universitário de Bauru. Pós-graduado (especialização) em Direito Administrativo Municipal. Membro efetivo da Comissão Especial estadual de Ensino Jurídico da OAB/SP. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP Jacarezinho/PR e UNOPAR/Bandeirantes. E-mail: <rogeriobraga@adv.oabsp.org.br>.

³ Doutora em Direito pela PUC/SP, Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Bauru - ITE. Pós-graduada em Gerente de Cidades pela FAAP/SP. Professora Doutora da UNESP/FAAC/Bauru. Membro efetivo da Comissão de Logística, Infraestrutura e Desenvolvimento Sustentável e da Comissão do Acadêmico da OAB/SP. Avaliadora do CONPEDI. Pesquisadora. E-mail: <flavialeite@faac.unesp.br>.

⁴ Doutor em Direito do Estado - PUC-SP. Mestre em Direito - ITE-Bauru. Professor do Programa de Mestrado do Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino – ITE. E-mail: <claudio_amaralbahia@hotmail.com >.



Abstract

The consecration of the fundamental rights of vulnerable minorities in Brazil finds justification not only in cases of compensation for the violating acts practiced by our predecessors. It is essential to identify mechanisms for the realization of equality, freedom and dignity of the human being, regardless of their conditions and options, as in the case of the elderly person. The aim is to demonstrate that the explanatory theories of the social contract did not predict a society like the present one, but rather a unique society. For this reason, social situations today considered as excluding are in the incompleteness contractalist the lack of effectiveness of essential rights, before the outdated mechanisms of inclusion. As will be seen, the elderly person does not have the means to build identity and, consequently, does not envisage paths of dignity vis-à-vis the State, despite the extensive legislative role to deal with the subject.

Keywords: Fundamental rights; elderly; identity; human dignity.

Sumário: 1. Introdução. 2. A conformação normativa da proteção ao idoso no constitucionalismo brasileiro. 3. Desdobramentos conceituais acerca da legislação pátria sobre o idoso. 4. Os direitos da pessoa idosa como revolução por direitos e mecanismos de efetivação. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O envelhecimento não é um fenômeno novo. Afinal, pela lógica natural da existência, os homens nascem, crescem, amadurecem, vivem e morrem. “Entretanto, essas fases da vida não eram, até a consolidação do modelo capitalista, objeto de saberes. Sobre a velhice não incidia nenhum valor, nenhum discurso, nenhum saber, nenhuma preocupação. Não era tema de relevância”. (RAMOS, 2014, p. 23).

A partir do século XIX, na medida em que o processo de industrialização avança, há a exigência de mão de obra mais qualificada, a qual requeria tempo e gastos para sua preparação. Dentro desse contexto, passa a ser conveniente que os trabalhadores também vivessem mais para recompensar os recursos gastos com a sua capacitação. Aliado a esse fator, em virtude do aumento da expectativa de vida, reflexo do desenvolvimento e progresso das sociedades, o idoso passa a usufruir de melhores condições psicológicas e físicas. Assim, como resultado dessa sociedade cada vez mais complexa, que exigia uma nova postura diante da existência, especialmente de sua duração como condição essencial para a própria sobrevivência do sistema em fase de afirmação, “a velhice passou a se apresentar



como fenômeno não somente biológico, mas fundamentalmente social.”. (RAMOS, 2014, p. 23).

A análise do envelhecimento não se tornou uma questão social relevante apenas pela quantidade de idosos cada vez maior em nossas sociedades⁵, mas, especialmente, pelo motivo dessas pessoas e demais grupos vulneráveis, tais como pessoas com deficiência, crianças e adolescentes dentre outros e, demais grupos sociais a eles solidários terem se mobilizado no sentido de exigir que direitos essenciais lhes fossem reconhecidos.

A preocupação em assegurar os direitos das pessoas idosas⁶, no âmbito internacional e internamente, deu-se recentemente. Cabe esclarecer que, diferentemente de outros grupos vulneráveis, como o das pessoas com deficiência, o grupo de idosos não possui ainda um instrumento jurídico internacional, de caráter vinculante, para a defesa dos seus direitos humanos.⁷

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 inaugura uma nova fisionomia ao Estado brasileiro, vez que não somente o consagrou democrático, mas também ressaltou o seu caráter essencialmente social, ao fundá-los em valores como a dignidade humana e cidadania, que irradiarão sobre todo o ordenamento. Esse novo modelo de Estado tem a tarefa fundamental de superar as desigualdades, não apenas econômicas e sociais, mas também as desigualdades ocasionadas em razão de raça, cor, sexo, condições físicas e de idade. (LEITE, 2012, p. 52 e 53).

⁵ Conforme podemos constatar no capítulo 1, do Envelhecimento global: triunfo ou desafio, no tópico a revolução demográfica que: “em todo o mundo, a proporção de pessoas com 60 anos ou mais está crescendo mais rapidamente que a de qualquer outra faixa etária. Entre 1970 e 2025, espera-se um crescimento de 223 %, ou em torno de 694 milhões, no número de pessoas mais velhas. Em 2025, existirá um total de aproximadamente 1,2 bilhões de pessoas com mais de 60 anos. Até 2050 haverá dois bilhões, sendo 80% nos países em desenvolvimento.” Envelhecimento ativo: uma política de saúde / World Health Organization; tradução Suzana Gontijo. – Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2005. Disponível em endereço eletrônico: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/envelhecimento_ativo.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.

E no Brasil, segundo dados da Pesquisa de Amostra por Domicílio, referente ao ano de 2011, divulgado em 2012, as pessoas com mais de 60 anos já são mais de 23,5 milhões. (BRASIL. Síntese de indicadores sociais. Uma análise das condições de vida da população. Rio de Janeiro: IBGE, 2012, p. 40 e 41)

⁶ Inúmeros termos e expressões são utilizados para designar quem são essas pessoas, marcados muitas vezes pela impropriedade e, outras tantas dando uma conotação negativa: “pessoa da terceira idade”, “pessoa da melhor idade”, “velhos”, “pessoa de meia-idade”, “melhor idade”, “idade avançada”, “pessoa idosa”, entre outras. A Constituição Federal de 1988 utilizou em seu artigo 230, a expressão cunhada pela Organização Mundial de Saúde, em 1957, *pessoa idosa*. Diante disso, a Lei nº 10.741/03 foi impulsionada adotar parte dessa expressão: *idoso*.

⁷ A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo promulgada pela Organização das Nações Unidas em Nova Iorque em 2007. O Brasil, em 30 de março de 2007, assina essa Convenção e seu Protocolo Facultativo e, em julho de 2008 edita o Decreto-legislativo 186, que aprova o texto dessa Convenção e de seu protocolo facultativo.



2 A CONFORMAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO AO IDOSO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Ao tratar dessas desigualdades, a Constituição inseriu, de forma inédita, a proteção constitucional às pessoas idosas. Assegurou de forma direta o amparo à velhice em seus artigos 229 e 230.

No plano infraconstitucional, foi promulgada a Lei nº 8.842/1994 que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, com objetivo de assegurar os direitos sociais ao idoso, criando condições para promover sua autonomia, participação efetiva e integração na sociedade. Na sequência, é instituído o Decreto nº 4.227/2002, que cria o Conselho Nacional dos Direitos dos Idosos, órgão vinculado ao Ministério da Justiça, com competência para supervisionar e avaliar a Política Nacional do Idoso, entre outras funções relacionadas à matéria. E, após dez anos da edição da lei conformadora da política nacional do idoso, em janeiro de 2004, entra em vigor a Lei nº 10.741/2003, denominada Estatuto do Idoso, estabelecendo regras de direitos para proteção às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Trata-se de uma legislação moderna, na mesma linha do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código do Consumidor. É um verdadeiro microsistema jurídico, regulamentando todas as questões que envolvem a pessoa idosa, tanto no aspecto material, quanto processual. (FREITAS JÚNIOR, 2011, p. 3). O Estatuto do Idoso está estruturado em sete Títulos, a saber: Título I – Das Disposições Preliminares; Título II – Dos Direitos Fundamentais, este composto de dez Capítulos; Título III – Das Medidas de Proteção, subdividido em dois Capítulos; Título IV – Da política de atendimento ao idoso, com seis Capítulos; Título V – Do acesso à Justiça, disciplinado em três Capítulos; Título VI – Dos Crimes, com dois Capítulos; e Título VII – Das Disposições Finais e transitórias, enfeixando 118 artigos.

Cabe esclarecer que referido diploma incorporou e reafirmou em seu texto, a doutrina da *proteção integral*, antes já utilizada no Estatuto da Criança e do Adolescente. Encontrar-se-á ao longo do texto legal dispositivos que suprirão as deficiências sofridas pelos idosos no âmbito político e social. Enfim, a Lei 10.743/03 vem para consolidar a matéria jurídica relativa aos direitos e garantias do cidadão idoso. Afinal, o Brasil não é mais um país de jovens, mas um país em acelerado



processo de envelhecimento. Esse perfil populacional exigirá do Estado e de toda sociedade ações efetivas para garantia dos direitos fundamentais das pessoas envelhecidas. (RAMOS, 2014, p. 159).

3 DESDOBRAMENTOS CONCEITUAIS ACERCA DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA SOBRE O IDOSO

Mas que são as pessoas idosas? Para os efeitos dessa Lei, considera-se pessoa idosa, segundo o artigo 1º, às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

O envelhecimento deveria ter sido considerado pelo legislador como um processo tipicamente individual, existencial e subjetivo, afinal, cada existência humana é única, cada ser humano envelhece de maneira particular. Haveria necessidade de levar em consideração que cada indivíduo tem um tempo próprio para se sentir velho. Não há velhice e sim velhices. (BRAGA, 2011, p. 3).

Portanto, para desenvolver um conceito preciso sobre a velhice seria necessário considerar inúmeros fatores, uma vez que a velhice é um fenômeno complexo. A condição econômica dessas pessoas, seu grau de instrução, qual o tipo de alimento ingerido por elas, e como são suas relações familiares, dentre outros fatores. Nesse sentido, Paulo Roberto Barbosa Ramos (2014, p. 24), com base nas lições de Norberto Bobbio, Leonard Hayflick e Elida Séguin, afirma que para melhor compreensão do conceito de velhice, é necessário compreendê-la na perspectiva cronológica ou censitária, burocrática, fisiológica e psicológica ou subjetiva. A cronológica é aquela meramente formal. Parte de um patamar que, em sendo alcançado, identifica a quem o alcançou como velho.

A velhice burocrática corresponde àquela idade que, em sendo alcançada, a pessoa terá direito a uma aposentadoria. A fisiológica pode ser identificada como a fragilização da pessoa em virtude do passar dos anos; aquela que diz respeito ao enfraquecimento do organismo. Já a subjetiva é a mais complexa, já que não dispõe de parâmetros. Depende de cada pessoa. Acrescenta também, a velhice excluída (aquela personificada por aqueles velhos que sobrevivem nos meios rurais, suburbanos ou após as migrações), a pseudo velhice (por pessoas de 40 anos ou



menos, desempregadas) e a precoce (pessoas que, em razão de condições altamente adversas de existência, envelhecem muito cedo).

Todavia, o conceito eleito pelo legislador foi o critério cronológico para definir quem é considerado idoso para os efeitos da presente lei. Sendo o idoso a pessoa como idade igual ou superior a 60 anos de idade, homem ou mulher, nacional ou estrangeiro, urbano ou rural, trabalhador da iniciativa privada ou do serviço público, livre ou recluso, exercendo atividades ou aposentado, incluindo o pensionista e qualquer que seja a sua condição social. (MARTINEZ, 2005, p. 20). Porém, na prática, a maioria dos benefícios tem início aos 65 anos. Essa indefinição traz uma série de prejuízos em áreas importantes, cabendo destacar o direito à gratuidade no transporte coletivo, que exige a idade mínima de 65 (sessenta e cinco) anos, segundo dispõe o artigo 230, § 2º da CF/88 e artigo 39, *caput* do Estatuto. Esta é também a idade exigida para obter prioridade na tramitação de processos judiciais, de acordo com a Lei 10.173, de 09 de janeiro de 2001⁸. E também o do benefício da prestação continuada nos termos do artigo 34, *caput* da Lei de Organização da Assistência Social – LOAS.

De qualquer modo, não podemos deixar de destacar que, o Estatuto reconheceu o acesso das pessoas com 60 (sessenta) anos ou mais o pleno gozo de seus direitos, bem como a uma efetiva inclusão nos diversos segmentos da comunidade e o bem-estar delas, garantindo o respeito e a preservação de sua dignidade. Já em seu artigo 2º, o Estatuto assegurou ao idoso todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana⁹, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Em seu Título V – do Acesso à Justiça, a Lei assegurou em seus artigos 69 a 71, direito e garantias processuais aos idosos. Notadamente em seu artigo 70, determinou que o Poder Público poderá criar varas especializadas e exclusivas do idoso.

⁸ BRASIL, Lei n.º 10.173, de 09 de janeiro de 2011. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial União, 03 out 2001, p. 1.

⁹ “Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.”



Embora haja esta faculdade do Poder Público – leia-se mediante alteração da lei que organiza o serviço judiciário no Estado (art.125, da CF) por iniciativa do Tribunal de Justiça respectivo – ainda são raras as Varas especializadas e exclusivas do idoso e citamos como exemplo a Vara Especial Cível e Criminal de Belém. Se vierem a ser instaladas, estas Varas deverão estar aparelhadas suficientemente para atender à demanda para as quais concebidas, com boa estrutura de pessoal (assistente social, psicólogo etc.), eliminação de barreiras físicas e garantia de plena acessibilidade (rampas, banheiros com barras de apoio etc.), além de fácil acesso por meio de uma ampla rede de transporte público.

Não se pode esquecer que o art.80 estabelece como competência absoluta para conhecer das ações previstas no estatuto o foro do domicílio do idoso, que terá preferência sobre qualquer outra – até mesmo especializada, como pode acontecer em São Paulo com os foros regionais –, salvo as competências da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores (art.102 e seguintes da CF/88).

Notadamente em seu artigo 71, assegurou a prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.

Esta preferência na tramitação vem expressamente prevista no art.1.211 A, do CPC. No caso do idoso, há preferência para o que está estabelecido no estatuto, porque é lei especial, posterior e que disciplinou totalmente a matéria.

Vale lembrar que a EC n.62/09 atribuiu a preferência do idoso no recebimento de precatórios de natureza alimentar, observado teto (art.100, par.2º da CF). A PEC 176/12 propõe incluir parágrafo ao art.100 da CF retirando idosos, pessoas com doenças graves ou incapacitantes da ordem de precatórios.

Basta que uma das partes seja idosa para se aplicar a preferência, em razão da clareza do dispositivo:

Ementa: Agravo de Instrumento Processual Civil Benefício da Assistência Judiciária e Prioridade do Idoso Indeferimento pelo Magistrado "a quo" - Recurso manejado pelos autores Provimento parcial de rigor. 1. Providências processuais do art. 527 do CPC desnecessárias ante os documentos dos autos. Feito apto para pronto julgamento. 2. Da Prioridade do Idoso Benefício que deve ser reconhecido e outorgado Muito embora apenas parte dos autores-agravantes seja maior de 60 anos, o benefício se estende a todos os coautores Inteligência do artigo 71 da Lei Federal nº 10.741 /03 (Estatuto do Idoso) é por demais claro ao consignar que a



prioridade na tramitação dos processos e procedimentos se aplica tão somente naqueles processos "em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos". 3. De outra parte, o benefício da Assistência Judiciária não é cabível porque os autores percebem vencimentos médios superiores a R\$3.000,00 e, portanto, acima do rendimento médio do trabalhador nacional da ordem de R\$ 1.500,00. Decisão reformada em parte - Recurso provido em parte (TJ/SP AI 0043762-18.2013.8.26.0000). No mesmo sentido: TJ/SP AI 0253082-45.2012.8.26.0000, TJ/SP AI 2099276-82.2014.8.26.0000, TJ/RS AI 70045840618.

O § 1º deste mesmo artigo, determina que o interessado na obtenção da prioridade a que alude este artigo, fazendo prova de sua idade, requererá o benefício à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará as providências a serem cumpridas, anotando-se essa circunstância em local visível nos autos do processo. Cabe esclarecer que esse dispositivo é autoexplicativo sobre como formular o pedido, embora em alguns tribunais haja ato administrativo disciplinando com maiores detalhes este procedimento (p.ex. Resolução n.11/2003, do STJ).

Em seu § 2º A prioridade, dispõe que não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, maior de 60 (sessenta) anos. Assim, exige-se para a manutenção da prioridade, que o cônjuge supérstite, companheiro ou companheira esteja em união estável e tenha 60 anos ou mais, não bastando simples namoro ou pouco tempo de convivência em comum. Aqui adotou-se a regra do art.1.723 do Código Civil que reconhece as uniões estáveis como entidade familiar.

Em seu § 3º, assegurou que a prioridade se estende aos processos e procedimentos na Administração Pública, empresas prestadoras de serviços públicos e instituições financeiras, ao atendimento preferencial junto à Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal em relação aos Serviços de Assistência Judiciária.

A prioridade processual e procedimental incide nos processos e procedimentos administrativos junto à administração direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista), aos órgãos públicos em geral, como o Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público, Delegacias de Polícia, Procuradorias do Estado, da União, dos Municípios, especialmente aqueles órgãos ou instituições destinados a prestação de serviços de assistência judiciária gratuita, como é o caso



das Defensorias Públicas estaduais, do Distrito Federal e da União e as Faculdades de Direito Públicas que prestem tais serviços. A prioridade também se estende às empresas prestadoras de serviços públicos - p.ex. de fornecimento de água, luz etc. – e concessionárias – p.ex. de transporte coletivo – delegatárias (p.ex. cartórios extrajudiciais em geral, como de protesto, registro civil etc.).

Cabe esclarecer que as instituições financeiras foram expressamente incluídas no dispositivo e esta prioridade também é tratada na lei nacional n. 10.048/00, com a redação dada pelo art. 114 deste estatuto, que reduziu a idade para 60 anos.

E finalmente, em seu § 4º, determinou que para o atendimento prioritário será garantido ao idoso o fácil acesso aos assentos e caixas, identificados com a destinação a idosos em local visível e caracteres legíveis. Portanto, esse artigo vem assegurar todos os direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana.¹⁰ Mas o que são direitos fundamentais?

Direitos essenciais e positivados no âmbito das Constituições democráticas a consagrar a proteção da dignidade humana, dotados de características que os individualizam ante a constante construção e reconstrução de sua natureza jurídica. Um conceito simples, porém, tradutor de elementos que identificam, no rol das Constituições dos séculos XX e XXI, os chamados direitos fundamentais. Por encontram-se, como dito, em um rol enunciativo, por outras, localizados no texto constitucional, ainda que não assim designados, conforme prescreve o § 2º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil¹¹.

¹⁰ Os doutrinadores constitucionalistas utilizam inúmeras expressões para nomear os direitos essenciais à pessoa humana, tais como: direitos do homem, direitos naturais, direitos individuais, liberdades públicas, direitos subjetivos públicos, direitos humanos e direitos fundamentais. Segundo nos ensina José Afonso da Silva em sua obra Curso de direito constitucional positivo, p. 175, a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem são as grandes responsáveis pela dificuldade de obter-se um conceito sintético e preciso a respeito desta espécie. Até porque, segundo Alexandre de Moraes, em Direitos humanos fundamentais, p. 1, os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde a conjugação de pensamentos filosófico-jurídicos até as ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural. A expressão *direitos fundamentais*, segundo a maior parte da moderna doutrina constitucional, são aqueles reconhecidos e vinculados à esfera do Direito Constitucional de determinado Estado, enquanto que os *direitos humanos* estão firmados pelas posições jurídicas de âmbito internacional. Como nosso legislador constituinte de 1988 utilizou no texto de nossa Constituição de 1988, em seu Título II “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”, utilizaremos a terminologia direitos *fundamentais* por entender ser esta expressão mais adequada no sentido de abranger as várias dimensões/gerações dos direitos que iremos estudar tanto na Constituição Federal como no Estatuto do Idoso.

¹¹ “Art. 5º (...). § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”



Em que pese a situação atual de vigência dos direitos fundamentais na Carta constitucional brasileira de 1988, há de se consignar a preocupação tardia do ser humano quanto à proteção dos direitos fundamentais. A seguir, os conceitos de direitos fundamentais e de direitos humanos serão separados no texto pelo âmbito de positivação e, unidos, porém, pela semelhança no que se refere à proteção da dignidade humana – sem rechaçar, entretanto, o campo da divergência terminológica que surge ao se falar em uma de suas características comuns, a universalidade. Apesar de tal característica, o maior campo de crítica. Fábio Konder Comparato pondera acerca dessa preocupação tardia do próprio ser humano, em imprimir efetividade à proteção internacional dos direitos humanos – aqueles positivados nas Constituições de cada Estado Democrático:

Foi durante o período axial da História, como se acaba de assinalar, que despontou a ideia de uma igualdade essencial entre todos os homens. Mas foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. (COMPARATO, 2015, p. 24).

Se por um lado vislumbra-se a afirmação histórica dos direitos humanos com início no contexto inglês de positivação, traduzidos nos primeiros ensaios de proteção¹² da *Magna Charta Libertatum* (Carta das liberdades) ou *Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae*¹³, passando pela Petition of Rights, instituída em 07 de julho de 1628 a fim de estender, então, as liberdades previstas na Carta de 1215, aos súditos (devido processo legal, dentre outros), em seguida, pelo *Habeas Corpus Act*, ou Lei do habeas corpus, consagrando o instrumento como mecanismo processual a fim de proteger a liberdade dos indivíduos, evitando, assim, prisões arbitrárias, até a Declaração de Direitos – *Bill of rights* – em 1689, que decretou o fim da monarquia – ainda assim o mundo não vislumbrava uma preocupação global com a proteção dos direitos humanos (fundamentais).

¹² Em que pese a não extensão de sua eficácia dos direitos ali previstos, aos súditos, quando da conformação da *Magna Charta Libertatum* de 1215, por João Sem-Terra – uma imposição ante os conflitos com a Igreja e com os Barões da época.

¹³ Concordata ou concórdia entre o rei João Sem-Terra e os Barões da época, a fim de estabelecer liberdades para a Igreja e ao reino inglês.



Da mesma forma se deu com a afirmação histórica dos direitos humanos no cenário norte-americano, a saber, com a Declaração de direitos do bom povo da Virgínia (1776), uma das treze colônias inglesas instaladas em solo estadunidense, com a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América no mesmo ano e com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América em 1787. Esse era o móvel da luta estadunidense pela afirmação dos direitos humanos: a independência dos Estados Unidos da América, e não a preocupação com a proteção global dos direitos humanos, tendo como titulares todos os seres humanos.

Somente no contexto francês é que a universalidade de tais direitos ganhou destaque, com a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, em 26 de agosto de 1789, no cenário da Revolução Francesa – um legado para o mundo todo no que concerne à defesa das liberdades essenciais do ser humano: liberdade, igualdade e fraternidade, como fundamentos e valores defendidos pelo então revolucionários. Nesse sentido, ressalta Gustavo Zagrebelsky:

Em el espíritu de la Revolución francesa, la proclamación de los derechos servía para fundamentar una nueva concepción del poder estatal, determinando sus condiciones de legitimidade sobre la base de una orientación liberal. La *Declaración* no era propriamente derecho positivo, sino um “reconocimiento” de las “verdades” de una filosofía política, presentada como el espíritu común de toda una época, que pedía ser llevada del campo de la teoría al de la práctica. El objetivo que se perseguía era la demolición de las estructuras del *Ancien Régime* y la instauración del reino de la libertad y la igualdad jurídica em uma sociedade que aún no conocía ni la uma ni la outra y que sólo habría podido conocerlas a través de uma profunda reforma de la legislación civil, penal y administrativa. (ZAGREBELSKY, 2011, p. 52).

As características desses direitos são bem definidas nas lições de Luigi Ferrajoli, com mais rigor, ainda, a universalidade:

São “direitos fundamentais” todos aqueles direitos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por *status* a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício (FERRAJOLI, 2011, p. 9).

A própria existência do Estado, agente conformador das regras atinentes aos direitos fundamentais, está intimamente relacionada ao ser humano como



destinatário das normas essenciais, por traduzirem direitos inatos ao cidadão assim considerado pela Constituição Federal de 1988, ao que bem leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, II), a CF de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do próprio Estado e do exercício do poder estatal, reconheceu categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário (SARLET, 2014, apud BLECKMANN, 1997, p. 539).

Já Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto David Araújo, quando abordam o tema da dignidade da pessoa humana, unem o conceito de dignidade ao conteúdo dos direitos fundamentais e, tal relação, opera em benefício de uma conceituação ampla dos direitos fundamentais:

Existe um valor genérico que permeia a noção de Direitos Fundamentais, qual seja a proteção da dignidade humana em todas as suas dimensões e essa proteção exatamente por abordar as diversas dimensões ou faces da dignidade humana, pode ser segmentada segundo os valores específicos que venham a contemplar (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2013, p. 155).

Nas lições de Pietro de Jesús Lora Alarcón, encontra-se a teoria dos três graus do ser e a definição dos patamares existenciais dos seres. Dessa abordagem se faz possível identificar quem é o destinatário das normas dos direitos fundamentais, uma vez identificado o destinatário da proteção da dignidade:

Nessa teoria, *a coisa, o indivíduo e a pessoa*, são considerados patamares existenciais, sendo que, a primeira é o ser sem unidade, pois se uma coisa quebra nada morre nela. O quebrar coisas nos dá coisas. Porém, ao tomar-se contato com o biológico nos deparamos com os indivíduos. E, dentre os indivíduos distinguimos os das espécies não humanas, mas que apresentam potência vital, e o indivíduo da espécie humana. Este último é algo a mais ou representa algo a mais que um indivíduo, pois é uma pessoa, uma *substância individual de natureza racional*. Assim, tão somente do indivíduo da espécie humana, transformador consciente da realidade, com plena percepção do seu tempo, é dizer, das noções de passado, presente e futuro, pode-se cobrar responsabilidade, posto que é o único que converte natureza em cultura, distinguindo dentre o bom e o ruim, o aceitável e o condenável, o razoável e o absurdo. Nesse sentido, o significado da dignidade expressa algo que eleva, que realiza, que qualifica, e que, portanto,

Em que pese as definições apontadas, não obstante, ainda, a identificação do núcleo protetivo de tais direitos – é dizer da dignidade humana -, não há no



direito ou nas ciências que o estudam, uma conceituação precisa que envolva todos os elementos caracterizadores de um direito fundamental por definição. Por essa razão, os já citados Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2013, p. 153), propõem a adoção de um critério uniforme:

Os Direitos Fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Destarte, possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade) (SARLET, 2012, p. 27).

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, ensinam que os direitos fundamentais “*são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado*” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 41).

Assim, de se verificar que a localização de um direito fundamental no corpo da constituição, não se dá somente em seu aspecto forma de positivação em um rol, como se vê no artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988. Sob o aspecto material, a saber, da análise de seu conteúdo, é que se identifica a fundamentalidade de um direito, da mesma forma, como ensina Walter Claudius Rothenburg:

Certos direitos são fundamentais porque constituem a base do ordenamento jurídico, tanto em sentido axiológico – pois representam os valores mais importantes – quanto em sentido lógico – pois a compreensão do conjunto de normas jurídicas orienta-se por eles. Pode-se, assim, falar na originalidade dos direitos fundamentais, para dizer que são os primeiros a se levar em conta. A fundamentalidade revela-se pelo conteúdo dos direitos fundamentais (o que é dito: a referência aos valores essenciais do ser humano em sociedade e a **preocupação com a promoção da dignidade**) (ROTHENBURG, 2014, p. 41). (grifo nosso)

Há em toda a análise sobre os direitos fundamentais, uma diferenciação terminológica a ser ao menos esclarecida, a saber, a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. André de Carvalho Ramos traz a esfera de positivação como a principal diferença, porém, aponta a identidade entre ambos quanto ao objeto de proteção:



A união de termos mostra que a diferenciação entre direitos humanos, representando os direitos reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, e os 'direitos fundamentais', representando os direitos positivados nas Constituições e leis internas, perde a importância, ainda mais na ocorrência de um processo de aproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos. [...] Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna (RAMOS, 2014, p. 27 e 51).

Por tal característica, ou seja, a positivação em sede de regra constitucional dos direitos essenciais à vida, é que o nível de proteção de tais direitos atinge o grau mais alto do ordenamento jurídico de um Estado Democrático. Por essa razão, ainda, não se deve imprimir rotina à alteração do texto máximo normativo, notadamente no que concerne à fundamentalidade de um direito como cláusula de intangibilidade, a fim de que não se retire do cidadão o que o direito convencionou denominar de sentimento constitucional. Sentimento constitucional, nada mais sendo do que a credibilidade e a adesão de um povo à densidade normativa do texto constitucional, conforme adverte Raul Machado Horta:

O acatamento à Constituição, para assegurar sua permanência, não se resolve exclusivamente no mundo das normas jurídicas, que modela e conduz à supremacia da Constituição. O acatamento à Constituição ultrapassa a imperatividade jurídica de seu comando supremo. Decorre, também, da adesão à Constituição, que se espalha na alma coletiva da Nação, gerando formas difusas de obediência constitucional (...). A reforma constitucional exprime o rompimento do compromisso que mantém o equilíbrio entre os grupos sociais, a Sociedade e o Estado. O segredo da estabilidade da Constituição Norte-Americana, das Constituições monárquicas da Suécia, Noruega, Dinamarca, Bélgica, Luxemburgo e Holanda decorre da raridade de emendas constitucionais. As modificações infrequentes preservam a validade da Constituição e reforçam o seu prestígio na alma do povo (HORTA, 2010, p. 71-72).

Assim, ainda sobre a alteração frequente ao texto constitucional, como um instrumento de resposta imediatista – sem a devida reflexão, sem o sopesamento e diferenciação entre o que tem a ser desejo social imediato configurado pela opinião popularizada e anseio social de um povo - do legislador aos problemas sociais, constata Marcelo Neves, a produção da chamada legislação simbólica, sem eficácia social e ensejadora, por consequência, dessa falta de sentimento constitucional:

Os termos “simbólico”, “símbolo”, “simbolismo”, etc., são utilizados nas diversas áreas de produção cultural, frequentemente sem que haja uma predefinição. A isso está subjacente a suposição de que se trata de



expressões de significado evidente, unívoco, partilhado “universalmente” pelos seus utentes, quando em verdade, nem sempre se está usando a mesma categoria. Ao contrário, estamos diante de um dos mais ambíguos termos da semântica social e cultural, cuja utilização consistente pressupõe, portanto, uma prévia delimitação do seu significado, principalmente para que não se caia em falácias de ambiguidade (NEVES, 2007, p. 5).

De concluir, como se verá a seguir, que os direitos relacionados ao reconhecimento da pessoa idosa como beneficiária da proteção da dignidade humana e, sobretudo, a caracterização de um direito fundamental a ela reconhecido, garantindo-lhe autonomia e o livre arbítrio para desenhar seu modo de vida (SARLET, 2012, p. 126).

4 OS DIREITOS DA PESSOA IDOSA COMO REVOLUÇÃO POR DIREITOS

Abordar a temática dos idosos é abordar dois extremos de distância abissal: de um lado se tem a exata consciência de que nessa época da vida as reflexões encontram-se cada vez melhores, fruto de toda experiência acumulada ao longo da caminhada antecedente, situação que pode ser exemplificada, *in terrae brasilis*, por boa parte daqueles que ocupam assento em nossa Suprema Corte.

Na outra ponta, os novos desvalidos sociais, abandonados pelo Estado, pela sociedade, pela família, (sobre)vivendo de forma trôpega, com o último fôlego que resta, numa busca pela manutenção da dignidade que, quiçá, já lhe reluziu algum dia.

Não se pode deixar de registrar, nesse contexto, aquilo que Steven Pinker denominou de Revolução de Direitos, a qual consiste, basicamente, no resultado do movimento levado a efeito para conter e criminalizar situações de violência, representado por diversas e contínuas campanhas em prol dos direitos civis, das minorias (PINKER, 2013):

As tendências têm um certo número de coisas em comum. Em cada caso elas tiveram de nadar contra poderosas correntes da natureza humana. Estas incluem a desumanização e a demonização dos de fora do grupo; a rapacidade sexual dos homens e seus sentimentos para com as mulheres; manifestações do conflito pais-filhos tais como o infanticídio e os castigos físicos; a mortalização do repúdio sexual na homofobia; e nossa fome de carne, nosso espírito de caçador e os limites da empatia baseada na semelhança, na reciprocidade e no carisma. [...] Na medida em que a violência é imoral, as Revoluções por Direitos mostram que um modo de vida moral com frequência requer uma decisiva rejeição do instinto, da cultura, da religião e da prática usuais. **Em seu lugar, está uma ética que se inspira na empatia e na razão e se embasa na linguagem dos**



direitos. Forçamo-nos a nos colocar no lugar de outros seres capazes de sentir, a considerar seus interesses, a partir do interesse em não ser machucado ou morto, e a ignorar superficialidades que podem atrair nossa atenção, como raça, etnia, gênero, idade, orientação sexual e, até certo ponto, espécie (PINKER, 2013, p. 641-642). (grifo nosso)

A luta pelo reconhecimento de direitos a determinados grupos representantes de uma minoria vulnerável é, por assim dizer, uma Revolução por Direitos, como segue em seus ensinamentos, Pinker:

Essa conclusão é, naturalmente, a visão moral do iluminismo, e dos componentes do humanismo e do liberalismo que cresceram fora dele. **As Revoluções por Direitos são revoluções liberais.** Cada uma delas foi associada a movimentos liberais e cada uma delas distribuiu-se ao longo de uma gradação que vai, mais ou menos, da Europa Ocidental para os “estados azuis” dos Estados Unidos, os “estados vermelhos”, as democracias da América Latina e Ásia [...]. Durante as Revoluções por Direitos, redes de reciprocidade e intercâmbio se expandiram com a mudança de uma economia baseada em bens para outra baseada na informação. As mulheres tornaram-se menos escravizadas pelas tarefas domésticas e as instituições passaram a procurar talentos em um leque mais amplo de capital humano, e não apenas no suprimento local do velho clube dos sempre (PINKER, 2013, p. 643). (grifo nosso)

O contingente social formado pelos idosos também fez e faz parte dessa Revolução de Direitos pois, não obstante a necessidade de efetivação, não se pode olvidar da existência de uma gama protetiva que lhe é específica, a começar pelo Pacto Social de 1988, destacando-se as matrizes basilares positivadas nos artigos 203, V, e, 230, §1.º, a saber:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

Omissis.

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

[...]

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares (BRASIL, 1988).

Do mandamento constitucional foram se espriando outros direitos afetos e condizentes com a peculiar condição em que encontram os idosos, como a



prioridade na tramitação de processos instituída no Código de Processo Civil ao multidisciplinar e difuso Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003) que representou um significativo e qualitativo salto protetivo sobre o tema. Já se passaram aproximadamente 15 anos da aprovação do Estatuto e o que se percebe é uma contínua necessidade aprimoramento, burilamento, e, principalmente, efetividade em muitos de seus campos, voltando-se a uma das questões introduzidas no início deste tópico: os idosos formam o novo grupo de desvalidos sociais.

As teorias contratualistas que explicam o Contrato Social - as relações entre o Estado e os indivíduos -, por certo, buscam definir um patamar conceitual de justiça como integrante desse contrato. Mas algumas questões ainda não foram esclarecidas: a quem se dirigiria a materialização de justiça nessa relação contratual? A todos os seres humanos em um claro prestígio à igualdade?

Quando Immanuel Kant, Thomas Hobbes, Rousseau, John Locke, Hugo Grotius, David Hume narraram, cada um a sua maneira, as perspectivas dos Contrato Social, ou no momento em que enunciou sua da teoria da justiça por equidade, John Rawls, não se vislumbrava situações sociais excludentes que hoje a busca pela efetivação dos direitos humanos enfrenta.

Tal constatação se faz possível tanto pela evolução do ser humano que vive em sociedade, quanto pela reconfiguração dos anseios sociais. Reconfiguração essa, não consagrada pelo que se convencionou preconizar diante da previsão de uma sociedade única, como objeto do Contrato Social em sua origem, assim em seus antigos traços, porém, ainda em vigor nos dias de hoje. Não se tolera mais um Contrato Social, cujas cláusulas, por assim dizer, não guarnecem os princípios constitucionais atuais, da mesma forma as conquistas sociais traduzidas na positivação de direitos fundamentais antes distantes do ponto de chegada e os anseios por justiça hoje desenvolvidos.

Não se vislumbra mais efetivação de justiça, ao que Rawls denominou de justiça por equidade, ante um Contrato Social incompleto. Sabe-se que por justiça, entende-se a máxima de “dar a cada um o que de direito”. Em que pese, os teóricos do contrato social não incluíram – e essa é a melhor palavra que define - no sentido de “cada um”, aqueles que deveriam ser incluídos. Nesse sentido, Martha Craven Nussbaum, em precisa ponderação acerca do que se expôs:



Em um mundo cada vez mais interdependente, precisamos considerar as questões de justiça levantadas pelas desigualdades entre nações ricas e pobres, que afetam as chances de vida de seus cidadãos. O modelo do contrato é tipicamente usado para construir uma única sociedade, imaginada como autossuficiente, e não como interdependente com alguma outra. Tanto Kant quanto Rawls de fato reconhecem a importância de confrontar questões de justiça entre as nações (NUSSBAUM, 2013, p. 23-24).

Nesse sentido, no universo de origem das teorias explicativas do Contrato Social, há de se lembrar e concluir que os indivíduos sobre os quais recaíam as regras de tal contrato eram seres humanos iguais em capacidade, excluindo-se da tratativa social, as crianças e as pessoas idosas (NUSSBAUM, 2013, p. 18).

5 CONCLUSÃO

Os abusos não se limitam a violência física e ao abandono afetivo-familiar!

Verifica-se, em larga escala, o flagelo impingido aos idosos pelos planos de saúde, seja por meio de cobranças exorbitantes, seja pela imposição de carências diferenciadas, seja pelas mais diversas e absurdas negativas de cobertura médico-hospitalar, tornando-se clientes contumazes do Poder Judiciário, sem que isso os intimide ou mude seu comportamento.

Ao que parece, a problemática atinente a efetivação dos direitos atinentes ao grupamento formado por nossos idosos perpassa muitos mais por uma mudança de atitude da sociedade como um todo do que na hiperinflação legislativa, muitas vezes mais com um caráter álibi ou salvo-conduto do que de resolutório propriamente dito.

Assim, sem sombra de dúvidas, se coloca como de importância primaz o fornecimento de educação de qualidade desde crianças e adolescentes, de modo que, com o conhecimento recebido nos bancos escolares, tenham condições de apresentar, no futuro, respeito pelo próximo, além de fortalecer os laços dentro da família a que pertencem.

Entender que o ciclo da vida é cronologicamente crescente e que todos passarão por essa nobre condição e também precisarão dos mesmos cuidados e proteções: enfim, o jovem de hoje é o idoso de amanhã!

A necessidade de empreender políticas públicas, a fim de garantir a efetividade dos dispositivos legais que amparam a pessoa idosa, é premente.



Pensar a pessoa idosa como pertencente a uma minoria vulnerável é, antes de tudo, necessário, já que somente assim a inclusão será parte da Revolução de Direitos justa para o reconhecimento de dignidade e da identidade das pessoas que compõem referido grupo. Enfrentar tal situação social excludente é um desafio de revisão, portanto, das cláusulas do Contrato Social.

6 REFERÊNCIAS

- BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.
- BRASIL, Lei n.º 10.173, de 09 de janeiro de 2011. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências**. Diário Oficial União, 03 out 2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso**. Doutrina, jurisprudência e legislação. 2. São Paulo: Atlas, 2011.
- HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- LEITE, Flávia Piva Almeida. **Cidades acessíveis**. São Paulo: SRS, 2012.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários ao Estatuto do Idoso**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: VWF Martins Fontes, 2007.
- NUSSBAUM, Martha Craven. **Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.



RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais**. In: TAVARES, André Ramos; FRANCISCO, José Carlos (Coord). Coleção Carreiras Federais. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J.J. Gomes (Org.) [et. al]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014, apud Albert BLECKMANN, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Madri: Editorial Trotta, 2011.



AUDITORIA DO TRABALHO: REFLEXOS DO PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO (FGTS)¹

WORK AUDIT: CONSEQUENCES OF THE STATUTE OF LIMITATIONS OF THE WORK GUARANTEE FUND (FGTS)

Alexandre Antonio Bruno da Silva²

Resumo

A auditoria do trabalho sofre reflexos diretos quando há alteração em relação ao prazo prescricional do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Desde a sua criação, o FGTS originou inúmeras discussões em relação a sua natureza jurídica. Não sem motivo, uma vez que a consideração acerca da sua natureza jurídica desencadeia uma série de consequências na ordem jurídica. Uma das consequências que mereceu o maior número de discussões é aquela que busca definir o prazo prescricional para a cobrança dos débitos relativos às suas contribuições não efetuadas. Durante muitos anos, defendeu-se, inclusive nos tribunais superiores, que o FGTS, por seu viés social, teria como regra geral o prazo prescricional de 30 (trinta) anos. Regra que seria excepcionada apenas nos casos em que o devedor fosse a Fazenda Pública. Recentemente, o STF consolidou o entendimento de que o prazo prescricional deveria ser similar aos demais créditos trabalhistas. No estudo em apreço, verificam-se os fundamentos e os possíveis efeitos práticos dessa decisão para a inspeção do trabalho. São apresentados dados estatísticas que apoiam a conclusão sobre os possíveis reflexos da decisão.

Palavras-chave: Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Prescrição. Supremo Tribunal Federal (STF). Auditoria do Trabalho.

Abstract

Labor inspection is directly affect by changes in the statute of limitations of The Government Severance Indemnity Fund for Employee entitled "FGTS". Since its creation, has given rise to a number of discussions regarding its legal nature. Not without reason, since consideration of its legal nature triggers a series of consequences in the legal order. One of the consequences that deserved the largest number of discussions is the one that seeks to define the statute of limitations for the collection of debts related to its contributions not made. For many years, it was

¹ Artigo submetido em 30/09/2017, pareceres de análise em 05/12/2017 e 08/12/2017, aprovação comunicada em 12/12/2017.

² Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFC. Mestre em Informática pela PUC-RJ. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Professor Adjunto da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Auditor-Fiscal do Trabalho. E-mail: <alexandre.bruno@terra.com.br>.



argued, even in the higher courts, that the FGTS, by its social right character, would have as a general rule the prescriptive period of thirty (30) years. A rule that would be excepted only in cases where the debtor was the Treasury. Recently, the STF consolidated the understanding that the statute of limitations should be similar to other labor credits. In the present study, the grounds and possible practical effects of that decision are verified in labor inspection. Statistical data are presented to support the conclusion on the possible consequences of the decision.

Keywords: Government Severance Indemnity Fund for Employee. Statute of limitations. Federal Supreme Court. Labor Inspection.

Sumário: 1. Introdução. 2. A prescrição no Direito do Trabalho. 3. A prescrição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). 4. O fim da prescrição trintenária. 5. Efeitos da decisão. 5.1. Administração pública como empregadora. 5.2. Empregadores privados. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A ordem jurídica gravita em torno da segurança e da justiça, dois de seus valores essenciais. Para realizar a justiça, são previstos diferentes mecanismos, como a redistribuição de riquezas e a garantia do devido processo legal. A segurança, por sua vez, encerra valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física, albergando conceitos fundamentais como a continuidade das normas jurídicas e a estabilidade das situações anteriormente controvertidas. (BARROSO, 2001, p. 03)

Em nome da segurança jurídica, consolidaram-se institutos desenvolvidos historicamente, com destaque para a preservação dos direitos adquiridos e da coisa julgada. É nessa ordem de ideias que se firmou o conceito (artificial) de prescrição. Em termos sucintos e de forma geral, trata-se da estabilização das situações jurídicas potencialmente litigiosas por força do decurso do tempo. (BARROSO, 2001, p. 03).

Esta influência do tempo, consumido do direito pela inércia do titular, serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica, que é estabelecer a segurança das relações sociais. Como passou muito tempo sem modificar-se o atual estado de coisas, não é justo que se continue a expor as pessoas à insegurança que o direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmocles. A prescrição assegura que, daqui em diante, o inseguro é seguro; quem podia reclamar não mais o pode. (DANTAS, 1977, p. 397-8)

Desta forma, a prescrição é um instituto que, em nome da segurança nas relações sociais, torna inexigíveis parcelas não reivindicadas ao longo de certo prazo



legalmente estabelecido. É figura que confere prevalência ao valor segurança, em detrimento do valor justiça. A ordem jurídica assegura a busca, pelo titular, da proteção estatal a seus interesses, mas desde que o fazendo em um prazo máximo fixado, de maneira a não eternizar situações indefinidas no âmbito social. Se o justo não é perseguido em certo tempo, fica a ordem jurídica com a segurança, em favor da estabilização social. (DELGADO, 2016, p. 261-262)

Deve se ressaltar que a prescrição é regra em todos os campos do direito, sendo que a imprescritibilidade é situação excepcional. Nesse sentido, a própria Constituição Federal de 1988 enumera as hipóteses de imprescritibilidade, garantindo, em sua sistemática, o princípio geral da perda da pretensão pelo decurso de tempo.³

No âmbito do Direito do Trabalho, o instituto da prescrição sempre mereceu tratamento diferenciado. Normas específicas foram criadas e questões relativas a aplicabilidade direta das regras gerais do direito civil e processual civil serviram de campo fértil para várias discussões. Verifica-se, no entanto, nos últimos anos, o surgimento de posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários que pugnam pela unificação.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), desde a sua criação, originou uma série de questões jurídicas. Foi necessário algum tempo para que a sua natureza jurídica fosse sedimentada como um direito de cunho trabalhista. Definida a sua natureza, reuniram-se as condições para a revisão do antigo prazo prescricional de 30 (trinta) anos.

O objeto central do estudo será discutir os fundamentos apresentados para alteração do prazo de prescrição para a exigência dos créditos relativos ao FGTS e os possíveis efeitos práticos dessa decisão. Com esse objetivo, inicialmente, serão apresentadas as regras gerais da prescrição no âmbito trabalhista.

2 A PRESCRIÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Roberto de Ruggiero justifica que o tempo produza a perda de um direito, ao indicar que o ordenamento não tutela quem não exerce o seu direito, mostrando que

³ São admitidas suas hipóteses de imprescritibilidade na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, incisos XLII e XLIV, o primeiro, relativo ao crime de racismo e, o segundo, o contra a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático. (Art. 5º, XLII e XLIV, CF)



o despreza, que não o quer conservar. Segundo ele, é de interesse da ordem social que, depois de um dado tempo, desapareça qualquer incerteza nas relações jurídicas, bem como toda possibilidade de contestação ou pleito daquele direito. (RUGGIERO, 1999, p. 412). Câmara Leal arremata esse entendimento, elencando como fundamentos da prescrição:

O interesse público, a estabilização do direito e o castigo à negligência; representando o primeiro o motivo inspirador da prescrição; o segundo, a sua finalidade objetiva; o terceiro, o meio repressivo de sua realização. Causa, fim e meio, trilogia fundamental de toda instituição, devem constituir o fundamento jurídico da prescrição (LEAL, 1982, p. 16).

A prescrição é um fenômeno produzido pelo decurso do tempo, que tem como efeito a consolidação (aquisição) ou a extinção (perda) de situações jurídicas. Desta forma, o instituto da prescrição surge em duas espécies, a prescrição aquisitiva e a prescrição extintiva, que são nitidamente distintas e disciplinadas de forma separada. No direito brasileiro, a prescrição aquisitiva foi tratada com o *nomen juris* de usucapião, enquanto o termo vocabular prescrição ficou restrito à prescrição extintiva. (FARIAS; ROSENVALD, 2015)⁴.

As regras gerais concernentes à prescrição estabelecidas essencialmente pelo Código Civil aplicam-se, em linhas gerais, à prescrição trabalhista. Entretanto, o direito do trabalho tem firmado regras específicas. A especificidade é encontrada em temas como prazos prescricionais dos direitos trabalhistas, critérios de contagem da prescrição, momento de arguição da prescrição e âmbito de aplicação no direito trabalhista da prescrição intercorrente.

O Direito do Trabalho brasileiro adere ao conceito de prescrição encontrado no Código Civil Brasileiro de 2002, tratando-a como a perda da pretensão, que é o poder de exigir, pelas vias judiciais, a prestação descumprida pelo devedor.

Entretanto, segundo parte da doutrina e da jurisprudência, a prescrição no Direito do Trabalho, por versar sobre matéria de cunho patrimonial, não deve ser conhecida *ex officio* pelo Juiz. Esse foi o entendimento, mesmo com a alteração do art. 219, §5º, do Código de Processo Civil de 1973, que prescreve que o juiz acate

⁴ A prescrição aquisitiva ou usucapião, encontra-se regulada na Parte Especial do Código Civil, Livro III - do Direito das Coisas, Título III – Da Propriedade, em seu art. 1.238 e seguintes. A prescrição extintiva ou simplesmente prescrição, está regulado na Parte Geral, Livro III – Dos Fatos Jurídicos, Título IV – Da prescrição e da decadência, através do artigo 189 e seguintes.



essa prescrição e da revogação do art. 194, do Código Civil Brasileiro de 2002, que impedia o uso dessa prerrogativa.

Nesse entendimento, as normas gerais de prescrição só seriam aplicáveis ao Direito do Trabalho quando compatíveis com os seus princípios e regras. A jurisprudência tem se inclinado pela incompatibilidade desses dispositivos legais com a ordem trabalhista (arts.8º e 769, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT). (DELGADO, 2016, p. 289).

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE – PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO – ART. 219º, § DO CPC – APLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. A alteração do artigo 219, 5º, do CPC, efetuada pela Lei n. 11.280/2006, autoriza o Juiz a declarar, de ofício, a prescrição. O instituto, no entanto, não se mostra compatível com o processo do trabalho, em razão de princípios e peculiaridades que o regem, dentre outros, a indisponibilidade de alguns dos direitos do empregado, a natureza alimentar do salário, e a própria desigualdade econômica entre empregados e empregadores, não presentes na relação jurídica disciplinada pelo Código de Processo Civil. Recurso de revista conhecido e provido (BRASIL, TST, 2001).

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI N. 11.496/2007. RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. PRONÚNCIA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 219, parágrafo 5º, DO CPC COM O PROCESSO DO TRABALHO. O art. 219, parágrafo 5º, do CPC, que possibilita a pronúncia de ofício da prescrição pelo juiz, não se aplica subsidiariamente ao Processo do Trabalho, porque não se coaduna com a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e com o princípio da proteção ao hipossuficiente. Precedentes desta Subseção Especializada. Recurso de embargos conhecido e não provido (BRASIL, TST, 2014).

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) manteve a prerrogativa judicial de pronúncia da prescrição, mas, efetivamente, como simples faculdade do julgador (art. 487, II, c/c art. 332, §1º, ambos do CPC/2015). Além disso, deve se seguir a regra prudencial, que determina que “a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se”, conforme o art. 487, do CPC/2015 (BRASIL, 2015).

Maurício Godinho defende que, ao determinar a atuação judicial, em franco desfavor de direitos laborais, a regra civilista entra em choque com vários princípios constitucionais. Citam-se como os princípios mais atingidos o da valorização do trabalho e do emprego, o da norma mais favorável e o da submissão da propriedade à sua função socioambiental, além do próprio princípio da proteção. (DELGADO, 2016, p. 289).



Segundo o autor, mesmo que se acredite que essa regra seja compatível com o Processo do Trabalho, está claro que ela deve atuar dentro de certos limites. Como previsto no art. 487, CPC/2015, deve ser concedida prévia vista à parte contrária para manifestação, seja porque não se conhece de prescrição não arguida na instância ordinária (Súmula 153, TST), seja porque não pode ser efetivada em recurso de revista e na fase de liquidação/execução (DELGADO, 2016, p. 289).

Ressalte-se, entretanto, que o entendimento não se encontra pacificado. Gustavo Garcia assinala que, ainda que pertinentes as críticas apresentadas contra a aplicação da prescrição *ex officio*, elas devem ser entendidas como meras críticas a uma lei já aprovada, servindo no máximo como sugestão ao legislador. Não se podendo confundir crítica ao direito legislado com interpretação científica do Direito. (GARCIA, 2016, p. 127).

Assim no plano da ciência jurídica, ao se propor analisar e interpretar a atual precisão jurídico-normativa quanto à prescrição, embora seja possível não se concordar com a nova orientação adotada pelo legislador, o fato é que lei ordena que seja conhecida de ofício pelo juiz, independentemente da natureza do direito material em discussão. (GARCIA, 2016, p. 1275).

Gustavo Garcia sustenta ser necessária a aplicação do art. 487, inciso II, do CPC/2015, inclusive no âmbito trabalhista, pois, caso isso não seja feito, existirá um verdadeiro vácuo legislativo. Afinal, não existe qualquer previsão no ordenamento jurídico afirmando que o juiz depende ou necessita de arguição da parte para conhecer a prescrição. Uma vez sendo verificado que o direito objetivo não é mais exigível, entendeu o legislador que assim será considerado pelo juiz, mesmo de ofício, o que está em consonância com os princípios da primazia da realidade, celeridade e economia processual.

Nesse sentido, ainda que exista uma eventual hipossuficiência de uma das partes da relação jurídica, esse fato não é critério apto a excepcionar a aplicação da disposição legal. Ressalta-se que a condição de hipossuficiência existe em outros tipos de relações jurídicas, como nas relações de consumo, não sendo tal preceito aplicável.

Assim como o recibo de pagamento pode ser considerado, de ofício, pelo juiz, decidindo pela improcedência do pedido, o mesmo passou a ocorrer com a extinção da exigibilidade do direito material, em razão da prescrição. O fato extintivo do direito, em regra, não precisa ser arguido pela parte para ser conhecido pelo juiz, tal como ocorre no pagamento, pois deve prevalecer a decisão judicial em conformidade com a verdade real e com o Direito objetivo. (GARCIA, 2016, p. 1276).



Esclarece, por fim, que o entendimento que defende que a prescrição deve ser alegada, não devendo ser pronunciada *ex officio*, encontra-se na contramão da evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial. A atual regra de decretação, que existe sem fazer ressalvas, decorre do claro intuito em se alcançar maior economia e celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, CF, acrescentado pela EC 45/2004). É posto fim no processo em que a pretensão é claramente inexigível, por já ter se consumado a prescrição. (GARCIA, 2016, p. 1277).

Outro ponto que merece destaque é o termo inicial para a contagem do prazo prescricional. Segundo a doutrina objetiva, o ponto de partida para a contagem do prazo deveria ser a violação do direito. Essa tese foi consagrada pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 189, que estabelece que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição”.

Entretanto, é preciso ressaltar que a prescrição é também um fenômeno subjetivo, cujo prazo começa a fluir do momento em que o titular do direito violado toma ciência da lesão, mesmo que esta tenha acontecido anteriormente. Esse posicionamento é defendido por Câmara Leal, cujo entendimento já foi manifestado pelo TST em sua composição plena.

(..) não nos parece racional admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação. Se a prescrição é um castigo à negligência do titular – *cum contra desides homines, et sui juris contentores, odio sal exceptiones oppositae sunt* – não se compreende a prescrição sem a negligência, e esta, certamente, não se dá quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação. (...) Todavia a ignorância não se presume, pelo que ao titular incumbe provar o momento em que teve ciência da violação, para que possa beneficiar-se por essa circunstância a fim de ser o prazo prescricional contado do momento da ciência e não da violação. (CÂMARA LEAL, 1993, p. 23).

Segundo o Tribunal Superior do Trabalho:

A prescrição deve ser contada a partir da data em que o trabalhador toma, efetivamente, conhecimento da violação de seu direito individual. Recurso de revista provido para que o Tribunal Regional aprecie o mérito da causa. (BRASIL. TST – E.RR-2.396/68 – Ac Pleno 942/69 – Rel.: Mozart Victor Russomano. Revista LTr34/46.)⁵.

No que concerne à prescrição intercorrente, aquela que surge no curso da ação, há uma divergência jurisprudencial. Para o Supremo Tribunal Federal (STF), o

⁵ Trata-se de decisão citada por Alice Monteiro de Barros em seu livro Curso de Direito do Trabalho, 2008, p. 1023.



direito trabalhista admite a prescrição intercorrente (Súmula 327). Já para o Tribunal Superior do Trabalho (TST), é inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente (Súmula 114).

Como, aliás, prevê o art. 884, §1º, da CLT, que consagra a prescrição como “matéria de defesa” nos embargos à execução, incide a prescrição intercorrente no processo do trabalho. Essa prescrição só poderia ser a intercorrente, pois seria inadmissível arguir prescrição sobre pretensão que já consta da coisa julgada. Trata-se da omissão reiterada do exequente no processo, em que ele abandona, de fato, a execução, por um prazo superior a dois anos, deixando de praticar, por exclusiva omissão sua, atos que tornem fisicamente possível a continuidade do processo. (DELGADO, 2016, p. 290).⁶

Por fim, a regra geral da prescrição para os créditos trabalhistas, conforme o art. 7º, inciso XXIX, da Constituição da República, é de 5 (cinco) anos. Uma vez violado o direito trabalhista, o empregado terá cinco anos para exigir o seu direito material subjetivo. Entretanto, uma vez extinto o contrato de trabalho, o prazo prescricional é de dois anos. Decorrido o biênio, há prescrição total da pretensão quanto aos direitos de natureza pecuniária, decorrentes do contrato de trabalho extinto.

3 A PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO (FGTS)

Em relação ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), é importante que se façam algumas observações. A natureza jurídica do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço sempre foi tema de grande controvérsia doutrinária, apresentando diversas repercussões práticas, inclusive em relação ao prazo prescricional aplicável. (GARCIA, 2016, p. 875).

O FGTS possui natureza complexa, de difícil caracterização. Trata-se de direito trabalhista, mas, como conjunto de depósitos, constitui, também, um fundo

⁶ Exemplo seria na liquidação por artigos, se o juiz ordenar a apresentação dos artigos de liquidação e o liquidante deixar transcorrer *in albis* o prazo de dois anos se o contrato já tiver sido terminado ou de 5 (cinco) anos se estiver em vigor, o *executado* pode arguir a prescrição intercorrente ou o juiz pronunciá-la de ofício, nos termos do art. 219, § 5º, do CPC/73 (NCPC, art. 487, II). Não sendo possível que se argumente com violação ao art. 878 da CLT, pois a *execução trabalhista* pode ser *ex officio*, mas a liquidação por artigos depende de iniciativa da parte. Sem título executivo líquido e certo, não há como ser promovida a execução.



social de aplicação variada. Prevalece, na jurisprudência, o entendimento de que a contribuição do FGTS, a ser depositada pelo empregador, não possui natureza tributária, tratando-se de uma contribuição social, especial, com natureza trabalhista. (GARCIA, 2016, p. 876).

A ordem jurídica sempre ofereceu critério prescricional distinto ao FGTS. A jurisprudência, anterior à Constituição de 1988, já havia pacificado a prescrição trintenária em relação aos depósitos principais incontroversos, depósitos que devem ser recolhidos durante a regularidade do contrato de trabalho.⁷

Tratando-se, porém, de depósitos reflexos, parcelas de FGTS decorrentes de parcelas principais judicialmente pleiteadas, o prazo prescricional incidente seria o pertinente ao padrão trabalhista. Nesse sentido, a prescrição do FGTS acompanharia as das demais verbas trabalhistas e ocorreria quando passados dois anos (antigo Enunciado 206).⁸ Estando prescrito o principal, seus reflexos também ficariam sob o manto da prescrição.

A Constituição de 1988 trouxe algumas novidades. Em primeiro lugar, deve-se atualizar a redação original do Enunciado 206. Obviamente, a expressão “bienal”, referida por esse enunciado, deve ser alterada interpretativamente para “quinquenal”, como resultado de mera adequação normativa em face do prazo constitucional.

Além disso, como a nova Constituição fixou um prazo geral de prescrição de dois anos após a ruptura do contrato, deve-se compreender que até mesmo o prazo trintenário do FGTS, repetido pelo art. 23, § 5º, da Lei n. 8.036/90, estaria sujeito à regra geral dos dois anos. Nesta linha, a Súmula 362 do TST, com as suas antigas redações.

Nº 362 FGTS – Prescrição (Redação – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003). É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho

⁷ Súmula nº 95 do TST - PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. FGTS (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. (Cancelada em decorrência da sua incorporação à nova redação da Súmula nº 362). Histórico: Redação original - (RA 44 / 1980, DJ 15.05.1980).

⁸ Redação original - Res. 12/1985, DJ 11, 12 e 15.07.1985. Nº 206 FGTS. Incidência sobre parcelas prescritas A prescrição bienal relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS



Nº 362 FGTS – Prescrição (Redação original - Res. 90/1999, DJ 03, 06 e 08.09.1999). Extinto o contrato de trabalho, é de dois anos o prazo prescricional para reclamar em Juízo o não-recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Contudo, sendo a ação proposta a menos de dois anos do final do contrato, prevaleceria a prescrição trintenária da Lei n. 8.036/90. Dessa forma, estaria respaldado o biênio constitucional, a natureza complexa do FGTS e o princípio da norma mais favorável. Seria possível discutir a regularidade de depósitos dos diversos anos do contrato, até o máximo de trinta anos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi um pouco além, preservando o prazo trintenário para a pretensão arrecadadora do órgão gestor do FGTS, a Caixa Econômica Federal (CEF), independentemente do fluxo do prazo bienal extintivo dirigido à pretensão do empregado (Súmula 210, STJ). Essa compreensão acerca da matéria manteve-se pacificada também em julgados do STF, prolatados desde a promulgação da Constituição de 1988.

Entretanto, ao decidir o Recurso Extraordinário com Agravo 709.212-DF⁹, em 13.11.2014, o Plenário da Corte Máxima decidiu alterar essa sedimentada leitura jurisprudencial, declarando inconstitucional o prazo trintenário estabelecido pelo art. 23, § 5º, da Lei n. 8.036/90, assim como o art. 55 do Decreto n. 99.684/90 (Regulamento do FGTS), por afronta ao prazo quinquenal fixado no art. 7º, XXIX, da Constituição.

4 O FIM DA PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA

Em seu voto vencedor, o Relator Ministro Gilmar Mendes ressalta que a antiga controvérsia em relação à natureza jurídica do FGTS é questão prejudicial à definição do prazo prescricional aplicável. Segundo ele, o FGTS, que surgiu como uma alternativa à estabilidade de emprego, modificou a sua natureza ao longo do tempo, inclusive com a criação do seguro desemprego, passando a ser um direito trabalhista autônomo.¹⁰

⁹ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário com Agravo 709.212 Distrito Federal. Relator: MENDES, Gilmar Ferreira. Julgado em 13 de novembro de 2014. Acórdão eletrônico repercussão geral – mérito DJe-032 divulgado em 18 de fevereiro de 2015. Publicação em 19 de fevereiro de 2014. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004>. Acesso em 10 fev 2017.

¹⁰ Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes, para reforçar o seu entendimento, cita a obra de Jose Afonso da Silva (2007, p. 191).



Em seu voto, inicialmente, é feito um rápido estudo histórico acerca da relação entre a natureza jurídica do FGTS e a sua prescrição. Segundo o art. 20 da Lei 5.107/66, que criou o FGTS, a cobrança judicial e administrativa dos valores devidos ao FGTS deveria ocorrer de modo análogo à cobrança das contribuições previdenciárias e com os mesmos privilégios. O Tribunal Superior do Trabalho (TST), em seu antigo Enunciado 95, assumiu a tese de que o FGTS seria uma contribuição previdenciária, fixando o prazo de trinta anos, até então válido para a cobrança das contribuições previdenciárias.

Após a Constituição de 1988, foi promulgada a Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, que deu nova disciplina ao FGTS. Em relação ao prazo prescricional, o art 23, parágrafo 5º, dispunha que “o processo de fiscalização, de atuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária”.

Entretanto, conforme ressalta o Ministro Gilmar Mendes, o art. 7º, III da Constituição Federal arrola o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço como um direito dos trabalhadores, colocando termo na discussão acerca da sua natureza jurídica. Afasta-se a tese do suposto caráter tributário ou previdenciário das contribuições devidas ao fundo, salientado ser o FGTS um direito de índole social e trabalhista.

Esse já era entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, entretanto, continuava a decidir pelo prazo prescricional de 30 (trinta) anos, aplicável às contribuições sociais, de acordo com o art. 144, da lei 3.807 de 26 de agosto de 1960, que dispunha sobre a Lei Orgânica da Previdência Social.

FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PRESCRIÇÃO. PRAZO TRINTENÁRIO. LEI ORGÂNICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, ART. 144. A natureza da contribuição devida ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 100249- RTJ 136/681. Nesse julgamento foi ressaltado seu fim estritamente social de proteção ao trabalhador, aplicando-se-lhe, quanto à prescrição, o prazo trintenário resultante do art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social. Recurso extraordinário conhecido e provido.¹¹

No Supremo Tribunal Federal, a natureza jurídica do FGTS já se encontrava pacificada, tratava-se de direito social de proteção ao trabalhador, havendo apenas

¹¹ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário 134.328 Distrito Federal. Relator: GALVÃO, Ilma. 1ª Turma. Julgado em 02 de fevereiro de 1993. Publicação em 18 de fevereiro de 1993. Disponível em: <stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiario Justica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=134328&classe=RE>. Acesso em 10 fev 2017.



descompasso em relação a essa natureza e aos seus efeitos em relação à prescrição. Decidia-se pela prescrição trintenária.¹²

Acredita-se que a permanência da prescrição trintenária tinha como base a ideia de proteção ao trabalhar na constância da relação de emprego. Prova disso é o antigo Enunciado 362 do TST, com redação de 2003 que, ao mesmo tempo em que indicava a prescrição trintenária durante a vigência do contrato, utilizava-se da regra constitucional de prescrição para créditos trabalhistas de 2 (dois) anos após a extinção do contrato.¹³

Segundo Gilmar Mendes, a previsão de prazo dilatado para o ajuizamento de reclamação contra o não recolhimento do FGTS revela um descompasso com a literalidade do texto constitucional. Atenta contra a necessidade de certeza e estabilidade nas relações jurídicas, princípios basilares de nossa Constituição e razão de ser do próprio Direito.

Para ele, o próprio arcabouço legal e institucional do FGTS, revela-se apto a afastar toda e qualquer alegação de que a manutenção do prazo prescricional de 30 (trinta) anos seria justificável pela impossibilidade fática do trabalhador exigir judicialmente, na vigência do contrato de trabalho, o depósito das contribuições; o que redundaria em sua demissão ou na aplicação de sanções.

Além disso, segundo Gilmar Mendes, em relação à cobrança dos depósitos relativos ao FGTS, é facultado não apenas ao próprio trabalhador, mas também ao sindicato a que estiver vinculado, exigir judicialmente o depósito dos valores relativos ao FGTS (art. 15, da Lei 8.036/1990).

Além do sindicato, o art. 1º da Lei 8.844, de 20 de janeiro de 1994, atribui ao Ministério do Trabalho a competência para a fiscalização e a apuração das contribuições devidas ao FGTS. Em seu art. 2º, o referido diploma legal afirma competir à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos referentes ao FGTS e a representação judicial e extrajudicial do Fundo, para fins de cobrança.

¹² Julgados do RE 134.328, Rel. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 19.2.1993; do RE 116.761, Rel. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 2.4.1993; e do RE 120.189, Rel. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 19.2.1999

¹³ Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Nº 362 FGTS – Prescrição É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.



A legislação que disciplina o FGTS também criou instrumentos para que o trabalhador, na vigência do contrato de trabalho, tenha ciência da realização dos depósitos pelo empregador e possa, direta ou indiretamente, exigí-los.

Nos termos do art. 17 da Lei 8.036/1990, os empregadores são obrigados a comunicar mensalmente aos trabalhadores os valores recolhidos ao FGTS e repassar-lhes todas as informações sobre suas contas vinculadas recebidas da Caixa Econômica Federal ou dos bancos depositários. Além disso, a Caixa Econômica Federal, na qualidade de agente operador, envia aos trabalhadores, periodicamente, extrato atualizado dos depósitos.

Por fim, em seu voto, Gilmar Mendes entendeu ser necessária a modulação dos efeitos da decisão. A modulação que se propõe consiste em atribuir à decisão efeitos *ex nunc* (prospectivos). Dessa forma, para aqueles cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão.

Dessa forma, pelo menos no campo formal, o direito do trabalhador aos seus depósitos está totalmente protegido.

5 EFEITOS DA DECISÃO

Firmado o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o primeiro efeito foi a pronta alteração da redação da Súmula 362, do Tribunal Superior do Trabalho, que passou a ter a seguinte redação:

Súmula nº 362 do TST. FGTS. PRESCRIÇÃO (nova redação) - Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015. I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato; II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF)

Acredita-se que os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) não serão poucos e são relativamente previsíveis. Nesse trabalho, a análise dos efeitos tomará por base o critério subjetivo, o do devedor dos depósitos para com o



Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Inicialmente, serão analisados os reflexos da decisão em relação aos entes públicos, para em seguida, fazer-se a análise em relação aos entes privados.

5.1 Administração pública empregadora

A Administração Pública somente é considerada empregadora, para fins de FGTS (art. 15, §1º, da Lei 8.036, de 11 de maio de 1990), quando admitir trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (art. 15, §2º, da Lei 8.036/90). Importante ressaltar, que mesmo que o contrato seja declarado nulo, uma vez regido pela Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), deverá a Administração Pública depositar os valores referentes ao FGTS em conta vinculada (art. 19-A, da Lei 8.036/90).¹⁴

Entretanto, apesar de figurar como empregadora e ter obrigações similares aos demais entes privados, a auditoria das contribuições sociais e da legislação trabalhista foi por muito tempo afastada dos entes públicos.

Essa omissão deveu-se ao entendimento exarado pelo Parecer L-038, de 18 de novembro de 1974, da Consultoria-Geral da República (CGR), que visava a dirimir a divergência de interpretação sobre a legitimidade de cominação de multa, juros e correção monetária em cobrança de débito do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) para com o Instituto Nacional da Previdência Social (INPS).

Segundo esse parecer, contrário inclusive às decisões das altas cortes, considerava inaplicável a multa para as pessoas de direito público, por inexistência de poder de polícia. Baseava-se na ideia de que, na hierarquia dos privilégios, o da União prefere ao de suas autarquias. Nesse sentido, seria inteiramente descabido que uma autarquia (INPS), órgão delegado da União, pudesse ter poderes disciplinares para impor multas a outras pessoas de direito público.¹⁵

¹⁴ O Supremo Tribunal Federal admitiu a necessidade de recolhimento da contribuição se reconhecida a nulidade da contratação temporária. É o que registra a ementa do RE 596.478, julgado em junho de 2012, que decidiu pela constitucionalidade do art. 19-A, da Lei 8.03/90, que dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a administração pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário.

¹⁵ A respeito desse Parecer o Exmo. Sr. Presidente da República exarou o seguinte despacho: "Aprovo. Em 2-12-74". Publicado na íntegra no Diário Oficial de 04/12/1974, págs. 13750-13752. Republicado no diário oficial de 06/12/1974, pág. 13.878, por ter saído com incorreções no D. O. de 04-12-74.



Após esse parecer, as contribuições sociais e relativas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) só passaram a ser auditadas sistematicamente, em relação aos entes públicos, 30 (trinta) anos depois, com o Parecer no AGU/GV – 01/2004. Esse parecer modificou o entendimento da extinta Consultoria-Geral da República (CGR), tendo a seguinte ementa: “As multas previstas em lei são aplicáveis às pessoas jurídicas de Direito Público. O favorecimento, pela exclusão, caracteriza desvio de poder”.

Os argumentos apresentados para a derrubada do antigo parecer da Consultoria-Geral foram inúmeros. Inicialmente, é importante lembrar que as entidades estatais, quando agindo como empregadoras, devem ser tratadas como tais.¹⁶ Os empregados públicos mantêm com qualquer entidade estatal relação de emprego disciplinada pelo Direito do Trabalho, materializado na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e nas demais normas laborais da atividade privada. (CARRION, 2005, p. 57).

Ressalte-se que o Parecer L-038/74 pautou a atividade da auditoria do trabalho por 30 (trinta) anos. Durante esse período, raramente ou nunca, foi verificada a regularidade das obrigações trabalhistas dos entes públicos. Além disso, há uma peculiaridade em relação à prescrição do FGTS dos empregados públicos.

O Decreto 20.910, de 06 de janeiro de 1932, estabelece que as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem como todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que há mais de uma década vem afirmando que, nas ações de cobrança de qualquer verba, inclusive do FGTS, em face da Fazenda Pública da União, dos Estados e dos Municípios, o prazo prescricional é quinquenal, nos termos do Decreto 20.910/32.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO. DÉBITO RELATIVO AO FGTS. PRESCRIÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. APLICABILIDADE. 2. O prazo

¹⁶ Grande parte dessa discussão foi mantida pela antiga redação do art. 239, parágrafo 9º, do Decreto 3.048/99, que isentava das multas impostas, por recolhimento fora do prazo as entidades de direito público. Esse decreto foi alterado, retirando do elenco de entidades isentas das multas por atraso, as pessoas jurídicas de direito público, através Decreto nº 6.042, de 2007.



trintenário não se impõe na hipótese de cobrança de crédito relativo a FGTS contra a Fazenda Pública, devendo ser a prescrição, in casu, quinquenal, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32.¹⁷

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FGTS. COBRANÇA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL. PREVALÊNCIA DO DECRETO 20.910/32. 1. O Decreto 20.910/32, por ser norma especial, prevalece sobre a lei geral. Desse modo, o prazo prescricional para a cobrança de débito relativo ao FGTS em face da Fazenda Pública é de cinco anos. Aplica-se, por analogia, o disposto na Súmula 107 do extinto TFR: "A ação de cobrança do crédito previdenciário contra a Fazenda Pública está sujeita à prescrição quinquenal estabelecida no Decreto n. 20.910, de 1932".¹⁸

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTOS NÃO IMPUGNADOS. SÚMULA 182/STJ. INCIDÊNCIA. **FGTS. DEMANDA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL. APLICAÇÃO DO DECRETO N. 20.910/32. 2. "O Decreto 20.910/32, por ser norma especial, prevalece sobre a lei geral. Desse modo, o prazo prescricional para a cobrança de **débito relativo** ao **FGTS** em face da **Fazenda Pública** é de cinco anos".¹⁹**

Desta forma, parece-nos claro que a nova interpretação da prescrição, em relação aos entes de direito público, não deveria ter grande impacto nas decisões judiciais. Inclusive, esse foi o entendimento expresso no Parecer PGFN/CDA/DFGTS nº 1529/2014, editado após a AGU reafirmar o entendimento de que é quinquenal o prazo prescricional dessas ações.²⁰ Além disso, o referido Parecer estabelece que os créditos que forem considerados prescritos, com base na aplicação do Parecer nº 03/2011/SF/AGU, devem ser devolvidos ao Ministério do Trabalho e Emprego (órgão de origem), logo após o cancelamento da inscrição em Dívida Ativa correspondente. Estabelece, ainda, que, na verificação de eventual transcurso do prazo prescricional, deve ser considerada a suspensão desse prazo durante o trâmite do processo

¹⁷ BRASIL. STJ. REsp 559.103/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2003, DJ 16/02/2004, p. 222. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1067011&num_registro=200300898042&data=20040216&tipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 10 fev 2017.

¹⁸ BRASIL. STJ. REsp 1107970/PE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 10/12/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802631404&dt_publicacao=10/12/2009>. Acesso em 10 fev 2017.

¹⁹ BRASIL. STJ. AgRg no AREsp 461.907/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 02/04/2014). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400067149&dt_publicacao=02/04/2014>. Acesso em: 10 fev 2017.

²⁰ BRASIL. Procuradoria da Fazenda. Parecer PGFN/CDA Nº 630/2015. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/documentos-portaria-502/PARECER%20OCDA%20630-2015.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.



administrativo, entre a ciência da lavratura da notificação fiscal e a constituição definitiva do crédito fundiário.

Desta forma, o Parecer nº 03/2011/SF/AGU, aprovado pelo Advogado-Geral da União, concluiu que o prazo prescricional das ações que tenham como sujeito passivo entes da Fazenda Pública é de 5 anos. Mesmo que digam respeito a contribuições para o FGTS, com o mesmo fundamento de que a norma do art. 1º do Decreto nº 20.910/32 é especial em relação ao art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90.

Entretanto, não era essa a determinação seguida pela auditoria do Ministério do Trabalho. A Nota Técnica n.181/2013/DMSC/SIT, que norteava a atividade dos auditores do trabalho, não fazia qualquer observação em relação aos órgãos públicos quanto à prescrição trintenária. Desta forma, os levantamentos de débitos elaborados pela Auditoria do Trabalho desconsideravam o limite de 5 (cinco) anos para a cobrança de dívidas em relação aos entes de direito público, contemplando todos os débitos encontrados nos últimos 30 (trinta) anos.²¹

Logo após a nova interpretação do Supremo Tribunal Federal, foi publicada a Nota Técnica 97/2015/SIT/MTE, de 15 de maio de 2015, que também não fez qualquer ressalva ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos para os entes públicos. Limita-se a estabelecer regras gerais para os levantamentos.²²

Ressalte-se, entretanto, que o reconhecimento da dívida por parte do ente público, ao firmar termo de compromisso de pagamento junto à Caixa Econômica Federal, importa em renúncia à prescrição.²³

5.2 Empregadores privados

Em relação aos devedores privados, que contratam trabalhadores no regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), os efeitos da nova prescrição serão mais sentidos. Como já ressaltado pelo próprio relator, Ministro Gilmar Mendes, o

²¹ BRASIL. MT. Nota Técnica no 181/2013/DMSC/SIT. FGTS. Prescrição trintenária. Dupla proteção. Ausência de inconstitucionalidade e/ou legalidade na sanção de fiscalização lastrada em prescrição trintenária. Disponível em: <https://enit.mte.gov.br/pluginfile.php/8720/mod_resource/content/2/NT%20181%202013%20FGTS.%20Prescri%C3%A7%C3%A3o%20trinten%C3%A1ria.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2017.

²² BRASIL. MT. Nota Técnica 97/2015/SIT/MTE. Prazo prescricional do FGTS. Disponível em: https://enit.mte.gov.br/pluginfile.php/11135/mod_resource/content/1/Nota%20T%C3%A9cnica%20097%202015%20Prazo%20prescricional%20do%20FGTS.pdf. Acesso em: 14 fev. 2017.

²³ BRASIL. TRT3. RO 00137-2013-045-03-00-1, Relator: Juiz convocado Mauro César Silva, Data de Julgamento: 30/10/2013. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=1511755>. Acesso em: 14 fev. 2017.



FGTS foi constituído originalmente como uma alternativa à estabilidade. Afirma, entretanto, que a mera criação do seguro-desemprego o substituiria nessa função, passando este a ser um direito autônomo.

Entretanto, acredita-se que estabilidade e seguro-desemprego não se confundem. A multa rescisória do FGTS não tem apenas a função de minorar os efeitos do desemprego. Ela visa, também, a desestimular a demissão de empregados que tenham mais tempo de serviço na empresa considerando os ônus decorrentes da rescisão. Nesse sentido, soa falacioso afirmar que o FGTS modificou a sua natureza após a criação do seguro desemprego.

Mas o desemprego não é meramente uma deficiência de renda que pode ser compensada por transferências do Estado (a um pesado custo fiscal que pode ser, ele próprio, um ônus gravíssimo); é também uma fonte de efeitos debilitadores muito abrangentes sobre a liberdade, a iniciativa e as habilidades dos indivíduos. Entre seus múltiplos efeitos, o desemprego contribui para a “exclusão social” de alguns grupos e acarreta a perda da autonomia, de autoconfiança e de saúde física e psicológica. (SEN, 2010, p. 36-37).

Além disso, a decisão do STF certamente provocará um desestímulo ao recolhimento do FGTS. A redução do período de sua exigibilidade servirá de prêmio para o mau pagador, provocando enormes prejuízos para o empregado, inclusive, no momento da demissão. Os valores devidos ao FGTS, não depositados na vigência do contrato, após a fluência do novo prazo prescricional, não servirão de base para o pagamento da multa rescisória.

Conquanto seja verdade que o empregado disponha de ferramentas de controle dos depósitos do FGTS em sua conta, é pouco verossímil que ele, durante a constância da relação empregatícia, formalize alguma reclamação em relação aos recolhimentos não efetuados, haja vista o risco potencial de extinção do vínculo empregatício por iniciativa do empregador. Do ponto de vista pragmático, o ato de o empregado fiscalizar o patrão, definitivamente, não parece ser uma alternativa interessante para aqueles que dependem do salário para subsistir.

Diante de tal cenário, a cobrança de parcelas não depositadas do FGTS acaba sendo realizada juntamente com o pedido judicial de rescisão indireta do contrato de trabalho. Vale dizer: o empregado somente reclama judicialmente os depósitos do FGTS, quando pretende desligar-se do emprego. Essa alternativa era protegida pela interpretação anterior, que autorizava a cobrança dos depósitos não realizados em virtude da prescrição trintenária.



O próprio Tribunal Superior do Trabalho entende que o reiterado recolhimento irregular ou incorreto dos depósitos do FGTS constitui falta grave do empregador, suficiente a ensejar a rescisão indireta do contrato de trabalho (BRASIL. TST. RR - 403-26.2011.5.04.0202, 23/11/2012).

Por fim, conforme já salientado, compete à auditoria-fiscal do trabalho a fiscalização da regularidade dos depósitos efetuados pelas empresas. Uma vez lançados esses valores, compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em dívida ativa dos débitos relativos ao FGTS e a representação judicial e extrajudicial do Fundo, para fins de cobrança.

Na prática, o Relatório de Gestão do Fundo de Garantia do Tempo do ano de 2015 expõe uma série de dados significativos, que demonstram certas dificuldades na fiscalização dos valores não recolhidos junto ao FGTS.

A tabela a seguir apresenta as seguintes colunas: a massa salarial declarada na Relação Anual de Informações Sociais (RAIS); o valor que deveria ter sido recolhido no FGTS, tendo por base a massa salarial declarada (8% do valor da massa salarial); os valores efetivamente depositados pelos empregadores nas contas vinculadas dos empregados; os valores não recolhidos às contas; o valor auditado, lançado para cobrança ou recolhido e, por fim, a taxa de intervenção da fiscalização nos valores não recolhidos.

Tabela 1 – Tabela de intervenção direta da auditoria-fiscal do trabalho sobre o FGTS não recolhido

Ano	Massa Salarial RAIS (R\$ milhões)	Valor de FGTS Devido (R\$ milhões)	Valor de FGTS Depositado (R\$ milhões)	Total do Débito FGTS (R\$ milhões)	Resultado da Fiscalização (R\$ milhões)	Taxa Fiscal
2011	742.242,66	59.379,41	53.675,05	5.704,35	1.552,36	27,21%
2012	844.569,41	67.565,55	61.455,00	6.110,54	1.607,19	26,30%
2013	955.644,59	76.451,56	69.190,52	7.261,04	2.279,07	31,39%
2014	1.052.177,88	84.174,23	76.358,65	7.815,57	2.535,11	32,44%

Fonte: Relatório de Gestão do FGTS de 2015²⁴

²⁴ BRASIL. Caixa Econômica Federal (CEF). **Relatório de Gestão do FGTS 2015**. Disponível em: <caixa.gov.br/Downloads/fgts-relatorio-gestao/RELATORIO_GESTAO_FGTS_2015.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.



O indicador “taxa fiscal” representa a taxa de intervenção direta da auditoria do trabalho no recolhimento dos valores em atraso junto ao FGTS. A informação é obtida através do confronto entre o valor do FGTS que não foi depositado e os valores recolhidos ou levantados durante as ações fiscais.

Através desses dados, percebe-se que a taxa de inadimplência em relação às empresas que informam a RAIS é da ordem de 9,6% (nove por cento e seis décimos), sendo que, desse montante, apenas cerca de 30% (trinta por cento) é atingido pela auditoria do trabalho. Desta forma, aproximadamente 70% (setenta por cento) dos valores não depositados não chegam a ser cobrados pela auditoria. Em termos totais, esse valor representa cerca de 2,5% (dois por cento e seis décimos) dos valores a serem recolhidos junto ao FGTS.

Ressalte-se que a grande massa de valores depositados junto ao FGTS, dentre as empresas regulares junto à RAIS, é composta pelas empresas que depositam os seus valores regulamente, independentemente de qualquer ação estatal de cobrança. Os valores recolhidos por essas representam mais de 90% (noventa por cento) dos valores depositados no FGTS. Em relação aos valores notificados pela auditoria o problema continua.

O relatório de gestão também apresenta dados relativos ao total de empresas auditadas, o total de empresas auditadas em relação à regularidade do FGTS e o número de empresas que tiveram o débito constatado, e que esse débito precisou ser notificado através de documento próprio, a Notificação de Débito do Fundo de Garantia e da Contribuição Social (NDFC).

Tabela 2 – Tabela de ações fiscais da auditoria do trabalho do atributo FGTS

Ano	Total de empresas ativas	Empresas auditadas	Taxa auditadas	Empresas FGTS Auditado	Taxa FGTS auditado	NDFC lavradas	Taxa NDFC lavradas
2012	10.994.738	269.025	2,45%	150.109	1,37%	15.875	10,58%
2013	12.484.792	275.139	2,20%	137.642	1,10%	16.001	11,63%
2014	14.037.145	265.050	1,89%	114.426	0,82%	18.511	16,18%
2015	15.733.939	249.649	1,59%	79.797	0,51%	19.537	24,48%

Fonte: Relatório de Gestão do FGTS 2015²⁵, Empresômetro²⁶.

²⁵ BRASIL. Caixa Econômica Federal (CEF). **Relatório de Gestão do FGTS 2015**. Disponível em: <caixa.gov.br/Downloads/fgts-relatorio-gestao/RELATORIO_GESTAO_FGTS_2015 .pdf>. Acesso em 10 fev. 2017.



Verifica-se, através dos números relativos ao ano de 2015, que menos de 2% das empresas brasileiras foram auditadas em relação às suas práticas trabalhistas. Isso significa dizer que seriam necessários aproximadamente 50 (cinquenta) anos para que todas as empresas ativas brasileiras fossem auditadas. Em relação ao FGTS, a situação é ainda pior: 0,51% das empresas são auditadas em relação aos seus prováveis débitos de FGTS, ou seja, seriam necessários, considerando o número total de empresas ativas em 2015, mais de 200 anos para que uma empresa fosse auditada, sem falar das empresas extintas e que deixaram para trás valores não recolhidos do FGTS.

A análise da tabela demonstra que o número de empresas auditadas em relação ao FGTS, desde o ano de 2012, está em queda. Esse decréscimo é decorrente, principalmente, da redução do quadro de auditores-fiscais do trabalho, que hoje já possui mais de 1000 (mil) cargos vagos. Apesar disso, o número de NDFC indica evolução pelo aumento da eficiência na escolha estratégica das empresas auditadas.

Não há muita esperança de que com o decrescente número de empresas atingidas pela auditoria seja possível forçar o recolhimento ou elaborar notificações de débitos a ponto de que não sejam provocadas grandes perdas sociais com essa mudança na prescrição.

Além disso, através da Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional aumentou para R\$ 20 mil o limite mínimo para ajuizar execuções fiscais por débitos para com o Fisco. Revogou-se a Portaria MF 49, de 2004, que previa o valor de R\$ 10 mil reais.²⁷

A mudança aconteceu em virtude de estudos dirigidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), segundo os quais, em ações de execução de dívidas menores do que R\$ 21,7 mil, a União dificilmente consegue recuperar valor igual ou superior ao custo do processo judicial.²⁸ Valores abaixo desse patamar não são cobrados judicialmente pela fazenda pública.²⁹

²⁶ EMPRESÔMETRO. Empresômetro - Tudo sobre empresas. Disponível em: <<http://www.empresometro.com.br/Site/Estatisticas>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

²⁷ BRASIL. Procuradoria da Fazenda. Portaria 75, de 22 de março de 2012. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/arquivos-de-noticias/portaria-mf-no-75-2012-revoga-portaria-mf-49-2004.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

²⁸ BRASIL. Projeto de Lei Complementar n.º 138, DE 2012. Projeto de Guilherme Mussi. Estabelece valor teto para concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais, como dispõe o § 11 do art. 195 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/969097.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

²⁹ Desta forma, imaginando a remuneração de um empregado de R\$1.000,00 reais (maior que o salário mínimo atual que é de R\$ 937,00), deveria ser depositado mensalmente R\$ 80,00 (oitenta



Ao longo do tempo, pelo mesmo motivo que afastou a fazenda pública das pequenas execuções, as empresas com pequeno número de empregados poderão ser esquecidas pela auditoria em relação ao FGTS. Mesmo que os débitos sejam levantados, esses valores nunca serão cobrados judicialmente.

O número dessas empresas é considerável e, em conjunto, representam os maiores empregadores do país. Desta forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal parece ser a mais condizente com a ordem constitucional pátria. Entretanto, mesmo que juridicamente correta, não considerou devidamente os seus impactos sociais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segurança jurídica e justiça encontram no instituto da prescrição o mais interessante campo de batalha. É através de suas regras que se decide quando, em nome da segurança jurídica, parcelas não exigidas ao longo de certo tempo deixam de ser exigíveis. Expirado o prazo prescricional, o valor “segurança” passa a prevalecer sobre o valor “justiça”.

O Direito do Trabalho, por meio de sua legislação, doutrina e jurisprudência historicamente sempre procurou elaborar regras especiais para o mundo do trabalho, diferenciando-o das regras gerais do direito privado. Algumas normas jurídicas, mesmo que cogentes, no momento de aplicação no Direito do Trabalho, não foram aplicadas por juízes e tribunais, criando-se um funcionamento próprio para alguns institutos nas relações laborais.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, durante muitos anos, recebeu uma proteção especial por parte da legislação e da jurisprudência. A legislação sempre lhe conferiu tratamento especial, certamente por acreditar que o FGTS constituía um fundo social de múltiplas funções. A prescrição trintenária dos depósitos fundiários foi por muito tempo respeitada, não só pela legislação, como também pela jurisprudência.

reais) em sua conta (8% de sua remuneração), mensalmente. Se esse valor for projetado, incluindo os valores incidentes sobre férias e décimo terceiro, haveria uma dívida de cerca de R\$ 1.000,00 (mil reais) por ano, R\$ 5.000,00 (cinco mil) por quinquênio. Empresas com menos de 05 (cinco) empregados nunca teriam por se preocupar com as execuções fiscais.



A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal mudou de maneira radical esse entendimento. A prescrição dos FGTS passou dos históricos 30 (trinta) anos, para 05 (cinco) anos. Entendendo, de maneira correta, que a mudança implicava grandes impactos sociais, o próprio STF decidiu por modular a aplicação do novo entendimento.

A modulação consiste em atribuir à decisão efeitos prospectivos. Dessa forma, para aqueles cujo termo inicial da prescrição viesse a ocorrer após a data do julgamento, aplicar-se-ia, desde logo, o prazo de cinco anos. Para os casos em que o prazo prescricional já estivesse em curso, aplicar-se-ia o que primeiro ocorresse: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão.

Se a decisão está correta e de acordo com a ordem jurídica que se deseja estabelecer, os fundamentos da decisão em relação aos aspectos sociais estão dissociados da realidade. Trata-se de um verdadeiro alheamento. As condições motivadoras da modulação dos efeitos da decisão não foram e nem serão ultrapassadas dentro do prazo estabelecido para a nova prescrição.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ao contrário do que encontramos no texto da decisão, ainda serve como instrumento de garantia de emprego. O valor da multa por rescisão desmotivada representa um freio para demissões de empregados mais antigos. Por outro lado, o seguro desemprego não tem demonstrado qualquer utilidade nesse sentido. Pelo contrário, o seguro desemprego tem estimulado relações de emprego menos duradouras, daí por que é comum que passe por mudanças, criando-se regras cada vez mais rígidas para a sua concessão.

Acreditar que o empregado, por saber que seus valores não estão sendo depositados, tem totais condições de reclamar do seu empregador as parcelas não depositadas demonstra claro distanciamento do STF da realidade do trabalhador brasileiro. Os valores devidos ao FGTS somente são cobrados pelo empregado ao término da relação de emprego. Desta forma, atingidos pelos prazos prescricionais das demais verbas devidas durante a relação de emprego.

Ressalte-se, ainda, que o Estado, responsável pela auditoria nas empresas em débito com o FGTS, demonstra uma séria dificuldade em cumprir as suas obrigações. O pequeno número de auditores, a letargia dos processos administrativos e o custo dos processos de execução da fazenda pública tem



dificultado a recuperação dos valores não depositados. A prescrição de 30 (trinta) anos permitia que os valores fossem recuperados dentro de um lapso temporal dilatado. O novo prazo forçará a que empregados, sindicatos e o próprio Estado sejam mais céleres e criem novos instrumentos de informação e cobrança. De outra forma, os prejuízos não serão poucos.

7 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da lei nº 9.873/99. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 4, 2001, p. 03. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-LUIS-R-BARROSO.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2016.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer L-038, de 18 de novembro de 1974**. Pareceres H-313-66, H717-68 e H-782-69, da C.G.R. Inaplicabilidade de multas entre pessoas jurídicas de direito público. Confirmação de entendimento. Art. 295 do Decreto no 72.771-73. Legalidade. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/7532>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Publicações Eletrônicas da Escola da AGU: **Coletânea de Manifestações da Consultoria-Geral da União** - v. 1. Organização de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy; Otavio Luiz Rodrigues Junior - Brasília: 2012. Disponível em: <agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=171677&ordenacao=16&id_site=7530>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Caixa Econômica Federal (CEF). **Relatório de Gestão do FGTS 2015**. Disponível em: <caixa.gov.br/Downloads/fgts-relatorio-gestao/RELATORIO_GESTAO_FGTS_2015.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 01 mar. 2017.

BRASIL. Decreto 20.910, de 06 de janeiro de 1932. **Regulamenta a Prescrição Quinquenal**. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20910.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.



BRASIL. **Decreto 3.048, de 20 de dezembro de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. **Decreto 6.042, de 12 de fevereiro de 2007**. Altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, disciplina a aplicação, acompanhamento e avaliação do Fator Acidentário de Prevenção - FAP e do Nexo Técnico Epidemiológico, e dá outras providências. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6042.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. **Decreto 99.684, de 8 de novembro de 1990**. Consolida as normas regulamentares do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D99684.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. **Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. **Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966**. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5107.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. **Lei 8.036, de 11 de maio de 1990**. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. **Lei 8.844, de 20 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a fiscalização, apuração e cobrança judicial as contribuições e multas devidas ao Fundo de



Garantia do Tempo de Serviço (FGTS. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8844compilada.htm >. Acesso em: 14 fev.
2017.

BRASIL. MT. Nota Técnica 97/2015/SIT/MTE . Prazo prescricional do FGTS.
Disponível em:

https://enit.mte.gov.br/pluginfile.php/11135/mod_resource/content/1/Nota%20T%C3%A9cnica%20097%202015%20Prazo%20prescricional%20do%20FGTS.pdf.

Acesso em 14 fev. 2017.

BRASIL. MT. **Nota Técnica no 181/2013/DMSC/SIT. FGTS.** Prescrição trintenária.

Dupla proteção. Ausência de inconstitucionalidade e/ou legalidade na anção de
fiscalização lastrada em prescrição trintenária. Disponível em:

https://enit.mte.gov.br/pluginfile.php/8720/mod_resource/content/2/NT%20181%202013%20FGTS.%20Prescri%C3%A7%C3%A3o%20trinten%C3%A1ria.pdf. Acesso em

14 fev. 2017.

BRASIL. Procuradoria da Fazenda. **Portaria 75, de 22 de março de 2012.** Dispõe
sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções
fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em:
<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/arquivos-de-noticias/portaria-mf-no-75-2012-revoga-portaria-mf-49-2004.pdf>.. Acesso em 15 fev. 2017.

BRASIL. **Procuradoria da Fazenda. Parecer PGFN/CDA Nº 630/2015.** Disponível
em:

<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/documentos-portaria-502/PARECER%20CDA%20630-2015.pdf>. Acesso em 12 dez. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei Complementar n.º 138, DE 2012.** Projeto de Guilherme
Mussi. Estabelece valor teto para concessão de remissão ou anistia das
contribuições sociais, como dispõe o § 11 do art. 195 da Constituição Federal.
Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/969097.pdf>. Acesso em 15
fev. 2017.

BRASIL. STF. **Recurso Extraordinário 134.328 Distrito Federal.** Relator:
GALVÃO, Ilma. 1ª Turma. Julgado em 02 de fevereiro de 1993. Publicação em 18 de
fevereiro de 1993. Disponível em: <stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=134328&classe=RE>. Acesso em 10 fev
2017.



BRASIL. STF. **Recurso Extraordinário com Agravo 596.478** Distrito Federal. Relatora: Gracie, Ellen. Julgado em 13 de junho de 2013. Acórdão eletrônico repercussão geral – mérito DJe-040 divulgado em 28 de fevereiro de 2013. Publicação em 01 de março de 2013. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629995>. Acesso em 10 fev 2017.

BRASIL. STF. **Recurso Extraordinário com Agravo 709.212** Distrito Federal. Relator: MENDES, Gilmar Ferreira. Julgado em 13 de novembro de 2014. Acórdão eletrônico repercussão geral – mérito DJe-032 divulgado em 18 de fevereiro de 2015. Publicação em 19 de fevereiro de 2014. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004>. Acesso em 10 fev 2017.

BRASIL. STJ. **AgRg no AREsp 461.907/ES**, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 02/04/2014). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400067149&dt_publicacao=02/04/2014>. Acesso em 10 fev 2017.

BRASIL. STJ. **REsp 1107970/PE**, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 10/12/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802631404&dt_publicacao=10/12/2009>. Acesso em 10 fev 2017.

BRASIL. STJ. **REsp 559.103/PE**, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2003, DJ 16/02/2004, p. 222. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1067011&num_registro=200300898042&data=20040216&tipo=5&formato=HTML>. Acesso em 10 fev 2017.

BRASIL. TRT3. **RO 00137-2013-045-03-00-1**, Relator: Juiz convocado Mauro César Silva, Data de Julgamento: 30/10/2013. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=1511755>. Acesso em 14 fev. 2017.

BRASIL. TST – **E.RR-2.396/68 – Ac Pleno 942/69** – Rel.: Mozart Victor Russomano. Revista LTr34/46. Trata-se de citada por Alice Monteiro de Barros em seu livro Curso de Direito do Trabalho, 4ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 1023.



BRASIL. TST. E-RR - 82841-64.2004.5.10.0016, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Julgado em 20.02.2014, DEJT 07.03.2014. Disponível: [http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-RR - 82841-64.2004.5.10.0016&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAMHJAAP &dataPublicacao=07/03/2014&localPublicacao=DEJT&query=](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-RR-82841-64.2004.5.10.0016&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAMHJAAP&dataPublicacao=07/03/2014&localPublicacao=DEJT&query=). Acesso em 10 fev 2017.

BRASIL. TST. RR - 403-26.2011.5.04.0202 , Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 13/11/2012, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/11/2012. Disponível em: [http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR - 403-26.2011.5.04.0202& base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKsdAAE&dataPublicacao=23/11/2012&localPublicacao=DEJT&query=>](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-403-26.2011.5.04.0202&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKsdAAE&dataPublicacao=23/11/2012&localPublicacao=DEJT&query=). Acesso em 15 fev. 2017.

BRASIL. TST. RR - 501700-13.2006.5.09.0019, Relator Ministro: Milton de Moura França, 4ª Turma. Julgado em 11.10.2011, DEJT 28.10.2011. Disponível em: [http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor &format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR - 501700-13.2006.5.09.0019 &base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAESWAAQ&dataPublicacao=28/10/2011&localPublicacao=DEJT&query=>](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-501700-13.2006.5.09.0019&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAESWAAQ&dataPublicacao=28/10/2011&localPublicacao=DEJT&query=). Acesso em: 10 fev 2017.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. **Programa de Direito Civil - Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016.

EMPRESÔMETRO. **Empresômetro** - Tudo sobre empresas. Disponível em: <http://www.empresometro.com.br/Site/Estatisticas>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

FARIAS, Cristiano. Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LEAL, Câmara. **Da prescrição e da decadência**. 4. ed. Atual. por Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1982.



RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. Vol 1. Campinas: Bookseller, 1999.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Texeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SISTEMA DE INDÍCIOS DE DÉBITO - IDEB. Secretaria da Inspeção do Trabalho – SIT. Departamento de Fiscalização do Trabalho. Disponível em: <<http://fgts/IDEB/ConsultarQuatidadePCD.asp>>. Acesso em: 10 fev 2017.



PODER CONFIGURADOR DAS UNIDADES DE POLÍCIA PACIFICADORAS (UPPS) NOS BAILES *FUNK*¹

UPPS COERCIVE CONFORMATION IN BAILE FUNK

*Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho*²

*Guilherme Dutra Marinho Cabral*³

Resumo

O funk carioca surgiu nas favelas do Rio de Janeiro durante a década de 1970, por influência dos bailes black que eram realizados na cidade. Apesar disso, o funk carioca sempre se caracterizou como gênero musical distinto da sua matriz estadunidense, tanto pela dança como pelo estilo de se vestir dos frequentadores. Igualmente forjado em ritmos e práticas sociais da diáspora africana, o movimento sofreu perseguições públicas da mesma forma que a capoeiragem, o samba e o carnaval. A tentativa de criminalizar o funk teve início na década de 1990, com a proibição indiscriminada desses eventos em clubes cariocas, e se fortaleceu na década seguinte com a instauração de Inquéritos Policiais para investigar autores e intérpretes de funk, por suposta apologia ao crime. Nas últimas décadas, a asfixia da cultura funk tem ocorrido por meio de Resoluções estaduais que atribuem ao Comando da UPP competência para autorizar a organização de eventos nas regiões pacificadas. Nesse sentido, o objetivo da pesquisa foi analisar como a proibição arbitrária de bailes funk, por parte da UPP, poderá violar a liberdade de expressão dos moradores das comunidades pacificadas. O método adotado foi a pesquisa bibliográfica, consistente no estudo de livros, artigos científicos e dados oficiais afetos ao tema. Observou-se que o controle policial sobre a vida dos moradores das UPPs poderá violar a liberdade de expressão e a reserva de jurisdição, quando o baile for proibido com desrespeito ao contexto social em que essas manifestações culturais estão inseridas.

Palavras-chave: *Funk*. UPP. Poder configurador. Liberdade de expressão.

Abstract

The funk carioca appeared in the favelas of Rio de Janeiro during the 1970's decade, by influence of the black parties that were realized in the city. In spite of this, the funk in Rio de Janeiro has always been characterized as a musical genre distinct from its

¹ Artigo submetido em 20/08/2017, pareceres de análise em 02/10/2017 e 16/10/2017, aprovação comunicada em 04/12/2017.

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

³ Professor da Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE, e mestrando em Direito Penal pela UERJ. E-mail: <guilhermecabral@terra.com.br>.



American matrix, both for the dancing and for the dressing style of the followers. Equally constructed in the rhythms and social practices of the African diaspora, the movement has suffered public persecution in the same way as capoeira, samba and carnival. The attempt to criminalize funk began in the 1990s, with the indiscriminate prohibition of these events in clubs in Rio de Janeiro, and was strengthened in the following decade with the establishment of Police Inquiries to investigate funk authors and performers, alleging crime defense. In the last decades, the control of funk culture has happened through State Resolutions that attribute to the UPP Command the competence to authorize the organization of events in pacified regions. The objective of this research was analyze how the arbitrary prohibition of funk proms by the UPP may violate the freedom of expression of the residents in the pacified communities. The method adopted was the bibliographical research, based in books, scientific articles and official data related to the theme. It was observed that police control over the resident's life of the UPPs may violate freedom of expression and "judicial reserve" with the Baile Funk prohibiting and disrespect to the social context in which these cultural manifestations are inserted.

Keywords: Funk. UPP. Coercive conformation. Freedom of expression.

Sumário: 1. Introdução. 2. A formação das favelas do rio de janeiro e a cultura do baile funk. 3. Criminologia cultural e a criminalização do funk "proibidão". 4. Poder configurador das UPPS nos bailes funk. 4.1 Poder configurador e a liberdade de expressão. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O *funk carioca*, movimento musical inicialmente influenciado pelo *funk* estadunidense, surgiu na década de 1970 como uma das principais opções de diversão da população pobre do Rio de Janeiro. A popularidade desse estilo musical pode ser traduzida pelo sucesso de vendas do LP "Funk Brasil", produzido em 1989 por DJ Marlboro. O LP foi premiado com o *disco de ouro* no ano, e superou por meses o número de vendas do disco "Burguesia", de Cazuza, também divulgado em 1989 pela mesma gravadora.

Atualmente, o *funk carioca* não está presente apenas nas comunidades pobres do Rio de Janeiro, mas penetra significativamente nas camadas média e alta da sociedade. Em que pese esse fato, algumas manifestações culturais do estilo musical, como o denominado *funk proibidão*, tem sido objeto de intenso controle das Unidades de Polícia Pacificadora – UPPs, sob o argumento de que essas festas promovem o consumo e o tráfico indiscriminado de drogas, bem como a prostituição infantil e a espetacularização do porte ilegal de armas de fogo.



As Unidades de Polícia Pacificadora, como é de conhecimento comum, foram implantadas no Rio de Janeiro a partir de 2008, com o propósito de auxiliar o Estado na retomada de territórios até então dominados pelo comércio varejista de drogas. Para tanto, o poder público se comprometeu a executar projetos voltados para o desenvolvimento econômico e social dessas localidades, fornecendo serviços públicos, de infraestrutura, projetos sociais, além de esportivos e culturais. O programa definiu também que, para alcançar esses objetivos, seria imprescindível desenvolver parcerias com as comunidades *pacificadas*, por meio de uma *polícia de proximidade*.

Nesse sentido, a atuação dos agentes de segurança pública compreenderia tanto a realização de atos intrínsecos à atividade policial – revista pessoal, prisão de suspeitos, busca e apreensão de objetos ou produtos de crimes –, como a gestão microfísica da rotina dos moradores das comunidades contempladas pelo programa. O poder configurador que recai sobre a vida dessas pessoas é legitimado por Resoluções da Secretaria estadual de Segurança Pública que delegam às agências policiais o poder de determinar, naquelas localidades, o conteúdo e o alcance das mais distintas manifestações sociais e culturais da população, como batizados, casamentos, funcionamento de bares, partidas de futebol e *bailes funk*.

Nesse sentido, o **objetivo geral** do artigo científico consiste em analisar em que medida o poder configurador positivo das UPPs poderá violar a liberdade de expressão dessas comunidades para organizar uma de suas atividades culturais mais comuns, o baile *funk*.

Como **hipótese** de trabalho, sustenta-se que a discricionariedade concedida aos órgãos de polícia para gerir esses eventos permite um controle arbitrário das UPPs sobre as atividades culturais, inviabilizando a sua realização nas comunidades. A **relevância jurídica** da pesquisa reside no fato de que, a despeito de impedir o tráfico e o consumo de drogas, a prostituição infantil e o porte ilegal de arma de fogo, as Unidades de Polícia Pacificadora restringem indiscriminadamente a liberdade de expressão cultural das comunidades justamente naqueles territórios que seriam, em tese, *pacificados*.

Para tanto, adota-se como **método** de investigação a pesquisa bibliográfica, consistente no estudo de livros, artigos científicos e dados oficiais relacionadas ao tema.



Após esta Introdução, o artigo analisará a formação das favelas do Rio de Janeiro, objetivando demonstrar que os *bailes funk* constituem uma manifestação cultural intrínseca aos morros cariocas, e que atualmente passam pela mesma perseguição sofrida por outras expressões culturais de matriz africana, como a capoeiragem, o samba e o carnaval.

Na sequência pretende-se demonstrar, nos marcos da Criminologia Cultural, que o *funk carioca* pode ser interpretado como uma subcultura delinquente, reveladora do conflito de determinadas manifestações populares com valores sociais positivados na legislação penal brasileira.

Por fim, será analisado como o poder configurador exercido pelas UPPs poderá violar a liberdade de expressão das comunidades abrangidas por esse programa de segurança pública, no que se refere à promoção dos próprios *bailes funk*.

2 A FORMAÇÃO DAS FAVELAS DO RIO DE JANEIRO E A CULTURA DO BAILE FUNK

A historiografia brasileira revela que a formação das favelas no Rio de Janeiro está intimamente vinculada ao processo de segregação socioespacial que ocorreu na cidade, a partir da segunda metade do século XIX.

Desde o início da escravidão, porém, havia forte discriminação contra o negro e sua cultura⁴, bastando lembrar que as Ordenações Filipinas⁵ criminalizavam a feitiçaria (o termo feitiçaria era dirigido à prática das religiões dos escravos) e as reuniões de escravos, equiparando-os a coisas. O Código Criminal de 1830, que substituiu as Ordenações, previa e pena de açoites para escravos, bem como o uso de ferros. O Código Penal de 1890 previa o tipo de curandeirismo e de feitiçaria. Há

⁴ OLIVEIRA, Ilzver de Matos. *Calem os Tambores e Parem as Palmas: Repressão às Religiões de Matriz Africana e a Percepção Social dos Seus Adeptos sobre o Sistema de Justiça em Sergipe*, Tese de Doutorado aprovada pela PUC-RJ, junho de 2014, disponível em http://www.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=1021455_2014_Indice.html. Acesso em 12 de agosto de 2017. Para o autor, “o processo do tráfico de escravos foi um dos fatores decisivos para os processos de assujeitamento e de construção das identidades e da subjetividade subalterna do negro brasileiro” (p. 90).

⁵ Vigorou no Brasil de 1603 a 1830.



registros bibliográficos importantes sobre o julgamento desigual de negros, em relação a brancos, e os métodos violentos que o processo criminal lhes reservava⁶.

Registros históricos relatam que, com a transferência da corte portuguesa para o Rio de Janeiro, em 1.808, a centralidade política e administrativa da nova capital da colônia provocou diversas transformações estruturais e econômicas na sociedade. Durante esse período o governo instalou repartições públicas e serviços da corte; ampliou as forças armadas, realizou obras de urbanismo, abriu novas estradas e promoveu a instrução pública e a higiene da população.

Além disso, foram adotadas medidas econômicas que permitiram o livre desenvolvimento da economia, como a abertura dos portos da colônia ao livre comércio, em 1810, e o fomento das manufaturas na região, transformando o Rio de Janeiro no centro de produção têxtil do Império. (PRADO JÚNIOR, 2012).

Logo após a abolição da escravidão (1888), milhares de ex-cativos e descendentes de escravos chegaram ao Rio de Janeiro de mala à cabeça ou trouxa ao ombro, e fixaram residência no cais do porto ou em bairros próximos como Estácio, Santo Cristo, Gamboa e Cidade Nova. A manifestação cultural típica das pessoas que residiam na região era de realizar batucadas noturnas, rodas de capoeira e outros rituais tipicamente africanos, levando a região a ser popularmente conhecida como “Pequena África” (LIRA NETO, 2017, p. 27).

A fixação de trabalhadores brancos e de mestiços livres nas áreas centrais da capital também foi incrementada pela própria dificuldade dessas pessoas para arcar com os custos de deslocamento até o trabalho.

Entre 1870 e 1902, ocorreu uma expansão acelerada das linhas de bonde na cidade, sobretudo em direção às Zonas Norte⁷ e Sul⁸, com a finalidade de acomodar a nova classe alta, composta basicamente por funcionários públicos, militares, sacerdotes e comerciantes. Os trabalhadores que não tinham condições de manter gastos diários com transporte ferroviário deslocaram-se então para áreas suburbanas, dando início aos conglomerados humanos que posteriormente ficariam

⁶ Cita-se o processo e o julgamento da negra Amélia Rosa, no Maranhão, de 1877 a 1878 (FERRETTI, Mundicarmo. *Pajelança no Maranhão no Século XIX: O Processo de Amélia Rosa*. São Luiz: CMF, FAPEMA, 2004).

⁷ Tijuca e Vila Isabel.

⁸ Jardim Botânico, Gávea, Lagoa, Copacabana, Ipanema.



conhecidos como *favela*⁹. Núcleos africanos de ex-escravos ou mestiços desocupados também se dirigiram para essas localidades, expandindo o crescimento demográfico nas favelas.

A segregação socioespacial da população pobre do Rio de Janeiro também foi fomentada pela Reforma Pereira Passos, responsável por inúmeras intervenções que aconteceram no centro, entre 1902 e 1906, objetivando embelezar e modernizar a capital do país. Em nome de um projeto político higienista e civilizatório, o poder público determinou a destruição de cortiços situados nas áreas centrais da *urbe*, forçando a classe trabalhadora a se deslocar para os subúrbios. A polícia também reprimiu usos e costumes supostamente degradantes ou ameaçadores à ordem pública, como o *candomblé* e os cordões carnavalescos que desfilavam livremente pelo centro da cidade¹⁰, e perseguiu a prática de capoeiragem, considerada como crime pelos artigos 402 a 404¹¹ do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890.

Para Gizlene Neder (2012, p. 277),

[...] os planos e reformas urbanísticas que modernizaram o Rio de Janeiro foram acompanhados de projetos de controle social que redefiniram a ação policial e moldaram os padrões de conduta e sociabilidade no espaço urbano carioca. Definiram, também, o lugar de cada grupamento étnico-cultural. Reside nesse ponto o deslanchar de um processo acentuado de segregação no espaço urbano carioca, quando a *cidade europeia*, aquela resultante do processo de urbanização e reforma promovido por Pereira Passos, diferenciou-se das áreas para onde os trabalhadores pobres (geralmente negros) foram empurrados: os morros e as periferias (que poderíamos chamar de *cidade quilombada*).

Não obstante a isso, pode-se afirmar que a partir da década de 20 o modelo de segregação socioespacial implantado no Rio de Janeiro pretendia consolidar um

⁹ O termo *favela* surgiu no fim da década de 1980, quando soldados baianos empobrecidos retornaram da guerra de Canudos e se instalaram no morro da Providência, no centro do Rio de Janeiro. Em alusão ao monte Favela, presente na Guerra de Canudos, os antigos seguidores de Antônio Conselheiro atribuíram o mesmo nome aos morros íngremes do Rio de Janeiro (ALVES, 2013, p. 34).

¹⁰ Destemido das Chamas, Chuveiro do Inferno, Teimosos de Santo Cristo e Tira o Dedo do Pudim.

¹¹ Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem [...]"

Pena – de prisão celullar por dous a seis mezes.

Art. 404. Si nesses exercicios de capoeiragem perpetrar homicidio, praticar alguma lesão corporal, ultrajar o pudor publico e particular, perturbar a ordem, a tranquillidade ou segurança publica, ou for encontrado com armas, incorrerá cumulativamente nas penas cominadas para taes crimes (BRASIL, 1890).



modelo de cidade nitidamente dividido num centro econômico com capacidade de garantir a rentabilidade do capital, e uma periferia marcada pela omissão do Estado e entregue às agruras da marginalidade social.

Em razão dessa segregação socioespacial,

O negro rural, trasladado às favelas, tem de aprender os modos de vida da cidade, onde não pode plantar. Afortunadamente, encontram negros de antiga extração nelas instalados, que já haviam construído uma cultura própria, na qual se expressavam com alto grau de criatividade. Uma cultura feita de retalhos do que o africano guardava no peito nos longos anos de escravidão, como sentimentos musicais, ritmos, sabores e religiosidades. (RIBEIRO, 2006, p. 204).

Com o deslocamento contínuo da população pobre para os subúrbios da metrópole, desenvolve-se então o *samba*, um gênero musical nascido do saracoteio dos batuques rurais e tributário da grande diáspora africana:

Iniciado em terreiros de macumba, incorporou-se aos cortejos dos blocos e cordões, numa simbiose perfeita com o Carnaval. Enfrentou preconceitos, ouviu desacatos, padeceu segregações. [...] Sinônimo de malandragem, viu-se perseguido pela polícia, entregou-se à vadiagem das ruas, perambulou pelos cabarés mais ordinários do Mangue. No morro, foi morar nas ribanceiras das favelas, sem nunca abdicar dos apelos do asfalto. (LIRA NETO, 2017, p. 25)

Com a consolidação do gênero musical, o bairro de Engenho Novo sedia em 1928 e 1929 os dois primeiros concursos de samba de que se tem história. Ainda no final da década de 1920 é fundada a escola de samba Estação Primeira, na Mangueira, por consagrados batuqueiros da cidade, como Saturnino Gonçalves, o Satur, e Antenor de Oliveira, o Cartola (LIRA NETO, 2017, p. 15). Na sequência outros morros cariocas criam a sua própria escola de samba, dando origem à União das Escolas de Samba do Rio de Janeiro, em 1934.

Na década de 40 as favelas cariocas apresentam uma expansão considerável, passando de 9, em 1933, para 105, em 1948. Nesse ano, 26,2% dos moradores recebiam salário inferior ao mínimo, e 55,2% percebiam entre um e dois e meio salários mínimos (ABREU, 2011, p. 106). Nesse período, a intensificação da segregação socioespacial teve por fundamento as políticas públicas de ordenação do centro da cidade – responsáveis por promover o deslocamento de trabalhadores pobres para os subúrbios e periferias –, bem como o fomento estatal da atividade



manufatureira em áreas suburbanas servidas por ferrovias, levando à fixação de mão-de-obra farta e barata nessas áreas.

Entre 1937 e 1945, o Estado Novo de Getúlio Vargas tenta substituir a imagem europeizada do país pela doutrina da mestiçagem. Nesse Brasil mestiço e laborioso, “seus ‘trabalhadores’ são exaltados pela propaganda como os heróis dos tempos modernos. A feijoada, inventada pelos escravos e mais típica do Rio de Janeiro que de outras regiões, ganha status de ‘prato nacional’” (ENDERS, 2002, p. 247).

O dogma atribuído ao trabalho, por outro lado, provoca uma novel perseguição ao samba: forjado no valor da família, o Estado Novo esforça-se em converter o malandro em operário exemplar, já que o primeiro prefere a vadiagem ao trabalho; a prostituição ao casamento; a batucada à música pudica.

Durante os anos 50, 60 e 70, o processo de periferização esteve marcado por dois movimentos consentâneos: a chegada, à metrópole, de migrantes¹² vindos de outras regiões do país ou do interior do estado, e a migração de pessoas do centro para a periferia da própria cidade (LAGO, 2000, pg. 93).

Entre as décadas de 1950 e 1960 as favelas cariocas apresentam um crescimento de 98%, passando de 169.305 para 335.053 habitantes. (ABREU, 2011, p. 126). As drogas e a violência ainda não eram os principais problemas sociais: o consumo da maconha limitava-se quase exclusivamente aos morros, enquanto a cocaína possuía pouco apelo nas classes média e alta, quando comparada às *bolinhas* vendidas livremente nas farmácias da Zona Sul.

No âmbito da cultura popular, as escolas de samba se abrem para as classes média e alta, e em 1960 o Salgueiro contrata, pela primeira vez, um artista plástico originário de outro estrato social. Nos anos 1970 escolas como o Beija-Flor e o próprio Salgueiro começam a ser financiadas por bicheiros. (ENDER, 2002, p. 253).

Concomitantemente a isso, o *funk* estadunidense, nascido da cultura negra daquele país, passa a influenciar inúmeras festas realizadas por jovens suburbanos do Rio de Janeiro. São exemplos a *Noite do Shaft*¹³, organizada por Dom Filó, além

¹² 714 mil migrantes na década de 1950; 650 mil na década de 1960 e 525 mil na década de 1970 (CASTRO, 1979; ABREU, 1987; FIBGE, 1989, apud LAGO, 2000, p. 1000)

¹³ O nome fazia alusão ao detetive negro do filme Shaft, símbolo da consciência negra por combater o crime com métodos pouco ortodoxos (FACINA, 2009, p. 3).



de outros bailes *blacks* promovidos por Ademir Lemos, Big Boy, Dom Filó e Mister Funk Santos (FACINA, 2009, p. 3).

Apesar da influência estrangeira, os bailes *funk* cariocas sempre apresentaram características distintas da sua matriz americana, a exemplo das roupas, das danças e da popularidade das músicas tocadas:

Músicas que fazem sucesso estrondoso nas pistas de dança nova-iorquinas não tem a menor repercussão nos bailes cariocas, e vice-versa. [...] Nos Estados Unidos, o *hip hop* é também um modo de se vestir, o estilo *B-Boy* (o uso “exagerado”, culminando na adoração de marcas esportivas como Adidas ou Nike), e um modo de dançar (a *break dance*). No Rio, os frequentadores dos bailes *funk* compuseram uma outra bricolagem estilística. Suas roupas, principalmente as dos homens, são influenciadas basicamente pela maneira de se vestir dos surfistas (coisa inadmissível para um *B-Boy* norte americano). Suas coreografias são complicadas [e] repetidas, ao mesmo tempo, por grupos de dezenas de pessoas. Os dançarinos cariocas preferem as versões instrumentais que sempre são incluídas nos discos de *hip hop* (sem o *rap*, canto improvisado e quase falado, que caracteriza esse estilo musical), compondo refrões em português (geralmente pornográficos ou fazendo rimas com o nome da favela ou bairro de onde veio o grupo de dançarinos que canta) para seus sucessos preferidos (VIANNA, 1990, pp. 247-248).

No final da década de 1980 o *funk* carioca alcança popularidade, atraindo a fidelidade de um público quase tão numeroso quanto o de frequentadores da praia. Em 1987, aconteciam aproximadamente seiscentas festas *funk* no rio de Janeiro, por final de semana (VIANNA, 1990, p. 242). No ano de 1989 é lançado o disco “Funk Brasil” por DJ Marlboro, um músico carioca que também apresentava um programa diário de rádio em horário nobre. O disco ultrapassou a marca de cem mil cópias vendidas, mesmo sem qualquer estratégia de divulgação da gravadora Polygram.

No início da década de 1990 o *funk* chega à classe rica da Zona Sul, pela porta dos fundos. Após a suposta realização, por *funkeiros*, de arrastões no Arpoador e em outras praias da região, grande parte da imprensa divulgou os bailes *funk* que ocorriam nos morros cariocas como antro de violência e perdição.

Os *bailes de corredor*, como os de Mesquita, tornaram-se conhecidos justamente pelo embate físico travado entre os participantes.

O jogo consiste em desferir golpes no outro lado, com os pés ou as mãos, rápidos, de tal maneira que o combatente possa voltar ao seu campo. Se escorregar e cair no território do inimigo, se não for arrastado a tempo, ele corre o risco de ser trucidado. [...] Usando os pés, o combatente terá sempre a proteção dos companheiros: ele pode “voar” na linha inimiga seguro pelos braços. [...]



Nessas linhas de frente, encontram-se alguns dos tórax mais solidamente construídos da cidade do Rio de Janeiro. Quase sempre desnudos, em geral negros e mulatos, todos banhados de suor, eles são a maioria.

[...] nessa luta não se usa arma, a não ser as mãos vazias e os pés calçados de tênis – nada de pau, soco inglês, corrente e muito menos faca ou punhal. Talvez isso explique o fato de que, após horas de combate, não seja comum ver-se um combatente sangrando (VENTURA, 2008, p. 123).

Na maioria dos bailes, no entanto, essa violência era inexistente – como na Mangueira –, ou era provocada esporadicamente por grupos rivais. Mas em todos os casos encontrava-se a mesma cena: “bebe-se pouco, mas não por falta de vontade. A grande maioria dos frequentadores só leva o dinheiro para a entrada. Por isso é que, de vez em quando, pegam um copo usado e apanham água da torneira” (VENTURA, 2008, p. 125).

Outra característica encontrada em alguns frequentadores é o uso ostensivo de roupas, acessórios e calçados de grife para demonstrar a sua inclusão na sociedade de consumo: os bens materiais, nesses casos, são orgulhosamente expostos como troféus conquistados na luta diária das favelas.

Em que pesem esses fatos, para muitos o *funk* representava música de protesto. Durante um workshop do Fórum de Ciência e Cultura da UFRJ, organizado aproximadamente dois meses após o citado arrastão do Arpoador, cerca de quarenta *funkeiros* invadiram o evento inopinadamente, portando cartazes com os seguintes dizeres: “Vamos fazer um arrastão contra o preconceito social e racial”; “Não somos ladrões, somos apenas funkeiros em busca de paz”. “A capoeira, como o funk, também foi combatida”. (VENTURA, 2008, p. 151).

A partir de 1995 a perseguição ao *funk* carioca ganha um novo ingrediente, o tráfico de drogas. Para grande parte da imprensa, os traficantes seriam os grandes financiadores dos bailes, pois pretendiam tanto promover seus grupos nos embates, como aumentar o comércio varejista de drogas. A suposta relação do funk com o tráfico justificou a criação de uma CPI municipal, em 1995, e outra estadual em 1999, ambas com intenção de investigar a violência, o consumo de drogas e a corrupção de menores nas festas.

Em 1995 ocorre a interdição de um dos mais populares bailes do Rio de Janeiro, o do Chapéu Mangueira, que à época era frequentado por mais de cinco mil pessoas das classes pobre, média e alta. No mesmo ano acontece uma chacina de dez pessoas no morro do Turano, provocando a interdição do baile *funk* que



acontecia por lá. Na ocasião, o prefeito Cesar Maia anunciou que determinaria o fechamento de todos os bailes *funk* da cidade, caso isso fosse solicitado pelo Secretário de Segurança Pública Nilton Cerqueira (MARTINS, 2006, pg. 72).

A perseguição ao *funk* também ocorreu por meio do Projeto de Lei 1.075/99, de autoria do deputado estadual Sivuca, cuja proposta era de que fosse “[...] proibida a realização de bailes e/ou quaisquer eventos do tipo funk no território fluminense”; entendendo-se como funk “[...] toda atividade animada por ritmos derivados de outros similares estrangeiros e remixados, áudios e imagens que incitem à violência” (RIO DE JANEIRO, 1999). Mesmo contrariando a Lei Municipal 2.518/96 – que reconhecia o baile funk como atividade cultural de caráter popular –, o projeto de lei foi aprovado na Comissão de Comissão de Justiça, mas recebeu parecer negativo da Comissão de Educação, Cultura e Desportos. Não chegou a ser convertido em lei porque, em maio de 2.000, a Câmara Estadual aprovou a Lei 3.410/2000 – que regulamenta a realização de bailes funk no estado –, restando prejudicada a votação do projeto de lei 1.075/99. Dentre outras coisas, a Lei 3.410/2000 estabelece: a) necessidade de instalação de detectores de metais nas portarias dos eventos; b) autorização da autoridade policial para realização do baile; c) presença dos policiais militares nos locais; d) possibilidade de a força policial interditar a festa em que ocorrer atos de violência incentivada, erotismo e pornografia, bem como o denominado “corredor da morte”.

A dificuldade de realização de bailes adequados à legislação promoveu a migração dos eventos para quadras, clubes e terrenos improvisados das próprias favelas.

[...] as festas [em meados de 80] eram realizadas em clubes como o CCIP de Pilares, o Cassino Bangu ou o Canto do Rio. A música, quando começou a ser produzida na cidade, era totalmente independente dos ‘comandos’. Poderia ter continuado assim, se o poder público (com polícia também armada, algumas vezes dando tiros nos equipamentos) não tivesse fechado os bailes dos clubes, se os críticos musicais e gravadoras não tivessem amaldiçoado o estilo (fortalecendo a pirataria), se o asfalto, por puro preconceito contra ‘som de pretos e pobres’, não tivesse tentado destruir a cultura que favelados estavam criando por eles mesmos. O funk muitas vezes pediu socorro. Ninguém ouviu os discursos do DJ Marlboro, mesmo em reuniões dentro da Secretaria de Segurança Pública [...], pedindo apenas que o funk fosse considerado cultura e não problema policial. Se o poder público tivesse escutado suas palavras, o funk carioca poderia ser hoje a música da paz na cidade. (VIANNA, 2002, apud MARTINS, 2006, pg. 81).



O *funk* tocado em bailes de comunidade passa a ter ingresso gratuito – ao menos para as mulheres –, ou com preço módico para todo público. Supostamente financiados pelo tráfico de drogas, esses eventos também ficaram conhecidos como *proibições*, ou *bailes do bicho*.

Com a nova roupagem, o cotidiano das comunidades é cantado quase sempre para enaltecer o poder dos traficantes locais, ou para traduzir, sem cortes, o sentido que os *funkeiros* conferem à sexualidade. Surge então o *proibidão*, o novo som do tamborzão da diáspora africana.

Para Carlos Bruce Batista (2015, p. 36)

Os primeiros “proibições” surgiram na linha de produção da estabelecida guerra contra as drogas. Narrados de forma artística e sustentados poeticamente por letras criativas delineadas por um conjunto de fatores esteticamente transgressor, os “proibições” se diferenciam da camuflagem pacificadora da cultura dominante e não deixam de ser, entre todas as consequências desastrosas da criminalização das drogas, como diriam os Racionais MCs, uma flor nascida no lixo.

As circunstâncias que sugerem o financiamento do evento por traficantes são a) a existência de frequentadores ostensivamente armados no local, b) o consumo livre de drogas ilícitas, c) a ausência de brigas e d) a execução de *funks* que destaquem o poder do grupo criminoso que atua na região.

Para Cymrot (2011, p. 102), se realmente existente, o custeio desses bailes por parte de traficantes locais “[...] pode ser explicado pela dificuldade de soluções de mercado para o lazer de boa parte das populações jovens das periferias, pelas relações afetivas traficante/comunidade e pela ausência de ações sistemáticas dos poderes públicos nesse campo”.

Moradias insalubres, vielas improvisadas, abastecimento precário de energia, água e esgoto, escolas e postos de saúde depredados, inexistência de creches, quadras esportivas e áreas de lazer; enfim, todos esses fatores demonstram o processo histórico de segregação socioespacial ocorrido na cidade, e que justificam o controle territorial dos varejistas de drogas sobre os *guetos* pós-modernos.

Apresentada ao Estado pelo braço armado do poder punitivo, o tamborzão do *funk* tem, agora, mais um desafio: além de desvencilhar-se da criminalização do *proibidão*, deve suplantar a nova estratégia de *guetização* que está em curso. Em



territórios *pacificados*, a repressão ao *funk* não se dá apenas com a criminalização de festas regadas a drogas, sexo e armas, como também pelo poder configurador que é exercido sobre a comunidade. Autorização para realização de eventos, regulamentação do horário de funcionamento de festas e bares, concessão de uso de espaços públicos como quadras e praças, controle sobre o volume e o tipo de música executadas no interior das casas e toque de recolher são apenas alguns exemplos de esquadramento da conduta social implantada que nos territórios *pacificados* pelas UPPs.

3 CRIMINOLOGIA CULTURAL E A CRIMINALIZAÇÃO DO FUNK “PROIBIDÃO”

A cultura musical do *funk carioca* surgiu como expressão de usos e práticas sociais típicos das favelas do Rio de Janeiro. Apesar de integrados a rituais próprios da vida cotidiana daquelas localidades, alguns comportamentos encontrados nos *proibições* constituem condutas puníveis para o Direito Penal brasileiro, a exemplo do consumo de drogas e do porte de arma de fogo.

Quando os costumes de alguns grupos se mostram conflitantes com valores cristalizados pela legislação criminal, a percepção do fenômeno delitivo como parte de uma subcultura desviante tem orientado pesquisas criminológicas recentes a uma abordagem interacionista das formas contemporâneas de viver o cotidiano, utilizando-se, para tanto, um método extramoral de observação participativa dessas culturas, com a escuta dos infratores.

A principal característica dessas novas tendências do pensamento criminológico consiste na análise transdisciplinar de saberes supostamente profanos, como atuações artísticas, expressões culturais e tradições regionais. Uma dessas correntes corresponde, justamente, à denominada Criminologia Cultural, ou *criminologia de escuta*.

Ao definir como objeto de análise o contexto urbano em que as infrações efetivamente aconteceram, a criminologia cultural procura se colocar como mecanismo de escuta qualificada da subcultura do infrator, para compreender as dinâmicas de tempo e de espaço em que a identidade desviante foi forjada.

Para Salo de Carvalho (2011, p. 163),



dispositivos de representação, de significação e de reconhecimento dos grupos de pertencimento como a linguagem, a vestimenta, as manifestações artísticas, os ambientes de encontro, as formas de interação e as práticas tóxicas, são especialmente relevantes, fundamentalmente porque extrapolam os recortes de ilicitude operados pelo direito penal e processual penal.

Considerando, então, o contexto fático em que os *proibições* são realizados, argumenta-se que a criminalização dessa manifestação cultural poderá ocorrer de duas formas: pela classificação da música como obscena, ou pela interpretação das suas letras como apologéticas ao crime. O sistema de justiça criminal, destarte, deveria censurar tanto o *funk* carioca que ofende o pudor ou os bons costumes, quanto os que abalam a ordem e a paz pública. (BATISTA, 2015, p. 187).

Em interessante texto, Carlos Bruce Batista (2015) relata a experiência jurídica que teve no processo de criminalização do *proibição*, ocorrido no Rio de Janeiro entre 2004 e 2010. A perseguição aos *funkeiros* teve início quando um repórter investigativo de São Paulo enviou ao Ministério Público Federal um ofício genérico questionando a licitude de alguns *funks* disponíveis na internet, que estariam fazendo apologia à pedofilia.

Diante da incompetência funcional do MPF para apurar o fato, a *notícia crime* foi encaminhada ao Ministério Público estadual do Rio de Janeiro, que por sua vez requisitou a instauração de Inquérito Policial à Delegacia de Repressão de Crimes na Informática. Na ocasião anexaram-se alguns *proibições*, como o seguinte:

Rap do 157 Boladão¹⁴

Não tira a mão do volante
Não me olha e não se mexe
É o bonde de Belford Roxo
Do artigo 157 vai!

Vai desce do carro
Olha pro chão
Não se move
Me dá o seu importado
Que o seguro te devolve

Se liga na minha letra

¹⁴ Em maio de 2005, foi aberto Inquérito Policial na Delegacia de Repressão a Crimes contra a Internet do Rio de Janeiro, para investigar a suposta prática do crime de apologia ao tráfico de drogas, por parte do intérprete MC Frank (BATISTA, 2015, p. 221)



Olha nos aí de novo
É o bonde do mais alto
Só menor periculoso
Se liga na letra vou mandar mais um recado
O bonde de Chatuba só quer carro importado

Audi, Civic, Honda, Citroën e Corola
Mas se tentar fugir pa pum
[...]
Se liga na letra puta que pariu
Terror da Linha Amarela e da Brasil
[...]

Entendendo que o fato se qualificava como associação ao tráfico, e não apologia ao crime, a autoridade policial responsável pela investigação instaurou Inquérito Policial registrado sob nº 593/2004. Diante da gravidade do crime imputado aos investigados, a imprensa, por sua vez, passou a noticiar o fato e provocou a instauração de outros inquéritos, pelo mesmo assunto, no âmbito da Polinter e da Delegacia de Furtos e Roubos.

Alguns *funkeiros* foram intimados nas casas de shows, e tiveram ampla cobertura midiática durante o interrogatório prestado na Delegacia de Polícia. Em reunião com seus advogados, os *funkeiros* relataram ainda que a exposição pública provocou cancelamento de shows, dívidas trabalhistas, discussões e prisões de familiares (BATISTA, 2009).

Em 2008, o Inquérito Policial é concluído com o indiciamento dos investigados pela prática do crime de associação para o tráfico, artigo 12, §2º, inc. III da Lei 6.368/76. O órgão de execução do Ministério Público, todavia, formou sua convicção jurídica no sentido de que os fatos apurados se classificavam como apologia ao crime, e não associação para o tráfico. Em razão da pena máxima cominada ao delito descrito no artigo 297 do Código Penal, pugnou-se pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, face à extinção da punibilidade. A manifestação foi acolhida pelo juízo do feito em 7 de agosto de 2.008, determinando-se o arquivamento dos autos. (BATISTA, 2015).

A criminalização do *proibidão* também ocorreu em 2006, com o Inquérito Policial nº352/2006, instaurado na Polinter após uma operação policial apreender CDs de *funk* juntamente com drogas e armas em uma favela carioca. Igualmente, em 2010 uma operação da Delegacia de Repressão aos Crimes de Informática



cumpriu quatro mandados de prisão contra MCs suspeitos de apologia ao crime, associação ao tráfico e formação de quadrilha (G1, 2010).

Por fim, eventual criminalização do *funk*, por obscenidade, pode ter como objeto a seguinte música:

Bala na Dilma sapatão

(Autor desconhecido)

O crime é o crime, bandido é bandido,
Na guerra chapa quente isso é profissão perigo
Nosso bonde é guerrilheiro comandando as favelas,
Nós gosta de paz, nós nunca fugimos da guerra.

Seu polícia, seu *peidão*, vocês tudo *caga no pau*,
Pode vim mandar exército, até Força Nacional.

Seus otário vacilão, vocês tudo perde a linha,
Querendo comprar morador com caminhão de sardinha.

[...]
Pode até pacificar, mas a volta vai ser triste.
[...]

Não vamos entregar assim, desentoca o arsenal,
É bala no *viado* do Sérgio Cabral.

Tomaram o nosso quartel-general, que era o Complexo do
Alemão,
É bala na piranha da Dilma *sapatão*

RL [Rogério Lemgruber, do Comando Vermelho] é a relíquia,
escute o que eu vou te dizer
Sou MC Vitinho, eu sou CV até morrer.

Pixote mandou avisar, mandou dizer,
Quero ver, quero ver instalar UPP.
[...]

Como mencionado por Nilo Batista (2015), o processo de criminalização do *proibidão* está inserido num projeto de vigilantismo penal que asfixia segmentos específicos da cultura popular carioca. Para o autor, essa asfixia da cultura *funk* não ocorre apenas pela *força*, como também pela *astúcia* do poder público.



Enquanto o uso da força pode ser observado “[...] nos diversos procedimentos policiais e judiciários que tentaram criminalizar alguns artistas, especialmente MCs do *funk carioca*”, a “[...] astúcia constituiu em editar uma Resolução conjunta, de várias Secretarias de Estado, que formula tantas e tão dificultosas exigências para a realização de bailes *funk* que praticamente os inviabiliza” (BATISTA, 2015, p. 191).

Corroborando esse fato, observa-se que a criminalização do *proibidão* ocorreu, de forma mais acentuada, justamente durante o período de implantação das Unidades de Polícia Pacificadoras em favelas supostamente dominadas pelo tráfico de drogas.

Com o novo vigilantismo penal, o controle policial sobre a vida dos moradores das UPPs espalhou-se para a gestão microfísica das atividades cotidianas dos morros cariocas, tendo como fundamento Resoluções e Portarias estaduais que atribuem aos agentes de segurança pública o poder de autorizar, ou não, a realização de eventos nos territórios ocupados pelas UPPs. Esse poder configurador da vida social recai não apenas sobre suspeitos da prática de alguma infração penal, como também sobre a população dos morros que pretende se divertir naquele que é uma das únicas opções de diversão do local, o *baile funk*.

Destarte, o que se propõe investigar a partir de agora é justamente o exercício do poder configurador das UPPs na liberdade de manifestação cultural das comunidades contempladas pelo programa, para organizar os próprios bailes *funk*.

4 PODER CONFIGURADOR DAS UPPS NOS BAILES FUNK

O governo do estado do Rio de Janeiro sustenta que a Unidade de Polícia Pacificadora – UPP constitui um dos principais programas brasileiros de segurança pública das últimas décadas.

Inspirada no modelo de *polícia de proximidade*, a primeira UPP foi instalada no Morro Dona Marta em dezembro de 2008 como o propósito de aproximar os cidadãos do Estado, por intermédio de parcerias firmadas entre a população e instituições de segurança pública. Em seguida o programa se expandiu para a toda cidade e Baixada Fluminense, totalizando atualmente 37 unidades com um efetivo de aproximadamente 10.000 policiais militares.



Nos termos do artigo 1º da Lei estadual 5.890/11, as Unidades de Polícia Pacificadora têm como principal objetivo “[...] a retomada de territórios dominados pelo narcotráfico, milícias e outras organizações criminosas, garantindo permanentemente a segurança e o respeito aos direitos humanos da população local, e permitindo que seja feita a ocupação social dos referidos espaços” (RIO DE JANEIRO, 2011).

Outro compromisso do programa consiste em fomentar o desenvolvimento social e econômico das comunidades *pacificadas*, por meio de serviços públicos e de infraestrutura; projetos sociais, esportivos e culturais, além de investimentos privados e de geração de renda.

Em que pese a nobre missão das UPPs, após quase uma década de execução do programa observa-se pouca efetividade do Estado na gestão integrada dos territórios conquistados, sobretudo quanto à promessa de desenvolvimento econômico e social das comunidades *pacificadas*.

Além de denúncias de violência policial e de ausência dos serviços prometidos, uma das críticas mais comuns às UPPs se refere ao próprio conceito de segurança adotado pelo programa, já que ~~o mesmo~~ favorece a ocupação militarizada de territórios supostamente perigosos, e legitima o controle de populações historicamente marginalizadas pelo Estado.

Outro argumento utilizado para desconstruir o discurso oficial das UPPs é de que as ocupações dos morros cariocas possui um claro alinhamento econômico com a iniciativa privada. Para Vera Malaguti Batista (2012, p. 58), “o fato de as UPPs estarem restritas ao espaço de favelas, e de algumas favelas, já seria um indício luminoso para desvendar o que o projeto esconde: a ocupação militar e verticalizada das áreas de pobreza que se localizam em regiões estratégicas aos eventos esportivos do capitalismo videofinanceiro”.

Nesse sentido, o modelo de cidade que se espera para realização de eventos como Jogos Pan-Americanos (2007), Jogos Mundiais Militares (2011), Copa das Confederações de Futebol (2013), Copa do Mundo de Futebol (2014) e Jogos Olímpicos de Verão (2016) exigiria amplas intervenções público-privadas no espaço urbano, como a remoção de comunidades instaladas em locais com potencial imobiliário, ou regulação armada de territórios situados em regiões importantes para os megaeventos.



A disposição geográfica das favelas contempladas pelas UPPs revela sua localização no entorno do Maracanã, da Zona Sul e dos corredores de trânsito entre os principais aeroportos e esses locais, corroborando que “as ocupações e a permanência dos militares no local fazem parte do plano de segurança para os megaeventos, mas atingem direitos dos moradores das comunidades envolvidas que sofrem inúmeras violações” (VALENTE, 2016, p. 14).

A ideia de segregação socioespacial mediante controle de territórios não é nova nem mesmo no Rio de Janeiro, já que desde o início século XX é possível observar diversas intervenções públicas no espaço urbano destinadas a delimitar a circulação de pessoas: seja como local de exclusão espacial ou como mecanismo de vigilância do ambiente urbano, as zonas boêmias e de prostituição, as favelas, o centro comercial e a zona sul são alguns exemplos de como as estratégias de ordenação urbana tem sido utilizadas para segregar determinadas classes de indivíduos.

A ocupação militar e verticalizada das áreas pobres, nesse caso, teria como pressuposto manter a lógica governamental que autoriza a classificação de contingentes humanos como nocivos à ordem social, para controlar o seu fluxo. A vigilância ostensiva do espaço público e privado, o registro de informações sobre os moradores e a regulamentação da vida na comunidade representam, assim, apenas alguns dos exemplos de dispositivos de disciplina aplicados nas áreas de risco, pelas UPPs.

Como esclarece Foucault (2008, p. 59-60)

[...] a disciplina, por definição, regulamenta tudo. A disciplina não deixa escapar nada. Não só ela não permite o *laisser-faire*, mas seu princípio é que até as coisas mais ínfimas não podem ser deixadas entregues a si mesmas. A menor infração à disciplina deve ser corrigida com tanto maior cuidado quanto menor ela for. [...] a disciplina tem essencialmente por função impedir tudo, inclusive e principalmente o detalhe.

A presença permanente das forças policiais nos territórios *pacificados* favoreceu o esquadramento do comportamento social da população, mediante buscas pessoais e residenciais indiscriminadas, toques de recolher, regulamentação do horário de funcionamento de bares, festas e quadras esportivas, ou mesmo com a autorização para ouvir músicas no interior das próprias casas.

O controle dos agentes policiais sobre a vida cotidiana dos moradores das UPPs, por meio do esquadramento dos seus comportamentos públicos,



possibilita o exercício de um poder configurador positivo sobre a vida dessas pessoas, independentemente da idade, sexo ou raça.

Para Zaffaroni, essa “[...] disciplina militarizada tende a ser igual à do quartel: a uniformidade do aspecto externo, o acatamento ao superior, a sensação de que toda atividade prazerosa é uma concessão da autoridade, etc., são evidentemente parte de um exercício de poder configurador e não, meramente, repressivo”. (ZAFFARONI, 2001, p. 24)

No âmbito das manifestações culturais, tornou-se comum a UPP condicionar a realização do baile *funk* ao cumprimento de todas as formalidades exigidas legalmente para organização de eventos na cidade. De 2008 a 2014, por exemplo, inúmeros bailes *funk* foram proibidos pelo Comando da UPP por força da famigerada Resolução nº 013/2007 SESEG, que, dentre outras coisas, delega às polícias civil e militar a competência para autorizar eventos em suas respectivas áreas de atuação.

Nos termos dos artigos 1º e 2º da referida norma, a solicitação deve ser encaminhada a ambas as autoridades com até 20 dias de antecedência, e, quando se tratar de evento ao ar livre, sem cobrança de ingresso, o pretendente deveria enviar à Polícia Militar, por exemplo, os seguintes documentos: a) cadastramento e fiscalização de ambulantes; b) plano para a instalação de geradores de energia elétrica em pontos estratégicos, para os casos de blecautes; c) implantação de local para acautelamento de menores extraviados de seus responsáveis; d) plano de atendimento médico emergencial, com a criação de postos médicos com ambulância; e) solicitação ao órgão competente visando reprimir a venda de bebidas ou qualquer outro produto em recipiente de vidro.

Em relação à Polícia Civil exigia-se, dentre outras coisas, a) cadastro para verificação da qualificação, idoneidade e antecedentes criminais dos promotores do evento e dos responsáveis legais pelo estabelecimento ou local onde o mesmo se realizará; b) relação nominal e fotográfica dos profissionais contratados para realizar a segurança interna; c) instalação de circuito interno de TV nas dependências, com sistema de monitoração e gravação eletrônica de imagens a ser exigido de acordo com o local e o tipo de evento a ser realizado (RIO DE JANEIRO, 2007).

Conhecendo-se o fato de que os atuais bailes *funk* acontecem quase sempre na informalidade, com ingresso gratuito para todos os gêneros e idades, e



com venda irrestrita de bebidas alcóolicas, tornou-se inviável organizar esse tipo de evento nas comunidades *pacificadas*.

Diante da dificuldade de adequação dos *proibições* a todas as exigências legais, é possível que o baile *funk* tenha se transformado na manifestação cultural mais perseguida com o processo de regularização da vida social no entorno das UPPs. Historicamente abandonados pelo poder público, a conversão desses espaços informais em territórios ocupados pelo Estado produziu conflitos recorrentes nas favelas, como protestos de moradores contra a proibição indiscriminada de bailes *funk*.

Como destaca o rapper Fiell, logo após a retomada do Morro Dona Marta

Os tiroteios acabaram, mas a verdade é que vivemos aqui uma ditadura branca. Tudo é proibido, tudo só pode ser feito mediante autorização prévia da polícia. O funk está vetado, qualquer festa precisa de aval. Os jovens estão sempre sendo submetidos a revistas vexatórias [...]. Para ter paz, perdemos a liberdade (BRITO e OLIVEIRA, 2013, p. 109).

Outro exemplo de interferência da UPP nos bailes *funk* ocorreu em setembro de 2011, 24h após o Estado promover a ocupação da Cidade de Deus. Na ocasião, moradores protestaram contra a atitude dos agentes de segurança pública, mas o fato foi relatado por parcela da grande mídia como reação dos traficantes à perda de domínios territoriais (JORNAL DO BRASIL, 2011, apud BRITO e OLIVEIRA, 2013, p. 109).

Ainda que as exigências legais sejam plenamente cumpridas, sempre existirá a possibilidade do Comando da UPP, arbitrariamente, determinar que sejam satisfeitos outros requisitos sob o pretexto de garantir a incolumidade das pessoas, ou de reprimir atividades criminosas. Isso porque, a despeito de todos os outros requisitos mencionados, o parágrafo único do artigo 2º da Resolução nº 013 SESEG determinava que,

Considerando a natureza e o tipo do evento a ser realizado, poderão as autoridades indicadas nesta Resolução exigirem, motivadamente, outros requisitos que visem à prevenção da incolumidade das pessoas e do patrimônio e a repressão às atividades criminosas. De igual modo, poderão as autoridades indicadas nesta Resolução, suprimirem, motivadamente, determinados requisitos considerando o grau mínimo de risco à segurança pública e a natureza do evento artístico, social e/ou desportivo de pequena ou média monta em homenagem ao princípio da proporcionalidade (RIO DE JANEIRO, 2007).



Nesse sentido, ao contrário de se aplicar tal dispositivo para relativizar as exigências formais da própria Resolução – e, assim, dar força normativa à legislação que reconhece o *funk* como um movimento cultural¹⁵ –, a tendência identificada no Comando das UPPS era de proibir arbitrariamente os bailes com base na Resolução nº 13/2007 SESEG.

Atualmente, a realização de manifestações culturais, sociais, desportivas e religiosas no Estado é regulamentada pelo Decreto nº 44.616, de 20 de fevereiro de 2.014. Para eventos com previsão de até 20.000 pessoas, a autorização deve ser precedida de solicitação formal, encaminhada aos comandos do Corpo de Bombeiros, da Polícia Militar e da Polícia Civil atuantes no local, com antecedência mínima de 40 dias.

Diferentemente da Resolução nº 013/2007 SESEG, a atual legislação não define as condições mínimas para que o evento seja autorizado, limitando-se a declarar, em seu artigo 9º, que “a concessão da autorização de que trata este Decreto não supre a necessidade do promotor do evento ou do estabelecimento [...] do cumprimento de obrigações previstas em legislações específicas no âmbito federal, estadual e municipal.” (RIO DE JANEIRO, 2014).

Em que pese esse fato, os relatos de moradores de comunidades *pacificadas* ainda são recorrentes no sentido de que os bailes *funk*, quando existentes, o são por força de acordos firmados com policiais da UPP, os conhecidos *arregos*. Quando isso não acontece, os bailes são proibidos indiscriminadamente com o argumento de que fazem apologia ao crime, incentivam o consumo indiscriminado de drogas ilícitas, promovem o porte ostensivo de armas de fogo ou a promiscuidade sexual nos territórios pacificados.

Essa proibição arbitrária de *bailes funk*, sob o pretexto de proteção da segurança pública, implica em flagrante violação à liberdade de expressão cultural das favelas *pacificadas*, como será observado.

4.1 Poder configurador e a liberdade de expressão

A liberdade de expressão representa uma das garantias individuais mais caras ao regime democrático de direito, tendo em vista que a faculdade de

¹⁵ Desde 2009 o funk é reconhecido oficialmente como movimento cultural de caráter popular, sujeitando-se suas festas, bailes ou reuniões às mesmas regras que disciplinam as demais atividades culturais (Lei 5.543/09).



manifestação de pensamentos, vontades e convicções integra todo e qualquer projeto de vida do cidadão. A liberdade de expressão não está relacionada apenas à participação do indivíduo na política, como também – e principalmente –, à necessidade diária de interagir com outras pessoas na economia, na religião, na educação e na cultura.

A liberdade de manifestação cultural, assim como a valorização das culturas populares e afro-brasileiras, encontra-se disciplinada pelo artigo 215 da atual Constituição Federal¹⁶. De igual forma, o artigo 216 da Carta Democrática (BRASIL, 1988) assevera que “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira [...]”.

Não obstante a isso, o artigo 220 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelece que “a manifestação do pensamento [...], sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição [...], vedando-se toda e qualquer censura de natureza artística, ideológica ou política.

Objetivando dar efetividade a esses comandos constitucionais, a Lei estadual 5.543/09 passou a reconhecer o funk como movimento cultural de caráter popular, sujeitando suas festas, bailes ou reuniões às mesmas regras que disciplinam as demais atividades culturais.

No mesmo sentido, a Lei estadual 5.890/11 menciona que, depois de instalada a UPP, o poder público deverá promover “[...] a construção de áreas de lazer, quadras poliesportivas e equipamentos culturais, acompanhados de projetos esportivos e culturais” (RIO DE JANEIRO, 2011).

Temos sustentado, no entanto, que a discricionariedade conferida ao Comando da UPP para autorizar bailes *funk* tem possibilitado um poder configurador da vida social nas comunidades *pacificadas*, na medida em que os requisitos legais exigidos para a realização dos eventos são incompatíveis com as práticas sociais e a história do *funk* carioca.

Isso porque, embora influenciado inicialmente pelo gênero musical estadunidense de mesmo nome, o *funk* carioca rapidamente se incorporou a outras

¹⁶ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
§1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional [...] (BRASIL, 1988).



tradições musicais que sempre estiveram presentes nos subúrbios do Rio de Janeiro, como o jongo, o samba, a capoeira e outros ritmos que inspiram técnicas corporais típicas da diáspora africana. (FACINA, 2009, p. 3).

Germinado em um ambiente de exclusão social e com absoluta carência de políticas públicas, o atual tamborzão da diáspora africana – o *proibidão* –, popularizou-se por exaltar o poder dos traficantes locais e por vocalizar experiências sexuais do cotidiano dos *funkeiros*.

Por esse motivo, o poder configurador exercido pelo Comando da UPP para proibir arbitrariamente a realização de bailes *funk* afronta não apenas a liberdade de expressão de *funkeiros* e organizadores do evento, como também a liberdade de manifestação cultural de uma população que têm, nessas festas, uma das únicas possibilidades de diversão no local em que vivem.

Além disso, viola o que a doutrina denomina de reserva de jurisdição. A existência de determinados direitos fundamentais de superlativa importância tem levado a doutrina constitucional a admitir que alguns deles só podem ser limitados por decisão judicial. Não se trata da mera possibilidade de recorrer ao Judiciário quando de sua restrição por outra autoridade não-jurisdicional, mas do reconhecimento de que, diante de certos direitos fundamentais, o Judiciário tem sempre a primeira e a última palavra. Bem o explica Canotilho (1998, p. 580):

A idéia de reserva de jurisdição implica a reserva de juiz relativamente a determinados assuntos. Em sentido rigoroso, reserva de juiz significa que em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última palavra mas também a primeira palavra. É o que se passa, desde logo, no domínio tradicional das penas restritivas da liberdade e das penas de natureza criminal na sua globalidade. Os tribunais são os guardiões da liberdade e das penas de natureza criminal e daí a consagração do princípio *nulla poena sine iudicio*...

Sobre o tema há excelente acórdão do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo ministro Celso de Mello, que, em linhas gerais, acolhe a lição acima exposta, embora sem que se possa extrair do acórdão qual a orientação do Pleno do referido Tribunal sobre o assunto:

...Postulado constitucional da reserva de jurisdição: um tema ainda pendente de definição pelo Supremo Tribunal Federal. O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter à esfera única de decisão dos magistrados a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política,



somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de 'poderes de investigação próprios das autoridades judiciais'. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado... (STF HC 107644/SP, 08/09/2011)¹⁷.

Nessa mesma categoria de direitos, mercedores da cláusula de reserva de jurisdição, deve situar-se a liberdade de expressão. O grau de importância que a Constituição atribuiu à livre expressão, como direito fundamental a pôe a salvo de certas investidas do poder público visando à sua limitação. Assim, vige, para ela o princípio distributivo, que assegura-lhe, em princípio, ampla liberdade, na medida em que a intervenção estatal é limitável, controlável e dependente de permissão constitucional, como consagra o artigo 220 da Constituição¹⁸.

Consequentemente, aos agentes administrativos não cabe imiscuírem-se na liberdade de expressão, a título de controlar sua legitimidade, providência de todo inconstitucional. Na mesma ordem de ideias, não se afigura possível a autoridade policial, que é também administrativa, inibir a liberdade, mesmo no caso de suposto flagrante. E o raciocínio é simples. A única possibilidade de limitação policial, de

¹⁷ STF, MS 23.452-RJ, Tribunal Pleno, DJ 12/05/2000, Min. Celso de Mello. Consta do final da ementa que, apesar da tese da reserva de jurisdição ter sido prestigiada por cinco ministros, o tribunal não precisou enfrentar a questão no caso submetido a julgamento, porque sete ministros acolheram uma questão prévia, qual seja a falta de fundamentação de decisão de Comissão Parlamentar de Inquérito que determinara a quebra de sigilo bancário do impetrante, concedendo, assim, a ordem. Em acórdãos mais recentes, porém, as duas turmas do STF ratificaram a tese da reserva de jurisdição: STF **HC 107644/SP, Primeira Turma, julg. 08/09/2011, Min. Ricardo Lewandowski:...** V - *A custódia do paciente ocorreu por decisão judicial fundamentada, depois de ele confessar o crime e de ser interrogado pela autoridade policial, não havendo, assim, qualquer ofensa à cláusula constitucional da reserva de jurisdição que deve estar presente nas hipóteses dos incisos LXI e LXII do art. 5º da Constituição Federal...* No mesmo sentido STF **AI 560223 AgR/SP, Segunda Turma, julg. 12/04/2011, Min. Joaquim Barbosa: ...** 1. *A gravação ambiental meramente clandestina, realizada por um dos interlocutores, não se confunde com a interceptação, objeto cláusula constitucional de reserva de jurisdição.*

¹⁸ Artigo 220 - “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.



cunho administrativo, nas liberdades públicas estatuídas pelo artigo 5º da Constituição, é a prisão em flagrante. Quando o agente estiver em estado de flagrância, permite-se ao policial e a qualquer do povo, detê-lo em flagrante, ou seja, coarctar o exercício da liberdade fundamental e constitucional de ir e vir. Isso é possível porque a Constituição assim permitiu. Mas, no caso em que a conduta teoricamente flagrancial é cometida por meio de uma outra liberdade fundamental - a liberdade de expressão - cuja própria natureza é complexa, não tem a autoridade policial legitimidade para autuar em flagrante. Tal cognição é vedada ao agente administrativo/policial porque não está ele investido de poderes para avaliar qual bem jurídico deve preponderar, nem, muito menos, para limitar a liberdade de expressão. Nos demais casos em que não esteja envolvida a liberdade de expressão, cabe ao agente administrativo proceder a uma avaliação objetiva e, daí, é possível a prisão em flagrante. Assim, por exemplo, se o policial assiste a um crime de homicídio, ou a uma tentativa de roubo, sua cognição é objetiva e ele deve deter em flagrante. Mas não há como deferir-se ao agente policial a complexa tarefa de avaliar se uma música é ofensiva à pessoa ou à moral pública, se um baile é ilegal ou inadequado para determinada localidade, se uma obra de arte subverte os padrões culturais da sociedade, se uma *charge* é caluniosa ou não e assim por diante (CARVALHO, 1999, p. 49-51).

Como destacado, o poder configurador representa o verdadeiro poder político do sistema penal, e pode ser expresso por meio de mecanismos invisíveis e capilarizados de disciplina da população, realizados à margem dos órgãos judiciais, que tem como objetivo conformar determinadas condutas individuais a padrões sociais impostos pela autoridade pública.

Para Zaffaroni e Nilo Batista (2006, p. 52),

O número de pessoas criminalizadas é muito pequeno em relação à totalidade de qualquer população, inclusive no caso dos índices mais elevados, e o da população encarcerada é comparativamente ínfimo. Se todo o poder das agências do sistema penal se reduzisse à criminalização secundária, seria francamente insignificante. Um poder limitado à seleção de uma pessoa fraca e abandonada, entre cada mil e quinhentas, não seria realmente determinante em termos de configuração social. Ocorre que, na verdade, *a criminalização secundária é quase um pretexto para que as agências policiais exerçam um formidável controle configurador positivo da vida social, que em nenhum momento passa pelas agências judiciais ou jurídicas: a detenção arbitrária de suspeitos, a identificação de qualquer pessoa que lhes chame a atenção, a detenção por supostas contravenções, o registro de pessoas identificadas e detidas, a vigilância sobre locais de*



reunião e de espetáculos de espaços abertos, o registro da informação colhida durante a tarefa de vigilância, [...] a investigação da vida privada das pessoas, [...] a informação sobre [...] conversas privadas, comunicações telefônicas, telegráficas, postais e eletrônicas – tudo sob o argumento de prevenir e vigiar para a segurança [...] -, constituindo um conjunto de atribuições que podem ser exercidas de modo tão arbitrário quanto desregrado e que proporcionam um poder muitíssimo maior e enormemente mais significativo que o da reduzida criminalização secundária.

Esse poder configurador da vida social poderá recair sobre qualquer conduta realizada em público. Podem ser objeto do vigilantismo penal atitudes aparentemente neutras como procurar um objeto sexual, coletar lixo em vias públicas, caminhar na madrugada, vestir-se de modo diferente, usar cabelos compridos ou barbas desalinhadas, beber com amigos, tocar instrumentos musicais ou ouvir *funk*, rap, hip-hop e reggae em esquinas ou praças públicas.

O esquadramento da conduta social afigura ainda repressivo, porque “[...] tende a interiorizar essa disciplina (a torná-la parte do próprio aparelho psicológico), atua em nível consciente – e talvez, principalmente inconsciente -, elimina a espontaneidade e configura uma sociedade de submetidos a uma *vigilância interiorizada* da autoridade” (ZAFFARONI, 2001, p. 24).

Assim, a liberdade de manifestação cultural das comunidades *pacificadas* poderá ser violada quando agentes de segurança pública da UPP determinam a interdição de bares ou festas embaladas ao som do *proibidão*, sob o pretexto de que essas músicas atentam contra a ordem pública, ou fazem apologia a crime.

A garantia constitucional será igualmente desrespeitada quando a força policial da UPP, no exercício do poder configurador da vida social, realizar buscas pessoais e registros fotográficos de *funkeiros*, ou determinar a paralização ou diminuição do volume do *funk* tocado no interior de casas, automóveis ou no próprio aparelho celular do morador, sem que a música tenha provocado perturbação da ordem pública.

Por fim, o poder configurador das UPPs violará a liberdade de expressão cultural de parcela significativa das comunidades *pacificadas* quando o comando da unidade, ignorando deliberadamente a realidade social em que se encontra, proíbe a organização de bailes *funk* por inobservância formal do Decreto nº 44.616/14; ou quando considera provável a prática de crimes no interior dos bailes, e se nega a promover o policiamento no local.



5 CONCLUSÃO

O gênero musical popularmente conhecido como *funk* carioca tem origem nos bailes *black* realizados nas favelas do Rio de Janeiro, durante a década de 1970. Intensamente influenciado por ritmos e práticas sociais da diáspora africana, o *funk* sofreu inúmeras perseguições do poder público, assim como a capoeiragem, o samba e o carnaval.

A partir da década de 1990, a suposta violência dos bailes levou o poder executivo a adotar medidas que coibissem a organização desses eventos em clubes ou casas de shows da cidade. Por sua vez, o poder legislativo estadual tentou aprovar leis que proibiam indiscriminadamente o *funk* em todo Estado do Rio de Janeiro, argumentando que os mesmos promoviam o consumo indiscriminado de drogas e a corrupção de menores.

Com a concentração dos bailes em comunidades controladas por varejistas de drogas, as letras dos *funk* passaram a exaltar o poder bélico das lideranças locais, e a retratar a sexualidade juvenil nos morros cariocas. Esse movimento deu origem ao *proibidão*, o novo tamborzão da diáspora africana.

Sob a pecha de fazer apologia ao crime e de incentivar a promiscuidade sexual, o *proibidão* foi objeto de inquéritos policiais e de constante execração midiática. Além de ser criminalizado, o *funk* foi submetido a um controle microfísico das Unidades de Polícia Pacificadora – UPPs, que passaram a proibir a realização de qualquer baile que estivesse em desconformidade com a legislação estadual.

Considerando que a Resolução 013/2007 SESEG – e, mais recentemente, o Decreto nº 44.616/2014 – confere ao Comando da UPP a competência concorrente para autorizar a realização de eventos culturais e sociais na respectiva área de atuação, o objetivo geral da pesquisa consistiu em analisar algumas hipóteses em o poder configurador das UPPs pode violar a liberdade de manifestação das comunidades *pacificadas*, em relação à organização dos próprios bailes *funk*.

Nesse sentido, o artigo descreveu inicialmente o contexto social e econômico em que o baile *funk* se desenvolveu, classificando-o em seguida como subcultura delinquente, por apresentar práticas sociais conflitantes com determinados valores protegidos pela legislação penal.



A compreensão do *proibidão* como fenômeno intrínseco às estruturas econômicas e sociais dos morros cariocas permitiu interpretar algumas de suas práticas ilícitas como parte integrante da própria cultura, prescindindo-se assim de uma valoração moral dos comportamentos desviantes.

Na sequência a pesquisa investigou como o *proibidão* é perseguido pelo poder público, tanto por meio do poder punitivo como pelo exercício do poder configurador positivo da vida social. Assim, esclareceu-se que a *criminalização* do *funk* se deu pela classificação das suas músicas como obscenas ou apologéticas ao crime. O poder configurador exercido sobre o *proibidão*, por sua vez, pode ocorrer quando a força policial de uma Unidade de Polícia Pacificadora determinar a interrupção ou redução do som dos *funks* que são executados em casas, bares, automóveis ou em confraternizações particulares, sem que a música tenha provocado qualquer perturbação pública.

A proibição arbitrária dos bailes *funk*, com desrespeito ao contexto social em que essa festa está inserida, corresponde a uma tentativa de exercer um poder configurador positivo sobre a vida dos moradores das comunidades *pacificadas*, violando a liberdade de manifestação cultural das pessoas submetidas ao Comando das UPPs.

Por fim, o trabalho concluiu que tal proibição viola a garantia de reserva de jurisdição, tornando-se inconstitucional.

6 REFERÊNCIAS

ABREU, Maurício de Almeida. **A evolução urbana do Rio de Janeiro**: Rio de Janeiro: IPP, 2008.

ALVES, Maria Helena Moreira; EVANSON, Philip. **Vivendo no fogo cruzado**: moradores de favela, traficantes de droga e violência policial no Rio de Janeiro. Tradução de Fernando Moura. São Paulo: UNESP, 2013.

BATISTA, Nilo. Sobre a criminalização do *funk* carioca. In: FACINA, Adriana. **Tamborzão**: olhares sobre a criminalização do funk. Rio de Janeiro, 2013, pp. 185-206.

BATISTA, Carlos Bruce. Uma história do “proibidão”? In: FACINA, Adriana. **Tamborzão**: olhares sobre a criminalização do funk. Rio de Janeiro, 2013, pp. 29-51.



- BATISTA, Vera Malaguti. O Alemão é muito mais complexo. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Paz Armada**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012, pp. 55-102.
- BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BRASIL. **Códigos 3 em 1 Saraiva**: penal, processo penal e constituição federal. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRITO, Felipe. Considerações sobre a regulação armada de territórios cariocas. In: BRITO, Felipe; OLIVEIRA, Pedro Rocha de (Org.). **Até o último homem**: visões cariocas da administração armada da vida social. São Paulo: Boitempo, 2013, pp. 79-114.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª edição, 1998, Almedina, Lisboa.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito de Informação e Liberdade de Expressão. Ed. Renovar: Rio de Janeiro. 1999.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO, Salo de. Das subculturas desviantes ao tribalismo urbano: itinerários da Criminologia Cultural através do movimento punk. In: LINK, José Antônio Gerzson. **Criminologia Cultural e rock**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 149-216.
- CYMROT, Danilo. **A criminalização do funk sob a perspectiva da teoria crítica**. 2011. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- ENDERS, Armelle. **História do Rio de Janeiro**. Tradução de Joana Angélica D'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Gryphus, 2002.
- FACINA, Adriana. “Não me bate doutor”: funk e criminalização da pobreza. In: ENCONTRO DE ESTUDOS MULTIDISCIPLINARES EM CULTURA, 5., 2009, Salvador.
- FERRETTI, Mundicarmo. *Pajelança no Maranhão no Século XIX: O Processo de Amélia Rosa*. São Luiz: CMF, FAPEMA, 2004.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003.



FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**: curso ao Collège de France (1977-1978). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008 (Coleção tópicos).

FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Índices e códigos penais históricos do Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LAGO, Luciana Corrêa do. **Desigualdade e segregação na metrópole**: o Rio de Janeiro em tempo de crise. Rio de Janeiro: Revan/Fase, 2000.

MARTINS, Denis Moreira Monassa. **Direito e cultura popular**: o *batidão* do funk carioca no ordenamento jurídico. 2006. 130 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil**: criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho (1890-1927). 2. ed. rev. e ampl. Niterói: UFF, 2012.

NETO, Lira. **Uma história do samba**: volume 1 (as origens). São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

OLIVEIRA, Ilzver de Matos. **Calem os Tambores e Parem as Palmas**: Repressão às Religiões de Matriz Africana e a Percepção Social dos Seus Adeptos sobre o Sistema de Justiça em Sergipe, Tese de Doutorado aprovada pela PUC-RJ, junho de 2014. Disponível em: <http://www.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=1021455_2014_Indice.html>.

PRADO JÚNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**. 43. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

RIO DE JANEIRO. **Decreto 44.617, de 20 de fevereiro de 2014**. Dispõe sobre a concessão de autorização para a realização de eventos culturais, sociais, desportivos, religiosos e quaisquer outros que promovam concentrações de pessoas, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, e dá outras providências.

RIO DE JANEIRO. **Decreto nº 45.186, de 17 de março de 2015**. Regulamenta o programa de polícia pacificadora no Estado do Rio de Janeiro e determina outras providências.



RIO DE JANEIRO. **Resolução SESEG nº 013, de 23 de janeiro de 2.007.** Regulamenta o Decreto nº 39.355, de 24 de maio de 2006, que dispõe sobre a atuação conjunta de órgãos de segurança pública, na realização de eventos artísticos, sociais e desportivos, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, e dá outras providências.

VALENTE, Júlia. **UPP: governo militarizado e a ideia de pacificação.** Rio de Janeiro: Revan, 2016.

VENTURA, Zuenir. **Cidade partida.** São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

VIANNA, Hermano. Funk e cultura popular carioca. In: **Estudos Históricos.** v. 3, n. 6. Rio de Janeiro: 1990, pp. 244-253.

VIANNA, Hermano. **O mundo funk carioca.** Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (et al.). **Direito penal brasileiro, primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro.



CRISE DO DIREITO E DIREITO DA CRISE: CRISE, REVOLUÇÃO E PLANEJAMENTO EM AFONSO ARINOS¹

CRISIS OF LAW AND THE LAW OF CRISIS: CRISIS, REVOLUTION AND PLANNING IN AFONSO ARINOS

Eduardo Borges Espínola Araújo²

Resumo

O presente artigo dedica-se às análises sincrônica e diacrônica de dois conceitos-chaves para entender a atuação tanto política quanto jurídica de Afonso Arinos de Melo Franco: crise do direito e direito da crise. Após a introdução deste personagem, explicando a circularidade entre as posições políticas e jurídicas, serão abordados os significados de ambas as categorias à luz das crises que o País experimentou da promulgação da Constituição de 1946 até o advento do golpe militar de 1964: a primeira, que representaria a insuficiência dos mecanismos jurídicos frente às exigências sociais e, a segunda, que permitiria a evolução social dentro de balizas legais. Ao final, será resgatado o papel criador que Afonso Arinos, não sem oscilar, terminou por relegar ao direito.

Palavras-chave: Afonso Arinos de Melo Franco. Crise constitucional. Revolução. Planejamento.

Abstract

The present article is dedicated to the synchronic and diachronic analysis of two key concepts to understand the political and juridical performance of Afonso Arinos de Melo Franco: crisis of the law and law of the crisis. After the introduction of this character, explaining the circularity between his political and juridical positions, the meanings of both categories will be approached in light of the crises that the country experienced since the promulgation of the Constitution of 1946 until the advent of the military coup of 1964: the first would represent the insufficiency of legal mechanisms against social demands while the second would allow social evolution within legal frameworks. At the end, it will be rescued the creative role that Afonso Arinos ended up conceding to law, not without hesitation.

Keywords: Afonso Arinos de Melo Franco. Constitutional crisis. Revolution. Planning.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Crise do direito; 3. O Direito da crise; 4. Conclusões; 5. Referências.

¹ Artigo submetido em 05/19/2017, pareceres de análise em 10/09/2017, 17/10/2017 e 08/01/2018, aprovação comunicada em 10/01/2018.

² Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, Especialista em Direito Eleitoral pelo Instituto de Direito Público de Brasília e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogado. E-mail: <eduardo.bfr@me.com>.



1 INTRODUÇÃO

Ao prefaciар o livro resultante das entrevistas de Afonso Arinos aos pesquisadores do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil – CPDOC, o memorialista Pedro Nava anuncia aos leitores interessados pelo distinto personagem que “escrever sobre Afonso Arinos de Melo Franco é como abordar um mundo” (NAVA, 1983, p. 27). Descendente de tradicional genealogia de políticos de Minas Gerais³, Afonso Arinos desempenhou múltiplos e concomitantes papéis.

No plano literário, destacou-se a tal ponto como poeta, ensaísta, crítico, cronista, historiador, biógrafo e memorialista que foi eleito para a cadeira 25 da Academia Brasileira de Letras. No plano político, Afonso Arinos entrou para história como revolucionário e opositor no exercício dos mandatos como deputado federal e senador da República, além de ter sido Ministro das Relações Exteriores na Presidência de Jânio Quadros. Foi professor catedrático da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e também da à época Universidade do Brasil, hoje Universidade Federal do Rio de Janeiro, tendo produzido obras diversas de direito constitucional e presidido a comissão responsável pela elaboração do anteprojeto da Constituição Federal de 1988.

Durante a conturbada vigência da Constituição de 1946, desde sua promulgação até seu fim, Afonso Arinos fez-se presente em todos os acontecimentos políticos sensíveis: o suicídio de Getúlio Vargas, o impedimento de Café Filho, a renúncia de Jânio Quadros, a adoção do parlamentarismo como solução para a posse de João Goulart, o retorno do presidencialismo como forma de governo e, por fim, o golpe militar. Defensor do protagonismo das elites sociais no movimento reformista do País, Afonso Arinos não escapou da rotação em que incorreram os grupos orientados à direita diante das crises de 1961 e 1964 (FERREIRA, 2004. p. 366): na primeira defendeu a mudança constitucional como

³ Seu pai, Afrânio de Melo Franco foi eleito deputado estadual e federal por diversos mandatos, chegando a ser Ministro da Viação no governo de Delfim Moreira e Ministro de Relações Exteriores no primeiro Governo de Getúlio Vargas. O irmão, Virgílio de Melo Franco, a quem atribuiu a responsabilidade por tê-lo iniciado na vida política, foi deputado estadual e federal, além de fundador da União Democrática Nacional. Por fim, seu avô, Cesário Alvim, foi nomeado por Deodoro da Fonseca Governador Provisório de Minas Gerais, Estado pelo qual foi eleito Senador e depois Governador.



solução enquanto, na segunda, enxergou como saída a manutenção da ordem constitucional vigente.

Durante a “evolução da crise brasileira”, muitas das suas posições mudaram. Crítico feroz de Getúlio Vargas, o suicídio do Presidente após discurso seu em que demandava a renúncia provocou em Afonso Arinos uma aversão a radicalismos. Arguto defensor do presidencialismo nas discussões com Raul Pilla no Congresso Nacional, converteu-se ao parlamentarismo primeiro por conveniência política e depois por convicção pessoal. Entusiasta do golpe que derrubou João Goulart, a frustração com o prolongamento da instabilidade jurídica despertou suas críticas ao regime militar. “Libertário constitucional e atento antidogmático, ele não hesitará em abdicar de sectarismos partidários ou de tratados jurídicos obsoletos sempre que a boa razão recomende” (SANTOS, 2005. p. 16).

Respondendo apenas à boa razão, Afonso Arinos despertou paixões à direita e à esquerda do espectro político. Sua avaliação convergia com a visão dos críticos do Partido Trabalhista do Brasil em relação à associação entre Estado de Bem-Estar e corrupção, porém divergia ao entender que as oligarquias políticas e econômicas seriam as principais beneficiárias da corrupção – a se manifestar na utilização do poder econômico do governo e dos grupos privados em benefício dos partidos e dos candidatos, respectivamente (FRANCO, 2005, p. 68). Controversos por não estarem afinados integralmente a uma ou outra visão política, seus posicionamentos renderam-lhe críticas dentro do partido. A União Democrática Nacional, assim, “tinha reservas a meu respeito, dos dois lados: havia os radicais mais exaltados que me achavam morno (...) ao mesmo tempo não era muito bem aceito pelo outro extremo da bancada, que era o extremo colaboracionista, porque eu era anticolaboracionista” (ALBERTI, 1988. p. 45).

Razão, ideias e palavras marcaram a carreira política do professor de direito, de acordo com o próprio Afonso Arinos⁴. Ao contrapor “político de palavras” a “político de ação” na descrição de sua identidade política, privilegia ideias em prejuízo de fatos e prestigia o conhecimento intelectual face à informação cotidiana. Daí a intensa circularidade entre suas faces de político e de jurista, que culmina em análises com perspectiva de longo prazo sobre a formação brasileira à luz da história da democracia mundial, do surgimento da democracia de massa e da corrupção

⁴ Cf. ALBERTI, Verena. “*Idéias*” e “*fatos*” na entrevista de Afonso Arinos de Mello Franco.



como variável política. “Já reparei que você só pode pensar de pena na mão, ou instalado na tribuna; elaborar e compor são para você atos conjuntos. No fundo, não sei bem se você faz o que pensa ou pensa o que faz”, diria Santiago Dantas sobre Afonso Arinos (FRANCO, 2017).

Como sujeito ativo e observador crítico do tumultuado cenário político, Arinos dedicou-se à reflexão sobre a crise, cujas raízes seriam muito mais profundas do que o governo de João Goulart. Na sua visão, externada tanto de tribunas quanto de livros, experimentava-se uma crise na aplicação do direito, a crise da legalidade, que somente poderia ser solucionada por um novo direito: o direito da crise. A “crise do direito” e o “direito da crise” são conceitos chaves para entender as concepções doutrinárias e posições políticas de Afonso Arinos. Mais do que isso, ambas as definições em muito auxiliam a compreensão sobre a crise (ainda) presente devido à preocupação esforço de Arinos em analisar as “ideias” subjacente aos “fatos”. Feita essa enxuta, porém indispensável, apresentação do intelectual-político, o artigo resgatará as noções sobre “crise do direito” e “direito da crise” a fim de analisar, tanto sincrônica quanto diacronicamente, seus significados e desdobramentos.

2 A CRISE DO DIREITO

O diagnóstico da crise nacional durante a passagem da década de 40 para a década de 50 do século passado era um senso comum à época de Afonso Arinos. Sob os mais variados vieses, alguns mais à esquerda e outros mais à direita, eram indicados motivos e sugeridos remédios para a “crise social, moral, política, econômica, financeira, monetária, educativa, militar, administrativa, em uma palavra, crise nacional” (FRANCO, 2005, p. 31).

Para seu colega junto à Universidade do Brasil, Themístocles Cavalcanti, seriam necessários processos governamentais e estruturas constitucionais adequadas “às exigências do progresso social e transformações sofridas pela estrutura social” (CAVALCANTI, 1961. p. 3). A reforma constitucional também fora defendida por Seabra Fagundes, quem comandou a Ordem dos Advogados do Brasil em 1954, o Ministério da Justiça em 1955 e o Instituto dos Advogados Brasileiros no ano de 1970, “a ninguém escapa que as instituições político-constitucionais se debatem em uma grave crise, entre cujas causas estão assim os



defeitos e insuficiências do direito positivo, constitucional ou ordinário” (SEABRA, 1956. p. 1). Falar sobre crise seria corriqueiro, para Alvinio Ferreira Lima, Professor Catedrático da Universidade de São Paulo, “tais as dissoluções dos costumes, as depravações de todos os matizes, graças ao predomínio absoluta da concepção material e sensual da vida” (LIMA, 1958, p. 23).

Para Afonso Arinos, viver-se-ia uma crise de transformação. No pós 1930, com a queda da Primeira República e a ascensão de Getúlio Vargas, a evolução política que apresentava o País seria resumida na contradição elementar entre “ordem” e “movimento” – o primeiro associaria os valores tradicionais de apego à liberdade liberal e à racionalidade jurídica, ao passo que o segundo reuniria os anseios por justiça social e progresso econômico (LATTMAN-WELTMAN, 2005. p. 131). Traduzida para o campo da ação política, essa dicotomia dividiria, em torno de pautas aparentemente excludentes e concorrentes, a sociedade e os partidos – que, por sua vez, assumiriam posicionamentos irreconciliáveis. Por mais falaciosa que a disputa entre a estabilidade e o progresso fosse, a adequação entre ambos os imperativos haveria se tornado impossível em razão do advento do caudilhismo.

Espécie do gênero “fascismo”, que consistiria justamente na enganação de classes populares pelas classes dominantes que, no afimco de evitar a democratização do regime, venderiam a imagem de um governo livre a favor da maioria (FRANCO, 2005, p. 73), o caudilhismo foi questão sempre presente nas reflexões de Afonso Arinos, para quem seu surgimento marcaria a dissolução da ordem aristocrática nacional. Sua marca seria a forma pessoal, frequentemente autoritária, do exercício de poder (LATTMAN-WELTMAN, 2005.p. 79). Na contramão da figura do estadista, inspirada na época aristocrática da vida política brasileira cujo ápice fora no Império e cuja derrocada se dera com a liquidação da Primeira República pela Revolução de 1930, o caudilho seria caracterizado como um ser político, bem instruído para as disputas, mas desprovido de moral. Enquanto o estadista possuiria as qualidades pessoais e a consciência histórica necessárias à realização dos grandes deveres nacionais, o caudilho se apropriaria pessoalmente do poder com o apoio dos massas e das forças armadas.

Em aula magna do curso de direito da Universidade da Guanabara, Arinos discorreu sobre o impacto no direito da crise, ou melhor, das crises (Cf. FRANCO, 1957. p. 151-163). Posteriormente reduzido em artigo e publicado em obra onde



reunidos diversos outros estudos, trata-se de palestra em que ventiladas ideias a que Afonso Arinos referiu-se frequentemente ao longo de suas intervenções nos periódicos e na tribuna. Neste texto, Arinos abordou a evolução do direito contemporâneo à luz da superação do liberalismo econômico pelo “socialismo” no âmbito da administração pública.

A crise, a seu ver, não abarcaria o direito enquanto ciência humana, mas enquanto fenômeno social. Sob o aspecto científico, em que avaliada a elaboração jurídica levada a cabo pela academia e pelo Estado, inexistiria crise do direito porque os pesquisadores continuariam a produzir doutrina e as instituições, a elaborar legislação. Muito do contrário, em virtude das transformações políticas e econômicas da sociedade mundial e, em especial, da sociedade brasileira, a ciência jurídica sairia enrobustecida. “Como consequência direta das mutações históricas, prossegue em ritmo crescente a elaboração jurídica, visível nas várias aquisições e iniciativas (...)” (FRANCO, 1957, p. 152).

Contudo, a mesma complexidade que fortalecia a ciência do direito acabava por enfraquecer o direito em sua face de conjunto de leis, regras, convenções e costumes que disciplinam a forma do Estado, o regime de governo e os direitos públicos dos indivíduos (FRANCO, 1978. p. 15). A crise sobre a qual fala Arinos infligiria o direito público, como bem atestaria o fato de que constituições teoricamente elaboradas para a eternidade apareceriam e desapareceriam a cada revolução ao passo que os códigos seguiriam em vigência por anos a fio, com poucas e refratárias mudanças. Enquanto as primeiras regras continuavam determinando a conduta dos indivíduos entre si, em que pesassem transformações políticas, testemunhava-se dificuldade na aplicação das normas de direito público. Subjacente a esta crise do “direito social”, estariam as crises dos direitos e da legalidade.

A primeira diria respeito à decadência do individualismo jurídico. Distinto do personalismo, cuja preocupação seria de diferenciar para satisfazer as necessidades pessoais de cada integrante do grupo social, e do individualismo econômico, superado em seu postulado básico de não-intervenção estatal, o individualismo jurídico prestou-se como alicerce à teoria do Estado moderno ao valorizar o homem e proteger seus interesses no que compartilha em igualdade com os demais integrantes ao sociedade. Pensando o cidadão “apenas por seus caracteres gerais,



de participante do grupo social e, por este lado, igual a todos os demais que do grupo participem” (FRANCO, 1957, p. 154), o individualismo desenvolveu-se a *pari passu* com a igualdade jurídica, calcada por sua vez na universalidade do homem.

Concebido em oposição à sociedade medieval, onde o *status* social era imutável em virtude da organicidade das relações travadas na comunidade, o Estado moderno priorizaria o individual em prejuízo do coletivo na esteira do Renascimento, da Reforma Protestante e das Revoluções Francesa e Americana, quando incorporados de vez ao direito constitucional os direitos individuais. Todavia, sobretudo a partir do Século XIX, o conjunto ideológico do liberalismo seria influenciado por “fatos notórios da evolução social e econômica”, notadamente o desajustamento das condições de vida nos países ocidentais engendrado pelo progresso da industrialização.

Considerada inviolável e sagrada a fim de protegê-lo contra o Estado, o direito à propriedade sofreria uma mudança de concepção à luz do aparecimento da grande indústria, da criação da classe operária e da concentração da classe capitalista. Segundo Arinos, “em vez de meio de libertação, a propriedade passou a ser mecanismo de opressão. Em vez do poder pôr em risco a propriedade, esta é que pôs em risco a justiça” (FRANCO, 1968, p. 159). Durante a aliança entre liberalismo econômico e constitucionalismo liberal, os direitos individuais deixariam de representar a afirmação e a proteção do homem em face do Estado para atuarem como trincheira dos privilégios econômicos das minorias.

A dramática desigualdade social, com todas as repercussões éticas e políticas, implicaria o gradual desapareço das massas pelos valores básicos do liberalismo devido às suas necessidades por justiça. Daí a vitalidade da democracia depender da desarticulação entre individualismo econômico e individualismo jurídico: céticos com seus benefícios, estariam as massas “sujeitas a todos os mitos que lhe prometem falsamente satisfação pessoal” (FRANCO, 1957, p. 154).

Sem arriscar os direitos individuais, que estariam mais do que nunca assegurados no direito democrático por estarem ali “definitivamente adquiridos”, a concepção dos direitos individuais teria evoluído para ressignificá-los também em termos de funções sociais, como fizera a Constituição de Weimar. Entre o cidadão e o Estado passaria a existir não só uma relação de abstencionismo, mas também uma de reciprocidade, caracterizada pelos direitos e deveres mútuos



consubstanciados nos direitos públicos sociais, mais oponíveis à sociedade do que ao próprio Estado.

A evolução do direito permitiria a dissociação entre o liberalismo econômico e a democracia representativa e seria justamente da urgência em superar o individualismo em prol do coletivo que a crise decorreria: “O grande problema da nossa geração está, porém, em garantir-se o Direito social individual, sem sacrifício do que existe de verdadeiramente básico no Direito público individual” (FRANCO, 1968, p. 158). A resistência encontrada ao direito social decorreria justamente da ideia enraizada de que os direitos individuais decorreriam da natureza humana, não podendo assim ser limitados em qualquer medida.

Por estarem os procedimentos judiciais e legislativos calcados na herança liberal, pensados a partir da primazia do particular sobre o coletivo, à crise do direito somaria a crise da legalidade. Em burla ao princípio da legalidade, eleito pelas revoluções liberais como uma das principais garantias contra ingerências do Estado na esfera privada, na medida em que vincularia a ação do governante à autorização expressa contida em uma regra geral emanada dos representantes dos cidadãos reunidos no Poder Legislativo, governa-se em detrimento da lei. A crise do direito como legalidade estaria evidenciada pela “insuficiência de uma legalidade construída sobre os postulados do individualismo jurídico, para atender às condições impostas pelo primado do social nas relações jurídicas” (FRANCO, 1957, p. 159).

Para Afonso Arinos, o governo em desrespeito ao princípio da legalidade seria tributário da complexidade e vultuosidade da tarefa legislativa, que teriam inviabilizado a capacidade legiferante dos congressos ao exigir leis torrencial, circunstancial e anarquicamente. No Poder Legislativo, essa disrupção teria resultado na sua transformação de órgão legislativo para órgão político, competente para decidir, em nome da coletividade, sobre questão não disciplinada obrigatoriamente na lei – mas sempre dentro da competência constitucional (FRANCO, 2005, p. 73).

A composição e a competência do Poder Legislativo teriam impulsionado sua transformação funcional. Antes do desacoplamento entre os individualismos, o representado elegia o representante a partir de considerações pessoais, não políticas ou ideológicas, a estabilidade social manifestava-se na segurança legislativa, com legislação esparsa e códigos sistemáticos, e os partidos políticos



eram considerados um desvio do sistema monocrático, como facções com interesses antidemocráticos. As transformações do Estado, chamado a lidar com questão que antes escapavam da sua competência, impactariam diretamente a instituição do Poder Legislativo (FRANCO, 2005, p. 89). O voto deixaria de ser confiado a uma pessoa ou a um grupo em particular com a monopolização da representação pelos partidos políticos, que cresceriam em representatividade e em burocracia. Enquanto órgãos de massa, as agremiações passariam a trabalhar segundo as vontades das bases, cujos desígnios deveriam ser observados pelos eleitos. Limitado em sua atuação, a atividade legiferante do parlamentar buscaria somente satisfazer as reivindicações dos grupos sociais, agora interessados nos problemas da administração pública.

A articulação desta nova composição com a nova função do Poder Legislativo, manifestados na legislação cujas complexidade e vastidão exigem conhecimentos próprios do Poder Legislativo e na pressão dos partidos políticos sobre os legisladores a fim de promoverem seu interesse tutelados, relativizam a importância legislativa do Poder Legislativo. No caso do Brasil, Arinos salientou mais dois fatores a tornarem o Congresso Nacional um “corpo praticamente incapaz de verdadeiramente legislar” (FRANCO, 2005, p. 91). A primeira causa seria o sistema de representação proporcional. Defendida como freio a aspirações autoritárias do Presidente, a adoção da proporcionalidade enfraqueceu o Congresso com a atomização da maioria, que retira dos partidos grandes a chance de controlar a situação política para submetê-los às vontades dos menores. A segunda causa, que carece da atualidade da primeira, estaria na falta de assessoria técnica parlamentar.

À época de Afonso Arinos, a dificuldade experimentada pelo Poder Legislativo na tarefa de elaborar as leis decorria em parte da estrutura da Constituição de 1946, cuja Assembleia inspirou-se nos trabalhos da Constituinte de 1934. Segundo Arinos, “este pormenor é significativo” (FRANCO, 1978, p. 93). Frente ao vazio provocado pelo movimento revolucionário de 1930, quando colocadas a termo as instituições políticas da Primeira República, redigiu-se um texto onde privilegiadas a moralidade das eleições, a autonomia dos Estados e as garantias dos indivíduos. Todavia, não poderia o texto constitucional de 1934 fomentar estabilidade por ser incompatível com o antiliberalismo e as preocupações da época.



De forma semelhante, o texto elaborado pela Assembleia de 1946 associou às linhas formais democráticas, simbolizadas na tripartição e separação de poderes, a ampliação da atuação do Estado nas áreas social e econômica. A Constituição traria consigo a dificuldade em compatibilizar direitos individuais e públicos na sociedade. Alguns dos canais que fechara para evitar riscos à democracia, em reação ao Estado Novo e ao totalitarismo mundial, mostrar-se-iam essenciais ao funcionamento do regime. Como na Constituição de 1934, as instituições na Carta de 1946 não corresponderiam às condições básicas da realidade nacional. Na esfera legislativa, o processo legislativo terminaria por ser rígido demais para permitir a evolução diante das transformações.

O fortalecimento do Poder Legislativo passaria, contraditoriamente, pela diminuição de suas competências, o que em nada comprometeria o modelo democrático ou a representação político, por “tratar-se de destruir hábitos e rotinas que não são de forma nenhuma inerentes ao sistema, mas que identificaram com ele na fase do Estado liberal, em que a legislação era reduzida, porque espelhava a abstenção sistemática do poder público” (FRANCO, 1958, p. 88). Por um lado, bastaria abreviar e acelerar o processo de elaboração legislativa, deslocando competências do Plenário em matérias secundárias às Comissões. De outro, haveria que se reinterpretar o princípio da separação dos poderes no sentido de harmonia e cooperação para justificar a expedição de legislação administrativa pelo Poder Executivo.

Dispensado de tarefas mezinhas e encarregado do controle da legislação, não mais por sua complexa e incessante produção, poderia o Congresso dedicar-se à atuação política, traçando rumos à realidade brasileira. Assim teria feito, com “bravura, dignidade e admirável habilidade” (FRANCO, 2005, p. 94), quando dera posse a Café Filho na Presidência na esteira do suicídio de Getúlio Vargas, em agosto de 1954, e, já em novembro de 1955, declarara o mesmo Café Filho impedido para o mesmo cargo no calor do golpe dado pelo General Henrique Lott para assegurar a posse de Juscelino Kubitschek. Outros exemplos de atuação política teriam sido a aprovação da Emenda Constitucional nº 04, que garantiu a posse de João Goulart ao instituir um governo parlamentarista, e a concessão de referendo sobre a manutenção do parlamentarismo ou o retorno ao presidencialismo em 1962.



Na política, dentro do arcabouço teórico de Arinos, existe um elemento de arbitrariedade. A ação política de um Poder, ao menos quanto à sua substância, não seria suscetível de controle pelos demais outros Poderes. Assim, por exemplo, seria legítimo ao Congresso Nacional propor um novo sistema de governo quando instalado um impasse entre atores políticos sobre quem deveria assumir a Presidência. Porém, a ação política não seria infensa a fiscalização, sobretudo no Poder Judiciário, caso praticada fora das respectivas competências constitucionais (FRANCO, 2005, p. 98). Tal concepção de política auxilia a compreender a resistência ao impedimento de Café Filho, por exemplo, mesmo que tenha depois reconhecido sua importância como estratégia para evitar a ditadura militar. Em seu voto, como líder da oposição, criticou o impedimento sob o argumento de que “o processo utilizado, de resolução do Congresso, é inidôneo, pois não existe no nosso Direito Constitucional (...). Os invocados poderes implícitos do Congresso não o autorizariam a exceder a sua competência, golpeando a Constituição e tampouco invalidam o poder de apreciação do Judiciário” (FRANCO, 1957, p. 219).

Ao contrário do Poder Legislativo, cujas competências estariam mais bem definidas no texto constitucional, as prerrogativas do Poder Executivo estariam menos delineadas pela Constituição e, por isso, menos vinculadas às ordens. A fluidez das atribuições do Poder Executivo seria condição à decisão acerca dos problemas do Estado, em razão da vontade dos cidadãos, porque tais decisões no mais das vezes diriam respeito a situações históricas imprevisíveis, não situações jurídicas previstas em lei. Ressalta a indefinição de suas atribuições, que engendra a força política do Poder Executivo, a ausência de controle ou a possibilidade de um controle meramente formal pelos demais Poderes. No sistema da Constituição de 1946, por exemplo, o Presidente sujeitava-se ao veto do Congresso na elaboração das leis e na decretação de Estado de Sítio. Porém, seria responsável pelas nomeações de Ministros e outros cargos públicos, pelas decisões financeiras, pelas negociações administrativas, pelas relações internacionais, pela execução do orçamento e pelo comando das forças armadas.

Seria justamente em decorrência da indefinição dos poderes e da ausência de controles que o exercício do Poder Executivo não prescindiria de autoridade, da faculdade de exercer o arbítrio com o consentimento dos governados e sem o emprego da força. Por estar fundada sobre a aceitação do arbítrio do poder pelo



maior número de cidadãos, apenas haverá autoridade se houver confiança no ocupante do Poder Executivo, o que implicaria um Poder Presidencial muito mais influenciado pela maneira de ser pessoal do governante do que por normas pré-estabelecidas de conduta. A influência da personalidade do Chefe do Executivo explicaria, a título exemplificativo, a profunda mudança no Poder Executivo britânico com a substituição de Neville Chamberlain por Winston Churchill no ano de 1940, já no calor da Segunda Guerra Mundial (FRANCO, 2005, p. 97).

A ausência de autoridade representaria uma ameaça à ordem pública e à paz social em longo prazo, pois nenhum Estado garantiria condições razoáveis de governabilidade se praticasse arbítrio a partir da força, não da autoridade. No Brasil, não só bastasse o regime presidencial reunir a Chefia do Estado com a de Governo, a dependência da força do Poder Executivo para com a personalidade do seu ocupante seria ainda mais forte em função das praticamente inexistentes limitações legais ao poder do Presidente. Em decorrência desta característica do presidencialismo latino-americano, “as instituições [da Carta] de 1946 se apresentaram com características tão diversas conforme fossem os presidentes que ocupavam o Poder” (FRANCO, 1978, p. 94). A crise no Executivo seria, portanto, uma crise circunstancial de autoridade, cuja raiz estaria na figura do Presidente – no caso de Arinos, João Goulart.

A confiança em Jango apenas seria restabelecida caso restassem claras quais suas intenções à frente da Presidência da República. Mas, inexistiria qualquer esforço sério por parte do Presidente em sistematizar a atuação do governo, sobretudo após o abandono do Plano Trienal (FRANCO, 2005, p. 102). A eficácia do Plano, devido à ausência de mecanismos que permitissem a imposição de uma política de preço aos capitalistas, terminou por depender em grande parte da capacidade de João Goulart em persuadir as elites econômicas. O Presidente, entretanto, não demonstrava comprometimento com o Plano, o que lhe terminou por custar apoio na esquerda e por lhe proporcionar desconfiança na direita (FIGUEIREDO, 1993, p. 192).

As disfunções dos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente consubstanciadas pelas vagarosas técnicas de elaboração legislativa e lapsos de autoridade, dariam margem à possibilidade de as transformações socioeconômicas processarem-se às margens do ordenamento constitucional, levando ou à anarquia



social ou à revolução. Para conter a operar a evolução dentro de um quadro democrático, seriam necessários mecanismos jurídicos especificamente desenhados para a crise.

3 O DIREITO DA CRISE

A importância das reformas de base, para Afonso Arinos, estaria em atender à transformação do individualismo jurídico em socialismo jurídico. Para tanto, a técnica jurídica democrática haveria formulado duas soluções, ambas consideradas insatisfatórias (FRANCO, 1957, p. 161). A primeira delas, que só teria obtido sucesso na Inglaterra em função da peculiar formação de sua história e do especial temperamento de seu povo, consistiria na gradual evolução do ordenamento a partir de erros e acertos. Na ausência do realismo e empirismo britânicos, a saída que restaria aos demais países seria o estado permanente de crise. O reconhecimento, porém, da formação do direito contra a lei agravaria a crise da legalidade, com o abandono definitivo dos princípios democráticos.

A crise do direito exigiria um direito para a crise, uma legislação que permitisse a evolução da crise socioeconômica dentro da ordem jurídica (FRANCO, 2005, p. 165). Fora de uma moldura jurídica, seria impossível a mudança estável das instituições sociais – ainda que não jurídicas. Para além do direito, inexistiria ordem e poder, mas tão só anarquismo e violência. O descompasso entre o individualismo jurídico e o socialismo jurídico passaria, na opinião de Afonso Arinos, pelo planejamento. A forma superior e sistemática de intervencionismo, longe de ser incompatível com as regras da liberdade democrática, aprofundaria o conceito ao estender a incidência da democracia do campo político ao econômico (FRANCO, 1957, p. 163).

A planificação dentro do regime democrático corresponderia à noção de revolução dentro da legalidade (FRANCO, 2005, p. 189). Inspirado pela doutrina europeia do pós Segunda Guerra Mundial, Arinos apresentou a conclusão de que o planejamento constituiria uma revolução consentida, na medida em que permite a transformação veloz de estruturas econômicas da sociedade, sem o recurso à



violência. Nos países desenvolvidos⁵, o planejamento teria proporcionado o aumento da produtividade e a incorporação de setores mais amplos da população aos benefícios do sistema capitalista, ao passo que, nos países em desenvolvimento, contribuiria à inclusão e também ao pleno rendimento das forças produtivas.

O planejamento emergiria na esteira da ampliação do âmbito de intervenção do Estado sobre os setores sociais como resposta ao enfraquecimento da capacidade de decisão estatal. O gigantismo do Estado moderno, imposto pelas transformações da economia, resultaria da progressiva captação, inclusão e resolução dos conflitos presentes na sociedade pela Administração Pública. Na condição de supremo legislador, o Estado passou a disciplinar sobre uma gama cada vez maior de assunto, da organização das famílias ao direito das sucessões, do funcionamento das sociedades empresariais às relações de trabalho. “Acontece, porém, que o fato da intervenção do Estado na vida dos diferentes grupos sociais não torna a estes homogêneos, nem coerentes em seus interesses” (FRANCO, 1968, p. 90).

As influências contraditórias terminariam por comprometer, quando não inviabilizar, a ação da Administração Pública. Em vez de respostas abrangentes, problemas coletivos ficariam à mercê de soluções parciais e imediatas que privilegiaram os interesses imediatos e restritos em detrimento dos interesses radicais e gerais. Da inação surgiria a importância de efetivar uma coordenação entre as ações do Estado mediante uma rede de relações que permitisse, primeiro, selecionar as atividades mais importante e, segundo, executar as prioridades em adequação ao conjunto das atividades. Seria o planejamento nada mais que a coordenação das atividades do Estado, a garantir coesão aos grupos sociais e evitar a desintegração do regime democrático.

Para o Brasil da década de 60, cujo governo se encontrava imobilizado diante dos interesses cada vez mais intransigentes, seja à direita ou à esquerda, Afonso Arinos julgava ser imprescindível um planejamento que abarcasse a reforma agrária, a participação de trabalhadores nos benefícios da empresa, o desenvolvimento da assistência social, a justiça tributária, a democratização do ensino, a luta contra os preconceitos raciais (FRANCO, 1957, p. 162-163), entre

⁵ Afonso Arinos referiu-se a países desenvolvidos como “países democráticos”, revelando mais uma vez a importância que a superação do individualismo econômico possui em sua concepção sobre a democracia. Cf. Franco, 2005, p. 189.



outros. Para Arinos, tais providências integrariam o plano que levaria à transformação do individualismo em socialismo, sem solapar o regime democrático no que haveria de mais crucial: escolha autêntica e livre dos governantes pelos governados, liberdade de crítica aos atos de governantes, direitos individuais oponíveis contra o Estado, mandatos eletivos temporários e representação política da minoria (FRANCO, 1968, p. 92).

Afonso Arinos enxergou no golpe militar de abril de 1964 a oportunidade de levar adiante as reformas necessárias à evolução da crise social, envolvendo-se nas negociações ao colaborar com o Governador de Minas Gerais da época, Magalhães Pinto. Muito mais que militar, a movimentação seria revolucionária por – além, claro, de usar a força – buscar a aceleração do processo reformador que governo de Jango, a que Afonso Arinos atribuía a responsabilidade ética e prática em realizar a vontade popular que conduziu Jânio Quadros à Presidência, transformara em simples expediente de prática subversiva. Revolucionário, caberia ao novo governo a promoção das reestruturações sem o sacrifício dos direitos e das garantias básicas da pessoa humana (FRANCO, 2005, p. 182).

Com a queda de João Goulart, cujo caudilhismo herdado de Getúlio Vargas e bonapartismo em “apelar ao povo” contra as instituições seriam incompatíveis com o moderno presidencialismo, Afonso Arinos empenhou-se na legitimação jurídica da Revolução, que, a seu ver, fora deslançada para eliminar a subversão comunista da vida política, militar e administrativa e, também, eliminar a corrupção administrativa em todos os setores (CAMARGO; MARIANI; LOPES TEIXEIRA, 1983, p. 394). O poder constituinte originário, “aquele que emana diretamente da soberania nacional” com o nascimento de um Estado ou com a irrupção de uma crise revolucionária, permitiria a implantação das transformações mediatas exigidas, porém insuscetíveis de realização via poder constituinte instituído, em razão das limitações impostas pelo texto ao poder de emenda, ou via Estado de sítio, cujos efeitos são efêmeros. Existiria, no Brasil, um poder de fato auto-limitado, na medida em que as forças militares desejariam levar a cabo os fins da revolução sem destruir completamente a legalidade constitucional vigente, e a permanência e o funcionamento de elementos da legalidade constitucional anterior (CAMARGO; MARIANI; LOPES TEIXEIRA, 1983, p. 394).



Contudo, não poderia o fenômeno constituinte prostrar-se no tempo, porque as revoluções se completariam apenas se capazes de formular juridicamente os próprios objetivos. Sendo adotadas as “medidas preparatórias ou instrumentais” para o atingimento da legalidade revolucionária, a saber, a identificação e eliminação de agentes comunistas e corruptos do âmbito da Administração Pública e a promulgação pelo Congresso de emendas constitucionais para retardar a remessa da proposta de orçamento e permitir a inclusão de tributos no orçamento no ano em que aprovados – portanto, em desrespeito ao princípio da anterioridade – deveria a Revolução alcançar seu equilíbrio legal (FRANCO, 2005, p. 189-190).

Definida a moldura jurídica a pautar o movimento revolucionário, seria possível levar a cabo etapas preparatórias. Adotadas tais medidas, seria possível consolidar a democracia e, estabelecidas as bases democráticas, seria possível executar o planejamento democrático. Com o fim declarado de elaborar uma formulação jurídica do movimento revolucionário, o Senador Afonso Arinos de Melo Franco chegou a propor, já em 04 de abril de 1964, a outorga de amplos poderes pelo Congresso ao Presidente “para levar a efeito os propósitos da revolução” (CAMARGO; MARIANI; LOPES TEIXEIRA, 1983, p. 395). A integração entre os poderes fático e jurídico, limitando o de direito para a destruição dos instrumentos legais e cerceando o de fato a fim de cooperar com a ordenação jurídica revolucionária.

De acordo com a proposta de Arinos, caberia ao próprio Parlamento estipular e restringir no momento da outorga os poderes, sobre os quais já haveria um consenso majoritário em torno de sua natureza e alcance. A outorga e a execução destes poderes não decorreriam de emenda promulgada pelo poder constituinte instituído, ou poder constituinte reformador, mas direito criado pelo direito constituinte originário à margem dos procedimentos regulares de emenda. Embora dotada de poder constituinte, à intervenção não seria autorizado o rompimento total com a ordem da Constituição de 1946, que deveria ser apenas reformada e atualizada.

A operação lógica de Afonso Arinos, que assimila Congresso Nacional e poder constituinte originário no momento de crise política, encontra no Poder Legislativo o lugar da soberania – a ser compreendida como a capacidade de estar dentro e fora do ordenamento constitucional por gozar da prerrogativa exclusiva de



decidir sobre a ocorrência do estado de necessidade extrema e sobre quais as providências a serem tomadas para sanar as dificuldades⁶. Ao Congresso, portanto, competiria o diagnóstico e a solução da crise política, pelo que o poder de exceção apoia-se em instituições e em dispositivos da normalidade anterior.

O Ato Institucional nº 01, editado em abril de 1964 com o intuito de estabelecer o “conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro”, inverteu a ordem proposta por Afonso Arinos. Segundo o preâmbulo, os Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica agiam em nome da revolução, que, por sua vez, encontrava-se autorizada a exercer soberanamente o poder constituinte. Ainda assim, bastou a edição de um ato em que especificadas as rupturas e permanências com a antiga ordem constitucional foi interpretada como sinal de boa-fé do movimento para com a normalização do movimento revolucionário (FRANCO, 2005, p. 195).

Teria o Ato Institucional criado o “quadro jurídico de uma situação excepcional mais severa do que o estado de sítio tradicional do nosso Direito” (FRANCO, 2005, p. 272). Se as limitações jurídicas do estado de sítio não fossem observadas pelos governantes, os prejudicados poderiam recorrer ao Poder Judiciário na medida em que encontra detalhada regulamentação na Constituição de 1946 – e assim continua na de 1988 – quanto à autoridade competente, às hipóteses de decretação, às providências cabíveis e ao tempo de duração. Já no estado de exceção, em que relativizada a liberdade individual e ampliada a irresponsabilidade do poder político, seriam admitidos os atos de governo indispensáveis à garantia da sobrevivência do Estado.

Estariam ali previstas as medidas preparatórias que permitiriam o atingimento dos objetivos preliminares da Revolução: a erradicação da ameaça comunista e da corrupção administrativa. Para extirpar as influências subversivas e condutas inidôneas, o artigo 7º do Ato Institucional suspendeu ambas as garantias de vitaliciedade e estabilidade no serviço público por 06 (seis) meses. Visando o futuro, a fim de “limpar o terreno sobre o qual se vai construir uma situação que ainda não existe” (FRANCO, 2005, p. 196), autorizava-se a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 10 (dez) anos e cassação de mandatos legislativos federal, estadual ou municipal “excluída a apreciação judicial desses atos”.

⁶ Cuida-se de definição clássica de soberania cunhada por Carl Schmitt. Cf. SCHMITT, 2006. p. 8.



Mesmo que decorrendo do direito de auto conservação do Estado, Arinos não entendeu ser a exceção um quadro de anomia jurídica, pois continuariam em vigência preceitos constitucionais e, na última hipótese, “certos princípios gerais de Direito, que subsistem em qualquer circunstância ou situação entre os povos civilizados” (FRANCO, 2005, p. 273). No caso da suspensão de garantias do funcionalismo público, o próprio texto do AI-01 previa o controle jurisdicional da decisão, embora ressalvada ao exame das formalidades extrínsecas, como o direito à ampla defesa e ao contraditório. Vedava-se, entretanto, a apreciação dos fatos ensejadores, bem como a conveniência e a oportunidade. No caso da suspensão dos direitos e cassação dos mandatos, nem mesmo a cláusula expressa de exclusão judicial assim o era. Violados os direitos naturais de cada indivíduo⁷, poderia o Poder Judiciário ser provocado para avaliar a adequação do procedimento, mas não da substância.

Uma vez concluída a fase preparatória, atingidos os objetivos preliminares, esperava Afonso Arinos que o planejamento democrático viesse a “ocupar o lugar que lhe cabe no processo histórico brasileiro, que é o primeiro lugar” (FRANCO, 2005, p. 195). Carente de estabilidade, a revolução desaguardaria em ditadura de fato “provavelmente militar”. Em um governo autoritário, ou inexistiria planejamento ou existiria o planejamento autoritário. O primeiro conduziria ao agravamento e à posterior irremediabilidade das dificuldades nacionais enquanto o segundo, ao sufocamento das correntes econômicas democráticas manifestadas no movimento revolucionário. Um governo autoritário seria incapaz de governar em decorrência das disputas internas e externas que surgiriam por conta de sua pretensão de formular e executar seus objetivos econômicos em desconsideração às forças nacionais e internacionais que estiveram por detrás de abril de 1964.

As piores previsões terminariam por se confirmar, não obstante as reiteradas advertências de Afonso Arinos para que a política não terminasse por suplantar o jurídico – advertências essas que faria questão de lembrar em seus pronunciamentos da tribuna. Já na reforma constitucional de 1966, denunciaria a insegurança jurídica fomentada pelos atos institucionais. Ao longo da década de 60,

⁷ Seriam “aquelas regras superiores da convivência humana e da ordem social justa que, para os católicos, vêm do sentimento inato de justiça com que Deus ilumina os homens; para os racionalistas emana do próprio funcionamento normal da razão humana; e para os adeptos da sociologia jurídica decorrem da influência que certos valores ou padrões de comportamento coletivo exercem sobre as mentes individuais”. (FRANCO, 2005, p. 195).



a evolução dos discursos parlamentares de Afonso Arinos demonstraria a despartidarização em seu posicionamento, o deslocamento da direita para a centro-esquerda em sua atuação e a substituição do maniqueísmo pela teleologia em sua moralidade (LATTMAN-WELTMAN, 2005, p. 187).

Em que pese tenha apoiado também a edição do AI-02, que reconhecendo o estado jurídico de necessidade teria criado as instituições aptas para fazer frente às exigências socioeconômicas, ali deixara clara a importância de que o País durasse para além dos ideais revolucionários. A revolução brasileira apenas tornar-se-ia realidade a partir do momento em que superada a cisão entre liberdade e justiça social e conciliado a necessidade por ordem e reforma, que seria possível com a superação da crise mediante a reconstitucionalização: “Já não alimento nenhuma esperança de que possamos, através de cirurgias de urgência, restaurar a integridade de um sistema que se desmoronou” (CAMARGO; MARIANI; LOPES TEIXEIRA, 1983, p. 421).

O avanço do processo revolucionário e a explosão das legislações discricionárias frustraram as expectativas políticas nutridas por Afonso Arinos em relação ao movimento de abril de 1964, que teria preferido resolver as dificuldades políticas imediatas a fomentar as condições indispensáveis à institucionalização do país. No que o governo revolucionário privilegiara e radicalizara no combate ao comunismo, sua plataforma de ação política teria sofrido um desacoplamento da realidade social e inviabilizado uma efetiva atuação governamental (CAMARGO; MARIANI; LOPES TEIXEIRA, 1983, p. 425). Fechados em seu anticomunismo, a revolução proporia o endurecimento do regime como forma de manter a ordem vigente – o que, para Afonso Arinos, “parece às vezes destinado a conter o impulso da evolução social necessária à paz interna e, portanto, à estabilidade democrática” (CAMARGO; MARIANI; LOPES TEIXEIRA, 1983, p. 425). Dessa forma, foram sacrificados os ideais de estabilidade e planejamento em ordem de a revolução resolver dificuldades políticas imediatas.

No contexto político do início da ditadura, quando o próprio dispositivo militar encontrava-se em disputas internas, o regime valera-se da exceção não para instituir um direito que permitiria a evolução das transformações sociais dentro de uma baliza jurídica democrática, mas sim para criar uma legislação que garantisse a consolidação de sua autoridade a pretexto de manutenção da ordem e da defesa.



Como alertara Afonso Arinos em várias oportunidades, o aspecto jurídico da revolução sucumbiria frente ao aspecto político, dando causa a instabilidades jurídicas. A insegurança causada pela reiterada edição de atos institucionais, com o crescente vazio no direito público, inviabilizaria a realização de qualquer planejamento pelo movimento revolucionário de 1964, que teria deixado de se realizar para morrer “nos imprevistos das potencialidades não realizadas” (FRANCO, 2005, p. 180).

4 CONCLUSÕES

Ao longo das sessões em que discursou das tribunas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, Afonso Arinos de Melo Franco teceu considerações sobre praticamente todos os temas da agenda nacional, seja protagonizando os principais debates quanto relatando os principais projetos. Exercendo o cargo de deputado federal por três legislaturas, Afonso Arinos despediu-se do Senado em 1966 para retornar ao meio político apenas em 1985, quando fora nomeado pelo Presidente José Sarney como Presidente da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais – comissão incumbida de redigir um anteprojeto para o novo texto constitucional. Em 1986, aos 81 anos, foi eleito Senador pelo Estado do Rio de Janeiro. Faleceu em 1990, no curso do mandato.

Em “Crise do direito, direito da crise”, fazem-se presentes os três eixos temáticos básicos no pensamento de Afonso Arinos: a importância do líder virtuoso e consciente da sua responsabilidade para com o desenvolvimento nacional, a cooptação das classes populares por promessas falsas feitas por líderes demagógicos e a crença no progresso econômico impulsionado pela conciliação entre as aspirações das massas por justiça social e os valores básicos da democracia representativa. Uma vez liberta de seu invólucro liberal-econômico, orientado pelo *laissez-faire*, a crítica irrestrita ao poder, a livre disputa por poder e o exercício institucionalizado do poder seriam condições ao progresso (LATTMAN-WELTMAN, 2005, p. 26).

Mais do que representativo de seu conjunto doutrinário, “Crise do direito, direito da crise” é representativo da evolução sofrida pela concepção de Afonso Arinos em relação ao papel do direito na sociedade. Marcado pela tensão entre o



conservadorismo dos bacharéis, que tenderiam a aplicar o direito a partir do texto da lei, e o espírito inovador dos juristas, que tenderiam a pensar o direito a partir da observação da realidade, suas considerações primeiro mostraram-se bacharelescas para, só em um segundo momento, aderirem ao jurisdicismo.

Quando defendeu publicamente o presidencialismo em face do parlamentarismo nos debates sobre a adoção da Emenda Parlamentarista nº 04/49, Afonso Arinos apelou à manutenção da ordem e estabilidade diante da aventura de implantar um novo sistema sem que ao antigo fosse facultada a chance de aperfeiçoar-se “dentro das tradições nacionais, através de sua própria prática” (FRANCO; PILA, 1999, p. 310). Quando o mesmo Afonso Arinos propõe a adequação das formas legais frente às demandas da realidade, sua posição é pela necessidade de o jurista – e não mais o bacharel – intervir no debate público.

Em seus diagnósticos, “Crise do direito, direito da crise” é atual. A insuficiência do aparato jurídico em atender às demandas por justiça social não é um acidente histórico, mas sim um dos fins do direito liberal – pensado pelos e para os proprietários. Continuam os juristas, portanto, no dever de intervir sobre o direito para apresentar soluções que levem à superação do individualismo.

5 REFERÊNCIAS

ALBERTI, Verena. “*Idéias*” e “*fatos*” na entrevista de Afonso Arinos de Mello Franco. In: FERREIRA, Marieta de Moraes (coord.). **Entre-vistas: abordagens e uso da história oral**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A UDN e o udenismo: ambiguidades do liberalismo brasileiro**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981

CAMARGO, Aspásia; MARIANI, Maria Clara; LOPES TEIXEIRA, Maria Tereza. **O intelectual e o político: encontros com Afonso Arinos de Melo Franco**. Brasília: Senado Federal: CPDOC/Fundação Getúlio Vargas: Editora Dom Quixote, 1983.

CAVALCANTI, Themístocles. A crise constitucional do nosso tempo. **Revista de Direito Público e Ciência Política**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 3, set./dez. 1961.

CHAGAS, Carlos. **A ditadura militar e os golpes dentro do golpe: 1964-1969**. Rio de Janeiro: Record, 2014.



- FERREIRA, Jorge. *A estratégia do confronto: a frente de Mobilização Popular*. **Revista Brasileira de História [online]**, v. 24, n. 47. 2004.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. **Democracia ou reformas?** Alternativas democráticas à crise política: 1961-1964. São Paulo: Paz e Terra: 1993.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. v. 1. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1968.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. As Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1978.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo; PILA, Raul. **Presidencialismo ou Parlamentarismo?** Brasília: Senado Federal, 1999.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Evolução da crise brasileira**. 2 ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2005.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Santiago**. Disponível em: <www.santiagodantas.com.br/wp-content/uploads/Don-Quixote-prefacio-etc..pdf>. Acesso em: 25 jul. 2017.
- LATTMAN-WELTMAN, Fernando. **A política domesticada: Afonso Arinos e o colapso da democracia em 1964**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.
- LIMA, Alvino. Aspectos da crise do direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 53, jan. 1958.
- NAVA, Pedro Afonso. In: CAMARGO, Aspásia; MARIANI, Maria Clara; LOPES TEXEIRA, Maria Tereza. **O intelectual e o político: encontros com Afonso Arinos de Melo Franco**. Brasília: Senado Federal: CPDOC/FGV: Editora Dom Quixote, 1983.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Afonso Arinos e a transcendência do imediato*. In: FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Evolução da crise brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2005
- SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SEABRA, Miguel Fagundes. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 43, jan. 1956.
- SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado**. Rio de Janeiro: Leya, 2016.



OPINIÃO LEGAL¹

*Ives Gandra da Silva Martins*²

*Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques*³

Sumário: *I Da consulta. II Da prestação de contas dos candidatos a presidente e vice-presidente da República perante o Tribunal Superior Eleitoral. III Do princípio da indivisibilidade da chapa eleitoral. IV Do princípio da personalidade da pena ou da responsabilidade pessoal. V Do princípio da proporcionalidade. VI Referências.*

I DA CONSULTA

O Partido da Social Democracia Brasileira- PSDB e outros partidos coligados ajuizaram, no Tribunal Superior Eleitoral, quatro ações judiciais em face da Chapa Dilma/Temer, nas eleições de 2014, que reelegeu Dilma Rousseff e Michel Temer, respectivamente, para o cargo de Presidente e Vice-Presidente da República.

São elas: uma representação, duas ações de investigação judicial eleitoral (AIJE) e uma ação de impugnação de mandato eletivo (AIME). O objetivo da ação de investigação eleitoral é a cassação da Chapa Dilma/Temer e da ação de impugnação de mandato é cassar o diploma e o mandato eletivo do Presidente.

Alegam-se, nas ações judiciais, a existência de abuso de poder político e econômico, utilização de recursos oriundo de corrupção e ocultação de dados socioeconômicos na campanha eleitoral.

¹ Parecer jurídico submetido em 27/03/2017, aprovação comunicada em 28/03/2017.

² Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito. Foi Titular de Direito Constitucional e Econômico e Doutor em Direito. Professor Emérito da UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e Rio Grande do Sul, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal), Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU- Escola de Direito. E-mail: <ivesgandra@gandramartins.adv.br>.

³ Professora Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Uninove, Mestre e Doutora pela Faculdade de Direito da PUC-SP. E-mail: <samanthameyer@uol.com.br>.



Todas as ações foram unificadas, pelo Tribunal Superior Eleitoral, com vistas a conferir maior celeridade e racionalidade ao processo, além de garantir a segurança jurídica e evitar a prolação de decisões conflitantes.

A questão que se formula consiste em saber se é possível, o Tribunal Superior Eleitoral, ao examinar as ações judiciais propostas em face da Chapa Dilma/Temer, julgar separadamente a prestação de contas da Presidente e do Vice-Presidente. E, na hipótese de ficar comprovada a existência de irregularidades na prestação de contas da Presidente, aplicar as penalidades pertinentes somente à Presidente, excluindo o Vice-Presidente, uma vez que fique comprovado que ele não cometeu e não tinha qualquer conhecimento das ilegalidades existentes.

II DA PRESTAÇÃO DE CONTAS DOS CANDIDATOS A PRESIDENTE E VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA PERANTE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

A prestação de contas de campanha eleitoral dos candidatos é feita de maneira individual e separada, ainda que integrante de uma coligação partidária.

A Lei n.º 9.504/97, que estabelece normas para as eleições, é clara ao dispor que todos os partidos políticos e candidatos – inclusive os vices e suplentes – estão obrigados a prestar contas à Justiça Eleitoral, no tocante à movimentação financeira de sua campanha eleitoral.

A referida Lei n.º 9.504/97 é enfática ao estabelecer no §1º, do art. 28, que:

Art. 28.....

(...)

§1º As prestações de contas dos candidatos às eleições majoritárias serão feitas pelo próprio candidato, **devendo ser acompanhadas dos extratos das contas bancárias referentes à movimentação dos recursos financeiros usados na campanha e da relação dos cheques recebidos, com a indicação dos respectivos números, valores e emitentes.**” (grifos nossos)

Os candidatos são responsáveis pelas suas contas, no que diz respeito à arrecadação e aos gastos, mas é facultada a indicação de uma pessoa de sua confiança para realizar a administração financeira da campanha, qual seja, um contador (art. 20 da Lei n.º 9.504/97).



O administrador/contador será solidariamente responsável pela veracidade de todas as informações financeiras e contábeis apresentadas à Justiça Eleitoral, devendo ambos assinar a prestação de contas.

A Resolução n.º 23.406, de 27 de fevereiro de 2014, do Tribunal Superior Eleitoral, que disciplina a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e, sobre a prestação de contas nas Eleições de 2014, acrescenta, ainda, em seu art.33, §4º, que: “*O candidato e o profissional de contabilidade responsável deverão assinar a prestação de contas, sendo obrigatória a constituição de advogado.*”

Todo procedimento de arrecadação e prestação de contas das Eleições de 2014 está regulamentado pela Lei n.º 9.504/97 e pela Resolução n.º 23.406/14 do Tribunal Superior Eleitoral.

Consoante o disposto nos ditames legais, o candidato tem que solicitar o registro de candidatura à Justiça Eleitoral, que repassa os dados à Receita Federal, que, por sua vez, gera um Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica- CNPJ. Esse cadastro é imprescindível para emitir notas e viabilizar o controle de captação e movimentação de recursos. Ele também será utilizado para abrir a conta bancária específica para a arrecadação e gastos de campanha eleitoral.

Cumprir registrar aqui, que a Resolução n.º 23.406/16 do Tribunal Superior Eleitoral, em seu art. 12, §4º, é expressa ao dispor que: “*Os candidatos a vice e a suplentes não serão obrigados a abrir conta bancária específica, mas, se o fizerem, os respectivos extratos bancários deverão compor a prestação de contas dos titulares.*”

Portanto, na hipótese de o candidato a Vice-presidente da República abrir uma conta bancária específica, a movimentação financeira se dará totalmente separada da conta do titular. Foi exatamente o que ocorreu no presente caso. Cumprir registrar que a arrecadação de recursos realizada pelo Vice-Presidente, por meio de sua conta própria, representou apenas 5, 67% do total do montante de recursos arrecadados pela Chapa Dilma/Temer. Isso representa menos de seis por cento dos recursos arrecadados na campanha eleitoral, pela Chapa.

São duas contas distintas e independentes, o que possibilita a identificação da arrecadação e discriminação dos gastos realizados por cada um deles.



Todos os recursos financeiros arrecadados para a campanha eleitoral devem ser informados em um prazo de até setenta e duas horas à Justiça Eleitoral por meio do Sistema de Prestação de Contas Eleitorais – SPCE.

O candidato deve encaminhar a prestação de contas de campanha por meio eletrônico e assinar o extrato de prestação gerado pelo próprio sistema.

Em conformidade com o sistema de prestação de contas descrito acima, constata-se que a arrecadação e a prestação das contas de campanha eleitoral, na realidade, já ocorrem de maneira separadas.

Toda a movimentação de recursos realizada pela candidata Dilma Rousseff e pelo Vice Michel Temer são distintas e não se comunicam. Conclui-se que a prestação de contas é individual e independente.

De acordo com o art. 40, da Lei n.º 9.504/97 e da Resolução n.º 23.406 do Tribunal Superior Eleitoral exige-se, na prestação de contas de campanha eleitoral, a discriminação da origem e do destino de todos os recursos captados pelo candidato para financiar a campanha, o que possibilita a discriminação detalhada dos recursos que foram encaminhados para cada um deles.

Tal circunstância permite ao Tribunal Superior Eleitoral, na apreciação das contas, verificar quem é o responsável por uma eventual ilegalidade. Mostra-se plenamente possível, no julgamento da apreciação da prestação de contas pelo Tribunal Superior Eleitoral, identificar a responsabilidade de cada um pela ilegalidade e aplicar as sanções cabíveis, separadamente.

É preciso deixar claro que a prestação de contas dos candidatos, na prática, já ocorre em separado; o que se dá em conjunto é apenas a apreciação das contas da Chapa Dilma/Temer, pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Vale lembrar, também, que o registro de candidatura bem como toda a propaganda eleitoral são realizados separadamente. Num primeiro momento, verifica-se que não há nenhum óbice legal para que a apuração das responsabilidades pela prestação de contas de campanha eleitoral da Chapa Dilma/Temer seja levada a efeito em separado, tendo em vista que são de fato realizadas de forma independente e sem qualquer comunicação entre elas.

Em face de a arrecadação e o controle de captação de recursos serem realizados por cada candidato de maneira independente, como se mostraria possível, no caso da constatação pelo Tribunal Superior Eleitoral de uma



irregularidade na conta da candidata a Presidente da República, punir o Vice-Presidente, que em nada contribuiu para a sua ocorrência?

Como se afiguraria possível punir um candidato que agiu na mais estrita observância da Lei, pelos erros e ilicitudes cometidos pelo outro, que o fez sem o seu conhecimento, sua participação e, principalmente, sem a sua anuência? Como punir o Vice-Presidente, sem que se comprove cabalmente que ele agiu com culpa ou com dolo e foi o responsável pela arrecadação de valores de forma irregular?

É preciso considerar que os fluxos de caixa da conta da candidata a Presidente e da conta bancária do Vice-Presidente da República são distintos. Portanto, quaisquer irregularidades que venham a ser identificadas pelo Tribunal Superior Eleitoral na conta do Presidente não contaminam diretamente a conta do Vice-Presidente.

Do ponto de vista legal, é plenamente admissível separar e identificar as irregularidades nos gastos de campanha da candidata a Presidente e do Vice-Presidente, apurar a responsabilidade de cada um e aplicar a sanção cabível, de forma individualizada.

A apuração em separado da responsabilidade na prestação de contas de campanha também se apresenta como medida adequada e exigível, ao passo que sua utilização não contraria nenhum dispositivo da legislação pertinente. Pelo contrário, ao se examinarem os preceitos legais, como visto acima, verifica-se que a própria Lei impõe que a prestação de contas do candidato a Presidente da República e do Vice-Presidente seja realizada separadamente.

No entanto, verifica-se que o Tribunal Superior Eleitoral tem entendido, em alguns casos, não ser possível a separação da responsabilidade, diante da constatação de ilegalidades na prestação de contas de campanha, em face do princípio da indivisibilidade da Chapa. Contudo, não parece ser essa a interpretação que mais se coaduna com os princípios constitucionais vigentes.

III DO PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA CHAPA ELEITORAL

O princípio da indivisibilidade da Chapa eleitoral vem previsto no art. 91, do Código Eleitoral, *in verbis*: “O registro de candidatos a Presidente e Vice-Presidente,



Governador e Vice-governador, ou Prefeito e Vice-Prefeito, far-se-á sempre em chapa única e indivisível, ainda que resulte a indicação de aliança de partidos.”

Já o §1º, do art.77, da Constituição Federal de 1988 estabelece que a eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado.

Da simples leitura dos dispositivos legal e constitucional supracitados constata-se que, ao se eleger o Presidente da República, automaticamente se elege o Vice-Presidente com ele registrado, independentemente de ser uma aliança de partidos (coligação) ou não. Isso está a significar que não há uma eleição específica para o cargo de Vice-Presidente da República. Em outras palavras, a eleição de ambos se dá em conjunto, no tocante aos votos.

Todavia, esse fato, por si só, não tem o condão de proibir a desvinculação do julgamento da prestação de contas de campanha e a aplicação distinta da pena, em face das possíveis irregularidades constatadas pelo Tribunal Superior Eleitoral. Quer parecer que tal princípio refere-se à impossibilidade de se separar a eleição do Presidente e Vice-Presidente no que diz respeito aos votos, mas não vai ao ponto de abranger a aplicação de uma pena severa, sem que fique cabalmente comprovada a culpa do Vice.

Ademais, há que se reconhecer que o princípio da indivisibilidade da Chapa sofre mitigação por força do teor do art. 18, da Lei Complementar n.º 64/90, *in verbis*:

Art. 18. A declaração de inelegibilidade do candidato à Presidência da República, Governador de Estado e do Distrito Federal e Prefeito Municipal não atingirá o candidato a Vice-Presidente, Vice-Governador ou vice-Prefeito, assim como a destes não atingirá aqueles.

Depreende-se do teor do dispositivo legal mencionado, que a própria Lei Complementar n.º 64/90 levou a efeito uma mitigação do princípio da indivisibilidade da Chapa, ao estabelecer que a declaração de inelegibilidade do candidato à Presidência da República não atingirá o candidato a Vice-Presidente.

Destarte, o Tribunal Superior Eleitoral entendeu que a regra do art. 18 da LC n.º 64/90, que permite a divisibilidade da Chapa, incide somente quando a declaração de inelegibilidade ocorrer antes da data do pleito, oportunidade na qual o candidato inelegível poderá ser substituído.



Para tanto, faz uma interpretação à luz do art.13, §2º da Lei n.º 9.504/97: *“É facultado ao partido ou coligação substituir candidato que for considerado inelegível, renunciar ou falecer após o termo final do prazo do registro ou, ainda, tiver seu registro indeferido ou cancelado.”*

A regra insculpida no art. 18, da LC n.º 64/90 não estabelece expressamente essa limitação. Essa restrição foi imposta por meio de uma interpretação levada a cabo pelo Tribunal Superior Eleitoral.

No que diz respeito à verificação, pelo Tribunal Superior Eleitoral, de irregularidades na prestação de contas de campanha eleitoral de governador e de prefeito que enseje a cassação do mandato deles, o entendimento firmado é no sentido de cassar o mandato de vice-prefeito e vice-governador, mesmo em face da comprovação de que eles não tenham incorrido em prática de ato comissivo.

Essa interpretação adotada pelo Tribunal Superior Eleitoral tem por fundamento o princípio da indivisibilidade da Chapa (art. 91 do Código Eleitoral) e da subordinação do vice em relação ao titular do cargo, conforme: AgR-Respe n.12-11/SP, Rel. Min. Luciana Lossio, de 1/08/2016; RO n. 2233, Rel. Min. Fernando Gonçalves de 10.03.2010; Respe n. 36038/AL, Rel. Min Arnaldo Versiani, de 16.08.2011, Redator para o acórdão: Min Henrique Neves da Silva; ED-Respe m. 1-21.2013.6.04.0030/AM, Rel. Min. Luciana Lossio, de 16/11/2016; RE n. 247.987-0/PB, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, de 13.06.2016.

Contudo, essa parece não ser a melhor interpretação ao caso, eis que não é aquela que mais se coaduna com os princípios constitucionais vigentes.

A aplicação do princípio da indivisibilidade da Chapa não pode ir ao ponto de violar outros princípios constitucionais e de punir o Vice-Presidente que em nada contribuiu para a prática da ilegalidade.

Nesse sentido, tem-se verificado, na própria jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral sobre a matéria, que a discussão sobre a aplicação da pena ao Vice que não praticou a conduta ilícita tem ganhado novos contornos.

Na apreciação do RE n.º 130-68.2012.6.21.0133/RS, de Relatoria do Min. Henrique Neves da Silva, de 13.08.2013, abriu-se uma discussão relevante, ao reconhecer-se que:



Deve ser feita distinção entre o autor da conduta abusiva e o mero beneficiário dela, para fins de imposição de sanções previstas no inciso XIV do art.22 da LC n.º 64/90. Caso o candidato seja apenas beneficiário da conduta, sem participação direta ou indireta nos fatos, cabe eventualmente somente a cassação do registro ou do diploma, já que ele não contribuiu com o ato. (grifos nossos)

Não parece razoável responsabilizar alguém com a pena da inelegibilidade ou, no caso *sub examine*, com a possibilidade de cassação da Chapa Dilma/Temer e a consequente perda de mandato do Vice-Presidente, de maneira tão severa, mesmo em face da total ausência da comprovação da participação e da responsabilidade dele nas possíveis ilegalidades constatadas. O próprio Min. Henrique Neves atenta para esse fato, ao considerar que:

É certo que há a necessidade de se fazer a distinção entre o autor da conduta abusiva e o mero beneficiário dela, para fins de imposição das sanções previstas no inciso XIV do art.22 da LC n.º 64/90. Caso o candidato seja apenas beneficiário da conduta, sem a participação direta ou indireta nos fatos, cabe eventualmente somente a cassação do registro ou diploma, já que ele não contribuiu com o fato.” (REspe n. 130-68.2012.6.21.0133/RS, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, de 13.08.2013)

Nessa mesma linha, tem-se o entendimento fixado pelo Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento do REspe n. 344-21.20012.6.13.0009/MG, nos seguintes termos:

Não incide a inelegibilidade da alínea *j* do inciso I do art. 1 da LC n. 64/90 se o candidato teve cassado o seu mandato de vice-prefeito apenas por força da indivisibilidade da chapa, **tendo o arresto condenatório consignado expressamente que ele não teve participação nos fatos apurados nos processos que deram origem à condenação eleitoral.** (grifos nossos). (REspe n. 344-21.20012.6.13.0009/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, de 23.10.2012)

De igual modo, no julgamento do REspe n.º 206/PI reconheceu-se que:

“(…) A condenação pelo ilícito eleitoral atingiu diretamente o então Prefeito, tendo sido cassado o mandato do Vice-Prefeito por via reflexa e não como decorrência da prática do referido ilícito. Logo, **havendo o acórdão recorrido afirmado que não ficou provada a participação do candidato nos fatos narrados na ação de impugnação de mandato eletivo, não incide a inelegibilidade da alínea *j*.**” (REspe n.º 206/PI de Relatoria do Min Arnaldo Versiani, de 09.10.2012)



Reconhece, o Tribunal Superior Eleitoral, que, uma vez nada sendo comprovado com respeito ao Vice-prefeito, afasta-se a aplicação da inelegibilidade prevista no art.1, I,j da Lei Complementar n.º 64/90. Trata-se de um caso de mitigação da aplicação do princípio da indivisibilidade da Chapa na aplicação da pena, em face da comprovação da inexistência de participação do Vice na prática das irregularidades.

O princípio da indivisibilidade da Chapa, como qualquer princípio, não é absoluto e pode ter a sua aplicação relativizada em face da aplicação de outro princípio ou da própria lei, como o ocorreu com o art.18 da Lei Complementar n.º 64/90.

No caso em tela, a aplicação absoluta do princípio da indivisibilidade da Chapa, pelo Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento das contas da campanha eleitoral para Presidente da República da Chapa Dilma/Temer viola frontalmente os princípios constitucionais da personalidade da pena, da segurança jurídica e da proporcionalidade.

IV DO PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE DA PENA OU DA RESPONSABILIDADE PESSOAL

O princípio da personalidade da pena ou da responsabilidade pessoal consiste na proibição de a pena ultrapassar a pessoa do réu. Ele vem expressamente insculpido no art. 5º, inc. XLV, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º.....
(...)

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Trata-se de um desdobramento do princípio constitucional da individualização previsto no inc. XLVI, do art.5º, do Texto Constitucional.

O princípio da personalidade da pena impõe que a aplicação de qualquer sanção não poderá ultrapassar a pessoa do condenado, não podendo seus familiares, herdeiros, ou terceiros responder por algo que não praticaram.



Isso está a significar que ninguém pode ser responsabilizado por atos cometidos por outras pessoas. Ele também é denominado de princípio da intranscendência, na medida em que estabelece que somente o condenado, e mais ninguém, poderá responder pelo ato praticado. Não é admissível que a aplicação da pena transcenda a pessoa do réu, ou seja, de quem efetivamente praticou a conduta delituosa, para atingir terceiros que não participaram dela.

Trata-se de um direito fundamental, previsto expressamente no art. 5º da Constituição da República, erigido à condição de cláusula pétrea, ou seja, não pode ser abolido do ordenamento jurídico nem por meio de edição de Emenda à Constituição, o que dirá por meio de uma decisão judicial. Constitui-se em um direito individual do cidadão, oponível ao Estado.

Nesse contexto, tem-se que, no caso do julgamento das ações propostas em face da Chapa Dilma/Temer, se for comprovada a existência de irregularidades nas contas da Presidente e constatada a inexistência de irregularidade nas contas do Vice-Presidente, não é possível a aplicação absoluta do princípio da indivisibilidade da Chapa, sob pena de se levar a efeito uma flagrante violação ao princípio constitucional da personalidade da pena.

Na hipótese de comprovação de ilegalidades na prestação de contas da candidata à Presidência da República, deve, o Tribunal Superior Eleitoral, aplicar a penalidade cabível somente a ela. Contudo, em face da inexistência de culpa do Vice-Presidente e por tratar-se de condutas diversas, não pode o referido Tribunal aplicar a pena a ele, que não participou e em nada contribuiu para a existência da irregularidade. De outra forma, haverá ofensa direta a um direito fundamental expressamente previsto no Texto Constitucional.

Frise-se, não pode o Vice-presidente, em face do princípio constitucional da personalidade da pena, receber uma sanção por um ato que não cometeu. Pelo contrário, a sua prestação de contas de campanha eleitoral se deu na mais estrita observância da lei. Nesse sentido, já firmou o Supremo Tribunal Federal entendimento que:

O postulado da intranscendência impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator. (Supremo Tribunal Federal. AC n. 1.033, AgR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25-5-2006, P, DJ de 16-6-2006.)



Ressalte-se, também, que a pena tem caráter personalíssimo. Nesse sentido, defendeu o Ministro Gilson Dipp, em voto proferido no RO 222-13/PB, que: *“quando se trata de questão de natureza pessoal arguida após o pleito, como a que se apresenta – inelegibilidade por parentesco com o vice-prefeito -, (...)”*⁴ não se deve aplicar a pena de inelegibilidade.

Portanto, a incidência absoluta do princípio da indivisibilidade da Chapa, na aplicação de sanção, diante da comprovação de irregularidades na prestação de contas da Presidente, ao Vice-Presidente, mesmo restando evidenciada a regularidade de suas contas e a inexistência de culpa e dolo por parte dele, é uma afronta flagrante ao princípio constitucional da personalidade da pena. Deve-se optar por uma interpretação que prestigie o princípio da personalidade da pena, a soberania do voto e a boa-fé do eleitor. Até porque não há coerência em a lei exigir que as contas sejam apresentadas separadamente, se não for para ensejar o reconhecimento da responsabilidade de cada um.

IV DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica encontra-se implícito, no Texto Constitucional, em diversos dos seus dispositivos e permeia todo o seu texto e o ordenamento jurídico. Ele tem por finalidade precípua conferir estabilidade às relações jurídicas.

Constitui-se em um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, estando diretamente relacionado aos direitos fundamentais.

A segurança jurídica exige que haja estabilidade na ordem jurídica e previsibilidade nas consequências jurídicas advindas de determinada conduta.

Na seara eleitoral, o princípio da segurança jurídica tem por mister garantir estabilidade nos pleitos eleitorais. Nesse particular, entende o Supremo Tribunal Federal que:

No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos pleitos eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso

⁴ Tribunal Superior Eleitoral. Voto do Min., Gilson Dipp RO 222-13/PB, de 02.08.2012.



dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. (Recurso Extraordinário n. 637.485. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 1º-8-2012, P, **DJE** de 21-5-2013, com repercussão geral)

A segurança jurídica está intrinsicamente relacionada com a certeza do Direito. Nesse particular, cumpre examinar mais detidamente as particularidades que envolvem o julgamento das ações judiciais propostas em face da Chapa Dilma/Temer, no Tribunal Superior Eleitoral.

Como restou demonstrado acima, o Tribunal Superior Eleitoral, ao constatar irregularidades na prestação de contas de Coligação partidária em eleição de prefeito ou governador – ainda que reste efetivamente comprovada a não participação dos vices na ilegalidade – tem aplicado o princípio da indivisibilidade da Chapa e imposto as sanções ao candidato e ao Vice, inclusive, em alguns casos, a pena de inelegibilidade a ambos, se a irregularidade ocorreu após a realização do pleito.

Todavia, as decisões proferidas pelo Tribunal dizem respeito apenas aos casos de Chapas eleitorais compostas para a eleição de governador e prefeito. É a primeira vez que se examina a questão no âmbito federal, ou seja, para campanha de Presidente e Vice-Presidente. Também é inédito o julgamento de uma ação de impugnação de mandato eletivo de Presidente empossado. Soma-se a isso o fato de ser uma reeleição ao cargo de Presidente e Vice-Presidente. Acrescente-se, ainda, que a prestação de contas da Chapa Dilma/Temer foi inicialmente aprovada pelo Tribunal Superior Eleitoral com ressalvas.

Nesse particular, não há negar-se que a questão ganha novas nuances, uma vez que diz respeito à existência de irregularidades em campanha eleitoral para o mais alto cargo da República, qual seja, o de Presidente. Deve, igualmente, ser levado em consideração que o Vice-presidente da República foi responsável pela captação de menos de seis por cento do montante de recursos arrecadados e que não houve irregularidade na prestação de suas contas. Nota-se que a sua participação na arrecadação de recursos foi mínima.

Em assim sendo, as consequências advindas de uma decisão do Tribunal Superior Eleitoral têm repercussões no âmbito nacional e também internacional, político, econômico e social.



Soma-se a esse cenário o fato de no caso *sub examine*, se a Justiça Eleitoral julgar pela procedência da ação, a pena cabível ao titular do mandato não poder ser mais aplicada, em virtude de a Presidente ter sofrido um processo de *impeachment*, que resultou na perda do cargo.

Está-se, portanto, diante da impossibilidade de aplicação da pena, uma vez que a titular não se encontra mais no exercício do mandato, por força do processo de *impeachment* sofrido no Senado Federal.

É uma situação extremamente peculiar e que não encontra precedentes na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. De igual modo, cumpre acrescentar que, no processo de *impeachment* sofrido pela Presidente Dilma Rousseff, optou, o Senado Federal, por não aplicar a pena de impossibilidade de exercício de função pública por oito anos prevista expressamente na Constituição. Em síntese, não declarou a Presidente inelegível.

Portanto, o Vice-Presidente encontra-se no pleno exercício do mandato de Presidente da República. Tal circunstância tem que ser levada em consideração pelo Tribunal, na apreciação do caso. Nesse particular, tem-se um precedente analisado pela justiça eleitoral. Foi o caso do Governador de Roraima, que morreu durante a tramitação da ação no Tribunal Superior Eleitoral sobre abuso de poder econômico na campanha eleitoral. Nesse julgamento, optou o Tribunal por manter no cargo o Vice-Governador e reconheceu a necessidade de se levar a efeito abrandamentos na aplicação da indivisibilidade da Chapa:

De acordo com o princípio da indivisibilidade da chapa única majoritária, segundo o qual, por ser o registro do governador e vice-governador realizado em chapa única e indivisível (art. 91 do Código Eleitoral), a apuração de eventual censura em relação a um dos candidatos contamina a ambos. **A morte do titular da chapa impõe a interpretação de referido princípio com temperamentos.**” (grifos nossos) (Recurso Ordinário n.2233/RR. Rel. Min, Fernando Gonçalves. Data 16/12/2009)

Na hipótese de o Tribunal Superior Eleitoral - a despeito da comprovação de que as contas de campanha são prestadas separadamente e não se comunicam e que o Vice- Presidente não participou efetivamente de qualquer irregularidade - aplicar o princípio da indivisibilidade da Chapa e declarar sua nulidade, tal fato terá como consequência a perda de mandato do Vice-Presidente. Isso resultará na vacância do cargo de Presidente da República e trará sérias consequências para



todo o País e sociedade, além de afrontar veementemente o princípio da segurança jurídica e da governabilidade.

Ademais, cumpre registrar que, por ocasião do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n.503-67.2012.6.19.0000/RJ, abriu-se um precedente relevante, no Tribunal Superior Eleitoral, na medida em que se afastou no caso concreto a aplicação da indivisibilidade da Chapa majoritária em face da prevalência do princípio da segurança jurídica, nos seguintes termos:

Em face da peculiaridade do caso dos autos, **há de ser afastada a incidência do princípio da indivisibilidade da chapa majoritária para prevalecer o princípio da segurança jurídica.** (Recurso em Mandado de Segurança n. 503-67.2012.6.19.0000/RJ, Rel. João Otávio Noronha, de 04.02.2014)

Reconhece-se, ainda, que as causas de inelegibilidade possuem natureza personalíssima e que “*inexiste relação de subordinação entre o titular da chapa e o respectivo vice.*”

Portanto, a mitigação na aplicação do princípio da indivisibilidade da Chapa em face do princípio da segurança jurídica já foi levada a efeito, como anteriormente mencionado, no caso de Vice-Prefeito. Apresenta-se igualmente possível – e, por que não dizer, exigível - a relativização da aplicação do referido princípio, em se tratando do Vice-Presidente em pleno exercício do mandato de Presidente da República.

É preciso ressaltar que, no âmbito eleitoral, o princípio da segurança jurídica ganha maior relevância, em face do princípio da confiança, que tem por finalidade precípua proteger a estabilização das expectativas de todos que participam das eleições.

Diante da existência de um aparente conflito na aplicação de princípios, como ocorre no caso *sub examine*, faz-se imprescindível a aplicação do princípio da proporcionalidade para buscar uma solução no caso concreto que mais se coadune com os preceitos constitucionais.

V DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Os princípios constitucionais constituem-se no alicerce do Ordenamento jurídico pátrio. São normas que veiculam valores. São fundamentos que servem de



parâmetro para aplicação do Direito. São dotados de grande carga de relatividade e abstratividade para que possam incidir nas mais variadas situações concretas.

Todavia, em virtude de seu alto grau de relatividade e abstratividade, um princípio não pode ser empregado de maneira absoluta em toda e qualquer hipótese, sob pena de violar um outro princípio. É justamente o que ocorre no caso sob comento, em que a aplicação absoluta do princípio da indivisibilidade da Chapa pelo Tribunal Superior Eleitoral leva a uma violação dos princípios da pessoalidade da pena e da segurança jurídica.

A obediência unilateral e irrestrita a um determinado princípio acarreta, inevitavelmente, a violação de outros princípios albergados pelo ordenamento jurídico.

Para solucionar o conflito entre princípios, utiliza-se o princípio da proporcionalidade, também denominado de “princípio dos princípios”, que tem a sua origem no Direito Alemão. A despeito de não estar expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, tem sido amplamente aplicado, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, com fulcro no Estado Democrático de Direito, no princípio da isonomia ou no próprio § 2º do art. 5º do Texto Constitucional.

Ele exige que, em face de um aparente conflito entre princípios, deve-se levar a efeito uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, no caso concreto. Em outras palavras, deve-se renunciar à pretensão de aplicar um princípio de forma absoluta, devendo prevalecer apenas até o ponto a partir do qual deverá ser aplicado outro princípio que lhe seja aparentemente conflitante.

Trata-se de aplicar um sopesamento dos valores em conflito, no caso concreto, de modo a encontrar uma decisão que menos agrida ao outro princípio. Robert Alexy a conceitua como “relação de precedência condicionada”.(ALEXY, 2008, p. 91-92).

Isso não significa de modo algum que a prevalência de um princípio em detrimento do outro signifique a invalidação de um deles, muito menos a criação de uma cláusula de exceção ou uma escala de valores. Trata-se, tão-somente, da constatação de que, naquele caso específico, um deles tem um peso maior, tendo em vista as peculiaridades e circunstâncias que envolvem aquela situação concreta. (ALEXY, 2008, p. 91-92).



O princípio da proporcionalidade divide-se em três subprincípios, quais sejam: a) conformidade ou adequação dos meios, que consiste em verificar se a solução apresentada é apta a gerar a finalidade almejada; b) necessidade ou exigibilidade dos meios empregados, que exige que a solução seja eficaz e também menos gravosa para o outro princípio, e; c) proporcionalidade em sentido estrito (razoabilidade), que visa verificar se há uma ponderação razoável na aplicação de um princípio e na restrição de aplicação de outro.

Nesse sentido, importante destacar o conteúdo do voto do Ministro Gilmar Mendes proferido em julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus de n. 93.172/SP:

Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ('A proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal', in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2. ed. SP: Celso Bastos Editor: IBDC, 1999, p. 72), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Não se constitui tarefa das mais fáceis saber qual o ponto exato a partir do qual determinado princípio não pode mais ser adotado no caso concreto, na sua integralidade. Consoante os ensinamentos de Joaquim José Gomes Canotilho:

no caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas <exigências> ou <standarts> que em primeira linha *prima facie* devem ser realizados; as regras contêm <fixações normativas> definitivas sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Dito de outro modo: a convivência de princípios é sempre conflitual. (CANOTILHO, 1990, p. 174).

Em face de um conflito de princípios, a busca da solução ocorrerá por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. Para tanto, deve-se aplicar os seus subprincípios, com vistas a buscar a melhor interpretação e solução ao caso.

No caso sob comento, cumpre analisar - em face do princípio da proporcionalidade - se o Tribunal Superior Eleitoral, ao comprovar irregularidades na prestação de contas da Presidente Dilma e constatar a regularidade nas contas do



Vice-Presidente e que ele em nada contribuiu para a ilegalidade, deve aplicar integralmente o princípio da indivisibilidade da Chapa Dilma/Temer e declarar sua nulidade, bem como a diplomação dos candidatos, penalizando assim o Vice-Presidente com a perda do mandato, em total arrepio aos princípios da personalidade da pena e da segurança jurídica.

Essa solução, ao ser analisada à luz do subprincípio da conformidade ou adequação dos meios, não se mostra como a mais adequada a atingir o objetivo almejado, qual seja, punir o responsável pela ilegalidade. Isso porque a Presidente já perdeu o mandato por força de um processo de *impeachment*, e o Vice-Presidente, que se encontra no exercício do mandato, não cometeu irregularidade e será apenado injustamente. Pune-se, com essa solução, quem não é responsável pela conduta irregular e cuja arrecadação de recursos de campanha é menor que seis por cento do montante total arrecadado.

Ao se aplicar o subprincípio da necessidade ou exigibilidade dos meios empregados, verifica-se que o julgamento conjunto da prestação de contas pelo Tribunal Superior Eleitoral e a aplicação do princípio da indivisibilidade da Chapa não é a única solução cabível e nem de longe a menos gravosa. Pelo contrário, é uma interpretação que viola o princípio constitucional da personalidade da pena e da segurança jurídica, ao punir o Vice-Presidente por algo que ele definitivamente não cometeu e nem sequer poderia impedir, uma vez que as contas de campanha são prestadas separadamente. A solução menos gravosa e mais eficaz, é, sem dúvida nenhuma, julgar as contas e apurar as responsabilidades em separado e aplicar as penas individualmente, prestigiando, assim, os princípios da segurança jurídica e da personalidade da pena.

Em face do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (razoabilidade), constata-se não haver uma ponderação razoável na mera aplicação integral da indivisibilidade da Chapa e na negação total dos princípios da personalidade da pena e da segurança jurídica.

Não se mostra razoável punir o Vice-Presidente por uma conduta que ele não cometeu e nem sequer tinha conhecimento, - uma vez que a arrecadação e gastos de campanha, bem como a prestação de contas ocorrem separadamente - impugnando o seu mandato e, conseqüentemente, o destituindo do exercício do cargo de Presidente da República. Há que se atentar para as conseqüências



jurídicas, sociais e econômicas que o afastamento de um Presidente da República gera a uma Nação, ainda mais quando se tem em vista que a responsável pelas irregularidades na campanha não mais se encontra no exercício do mandato.

Nesse sentido, advertiu o Min. João Otávio Noronha que:

(...) Há particularidades que fazem com que o intérprete, quer da norma, quer dos fatos, chegue a uma conclusão que seja no mínimo razoável, para não incorrer numa situação de absoluta injustiça. (No Recurso em Mandado de Segurança n. 503-67.2012.6.19.0000/RJ, Rel. João Otávio Noronha, de 04.02.2014)

Portanto, há uma solução compatível e exigível pelo princípio da proporcionalidade, qual seja, o julgamento e apuração das responsabilidades em apartado da prestação de contas da Chapa Dilma/Temer pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Tal interpretação resulta, ademais, de um imperativo lógico, a saber, a congruência que deve existir entre a norma que determina que as contas de campanha sejam prestadas separadamente e a responsabilização de cada integrante da chapa pelas contas que prestar.

Imprescindível esclarecer que, ao se adotar a separação no julgamento da prestação de contas de campanha e a não aplicação de sanções ao Vice-Presidente, uma vez comprovada sua não participação nas irregularidades cometidas na campanha da Presidente, não se está incidindo na prática de ativismo judicial. O Poder Judiciário não está adentrando na esfera de competência dos outros Poderes, quais sejam, o Legislativo e o Executivo.

Trata-se de levar a efeito uma interpretação da lei que a coadune com os preceitos constitucionais e que leva em conta o princípio constitucional da segurança jurídica, personalidade da pena e da proporcionalidade. É uma interpretação que traz a lume uma decisão razoável, que prestigie a segurança jurídica, o princípio da personalidade da pena e a governabilidade. Portanto, é uma atividade legítima do Poder Judiciário.

Também não merece prosperar o argumento segundo o qual não há precedentes na Justiça Eleitoral, uma vez que o caso é extremamente singular, pois diz respeito ao julgamento de contas de uma Presidente da República que sofreu *impeachment* e de um presidente legalmente empossado que, nada obstante o difícil



quadro político, social e principalmente econômico porque passava o país, com elevadíssima inflação, alto desemprego e contas públicas com acentuado déficit, já conseguiu reduzir a inflação, começou a recuperar o emprego e colocar limites aos gastos públicos, cujo impacto positivo principia a ser sentido. Ao seguir essa linha de raciocínio, não se poderiam admitir inúmeras decisões proferidas pelo Tribunal Superior Eleitoral que foram tomadas sem que houvesse precedentes. Está-se diante de um *leading case* em que uma eventual e, a nosso ver, improvável decisão contrária, geraria novamente instabilidade política, social e econômica, em que a população menos favorecida seria, manifestamente, a mais prejudicada.

Apesar destes aspectos, não se está diante da adoção de uma decisão exclusivamente política e não jurídica. Pelo contrário, a decisão se encontra embasada nos princípios constitucionais da segurança jurídica, da personalidade da pena e da proporcionalidade.

O princípio da boa-fé objetiva deve ser concebido como norma de conduta. Não houve dolo ou intenção e nem sequer culpa. Deve-se prestigiar o eleitor, o voto popular e a boa-fé desse eleitor.

A Min. Luciana Lossio ao proferir o seu voto no Recurso em Mandado de Segurança n. 503-67.2012.6.19.0000/RJ, Rel. João Otávio Noronha, de 04.02.2014, alerta para o fato: “não podemos penalizar o cidadão candidato”.

É o nosso parecer

S.M.J.

São Paulo, 20 de Março de 2017.

VI REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1990.



REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS

Chamada permanente para submissão de Artigos, Resenhas e Ensaios para o Periódico *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (QUALIS B.1)

Invitación permanente a publicar Artículos, Reseñas y Ensayos en la Revista *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (QUALIS B.1)

Permanent call for Articles, Reviews and Essays for the publication *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (Constitution, Economics and Development: Law Journal of the Brazilian Academy of Constitutional Law) (QUALIS rank: B.1)

A Revista *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (QUALIS B.1, ISSN 2177-8256, disponível em <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), com periodicidade semestral, recebe artigos, resenhas e ensaios inéditos em português, inglês, espanhol, francês e italiano para a publicação, de acordo com as informações abaixo.

Buscando ampliar a internacionalização e excelência da Revista, será priorizada a publicação de trabalhos escritos em língua inglesa e submetidos por autores com Doutorado.

Cordialmente,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsável (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente (rafael@abdconst.com.br)



La Revista ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (QUALIS B.1, ISSN 2177-8256, disponible en <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), con periodicidad semestral, recibe artículos, reseñas y ensayos inéditos en portugués, inglés, español, francés y italiano para publicación, de acuerdo con las informaciones que se mencionan más abajo.

Para hacer la revista más internacional y ampliar su excelencia será priorizado la publicación de trabajos escritos en lengua inglesa y sometidos por autores con Doctorado.

Un cordial saludo,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsable (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente (rafael@abdconst.com.br)

The Law Journal ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (QUALIS B.1, ISSN 2177-8256, available at <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), published every semester, receives original articles, reviews and essays in Portuguese, English, Spanish, French and Italian to be published, according to the information below.

In order to further internationalize Journal and increment its editorial quality papers submitted in English or by authors with PhD will be favored in publishing.

Cordially,

Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto – Assistant Editor (rafael@abdconst.com.br)

Português - Linha Editorial: o periódico científico ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** publica artigos, resenhas e ensaios inéditos nos âmbitos da teoria e da dogmática jurídica, privilegiando a perspectiva transdisciplinar e comparada, assim como de outros saberes, sobre Constituição, Economia e Desenvolvimento.



Missão: A missão da *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* é incentivar a produção de estudos das relações jurídico-constitucionais com a prática e o pensamento econômicos a partir da perspectiva democrática e da efetivação dos direitos fundamentais. Ainda, visa fomentar as discussões acadêmicas sobre o desenvolvimento econômico, jurídico, humano e social e uma leitura crítica da Escola *Law and Economics*.

Avaliação dos Artigos: Os artigos, resenhas e ensaios são analisados pelo Editor Responsável, primeiramente, para verificar a pertinência com a linha editorial da Revista. Posteriormente, é feito o *Double blind peer review*, ou seja, os trabalhos científicos são remetidos a dois professores-pesquisadores doutores, sem a identificação dos autores, para a devida avaliação de forma e de conteúdo. Quando houver um parecer pela aprovação e outro pela reprovação do artigo, poderá haver a submissão a terceiro parecerista para desempate, depois de exame pelo Editor Encarregado. Após a análise pelos pareceristas, o Editor Responsável informará aos autores o parecer negativo pela publicação ou requererá as alterações sugeridas pelos pareceristas. Neste caso, os autores deverão realizar as modificações e, a partir das alterações feitas, o Editor Responsável emitirá a opinião pela publicação ou não do texto. Em cada número poderão ser publicados até dois trabalhos (20% do total) de autores convidados, selecionados pelo Editor Responsável, de autoria de pesquisadores estrangeiros ou nacionais de grande renome com especial pertinência temática com a revista. Dentre os trabalhos aprovados, por política editorial de internacionalização e excelência, haverá preferência de publicação de trabalhos escritos em língua inglesa, trabalhos submetidos por autores com doutorado e trabalhos com coerência temática no número do periódico.

Gratuidade de submissão: O periódico não cobra nenhum valor, taxa ou preço para submissão ou publicação dos trabalhos submetidos. O processo editorial e a publicação são totalmente gratuitos.

Envio dos Trabalhos Científicos: todos os artigos, resenhas e ensaios deverão ser enviados para o Conselho Editorial da **Revista Constituição,**



Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, com o cadastro no sistema na página da Revista: <<http://www.abdconst.com.br/revistaabdconst>>.

Cessão de Direitos Autorais e Termo de Responsabilidade: Os autores, ao submeterem seus trabalhos, aceitam plenamente o conteúdo do termo de cessão de direitos autorais, obrigando-se a assinar a via disponível no site, o que implica na transferência integral e não-onerosa dos direitos patrimoniais de seu trabalho à Revista. Os autores também assinarão termo de responsabilidade em relação ao conteúdo do trabalho e atestam que o trabalho submetido é inédito e não foi veiculado em outro periódico e que foram tomadas todas as precauções e procedimentos éticos cabíveis no curso da pesquisa.

Identificação dos autores: Os autores devem se identificar inscrevendo seu nome completo logo abaixo do título do artigo. Cada nome deve ocupar uma linha e possuir nota de rodapé com a qualificação completa do autor. A qualificação do autor deve obrigatoriamente conter: o vínculo institucional (instituição, cidade e estado) do autor e dados para contato (preferencialmente e-mail). Caso a pesquisa tenha sido realizada com financiamento de instituição pública ou privada, o vínculo deve ser indicado na última linha da qualificação.

Regras e exame por comitê de ética: Os autores devem obrigatoriamente atender todas as regras éticas de suas respectivas áreas e da pesquisa científica. Os trabalhos serão excluídos do processo de avaliação caso seja constatada alguma violação na ética da pesquisa científica. Se os trabalhos foram desenvolvidos no Brasil, deve-se observar a Resolução n. 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde. Nas pesquisas que envolvam dados pessoais, sigilosos, entrevistas, interação ou intervenção com seres humanos, ou qualquer experimentação e análise que por lei ou regulamento exija parecer ético, o Autor deverá submeter previamente o trabalho para análise da observância das regras sobre ética na pesquisa e, nos trabalhos desenvolvidos no Brasil, os procedimentos de pesquisa necessitam ser analisados por Comitês de Ética cadastrados no



sistema CEP/CONEP. O parecer ou autorização do comitê deverá ser submetido em conjunto com o trabalho.

Principais Normas Editoriais de Formatação: os trabalhos serão redigidos em português, espanhol, inglês, francês ou italiano e digitados em processador de texto Word.

Fonte para o corpo do texto: Times New Roman tamanho 13;

Fonte para as notas de rodapé e citações longas de mais de 3 linhas: Times New Roman tamanho 11;

Entrelinhamento para o corpo do texto: 1,5;

Entrelinhamento para as notas de rodapé e citações longas: 1,0;

Preferência ao uso da terceira pessoa do singular;

Estilo utilizado nas palavras estrangeiras: itálico;

Estilo utilizado para destacar palavras do próprio texto: negrito;

Número de páginas: no mínimo 10 e no máximo 30 páginas, justificado e com páginas não numeradas, podendo a juízo do Editor Responsável ser publicado artigo com mais de 30 páginas.

Normas Editoriais de Estrutura do Texto: os artigos, resenhas e ensaios deverão conter os elementos abaixo:

Cabeçalho: título, subtítulo, nome do(s) autor(es) – o número máximo de autores é três;

Título: deve ser claro e objetivo, podendo ser complementado por um subtítulo separado por dois pontos, em fonte maiúscula e minúscula, em negrito e centralizado;

Nome do(s) autor(es): indicação por extenso depois do título, alinhado à esquerda;

Créditos: qualificação e endereço eletrônico do(s) autor(es), em nota de rodapé;

Resumo: síntese do conteúdo do artigo de 100 a 250 palavras, incluindo tabelas e gráficos, em voz ativa e na terceira pessoa do singular e localizado antes



do texto (ABNT – NBR 6028); expressar na primeira frase do resumo o assunto tratado, situando no tempo e no espaço; dar preferência ao uso da terceira pessoa do singular; ressaltar os objetivos, métodos, resultados e as conclusões do trabalho;

Resumo em outra língua: nos textos em português e espanhol, será apresentado um resumo em inglês. O Editor Responsável providenciará, caso os autores não encaminhem, a tradução do resumo, título e palavras-chave, bem como a correção gramatical e ortográfica;

Palavras-chave: até 5 (cinco) palavras significativas que expressem o conteúdo do artigo, escritas em negrito, alinhamento à esquerda, separados por ponto e vírgula ou ponto;

Palavras-chave em outra língua: nos textos em português e espanhol, serão apresentadas palavras-chave em inglês.

Sumário: informação das seções que compõem o artigo, numeradas progressivamente em algarismo arábico;

Texto do artigo: deverá apresentar como partes uma introdução, desenvolvimento e conclusão, antecedida pelo resumo, resumo em outra língua (português e espanhol), palavras-chave e palavras-chave em outra língua (português e espanhol);

Citação, notas de rodapé e referências bibliográficas: deve-se seguir a ABNT – NBR 10520. As referências bibliográficas completas devem ser apresentadas no final do texto;

Anexo: material complementar ao texto, incluído ao final apenas quando indispensável;

Tabelas ou gráficos: devem ser adotadas as “normas de apresentação tabular” publicadas pelo IBGE. O corpo editorial pode alterar a estrutura formal do texto para adequá-lo às regras editoriais da Revista.

Política de acesso: Constituição Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional” é um periódico acadêmico de livre acesso especializado em direito constitucional, economia e ciência política. Ele é mantido pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), uma associação sem fins lucrativos. Todas as edições estão disponíveis gratuitamente no sítio do periódico, seguindo as diretrizes da Budapest



Open Access Initiative (BOAI). O periódico utiliza a licença Creative Common CC BY, que autoriza a difusão e adaptação do material, requerendo “que você cite corretamente a fonte e indique todas as alterações realizadas” e “que você pode usá-la de qualquer modo razoável, exceto de modo a indicar que o licenciante endossou o seu uso.

Conselho Editorial: Editor Responsável Ilton Norberto Robl Filho (Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Professor da UFPR e do IDP, Vice-Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR, Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR, Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR).

Membros do Conselho Editorial: Antonio Carlos Wolkmer (Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC), Antônio José Avelãs Nunes (Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor *Honoris Causa* da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra), Eroulths Cortiano Junior (Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR e Doutor em Direito pela UFPR), Fábio Nusdeo (Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP), Flávio Pansieri (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR e Presidente do Conselho Fundador da ABDConst. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC), Ingo Wolfgang Sarlet (Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemanha. Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS); Luís Fernando Sgarbossa (Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS); Marco Aurélio Marrafon (Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR), Marcus Firmino Santiago (Professor do Instituto Brasileiro de Direito Público), Mariana Mota Prado (Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale), Ricardo Lobo Torres (Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF) e Sabina Grabowska (Professora de Direito na Universidade de



Rzeszow, Polônia. Doutora pela universidade de Rzeszow e Pós-doutora pela Universidade de Lublin).

Español - Línea Editorial: la publicación periódica científica ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** edita artículos, reseñas y ensayos inéditos en los ámbitos de la teoría y de la dogmática jurídica, privilegiándose la perspectiva transdisciplinar, así como de otros saberes relacionados con la Constitución, Economía y el Desarrollo.

Misión: La misión de *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* es incentivar la producción de estudios en torno de las relaciones jurídico-constitucionales con la práctica y el pensamiento económicos desde la perspectiva democrática y de la efectividad de los derechos fundamentales. Asimismo, fomenta los debates académicos sobre el desarrollo económico, jurídico, humano y social y a una lectura crítica de la Escuela *Law and Economics*.

Evaluación de los Artículos: Los artículos, reseñas y ensayos son analizados primeramente por el Editor Responsable para verificarse la adecuación del trabajo a la línea editorial de la Revista. Posteriormente se realiza una evaluación *blind peer review* que consiste en la remisión de dichos trabajos científicos a dos profesores-investigadores doctores, sin que conste la identificación de los autores, para someterlos a la revisión de la forma y del contenido. Cuando ocurrir un parecer por la aprobación y otro por la reprobación del trabajo, podrá haber sumisión a tercer parecerista para desempate, después de examen por lo editor jefe. Tras el análisis de los evaluadores, el editor jefe les informará a los autores el parecer negativo para la publicación o les solicitará los cambios sugeridos por los evaluadores. En este caso, los autores habrán de realizar las rectificaciones pertinentes y lo editor jefe emitirá una opinión para la publicación o no del texto. En cada volumen podrán ser publicados dos trabajos (20% del total) de autores invitados, seleccionados por lo editor jefe, escritos por investigadores extranjeros o nacionales de gran renombre con especial pertinencia de tema con la Revista. Entre los trabajos aprobados, en acuerdo con la política editorial de internacionalidad y



qualidad, habrá orden de preferencia de publicación, de trabajos escritos en lengua inglesa, sometidos por autores con doctorado y trabajos pertinencia temática en el número del periódico.

Gratuidad de sumisión: Lo periódico no cobra ningún valor para la sumisión o publicación de los trabajos sometidos. Lo proceso editorial y la publicación son totalmente gratuitos.

Envío de los Trabajos Científicos: todos los artículos, reseñas y ensayos deberán ser enviados al Consejo Editorial de la *Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, con el registro en el sistema en el sitio de la Revista: <<http://www.abdconst.com.br/revistaabdconst>>.

Transferencia de derechos de autor y declaración de responsabilidad: Los autores deben obligatoriamente someter conjuntamente con sus trabajos termo de transferencia de derechos de autor, que implica en la transferencia gratuita de los derechos patrimoniales de su trabajo a la Revista. Los autores también someterán declaración de responsabilidad registrando que lo trabajo es inédito y no fue publicado en otro periódico, que no existe conflicto de intereses del autor con lo tema abordado o la pesquisa y que fueran tomadas todas las precauciones y procedimientos éticos pertinentes a la realización de la pesquisa.

Identificación de los autores. Los autores deben identificarse por su nombre completo abajo del título del artigo. Cada nombre debe ocupar una línea y contener referencia con la cualificación completa del autor. La cualificación del autor debe obligatoriamente contener: la afiliación completa de todos los autores (instituto de ensino, ciudad, estado y país) y dados para contacto (endereço, teléfono o e-mail). Caso la pesquisa tenga realizándose con financiamiento o ayuda de alguna institución pública o privada, lo vínculo debe ser informado en la última línea de la cualificación.



Reglas y examen por comité de ética: Los autores son obligados a cumplir todas las reglas éticas de sus áreas y de la pesquisa científica. Los trabajos serán excluidos de lo proceso de evaluación caso sea constatada alguna violación de la ética de la pesquisa. Se los trabajos desenvueltos son en Brasil, debe-se obedecer la Resolución n. 466/2012 de lo Consejo Nacional de Salud. En las pesquisas que envuelvan dados personales, sigilosos, entrevistas, interacción o intervención con seres humanos, o cualquier experimento y análisis que por ley o reglamento necesite de parecer ético, lo autor deberá someter previamente lo trabajo para la análisis de observancia de las reglas éticas sobre la ética en pesquisa y, en los trabajos desenvueltos en Brasil, los procedimientos de pesquisa necesitan de análisis por los Comitês de Ética registrados en lo sistema CEP/CONEP. Lo parecer o autorización de lo comité deberá ser sometido junto con lo trabajo.

Principales Normas Editoriales y su Formato: los trabajos deberán estar redactados en portugués, español, inglés, francés o italiano y digitalizados en procesador de texto Word.

Fuente para el cuerpo del texto: Times New Roman tamaño 13;

Fuente para las notas a pie de página y para las citas textuales, cuando sean superiores a 3 líneas: Times New Roman tamaño 11;

Interlineado para el cuerpo del texto: 1,5;

Interlineado para las notas a pie de página y citas textuales largas: 1,0;

Se da preferencia al uso de la tercera persona del singular;

Estilo de fuente para palabras extranjeras: cursiva;

Estilo de fuente para destacar las palabras dentro del propio texto: negrita;

Número de páginas: no inferior a 10 y no superior a 30 páginas, justificado y con páginas no enumeradas, el artículo cuya extensión supere las 30 páginas podrá ser publicado si el Editor Responsable lo juzga conveniente.

Normas Editoriales para la Estructura del Texto: los artículos, reseñas y ensayos deberán contener los siguientes elementos:

Encabezado: título, subtítulo, nombre del autor o autores – el número de autores no deberá exceder de tres;



Título: debe ser claro y objetivo y puede ser complementado por un subtítulo separado por dos puntos, en fuente mayúscula y minúscula, en negrita y centralizado;

Nombre del autor o autores: completo después del título, alineado a la izquierda;

Créditos: cualificación académica y dirección de correo electrónico del autor o autores que hayan sido informados debajo del nombre;

Resumen: síntesis del contenido del artículo de entre 100 a 250 palabras, incluyendo tablas y gráficos, en voz activa y en tercera persona del singular y colocado antes do texto (ABNT – NBR 6028); se deberá expresar en la primera frase del resumen el asunto de que se trata, situándolo en el tiempo y en el espacio; dársele preferencia al uso de la tercera persona del singular y resaltar los objetivos, métodos, resultados y las conclusiones del trabajo;

Resumen en otro idioma: los textos redactados en portugués y en español, deberán presentarse acompañados de un resumen en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el Editor Responsable se encargará, en caso de que no lo hagan ellos, de providenciar la traducción del resumen en portugués;

Palabras-clave: hasta 5 (cinco) palabras significativas que expresen el contenido del artículo, escritas en negrita, alineadas a la izquierda, separadas por punto y coma o punto;

Palabras-clave en otro idioma: los textos en portugués y español, vendrán acompañados de las palabras-clave en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el editor responsable se encargará de providenciar, en caso de que no lo hagan, la correspondiente traducción de las palabras-clave en portugués;

Sumario: la información de las secciones que componen el artigo, deberán ir numeradas en guarismo arábigo por orden de aparición en el texto;

Texto del artículo: tendrá que presentar como partes: una introducción, el desarrollo y la conclusión, antecedita por el resumen, resumen en otro idioma (portugués y español), palabras-clave y palabras-clave en otro idioma (portugués y español);



Citas, notas a pie de página y referencias bibliográficas: ABNT – NBR 10520. Las referencias bibliográficas completas se deberán colocar al final del texto;

Anexo: material complementario al texto se incluirá al final apenas cuando sea indispensable;

Tablas o gráficos: los datos deben adoptar las “normas de presentación tabular” publicadas por el IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística). El editor puede cambiar la estructura formal del texto para adecúalo a las reglas editoriales de la Revista.

Política de acceso libre: “Constituição Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional” es un periódico académico especializado en derecho, economía y ciencia política. Es administrado por la Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), una asociación sin finalidad lucrativa. Todos los números son disponibles sin costos en lo sitio de lo periódico, con uso de las reglas del Budapest Open Access Initiative (BOAI). Lo periódico utiliza la Creative Common CC BY license, que permite la difusión y adaptación del material, con obligación de “atribuir lo debido crédito, crear un link para la licencia y indicar los cambios” y “es autorizado los cambios, pero no en cualquier manera que sugiera que lo licenciamiento endosa su uso”.

Consejo Editorial: Editor Responsable Ilton Norberto Robl Filho. Coordinador de Investigación y de los Grupos de Estudio Nacionales en la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor de la Licenciatura en Derecho de la UFPR y del IDP, Abogado Miembro de la Comisión de Enseñanza Jurídica de la OAB/PR (Colegio de Abogados de Brasil/ Paraná), Doctor, con grado de Maestría y Licenciado en Derecho por la UFPR (*Universidade Federal do Paraná*).

Miembros del Consejo Editorial: Antonio Carlos Wolkmer. Profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la UFSC (*Universidade Federal de Santa Catarina*) y Doctor en Derecho por la UFSC. Antônio José Avelãs Nunes. Profesor Catedrático de la *Faculdade de Direito de Coimbra*, Doctor *Honoris Causa* por la UFPR y Doctor en Derecho por la *Faculdade de Direito de Coimbra*. Eroulths Cortiano Junior. Profesor del Programa de Posgrado y de la Licenciatura en Derecho



de la UFPR y Doctor en Derecho por la UFPR. Fábio Nusdeo. Profesor Titular de la *Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP (Universidade de São Paulo)* y Doctor en Economía por la USP. Flávio Pansieri (Profesor de la Pontificia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR, Presidente del Consejo Fundador de la ABDConst. Doctor em Derecho por la Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC). Ingo Wolfgang Sarlet (Doctor en Derecho por la Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemania. Professor de la Faculdade de Direito da Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS); Luís Fernando Sgarbossa (Doctor en Derecho por la Universidade Federal do Paraná – UFPR. Profesor de la Faculdade de Direito de la Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS). Marco Aurélio Marraffon. Presidente de la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor em Derecho por la UFPR. Marcus Firmino Santiago es Profesor en el Instituto Brasileiro de Direito Público y Doctor en Derecho por la UGF (*Universidade Gama Filho*). Mariana Mota Prado es Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto y Doctora en Derecho por la Universidad de Yale. Ricardo Lobo Torres. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor en Filosofía por la UGF (*Universidade Gama Filho*) y Sabina Grabowska (Profesora de Derecho en la Universidade de Rzeszow. Doctora por la Universidad de Rzeszow e Pos-doctora por la Universidade de Lublin).

English - Editorial line: the Law Journal *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* publishes unpublished articles, reviews and essays within the ambit of law theory and dogmatism, especially with the transdisciplinary perspective, as well as other knowledge areas, about Constitution, Economics and Development.

Mission: The mission of *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* is to encourage the production of studies on constitutional law relations with the economical practice and thinking, from the democratic perspective and the stating of fundamental rights. Yet, it



motivates academic discussions on economic, law, human and social development and a critical reading of the School of Law and Economics.

Evaluation of Articles: Articles, reviews and essays are firstly analyzed by the Chief Editor to verify if they are pertinent to the Law Journal editorial line. Then, they are sent for blind peer review – scientific works are sent to two PhD professors-researchers, with no author identification, to evaluate structure and content. If one professor suggests publication and the other rejects the paper, a third professor may be called on for a final decision, after the examination of the Chief Editor. After the professors' analysis, the chief editor will inform the authors of negative opinions or will require suggested changes. In this case, authors shall make the necessary adjustments and the Chief Editor will decide over the publication of the text. Each edition may contain at least two papers (20% of the total) written by invited authors, selected by the Chief Editor, written by international and nationally renowned authors with special thematical relevance to the Journal. After the selection of the article, in accordance to editorial policy of international excellence, papers will be published in an order of preference taking in account papers written in English, papers submitted by authors with doctorate degrees and pertinence with the theme of the given number of the journal.

Submission Fees: The publication does not charge any fees or prices for the submission or publication of sent papers. The editorial process and publication are totally free of costs.

Submission of Scientific Papers: Every article, review and essay should be sent to Editorial Concil of the ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** with the registration in the Journal's system on the page: <http://www.abdconst.com.br/revistaabdconst>

Transfer of copyright and declaration of responsibility: Authors must submit along with their papers a term of copyright transfer, transferring without cost the patrimonial rights of his work to this journal. The authors must also sign a



declaration of responsibility stating that the submitted paper is unpublished and was not approved for publishing in other journals and that there is no conflict of interests of the author over the research theme or procedures, and that all ethical precautions were taken in the course of the research.

Identification of the authors: Authors must identify themselves by their complete name inscribed under the title of the paper. Each name must take up one line and contain a reference with the institutional affiliation of the author. The institutional affiliation of the author must contain: complete institutional description of the all authors (university, city, state and country) as well as contact information (address, telephone or e-mail). If the research was financed by any private or public institutions the disclosure must be made in the last line of the author's affiliation.

Rules for submission to ethics committees: Authors are obliged to follow all ethical rules of their respective areas and those of scientific research. Papers will be excluded from the evaluation process if any violation of ethics in research is found. If the research is developed in Brazil must follow Resolution n. 466/2012 of the Conselho Nacional de Saúde. Research that involves personal data, secretive data, interviews, interaction with human beings, and any experiment or analysis that by law or regulation must have ethical approval, it must be previously submitted to ethical analysis by a committee. Research developed in Brazil must submit themselves to analysis by the Committees registered in the CEP/CONEP system. The authorization or opinion must be submitted with the paper.

Main Editorial Rules for Formatting: Works must be written in Portuguese, Spanish, English, French or Italian in a Microsoft Word document.

Main text font: Times New Roman, size 13

Font for footnotes and long quotations (more than 3 lines): Times New Roman, size 11

Main text line spacing: 1.5

Footnotes and long quotations line spacing: 1.0

Preferably written in third person singular



Foreign words style: italics

Text highlighted words style: bold

Number of pages: minimum of 10 and maximum of 30 pages, justified text with un-numbered pages; Chief Editor may publish articles with more than 30 pages.

Editorial Rules for Text Structure: Articles, reviews and essays should have the following parts:

Heading: title, subtitle, name of the author(s) – maximum of three authors

Title: It should be clear and objective, and it may be complemented by a subtitle separated by colon, in upper and lower case, in bold and center aligned

Name of the author(s): indicated after the title, left aligned

Credits: qualifications and authors' emails below the names

Abstract: synopsis of the article contents from 100 to 250 words, including tables and graphics, in active voice and third person singular, before the text (ABNT – NBR 6028); it should express the subject in the first sentence of the abstract, determining time and space; preferably written in third person singular; it should highlight objectives, methods, results and conclusions of the work

Abstract in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be an abstract in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the abstract translation to Portuguese – if authors do not send it

Key-words: up to 5 (five) significant words that express the content of the article, written in bold, left aligned, separated by semicolon or dot

Key-words in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be key-words in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the key-words translation to Portuguese – if authors do not send it

Summary: information about the article sections, progressively numbered in Arabic numerals

Article text: it should present an introduction, main text and conclusion – after the abstract, abstract in other language (Portuguese and Spanish), key-words and key-words in other languages (Portuguese and Spanish)



Quotations, footnotes and bibliographic references: ABNT – NBR 10520. Complete bibliographic references should be presented at the end of the text

Appendix: material to complement the text, included at the end if necessary

Tables or graphics: refer to “*normas de apresentação tabular*” (tabular presentation rules), published by IBGE.

The Editor may change the formal structure of the text to harmonize it to the editorial rules of the Journal.

Open Access Statement: Constituição Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional” is an open access academic journal that specializes in constitutional Law, economy and political sciences. It is maintained by the Brazilian Academy of Constitutional Law (ABDConst) a non-profit society. All issues and articles are available free of charge on the journal’s website, following Budapest Open Access Initiative (BOAI) guidelines. The journal utilizes a Creative Common CC BY license, that allows sharing and adapting the material, stating that "you must give appropriate credit, provide a link to the license, and indicate if changes were made" and "You may do so in any reasonable manner, but not in any way that suggests the licensor endorses you or your use.

Editorial Council: Chief Editor Ilton Norberto Robl Filho, Professor of the Graduation in Law at UFPR and at IDP, Lawyer Member of the Law Education Commission at OAB/PR, PhD, Master and Bachelor in Law from UFPR).

Editorial Council Members: Antonio Carlos Wolkmer (Professor of the Post-Graduation Program in Law at UFSC and PhD in Law from UFSC), António José Avelãs Nunes (Full Professor at Coimbra Faculty of Law, PhD *Honoris Causa* from UFPR and PhD in Law from Coimbra Faculty of Law), Eroulths Cortiano Junior (Professor of the Program of Post-Graduation and Graduation in Law at UFPR, and PhD in Law from UFPR), Fábio Nusdeo (Full Professor at Largo São Francisco Faculty of Law – USP and PhD in Economics from USP), Flávio Pansieri (Professor at Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR, President of the Founding Concil of ABDConst. PhD in Law from Universidade Federal de Santa Catarina –



UFSC), Ingo Wolfgang Sarlet (PhD in Law by Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Germany. Professor of Law in Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS); Luís Fernando Sgarbossa (PhD in Law by Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor in of Law in Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS); Marco Aurélio Marrafon (President of the Brazilian Academy of Constitutional Law, Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Law from UFPR); Marcus Firmino Santiago (Professor of Law at Instituto Brasileiro de Direito Público and PhD in Law from UGF); Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho), Mariana Mota Prado (Professor of Law at Toronto University and PhD in Law from Yale University); Ricardo Lobo Torres (Full Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Philosophy from UGF) and Sabina Grabowska (Law Professor at the University of Rzeszów. PhD from the University of Rzeszów post-PhD from the University of Lublin)

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