

Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 208

Brasília | outubro – dezembro/2015

Ano 52

SENADO FEDERAL





Revista de Informação Legislativa

SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2015 – 2016

Senador Renan Calheiros

PRESIDENTE

Senador Jorge Viana

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Romero Jucá

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Vicentinho Alves

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Zeze Perrella

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Gladson Cameli

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senadora Ângela Portela

QUARTA-SECRETÁRIA

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senador Sérgio Petecão

Senador João Alberto Souza

Senador Elmano Férrer

Senador Douglas Cintra



Brasília | ano 52 | nº 208
outubro/dezembro – 2015



MISSÃO

A *Revista de Informação Legislativa* (RIL) é uma publicação trimestral, produzida pela Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal. Publicada desde 1964, a *Revista* tem divulgado artigos inéditos, predominantemente nas áreas de Direito, Ciência Política e Relações Internacionais. Sua missão é contribuir para a análise dos grandes temas em discussão na sociedade brasileira e, conseqüentemente, em debate no Congresso Nacional.

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade, Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown, Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

SECRETÁRIO-GERAL DA MESA: Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Florian Augusto Coutinho Madruga

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADORA: Denise Zaiden Santos

CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. REVISÃO DE ORIGINAIS: Kilpatrick Campelo, Vilma de Sousa, Thiago Adjuto e Walfrido Vianna. REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Bianca Rossi e Guilherme Costa. REVISÃO DE PROVAS: Larissa Fernandes e Maria José Franco. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Angelina Almeida e Letícia Costa. PROJETO GRÁFICO: Lucas Santos. CAPA: Daniel Marques. FOTO DA CAPA: Washington Brito.

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1964. Trimestral.

Ano 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, n. 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-50, n. 34-198, publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas; ano 50-, n. 199-, publicada pela Coordenação de Edições Técnicas.

ISSN 0034-835x

1. Direito – Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Publicação trimestral da Coordenação de Edições Técnicas
Via N-2, SEGRAF, Bloco 2, 1^o Pavimento
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF
Telefones: (61) 3303-3575 e 3303-3576
E-mail: ril@senado.leg.br

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou a tradução de qualquer parte desta publicação serão permitidas com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta. / Pídesse canje. / On demande l'échange. / Si richiede lo scambio. / We ask for exchange. / Wir bitten um Austausch.

Sumário

- 7 **Direito e transformação social**
Contributos teóricos para a (re)construção de uma teoria jurídica emancipatória
Jorge Octávio Lavocat Galvão
- 25 **O Brasil e um novo despertar para o Direito do Mar**
Alexandre Pereira da Silva
- 41 **A responsabilização internacional de grupos armados de oposição**
Ielbo Marcus Lobo de Souza
- 61 **Controle das empresas semiestatais**
Murillo Giordan Santos
- 81 **Notas sobre a jusfundamentalidade**
Ou apontamentos sobre o problema de todo direito ser considerado fundamental
Raoni Macedo Bielschowsky
- 101 **Regulação da mídia, opressão e democracia**
Ricardo Cavalcante Barroso
- 115 **Uma leitura da hermenêutica constitucional sob a ótica de Karl Larenz e sua aplicação na discussão da redução da maioria penal**
Arthur Maciel Motta
- 149 **A epistemologia do racismo no Brasil**
Pedro Lima Marcheri
Silvio Carlos Álvares
- 167 **A qualidade legislativa no Direito brasileiro**
Teoria, vícios e análise do caso do RDC
Lucas De Laurentiis
Roberto Dias
- 189 **Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015**
Gláucio Maciel Gonçalves
Victor Barbosa Dutra

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração são de responsabilidade de seus autores.

- 203 Competência ambiental legislativa e administrativa**
Eduardo Fortunato Bim
Talden Farias
- 247 Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil**
Uma análise comparada
Érika Capella Fernandes
Jete Jane Fiorati
- 277 Ausência de prazos prescricionais na atuação do Tribunal de Contas da União e seus reflexos sobre a segurança jurídica**
Carlos Maurício Lociks de Araújo
- 303 A governança dos desastres ambientais e no direito comparado norte-americano e europeu**
Fernanda Dalla Libera Damacena
- 321 Sobre democracia, cidadania e a atuação da Defensoria Pública como instituição de transformação subjetiva, social e política**
Domingos Barroso da Costa
Arion Escorsin de Godoy
- 341 O caráter dinâmico dos regimentos internos das Casas Legislativas**
Victor Aguiar Jardim de Amorim

Direito e transformação social

Contributos teóricos para a (re)construção de uma teoria jurídica emancipatória

JORGE OCTÁVIO LAVOCAT GALVÃO

Resumo: O presente artigo tem como escopo explorar os potenciais emancipatórios do positivismo jurídico, apontando em que medida a distinção positivista entre direito e moral (tese da autonomia do direito) pode ser utilizada como um instrumento conceitual importante para a transformação estrutural da sociedade. Argumenta-se que o positivismo jurídico, como filho genuíno do projeto da Modernidade, possui um caráter ambivalente e contraditório, na medida em que existe, em seu âmago, uma tensa relação entre regulação e emancipação pouco explorada. Defende-se que o direito, se devidamente customizado, pode se antecipar aos conflitos sociais e reconhecer as características daqueles que se sentem desrespeitados. Assim, defende-se que, com base na categoria de Axel Honneth de luta pelo reconhecimento, podem-se diagnosticar as identidades sociais reprimidas pela comunidade que merecem reconhecimento pelo direito posto. Argumenta-se, ademais, com base em Nancy Fraser, que, numa sociedade com grandes desigualdades econômicas, como a brasileira, torna-se necessária a acomodação de argumentos redistributivos como parte do conceito de reconhecimento. Conclui-se que o espelho social do direito, a partir da formulação positivista, em que é articulada conceitualmente a sua desvinculação da moralidade social, pode impor uma imagem mais virtuosa à sociedade, de tal modo que promova uma verdadeira transformação das instituições sociais, desde que sejam diagnosticadas corretamente as causas de subordinação social.

Palavras-chave: Modernidade. Positivismo Jurídico. Emancipação.

I.

Recebido em 30/6/15
Aprovado em 4/9/15

Poderia o direito ser a força motriz de uma profunda transformação da sociedade, apta a gerar redistribuição de renda e a promover “justiça

social”? Em outras palavras, seria possível realizar uma radical mudança nas estruturas da sociedade e do Estado, com relação aos seus aspectos políticos, econômicos e sociais, por meio do direito? Calixto Salomão Filho entende que a resposta para tal questionamento é positiva: o direito pode e deve ser protagonista de uma verdadeira revolução, capaz de vencer o determinismo econômico e de produzir um impacto estrutural na sociedade brasileira (SALOMÃO FILHO, 2003).

De acordo com o referido autor, o direito tem sido submisso às esferas da política e da economia nos últimos séculos, mas que – tendo em vista a sua característica de ser um *locus* de moralidade e de resistência – deveríamos livrá-lo dessa sujeição e passar a manejá-lo de maneira que ele possa liderar e/ou catalisar a emancipação social.

Ainda segundo Calixto Salomão Filho (2003), para que o direito exerça o seu potencial transformador, é necessário que o sistema jurídico incorpore alguns valores éticos relacionados ao desenvolvimento econômico, como o da redistribuição de renda, o da diluição dos centros de poder nos mercados e o do fomento à cooperação, com o abandono das teorias tradicionais de desenvolvimento econômico elaboradas por autores anglo-saxões, não adaptáveis à nossa realidade.

Independentemente do mérito da proposta – que aparentemente é bastante consistente –, o objetivo do presente trabalho é o de buscar ferramental teórico para fundamentar a tese de que a transformação da realidade socioeconômica por meio do direito é possível. Ou seja, o que será proposto neste artigo é uma justificação jurídico-filosófica que sirva de pano de fundo para uma proposta emancipatória como a de Calixto Salomão Filho (2003). Para tanto, será reconstruída a tese positivista da “separação entre o direito e a moral” com arrimo na teoria da “Luta por Reconhecimento”, formulada por Axel Honneth (2005). Pretende-se demonstrar que o direito moderno, a partir das formulações positivistas do século XX, desvincula-se da moralidade social¹, podendo antecipar-se na aceitação de pretensões de reconhecimento em ebulição no seio de uma sociedade. Ao fazê-lo, funciona, nesses casos, como instrumento de emancipação social.

A articulação teórica dessa proposta será feita da seguinte forma. Na primeira parte, será pormenorizada a tese positivista da separação entre direito e moral na forma como desenvolvida pelos doutrinadores con-

¹O termo “moralidade social” é aqui empregado na acepção de Joseph Raz, que o identifica como os hábitos, os costumes e as visões comuns dos membros de determinada comunidade (RAZ, 1979). Nesse sentido, o termo “moralidade social” será equiparado, ao longo do trabalho, com o de “comunidade de valores” formulado por Axel Honneth, como “um quadro de orientações simbolicamente articulado, mas sempre aberto e poroso, no qual se formulam os valores e os objetivos éticos, cujo todo constitui a autocompreensão cultural de uma sociedade” (HONNETH, 2003).

temporâneos. Com essa descrição, analisa-se com essa tese poderia ter um potencial emancipatório, mas que, no curso do projeto da Modernidade, foi abandonado. Já no segundo momento, serão vislumbradas, dentro da Teoria do Reconhecimento de Honneth (2005), as possibilidades de ingerência do direito com a finalidade de antecipar e reconhecer as pretensões de aceitação social, possibilitando uma revolução silenciosa e não violenta por meio do sistema jurídico, com a consequente incorrência de lutas no sentido físico da palavra. Na terceira e última parte, será argumentado que uma teoria consistente de transformação social pelo direito – como a proposta de Calixto Salomão Filho (2003) – envolve uma natural evolução da teoria de Honneth (2005), redefinindo reconhecimento de maneira mais abrangente, a fim de incluir também a ideia de redistribuição de renda, como propõe Nancy Fraser. Será sustentado, ademais, que tal acomodação não desnatura a teoria de Honneth, já que o próprio autor reconhece em sua obra a importância dos direitos econômicos e sociais na formação moral do cidadão.

II.

O positivismo jurídico do século XX é fruto do desenvolvimento do projeto epistemológico da Modernidade: trata-se de uma aproximação racional-científica do conhecimento do direito, o que levou a uma tecnicização do fenômeno jurídico, com a pretensão de esvaziamento de conteúdo axiológico². Os autores positivistas procuraram descrever o

² É nesse sentido que Eduardo C. B. Bittar (2005) afirma que dentro das perspectivas “sobre a ascensão e afirmação do espírito moderno, é possível entrelaçar o fortalecimento da consciência social moderna e o estabelecimento de uma cultura jurídica, a positivista, favorável ao assentamento dos intentos pseudocientíficos do direito”.

fenômeno jurídico da maneira mais neutra possível, com base em um ponto de vista externo, caracterizando o direito, com pequenas variações a depender do autor, como um conjunto de normas estatais postas – seja por meio da legislação, seja por meio de decisões administrativo-judiciais³ – que possuem autoridade em virtude de seu reconhecimento por uma regra jurídica superior, ou seja, em razão de seu *pedigree* normativo. Essa regra-matriz, por outro lado, é assim reconhecida em função de uma convenção entre os próprios membros da comunidade jurídica em considerá-la como tal (*Grundnorm* para Kelsen e *Rule of Recognition* para Hart)⁴. Sendo assim, para os principais autores positivistas, uma norma para ser considerada “jurídica” não dependeria de qualquer parâmetro moral, mas apenas de sua conformação com os critérios jurídicos de validade estipulados pela norma superior.

Nesse sentido, Joseph Raz (1979) define a corrente do positivismo jurídico, em termos gerais, a partir de três teses: a) a tese social, que afirma que o que é ou não é jurídico é uma questão de constatação da ocorrência de um fato social; b) a tese moral, segundo a qual o mérito moral do direito é contingencial ao conteúdo das normas e das circunstâncias de sua aplicação; e c) a tese semântica, que sustenta que “direitos” e “obrigações” em termos jurídicos não podem ser usados como sinônimos

³ É importante frisar que o positivismo jurídico não se confunde com o direito positivo, no sentido de lei. Nesse sentido, o conceito de norma jurídica de Hans Kelsen abrange tanto a Constituição, as leis e os decretos executivos, como as decisões judiciais. Assim explica Kelsen (1986, p. 262): “No processo em que uma norma jurídica geral positiva é individualizada, o órgão que aplica a norma jurídica geral tem sempre necessariamente de determinar elementos que nessa norma geral ainda não estão determinados e não podem por ela ser determinados. A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de se produzir a norma jurídica individual” (KELSEN, 1987, p.262).

⁴ Para um estudo aprofundado sobre a natureza convencional da regra de conhecimento, ver Dickson (2007).

em contextos morais. A junção dessas três teses forma o seguinte argumento positivista: se, de acordo com a tese social, o que é ou não direito é uma questão de fato e se a identificação da qualificação jurídica independe de qualquer consideração moral, conseqüentemente a conformação a valores morais ou ideais não pode ser de maneira alguma considerada como uma condição para considerar algo como juridicamente vinculante. Raz (1979) então conclui que, para o positivismo jurídico, o direito somente eventualmente coincidiria com a moral no momento de sua criação ou de sua aplicação.

Essa separação entre direito e moral fez com que os críticos, como Radbruch (1974), identificassem o positivismo jurídico como um dos principais responsáveis pelas atrocidades do Nazismo. A partir do pós-guerra, então, surgem inúmeras teorias que passam a contestar as bases do positivismo jurídico, sustentando ora que o direito possui um conteúdo mínimo de moralidade, ora que o direito seria uma subárea da própria moralidade (conforme propõe a corrente da argumentação jurídica)⁵, etc. Com o desenvolvimento e a disseminação dessas ideias, a crítica ao positivismo jurídico tornou-se um lugar comum⁶. De acordo com os críticos, o direito moderno, especialmente o positivismo, estaria sempre submisso a uma lógica de interesses instrumentais de dominação, de maneira que a sua teoria já não teria qualquer propósito emancipatório; quando muito o direito seria um mero repositório da tradição burguesa e de manutenção do *status quo*⁷.

⁵Robert Alexy (2008) defende a posição de que o discurso jurídico seria um compartimento do discurso prático-racional e que por isso estaria entranhado em sua moralidade.

⁶É marcante, nesse sentido, que a doutrina constitucional pátria sustenta haver uma superação do paradigma positivista, defendendo que já vivemos em um suposto período *pós-positivista* (BARROSO, 2007).

⁷Para uma crítica nesse sentido, ver Unger (1983).

O positivismo jurídico, entretanto, sendo um filho genuíno do projeto da Modernidade, possui um caráter ambivalente e contraditório, existindo, em seu âmago, uma tensa relação entre regulação (racionalidade instrumental) e emancipação (racionalidade prática)⁸. Isso porque, ao mesmo tempo em que o direito moderno, ao desvincular-se da moralidade social, pode ser utilizado como instrumento de manipulação da sociedade, ele também pode fomentar a solidariedade e a cooperação entre os indivíduos. Em outras palavras, se por um lado a autonomia do direito moderno representa uma ameaça de alienação e opressão dos cidadãos; por outro parece haver uma trilha pouco explorada pela teoria jurídica na qual esse descolamento do direito com relação à moral pode, em certas circunstâncias, facilitar a ocorrência de mudanças sociais desejáveis. É com relação ao potencial emancipatório do direito moderno que se pretende desenvolver o presente artigo, buscando detectar em quais situações e em que condições o direito pode exercer um papel decisivo na transformação da sociedade⁹.

O passo inicial de tal empreitada é compreender adequadamente a tese da separação en-

⁸Boaventura de Sousa Santos (2005, p. 29) caracteriza essa tensão nos seguintes termos: "No projecto da modernidade, podemos distinguir duas formas de conhecimento: o conhecimento-regulação cujo ponto de ignorância se designa por caos e cujo ponto de saber se designa por ordem e o conhecimento-emancipação cujo ponto de ignorância se designa por colonialismo e cujo ponto de saber se designa por solidariedade". O autor, no entanto, acredita, ao contrário do que se defende no presente artigo, que, na Modernidade, o conhecimento-regulação veio a dominar totalmente o conhecimento-emancipação, em virtude de o modo de conhecer da ciência ter se tornado hegemônico, não havendo solução senão uma ruptura com o atual paradigma.

⁹A presente pesquisa enquadra-se, assim, dentro do âmbito daquilo que Jeremy Waldron (2001) denominou de *positivismo normativo*, em que, sem se filiar a nenhuma concepção positivista específica, procura-se identificar e potencializar os benefícios que o direito moderno ainda tem a oferecer à sociedade.

tre direito e moral defendida pelos positivistas, pois essa é a construção conceitual que possibilita que o direito vença o determinismo social e imponha uma agenda progressista à sociedade. A conceituação elaborada por Herbert L. A. Hart (1958) fornece um campo fecundo para esse propósito. De acordo com o referido autor, a distinção entre direito e moral deve ser entendida conforme defendiam os precursores do positivismo moderno, Bentham e Austin, como a distinção – simples, mas vital – entre o que o direito é e o que o direito deveria ser. Percebe-se, pois, que, originariamente, a distinção entre direito e moral foi articulada com o claro intuito de denunciar que o direito existente estaria distante daquilo que seria o ideal. Isso se torna mais evidente quando se percebe que os autores citados por Hart, além de positivistas, eram utilitaristas no campo da filosofia política, de maneira que o principal objetivo deles, ao estabelecer essa distinção, era o de criticar as normas jurídicas postas a fim de buscar novas configurações institucionais que promovessem o ideal de maximização da felicidade por eles defendida.

O escopo dos positivistas utilitários, ao realizar tal distinção, era reformista: fazer com que o direito se aproximasse dos valores por eles defendidos. Assim, a adoção da tese da separação entre direito e moral – ou entre o que o direito é e o que ele deveria ser – apenas revelaria a existência de um parâmetro normativo que serviria como critério para avaliar o ordenamento jurídico existente. Em suma, o que os positivistas queriam deixar claro é que a existência do direito é uma coisa, seu mérito ou demérito é outra. Concluem que, como o direito é uma construção humana, ele está sujeito a críticas e pode ser amoldado com vistas a atingir determinados fins.

A partir de tal constatação, é possível perceber que a distinção entre direito e moral desenvolvida pelos positivistas indicaria, na verdade, apenas que, eventualmente, pode haver um descompasso entre as estruturas jurídicas existentes e aquelas consideradas ideais pelos membros da sociedade. Trata-se de conclusão semelhante à de Boaventura de Sousa Santos, para quem o direito de uma dada sociedade – assim como as demais instituições sociais – funciona como seu espelho, reproduzindo as identificações dominantes de um dado momento existencial, mas que, às vezes, em virtude dos processos sociais que se operacionalizam no interior desse “espelho social”, a imagem refletida pode ganhar vida própria, transformando-se em estátua ou até mesmo pretendendo impor uma determinada imagem à sociedade (Santos, 2005). Assim, no que tange a uma determinada sociedade e a sua relação com o direito, emergem três possibilidades distintas: i) o direito reflete exatamente a moralidade cambiante do grupo; ii) o direito transforma-se em estátua, reproduzindo valores conservadores que já não mais condizem

com a realidade social; e iii) o direito impõe uma imagem mais virtuosa à sociedade, promovendo a emancipação social. Identificar as circunstâncias nas quais essa terceira hipótese emancipatória se materializa é o objetivo de uma teoria jurídica de cunho progressista. É nesse ponto que a teoria de Axel Honneth parece fornecer um parâmetro seguro de desenvolvimento.

Antes de se proceder ao próximo tópico, cumpre esclarecer ainda três pontos. Em primeiro lugar, ao contrário da maioria das abordagens críticas, que veem a autonomia do direito como algo negativo e problemático, essa é exatamente a característica do positivismo jurídico que fornece subsídios para uma atuação jurídica progressista, pois permite compreender como se dá esse descolamento entre o direito e a moralidade social. De fato, somente com Hart (1994, p. 94-99) é que se tornou claro o mecanismo mediante o qual as regras primárias (criadoras de direitos e obrigações) podem ser alteradas independentemente do consentimento dos membros da comunidade. Isso se deu com o esclarecimento do funcionamento de uma regra de reconhecimento específica, operada e compreendida apenas pelos agentes oficiais, denominada de “regra de modificação”. De acordo com o positivista inglês, a compreensão do modo operacional dessa metarregra jurídica nas sociedades modernas possibilita alterar o conteúdo das normas vigentes de maneira autônoma à moralidade do grupo, tornando o direito algo dinâmico, em contraposição ao caráter estático das normas primárias baseadas na moralidade as quais preponderam em comunidades pré-jurídicas (HART, 1994).

Em segundo lugar, entende-se que a tese positivista da separação entre direito e moral não se baseia numa ideia de moralidade metafísica. Ao contrário, parte-se do pressuposto

de que inexistente uma concepção moral absoluta amplamente compartilhada pelos membros da comunidade, crença essa reforçada pela existência permanente de um pluralismo razoável nas sociedades contemporâneas¹⁰. Dessa forma, a “moralidade” deve ser compreendida como uma moral social e historicamente construída; um conjunto cultural de valores que uma dada sociedade aceita como corretos e compartilha em um determinado momento histórico. A moralidade assim compreendida é sempre algo parcial, relativo e constantemente mutável. Portanto, pode ser potencialmente opressora na medida em que sempre haverá concepções de vida não reconhecidas pela comunidade, como, e.g., ocorre atualmente com a poligamia no mundo ocidental. Ao adotar essa perspectiva, pode-se dizer que geralmente as concepções jusnaturalistas – que negam a separação entre direito e moral – é que são potencialmente opressoras, pois, a pretexto de salvar o direito de uma colonização por interesses estratégicos, acabam por cair na tentação de impor as suas preferências particulares¹¹.

Em terceiro lugar, acredita-se que o direito tem condições de influenciar positivamente as relações intersubjetivas. Inúmeros são os exemplos em que o direito desencadeou uma verdadeira transformação social, produzindo um impacto estruturante nas relações de reconhecimento de uma sociedade. *Brown v. Bo-*

¹⁰ John Rawls (2001) explica essa característica disseminada das sociedades contemporâneas da seguinte forma: “Also especially important are the circumstances that reflect the fact that in a modern democratic society citizens affirm different, and indeed incommensurable and irreconcilable, though reasonable, comprehensive doctrine in the light of which they understand their conception of good. [...] We take this pluralism to be a permanent feature of a democratic society, and view it as characterizing what we may call the subjective circumstances of justice”.

¹¹ Esse parece ter sido o pecado de John Finnis, talvez o jusnaturalista mais importante na atualidade, que defende que as leis que permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo seriam contrárias à razão prática e, consequentemente, ao direito natural. (Finnis, 1994, p. 1049).

ard of Education, julgado pela Suprema Corte americana em 1954, no qual se impôs o fim da segregação racial nas escolas públicas e que acabou sendo o estopim do *Civil Rights Movement* nas décadas subsequentes, talvez tenha sido um dos casos mais emblemáticos em que o direito foi capaz de alterar a moralidade de uma sociedade racista, impondo uma imagem mais virtuosa das identidades dominantes à sociedade norte-americana. Esse caso, assim como muitos outros, demonstra a força simbólica que o direito pode ter na construção dos mecanismos de reprodução social.

Se a função do direito, na esteira do ensinamento de Owen Fiss (2007, p. 264-267), é o de regenerar os valores da sociedade e, por conseguinte, ser uma força transformadora da moralidade social, uma das formas possíveis de se teorizar tal entendimento é a partir da adoção da tese positivista da separação entre direito e moral. O processo mediante o qual ocorre esse salto qualitativo na função normativa do direito, entretanto, ainda permanece uma incógnita. O direito, como instância decisória de poder, tem o condão de impedir ou promover as transformações sociais. A fim de identificar por qual ângulo o espelho social do direito reflete a sociedade em determinado momento, recorreremos à Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth (2005), que permitirá diagnosticar os pontos de tensão social em que o direito pode atuar como instrumento de emancipação social.

III.

Axel Honneth (2005) propõe uma teoria crítica da sociedade a partir da análise de uma única categoria, isto é, do “reconhecimento”. Segundo o autor, para que o ser humano possa ter uma relação positiva consigo mesmo de

maneira a possibilitar o desenvolvimento sadio de sua personalidade, é necessário ver-se (reconhecer-se) no outro. Giovanni A. Saavedra (2009, p. 140) explica essa atitude da seguinte forma:

“O *Ser humano* adquire a consciência de seu *Ser humano* a partir de um *Modo de Ser humano: o modo de reconhecer (Modus des Anerkenmens)*. Esse modo de reconhecer procede o *modo de conhecer (der Modus des Erkennens)*, típico de processos de instrumentalização, coisificação e reificação. Essa primazia do *modo de reconhecer (der Modus des Anerkennens)* caracteriza o que Honneth passa a chamar de *modo existencial do reconhecimento*. (...) Esse *modo existencial do reconhecimento* deve ser compreendido como uma forma mais fundamental do reconhecimento recíproco dos seres humanos como seres dignos de respeito e igual tratamento jurídico (dimensão antropológica do reconhecimento)”.

Para Honneth (2003), existem três esferas de reconhecimento distintas – o amor, o direito e a comunidade de valores ou solidariedade –, donde emanam três experiências psicológicas positivas do sujeito consigo mesmo – a autoconfiança, o respeito próprio e a autoestima, respectivamente. Por outro lado, Honneth diagnostica a existência de concepções negativas de reconhecimento, que nascem a partir da experiência do desrespeito ou de violência contra a dignidade da pessoa humana: os maus tratos, a violação e o constrangimento, na esfera do amor; a privação de direitos e a exclusão, na esfera do direito; a degradação moral e a injúria, na comunidade de valores.

Todas essas formas de desrespeito são uma forma de patologia e as reações provocadas pelo sentimento de injustiça devem ser vistas como o estopim em potencial de uma luta por reconhecimento. Assim, é a experiência psicológica do desrespeito que fornece a base

motivacional da luta por reconhecimento. De acordo com Honneth (2003):

“Nessas reações emocionais de vergonha, a experiência de desrespeito pode tornar-se o impulso motivacional de uma luta por reconhecimento. Pois a tensão afetiva em que o sofrimento de humilhações força o indivíduo a entrar só pode ser dissolvida por ele na medida em que reencontra a possibilidade da ação ativa; mas que essa práxis reaberta seja capaz de assumir a forma de uma resistência política resulta das possibilidades do discernimento moral que de maneira inquebrantável estão embutidas naqueles sentimentos negativos, na qualidade de conteúdos cognitivos.” (HONNETH, 2005, p. 224).

Segundo Honneth (2003), o progresso moral da sociedade se dá a partir da ampliação das relações de reconhecimento. Cada reconhecimento conquistado por meio dos movimentos sociais é automaticamente incorporado ao patrimônio da sociedade, sem possibilidades de regressos. A moldura conceitual da luta por reconhecimento desempenha, assim, uma dupla tarefa: a) serve como modelo de interpretação do surgimento de lutas sociais; e b) oferece um parâmetro para avaliar o estágio atual de desenvolvimento moral de uma sociedade. Assim, Honneth, a partir de uma gramática subcultural no qual a linguagem da injustiça encontra uma linguagem comum, permite explicar os acontecimentos sociais “como estágios de um processo de formação moral que se dá por meio do conflito e cuja direção é dada pela ideia-guia de ampliação das relações de reconhecimento” (SAAVEDRA; SOBOTKA, 2008).

Para a presente pesquisa, revela-se relevante aprofundar o estudo da função de reconhecimento da esfera do direito e sua relação com a outra esfera de reconhecimento, a da

comunidade de valores. Axel Honneth (2003) desenvolve a diferenciação entre essas duas esferas de reconhecimento a partir do desenvolvimento do direito moderno. Segundo o autor, o reconhecimento jurídico nas sociedades tradicionais era baseado na ideia de *status*. No entanto, com a modernidade, o direito teve de se desvincular de qualquer ideia de privilégio, necessitando ser suficientemente geral e abstrato para prover um tratamento isonômico entre todos os cidadãos. Nesse diapasão, há uma ruptura com o direito tradicional, o que desencadeou sua cisão em duas esferas de reconhecimento distintas: nesse estágio de desenvolvimento histórico, a esfera do reconhecimento jurídico diferencia-se daquela da estima social. Em contraposição à generalidade do direito, esta última esfera de reconhecimento é voltada para as características particulares dos indivíduos e baseia-se no reconhecimento pelo mérito pessoal. Surge assim a diferença entre direito e juízo de valor. O direito tem a função de definir um sistema de reconhecimento das propriedades constitutivas da pessoa de direito em termos gerais. Já o juízo de valor procura desenvolver um sistema apto a medir o valor das propriedades características de cada indivíduo singularmente considerado. Nesse sentido, o direito tem como função permitir ao indivíduo o desenvolvimento de sua autonomia, de maneira que ele possa decidir racionalmente sobre as questões morais. Na visão de Honneth, a luta por reconhecimento na esfera do direito deve ser vista como a afirmação histórica dos direitos fundamentais, “uma pressão, sob a qual permanentemente novas condições para a participação na formação pública vêm a tona” (SAAVEDRA; SOBOTKA, 2008, p. 12).

Desse modo, os direitos fundamentais para Honneth não englobam apenas os direitos negativos, de primeira geração, mas também devem incluir as conquistas ocorridas nas últi-

mas décadas, englobando os direitos de participação (direitos políticos) e os direitos econômicos e sociais, que oferecem condições materiais para que o indivíduo possa efetivamente participar da formação da opinião no espaço público. Nesse sentido, ensina-nos Honneth (2003):

“Reconhecer-se mutuamente como pessoa de direito significa hoje, nesse aspecto, mais do que podia significar no começo do desenvolvimento do direito moderno: entretantes, um sujeito é respeitado se encontra reconhecimento jurídico não só na capacidade abstrata de poder orientar-se por normas morais, mas também na propriedade concreta de merecer o nível de vida necessário para isso.”

Como já mencionado acima, no caso da forma de reconhecimento do direito, são postas em evidência as características gerais dos seres humanos, ao passo que que na estima social ou comunidade de valores são enfatizadas as propriedades que tornam o indivíduo diferente dos demais. Honneth considera essa terceira esfera de reconhecimento – a comunidade de valores – como um tipo normativo ao qual correspondem as diversas formas práticas de *autorrelação valorativa*. Ou seja, a estima social deve ser vista como um meio social em que as qualidades individuais dos cidadãos aparecem de maneira genérica, vinculativa e intersubjetiva. Trata-se, portanto, de um sistema de referência para a avaliação moral das diferentes concepções de vida boa dos diversos atores sociais cuja totalidade corresponde à cultura de uma dada sociedade.

“A avaliação social de valores estaria permanentemente determinada pelo sistema moral dado por esta autocompreensão social. Esta esfera de reconhecimento está vinculada de tal forma em uma vida em comunidade que a capacidade e o desempenho dos integrantes da comunidade de somente poderiam ser avaliados intersubjetivamente.” (SAAVEDRA; SOBOTKA, 2008, p.13)

Assim, um indivíduo somente se sente valorizado em uma sociedade quando as suas capacidades individuais não são avaliadas coletivamente, mas em sua individualidade. Nesse sentido, há sempre uma tensão dialética entre os valores que a comunidade reconhece de um lado e as pretensões de reconhecimento individuais do outro. Ou seja, os critérios da avaliação social estão em constante mutação na medida em que são reconhecidas novas formas de autorrealização.

“Essa espécie de tensão social que oscila permanentemente entre a ampliação de um pluralismo valorativo que permita o desenvolvimento da concepção individual de vida boa e a definição de um pano de fundo moral que sirva de ponto de referência para a avaliação social da mo-

ralidade faz da sociedade moderna uma espécie de arena na qual se desenvolve ininterruptamente uma luta por reconhecimento: os diversos grupos sociais precisam desenvolver a capacidade de influenciar na vida pública a fim de que sua concepção de vida boa encontre reconhecimento social e passe, então, a fazer parte do sistema de referência moral que constitui a autocompreensão cultural e moral da comunidade em que estão inseridos.” (SAAVEDRA; SOBOTKA, 2008, p.13-14)

Assim, Axel Honneth (2003) nos fornece um guia para compreender em quais circunstâncias o descolamento do direito da moralidade social tem um impacto social positivo: exatamente na situação em que o direito se antecipa à esfera de reconhecimento da estima social e reconhece as qualidades individuais de um grupo de indivíduos que está sendo oprimido em um dado momento histórico. Ou seja, é a partir do diagnóstico das situações de *desrespeito* que o direito pode vir a dar um salto qualitativo.

Honneth, no entanto, parece não vislumbrar no direito esse potencial emancipatório, pois dá a entender que somente com base na articulação política de um movimento social o sentimento de injustiça passa a ter relevância política. Tal entendimento revela-se patente na passagem do livro de Honneth em que ele desqualifica o desrespeito na esfera do amor como uma tensão moral apta a ensejar a eclosão de uma luta por reconhecimento¹². Além disso, o direito, para Honneth, parece apenas desempenhar o papel de efetuar o reconhecimento de características gerais em sua própria esfera de atuação, não tendo nenhuma interferência nas demais esferas de reconhecimento. Em outras palavras, Honneth não dá pistas de que o direito possa interferir na luta por reconhecimento nas esferas da estima pessoal e do amor. Talvez a dificuldade de vislumbrar esse potencial emancipatório do direito por parte de Axel Honneth tenha se originado na dificuldade em pensar o direito como os autores positivistas – separado da moralidade social –, de maneira que, em sua visão, o direito estaria umbilicalmente vinculado a um contexto histórico-cultural mais amplo, impotente para vencer o determinismo social.

Essa leitura, no entanto, deprecia o papel simbólico que o direito pode exercer na sociedade. A autonomia do direito pode servir exatamente para influenciar o modo como a sociedade se reconhece, modificando

¹²Nos dizeres de Axel Honneth (2003, p. 256): “Ora, nem todas as três esferas de reconhecimento contêm em si, de modo geral, o tipo de tensão moral que pode estar em condições de pôr em marcha conflitos ou querelas sociais: uma luta só pode ser caracterizada de ‘social’ na medida em que seus objetivos se deixam generalizar para além do horizonte das intenções individuais, chegando a um ponto em que eles podem se tornar a base de um movimento coletivo. Segue-se daí primeiramente, com o olhar voltado para as distinções efetuadas, que o amor, como forma mais elementar do reconhecimento, não contém experiências morais que possam levar por si só à formação de conflitos sociais”.

os seus padrões morais. Isso porque o direito, conforme nos ensina Joseph Raz (1975), estabelece regras que são *razões excludentes de agir* que possuem autoridade sobre o modo como as pessoas agem. Em outras palavras, o direito estabelece regras que afastam quaisquer outras razões de agir, independentemente do conteúdo da norma, mesmo que as normas sejam contrárias às convicções morais do agente. Assim, ainda que a comunidade ainda não reconheça determinado valor pessoal ou familiar, o direito pode substituir-se às outras esferas de reconhecimento e proibir que os atos de desrespeito continuem sendo perpetrados.

Nesse sentido, quando uma norma jurídica reconhece a possibilidade de um casal se divorciar – mesmo quando a sociedade ainda possui preconceitos com relação a cônjuges separados – o direito está indo além da moralidade social e impondo uma imagem mais virtuosa à sociedade por meio de seu espelho (BRASIL, 1977). No caso, o direito – ao perceber a existência de um desrespeito nas esferas de reconhecimento do amor e da estima social, na medida em que se força a união de duas pessoas que já não se autorrealizam na vida a dois em virtude de uma concepção tradicional de vida boa familiar –, altera as regras jurídicas a fim de fornecer uma razão excludente em favor dos injustiçados. De fato, a comunidade estava ferindo psicologicamente esses indivíduos. Da mesma forma, quando a Suprema Corte do Estado americano de Massachusetts decide pela inconstitucionalidade de leis que proibem o casamento de pessoas do mesmo sexo, o direito está reconhecendo um valor que a comunidade não havia aceitado até então, mas que desrespeitava a concepção de vida boa dos homossexuais (UNITED STATES, 2003).

Não há dúvida de que, ao transformar essas reivindicações de reconhecimento em norma legal e, portanto, em uma *razão excludente*, o

direito exerce força simbólica na luta por reconhecimento nas outras esferas de reconhecimento que não pode ser menosprezado. A teoria de Honneth, portanto, ao identificar as áreas em que o direito pode se anteciper às reivindicações de reconhecimento, nos fornece subsídios adequados para concluir que o direito moderno, desde que devidamente customizado para atuar nessas áreas, possui ressonância suficiente para impactar nas estruturas das relações sociais e na cultura de uma sociedade. No entanto, a proposta de Calixto Salomão Filho requer algo a mais: requer que, em uma sociedade marcada por profundas desigualdades sociais, como a brasileira, o direito tenha potencial para redistribuir renda, produzindo um impacto estruturante também na economia. Este será o tema do próximo tópico.

IV.

Axel Honneth (2003) afirma em seu trabalho que a luta por reconhecimento fornece uma gramática moral para todos os atos coletivos de resistência que, no entanto, não podem ser confundidos com meros interesses coletivos pela manutenção ou ampliação de suas condições de reprodução. Enquanto que no primeiro caso haveria uma luta pelas condições intersubjetivas da integridade psíquica dos indivíduos, no segundo caso haveria apenas uma concorrência por bens escassos.

Nesse sentido, a pretensão de transformação econômica da sociedade por meio do direito, tendo como parâmetro a Teoria do Reconhecimento, estaria comprometida. Para que o potencial emancipatório da teoria de Honneth se estenda também às estruturas que perpetuam a desigualdade social no Brasil, faz-se necessária uma reformulação da ideia de reconhecimento a partir de uma perspectiva mais

abrangente, que englobe a redistribuição de renda. Faz-se necessário, portanto, reconhecer a interconexão entre a falta de condições materiais substantivas para a participação na vida social com a existência de um sentimento de desrespeito e injustiça apto a desencadear uma luta por reconhecimento.

Nancy Fraser (2000) parece nos fornecer um campo teórico fecundo para esse propósito. Segundo a feminista americana, a Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth seria falha na medida em desconsidera a interconexão entre os aspectos culturais e as desigualdades econômicas de uma sociedade. Segundo a autora:

“[...] a ideia de uma sociedade puramente cultural sem relações econômicas – que fascinou gerações de antropologistas – está bem distante da realidade existente, nas quais as relações de mercado se infiltraram em todas as sociedades em certo grau, dissociando apenas parcialmente os mecanismos econômicos de distribuição dos padrões culturais de valor e prestígio. Parcialmente independente de tais padrões, os mercados seguem uma lógica própria, nem totalmente limitada pela cultura, nem subordinada a ela. Como resultado, eles geram desigualdades econômicas que não são meras expressões de identidades hierárquicas. Sob essas condições, a ideia que se poderia remediar toda a má distribuição por meio de uma política de reconhecimento está profundamente equivocada: a sua única consequência é deslocar a luta por justiça econômica.” (FRASER, 2000, p. 111) (tradução nossa)¹³

¹³No original: “[...] the idea of a purely ‘cultural’ society with no economic relations – fascinating to generations of anthropologists – is far removed from the current reality, in which marketization has pervaded all societies to some degree, at least partially decoupling economic mechanisms of distribution from cultural patterns of value and prestige. Partially independent of such patterns, markets follow a logic of their own, neither wholly constrained by culture nor subordinated to it; as a result they generate economic inequalities that are not mere expressions of identity hierarchies. Under these conditions, the idea that one could remedy

Para a autora, ao tratar o reconhecimento de maneira monística, sem atentar para o fato que as desigualdades econômicas influenciam as políticas de emancipação, Honneth teria simplificado por demasiado a reflexão social normativa¹⁴.

Nesse diapasão, a autora procura formular um conceito de Justiça integrado, que englobe tanto as demandas por reconhecimento de identidades, quanto de redistribuição de renda. Fraser, então, recontextualiza o reconhecimento como sendo uma questão de *status*: o importante para a autora não é apenas o reconhecimento de uma identidade de grupo, mas o reconhecimento do indivíduo como um parceiro dos outros cidadãos na construção da vida em sociedade; trata-se da adoção de um *standard* normativo que se preocupe com a “participação paritária” entre os indivíduos. A autora, então, procura deixar claro que somente uma política de redistribuição não é suficiente para que os indivíduos tenham o referido *status*, mas que seriam necessárias políticas de reconhecimento que procuram estabelecer uma igualdade de participação entre os cidadãos.

Ao tratar reconhecimento como uma questão de *status* social, o que demanda reconhe-

all maldistribution by means of a politics of recognition is deeply deluded: its net result can only be to displace struggle for economic justice”.

¹⁴Em entrevista à revista *Acta Sociologica*, Nancy Fraser (2004) especifica sua crítica a Honneth da seguinte forma: “The case of Honneth is more complicated, because he clearly does want to deal with distributive issues. Nevertheless, he endorses a monistic framework that treats recognition as the sole category of normative reflection, an approach that is, in my view, deeply inadequate. Thus, in our co-authored book (2003), I criticize Honneth’s ‘recognition monism’ on several grounds, including its moral-psychological foundationalism, its ethical sectarianism, and its failure to deal adequately with problems of distributive injustice. As an alternative, I defend a ‘perspectival dualist’ framework that treats distribution and recognition as two co-fundamental dimensions of justice which are mutually irreducible although practically intertwined”.

cimento não é uma identidade de um grupo específico, mas o *status* de todos os membros da comunidade como verdadeiros parceiros de interação social. Dessa forma, o não reconhecimento significa subordinação social no sentido de se negar a participação do indivíduo como um membro efetivo na vida social. Assim, para remediar as injustiças no modelo de Fraser, requer-se também uma política de reconhecimento não reduzida a uma questão de identidade, mas uma política com o propósito de ultrapassar a subordinação social e econômica com o escopo de possibilitar que o sujeito seja visto como um verdadeiro membro da sociedade, capaz de participar em termos paritários com os demais membros da comunidade.

Nesse sentido, a má distribuição de renda pode vir a constituir, nos termos de Fraser, um impedimento de participação isonômica na vida social, sendo uma forma de subordinação social. O modelo do *status* de Fraser (2000) engloba, portanto, tanto a dimensão do reconhecimento, quanto a dimensão da redistribuição. O desrespeito está para o reconhecimento, assim como a má distribuição está para a redistribuição, em termos de injustiça. As duas dimensões podem, por conseguinte, impedir a participação paritária de um indivíduo na vida social, constituindo-se em patologias que devem ser remediadas:

“[...] somente se levadas em consideração as duas dimensões conjuntamente pode-se decifrar o que está impedindo a participação paritária em determinado caso; apenas destrinchando as complexas relações do *status* com a classe econômica pode-se determinar a melhor forma de corrigir a injustiça. O modelo de *status* então funciona contra tendências de afastar as lutas por redistribuição. Rejeitando a visão que o não reconhecimento é uma violência apenas cultural, entende-se que a subordinação é geralmente vinculada a uma distribuição injusta. Diferentemente da teoria culturalista da sociedade, entretanto, o modelo do *status* evita um apagão com relação à complexidade desses vínculos: admitindo que nem todas as injustiças econômicas podem ser remediadas pela categoria do reconhecimento, ele defende um entendimento que expressamente integra reivindicações de reconhecimento com reivindicações redistributivas, e assim mitiga o problema do deslocamento.” (FRASER: 2000, p. 119) (tradução nossa)¹⁵

¹⁵No original: “On the contrary, only by considering both dimensions together can one determine what is impeding participatory parity in any particular instance; only by teasing out the complex imbrications of status with economic class can one determine how best to redress the injustice. The status mode thus works against tendencies to displace struggles for redistribution. Rejecting the view that misrecognition is a free-standing cultural harm, it understands that status subordination is often linked to distributive injustice. Unlike the culturalist theory of society, however, it avoids short-circuiting the complexity of these links: appreciating that not all economic injustice can be overcome by recognition alone, it advocates an approach that expressly integrates claims for recognition with claims for redistribution, and thus mitigates the problem of displacement”.

Assim, com a adoção do conceito de luta por reconhecimento como a busca pelo estabelecimento da parte subordinada como um parceiro na vida social, apto a interagir com os demais pares, a questão do reconhecimento deixa de ser apenas uma patologia cultural e passa a ser visualizada como uma relação de subordinação social institucionalizada. É nesse contexto que Nancy Fraser (2004) afirma que

“[...] o reconhecimento revisto agora impõe a modificação das instituições sociais – ou mais especificamente, a modificação da regulação dos valores de interação que impedem a paridade de participação em todos os ambientes institucionais relevantes”¹⁶.

O progresso obtido na adoção de um conceito de reconhecimento como o formulado por Nancy Fraser está exatamente no ponto em que o meio para remediar o problema do não reconhecimento deixa de ser apenas psicológico – que somente pode ser remediado por meio de movimentos sociais bem-sucedidos – e passa a ser institucional¹⁷. É nesse ponto que a dimensão jurídica ganha maior relevo, na medida em que o direito revela-se como o meio mais adequado para a remodelagem institucional de uma sociedade. Assim, detectando onde estão os pontos de subordinação social em dado momento, o direito tem a capacidade de impor uma reestruturação institucional apta a sanar as patologias de reconhecimento e de redistribuição, independentemente da moralidade social, transformando-se em um instrumento de emancipação social completo.

As recentes políticas públicas de inclusão social do governo federal brasileiro, como o Programa Bolsa Família¹⁸, são exemplos de medidas

¹⁶Tradução livre de Fraser (2000, p.115), cujo texto original transcreve-se a seguir: “redressing recognition now means changing social institutions – or more specifically, changing the interaction-regulating values that impede parity of participation at all relevant institutional sites.”

¹⁷Nancy Fraser (2004, p. 377) explica esse salto qualitativo da seguinte forma: “The second problem that this model solves is the need to integrate struggles for recognition with struggles for redistribution. The status model facilitates such integration by putting the focus on institutions. Whereas the identity model locates misrecognition in mental attitudes, free-floating discourses and interpersonal psychology, my approach locates the injustice in institutionalized hierarchies of cultural value that prevent some members of society from participating as peers in social interaction. The result is a different understanding of what it means to overcome misrecognition. Far from seeking to re-engineer people’s identities, the status model seeks to deinstitutionalize parity-impeding cultural norms and to replace them with parity-fostering alternatives. This conception also entails a different understanding of the politics of recognition: a *non-identitarian* politics aimed at establishing status equality by changing social institutions”.

¹⁸De acordo com o sítio eletrônico referente a esse programa governamental, o Programa Bolsa Família “é um programa de transferência direta de renda que beneficia famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza em todo o Brasil [...] e está baseado na garantia de renda, inclusão produtiva e acesso a serviços públicos.” (BRASIL, 2004)

que vêm promovendo de maneira bem-sucedida a transferência de renda para a parcela mais vulnerável da população por intermédio de uma legislação geral e abstrata como meio de sanar as desigualdades que ainda impedem a participação paritária de todos os cidadãos na vida política brasileira. Com efeito, de acordo com estudos realizados por Mônica Haddad (2009, p. 197), o Programa Bolsa Família tem, de maneira geral, atingido de maneira adequada aqueles que mais necessitam de ajuda financeira para desenvolver-se socialmente, reduzindo concretamente a pobreza e minimizando as desigualdades sociais da população brasileira¹⁹. Verifica-se, pois, que, a partir do diagnóstico preciso e do desenho institucional adequado, é possível realizar redistribuição de renda por meio do direito através da aplicação de normas jurídicas devidamente cunhadas com o objetivo de promover a emancipação social, cujo efeito fundamental é contribuir para a modificação das estruturas sociais de poder na sociedade.

Por fim, cumpre salientar que, ainda que Honneth (2004, p. 383-391) negue que a sua Teoria do Reconhecimento sirva também para fins de redistribuição, por conceber que tais fins são eminentemente utilitaristas, não parece que, no modelo de *status* de Fraser, a redistribuição de renda seja identificada como mero interesse econômico. Ao contrário, o modelo formulado pela autora norte-americana propõe que a redistribuição de renda seja feita com vistas a permitir que os indivíduos não reconhecidos participem com igualdade de condições na vida social. Assim, a redistribuição de renda intenta, portanto, como fim

último, a afirmação dos princípios da liberdade e da igualdade, que subsidiam todo o discurso moral dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a proposta de Fraser assemelha-se ao postulado defendido pelo próprio Honneth (2003), já citado acima, de que a esfera de reconhecimento do direito deve não se limitar a reconhecer “a capacidade abstrata dos sujeitos de poder orientar-se por normas morais, mas também na propriedade concreta de merecer o nível de vida necessário para isso”, o que demanda a efetivação de direitos sociais e econômicos com a finalidade de dar subsídios substantivos para que os indivíduos exerçam a cidadania plenamente.

Em uma sociedade desigual como a brasileira, a efetivação dos direitos chamados de terceira geração necessariamente implica uma redistribuição de recursos na sociedade. Se assim é, na medida em que Honneth reconhece a importância desses direitos para a configuração do modo existencial do reconhecimento, não parece haver contradição entre os argumentos redistributivos de Fraser e a Teoria do Reconhecimento de Honneth. Trata-se, na verdade, de uma evolução natural da teoria da “luta por reconhecimento” para legitimar os mais diversos movimentos sociais que lutam não apenas pelo reconhecimento de sua identidade, mas também por uma política de redistribuição de renda a fim de possibilitar a participação paritária na vida social, como parece ser o caso do Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra do Brasil (MST).

V.

Conclui-se, pois, que o espelho social do direito, a partir da formulação positivista do século XX, em que é articulada conceitualmente a sua desvinculação da moralidade

¹⁹De acordo com Mônica Haddad (2009, p. 197): “Overall, we can affirm that BF [Bolsa Família] funds are being allocated in counties that need them the most. There is evidence, based on the spatial lag model results, that the disadvantaged are being targeted by the 2006 BF allocation system”.

social, pode impor uma imagem mais virtuosa à sociedade. Ao fazê-lo, mostra-se capaz de promover uma verdadeira transformação das instituições sociais, desde que sejam diagnosticadas corretamente as causas de subordinação social, o que pode ser feito a partir da Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth (2003; 2004), com as adaptações promovidas por Nancy Fraser (2000). Assim, há razões teóricas para crer, na mesma linha que Calixto Salomão Filho (2003), que é possível uma revolução socioeconômica com impacto estruturante nas relações de poder da sociedade brasileira por meio do direito.

Sobre o autor

Jorge Octávio Lavocat Galvão é Procurador do Distrito Federal e Professor da Universidade de Brasília e Instituto Brasiliense de Direito Público. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), mestre em Direito pela New York University (NYU), doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo (USP) e Visiting Researcher pela Yale Law School (2012).
E-mail: jorgegalvao@gjvc.adv.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês²⁰

LAW, MODERNITY, AND SOCIAL TRANSFORMATION; (RE)CONSTRUCTING AN EMANCIPATORY LEGAL THEORY

ABSTRACT: The scope of this article is to explore the emancipatory potential of legal positivism, pointing out the ways in which the positivist distinction between law and morality (autonomy thesis) can be used as an important conceptual instrument to create structural social transformations. It is argued that legal positivism, as a genuine product of the Modernity project, has an ambivalent and contradictory character, accommodating in its core a stressed relation between regulation and emancipation that has been overlooked by the academia. It is argued that law, if correctly customized, can anticipate social conflicts and recognize the characteristics of those who feel disrespected. Thus, relying on Axel Honneth's concept of struggle for recognition, it is reasoned that it is possible to diagnose the social identities that are repressed by the community and that deserve recognition by the law. It is also argued, following Nancy Fraser, that in a society with huge economic inequalities, as the Brazilian, it is necessary to accommodate redistributive arguments as an element of recognition. It is concluded that the legal positivism formulation of law, in which it is articulated the distinction between law and morality, can impose a virtuous image to society and promote true changes in social institutions, if the causes of social subordination are correctly diagnosed.

KEYWORDS: MODERNITY. LEGAL POSITIVISM. SOCIAL EMANCIPATION.

²⁰ Sem revisão do editor.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BITTAR, Eduardo. *O Direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 27 dez. 1977.
- _____. Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família, altera a Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 jan. 2004.
- DICKSON, Julie. Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 27, n. 3, p. 373-402, fev. 2007.
- FINNIS, John. Law, Morality, and Sexual Orientation. *Scholarly Works*, v. 205, p. 1049-1076, jan. 1994. Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1208&context=law_faculty_scholarship>. Acesso em: 29 set. 2015.
- FISS, Owen. *El Derecho como Razón Pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- FRASER, Nancy. Rethinking Recognition. *New Left Review*, v. 3, p. 107-120, maio/jun. 2000.
- _____. Recognition, Redistribution and Representation in Capitalist Global Society: An Interview with Nancy Fraser. *Acta Sociologica*, v. 47, n. 4, p. 374-382, dez. 2004.
- HADDAD, Mônica A. A Spatial Analysis of Bolsa Família: Is Allocation Targeting the Needy? In: LOVE, Joseph; BAER, Werner (Ed.). *Brazil Under Lula: Economy, Politics, and Society under the Worker-President*. New York: Palgrave Macmillan, 2009.
- HART, Herbert L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958. Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/hart-1958-positivism-separation.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2015.
- _____. *The Concept of Law*. 2. Ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- _____. From Struggles for Recognition to a Plural Concept of Justice: An Interview with Axel Honneth. *Acta Sociologica*, v. 47, n. 4, p. 383-391, dez. 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Liv. Martins Fontes, 1987.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 5. ed. Coimbra: A. Amado Editor, 1974.
- RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. London: Hutchinson, 1975.
- _____. *The authority of law: essays on law and morality*. New York: Oxford University Press, 1979.
- RAWLS, John. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001.
- SAAVEDRA, Giovanni. Revificação vs. dignidade: revisitando os fundamentos do direito penal a partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. In: TEIXEIRA, Anderson; OLIVEIRA, Elton (Org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito como Instrumento de transformação social e econômica. *Revista de direito publico da economia*, v. 1, n. 1, p. 15-44, jan./mar., 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, volume 1: a crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SOBOTTKA, Emil Albert; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, v. 8, n. 1, 2008.

UNGER, Roberto Mangabeira. The Critical Legal Studies Movement. *Harvard Law Review*, v. 96, p. 561-675, 1983.

UNITED STATES. *Goodridge v. Department of Public Health Background Information*. Massachusetts, nov. 2003.

WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (org.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript of the Concept of Law*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2001.

O Brasil e um novo despertar para o Direito do Mar

ALEXANDRE PEREIRA DA SILVA

Resumo: O artigo analisa as novas ações empreendidas pelo Brasil no que se refere ao Direito do Mar, mormente os quatro programas atualmente desenvolvidos pelo Estado brasileiro. Primeiramente, o trabalho apresenta dois importantes acontecimentos envolvendo o Direito do Mar no Brasil: o episódio da “guerra da lagosta” e a expansão do mar territorial para duzentas milhas marítimas. Posteriormente, examina em termos históricos, políticos e jurídicos os quatro programas mencionados: o Projeto “Amazônia Azul”, o Programa Arquipélago de São Pedro e São Paulo; o Programa de Pesquisas Científicas na Ilha da Trindade e o Programa de Prospecção e Exploração de Recursos Mineiros da Área Internacional do Atlântico Sul e Equatorial. Na parte final, o estudo apresenta algumas conclusões.

Palavras-chave: Direito do Mar. Programas e ações brasileiros. Aspectos históricos e políticos-jurídicos.

Introdução

Apesar de possuir um imenso litoral atlântico, de cerca de dez mil quilômetros de extensão, o Brasil, historicamente, tem dedicado um interesse limitado pelo Direito do Mar. Em poucos momentos de sua história jurídico-política, o tema esteve na sua agenda principal, salvo dois momentos em especial, no episódio da “Guerra da Lagosta” com a França (1962-1964) e o da ampliação do mar territorial para 200 milhas marítimas (1970).

Contudo, nos últimos anos, o Brasil vem demonstrando uma nova inflexão para o Atlântico. Algumas ações exemplificam o renovado interesse pelo Direito do Mar: a extensão da plataforma continental além do limite inicial das 200 milhas marítimas (Projeto “Amazônia Azul”), o

Recebido em 30/4/15
Aprovado em 14/9/15

Programa Arquipélago de São Pedro de São Paulo (PROARQUIPELAGO), o Programa de Pesquisas Científicas na Ilha da Trindade (PROTRINDADE) e o Programa de Prospecção e Exploração de Recursos Minerais da Área Internacional do Atlântico Sul e Equatorial (PROAREA).

Assim, o objetivo principal deste artigo é, em um primeiro momento, descrever os principais fatos históricos que ligam o Brasil ao Direito do Mar, para, em um segundo momento, analisar os atuais desdobramentos da política oceânica brasileira. Conhecido por ser um gigante continental, nos últimos dez anos, a discussão jurídica dos interesses econômicos e geopolíticos brasileiros em torno da ocupação e exploração do Atlântico tem adquirido novos contornos, cujos lineamentos se pretende descrever aqui.

2. O Brasil e o Direito do Mar

O Brasil possui uma ampla faixa litorânea, a qual se estende por aproximadamente 10.800 quilômetros, se contabilizadas suas reentrâncias naturais, com uma área de aproximadamente 514 mil km², ao longo de dezessete estados¹. Esse extenso litoral, aliado a sua orientação geográfica, dá ao país uma importante posição política e estratégica. No entanto, essa proeminente situação no Atlântico Sul não tornou o Brasil um Estado com uma clara orientação marítima. Ao contrário, raramente, os assuntos ligados ao Direito do Mar transcenderam os círculos mais restritos de especialistas e tiveram repercussão na sociedade brasileira como um todo, com exceção dos dois episódios comentados a seguir.

2.1 O episódio da “Guerra da Lagosta” com a França (1962-1964)

No início dos anos 1960, as relações entre o Brasil e a França estiveram atritadas em decorrência da controvérsia em torno da pesca da lagosta no litoral do Nordeste brasileiro, em especial, na faixa litorânea entre o Recife e Fortaleza.

O interesse dos franceses em explorarem o potencial da lagosta na costa brasileira iniciou-se em 1961, quando o Governo francês solicitou autorização para que dois barcos realizassem pesquisas sobre os recursos lagosteiros no Nordeste. O pedido francês foi aceito pelas au-

¹ A extensão da faixa costeira varia enormemente na literatura sobre o tema, de 7 mil a mais de 11 mil quilômetros. Tal discrepância se deve às diferentes metodologias empregadas no cálculo da linha costeira. O dado aqui adotado, de 10.800 quilômetros, foi obtido no âmbito dos estudos sobre a representatividade dos ecossistemas costeiros no Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) e considera os recortes e reentrâncias naturais da costa brasileira (BRASIL, 2010).

toridades brasileiras, que autorizaram as duas embarcações a pescarem, com a condição de terem a bordo, controladores de pesca da Marinha brasileira, que verificariam os métodos de pesca utilizados e seriam informados das pesquisas, condição esta que foi aceita sem restrições pela embaixada francesa no Brasil (LESSA, 1999, p. 111-112).

Concluídas as pesquisas, o Departamento Político do Itamaraty comunicou ao Embaixador da França que, em razão da grande importância para a região Nordeste da pesca da lagosta e por receio da exploração intensiva com métodos predatórios, o Governo brasileiro não permitiria a atividade a pescadores estrangeiros (LESSA, 1999, p. 112).

Os franceses, no entanto, resolveram desconsiderar as manifestações das autoridades brasileiras e enviaram seus barcos pesqueiros à costa brasileira. O lagosteiro francês *Cassio-pés* foi o primeiro apreendido no litoral brasileiro, em janeiro de 1962. A França enviou nota de protesto em razão do fato. O Governo brasileiro sustentava sua posição na doutrina da plataforma continental, com base na qual a exploração e o aproveitamento dos recursos naturais nessa parte do mar cabiam, por direitos exclusivos, ao Estado costeiro (CASTRO, 1969, p. 35).

Em meios às tratativas para solucionar a controvérsia, em janeiro de 1963, as autoridades francesas comunicaram, de maneira surpreendente, que dois lagosteiros franceses haviam partido com destino ao Nordeste brasileiro. Novamente foram apresados pela Marinha de Guerra. Em razão do apelo do Governo francês, o Brasil aceitou novamente liberá-los como um gesto de última concessão. No mês seguinte, uma vez mais, a França solicitou permissão para a operação de seis lagosteiros na região, quando já se encontravam nas proximidades do litoral brasileiro. O Brasil

comunicou oficialmente o impedimento da presença de pesca da lagosta por embarcações estrangeiras (LESSA, 1999, p. 114).

Nesse momento, a tensão em torno da “Guerra da Lagosta” alcançou seu ponto máximo, quando o Governo francês resolveu reagir de maneira enérgica ao comunicado brasileiro, enviando o contratorpedeiro *Tartu* para resguardar as atividades de seus lagosteiros no Nordeste brasileiro (MUNIZ, 2005, p. 52). Contudo, não foram registrados atos de animosidade entre os navios de guerra brasileiros e o contratorpedeiro francês, e a tensão foi gradualmente arrefecendo (LESSA, 1999, p. 116).

Para Raymundo de Castro (1969, p. 36), o grande mérito da posição sustentada pelo Brasil no desenrolar desse litígio consistiu em transferir a questão do campo político para o biológico. Desde o início, o Governo brasileiro fundamentou a sua posição de que a lagosta é um recurso vivo do leito da plataforma continental, de forma que sua pesca apenas pode ser feita por estrangeiros com autorização ou consentimento expresso do Estado costeiro.

Os franceses se opuseram à tese brasileira, sustentando que a lagosta é uma espécie nadadora e não sedentária ou bentônica. As autoridades brasileiras replicaram, com o argumento de que a lagosta vive em contato físico constante com o leito do mar e que o fato de ela dar pequenos saltos em sua marcha sobre o leito da plataforma não era motivo suficiente para que fosse considerada uma espécie pelágica ou nadadora. Por fim, lembra Raymundo de Castro (1969, p. 35-36): “lançamos, a seguir, mão de um argumento que foi decisivo: se a lagosta fosse considerada espécie nadadora só porque dá saltos no leito do mar, então deveríamos também incluir o canguru que dá saltos em terra firme entre as espécies voadoras!”

A “Guerra da Lagosta” teve como contribuição mais importante levar para a opi-

nião pública brasileira o debate envolvendo os aspectos essenciais sobre a utilização dos recursos do mar, em especial da plataforma continental. A repercussão do assunto na opinião pública nacional foi expressiva, um raro momento em que o Direito do Mar chegou às manchetes dos jornais.

2.2. O mar territorial de 200 milhas marítimas

O segundo fato jurídico-político ligado ao Direito do Mar que transcendeu a esfera mais restrita dos especialistas ligados ao assunto e tornou-se interesse da opinião pública em geral foi quando o Brasil, por meio do Decreto-lei n. 1.098, de 25 de março de 1970, alargou seu mar territorial para 200 milhas marítimas.

Nessa época, um expressivo número de Estados latino-americanos já havia adotado o mar territorial de 200 milhas marítimas. No entanto, o Brasil relutava em expandir o seu mar territorial até essa oportunidade. O país utilizou o limite de três milhas marítimas até 1966 para seu mar territorial, quando o expandiu para seis milhas marítimas, por meio do Decreto-Lei n. 44/1966. Esse período, no entanto, não iria durar muito. Já em 25 de abril de 1969, o governo brasileiro editou o Decreto-lei n. 553, por meio do qual alterou novamente os limites do mar territorial brasileiro, que passou a ser de 12 milhas marítimas. Período esse que seria ainda menor que o anterior, já que menos de um ano depois, em 25 de março de 1970, o limite do mar territorial passaria a ser de 200 milhas marítimas, por meio do mencionado Decreto-lei nº 1.098/1970 (SILVA, 2013, p. 106-107).

As razões que levaram o Brasil a expandir seu mar territorial de 12 para 200 milhas marítimas, em um espaço de menos de um ano, são várias, de índole interna e externa. Naquele determinado momento histórico, havia a per-

cepção da viabilidade da ideia por parte das autoridades brasileiras, que recomendavam e justificavam o ato de reivindicação unilateral sobre uma extensa área do mar adjacente às costas do País. Para Luiz Araújo Castro (1989, p. 17), o impacto positivo interno da expansão do mar territorial para 200 milhas marítimas, em momento particularmente sensível para o Governo, foi considerado na adoção da medida.²

Na América Latina – em que a maioria dos países já tinha adotado o mar territorial de 200 milhas marítimas – a acolhida do ato brasileiro foi a melhor possível. Afinal, a posição seria reforçada com a adesão de um membro importante como o Brasil. Entre os demais Estados em desenvolvimento, a medida também foi bem aceita, ainda que não efusivamente como entre os latino-americanos (RODRIGUES, 1970, p. 124-125).

Nesse momento histórico, o debate em torno de um mar territorial de 200 milhas marítimas era um tema polêmico e recusado pelos Estados desenvolvidos. Durante os trabalhos da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1973-1982), adotou-se a solução conciliatória, com a definição de mar territorial com largura máxima de 12 milhas marítimas contadas a partir das linhas de base. Também se criou o conceito de zona econômica exclusiva (ZEE), de, no máximo, 200 milhas marítimas das linhas de base, ou seja, 188

² Além disso, Araújo Castro (1989) ainda indica que o assunto virou, inclusive, tema de samba de João Nogueira “Esse mar é meu”: “Esse mar é meu/ Leva seu barco pra lá desse mar/vá jogar a sua rede das duzentas pra lá/ Pescador de olhos verdes/ Vá pescar em outro lugar”. Nessa linha, o historiador Gustavo Alonso (2015) também cita a letra de “Isto é integração”, do músico gaúcho José Mendes: “Alô jangadeiro do nordeste,/ Alô pescador de alto mar/ Marinheiro da gloriosa força armada/ Vigiando todo o horizonte sem cessar./ Nossa fronteira já tem mais de trinta milhas/ É muito céu, muito mar pra navegar/ Não se atreva que esse mar é todo nosso,/ Duzentas milhas de extensão para pescar”.

milhas marítimas, a partir do limite exterior do mar territorial para os Estados costeiros que estabelecessem um mar territorial de 12 milhas.

A possibilidade de um recuo no mar territorial de 200 milhas para 12 milhas marítimas, já esboçada no início da III Conferência, foi encarada com inicial resistência pelo Governo brasileiro que, no entanto, prometia não se opor ao consenso que se formava em torno do tema. De fato, veja-se a manifestação a seguir do representante brasileiro, professor Vicente Marotta Rangel, atualmente juiz do Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM), a respeito:

“[...] o apoio de sua Delegação ao mar territorial de 200 milhas, a expressão mais lógica da corrente irreversível por um novo ordenamento jurídico para os oceanos. Entretanto, em vista da ampla aceitação do conceito da zona econômica exclusiva e do mar patrimonial, sua Delegação estava disposta a considerar esses conceitos, particularmente como interpretados pelas delegações africanas no sentido de soberania plena sobre os recursos da zona e direitos soberanos para o fim de exploração de seus recursos” (apud TRINDADE, 2012, p. 247).

A possibilidade, praticamente uma certeza, de que o Brasil iria reduzir o mar territorial de 200 milhas para 12 milhas, em razão do processo negocial em curso na III Conferência, foi aventada pelo Ministro de Relações Exteriores Saraiva Guerreiro, em entrevista ao jornal *Gazeta Mercantil*, em 1980. A manifestação de Saraiva Guerreiro foi inicialmente vista com resistência no Congresso Nacional.

Em agosto daquele ano, foi aprovada a solicitação para que o Ministro Saraiva Guerreiro fosse convocado a prestar informações sobre a redução dos limites do mar territorial. Para o autor do requerimento, tal sinalização de redução do mar territorial devia-se a “pressões internacionais”, de forma que o país não deveria sujeitar-se “à ingerência estrangeira em nossos assuntos internos” (BRASIL, 1980, p. 8.112-8.114).

Em exposição, seguida de debate sobre o Direito do Mar, na Câmara dos Deputados, em 9 de setembro de 1980, Saraiva Guerreiro afirmou, entre outras coisas que:

“Não se trata de o Governo brasileiro, como tenho a impressão de que muita gente ficou pensando, adotar uma legislação unilateral reduzindo seu mar territorial para 12 milhas, ou adotar a convenção na qual o mar territorial esteja previsto em 12 milhas e 188 de zona econômica exclusiva. Não se trata disso. Trata-se de uma convenção, com cerca de 320 artigos, que cuida de todos os aspectos do mar: mar territorial, zona econômica exclusiva, plataforma, margem continental, regime e mecanismo de exploração dos fundos marinhos além da jurisdição nacional, situação de estreitos, arquipélagos, transferência de tecnologia, solução de controvérsias originárias da convenção. Enfim, é um documento de

alta complexidade e que tem de ser examinado, observado, ponderado em termos do equilíbrio entre as suas diversas partes. Teremos de fazer esse exercício em conjunto. [...] Como já mencionei, quando o Brasil adotou o mar territorial de 200 milhas, essa decisão era perfeitamente justificável, cabível e mesmo necessária. Era uma forma de preservar de fato os nossos interesses. É evidente, por sua vez, que as atitudes do Brasil em termos de negociação, no comitê preparatório da Conferência e na Conferência, se voltaram, todas elas, para a análise da situação, para as táticas a seguir, para se saber até que ponto se poderia chegar em termos de negociação sem abrir mão da posição de princípio” (apud TRINDADE, 2012, p. 249).

A aprovação do texto final da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (doravante CNUDM) deu-se em 10 de dezembro de 1982, mas o início de sua vigência internacional só ocorreria doze anos depois, em 16 de novembro de 1994. Contudo, o Brasil já se adequara aos novos parâmetros previstos na CNUDM, com a aprovação da Lei n. 8.617, de 4 de janeiro de 1993, revogando, expressamente, o Decreto-lei n. 1.098/70. Nos termos dessa lei:

Artigo 1º O mar territorial brasileiro compreende uma faixa de doze milhas marítima de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil.

[...] Art. 6º A zona econômica exclusiva brasileira compreende uma faixa que se estende das doze às duzentas milhas marítimas, contadas a partir das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial (BRASIL, 1993).

A Lei n. 8.617/93 segue em vigor no Brasil, sem alterações, bem como a CNUDM que o Brasil assinou em 10 de dezembro de 1982, ao término da III Conferência, depositando seu instrumento de ratificação em 22 de dezembro de 1988.

No entanto, a entrada em vigor interna da CNUDM ocorreu de forma pouco usual. Para efeitos internos e seguindo uma praxe de longa data consagrada, a CNUDM foi promulgada por meio do Decreto n. 99.165, de 12 de março de 1990, que deu executoriedade para efeitos internos da convenção. Acontece que a CNUDM ainda não havia entrado em vigor no plano internacional, dessa forma, o Decreto n. 99.165 foi revogado integralmente pelo Decreto n. 99.263, de 24 de maio de 1990. Na parte preambular desse Decreto, a fim de justificar a revogação do decreto anterior pouco mais de um mês depois de sua expedição, consta que tal se deu: “considerando que o Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990, abre lacuna legislativa com relação aos espaços marítimos brasileiros” (BRASIL, 1990). Noutras palavras, em razão de a CNUDM

não ter entrado em vigor após a sua acolhida em nosso ordenamento jurídico por meio dos decretos legislativo e executivo, os seus efeitos foram suspensos internamente por meio do último decreto transcrito, o Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990.

Portanto, aguardou-se a entrada em vigor da CNUDM, que se deu em 16 de novembro de 1994, para que fosse expedido novo decreto de executoriedade, o Decreto n. 1.530, de 22 de junho de 1995, dando efeitos internos à CNUDM a partir da data em que, efetivamente, a convenção em apreço entrou em vigor internacionalmente.

3. O Brasil e um novo olhar para o Atlântico

Depois da polêmica em torno do mar territorial de 200 milhas marítimas, pacificada com a adoção da CNUDM, o Direito do Mar retirou-se do noticiário cotidiano e retornou ao debate somente entre os especialistas no Brasil. No entanto, o tema vem ressurgindo nos últimos anos impulsionado pelo plano de criação de uma “Amazônia Azul” e de uma maior presença no Atlântico Sul.

3.1. A expansão da plataforma continental e o projeto “Amazônia Azul”

Uma das principais novidades da CNUDM foi a nova definição jurídica da plataforma continental. Nos termos da Convenção sobre a Plataforma Continental de 1958, esta era conceituada como o “leito do mar e o subsolo das regiões submarinas [...] até uma profundidade de 200 metros ou, para além deste limite, até ao ponto onde a profundidade das águas superjacentes permita a exploração dos recursos naturais das ditas regiões” (artigo 1º).

A definição de plataforma continental consagrada nessa Convenção não foi baseada exclusivamente em características geológicas ou geomorfológicas. Além disso, tratava-se de um sistema claramente impreciso, complicado e virtualmente impraticável, já que envolvia, de um lado, uma profundidade específica das águas (200 metros) e, de outro, um critério indefinido de aproveitamento.

Já a definição de plataforma continental consagrada no artigo 76 da CNUDM tampouco é baseada de maneira exclusiva em características geológicas ou geomorfológicas. Mas, utiliza-se de outros dois critérios para definir plataforma continental. Nos termos do artigo 76, item 1:

1. A plataforma continental de um Estado costeiro compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas [...] em toda a extensão do prolongamento natural do seu território terrestre, até ao bordo exterior da margem continental ou até uma distância de 200 milhas marítimas (CIRM, 2010).

Ou seja, nesse artigo 76.1, a CNUDM utilizou-se de dois critérios para fixar os limites da plataforma continental, o critério geomorfológico (margem continental) e o critério da distância (200 milhas marítimas). Como resumem exemplarmente Robert Smith e George Taft (2000, p. 17), o parágrafo 1º do artigo 76 “*defines the continental shelf in a manner which is scientifically based, legally defensible, and politically acceptable*”.

Dessa forma, o Estado costeiro tem duas opções: i) fixar sua plataforma continental até uma distância máxima de 200 milhas marítimas, contadas a partir das linhas de base, independentemente dos fatores geológicos ou geomorfológicos que lhes digam respeito; ou, ii) estender, facultativamente, sua plataforma continental até o bordo exterior da margem

continental, desde que este limite não exceda 350 milhas marítimas ou uma distância que não exceda 100 milhas marítimas da isóbara de 2.500 metros.

Na hipótese de o Estado costeiro utilizar-se do segundo critério, ou seja, expandir sua plataforma continental além do limite inicial das 200 milhas marítimas, não poderá fazê-lo por meio da adoção de um simples ato unilateral. Com efeito, terá de encaminhar uma proposta de expansão à Comissão de Limites da Plataforma Continental (doravante CLPC ou Comissão), um órgão técnico criado pela CNUDM, para que se analisem os seus pleitos.

O Brasil foi o segundo Estado a apresentar uma proposta à CLPC, em maio de 2004 (CLCS/42). O pleito encaminhado pelo Estado brasileiro é resultado do Plano de Levantamento da Plataforma Continental Brasileira (LEPLAC), foi desenvolvido ao longo de dezoito anos (1986-2004), pela Diretoria de Hidrografia e Navegação da Marinha e contou com o apoio técnico e científico da Petrobras (VIDIGAL, 2006, p. 51).

A proposta brasileira de extensão de sua plataforma continental além das 200 milhas marítimas previa uma expansão de 911.847 km². Posteriormente, em fevereiro de 2006, o Brasil ainda fez uma adição, de tal modo que a área total pleiteada ficou em 953.525 km². Essa área se distribui principalmente nas regiões Norte (região do Cone do Amazonas e Cadeia Norte Brasileira), Sudeste (região da cadeia Vitória-Trindade e platô de São Paulo) e Sul (região de platô de Santa Catarina e cone do Rio Grande). Nesses termos, a área oceânica brasileira totalizaria 4.400.000 km², o que corresponderia, aproximadamente, à metade da área terrestre, o que lhe equivaleria o nome de “Amazônia Azul” (SILVA, 2013, p. 115).

Depois de analisar os documentos da proposta encaminhada pelo Brasil, a Comissão – por meio do documento CLCS/54, de 27 de abril de 2007 – não aprovou integralmente o pleito brasileiro. Do total da área reivindicada pelo Brasil, a CLPC não concordou com cerca de 190.000 km², ou seja, 20% da área estendida além das 200 milhas marítimas.

Contudo, o Anexo II da CNUDM – que trata da Comissão de Limites da Plataforma Continental – permite que o Estado costeiro, ao discordar das recomendações da CLPC, apresente “dentro de um prazo razoável uma proposta revista ou uma nova proposta” (artigo 8º, Anexo II).

Essa é a situação atual do pleito brasileiro por uma plataforma continental estendida, que, depois de recebidas as recomendações iniciais da CLPC, reiniciou estudos a fim de encaminhar uma proposta revista à Comissão. No entanto, diferentemente, do que ocorrera em 2004, o Governo brasileiro enviou à Comissão, em 10 de abril de 2015, uma submissão *parcial* revista, somente sobre a “Área Sul”. As demais regiões da

submissão brasileira não integralmente aceitas pela CLPC, em especial a cadeia Vitória-Trindade e o platô de São Paulo, serão submetidas em pleitos posteriores (CLCS, 2015).

Contudo, nesse meio tempo, a Comissão Interministerial para os Recursos do Mar (CIRM), por meio da Resolução nº 3, de 26 de agosto de 2010, acolheu a proposta da Subcomissão para o LEPLAC, que deliberou sobre o direito de o Estado brasileiro avaliar previamente os pedidos de autorização para a realização de pesquisa na plataforma continental brasileira além das 200 milhas marítimas, resolvendo assim que

[...] independentemente de o limite exterior da Plataforma Continental (PC) além das 200 MN não ter sido definitivamente estabelecido, o Brasil tem o direito de avaliar previamente os pedidos de autorização para a realização de pesquisa na sua PC além das 200 MN, tendo como base a proposta de limite exterior encaminhada à Comissão de Limites da Plataforma Continental (CLPC), em 2004 (CIRM, 2010).

Dessa maneira, o governo brasileiro, por ato unilateral, enquanto aguarda a posição final da CLPC, decidiu que é o próprio Brasil quem tem o direito de avaliar previamente os pedidos de autorização para a realização de pesquisa na plataforma continental estendida. O ato brasileiro é perfeitamente defensável, protegendo seus direitos enquanto aguarda nova manifestação da Comissão (SILVA, 2013, p. 116-117).

Reflexo da importância e do interesse que o tema da “Amazônia Azul” vem despertando na sociedade pode ser exemplificado pela iniciativa do Senado Federal de instituir o “Dia da Amazônia Azul” (PLS 30/2014) (PROJETO..., 2014). O projeto original instituiu o dia 10 de dezembro como data comemorativa, em homenagem à data de assinatura da CNUDM.

No entanto, na Câmara dos Deputados, por emenda proposta na Comissão de Cultura e aprovada na Comissão de Constituição e Justiça, instituiu-se o dia 16 de novembro como data comemorativa, por ter sido a data da entrada em vigor da CNUDM, em 1994.

3.2. O Programa Arquipélago de São Pedro e São Paulo (PROARQUIPELAGO)

Com vistas a aumentar sua presença no Atlântico Sul, o Brasil lançou um segundo importante plano, o Programa Arquipélago de São Pedro e São Paulo (PROARQUIPELAGO), criado pela Resolução n. 1 da CIRM, de 11 de junho de 1996, que estabeleceu também o Grupo de Trabalho Permanente para Ocupação e Pesquisa no Arquipélago de São Pedro e São Paulo (GT Arquipélago).

O arquipélago de São Pedro e São Paulo – anteriormente conhecidos como Penedos de São Pedro e São Paulo – é composto por seis ilhas maiores, quatro menores e outras várias pontas de rochas, apresentando uma área total de 17.000 m²; a distância entre os pontos extremos é de cerca de 420 metros. Trata-se de um dos pontos mais inóspitos do país, já que o conjunto de ilhas é desprovido de praias, vegetação e água potável. O arquipélago fica muito próximo da linha do Equador, distante cerca de 1.100 km de Natal e 520 km do arquipélago de Fernando de Noronha (VIANA, 2009, p. 15-16).

Quando foi criado o PROARQUIPELAGO, a meta principal do programa era a implementação de uma Estação Científica permanente naquela área, para, a partir de então, desenvolver, de forma sistemática, pesquisas científicas no local, ocupando-o definitivamente.

O renovado interesse por São Pedro e São Paulo deu-se a partir da ratificação pelo Brasil

da CNUDM, em dezembro de 1988, em especial, devido ao que dispõe o artigo 121 da CNUDM:

1. Uma ilha é uma formação natural de terra, rodeada de água, que fica a descoberto na preia-mar.
2. Salvo o disposto no parágrafo 3º o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental de uma ilha serão determinados de conformidade com as disposições da presente Convenção aplicáveis a outras formações terrestres.
3. Os rochedos que, por si próprios, não se prestam à habitação humana ou à vida econômica não devem ter zona econômica exclusiva nem plataforma continental (CNUDM, 1982).

Em razão desse dispositivo, uma ilha é uma formação natural de terra, rodeada de água, que possui conseqüentemente mar territorial, zona contígua, zona econômica exclusiva e plataforma continental, ou seja, seus limites podem ser estendidos até 200 milhas marítimas a partir das linhas de base. No entanto, o parágrafo 3º desse mesmo artigo 121 dispõe que: “os rochedos que, por si próprios, não se prestam à habitação humana ou à vida econômica não devem ter zona econômica exclusiva nem plataforma continental”, isto é, os rochedos teriam apenas mar territorial (12 milhas marítimas) e zona contígua (outras 12 milhas marítimas).

É interessante lembrar que os rochedos (ou ilhas) de São Pedro e São Paulo sempre foram chamados de “penedos”. A própria Resolução n. 1/96 da CIRM foi que indicou a importância da alteração de tal denominação, ao “propor que sejam tomadas as medidas legais necessárias para alterar a toponímia dos Penedos de São Pedro e São Paulo para Arquipélago de São Pedro e São Paulo”. A consequência mais

importante é que o fato de tornar-se um arquipélago, isto é, um conjunto de ilhas, permite que o Brasil agregue 450.000 km² de zona econômica exclusiva em torno do arquipélago, área equivalente a aproximadamente 15% de toda ZEE brasileira ou 6% do território brasileiro (VIANA, 2009, p. 11).

No entanto, a medida não pôde se limitar simplesmente à toponímia, pois o país teve de efetivamente ocupar o conjunto de ilhas. Em 1998, ocorreu a inauguração da Estação Científica em São Pedro e São Paulo, “a partir do que o local permanece permanentemente habitado”, segundo entendimento oficial da CIRM. A Estação Científica, que passou por um processo de remodelação concluído em 2008, possui um alojamento para quatro pessoas, sala de estar, laboratório, cozinha, banheiro, varanda, área de armazenamento de água potável e uma edificação de apoio para o gerador de emergência (PROARQUIPELAGO, 2015).

Portanto, o PROARQUIPELAGO insere-se nesse contexto, que é o de justificar uma zona econômica exclusiva e dispor do direito de ocupar uma plataforma continental de 200 milhas marítimas na região. Entre as competências do programa está a de conduzir um programa contínuo de pesquisas científicas na região, nas áreas de geologia, geofísica, biologia, recursos pesqueiros, oceanografia, meteorologia e sismografia (ARRAIS, 2012, p. 66-67).

3.3. O Programa de Pesquisas Científicas na Ilha da Trindade (PROTRINDADE)

A Ilha da Trindade está situada a pouco mais de 1.160 km de Vitória (ES). Possui uma extensão de 10,2 km² e é fortemente acidentada, com elevações que atingem até 600 metros (Pico Desejado). Já a Ilha de Martin Vaz – um conjunto menor de ilhas – está situada a cerca

de 48 km a leste da Trindade. O arquipélago constitui o extremo leste de uma cadeia de montanhas submarinas que tem início na altura da cidade de Vitória e emerge do assoalho oceânico a mais de 5.000 metros de profundidade onde existiram vulcões que formaram as duas ilhas principais, além de ilhas menores e rochedos. Devido à sua origem vulcânica, há considerável presença de lavas, cinzas e areias vulcânicas. A última erupção vulcânica ocorreu há aproximadamente 50.000 anos (PRO-TRINDADE, 2015).

A posse pacífica da Ilha da Trindade, que nunca fora objeto de contestação e era tida como parte integrante do território brasileiro desde a independência, foi, em janeiro de 1895, ocupada pela Grã-Bretanha, sob o pretexto de que a ilha fora abandonada. A presença britânica causou indignação popular e provocou enérgica reação diplomática. A reação do Legislativo foi igualmente de indignação e apoio ao Executivo (BUENO, 1995, p. 333).

O Brasil rejeitou todas as iniciativas de que a questão fosse solucionada por arbitramento. O argumento utilizado era de que a ilha, embora desabitada, não estava abandonada. O litígio foi solucionado pela mediação do rei de Portugal D. Carlos I, de modo favorável e justo para o Brasil. Em agosto de 1896, o encarregado de negócios britânico comunicou ao Ministério das Relações Exteriores o reconhecimento britânico da soberania brasileira sobre a ilha. Poucos dias depois, a legação inglesa no Rio de Janeiro confirmou o reconhecimento e anunciou que retiraria os sinais da ocupação. Uma vez desocupada, foi enviado o cruzador *Benjamin Constant*, em janeiro de 1897, a fim de erigir um padrão provisório (BUENO, 1995, p. 335-339).

Em razão da Primeira Guerra Mundial, em 1916, Trindade foi ocupada a fim de impe-

dir sua utilização por navios adversários. Em 1941, foi novamente guarnecida para impedir que os submarinos inimigos a utilizassem como base de apoio. Em 1950, uma expedição científica foi enviada para planejar a ocupação permanente da ilha. Em 1957, foi criado o Posto Oceanográfico da Ilha da Trindade (PRO-TRINDADE, 2015).

O PROTRINDADE, na esteira dos programas anteriores, foi aprovado pela Resolução n. 3 da CIRM, de maio de 2007, com a finalidade principal de promover e gerenciar o desenvolvimento de pesquisas científicas nas ilhas da Trindade e Martin Vaz e na área marítima adjacente.

Além disso, o PROTRINDADE atende às diretrizes da Política Nacional para os Recursos do Mar (PNRM), da Política de Defesa Nacional (PDN) e da Política de Meio Ambiente (PNMA), e tem como outros objetivos: construir e manter, com a anuência da Marinha do Brasil, instalações para acomodação de pesquisadores e realização de pesquisas científicas, junto às instalações já existentes na ilha da Trindade; e prover os meios e o apoio necessários ao transporte, à permanência e à realização de pesquisas científicas tanto nas ilhas da Trindade e Martin Vaz como na área marítima adjacente. Um dos principais resultados do PROTRINDADE foi a construção da Estação Científica da Ilha da Trindade (ECIT), em dezembro de 2011, com capacidade para alojar até oito pesquisadores.

3.4. O Programa de Prospecção e Exploração de Recursos Minerais da Área Internacional do Atlântico Sul e Equatorial (PROAREA)

Em setembro de 2009, por meio da Resolução n. 3 da CIRM, foi criado o Programa de Prospecção e Exploração de Recursos Minerais da Área Internacional do Atlântico Sul e

Equatorial (PROAREA). Trata-se de um novo e relevante passo brasileiro em seu renovado interesse oceânico.

O PROAREA é especialmente interessante porque, diferentemente do que ocorre nos programas analisados anteriormente, sua atuação não se dá dentro dos limites nacionais, mas na “Área”. Nos termos do artigo 1º da CNUDM, a Área é “o leito do mar, os fundos marinhos e o seu subsolo além dos limites da jurisdição nacional”, ou seja, em certo sentido, trata-se de um conceito jurídico residual, já que abrange os espaços marinhos que não estejam sob o domínio de nenhum Estado. A Área e seus recursos são patrimônio comum da humanidade (artigo 136 da CNUDM).

Para cuidar da Área e dos recursos correlatos, a CNUDM criou uma instituição voltada exclusivamente para essa finalidade: a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (doravante Autoridade). A Autoridade é a organização por intermédio da qual os Estados-partes gerem os recursos da Área. Tem sede em Kingston, capital da Jamaica.

O fato de a Área ser considerada patrimônio comum da humanidade, contudo, não quer dizer que nenhum tipo de atividade possa ser exercida dentro de seu perímetro. Impede tão somente que os Estados possam agir de maneira isolada e unilateral nessa parte dos fundos marinhos. Dessa forma, a internacionalização da Área e seus recursos implica a administração pela Autoridade.

A ideia inicial dos Estados partícipes do processo de negociação da CNUDM era de que a própria Autoridade realizasse diretamente as atividades na Área, por meio da Empresa, como está prescrito no artigo 170.1 da CNUDM: “A Empresa é o órgão da Autoridade que realizará diretamente as atividades na área, em aplicação da alínea ‘a’ do n. 2 do artigo 153, bem como o transporte, o processamento

e a comercialização dos minerais extraídos da Área”.

A Empresa seria, então, uma espécie de órgão operacional da Autoridade. Mais de vinte anos após a entrada em vigor da CNUDM, entretanto, a Empresa ainda não foi criada. Isso ocorreu porque o Acordo de Implementação da Parte XI da CNUDM (1994) praticamente inviabilizou seu estabelecimento. O modelo atualmente em vigor privilegia a exploração da Área por intermédio de empresas privadas que apresentam planos de trabalho, os quais devem ser patrocinados por Estados-partes da CNUDM.

Até o mês de abril de 2013, a Autoridade tinha publicado catorze contratos de exploração, que abrangem quase um milhão de quilômetros quadrados do fundo do mar. Doze desses contratos se referem à exploração de nódulos polimetálicos e dois a sulfetos polimetálicos.

Segundo o sítio eletrônico do PROAREA, os objetivos do programa, entre outros, são: i) a ampliação da presença brasileira no Atlântico Sul e Equatorial; ii) a coleta de dados para subsidiar futuras requisições de áreas de prospecção e exploração mineral junto à Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos; e, iii) a obtenção de informações técnicas, econômicas e ambientais necessárias para que empresas, públicas e privadas, e órgãos governamentais possam desenvolver atividades de exploração mineral e gestão ambiental na área além da jurisdição brasileira. E entre as principais atividades de trabalho do PROAREA estão: i) integração e sistematização de informações; ii) avaliação da potencialidade mineral; iii) estudos de viabilidade econômica, técnica, ambiental e legal; e, iv) prospecção e exploração de recursos minerais (contrato com a Autoridade) (PROAREA, 2015).

Sobre esse último ponto, é importante destacar que o Brasil já apresentou seu plano de

trabalho na Área para a Autoridade. A proposta brasileira foi encaminhada em dezembro de 2013 para a exploração de crostas cobaltíferas ricas em ferromanganês (*cobalt-rich ferromanganese crusts*) na Área, por intermédio da Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais (CPRM), que é uma empresa estatal.

A área que consta no plano de trabalho da CPRM é na região do Elevado do Rio Grande. O plano de trabalho foi aprovado inicialmente na Comissão Legal e Técnica e posteriormente pelo Conselho da Autoridade. A área de exploração compreende 150 blocos, cada um com uma área de 20 km². Os blocos, em formato retangular, estão agrupados em oito grupos, cada um contendo de 5 a 56 blocos contíguos. Todos os blocos estão localizados inteiramente dentro de uma área geográfica de dimensão não superior a 550 km² (ISA, 2014).

4. Conclusão

O crescente interesse pelo Atlântico por parte do Estado brasileiro é significativo e variado. Significativo no sentido de que pleiteia vastas áreas de atuação, seja no caso do projeto “Amazônia Azul”, por meio da expansão de sua plataforma continental, seja no caso do PROAREA, por meio da pretensão de explorar uma região que se encontra além da sua jurisdição nacional. Trata-se, portanto, de uma presença variada na medida em que outras iniciativas, como o PROTRINDADE e o PRO-ARQUIPELAGO, buscam por seu turno, consolidar e aprofundar sua presença em arquipélagos que são incontestavelmente brasileiros.

Portanto, o Direito do Mar, tradicionalmente relegado a uma posição de pouca importância no contexto histórico jurídico-político nacional – salvo os episódios da “Guerra da Lagosta” e da expansão do mar territorial para 200 milhas marítimas – deverá ser encarado em uma nova visão estratégica nacional.

O litoral brasileiro é utilizado das mais diversificadas maneiras: fonte de recursos econômicos da área petrolífera, do comércio pesqueiro industrial e de subsistência, do setor de alimentos, do setor turístico natural, etc. Na atual conjuntura, o que nos parece mais oportuno para o interesse nacional é o fortalecimento do Direito do Mar no Brasil, de tal modo que o País se insira positiva e vantajosamente no cenário de crescente interesse internacional pelos recursos submarinos e, dessa forma, assegure a sua presença atlântica em conformidade com a sua histórica ocupação e exploração desses mares, com a sua extensão costeira e com as promissoras perspectivas de seu crescimento econômico e científico.

Sobre o autor

Alexandre Pereira da Silva é pós-doutor em Direito pela Schulich School of Law, Dalhousie University, Halifax, Canadá. Professor Adjunto de Direito Internacional da Faculdade de Direito do Recife/Universidade Federal de Pernambuco (FDR/UFPE).
Email: jorgegalvao@givc.adv.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês³

BRAZIL'S NEW AWAKENING TO THE LAW OF THE SEA

ABSTRACT: The article analyses the new actions undertaken by Brazil on the Law of the Sea issues, especially the four programs that Brazil has been developing in the last years. Firstly, the paper presents two important events involving Law of the Sea in Brazil: the “Lobster War” episode and the 200-nautical mile territorial sea extension. Afterwards the paper looks the historical, political and legal questions of the four mentioned programs: the “Blue Amazon” Project, the São Pedro and São Paulo Archipelago Program; the Scientific Program on the Island of Trindade and the Program for Prospecting and Exploration of Mineral Resources in the Equatorial and South Atlantic International Area. In the end, the study presents some concluding remarks.

KEYWORDS: LAW OF THE SEA. BRAZILIAN PROGRAMS AND ACTIONS. HISTORICAL, POLITICAL AND LEGAL ASPECTS.

Referências

ARRAIS, Raimundo Pereira Alencar. O nascimento de um arquipélago: São Pedro e São Paulo e a presença do Estado brasileiro no Oceano Atlântico. *Revista Porto*, n. 2, p. 42-69, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.098, de 25 de março de 1970. Altera os limites do mar territorial do Brasil e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 30 abr. 1970.

_____. *Diário do Congresso Nacional*, 9 ago. 1980. Seção I, p. 8112-8114.

_____. Decreto nº 99.263, de 24 de maio de 1990. *Diário Oficial da União*, 25 maio 1990.

_____. Lei nº 8.617, de 4 de janeiro de 1993. Dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 5 jan. 1993.

_____. Decreto nº 1.530, de 22 de junho de 1995. Declara a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluída em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982. *Diário Oficial da União*, 23 jun. 1995.

_____. Ministério do Meio Ambiente. Gerência de biodiversidade aquática e recursos pesqueiros. *Panorama da conservação dos ecossistemas costeiros e marinhos no Brasil*. Brasília: MMA/SBF/GBA, 2010.

³Sem revisão do editor.

BUENO, Clodoaldo. *A República e sua política exterior (1889-1902)*. Brasília: FUNAG, 1995.

CASTRO, Raymundo Nonnato Loyola de. Aspectos fundamentais da doutrina brasileira sobre plataforma continental. *Revista Brasileira de Política Internacional*, n. 47/48, p. 19-41, set./dez. 1969.

CASTRO, Luiz Augusto de Araújo. *O Brasil e o novo direito do mar: mar territorial e zona econômica exclusiva*. Brasília: FUNAG, 1989.

COMISSÃO INTERMINISTERIAL PARA OS RECURSOS DO MAR (CIRM). Resolução nº 3, de 26 de agosto de 2010. [CIRM 175/8]. Disponível em: <<https://www.mar.mil.br/secirm/documentos/atas/resolucao-3-2010.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

_____. Resolução nº 001, de 11 dezembro de 1996. Disponível em: <<https://www.mar.mil.br/secirm/documentos/atas/resolucao-1-1996.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2015

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR (CNUDM). *Convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar*. Rio de Janeiro: Diretoria de Hidrografia e Navegação, 1982.

INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY (ISA). [ISBA/20/C/30], 9 July 2014. Report and recommendations of the Legal and Technical Commission to the Council of the International Seabed Authority relating to an application for the approval of a plan of work for exploration for cobalt-rich ferromanganese crusts by Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais.

LESSA, Antonio Carlos. A guerra da lagosta e outras guerras: conflito e cooperação nas relações França-Brasil (1960-1964). *Cena Internacional*, ano 1, n. 1, p. 109-120, 1999.

MUNIZ, Túlio de Souza. *O ouro do mar: do surgimento da indústria da pesca da lagosta no Brasil à condição do pescador artesanal na História do tempo presente (1955-2000): uma narrativa sócio-histórico marítima*. Dissertação (Mestrado em História) –Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005.

NAÇÕES UNIDAS. Commission on the Limits of the Continental Shelf. CLCS/42, 14 September 2004. Statement by the Chairman of the Commission on the Limits of the Continental Shelf on the progress of work in the Commission.

_____. Commission on the Limits of the Continental Shelf. CLCS/54, 27 April 2007. Statement by the Chairman of the Commission on the Limits of the Continental Shelf on the progress of work in the Commission.

_____. Commission on the Limits of the Continental Shelf (CLCS). *Outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles from the baselines: submissions to the Commission: Partial revised Submission by Brazil*, [updated on 13 april 2015]. Disponível em: <http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_bra_rev.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.

PROGRAMA ARQUIPÉLAGO DE SÃO PEDRO E SÃO PAULO (PROARQUIPELAGO). 2015. Disponível em: <<https://www.mar.mil.br/secirm/portugues/arquipelago.html>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

PROGRAMA DE PESQUISAS CIENTÍFICAS NA ILHA DA TRINDADE (PROTRINDADE). 2015. Disponível em: <<https://www.mar.mil.br/secirm/portugues/trindade.html>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

PROJETO que institui o Dia da Amazônia Azul segue para a Câmara. *Agência Senado*, 15 ago. 2014. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/08/15/projeto-que-institui-dia-da-amazonia-azul-segue-para-a-camara>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

PROSPERAÇÃO E EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS DA ÁREA INTERNACIONAL DO ATLÂNTICO SUL E EQUATORIAL (PROAREA). 2015. Disponível em: <<https://www.mar.mil.br/secirm/portugues/proarea.html>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

RODRIGUES, Carlos Calero. O problema do mar territorial. *Revista Brasileira de Política Internacional*, n. 49/50, p. 118-130, 1970.

SILVA, Alexandre Pereira da. O novo pleito brasileiro no mar: a plataforma continental estendida e o Projeto Amazônia Azul. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 56, n. 1, p. 104-121, 2013.

SMITH, Robert; TAFT, George. Legal Aspects of the Continental Shelf. In: COOK, Peter J.; CARLETON, Chris M. *Continental Shelf Limits: the scientific and legal interface*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 17-24.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Org.). *Repertório da prática brasileira do direito internacional público: período 1961-1981*. 2. ed. Brasília: FUNAG, 2012.

VIANA, Danielle de Lima et al. (Org.). *O arquipélago de São Pedro e São Paulo: 10 anos de Estação Científica*. Brasília: SECIRM, 2009.

VIDIGAL, Armando Amorim et al. *Amazônia azul: o mar que nos pertence*. Rio de Janeiro: Record, 2006.

A responsabilização internacional de grupos armados de oposição

IELBO MARCUS LOBO DE SOUZA

Resumo: O presente estudo trata da responsabilidade internacional de grupos armados de oposição, examinado o regime jurídico criado para responsabilizar diretamente essas entidades por suas violações das normas internacionais aplicáveis aos conflitos armados, especialmente os de natureza interna. Analisa-se a resposta da sociedade internacional às atrocidades cometidas por grupos armados, com o desenvolvimento de um acervo normativo regulador da conduta dos grupos armados em situações de conflito armado. Ao lado desse esforço normativo, mecanismos institucionais e procedimentais estão sendo instituídos para assegurar a eficácia das normas internacionais destinadas a humanizar os conflitos armados. O estudo identifica, porém, algumas áreas que ainda mereceriam aperfeiçoamento, tais como uma harmonização maior entre certos conceitos jurídicos e uma melhor coordenação entre os procedimentos de supervisão e responsabilização oriundos dos direitos humanos e do direito internacional humanitário.

Palavras-chave: Grupo armado. Conflito armado. Responsabilidade internacional. Direito internacional. Direitos humanos. Direito humanitário.

1. Introdução

Quando a Comissão de Direito Internacional (CDI) concluiu em 2001 o Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos, grupos armados de oposição eram contemplados somente para o fim de caracterização de um ato de Estado sob o direito internacional, conseqüentemente gerando a responsabilidade internacional daquele Estado. Não se cogitou – porque não era esse o mandato da Comissão – da responsabilidade internacional

Recebido em 29/1/15
Aprovado em 28/4/15

própria dos grupos armados nem tampouco da responsabilidade penal internacional dos seus integrantes.

Ainda assim, o trabalho efetuado pela CDI deixou um legado para a ordem internacional, visto que grupos armados frequentemente são capacitados e controlados por Estados para a promoção de certos objetivos da sua política externa. Para tal fim, os Estados oferecem, *inter alia*, treinamento, fornecimento de armas, financiamento, apoio político, refúgio e direção estratégica. Destarte, grande parte das ações criminosas de grupos armados poderia ser evitada se os Estados que os assistem sofressem de fato a responsabilização internacional advinda do descumprimento, através das ações de tais grupos, de suas obrigações sob o direito internacional.

A relevância de um estudo sobre o regime jurídico aplicável aos grupos armados fica evidente quando se considera a sua conduta em conflitos recentes. As formas mais graves de violência contemporânea contra indivíduos, comunidades e grupos étnicos estão associadas diretamente a grupos armados. Basta citar grupos como o Estado Islâmico e a Frente Al-Nusra, na Síria e Iraque; o Boko Haram, na Nigéria; o Talebão, no Afeganistão; as milícias Janjaweed, em Darfur; as Forças Democráticas Aliadas, na República Democrática do Congo; as FARC (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia), na Colômbia; e o MNLF (Moro National Liberation Front), nas Filipinas. O uso da força por tais entidades não estatais tem sido associado a crimes de guerra, crime de genocídio, crimes contra a humanidade, terrorismo, graves e sistemáticas violações de direitos humanos, deslocamento interno e transfronteiriço de populações, limpeza étnica e destruição da infraestrutura pública.

A responsabilização internacional de grupos armados cuida, portanto, da efetividade de algumas das seções mais relevantes do direito internacional, e sua devida implementação protegerá, em última análise, a pessoa humana. Quando aqueles que violam as normas internacionais não são devidamente responsabilizados e punidos, quando mecanismos adequados de justiça não são mobilizados em favor das vítimas, quando a legitimidade política desses grupos não é colocada em questão, então o papel do direito internacional de prevenir, conter ou suprimir atos ilícitos futuros por parte dessas entidades e proteger os indivíduos fica seriamente comprometido.

Em resposta à crescente ameaça representada por grupos armados, a sociedade internacional tem-se mobilizado para diminuir as brechas normativas e políticas atinentes à responsabilização de grupos armados por atos ilícitos. O objetivo deste estudo é examinar o regime jurídico criado para responsabilizar diretamente os grupos armados por suas violações das normas aplicáveis aos conflitos armados, especialmente

os de natureza interna, nos quais sua participação é mais frequente e seu impacto mais visível. Primeiramente, se abordará o desenvolvimento normativo a respeito da matéria, o que permitirá, a seguir, o exame da operação dos mecanismos e procedimentos estabelecidos para a implementação e eficácia das normas.

2. O regime jurídico regulador da conduta de grupos armados

2.1. O direito internacional humanitário

A conduta de grupos armados em situações de conflito armado interno é regulada pelo artigo 3 das Convenções de Genebra, que estabelece um regime jurídico mínimo a ser aplicado em tais situações. Esse artigo declara expressamente a incidência de regras humanitárias básicas sobre *cada parte* do conflito armado não internacional, o que tem sido interpretado pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) no sentido de incluir um dos mais importantes protagonistas em conflitos de tal natureza, os grupos armados¹. De acordo com esse dispositivo, os grupos armados organizados estão obrigados, *inter alia*, a respeitar a vida, integridade física e dignidade dos não combatentes, a se abster de tomar e usar reféns, e a deixar de aplicar a execução sumária, isto é, sem o devido processo legal.

O Protocolo Adicional II (ICRC, 1977) às Convenções de Genebra, destinado a expandir e complementar as proteções oferecidas pelo referido artigo 3 em casos de conflito armado de caráter não internacional, explicitamente

¹ O Comentário da Cruz Vermelha Internacional ao art. 3 explica que a expressão inclui partes não signatárias das Convenções, ainda que não representem “uma entidade jurídica capaz de assumir obrigações internacionais”, mencionando expressamente grupos insurgentes (ICRC, 1949).

afirma ser aplicável às “forças armadas dissidentes e outros grupos armados organizados” (Artigo 1(1)). O Protocolo ofereceu uma definição restritiva de grupos armados para que, mediante critérios materiais objetivos, pudesse afastar eventuais dúvidas sobre a sua aplicação. Para tal fim, associa ao grupo armado organizado as seguintes características: (1) estar sob a chefia de um comando responsável e (2) mostrar um nível mínimo de capacidade e organização (comando responsável, controle territorial, capacidade de levar a cabo operações militares contínuas e organizadas e de implementar os termos do Protocolo)². De toda forma, o artigo 4 desse Protocolo reporta-se a obrigações a serem respeitadas pelos grupos armados que não estão referidas no art. 3 das Convenções, tais como a proibição da prática de pilhagem, da punição coletiva, da escravidão e da coação à prostituição.

Se grupos armados estão engajados num conflito armado por motivo de autodeterminação da comunidade que alegam representar, o Protocolo Adicional I (ICRC, 1977a), que trata da Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais, se torna aplicável nas circunstâncias definidas nos artigos 1(4) e 96, quando a “autoridade representante do povo” pode comprometer-se a aplicar as Convenções e o Protocolo, relativamente a esse conflito. Nesse caso, invoca-se disposição semelhante àquela encontrada no artigo 2(3) das Convenções de Genebra (SANDOZ, 1987, p. 1091). Garantias fundamentais são conferidas às pessoas que estiverem em poder de uma parte no conflito (artigo 75), semelhantes àquelas previstas no artigo 4 do Protocolo Adicional II, com a diferença de que o Protocolo I reser-

² Tal qualificação não se repetirá no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que se referirá simplesmente a “grupos armados organizados” (Ver artigo 8(2) (f)).

va um capítulo inteiro para elencar as medidas que protegerão de forma especial os mais vulneráveis – mulheres e crianças – durante o conflito.

Outros tratados de direito humanitário aplicáveis a todas as partes de um conflito armado interno, o que compreende os grupos armados, incluem a Convenção de Haia para a Proteção da Propriedade Cultural no Caso de Conflito Armado (1954) e seu Segundo Protocolo (1999), e a Convenção sobre a Proibição ou Limitação do Uso de Certas Armas Convencionais que podem ser consideradas como Produzindo Efeitos Traumáticos ou Ferindo Indiscriminadamente (1983).

Autoridades que podem ser classificadas como meios auxiliares para a determinação do direito, tais como o *Institut de Droit International* e o Tribunal Especial de Serra Leoa, já se manifestaram no sentido de reconhecer que, embora não possuidores de personalidade jurídica de direito internacional público, o que não lhes autorizaria serem partes formais de tratados internacionais, os atores não estatais, incluindo os grupos armados, estariam ainda assim sob a obrigação de cumprir e fazer cumprir o direito internacional humanitário em situações de conflito armado³. Por igual modo, o estudo conduzido sob os auspícios do CICV a respeito do estado do direito humanitário costumeiro identificou uma regra costumeira consolidada segundo a qual “cada parte do conflito deve respeitar e fazer cumprir o direito internacional humanitário por suas forças armadas e outras pessoas ou grupos atuando de fato sob as suas instruções, ou sob sua direção

³ Ver “Resolution on the Application of International Humanitarian Law and Fundamental Human Rights in Armed Conflicts in Which Non-State Entities Are Parties” (Session of Berlin, 1999), par. II; Prosecutor against Sam Hinga Norman, Defence Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction, Appeals Chamber, Case SCSL-2004-14-AR72(E), par. 22.

ou controle”. Na explicitação da regra, o estudo afirma aplicar-se a conflitos armados internos também e reconhece sua incidência particular sobre a conduta dos grupos armados de oposição (HENCKAERTS; DOSWALD-BECK; ALVERMANN, 2005, p. 495-498).

Desde a adoção das Convenções de Genebra de 1949, o direito internacional humanitário tem experimentado uma expansão normativa considerável no plano costumeiro, acarretando a incidência de um crescente *corpus* de normas costumeiras relativas ao direito humanitário sobre a conduta de todas as partes. A Corte Internacional de Justiça, por exemplo, considerou as disposições do artigo 3 comum às Convenções de Genebra como declaratórias de princípios do direito costumeiro em vigor⁴. O mesmo reconhecimento foi dado pelo Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia com respeito às disposições fundamentais do Protocolo Adicional II (ICRC, 1977b), ao artigo 75 do Protocolo Adicional I (ICRC, 1977a)⁵, e a outras normas que governam os conflitos armados internacionais, em particular aquelas relativas à proteção de civis e objetos civis, à proteção dos que não participam ativamente nas hostilidades e às proibições concernentes a meios e métodos de guerra⁶.

⁴ Ver *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, par. 218; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, par. 79. Esse entendimento foi ratificado pelo Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia: *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)*, Trial Chamber, Prosecutor v. Zejnir Delalic et al., Trial Judgement, Case no. IT-96-21-T, 16/11/1998, par. 301; ICTY, Appeals Chamber, Prosecutor v. Zejnir Delalic et al., Judgement, Case no. IT-96-21-A, 20/02/2001, par. 148.

⁵ Ver ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule”, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, par. 117; ICTY, Trial Chamber, Prosecutor v. Zejnir Delalic et al., Trial Judgement, Case no. IT-96-21-T, 16 November 1998, par. 314.

⁶ *Ibid.*, par.127 (Tadic case).

A expansão do direito internacional humanitário costumeiro teria sido de tal monta que teria afetado a distinção convencional, presente nas Convenções de Genebra de 1949, entre os regimes jurídicos dos conflitos armados internacionais e o dos conflitos internos. O citado estudo do CICV sobre o estado do direito internacional humanitário costumeiro procurou minimizar essa distinção, identificando um amplíssimo rol de princípios e normas humanitárias costumeiras que se aplicam aos dois tipos de conflito, tais como, *inter alia*, o princípio da distinção e as normas que oferecem proteção especial a certas pessoas e objetos (HENCKAERTS; DOSWALD-BECK; ALVERNANN, 2005, p. 3-494). Com efeito, um relatório recente de uma Comissão de Investigação nomeada pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas ratificou o entendimento de que haveria uma convergência das normas substantivas aplicáveis a conflitos armados internacionais e internos⁷.

Na ausência desse desenvolvimento normativo, os grupos armados continuariam sujeitos a um regime jurídico menos estrito do que aquele reservado aos Estados. Dada a constatação de que grupos armados têm sido a fonte principal e direta de sérias violações do direito internacional humanitário, a expansão do regime jurídico que regula a sua conduta era uma necessidade premente. Essa evolução normativa ocorreu não só em resposta à frequência e gravidade dos conflitos armados internos, mas também para harmonizar o direito internacional humanitário com o regime internacional de proteção dos direitos humanos⁸.

É possível que o desenvolvimento progressivo do direito internacional sobre a matéria venha a refletir a crescente complexidade da prática dos Estados para o fim de finalmente eliminar por completo a distinção entre o regime jurídico do conflito armado internacional e o do conflito não internacional. A própria dinâmica de um conflito que se inicia como um conflito armado interno não respeita essa lógica simplista. O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, por exemplo, cogitou a possibilidade de um conflito armado interno se tornar um conflito armado internacional ou configurar um conflito armado internacionalizado, dependendo do modo de intervenção (direta ou indireta) dos outros Estados⁹. O conflito armado ocorrido na Líbia, em 2011, evoluiu precisamente nessa direção, apresentando a complexidade

⁷ Ver UN Human Rights Council, *Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza conflict*, A/HRC/12/48, 25 September 2009, par. 281.

⁸ Ver *Tadic case* (op. cit. supra n. 5), pars. 96-97.

⁹ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Dyilo* (2007), Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06, par. 209. No caso *sub examem*, o Tribunal verificou que o conflito havia assumido um caráter internacional e, depois, interno.

decorrente do envolvimento direto e indireto de outros Estados¹⁰. Mas esse não foi um caso excepcional. Há pesquisa que indica uma alta incidência de conflitos internacionalizados na lista dos conflitos armados registrados no mundo entre 1989 e 2006 (LOTTA; WALLENSTEEN, 2007, p. 624). Talvez por essa razão, alguns Manuais Militares já evitem uma distinção expressa entre normas humanitárias aplicáveis a conflitos internacionais e a conflitos internos, uma opção esposada também pelas Nações Unidas ao orientar os membros das suas forças de paz (MERON, 2000, p. 261–262).

Qualquer empenho renovado de codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional humanitário deveria incorporar essa convergência normativa e eliminar a tipologia engessada e desatualizada de conflitos armados, de forma a reforçar a proteção a todas as pessoas em todas as situações de conflito. Com efeito, o *Institut de Droit International* postulou, na sua Resolução de Berlim, a adoção de uma convenção que “regularia todos os conflitos armados e protegeria todas as vítimas, não importando se tais conflitos são internacionais, não internacionais ou de caráter misto”¹¹.

Um obstáculo à efetiva implementação do direito humanitário por grupos armados tem sido a obstinada recusa de muitos Estados em reconhecer seu *status* e conferir-lhes legitimidade internacional. Para os Estados, as consequências seriam indesejáveis: a aplicação do Protocolo Adicional I significaria o reconhecimento de que o grupo armado de oposição detém controle territorial; a regência do Protocolo Adicional II, por sua vez, caracterizaria o Estado como um poder colonial ou de ocupação; e a incidência do artigo 3 comum às Convenções de Genebra outorgaria proteções adicionais aos membros do grupo armado e alçaria o grupo a um *status* jurídico mais privilegiado. Ao invés, os Estados têm optado por classificar tais grupos armados como entidades terroristas ou organizações criminais domésticas. Embora essa atitude não afaste a incidência do direito humanitário, ela pode afetar a disposição do grupo armado em observar suas normas, visto que não haveria, na visão do grupo, os benefícios da reciprocidade (CLAPHAM, 2006, p. 510; ANDREOPOULOS, 2006, p. 145-146). De toda forma, mesmo que haja dúvida sobre a classificação do conflito interno e a aplicação do direito humanitário sobre a conduta das partes, os órgãos do sistema de direitos humanos têm-se mostrado dispostos a monitorar o respeito às

¹⁰ Ver Report of the International Commission of Inquiry, Doc. A/HRC/17/44, 1 June 2011, p. 4.

¹¹ Ver “Resolution on the Application of International Humanitarian Law and Fundamental Human Rights in Armed Conflicts in Which Non-State Entities Are Parties” (Session of Berlin, 1999), par. XI.

normas de direitos humanos em toda situação de conflito interno (ABRESCH, 2005, p. 743-757).

2.2. O direito internacional dos direitos humanos

As normas do direito internacional dos direitos humanos incidem também sobre a conduta dos grupos armados em conflitos armados. O Comitê dos Direitos Humanos teve a oportunidade de esclarecer, em seus Comentários Gerais números 29 e 31, que as disposições do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos continuam a vigor e serem aplicáveis, ao lado do direito internacional humanitário, em situações de conflitos armados internacionais e internos. Duas importantes qualificações, entretanto, foram feitas pelo Comitê. Primeiramente, situações de conflito armado de caráter não internacional caracterizam-se como uma “emergência pública que ameaça a vida da nação”, nos termos do artigo 4 do Pacto e, portanto, segundo o procedimento e justificativa previstos no artigo, determinadas proteções poderão ser temporariamente suspensas pelo Estado. Contudo, o Comitê reiterou a lista de direitos não derogáveis enunciados no parágrafo segundo do artigo 4, que inclui o direito à vida e a proibição de tortura ou punição degradante, cruel ou desumana. O segundo esclarecimento dado pelo Comitê diz respeito à inter-relação entre os dois ramos do direito durante os conflitos armados. Na sua concepção, as medidas derogatórias dos direitos humanos, tomadas pelo Estado com base na exceção da emergência pública, não poderão ser inconsistentes com as normas do direito internacional humanitário. Ademais, para enfatizar a harmonia entre normas das duas esferas, o Comitê considerou os dois ramos do direito “complementares, e não mutuamente exclu-

entes”, esclarecendo que os direitos humanos protegidos pelo Pacto deveriam ser interpretados com referência às normas mais específicas do direito internacional humanitário¹².

A posição do órgão convencional do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos é confirmada pela jurisprudência da Corte Internacional de Justiça. A Corte asseverou, na sua Opinião Consultiva acerca da *Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares* (1996), que as proteções do Pacto “não cessam em tempos de guerra” e, em 2004, ampliou o seu entendimento para cobrir as convenções de direitos humanos em geral e todas as situações de conflito armado¹³.

No plano interamericano, o caso *Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador* (2005), julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, suscitou um debate dos mais interessantes sobre a matéria. O Estado pretendia questionar – e, portanto, excluir – a jurisdição *ratione materiae* da Corte para julgar o caso. O argumento central era o de que o caso ocorrera no contexto de um conflito armado não internacional no qual o direito internacional humanitário incidiria como *lex specialis*, prejudicando o exercício da jurisdição da Corte, que se limitava à interpretação e aplicação dos tratados interamericanos de direitos humanos. El Salvador procurou também arguir a distinção entre os dois ramos de direito em termos de normas, instrumentos e especialmente seu campo de regência, uma vez que o direito humanitário incidiria somente em circunstâncias

¹² Ver Human Rights Committee, General Comment n. 29 (2001), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11; General Comment n. 31 (2004), CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, par. 11.

¹³ Ver *Nuclear Weapons case* (op. cit. supra n. 4), par. 25; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, I.C.J. Reports 2004, par. 106. A Corte vai reiterar a mesma opinião no *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Merits, I.C.J. Reports 2005, par. 216.

de emergência e desordem nacional, ao passo que os direitos humanos cobririam situações em tempos de paz. A Corte rejeitou a objeção, declarando que o “direito internacional dos direitos humanos está em pleno vigor durante conflitos armados internacionais ou internos”. A decisão também enfatizou a convergência e complementariedade entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário na proteção de todas as pessoas durante um conflito armado internacional ou interno¹⁴. No que tange à convergência normativa, a Corte acertadamente fez menção ao artigo 3 comum às Convenções de Genebra para demonstrar como as proteções mínimas daquele artigo seriam análogas a algumas garantias fundamentais da pessoa humana encontradas em instrumentos de direitos humanos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. O Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia assinou, em igual sentido, que ambos os ramos de direito compartilham o mesmo foco, que é o respeito aos valores humanos e à dignidade do ser humano, e um núcleo comum de padrões fundamentais cujo objeto é a proteção da pessoa humana¹⁵.

Como as duas esferas do direito internacional regulam concomitantemente o mesmo conflito armado interno, debate-se a respeito da solução a ser aplicada em caso de conflito de normas. Na Opinião Consultiva sobre as *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado*, a Corte

Internacional de Justiça vislumbrou diferentes cenários sobre a relação entre os direitos humanos e o direito humanitário. Haveria situações nas quais alguns direitos são assuntos exclusivamente da competência do direito internacional humanitário, o mesmo ocorrendo com os direitos humanos; outros direitos, porém, podem recair sob a competência de ambos os ramos do direito internacional. Nesse último caso, a Corte entendeu que deveria considerar normas de ambos os ramos, mas o direito internacional humanitário seria aplicado como *lex specialis*. A solução empregada pela Corte foi endossada pelo Relator Especial da ONU sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias, e por cinco mandatários de Procedimentos Especiais da antiga Comissão de Direitos Humanos¹⁶.

A aplicação do direito humanitário como *lex specialis* significaria o afastamento efetivo da incidência dos direitos humanos sobre situações geradas pelo conflito armado interno. Para os órgãos de direitos humanos, contudo, a consequência prática seria o recurso aos princípios e conceitos do direito humanitário como instrumento de interpretação das normas de direitos humanos aplicáveis (LUBELL, 2005, p. 738; 744-746).

O entendimento comum sobre a convergência e complementariedade entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário acarretará um progresso no nível de proteção ao ser humano, uma vez que normas de ambos os ramos aco-

¹⁴ Ver Inter-American Court of Human Rights, Judgment of November 23, 2004 (Preliminary Objections), par. 107-119. A mesma conclusão fora avençada pela Corte no caso Bámaca-Velásquez, cf. Inter-American Court of Human Rights, Case of Bámaca-Velásquez v. Guatemala, Judgment, Merits, 2000, par. 143, 174, 207-8.

¹⁵ ICTY, Appeals Chamber, Prosecutor v. Zejnir Delalic et al., Judgment, Case no. IT-96-21-A, 20 February 2001, par. 149.

¹⁶ Ver E/CN.4/2005/7, 2004, par. 50; e o Relatório Conjunto dos seguintes Relatores: Chairperson-Rapporteur of the Working Group on Arbitrary Detention; Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers; Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; Special Rapporteur on freedom of religion or belief; e o Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, E/CN.4/2006/120, par.19.

lheriam todas as pessoas envolvidas em situações de conflito armado e atrairiam a operação conjunta ou coordenada dos seus respectivos órgãos e mecanismos de supervisão e proteção. Esse último ponto será considerado a seguir.

3. A responsabilização dos grupos armados por atos ilícitos sob o direito internacional

De acordo com a teoria geral da responsabilidade internacional, a responsabilização sob o direito internacional se verifica quando há uma conduta violadora de uma obrigação internacional em vigor para um sujeito de direitos e obrigações, e essa conduta lhe é atribuível. O procedimento da responsabilização envolverá, então, a determinação da violação de uma norma substantiva de direito internacional e a atribuição da conduta ao sujeito, o que ensejará a responsabilidade do sujeito pela cessação da conduta e a reparação do dano causado (JENNINGS; WATTS, 2011, p. 500-502).

Os mecanismos e procedimentos de supervisão e responsabilização associados ao sistema internacional de proteção de direitos humanos incluem órgãos de natureza convencional e não convencional, judicial e não judicial; organizações internacionais governamentais e não governamentais; e procedimentos diversos, tais como a petição individual, a comunicação interestatal, a revisão periódica universal, relatórios periódicos governamentais, relatórios produzidos e investigações conduzidas por relatores especiais de organizações internacionais ou por organizações não governamentais, e casos submetidos à jurisdição de órgãos judiciais regionais de direitos humanos.

O direito internacional humanitário, por outro lado, apresenta uma estrutura de apoio diferente, com a instituição das potências protetoras, o papel reservado ao Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) de guardião do direito humanitário, e os tribunais internacionais ou mistos, *ad hoc* ou permanentes, responsáveis pelo julgamento de violações das normas humanitárias.

No passado, os mecanismos e procedimentos para a implementação das obrigações internacionais relativas aos direitos humanos e ao direito humanitário eram centrados no Estado e permaneciam relativamente dissociados. O que se tem observado contemporaneamente é uma crescente interação entre as estruturas de apoio dos dois ramos de direito e uma ampliação do sujeito da responsabilização para incluir entidades não estatais, com o reconhecimento do papel proeminente exercido por essas entidades em conflitos armados e na infringência das normas in-

ternacionais incidentes. O maior obstáculo a ser superado nesse desenvolvimento normativo e procedimental tem sido a responsabilização direta de grupos armados por desrespeito às normas de direitos humanos.

O atual estado do direito da responsabilidade internacional permite a responsabilização do Estado por atos praticados por grupos armados, sejam aqueles situados no seu território ou em território de outro Estado. Para tal fim, torna-se imprescindível a atribuição ao Estado da responsabilidade pelos atos praticados por determinado grupo armado. O projeto de artigos da CDI sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos estipulou as condições nas quais tal atribuição seria possível, e a Corte Internacional de Justiça teve a oportunidade de revelar seu entendimento a respeito¹⁷. Em suma, a responsabilidade internacional será atribuída a um Estado quando o grupo armado apresenta o *status* de órgão estatal, de acordo com o ordenamento jurídico interno (art. 4) ou, quando na falta de expressa caracterização legal, o grupo pode ser enquadrado como órgão *de facto* do Estado (art. 8); quando, embora não seja órgão do Estado, o grupo exercita elementos de autoridade governamental a ele delegados pelo Estado ou na ausência ou omissão das autoridades oficiais do Estado (arts. 5 e 9); ou quando o Estado reconhece e endossa como sua a conduta do grupo armado (art. 11).

O acervo de jurisprudência da Corte Internacional de Justiça inclui um caso de atribuição de responsabilidade por violações de direitos humanos e do direito humanitário no conflito armado no território da República Democrática do Congo. A Corte entendeu que Uganda, que figurava como réu no caso, tinha infringido suas obrigações sob o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário, visto que falhara, como a potência de ocupação, em tomar “medidas para respeitar e fazer respeitar os direitos humanos e o direito internacional humanitário no distrito de Ituri”. À primeira vista, pode-se pensar, equivocadamente, que as forças armadas Ugandenses foram os autores únicos dos ilícitos internacionais. Na verdade, os fatos do caso mostram que Uganda falhou sobretudo em prevenir, controlar ou suprimir atividades ilícitas de milícias étnicas e grupos armados naquele distrito, e a Corte entendeu que a responsabilidade podia ser atribuída ao Estado¹⁸. Em outro caso, o caso *Genocídio*, a Corte concordou com a possibilidade jurídica de que o Estado Sérvio pudesse ser responsabilizado internacionalmente por não prevenir o crime de genocídio cometi-

¹⁷ Ver Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), ICJ Reports 2007, par. 385-414.

¹⁸ Cf. op.cit. supra n.13, par. 209, 216–20, 345, e decisão n. 3 (p.101).

do por forças paramilitares Sérvias em Bósnia, mas acabou descartando tal responsabilização por falta de elementos de atribuição¹⁹. A lição deixada, no entanto, é que os Estados devem, sob pena de responsabilização internacional, controlar os grupos armados operando em seu território para o fim de prevenir ou impedir a prática do crime de genocídio (BIRKLAND, 2009, p. 1646-1649).

3.1. Responsabilizando grupos armados quando descumprem os direitos humanos

Órgãos convencionais de direitos humanos padecem de uma aparente limitação no que tange à responsabilização direta de grupos armados por violações de direitos humanos, na medida em que as obrigações convencionais que estão sob sua supervisão aplicar-se-iam apenas aos Estados partes dos tratados. Quando o Comitê de Direitos Humanos examinou a situação de direitos humanos na República Democrática do Congo (2006), o governo – e somente este – recebeu uma recomendação de que deveria tomar “todas as medidas para fortalecer sua capacidade de proteger civis nas zonas de conflito armado, especialmente mulheres e crianças”, e envidar esforços para erradicar o “recrutamento forçado de crianças em milícias armadas”. Na época, o Congo quedava vítima de uma guerra civil ou conflito internacionalizado, e aquelas práticas condenáveis estavam sendo levadas a cabo pelos inúmeros grupos armados. O Comitê, no entanto, não se endereçou diretamente aos grupos armados, amparando suas recomendações somente nas obrigações internacionais do governo do Congo²⁰. Os órgãos e mecanismos de direitos

humanos estabelecidos com base na Carta da ONU, porém, já não sofrem as mesmas restrições de mandato criadas pelos tratados de direitos humanos.

É possível, então, vislumbrar situações em que grupos armados poderiam ser *diretamente* responsabilizados por violações de direitos humanos? Nos Comentários ao projeto de artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos, a CDI acentua que, se um grupo armado de insurreição é verdadeiramente independente do Estado, e o governo do Estado não é negligente na sua responsabilidade de manter a ordem pública, a conduta do grupo armado não pode ser atribuída ao Estado. No entanto, o Estado continua obrigado a proteger os direitos humanos de sua população, a investigar as alegações de violações de direitos humanos, a cessar ou fazer cessar a conduta ilícita, a prestar assistência às vítimas, e a compensar os danos que lhes foram causados. Caso esse mesmo grupo armado insurrecional controle parte do território do Estado e exerça sobre o território e a população lá residente sua autoridade e administração *de facto*, conduzindo-se como um novo Governo ou Estado naquele território, aduz a CDI que tal grupo poderá ser responsabilizado diretamente pela observância das normas de direito internacional, incluindo os direitos humanos²¹. Controle territorial tem sido um dos requisitos invocados por órgãos e agentes que compõem o sistema internacional de direitos humanos para embasar o monitoramento e a responsabilização de grupos armados por violações de direitos humanos²².

¹⁹ Ver Genocide case, op.cit. supra n.17, par.170.

²⁰ Ver Concluding Observations of the Human Rights Committee: Democratic Republic of the Congo, CCPR/C/COD/CO/3, 2006, pars. 13, 15, 18.

²¹ Ver Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, II, Part Two, p. 50.

²² Controle territorial é também um dos quesitos para a aplicação do Protocolo Adicional I (ICRC, 1977a) às Convenções de Genebra.

A razão é evidente: em casos tais, o grupo armado atua também como uma autoridade política, exercendo funções governamentais de controle e administração sobre um território e sua população, o que atrai a incidência dos direitos humanos na relação entre a autoridade e os indivíduos (ZEGVELD, 2002, p. 148-151).

Um exemplo recente ilustrará bem o recurso a esse fundamento. Em resposta às denúncias de graves violações de direitos humanos e direito humanitário no conflito da Líbia (2011), o Conselho de Direitos Humanos da ONU enviou uma Comissão de Investigação para a Líbia. A Comissão houve por bem investigar a responsabilidade do Conselho Nacional de Transição – o órgão representante dos diversos grupos armados rebeldes –, justificando a decisão com o argumento de que “onde os grupos não estatais exercem controle de facto sobre território, eles devem respeitar os direitos humanos fundamentais das pessoas naquele território”. Como, na opinião da Comissão, o controle territorial exercido pelo NTC era semelhante ao de uma autoridade governamental, o NTC estaria sujeito à responsabilização por violações de direitos humanos. O Relatório então identificou uma série de violações graves de direitos humanos ocorridas no conflito, e intimou o NTC a tomar as medidas necessárias ao cumprimento das obrigações de direitos humanos, investigar as alegações de violações e oferecer reparação dos danos causados às vítimas²³.

Órgãos de direitos humanos desenvolveram uma racionalização adicional para a responsabilização direta de grupos armados por violações de direitos humanos. No relatório

final sobre sua missão no Sri Lanka (2006), o Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais da então Comissão de Direitos Humanos argumentou que os direitos humanos funcionam não apenas como obrigações assumidas por Estados, mas também como “expectativas legítimas da comunidade internacional”. Embora o grupo armado *Tigres de Liberação do Tamil Eelam* (TLTE) fosse reconhecidamente um ator não estatal, o Relator propôs que essa organização estaria sujeita “à exigência da comunidade internacional, declarada primeiramente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de que cada órgão da sociedade respeite e promova os direitos humanos” (UN Doc. E/CN.4/2006/53/Add.5, par. 25-27). O TLTE seria um órgão da sociedade na medida em que ele alegava representar os desejos de autodeterminação de um povo, como, aliás, acontece com muitos grupos armados de oposição. Nesse sentido, a comunidade internacional teria a expectativa de que a conduta do TLTE espelhasse o “padrão (de respeito aos direitos humanos) comum a ser atingido”²⁴.

Não raro, os órgãos de direitos humanos lograrão justificar a responsabilização de entidades não estatais com base em vários fundamentos. No relatório conjunto sobre o conflito armado que envolveu Israel, o grupo armado Hizbollah e o Estado libanês em 2006, os relatores de quatro mandatos de direitos humanos discutiram preliminarmente a questão da incidência das obrigações de direitos humanos sobre as ações do grupo Hizbollah. O relatório admitiu a natureza não estatal do grupo Hizbollah e sua falta de personalidade jurídica internacional para ser parte de tratados de direitos humanos. No entanto, os relatores compartilharam a opinião de que o Hizbollah exercia controle significativo sobre o território

²³ Cf. Report of the International Commission of Inquiry, A/HRC/17/44, 1 June 2011, par. 72, 269. Mostrando concordância com esse entendimento, ver o Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, E/CN.4/2004/7, 2004, par. 76.

²⁴ Ver UN Doc. E/CN.4/2006/53/Add.5, par. 25-27

e a população, e possuía uma estrutura política identificável, estando sujeito à “demanda da comunidade internacional, primeiro expressa na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de que cada órgão da sociedade respeite e promova os direitos humanos”. Demais, sugeriu-se que o Hizbollah poderia ser estimado como uma autoridade e um órgão *de facto* do Estado libanês, sujeito, portanto, por essa via, às obrigações assumidas pelo Líbano²⁵.

Os órgãos políticos de organizações internacionais podem oferecer uma contribuição importante para a responsabilização de grupos armados. Para citar um caso mais recente e relevante, considere-se o Estado Islâmico. Somente no âmbito das Nações Unidas, as ações do Estado Islâmico têm sido monitoradas e enquadradas juridicamente por uma série de órgãos e agentes de alto escalão, tais como o Secretário-Geral, o Representante Especial do Secretário-Geral para o Iraque, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, o Conselho de Segurança e o Conselho de Direitos Humanos. Esses dois últimos adotaram resoluções que classificam o Estado Islâmico como uma entidade não estatal armada e terrorista, responsável pela prática de graves e sistemáticas violações dos direitos humanos e do direito humanitário, que exigem a responsabilização dos indivíduos que cometeram esses crimes. O Conselho de Segurança pôde ir além para, após efetuar a determinação de que o Estado Islâmico constitui uma ameaça à paz e segurança internacionais, impor um regime de sanções com esteio no cap. VII da Carta da ONU²⁶. O Conselho tem ainda a prerrogativa – até o momento não exercida – de encaminhar a situação para o Tribunal Penal Internacional²⁷ ou de autorizar o uso da força para o fim de, *e.g.*, proteger a população civil contra ameaças ou ataques do Estado Islâmico²⁸.

De acordo com o direito internacional dos direitos humanos, o Estado – e, como visto, o grupo armado de oposição que controla parte do território – deverá respeitar e garantir os direitos humanos das pessoas que se encontram em seu território e sujeitas à sua jurisdição. Na hipótese de alegadas violações dos direitos humanos, o procedimento

²⁵ Ver Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, the Representative of the Secretary-General on human rights of internally displaced persons, and the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, A/HRC/2/7, 2 October 2006, p.7, 28.

²⁶ Ver Resolution S-22/1 (2014), Human Rights Council, doc. A/HRC/RES/S-22/1; UN Security Council Resolution 2170, doc. S/RES/2170 (2014).

²⁷ Cf. Artigo 16 do Estatuto de Roma, como o fez, *e.g.*, na Resolução 1593(2005), pela qual referiu a situação em Darfur ao Tribunal.

²⁸ Com base no Cap. VII da Carta, como o fez, *e.g.*, na Resolução 1794(2007), que cuidava da situação na República Democrática do Congo.

para a determinação da responsabilidade individual ou do grupo armado como entidade deverá seguir o devido processo legal, incluindo as garantias judiciais. Se o grupo armado de oposição sair vencedor do conflito armado e se tornar o novo governo ou um novo Estado, então sua responsabilidade internacional fica absorvida pelo Estado²⁹. A punição dos membros do grupo armado ou da própria entidade seguirá as disposições da legislação nacional, mas exige-se que o ordenamento jurídico do Estado esteja adequado às obrigações estabelecidas pelos tratados de direitos humanos em vigor. O Estado ou o grupo armado – caso se torne o novo governo do Estado ou um novo Estado – deverá também prover todas as medidas administrativas, judiciais e legislativas necessárias para garantir os direitos previstos nos tratados de direitos humanos em vigor³⁰. O procedimento de responsabilização por violações dos direitos humanos deverá resultar na cessação da conduta ilícita e na satisfação da obrigação de reparar o dano causado às vítimas. Caso os remédios domésticos se mostrem insatisfatórios, as vítimas poderão acionar os mecanismos de proteção de direitos humanos estabelecidos por convenções regionais ou globais (TRINDADE, 2001, p. 299-304).

3.2. Responsabilizando grupos armados por violações do direito humanitário

O princípio da responsabilização penal de violações do direito internacional humanitário aplicado a conflitos armados internacionais é assente na doutrina e na prática desde os julgamentos de Nuremberg. No plano dos conflitos armados internos, porém, pairava uma dúvida sobre essa responsabilização, tendo em vista a ausência de dispositivo expresso no artigo 3 comum às Convenções de Genebra e no Protocolo Adicional II. Desenvolvimentos subsequentes na prática dos Estados e organizações internacionais dirimiram a questão, assegurando que indivíduos responsáveis por violações do direito humanitário em situação de conflito armado interno poderão ser responsabilizados penalmente. As evidências incluem a adoção de legislação interna por parte de Estados que tipificam como crime certas condutas violadoras do direito humanitário em conflitos armados internos; os instrumentos legais instituidores dos tribunais internacionais ou mistos, *ad hoc* ou permanentes; os *travaux préparatoires* do Estatuto de Roma; e inúmeras resoluções dos órgãos de organizações internacionais exigindo a responsabilização

²⁹ Cf. art. 10 do projeto de artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos.

³⁰ Cf. art. 2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

por crimes de guerra em conflitos armados internos (RATNER; ABRAMS; BISCHOFF, 2009, p. 3326-3417).

A mais importante evidência, contudo, é oferecida pela jurisprudência internacional. No caso *Tadic*, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia foi contestada sob o argumento de que o direito internacional humanitário – seja convencional ou costumeiro – não se aplicaria aos conflitos armados internos. O Tribunal reviu a prática e a jurisprudência internacionais para refutar tal alegação, afirmando enfaticamente que «aplicando os critérios acima às violações em questão aqui, nós não temos dúvida de que elas geram a responsabilidade criminal individual, não importando se elas são cometidas em conflitos armados internos ou internacionais»³¹.

No caso *Celibici*, julgado pelo mesmo Tribunal, os réus refinaram o argumento, arrazando que o artigo 3 comum às Convenções de Genebra havia sido deliberadamente excluído do sistema de graves violações do direito humanitário, o que afastaria a responsabilidade criminal individual³², e que o artigo 3 prescreve obrigações a serem executadas no domínio do sistema jurídico interno apenas. Primeiramente, o Tribunal fez menção, com aprovação, à conclusão alcançada no caso *Tadic* de que o direito costumeiro previa que violações do direito internacional humanitário, incluindo o artigo 3 das Convenções de Genebra, podiam sujeitar os indivíduos à responsabilização cri-

iminal. Prosseguiu o Tribunal com o argumento de que o artigo 3 claramente criminalizou as ações nele elencadas, e que o mecanismo jurisdicional de execução ou responsabilização pode ser encontrado no artigo 1 das Convenções, que impõe aos Estados partes a obrigação de implementar as obrigações decorrentes na sua ordem jurídica doméstica. No mesmo sentido, o artigo 146, parágrafo terceiro, da Convenção IV de Genebra exige dos Estados a adoção de todas as medidas necessárias à supressão de atos contrários às disposições da Convenção, mesmo que não constituam graves violações. O Tribunal finalizou seu exame com a conclusão de que a manutenção de dois regimes jurídicos distintos com base na natureza do conflito seria insustentável, haja vista que os atos são igualmente condenáveis, muitos conflitos são internos e a finalidade das normas humanitárias é a mesma³³. Nesse e em outros casos, o Tribunal julgou mais de 160 réus, muitos dos quais eram associados a grupos armados, condenando-os por violações das normas de direito humanitário atinentes a conflitos armados internos³⁴.

Se indivíduos que são membros ou associados a grupos armados de oposição podem ser responsabilizados criminalmente no plano internacional por violações do direito humanitário³⁵, o mesmo não se aplicaria ao grupo como entidade não estatal. No caso *Genocídio*,

³¹ Ver *Tadic case*, op.cit. supra n. 5, par. 129.

³² Embora o tribunal não tenha explorado essa linha de argumento, há fortes evidências de que o sistema de graves violações concorreu para a extensão da responsabilidade criminal individual para os conflitos armados internos. Como demonstra Moir, tal extensão se explicaria pela aplicação da perspectiva teleológica às Convenções de Genebra e pelo reconhecimento do desenvolvimento de uma regra costumeira sobre o assunto. Ver Lindsay Moir. *Grave Breaches and Internal Armed Conflicts*. *Journal of International Criminal Justice* 7 (2009), pp. 766, 769-784.

³³ ICTY, *Prosecutor V Zejnir Delalic, Zdravko Mucic (Aka "Pavo"), Hazim Delic And Esad Landžo (Aka "Zenga") ("Celebici Case")*, Case No.: IT-96-21-A, par. 160-172. Ver também posição concordante mantida pelo Secretário-Geral da ONU em *The Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone*, UN Doc. S/2000/915, 4 October 2000, par. 14.

³⁴ Ver, e.g., ICTY, *Case No. IT-08-91-T, Prosecutor V. Míco Stanišić and Stojan Zupljanin*, 2013, no qual os réus participaram de uma ação criminosa conjunta que envolveu diversas forças sérvias militares e paramilitares referidas na decisão do Tribunal.

³⁵ Ver *International Law Association, Committee on Non-State Actors*, 3rd Report, 2008, p. 8.

a Corte Internacional de Justiça asseverou que a Convenção que Proíbe o Genocídio³⁶ (1948) não prevê a responsabilidade criminal dos Estados, mas somente a sua responsabilidade internacional, aderindo a uma linha de precedente judicial no direito penal internacional iniciada no julgamento de Nuremberg³⁷ e espousada pela Comissão de Direito Internacional³⁸. O Estatuto de Roma (1998) é inequívoco ao estabelecer que “o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas”, excluindo, portanto, pessoas jurídicas e grupos armados. Durante a Conferência de Roma, submeteu-se uma proposta para estender a competência do Tribunal de forma a incluir pessoas jurídicas, mas ela não foi adotada³⁹. Até mesmo a responsabilidade criminal objetiva, segundo a qual integrantes de uma organização declarada criminosa seriam automaticamente condenados, somente se aplicou no julgamento de Nuremberg e não se cristalizou no direito penal internacional (GOLDSTONE; SMITH, 2009, p. 334-337).

Grupos armados de oposição, por conseguinte, não podem ser responsabilizados criminalmente no plano internacional por infringência do direito humanitário, embora a responsabilidade internacional derivada de sua conduta ilícita lhes possa ser atribuída. A

³⁶ Ver Genocide case, op.cit. supra n.17, par. 167, 170, 178.

³⁷ Ver Judgment of the International Military Tribunal, Trial of the Major War Criminals. Nuremberg, 1947, Official Documents, Vol. 1, p. 223; Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal (1950), Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II, p. 191-195.

³⁸ Ver os Comentários da Comissão ao Cap. III, Parte II do projeto de artigos sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, p. 110-112.

³⁹ Ver Volume III of the Official Records of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (Reports and other documents), Doc. A/CONF. 183/C.1/WGPP/L.5/REV. 2, p. 251-252.

Comissão de Direito Internacional aventou essa última hipótese no seu comentário ao artigo 10 do projeto de artigos, sugerindo que o movimento insurrecional possa “ele mesmo ser responsabilizado por sua própria conduta sob o direito internacional, por exemplo, por uma violação do direito internacional humanitário cometida por suas forças”⁴⁰.

De toda forma, o julgamento de indivíduos em tribunais penais internacionais, *ad hoc* ou permanentes, coloca indiretamente no banco do réu o grupo armado do qual os indivíduos eram integrantes. Por essa via indireta, a legitimidade e a influência política do grupo armado podem ser afetadas, diminuindo ou cessando o apoio recebido de Estados e organizações não governamentais, particularmente se o grupo alega estar representando um povo na sua luta por autodeterminação. Ademais, essa entidade poderá ser estimada, à luz da legislação doméstica vigente, como uma organização criminosa, e essa condição possibilitará a responsabilização penal dos membros e o seu banimento. No mínimo, a ação de tribunais penais internacionais contribuirá para o fim da impunidade, ajudará o processo de reconciliação nacional, e servirá como fator dissuasório de futuros crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Reconhece-se também o papel dos tribunais no desenvolvimento do direito penal internacional e na proteção dos mais vulneráveis nos conflitos armados internos. A noção de crimes de guerra, *e.g.*, foi expandida pela jurisprudência para incluir ofensas específicas contra as mulheres (GOLDSTONE, 1997, p. 6). No quadro mais amplo do sistema político internacional, pode-se sugerir que os tribunais penais internacionais ou mistos fun-

⁴⁰ Ver UN International Law Commission, Report on the Work of Its Fifty-Third Session (23 April–1 June and 2 July–10 August 2001), Supplement No. 10 (A/56/10), p. 52.

cionam como um instrumento do mecanismo de segurança coletiva universal e contribuem para a paz e segurança internacionais (ANDERSON, 2009, p. 353-54).

Dentre todos os tribunais internacionais ou mistos, o Tribunal Penal Internacional é o que tem o maior potencial de desenvolver uma jurisprudência sólida sobre a responsabilização internacional criminal de indivíduos integrantes de grupos armados. Isso se explica por sua permanência, sua relação de cooperação com a ONU, assim como pelo alto grau de ratificação do Estatuto de Roma. Todos os casos julgados pelo Tribunal ou em andamento envolveram, até o momento, conflitos armados internos (ou mesmo internacionalizados). Os indivíduos indiciados foram ou estão sendo julgados por crimes de guerra, crimes contra a humanidade ou crime de genocídio. O interessante é que grande parte desses indivíduos foram membros de grupos armados atuantes no território de um ou mais Estados (em ações transfronteiriças), e a maioria deles ocupou posição de liderança em um dos 11 grupos armados mencionados em denúncias perante o Tribunal⁴¹.

Como a conduta de grupos armados em um conflito armado interno é necessariamente regulada pelo direito humanitário, a eles se impõe a obrigação de respeitar e fazer cumprir as normas humanitárias aplicáveis. Embora possa haver limites concretos à capacidade dos grupos armados em fazer cumprir as normas humanitárias, a expectativa legal é que essas

⁴¹ A lista dos grupos armados inclui: o Lord's Resistance Army (Uganda); a Union des Patriotes Congolais (UPC), o Forças patriotiques pour la libération du Congo (FPLC), a Force de résistance patriotique en Ituri (FRPI), o Front des nationalistes et intégrationnistes (FNI), e o Congrès national pour la défense du peuple (da República Democrática do Congo); o Mouvement de libération du Congo (da República Centro Africana); a Militia/Janjaweed, o United Resistance Front, e o Popular Defence Force (do Sudão).

entidades irão prevenir crimes de guerra, investigar alegações e punir os responsáveis. Como visto, para evitar a ineficácia de suas disposições, o Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra estipulou as qualificações mínimas necessárias para um grupo armado de oposição poder implementá-lo. A disposição do grupo armado em cumprir o direito humanitário também parece importante, e sua manifestação poderá se dar através de uma declaração unilateral ou de um acordo especial entre as partes. Na ausência de uma estrutura judicial independente e eficaz que permita o devido processo legal e as garantias judiciais, espera-se ao menos que o grupo armado treine os membros a respeito das exigências do direito humanitário e investigue e aplique medidas disciplinares contra os responsáveis por violações de normas humanitárias. O julgamento de crimes de guerra e crimes contra a humanidade poderia ser relegado aos tribunais nacionais em exercício ou, complementarmente, aos tribunais internacionais ou mistos (LA ROSA; WUERZNER, 2008, p. 329-340).

4. Conclusão

A sociedade internacional despertou, talvez um pouco tardiamente, para os riscos que grupos armados de oposição representam para a paz e segurança internacionais, e especialmente para os direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos, minorias e comunidades. Os esforços envidados para a codificação e desenvolvimento progressivo das seções do direito internacional que regulam a conduta dos grupos armados em situações de conflito armado já alcançaram resultados promissores. Ao lado desse desenvolvimento normativo, mecanismos institucionais e procedimentais estão sendo desenvolvidos e fortalecidos para

aumentar a eficácia das normas internacionais na consecução do objetivo último, qual seja, a humanização do conflito armado. Ainda resta, porém, algumas áreas passíveis de aprimoramento, como uma harmonização maior entre conceitos e uma melhor coordenação entre os procedimentos de supervisão e responsabilização oriundos dos direitos humanos e do direito internacional humanitário. No plano operacional, a atenção se volta agora para o estudo de procedimentos e políticas que possam assegurar a adesão de grupos armados às normas internacionais dos direitos humanos e do direito humanitário, bem como o seu compromisso em disseminá-las, respeitá-las e fazer com que sejam cumpridas. O maior obstáculo nessa caminhada é a superação dos interesses políticos de muitos Estados, que ainda consideram grupos armados como úteis instrumentos de sua política externa.

Sobre o autor

Ielbo Marcus Lobo de Souza é professor adjunto na Universidade Federal da Paraíba, PhD em Direito Internacional (University of London), Senior Research Fellow, Centre for Defence and Security Studies (University of Manitoba).
email: ielbo7@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁴²

THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF ARMED GROUPS OF OPPOSITION.

ABSTRACT: This study examines the international responsibility of armed groups of opposition, in particular the legal regime created to make these entities accountable for their violations of international norms applicable to armed conflicts of a non-international character. It surveys and analyses the response of the international society to atrocities committed by armed groups, namely, the development of a legal framework which regulates the conduct of armed groups in situations of armed conflict. The study identifies, however, some areas in need of further development, such as a growing harmonization among certain legal concepts and a better coordination between the procedures of supervision and accountability originating from human rights law and international humanitarian law.

KEYWORDS: ARMED GROUP. ARMED CONFLICT. INTERNATIONAL RESPONSIBILITY. INTERNATIONAL LAW. HUMAN RIGHTS. HUMANITARIAN LAW.

⁴² Sem revisão do editor.

Referências

ABRESCH, William. A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya. *The European Journal of International Law*, Firenze, v. 16, n. 4, p. 741-767, 2005.

ANDERSON, Kenneth. The Rise of International Criminal Law: Intended and Unintended Consequences. *The European Journal of International Law*, Firenze, v. 20, n. 2, p. 331-358, 2009.

ANDREOPOULOS, George. On the Accountability of Non-State Armed Groups . In: _____; ARAT, Zehra F. Kabasakal; JUVILER, Peter (Ed.). *Non-State Actors in the Human Rights Universe*. Boulder: Kumarian Press, 2006.

BIRKLAND, Berglind. Reining In Non-State Actors: State Responsibility And Attribution In Cases Of Genocide. *New York University Law Review*, New York, v. 84, p. 1623-1655, 2009.

CLAPHAM, Andrew. Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations. *International Review of the Red Cross*, Geneva, v. 88, n. 863, p. 491-523, 2006.

GOLDSTONE, Richard J. Assessing the Work of the United Nations War Crimes Tribunal. *Stanford Journal of International Law*, Stanford, v. 33, n. 1, p. 1-8, winter 1997.

GOLDSTONE, Richard J.; SMITH, Adam M. *International Judicial Institutions*. Oxford: Routledge, 2009.

HENCKAERTS, Jean-Marie; DOSWALD-BECK, Louise; ALVERMANN, Carolin (Ed.). *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2005. v. 1: rules.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (ICRC). *Convention [III] relative to the Treatment of Prisoners of War*. Geneva, 12 August 1949.

_____. *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts* [Protocol I], 8 June 1977a.

_____. *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts* [Protocol II], 8 June 1977.

JENNINGS, Robert; WATTS, Arthur (Ed.). *Oppenheim's International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011. v.1: peace.

LA ROSA, Anne-Marie; WUERZNER, Carolin. Armed groups, sanctions and the implementation of international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*, Geneva, v. 90, n. 870, p. 327-341, 2008.

LOTTA, Harbom; WALLENSTEEN, Peter. Armed Conflict, 1989-2006. *Journal of Peace Research*, London, v. 44, n. 5, p. 623-634, 2007.

LUBELL, Noam. Challenges in applying human rights law to armed conflict. *International Review of the Red Cross*, Geneva, v. 87, n. 860, p. 737-754, 2005.

MERON, Theodor. The Humanization of Humanitarian Law. *American Journal of International Law*, Washington, v. 94, n. 2, p. 239-278, 2000.

MOIR, Lindsay. Grave Breaches and Internal Armed Conflicts. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v. 7, p. 763-787, 2009.

RATNER, Steven; ABRAMS, Jason; BISCHOFF, James. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SANDOZ, Yves et al. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva/USA: Martinus Nijhoff/Kluwer Academic Publishers, 1987. Disponível em: <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Commentary_GC_Protocols.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2015.

TRINDADE, Antonio A. Cançado. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. Santiago: Ed. Jurídica, 2001.

ZEGVELD, Liesbeth. *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2002.

Controle das empresas semiestatais

MURILLO GIORDAN SANTOS

Resumo: O objetivo deste artigo é identificar os meios de controle incidentes sobre as denominadas empresas semiestatais. Para tanto, analisa o conceito, a evolução histórica e as finalidades dessa espécie empresarial. O uso do método indutivo foi utilizado para obter o seu conceito a partir das leis que autorizaram a sua criação. Do mesmo modo, a interpretação histórico-evolutiva foi utilizada para a compreensão desse fenômeno. Como resultado, o estudo aponta meios de controle próprios, que conjugam a efetividade dessa forma de atuação empresarial com a necessidade de se evitar abusos.

Palavras-chave: Empresa semiestatal. Controle da Administração Pública. Licitação. Empresa estatal. Contratação direta.

1. Introdução

O objetivo deste estudo é identificar os meios de controle incidentes sobre as denominadas empresas semiestatais. Para tanto, busca-se o conceito dessa espécie empresarial dentro do contexto histórico e econômico em que elas vêm sendo criadas, bem como o escopo dessa criação. Isso porque a abordagem histórica e teleológica é imprescindível para a compreensão desse fenômeno e de suas formas de controle.

Entendem-se por semiestatais as empresas das quais o Estado detém parcela minoritária do capital votante, ou seja, são empresas controladas pela iniciativa privada em que o Estado participa do capital social. A participação minoritária do Poder Público não transforma essas empresas em estatais, pois, para tanto, seria necessária a detenção da maioria do seu capital social votante. Portanto, as empresas semiestatais são empresas privadas e não integram a Administração Pública.

Esse fenômeno leva a consequências jurídicas próprias que não estão presentes nas empresas privadas nem nas empresas estatais e que

Recebido em 5/2/15
Aprovado em 26/2/15

implicam peculiaridades nas formas de controle estatal incidentes sobre essas empresas.

Será de grande valia a interpretação histórico-evolutiva do conceito que considerará o contexto de reforma do Estado e de parcerias entre o Poder Público e os particulares em que elas foram criadas. Da mesma forma, o uso do método indutivo será de grande utilidade para conceituá-las a partir das leis que autorizaram a participação minoritária de empresas estatais no capital social de empresas privadas.

Por serem entidades privadas que não integram a Administração Pública, o controle incidente sobre elas não poderia ser exercido pelos mesmos meios aplicáveis aos órgãos e às entidades estatais. Desse modo, este estudo identifica uma forma de controle indireto, por meio do controle do vínculo jurídico estabelecido entre as semiestatais e as respectivas empresas estatais parceiras. Naturalmente, a gestão dessas entidades privadas e as suas relações com outras pessoas jurídicas escapam desse tipo de controle estatal e dos objetivos deste ensaio.

O escopo desse controle, como será visto adiante, também deve ser definido com base no contexto e no objetivo da criação das semiestatais, o que leva à preferência por um controle de resultados e de eficiência.

Ao mesmo tempo, este estudo atenta para a preocupação de parte da doutrina quanto aos possíveis abusos que essas parcerias entre empresas estatais e empresas privadas podem gerar, em especial quanto à possível contratação direta das empresas semiestatais pelas empresas estatais.

Acredita-se que os meios de controle adiante abordados podem desempenhar papel relevante para evitar essa preocupação.

2. Empresas semiestatais

O termo *empresas semiestatais* refere-se às empresas controladas pela iniciativa privada em que o Estado detém participação societária relevante (SUNDFELD; SOUZA; PINTO, 2011). São empresas comerciais privadas com participação estatal minoritária, direta ou indireta, com o objetivo de realizar finalidades públicas (ARAGÃO, 2009).

Na verdade, não existe uma terminologia única para esse fenômeno empresarial devido à inexistência de um regramento legal específico sobre o assunto. Por essa razão, encontra-se uma variedade de expressões doutrinárias para se referir a essa espécie empresarial: *empresas público-privadas* (ARAGÃO, 2009), *empresas controladas pelo Poder Público* ou simplesmente de *empresas em que o Estado detém participação minoritária no capital social*. Este estudo utilizará o termo *semiestatais*.

Como será visto adiante, diversas são as formas e as razões para a participação estatal em empresas privadas.

No Brasil, essas empresas foram engendradas na esteira da reforma estatal promovida a partir da década de 1990, momento em que foi introduzido neste país um modelo de Estado gerencial com vistas à eficiência administrativa.

Essa reforma foi efetivada por meio de duas vertentes: a primeira relativa às parcerias promovidas pelo Estado com a iniciativa privada; e a segunda relativa à privatização de empresas estatais.

Como bem observa Alexandre Santos de Aragão (2009), as parcerias entre o Estado e a iniciativa privada adquiriram um significado tão amplo e abrangente de instrumentos negociais diversos – como as concessões tradicionais, permissões, acordos de programa, subsídios empresariais, convênios com entidades do Terceiro Setor, franquias etc. – que a sua conceituação tornou-se quase impossível. Nesse sentido, esse autor identifica a participação do Estado como acionista em empresas privadas como uma modalidade de parceria público-privada *lato sensu* (ARAGÃO, 2009).

Já a privatização das empresas estatais ocorreu por meio da alienação do capital social dessas empresas à iniciativa privada, o que fez com que o Estado tenha deixado de possuir o controle dessas entidades.

Esse fenômeno, no entanto, não fez desaparecer a atuação empresarial do Poder Público. Ao contrário, as empresas estatais continuam desempenhando papel significativo na economia brasileira¹, agora em regime de competi-

ção com a iniciativa privada, o que aumenta a necessidade de uma atuação mais eficiente em um cenário competitivo.

Ao mesmo tempo, a adoção de um perfil gerencial por parte do Estado levou à utilização de mecanismos privados de gestão da Administração Pública, também como meio de alcançar a eficiência. Entre eles, a aquisição minoritária de ações de empresas privadas.

A atuação empresarial por parte do Estado inevitavelmente sofreu os reflexos dessas mudanças, ocasião em que se passou a buscar uma maior flexibilização da gestão das empresas estatais, mediante a adoção de instrumento de atuação empresarial como fusões, *joint ventures*, acordos de acionistas, contratos de gestão, propriedades cruzadas, grupos societários (MARQUES NETO, 2010), *golden shares* e a aquisição de participação minoritária no capital social votante de empresas privadas por parte de empresas estatais.

Dentre essas novas formas de atuação empresarial por parte do Estado, interessa a este estudo a participação minoritária, mas relevante, por parte do Estado em companhias privadas, ou seja, aquilo que se denomina, neste estudo, de empresas semiestatais.

Como dito anteriormente, não há regramento legal pormenorizado sobre esse modo de atuação empresarial do Estado. Na verdade, o conceito de empresa semiestatal é construído por oposição ao conceito de sociedade de economia mista delineado pelo art. 5º, III, do Decreto-Lei nº 200/67², do qual se infere que são estatais as empresas em que a maioria das ações com direito a voto pertencem ao Poder Público.

¹ Bernardo Strobel Guimarães cita uma série de dados sobre a participação da União em empresas estatais, como a ampliação dos setores de atuação e o investimento de R\$ 81,5 bilhões no setor produtivo por parte dessas empresas no ano de 2010. Ele ainda chama a atenção para a atuação das estatais nos serviços públicos e a sua relevância em Estados e Municípios (GUIMARÃES, 2013).

² “III – Sociedade de Economia Mista – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou à entidade da Administração Indireta” (BRASIL, 1967).

Portanto, se a participação do Estado não lhe confere a maioria do capital social votante, a empresa não será estatal, mas semiestatal em razão da participação relevante do Poder Público em seu capital social e de sua relevante estratégia de atuação na economia (SUNDFELD; SOUZA; PINTO, 2011)³.

A principal consequência dessa distinção repousa na diferença de regime jurídico aplicável às empresas semiestatais. Ora, se elas não são estatais nem integram a Administração Indireta, não há que se falar em aplicação do regime jurídico de direito público a elas, *v. g.*, a prestação de contas aos órgãos de controle, a realização de licitação e de concurso público para admissão de pessoal⁴.

Por essa razão, os controles sobre a participação do Estado nessas companhias também sofrerão temperamentos e adequações em razão do regime jurídico aplicável a elas, tal como será tratado adiante.

Além disso, esse controle também sofrerá a influência dos objetivos que permeiam a participação estatal em empresas privadas.

Esses objetivos, por sua vez, podem ser buscados, de maneira indutiva, nas leis que autorizaram empresas federais a adquirirem participação em empresas privadas, o que também contribuirá para a conceituação dessas empresas.

Conforme estabelece o art. 37, XX, da Constituição Federal, a participação de empresa pública em empresa privada depende de autorização legislativa em cada caso. No âmbito federal, podem ser citadas as seguintes empresas estatais que possuem leis autorizativas de participação estatal em empresas privadas: Banco do Brasil S.A. – BB; Caixa Econômica Federal – CEF; Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás; Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT; e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.

O art. 2º da Lei nº 11.908/2009 possibilita que o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por meio de suas subsidiárias, venham a adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e outras atividades bancá-

³A questão também poderia ser analisada sob o enfoque do controle da companhia. Ainda que o Estado detenha a maioria do capital votante, a empresa poderia ser controlada por particulares detentores de parcelas minoritárias do capital votante, caso houvesse acordo de acionistas nesse sentido. Nesse caso, em relação à gestão, o Estado seria equiparado a um acionista minoritário. No entanto, esses acordos de acionistas não têm o condão de alterar o regime jurídico aplicável a essa espécie de empresa, pois elas permanecerão públicas de acordo com o disposto no art. 5º, III, do Decreto-Lei nº 200/67. Por essa razão, eles não serão objeto de análise deste estudo.

⁴O Tribunal de Contas da União utiliza o critério da participação majoritária no capital social para definir a sua competência controladora sobre as subsidiárias das sociedades de economia mista. Ver Acórdão do TCU nº 1.335 (BRASIL, 2004).

rias previstas em lei, além dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro, com ou sem o controle do capital social.

Segundo Carlos Ari Sundfeld, Rodrigo Pagani de Souza e Henrique Mota Pinto, essa lei não autorizou apenas que os referidos bancos públicos fizessem simples investimentos que se mostrassem interessantes. Ela foi além e permitiu a constituição de novas formas societárias para o desenvolvimento dos seus objetos sociais, inclusive por meio da participação minoritária em empresas privadas, formando semiestatais. Acrescentam os autores que as empresas privadas que recebem a participação estatal, além de se tornarem sócias dessas empresas estatais, também passam a ser instrumentos de sua atuação empresarial (SUNDFELD; SOUZA; PINTO, 2011).

Desse modo, o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal podem constituir empresas semiestatais para atuar em duas espécies de atividades: a) desenvolver atividades financeiras e afins, como atuar nos ramos securitário, previdenciário e de capitalização; e b) desenvolver atividades complementares às do setor financeiro, como o transporte de valores. Em suma, firmam essas parcerias para buscar melhor desempenho nas atividades ligadas aos seus fins estatutários.

De modo mais singelo, o art. 64 da Lei nº 9.478/97 autoriza a Petrobrás a constituir subsidiárias que, por sua vez, poderão se associar majoritariamente ou minoritariamente a outras empresas para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social.

Essa associação minoritária com outras empresas implica justamente a constituição de uma empresa semiestatal. A lei prevê de forma expressa que o objetivo dessa parceria é desenvolver atividades ligadas aos fins estatutários da Petrobrás.

No caso dos Correios, a Lei nº 12.490/2011 deu nova redação ao art. 1º do Decreto-Lei nº 509/69, que em seu § 3º, II, passou a prever a possibilidade de aquisição do controle ou da participação acionária em empresas já estabelecidas. O parágrafo único do art. 2º do referido Decreto-Lei, também alterado pela Lei nº 12.490/2011, define que o objetivo dessa participação é *firmar parcerias comerciais que agreguem valor à sua marca e proporcionem maior eficiência de sua infraestrutura, especialmente de sua rede de atendimento*.

Ao comentar essa alteração promovida no Decreto-Lei nº 509/69, Claudia Elena Bonelli, Carolina Caiado Lima Rodrigues e Tháisa Toledo Longo destacam a evolução da legislação que autorizou a participação de empresas estatais na constituição de semiestatais. Elas também chamam a atenção para a atuação das semiestatais como *longa manus* das empresas estatais com o objetivo de melhorar o desempenho das atividades compreendidas em seu objeto social, como também de firmar parcerias

com empresas privadas que reforcem sua atuação no mercado e agreguem valor à sua marca (BONELLI; RODRIGUES; LONGO, 2014).

Já o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social tem como objetivo primordial *apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País*⁵. Para o cumprimento dessas atribuições, constituiu a BNDESPAR, na forma de subsidiária integral, cujo estatuto lhe confere o poder de subscrever e integralizar ações preferencialmente em proporção minoritária⁶.

Ou seja, a BNDESPAR possui a incumbência de adquirir participação minoritária no capital de empresas privadas com o objetivo de promover os fins estatutários de sua entidade controladora, que é o incentivo de ações relativas ao desenvolvimento econômico e social do país. Nesse caso, a criação de empresas semiestatais tem como propósito desempenhar a atividade administrativa de fomento⁷. Portanto, também aqui se nota que a aquisição da participação minoritária visa ao desenvolvimento do objeto social da entidade estatal investidora.

⁵ Segundo o art. 3º do Estatuto do BNDES: “O BNDES é o principal instrumento de execução da política de investimento do Governo Federal e tem por objetivo primordial apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País” (BRASIL, 2002).

⁶ O art. 5º do estatuto da BNDESPAR lhe assegura os seguintes modos de atuação: “I – subscrição e integralização de valores mobiliários e, em se tratando de ações, preferencialmente em proporções minoritárias; II – garantia de subscrição de ações ou de debêntures conversíveis em ações ou de bônus de subscrição; III – aquisição e venda de valores mobiliários no mercado secundário; e IV – outras formas de colaboração compatíveis com o objeto social da BNDESPAR” (BNDES, 2002).

⁷ Pesquisa desenvolvida por Sérgio G. Lazzarini e Aldo Musacchio sobre os efeitos da participação estatal minoritária em companhias privadas, cujo modelo de aquisição o BNDES iniciou na década de 1970, antes mesmo da constituição da BNDESPAR. Nas décadas de 1960 e 1970, o BNDES se tornou proprietário de participações minoritárias em empresas privadas em razão do inadimplimento dos empréstimos ou de planos de recuperação (LAZZARINI; MUSACCHIO, 2010).

Convém notar, contudo, que, no caso do BNDES, a participação acionária minoritária não busca necessariamente uma atuação empresarial conjunta com a empresa privada. Ainda assim, haverá a realização de uma parceria para fomentar a empresa favorecida, o que é uma forma de incentivar o desenvolvimento econômico e social do país.

Os pesquisadores Sérgio G. Lazzarini e Aldo Musacchio destacam que o BNDES não seleciona aleatoriamente as empresas que receberão investimentos. Recentemente, a política industrial brasileira tem usado o crédito e a participação estatal acionária para criar “campeões nacionais” (LAZZARINI; MUSACCHIO, 2010).

Desse modo, identificamos dois objetivos primordiais na criação de semiestatais: o desenvolvimento de atividades ligadas ao objeto social das empresas estatais e o fomento de empresas privadas⁸.

Do exposto, podem ser apontadas as seguintes conclusões parciais:

- As leis abordadas possibilitam a utilização de um instituto de Direito Privado (participação societária minoritária) para o atendimento dos fins públicos que justificaram a criação dessas empresas semiestatais;
- As hipóteses legais de participação estatal em empresas privadas não são feitas de forma direta, mas indireta, ou seja, por meio de empresas estatais;
- A participação estatal minoritária não traria qualquer proveito efetivo ao interesse público se as empresas dela resultantes não

⁸ Alexandre Santos de Aragão, por sua vez, identifica três objetivos na participação do Estado em empresas privadas de forma minoritária: a) fomento; b) aumento da eficiência das atividades-fim de suas empresas estatais; e c) direcionamento das atividades de uma empresa privada (que pode ser uma concessionária de serviço público), por meio da celebração de acordo de acionistas ou da detenção de *golden shares* (ARAGÃO, 2009).

pudessem ser contratadas diretamente pelo Estado e com ele firmar parcerias para o desenvolvimento de fins públicos, já que esse é o objetivo da constituição das semiestatais.

No entanto, o desenvolvimento dessa espécie de contratação e dessas parcerias requer alguns cuidados, sob pena de colocar em risco alguns princípios basilares do regime republicano. Acreditamos que a tipologia de controle para as semiestatais que será proposta adiante é útil para atenuar satisfatoriamente esses perigos.

3. Controle das empresas semiestatais

3.1. Tipologia do controle incidente sobre as empresas semiestatais

Neste tópico, serão brevemente apresentados os tipos de controle sobre a Administração Pública que se relacionam com as empresas semiestatais. Naturalmente, seria desnecessário para o objetivo proposto abordar todos os tipos de controle existentes. Acredita-se que as formas de controle adiante tratadas são suficientes para demonstrar os aspectos controláveis das relações jurídicas mantidas entre as empresas estatais e as empresas semiestatais.

O tipo de controle administrativo abordado pelo estudo tomará como base o processo de formação das semiestatais, desde a autorização legislativa até a análise dos atos decorrentes da parceria formada entre elas e as suas criadoras. Daí, a adoção de um critério temporal para a classificação do tipo de controle⁹.

⁹Odete Medauar (2014, p. 38/41), ao se referir às tipologias de controle, menciona a classificação do jurista uruguaio Jorge Silva Censio que, entre outros critérios, considera o controle quanto ao momento em que ele é exercido (preventivo, concomitante e *a posteriori*). A autora ainda menciona a tipologia do italiano Massimo Severo Gianini, que também utiliza o critério temporal como um dos

Verificar-se-á que o controle das empresas semiestatais é efetuado de forma indireta, já que elas são empresas privadas que não integram a Administração Pública. O que ocorre é o controle direto das empresas estatais em relação à contratação e às parcerias mantidas com as empresas semiestatais, o que permitirá o controle indireto destas últimas.

Talvez a única forma possível de controle direto das semiestatais venha a ocorrer por meio da participação de representantes da Administração Pública nos órgãos sociais dessas empresas, normalmente estruturadas sob a forma de sociedade anônima.

A forma de controle indireto estruturada para a atividade das semiestatais levará inexoravelmente a um controle de resultados, já que não haverá espaço e sentido para um controle formal.

3.2. A dificuldade para a criação de parâmetros de controle

Os parâmetros para o controle das empresas semiestatais ainda necessitam de construção¹⁰. Isso porque se trata de fenômeno recente, decorrente do novo modelo de Estado, de perfil gerencial, que fez com que as empresas estatais passassem por um redimensionamento de sua atuação, que ocorreu por meio de dois processos: a) privatização – venda do controle das empresas estatais; e b) incremento de

parâmetros de sua aceção de controle, dividindo-o quanto a esse aspecto em preventivo, simultâneo e sucessivo. A tipologia adotada pela autora também inclui o critério temporal, por ela denominado de *momento do exercício do controle*, dividido em: 1. Controle prévio – antes da eficácia do ato; 2. Controle concomitante – durante a realização do ato ou a adoção da medida; e 3. Controle sucessivo – após a edição do ato ou da tomada da decisão.

¹⁰Segundo Odete Medauar, o controle sobre a Administração Pública e seus agentes tem o sentido de verificação da conformidade de uma atuação a determinados cânones, ou seja, deve haver um modelo ou *standard* para servir de medida à comparação (MEDAUAR, 2014).

atuação e flexibilização da gestão de empresas estatais, mediante a adoção de instrumento de atuação empresarial como fusões, *joint ventures*, acordos de acionistas, contratos de gestão, propriedades cruzadas e grupos societários (MARQUES NETO, 2010), ou seja, também por meio de empresas semiestatais.

A criação dos parâmetros de controle para essas formas de associação empresarial deve considerar esse cenário. Diante dessa realidade, aliada à ideia de empresas estatais competitivas, é que Floriano de Azevedo Marques Neto propugna um sistema de controle modulado, de modo que ele não passe a ser entrave ao incremento de atuação das estatais e à flexibilização de sua gestão, para que elas de fato consigam ser competitivas no mercado (MARQUES NETO, 2010).

Para tanto, devem ser conjugados mecanismos de controles formal e material, com prevalência para este último, assim entendido como aquele que se volta a aferir o resultado de um ato ou uma ação administrativa. Podem ser citados como exemplos de controle material da ação administrativa: verificação da efetividade de uma política pública e economicidade das contratações administrativas pelas Cortes de Contas.

A utilização desses parâmetros de controle para a verificação da atuação das empresas semiestatais deve considerar a sua natureza jurídica e o escopo de sua criação.

Desse modo, a sua natureza jurídica de ente com personalidade jurídica de direito privado não integrante da Administração Pública impede que elas sofram um controle direto com base nesses parâmetros. Na verdade, eles devem guiar o controle das empresas estatais, servindo como ponto de referência para a verificação da eficiência e da pertinência do vínculo que elas mantêm com as semiestatais para o atendimento de seu objeto social. Por-

tanto, haveria um controle indireto sobre as semiestatais com base nesses parâmetros. Mais adiante, discorrer-se-á sobre o funcionamento desse controle indireto.

Acrescenta-se que o TCU controla somente as empresas de que o Estado participe majoritariamente do capital social¹¹. *A contrario sensu*, não haveria prestação de contas pelas empresas de cujo capital social o Estado participa minoritariamente.

Os escopos que justificam a criação dessas entidades levam à mesma constatação. Ora, se se busca o aumento da eficiência das empresas estatais, não faria sentido elaborar parâmetros para um controle direto das semiestatais. Tampouco faria sentido privilegiar um controle de forma em vez de um controle de resultados e de eficiência.

3.3. Controle prévio

Esse tipo de controle poderia ocorrer antes da participação acionária do Poder Público na empresa privada de forma minoritária, ou seja, esse controle incidiria sobre a decisão do Estado em adquirir ações de determinada empresa privada. Como visto acima, essa participação, de acordo com o postulado na Constituição Federal, somente pode ser feita se precedida de autorização legislativa (Art. 37, XX).

Ocorre que tal controle só seria efetivo se o consentimento legislativo fosse realizado caso a caso, o que implicaria manifestação do Congresso Nacional toda vez que uma empresa pú-

¹¹ “6. Dessume-se dos dispositivos, decisões e posições doutrinárias citados, que as limitações constitucionais previstas relativamente às empresas públicas e às sociedades de economia mista também são aplicáveis a suas subsidiárias. Como se verifica na própria Constituição, não faria sentido o Estado exercer controles sobre suas empresas públicas e mistas e não fazer o mesmo com as subsidiárias ou empresas de que participe majoritariamente do capital social, sob pena de infringência aos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública” (BRASIL, 2004).

blica resolvesse adquirir participação em empresa privada. Dessa forma, seria possível aferir de forma transparente a utilidade pública buscada com o investimento pretendido, o que poderia evitar acordos escusos e malversação.

Ocorre que a manifestação casuística e prévia do Parlamento a cada uma dessas operações inviabilizaria a própria atividade de investimento, pois implicaria inevitavelmente atraso da medida a ser tomada, o que é incompatível com o ambiente competitivo em que essas operações estão inseridas. Conforme esposado anteriormente, a atuação das estatais e a constituição de empresas semiestatais exige flexibilização da forma jurídica de atuação.

Além disso, como bem assevera Bernardo Strobel Guimarães, a lei exigida pela Constituição para a participação estatal em outras sociedades não necessita ser específica para cada caso, bastando que haja uma autorização genérica para que as empresas estatais possam decidir a respeito. Ele fundamenta a sua opinião na decisão proferida pelo STF no julgamento da ADI 1.649/2004, ocasião em que a Corte Suprema decidiu pela desnecessidade de autorização específica, permitindo autorizações genéricas (GUIMARÃES, 2013).

De fato, todas as leis analisadas anteriormente sobre a participação de empresas públicas federais no capital social de empresas privadas contêm autorizações genéricas a esse respeito, o que está de acordo com a jurisprudência do STF e com as boas técnicas de atuação empresarial num cenário de competição e eficiência.

Desse modo, a autorização legislativa prévia e específica para o investimento de empresas públicas e suas subsidiárias em empresas privadas não se mostra apta como meio de controle prévio.

Ainda seria possível cogitar, no que se refere à possibilidade de controle prévio das em-

presas semiestatais, da aplicação do art. 165, § 5º, II, da Constituição Federal, que inclui na lei orçamentária anual *o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto*. No entanto, entendemos que esse mecanismo também não possui aptidão de possibilitar controlar previamente a criação de empresas semiestatais, já que a esse orçamento é impossível antever as participações societárias futuras, o que só poderá ser definido pela dinâmica de mercado. Além disso, engessaria a atuação das empresas estatais de modo incompatível com os seus fins e com o contexto econômico atual.

3.4. Controle concomitante

No direito brasileiro, o controle das entidades da Administração Indireta pela Administração Direta é feito por meio da supervisão ministerial, consoante previsão normativa do Decreto-lei nº 200/67.

De acordo com esse normativo, todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente. A supervisão ministerial será exercida por meio da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos e entidades subordinados ou vinculados ao respectivo Ministério supervisor (Arts. 19 e 20).

Nota-se, portanto, que o controle normalmente utilizado pela Administração Direta para o controle da Administração Indireta não se aplica às empresas semiestatais, eis que elas não integram a Administração Pública conforme demonstrado anteriormente.

Desse modo, a supervisão ministerial não poderia ser utilizada para o controle das entidades semiestatais, ao menos não diretamente.

Isso porque a alínea “b” do parágrafo único do art. 26 do Decreto-lei nº 200/67 prevê como

um dos instrumentos da supervisão ministerial a designação, pelo Ministro de Estado, *dos representantes do Governo Federal nas Assembleias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade*.

Como consequência, a mesma prerrogativa poderia ser exercida em relação às empresas semiestatais. Ora, se a empresa estatal dispõe de ações dessa empresa privada, poderá, nos termos do art. 140 da Lei nº 6.404/76, indicar membros do Conselho de Administração, já que elas estão invariavelmente estruturadas sob a forma de sociedades anônimas.

A participação de representantes das empresas estatais acionistas ou mesmo de representantes da Administração Direta no Conselho de Administração e nos demais órgãos deliberativos e de controle das semiestatais pode propiciar o desempenho de atividades próprias da supervisão ministerial, assegurando os objetivos previstos pelo art. 26 do Decreto-lei nº 200/67:

“I) a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade; II) a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade¹²; III) a eficiência administrativa; e IV) a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade”.

Aliás, convém notar que o assento de representantes da Administração Pública nos órgãos de governança corporativa das semiestatais parece gozar de maior estabilidade em relação à nomeação dos dirigentes das entida-

¹²No caso das empresas semiestatais, *a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade* deve ser adaptada/substituída pelo cumprimento do eventual acordo de acionistas existentes, já que essas empresas, por serem privadas e não integrarem a Administração Pública, visam necessariamente ao lucro e não se vinculam *lato sensu* ao planejamento estatal, que é meramente indicativo para o setor privado (art. 174 da Constituição Federal).

des da Administração Indireta pela Administração Direta, visto que estes últimos estão sujeitos a ingerências políticas que colocam em risco a sua permanência no cargo e afetam a independência de sua atuação. Tal crítica não se aplica evidentemente àquelas entidades que gozam de regime jurídico especial, o que implica maior estabilidade de seus dirigentes.

Com isso, haveria uma forma de controle indireto da atividade das empresas semiestatais pela Administração Pública, seja ela direta seja indireta.

O art. 52 do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal pretende que o controle das empresas estatais, a que se refere o § 1º do art. 173 da Constituição, seja *feito preferencialmente por suas instâncias de governança corporativa, observadas as peculiaridades decorrentes da necessidade de concorrência com empresas privadas*.

Solução semelhante é comungada por Mário Engler Pinto Júnior em relação às próprias empresas estatais. Segundo esse estudioso, a supervisão ministerial (ou tutela administrativa), com relação às empresas estatais, não reúne as condições necessárias para assegurar a atuação coordenada dessas entidades administrativas, possuindo baixa efetividade institucional (PINTO JÚNIOR, 2009).

As razões dessa insuficiência são resumidas pelo autor da seguinte maneira: (i) ausência de clareza dos objetivos atribuídos às empresas supervisionadas; (ii) recursos humanos limitados para exercício da atividade supervisora; (iii) falta de unidade de direção e duplicação dos mecanismos de controle, em razão da existência de assessorias e órgãos colegiados com funções superpostas; (iv) preocupação prioritária com o controle de meios, em detrimento do controle finalístico; (v) isolamento da supervisão ministerial em relação ao ambiente em que se desenvolve a atividade empresarial;

e (vi) dificuldade de enquadramento das grandes empresas, na medida em que seus dirigentes articulam-se diretamente com o Chefe do Executivo (PINTO JÚNIOR, 2009).

Por esses motivos, é que Pinto Júnior (2009) propugna, considerando o contexto econômico atual¹³, que o direcionamento das atividades exercidas pelas empresas estatais passe a privilegiar as estruturas internas de governança, em especial o Conselho de Administração, que passaria a funcionar como um *locus privilegiado da interlocução entre autoridades governamentais e gestores sociais*.

Acreditamos que a mesma lógica deve ser aplicada às empresas semiestatais, com a agravante de que os meios de exercício da supervisão ministerial não lhe são aplicáveis, já que elas não integram a Administração Pública.

Esse meio de controle certamente destacará o controle de eficiência, tanto por questão de coerência com os objetivos que dirigem a instituição de parcerias com as empresas semiestatais, como em razão dos limites desse meio de controle.

Naturalmente, não caberá aos representantes do Poder Público, nos órgãos de governança das semiestatais, a verificação de pormenores dos gastos realizados como a regularidade fiscal dos contratados e a exigência de demonstração de experiência prévia. Caberá a eles verificar o cumprimento do acordo de acionistas eventualmente estabelecido e o atendimento às metas determinadas, o que redundará diretamente no controle da eficiência de atuação dessas empresas em relação aos ob-

jetivos que justificaram a parceria e os investimentos estatais.

Além disso, o fato de as semiestatais lançarem ações em bolsa de valores e em mercado de balcão leva a padrões mais elevados de transparência e divulgação, possibilitando maior controle de suas atividades. Por essa mesma razão, haverá monitoramento constante dos agentes de mercado, o que constituirá mais um canal de controle das atividades de seus administradores. Além disso, permitirá ao Estado o conhecimento de eventuais desvios de conduta e consciência dos fatores de risco a tomada de inerentes aos negócios sociais. A pressão por resultados, diante da existência simultânea de investidores privados, também constituirá instrumento de estímulo à eficiência operacional (PINTO JÚNIOR, 2009).

Cabe ainda salientar que é da gênese do controle das entidades da Administração Indireta no direito brasileiro a observância da eficiência, tal como dispõe o art. 26, III, do Decreto-lei nº 200/67. Certamente, e com maior razão, tal preceito também deverá ser replicado no controle das empresas semiestatais, o que ajuda a consagrar a necessidade de um controle de resultados sobre elas.

Dessa maneira, visualizamos um controle concomitante das atividades das empresas semiestatais por meio da participação de representantes da Administração Pública em seus órgãos de governança corporativa.

3.5. Controle posterior

O controle posterior seria exercido após a constituição da empresa semiestatal, ou seja, após a aquisição do capital social da empresa privada pela empresa estatal. Nesse caso, podem ser identificados três tipos de controle posterior: a) controle sobre a legalidade do processo de participação da empresa estatal na

¹³No que se refere ao contexto atual, convém transcrever o entendimento do autor: "Com o arrefecimento da onda de privatizações, ganhou destaque a proposta de fortalecimento da governança corporativa das empresas estatais. Prova disso está na mudança do foco das políticas institucionais recomendadas pelos organismos multilaterais, cuja ênfase deixou de ser a estrutura da propriedade acionária, para recair na aplicação das chamadas boas práticas de governança" (PINTO JÚNIOR, 2009).

empresa privada; b) controle das contratações a serem estabelecidas entre a empresa estatal e a semiestatal a ela vinculada; e c) controle sobre as operações decorrentes do vínculo estabelecido entre a empresa estatal e a empresa semiestatal, o que se confundiria com a própria atuação da semiestatal.

Cada uma dessas espécies de controle posterior será abordada separadamente.

3.5.1. O controle da aquisição da participação estatal em empresa semiestatal

Devido à inviabilidade de um controle prévio sobre a aquisição de participação acionária pelo Estado em empresa privada, resta o controle posterior desse processo. Cabe, portanto, aos órgãos de controle verificar se o processo de aquisição atendeu aos preceitos constitucionais: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Tradicionalmente, o modo de aferição do atendimento desses preceitos no direito brasileiro ocorre por meio da observância do processo licitatório. No entanto, parece claro que ele não pode ser exigido para a seleção da empresa privada que receberá o investimento estatal, tornando-a, desse modo, uma empresa semiestatal.

Isso porque essa decisão considera fins de estratégia no mercado, o que é incompatível com a ideia de disputa entre interessados, consagrando a aplicação do art. 25 da Lei nº 8.666/93 (ARAGÃO, 2009; BONELLI; RODRIGUES; LONGO, 2014; GUIMARÃES, 2013). Em outras palavras, a definição do parceiro privado leva em consideração aquilo que Alexandre Santos de Aragão denomina de *affectio societatis* (ARAGÃO, 2009).

Isso não significa, no entanto, que a inexistência de licitação implica total liberdade na escolha para o Poder Público definir o

sócio privado. Essa escolha deverá ser sempre motivada e justificada, além de ser precedida de outros procedimentos estabelecidos em cada caso (BONELLI; RODRIGUES; LONGO, 2014).

Desse modo, o controle posterior da aquisição acionária de empresa privada pelo Poder Público deve incidir sobre a motivação da decisão de investimento e parcerias que, por sua vez, é dotada de ampla margem de discricionariedade (nesse caso devido às peculiaridades dos interesses estratégicos envolvidos).

3.5.2. O controle pelo TCU das contratações entre as semiestatais e a Administração Pública direta e indireta

O art. 24, XXIII, da Lei nº 8.666/93 estabelece a possibilidade de contratação direta, mediante dispensa de licitação:

“na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

Existe controvérsia a respeito do alcance desse dispositivo.

Ao comentá-lo, Marçal Justen Filho defende uma interpretação restritiva. Segundo esse autor, a participação estatal minoritária não transforma a empresa em integrante da Administração Pública, permanecendo uma empresa privada como outra qualquer, o que não permite que ela seja favorecida, em respeito ao princípio da isonomia, com a contratação direta por parte da Administração. Entendimento em sentido contrário permitiria a aquisição de participações societárias minoritárias e economicamente irrelevantes em empresas

dos mais diversos setores, que poderiam ser contratadas sem licitação, em verdadeira burla ao dever de licitar (JUSTEN FILHO, 2004).

Portanto, segundo esse entendimento, as semiestatais não poderiam ser contratadas pelas empresas estatais que participam de seu capital social sem licitação prévia.

No mesmo sentido, Bernardo Strobel Guimarães entende que às semiestatais não devem ser estendidas quaisquer prerrogativas ou exceções aplicáveis às empresas estatais. Para haver a contratação direta, ele entende que seria necessário haver o controle da empresa contemplada pelo Estado, o que não é o caso das semiestatais. Esse autor ainda destaca os riscos da exclusão da regra geral da licitação nesse caso (GUIMARÃES, 2013).

Entendimento contrário é defendido por Carlos Ari Sunfeld, Rodrigo Pagani de Souza e Henrique Mota Pinto. Segundo esses autores, ao se tornarem sócias e integrantes do controle das empresas semiestatais, as empresas públicas e sociedades de economia mista terão com ela uma relação especial, própria, singular. Além disso, essas empresas são instrumentos de sua ação empresarial, o que as diferencia das demais empresas privadas, justamente por serem úteis ou necessárias para a realização do interesse público perseguido pelas empresas estatais (SUNDFELD; SOUZA; PINTO, 2011). Daí, visualizarem a possibilidade de contratação direta das empresas semiestatais pelas empresas estatais por inexigibilidade de licitação. Tal entendimento possui um fundamento duplo: o art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93 e o art. 24, inciso XXIII, da mesma lei. Isso porque *o contrato com esse parceiro semiestatal é uma operação específica, que não é comparável, portanto, ao contrato que resultaria de uma licitação aberta a qualquer um*¹⁴. Assim, a licitação se torna inviável em razão de sua especificidade.

Renato Augusto Hilel Cardoso possui a mesma opinião. Para ele, a possibilidade de contratação direta entre as empresas controladas/subsidiárias de empresas estatais decorre da nova organização das funções exercidas pelas empresas controladas recém-criadas ou adquiridas, que exercem uma atividade específica, mas sem a qual a outra não consegue subsistir (CARDOSO, 2013).

Entendimento semelhante é comungado por Floriano de Azevedo Marques Neto. Ao comentar a contratação por parte das empresas estatais que competem no mercado, ele identifica na igualdade de com-

¹⁴ Os autores interpretam o termo *empresas controladas* previsto pelo art. 24, XXIII, da Lei nº 8.666/93, como sinônimo de semiestatais. Segundo os autores, esse termo é empregado de maneira distinta pelos arts. 1º e 24 da mesma lei, devendo, portanto, ser interpretado de maneira distinta em cada caso (SUNDFELD; SOUZA; PINTO, 2011). De nossa parte, entendemos que a possibilidade de contratação direta fica mais bem enquadrada no art. 25 do mesmo diploma legal.

petição prevista pelo art. 173, § 1º, da Constituição Federal o permissivo para excepcionar o procedimento licitatório quando ele se mostrar incompatível com o exercício da atividade econômica que a empresa estatal deve realizar.

Segundo o autor, o afastamento da licitação somente poderia ocorrer: quando absolutamente necessário para não inviabilizar a atuação da estatal em ambiente competitivo (vetor da necessidade); e na exata medida do necessário para permitir a atuação da empresa nas suas atividades competidoras (vetor da proporcionalidade) (MARQUES NETO, 2006).

Portanto, a tese defendida por Floriano de Azevedo Marques Neto também fundamenta a contratação direta das empresas semiestatais pelas estatais participantes de seu capital social por inexigibilidade de licitação.

Cabe acrescentar ainda que concluir pela impossibilidade de contratação direta da empresa semiestatal pela empresa estatal investidora implicaria inutilidade dessa parceria. Não faz sentido firmar parceria com uma empresa privada se ela não puder ser revertida em favor das próprias partes. Desse modo, não faz sentido submeter a semiestatal à licitação. Ainda assim, é preciso cercar essa contratação direta de alguns cuidados. Sobre essa questão, o TCU editou a Súmula nº 265/2011, cujo teor merece transcrição:

“A contratação de subsidiárias e controladas com fulcro no art. 24, inciso XXIII, da Lei nº 8.666/93 somente é admitida nas hipóteses em que houver, simultaneamente, compatibilidade com os preços de mercado e pertinência entre o serviço a ser prestado ou os bens a serem alienados ou adquiridos e o objeto social das mencionadas entidades” (BRASIL, 2011).

Nota-se que a súmula transcrita cria restrição não prevista pela Lei nº 8.666/93 ao condicionar a contratação direta à *pertinência entre o serviço a ser prestado ou os bens a serem alienados ou adquiridos e o objeto social das subsidiárias e das controladas* (semiestatais).

Por outro lado, a exigência sumular parece afastar a preocupação transmitida por Marçal Justen Filho no sentido de que a aquisição de participações societárias minoritárias e economicamente irrelevantes em empresas dos mais diversos setores levaria a verdadeira burla ao dever de se licitar.

Portanto, embora não prevista expressamente pela lei, a exigência da Súmula nº 265/2011 do TCU de afinidade entre o objeto da contratação e o objeto social das empresas envolvidas (estatal e semiestatal) compatibiliza a atuação estratégica empresarial por parte do Estado com a regra geral da licitação, evitando que ela seja dispensada em hipóteses singelas e desarrazoadas.

3.5.3. O controle posterior das atividades das semiestatais

Por controle posterior das atividades das semiestatais, este estudo compreende a necessidade de prestação de contas por parte dessas entidades às Cortes de Contas e a conseqüente aplicação do regime jurídico de direito público a elas, principalmente quanto à necessidade de realização de concursos públicos e licitações.

O TCU possui jurisprudência sumulada no sentido de que a exigência de concurso público aplica-se a toda a Administração Indireta, incluindo as entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que em regime de competitividade com a iniciativa privada. É o que está consignado na Súmula nº 231/2011:

“Súmula nº 231 – A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada” (BRASIL, 1994b).

Esse entendimento não deixa dúvida de que o regime jurídico de direito público aplica-se às empresas estatais e às suas subsidiárias (referidas pela Súmula como as entidades controladas diretamente pelo Estado). Quanto às semiestatais, poder-se-ia entender que elas estariam abrangidas por aquilo que a Súmula denomina de entidades controladas indiretamente pela União.

Ao analisar a referida Súmula, Claudia Elena Bonelli, Carolina Caiaido Lima Rodrigues e Tháisa Toledo Longo identificam o contexto em que ela foi editada. Segundo as autoras, o histórico de precedentes da Súmula nº 231/1994 demonstra que ela foi produzida no contexto da década de 1990, quando o Estado passou por processos de desestatização. Portanto, referiam-se a sociedades empresariais cuja participação acionária do Estado era majoritária, contexto completamente distinto das sociedades semiestatais. Acrescentam as autoras que, atualmente, não há no Brasil disciplina legal sobre o regime jurídico dessas sociedades semiestatais, o que gera pontos controversos e diversas dúvidas e dificuldades na sua implementação, fatos esses que não foram objeto de análise pormenorizada pela jurisprudência do TCU (BONELLI; RODRIGUES; LONGO, 2014).

Entendimento semelhante é manifestado por Carlos Ari Sundfeld, Rodrigo Pagani de Sousa e Henrique Mota Pinto ao analisar o significado da expressão *entidades controladas direta ou indiretamente pela União* inserida no art. 1º da Lei nº 8.666, cuja redação original é de 1993.

Para eles, “controladas” são entidades estatais integrantes do aparelho do Estado (SUNDFELD; SOUZA; PINTO, 2011).

Desse modo, seria prematuro estender a aplicação às empresas semiestatais da Súmula nº 231/1994 do TCU e da jurisprudência que lhe deu origem, o que significa dizer que ainda não houve manifestação expressa da Corte de Contas sobre a aplicação do regime jurídico de direito público às entidades em que o Estado detém parcela minoritária do capital social votante.

A definição da aplicação pelas Cortes de Contas, ou não, do regime jurídico de direito público às empresas semiestatais deve considerar o contexto de sua criação e os propósitos que lhes deram origem. Tal raciocínio certamente afastará a aplicação de um regime jurídico que impeça ou dificulte a sua atuação em prol do desenvolvimento do objeto social da empresa estatal à qual está vinculada, bem como a sua atuação em um regime de competição.

Ao mesmo tempo, embora essas empresas não estejam obrigadas à prestação de contas, parece indubitável que o TCU pode verificar a eficiência dos negócios que elas mantêm com as empresas estatais, o que permite ao órgão de controle solicitar informações e documentos das semiestatais. Isso porque elas atuam em favor da melhora da atuação de empresas estatais, recebendo bens e dinheiro público para tal fim.

No entanto, a Corte de Contas não possui competência para formular determinações e recomendações às empresas semiestatais. Essas medidas podem/devem ser dirigidas às empresas estatais associadas às empresas semiestatais, a fim de que aprimorem o vínculo mantido com elas ou mesmo que venham a extinguí-lo.

Daí a consagração de controle indireto sobre as empresas semiestatais, exercido por meio da verificação da eficiência e da perti-

nência do vínculo que elas mantêm com as empresas estatais, sobre as quais recairia o controle direto para a verificação do atendimento de seu objeto social por meio dessa parceria.

4. Conclusões

Conforme demonstrado anteriormente, as empresas semiestatais são um fenômeno recente, cujos parâmetros de controle ainda estão em construção. Ainda assim, já é possível identificar algumas características desse controle quanto ao processo de constituição dessas empresas e quanto ao seu relacionamento com o Poder Público.

Para tanto, deve-se considerar que as empresas semiestatais sujeitam-se ao regime jurídico de direito privado e não integram a Administração Pública. Por essa razão, a elas não se aplica um controle direto por parte do Estado. Existe, de fato, um controle direto sobre as empresas estatais que detêm participação acionária minoritária no capital social das empresas semiestatais, o que implica um controle indireto daquelas sobre estas.

Considerando o contexto de criação dessas empresas, é possível identificar a necessidade de um controle de resultados. Isso porque as semiestatais surgiram na esteira das parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada, cujo principal objetivo é conferir maior eficiência ao modo de atuação estatal. Portanto, a participação minoritária do Estado em empresas privadas representa mais um instrumento de direito privado colocado à sua disposição para a busca do bem comum com mais eficiência. Desse modo, o que deve ser aferido é o resultado dessa parceria e não somente a sua regularidade formal.

Do mesmo modo, as empresas estatais e semiestatais estão inseridas num cenário de

intensa competição econômica, o que implica conferir maior flexibilidade aos vínculos jurídicos estabelecidos entre elas, inclusive no que se refere à necessidade/possibilidade de contratação direta, o que leva à caracterização de inexigibilidade de licitação.

A análise da legislação que permite a participação estatal minoritária no capital social de empresas privadas também avaliza a possibilidade de contratação direta, pois deixa claro que o objetivo dessas parcerias é o cumprimento de seu objeto social de forma mais eficiente, o que passa pela caracterização de uma *affectio societatis* que não pode ser selecionada por meio de processo competitivo.

Além disso, constata-se que os meios de controle abordados parecem ser suficientes para minimizar os riscos de abuso que podem ser praticados na utilização de semiestatais.

Sobre o autor

Murillo Giordan Santos é Procurador Federal (AGU), doutorando e mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP (Largo de São Francisco). Professor de Direito Administrativo.
email: murillo.giordan@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁵

CONTROL OF SEMI-STATE COMPANIES

ABSTRACT: The purpose of this article is to identify ways of control imposed on the so-called semi-state companies. Therefore, it analyzes the concept, the historical evolution and purposes of this kind business. The use of the inductive method was utilized to get your concept from the laws that authorized its creation. Similarly, the historical and evolutive interpretation was used to understand this phenomenon. As a result, the study indicates own control means, which combine the effectiveness of this form of business activity with the need to prevent abuse.

KEYWORDS: SEMI-STATE COMPANIES. CONTROL OF PUBLIC ADMINISTRATION. BIDDING. COMPANY. DIRECT HIRING.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresa público-privada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 890, p. 33-68, dez. 2009.

¹⁵ Sem revisão do editor.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – BNDES. *Estatuto Social da BNDES Participações S.A. – BNDESPAR*. Aprovado pela Decisão no Dir. 149/2002-BNDES, de 11 mar. 2002. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/O_BNDES/Legislacao/estatuto_bndespar.html>. Acesso em: 13 abr. 2015.

BONELLI, Claudia Elena; RODRIGUES, Carolina Caiado Lima; LONGO, Thaísa Toledo. O regime jurídico de direito público e as joint ventures estabelecidas entre empresas estatais e a iniciativa privada. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 71-90, set./fev. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 jan. 2015.

_____. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 27 jan. 2015.

_____. Decreto-Lei n. 509, de 20 de março de 1969. Dispõe sobre a transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 mar. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0509.htm>. Acesso em: 27 jan. 2015.

_____. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm>. Acesso em: 27 jan. 2015.

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 27 jan. 2015.

_____. Decreto n. 1.091, de 21 de março de 1994. Dispõe sobre procedimentos a serem observados por empresas controladas direta ou indiretamente pela União. *Diário Oficial da União*, 22 mar. 1994.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula n. 231/1994*. Plenário, 8 dez. 1994b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

_____. Lei n. 9.478, de 06 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 7 ago. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm>. Acesso em: 27 jan. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula n. 265/2011*. *Diário Oficial da União*, 17 jun. 2011. Disponível em: <http://jacoby.pro.br/novo/uploads/licita_es_e_contratos/juris/dispensa_e_inexigibilidade//tcu_s_mula_n_265_2011_plen_rio.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2015.

_____. Decreto n. 4.418, de 11 de outubro de 2002. Aprova novo Estatuto Social da empresa pública Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. *Diário Oficial da União*, 14 out. 2002.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.335/2004. TC – 007.438/2003-6 [com 1 volume]. Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha. DJ, 8 set. 2004. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/adp/Web/busca/results.jsp?detalhe=S&query=uid%3Adou_2004%5C-09%5C-16_1_p0119_col1_pos73.42938>. Acesso em: 13 abr. 2015.

_____. Lei n. 11.908, de 3 de março de 2008. Autoriza o Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal a constituírem subsidiárias e a adquirirem participação em instituições financeiras sediadas n. Brasil; altera as Leis n.s 7.940, de 20 de dezembro de 1989, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 11.524, de 24 de setembro de 2007, e 11.774, de 17 de setembro de 2008; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 4 mar. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111908.htm>. Acesso em: 27 jan. 2015.

CARDOSO, André Guskow. A contratação sem licitação de subsidiárias e controladas e a jurisprudência do TCU. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 53, jul./2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=53&artigo=55>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

CARDOSO, Renato Augusto Hielel. Contratação direta entre empresas subsidiárias/controladas: como preencher a lacuna?. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 140, ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=96674>>. Acesso em: 4 out. 2014.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A participação de empresas estatais n. capital de empresas controlada pela iniciativa privada. In: MARQUES NETO, Florian. de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: RT, 2014.

LAZZARINI, Sérgio G.; MUSACCHIO, Aldo. Leviathan as a Minority Shareholder: A Study of Equity Purchases by the Brazilian National Development Bank (BNDES), 1995-2003. *Harvard Business School Working Papers*, n. 11-73, dez. 2010.

MARQUES NETO, Florian. de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=66621>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. A estrutura da administração pública indireta e o relacionamento do Estado com a companhia controlada. *Revista de Direito Público da Economia RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=64264>>. Acesso em: 22 out. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=75965>>. Acesso em: 1ª set. 2014.

Notas sobre a jusfundamentalidade

Ou apontamentos sobre o problema de todo direito ser considerado fundamental

RAONI MACEDO BIELSCHOWSKY

Resumo: Trata-se de artigo referente à temática da Teoria dos Direitos Fundamentais que tem por objetivo considerar os fundamentos teóricos da jusfundamentalidade. Para tanto, parte inicialmente de uma análise de algumas posições paradigmáticas encontradas na literatura do debate acerca do embasamento teórico para o enquadramento de um direito na categoria dogmática de direito fundamental, para, em seguida, tomar partido por uma posição de um necessário reconhecimento de base material, culturalmente condicionada da jusfundamentalidade dos direitos que albergam bens materialmente fundamentais

Palavras-chave: Jusfundamentalidade. Jusfundamentalidade material. Premissa cultural antropológica.

Introdução

O que define um direito como direito fundamental? Aliás, o que é um direito fundamental? Dizer fundamental um direito efetivamente gera especificidades quanto a sua maior proteção e compromisso com sua efetivação? Ou, em vez disso, o argumento da *jusfundamentalidade* tem-se tornado cada vez mais um argumento retórico esvaziado de sentido?

O presente estudo tem por objetivo apreciar a questão da *jusfundamentalidade*, ou seja, elencar os parâmetros que podem identificar um direito sob a *categoria dogmática*¹ de direito fundamental (*jusfundamen-*

Recebido em 24/4/15
Aprovado em 20/5/15

¹ Locução utilizada por Canotilho para identificar o grupo dos direitos fundamentais (2003).

talidade), levando-se em conta a colocação dos direitos fundamentais no ordenamento constitucional do Estado Democrático de Direito e o fato de o corpo dos direitos fundamentais não ser composto por uma gama homogênea de direitos e bens por eles protegidos.

Se, por um lado, esse trabalho, em absoluto, não tem a ambição de exaurir toda a problemática acerca desse vasto tema, por outro, projeta trazer uma contribuição a respeito dessa discussão. Principalmente, tendo-se em vista o estágio contemporâneo da história do Estado de Direito, momento em que cada vez mais se pretende atribuir uma *jusfundamentalidade* a muitos direitos – novos e antigos –, o que tem como consequência o esvaziar do próprio significado da condição dos direitos fundamentais (OTERO, 2008, p. 527). Afinal, se todos os direitos são tidos como *fundamentais*, na verdade, nenhum deles não mais poderá realmente ser considerado *fundamental*. A própria definição da *jusfundamentalidade* exige certa seletividade – quiçá, exclusividade – restritiva da amplitude do rol dessa categoria.

Por outro lado, é inegável que o critério de definição da *jusfundamentalidade* de um direito não pode mais estar preso às estruturas liberais e individualistas contemporâneas ao surgimento dessa *categoria dogmática*; nem aos parâmetros da definição de direitos fundamentais do Estado Social; e não pode mais nem mesmo prender-se à dogmática do constitucionalismo do fim do pós-guerra, marco que representou o início do atual estágio do Estado de Direito: o Estado Democrático de Direito. “Isso porque a sociedade contemporânea, cada vez mais complexa e dinâmica, apresenta a cada dia novas transformações científicas, tecnológicas e mesmo culturais, que fazem surgir cada vez mais bens e necessidades de âmbitos de proteção diferentes” (ANDRADE, 2009, p. 62).

Nessa esteira, a própria taxonomia interna dos direitos fundamentais já os buscou classificar de formas diversas; por vezes em gerações, por vezes em dimensões, usualmente em três segmentações e, às vezes, até mesmo em mais de três (BONAVIDES, 2007, p. 560)². Para evitar maiores discussões e desdobramentos acerca dessa taxonomia, adoto a classificação tripartite dos direitos fundamentais, por entendê-la mais adequada, compreensiva e representativa dos valores de *Liberdade*,

²É recorrentemente levantada a questão sobre a adequação do termo geração de Direitos Fundamentais. Isso se dá pelo alegado sentido de sobreposição cronológica da primeira geração de direitos pela segunda e da segunda pela terceira. Não concordamos com essa crítica. Primeiro, por não concordarmos que o termo gerações necessariamente vincule-se à sobreposição e superação de uma geração por outra. Em segundo lugar, porque o próprio entendimento de uma sequência cronológica das gerações de direito pugna pelo fato de, efetivamente, haver uma sequência no reconhecimento da *jusfundamentalidade* desses direitos e da defesa dos bens por eles protegidos. Para a *acumulação* dos Direitos Fundamentais apreendidos historicamente, remetemos a Andrade (2009, p. 67).

Igualdade e Fraternidade, harmônica e simbioticamente conviventes e interdependentes (HORTA, 2011).

Portanto, o objetivo primordial deste texto é, partindo de uma observância do quadro teórico geral, reconhecer os fundamentos que caracterizam a *jusfundamentalidade*, revelando, assim, as consequências que esse enquadramento gera quanto à especial proteção e eficácia dos direitos fundamentais. Para tanto, serão expostas algumas respostas encontradas na literatura constitucional que são paradigmáticas de uma visão formalista, por um lado, e de uma visão substancialista (material-axiológica), por outro, para, na sequência, tomar partido por uma posição acerca da necessidade do critério material de identificação da *jusfundamentalidade*.

1. De onde vem a jusfundamentalidade?

O que faz de um direito *direito fundamental*? Essa condição é respondida por sua estrutura/estabelecimento formal, ou seja, o fato de o legislador competente assim o definir³? Ou

³Originalmente, o legislador constituinte. Contudo, a bem da verdade, as diversas formas em que se apresenta a cláusula aberta de direitos fundamentais (ou o também dito princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais) permitem que o reconhecimento de tais Direitos seja feito por meio de tratados internacionais, ou mesmo, em alguns arranjos constitucionais, pelo legislador ordinário. Sobre a possibilidade de Direitos Fundamentais não previstos no ordenamento jurídico brasileiro, o entendimento amplamente majoritário é que a cláusula aberta na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) só se aplica à possibilidade da inserção de novos Direitos Fundamentais por tratados internacionais ou emendas constitucionais – art. 5º, § 2º. De outro modo, por exemplo, a Constituição da República Portuguesa explicitamente reconhece a *não tipicidade* e assim a possibilidade de Direitos Fundamentais não expressamente previstos na Constituição – art. 16º,1, da CRP. E, de modo ainda diferente, podemos levantar a experiência constitucional alemã, em que pela via jurisprudencial vem-se compreendendo a possibilidade de alguns desdobramentos a partir da leitura

esse reconhecimento necessariamente se dará por um motivo material-axiológico, ou seja, seu conteúdo é que define sua *jusfundamentalidade*? Nessa ordem, existe relação necessária entre os direitos fundamentais e qualquer valor objetivo? E, seguindo-se a essa questão: o que significa considerar *jusfundamental* um direito? Quais as implicações do enquadramento de um direito nessa *categoria dogmática*? Fato é que as respostas para essas questões estão intimamente emaranhadas e são, mesmo, indissociáveis.

Várias são as respostas que têm sido dadas acerca da identificação, reconhecimento e enquadramento de um direito sob a especial categorização de direito fundamental. Aqui se apresentarão algumas delas que são paradigmáticas e expressivas de suas posições, antes de tomar-se partido por uma razão de fundamentação específica.

Na tentativa de responder sobre a *jusfundamentalidade*, Ferrajoli (2011, p. 89) propõe quatro sentidos à pergunta: “De que coisa falamos quando falamos de ‘direitos fundamentais’?”

Assim, uma primeira questão sobre a *jusfundamentalidade* é aquela que diz respeito a “quais direitos *devem ser* (ou é justo que sejam) estabelecidos como fundamentais”. Desse modo, para o autor, a resposta a essa indagação representaria o “ponto de vista *axiológico externo* da filosofia política” da *jusfundamentalidade* de um bem, mas não necessariamente a identificação de um direito fundamental válido para a teoria constitucional e, muito menos, para a dogmática jurídica.

do direito à personalidade, contido no art. 2º da Lei Fundamental. Em razão de nossa visão acerca do fundamento da *jusfundamentalidade*, logo exposta, consideramos possível um entendimento mais amplo do princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, inclusive para o ordenamento brasileiro.

A segunda pergunta possível diria respeito apenas ao argumento de validade do Direito. Por conseguinte, tratar-se-ia de uma configuração essencialmente formal da questão, ou aquilo que o italiano vem a chamar de “ponto de vista *jurídico interno* da ciência jurídica”. Dessa perspectiva, direitos fundamentais seriam todos aqueles *estipulados* como tal, portanto, *a jusfundamentalidade seria fundamentada no argumento jurídico positivo*. De mesmo modo, tal pergunta – e sua respectiva resposta – não seria suficiente para a Teoria do Direito.

A terceira questão apresentada por Ferrajoli (2011) seria num sentido buscar responder à questão *factual externa* da *historiografia* e da *sociologia do direito*. É, portanto, uma resposta que basearia a *jusfundamentalidade* na perspectiva da *efetividade* da categoria. Por esse aspecto, aquilo que determinará um direito como *fundamental* será sua “*origem histórica* ou o *fundamento sociológico* daquelas conquistas da civilização que são os direitos fundamentais”, sua afirmação histórica a partir de lutas e revoluções e o conseqüente reconhecimento nos diversos ordenamentos jurídicos. Contudo, essa perspectiva ainda não seria suficiente para a dogmática jurídica.

E a esse passo Ferrajoli chega à quarta resposta, que, para ele, efetivamente corresponde ao ponto de vista caro e suficiente à Teoria do Direito. Ela seria obtida, justamente, a partir da busca do significado teórico-jurídico dos direitos fundamentais. Ou seja, a *jusfundamentalidade* do ponto de vista da teoria jurídica se daria pela razão de ser e fundamento teórico da própria definição de direitos fundamentais, qual seja: “os direitos fundamentais como todos *aqueles direitos que são atribuídos universalmente a todos enquanto pessoas, enquanto cidadãos ou enquanto capazes de agir*” (FERRAJOLI, 2011, p. 92)⁴. Para Ferrajoli, essa definição seria *estipulativa* ou *convencional*, tais quais outros institutos e definições da Teoria do Direito como “direito subjetivo” ou “ato jurídico”. Assim, essa é também uma definição *estrutural* ou *formal*, pois diz somente ‘o que são’ os direitos fundamentais, mas não ‘quais são’, ou ‘quais deveriam ser’ ou ‘quais e em que medida são de fato [aqueles] garantidos’ enquanto tal⁵.

⁴Para o autor, essa lhe parece uma concepção ideologicamente neutra, posição com a qual não concordamos. Para nós, esse entendimento pretende-se, sim, universalizante, mas em verdade ele representa a concepção de mundo de uma cultura específica do Ocidente, que corresponde à cultura do Estado Democrático de Direito e do constitucionalismo, que tem como uma de suas características a intersubjetividade de sua *premissa cultural*, a dignidade da pessoa humana e, por conseqüência, sua universalidade.

⁵Nesse sentido, Ferrajoli (2011, p. 92), revelando a estrutura formal de sua definição, afirma que, “como decorrência, seria fundamental, onde positivamente estabelecido, até mesmo um direito fútil, como, por exemplo, o direito de fumar ou o direito de ser saudado nas ruas pelos conhecidos. É exatamente a definição de um conceito teórico que, enquanto tal, não pode nos dizer nada sobre os conteúdos de tais direitos, ou seja, sobre as necessidades e os interesses que são ou deveriam ser reconhecidos e de fato garantidos

Nesse sentido, Ferrajoli indica uma pretensa “neutralidade ideológica” em sua concepção de direitos fundamentais, identificando que ordens jurídicas atreladas a qualquer parâmetro axiológico também podem ser portadoras de direitos fundamentais. Dessa maneira, os direitos fundamentais teriam um caráter transcendental, pretensamente científico. Para tanto, Ferrajoli atribui a titularidade dos direitos fundamentais ao *status* de pessoa de forma *estipulativa*, convencional (FERRAJOLI, 2009)⁶. Uma tentativa de explicação dos direitos fundamentais com base em uma percepção estanque e distanciada, sem tentativa de compreensão holística e interdisciplinar, não se mostra suficientemente capaz de compreender a complexidade do fenômeno jurídico.

Uma perspectiva ainda mais formalista identifica como direito fundamental tudo aquilo que o texto constitucional assim prescreve. Nesse sentido, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2012, p. 40) chegam a defender, inclusive, que a identificação da *jusfundamentalidade* de um direito fundamental só pode ser feita com base no critério formal, convencional, e nem mesmo haveria que se falar em direito fundamental em sentido material. Nessa perspectiva, a identificação de direitos fundamentais dependeria de uma estipulação do legislador (competente). Logo, não haveria qualquer fundamento *pré-estatal* para a definição de direitos fundamentais, ou seja, não haveria necessidade de fundamento, ou mesmo de compromisso axiológico para a definição de *jusfundamentalidade*. Assim sendo, *jusfundamental* é todo direito que o legislador (competente para tanto) assim diz que é, não havendo, portanto, vinculação a um *status* específico de pessoa, menos ainda a um valor antropológico, ontológico ou cultural. Basta apenas a *imposição* formal de um direito como *fundamental*, admitindo-se, de certa forma, inclusive a paráfrase da máxima kelseniana, ao se dizer que, para essas correntes estritamente formais, “todo e qualquer conteúdo pode ser direito fundamental”⁷.

Contudo, para elencar o rol de direitos fundamentais, não raro se aponta a existência de direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material (MIRANDA, 2008, p. 9). Nessa linha, Canotilho define – remetendo a Alexy – que “A categoria de ‘fundamentalidade’ aponta

como fundamentais, mas pode somente identificar a forma e a estrutura lógica daqueles direitos que convençionalmente chamamos ‘fundamentais’.

⁶ Contudo, é de se destacar que, apesar de todas as considerações no sentido de dar uma aceção meramente formal ao conceito de direitos fundamentais, o próprio Ferrajoli destaca que, na atual formação do Estado Democrático de Direito inculcada nas cartas constitucionais do segundo pós-guerra, os direitos fundamentais são necessariamente atrelados ao igual valor do ser humano.

⁷ Máxima classicamente encontrada em Kelsen: “todo e qualquer conteúdo pode ser direito” (KELSEN, 2006, 221).

para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material” (CANOTILHO, 2003, p. 378).

Jorge Miranda, por exemplo, tratando do conceito formal de direito fundamental, identifica que, *a priori*, deve-se entender “por *direito fundamental* toda posição jurídica subjectiva das pessoas enquanto consagrada na *Lei Fundamental*”. Para o professor de Lisboa, a simples inscrição de determinado direito na *categoria dogmática* de direito fundamental pela Constituição formal implica imediata e consequentemente considerá-lo também parte integrante da Constituição material. “Ou seja: todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material”. Entretanto, para além daqueles que têm sua *jusfundamentalidade* formalmente considerada, há também direitos fundamentais em sentido material (MIRANDA, 2008, p. 10). Estes seriam aqueles, *prima facie*, inerentes à própria concepção de pessoa, constituintes da base jurídica da vida humana; portanto, direitos que sejam intimamente ligados ao valor da Dignidade da Pessoa Humana, levando-se em consideração as “filosofias políticas, sociais e económicas e as circunstâncias de cada época e lugar” e, ainda, *apelando* ao Direito Natural, “a direitos derivados da natureza do homem ou da natureza do Direito”. Portanto, apesar de o autor afastar a necessária ligação entre a *jusfundamentalidade* de um direito e sua conexão ao valor da Dignidade da Pessoa Humana, estabelece que todo *bem materialmente jusfundamental* tem de ser assim reconhecido e assegurado. Ou seja, haveria espécimes de direitos fundamentais que não possuiriam qualquer ligação com o valor da Dignidade da Pessoa Humana, mas todos os direitos que são radicados nesse valor são, também, *fundamentais*.

Em sentido não muito distante, atentando na importância do reconhecimento de uma *fundamentalidade formal* e de uma *fundamentalidade material*, Canotilho considera a importância de se reconhecer o conteúdo para a categorização de direito fundamental. Nesse sentido, lembra, por exemplo, o caso da tradição inglesa da *Common-Law Liberties*, ressaltando que é a partir da *fundamentalidade* material que se pode estabelecer a abertura a direitos fundamentais não constitucionalizados; logo, o reconhecer do *princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais*.

Canotilho levanta, quanto à “fundamentalidade formal” na Constituição da República Portuguesa (CRP), quatro dimensões relevantes. Estabelece que: a) as normas enunciativas de direitos fundamentais devem ser colocadas no grau hierarquicamente superior da ordem jurídica; b) na condição de normas constitucionais, elas estão blindadas por procedimentos agravados de revisão (reforma) constitucional; c) por se tratar não apenas de normas constitucionais, mas também de normas

de direitos fundamentais, elas implicam limites materiais à própria revisão constitucional (emendas, no caso brasileiro); d) e ainda, em se tratando de normas de direitos fundamentais, elas são normas de *vinculatividade* direta aos poderes constituídos, norteadas e parametrizando materialmente as escolhas, decisões, ações e controles dos administrativos, jurisdicionais e, até mesmo, legislativos (CANOTILHO, 2003, p. 379). Portanto, é inexorável perceber que a identificação de um direito sob o gravame de uma *jusfundamentalidade*, do ponto de vista formal, o faz diferenciado dos demais direitos. Analisando-se destacadamente a visão sobre a *fundamentalidade formal* do professor de Coimbra, sua resposta aproxima-se daquela que Ferrajoli propõe como a questão efetivamente vinculada à Teoria do Direito. Contudo, de outra parte, parece-me claro que, para que esse gravame formal excepcional possa adequadamente ser reconhecido, tem de haver uma motivação extremamente cara do ponto de vista cultural e constitucional.

Em defesa de uma definição da *jusfundamentalidade* baseada estritamente em um argumento material, Paulo Otero entende que, com uma visão meramente formal e quantitativa acerca dos direitos fundamentais, substituindo-se assim uma dimensão substantiva e qualitativa de tais direitos, necessariamente ocorrerá um esvaziamento do conceito de “Estado de direitos fundamentais”. Segundo o próprio autor, se o legislador (seja constituinte, seja ordinário) fosse o único responsável por entender o que é um direito fundamental, sem, em tese, qualquer comprometimento ou vinculação com um farol axiológico, correr-se-ia o risco de reconhecerem-se direitos fundamentais sem qualquer vinculação com a pedra matriz daquilo que ele chama de “Estado de direitos fundamentais” (ou como prefere em outra oportunidade, “Estado de Direitos

Humanos”), a Dignidade da Pessoa Humana. Portanto, definições estritamente formais poderiam, inclusive, subverter a própria lógica dos direitos fundamentais, pois, podendo um direito fundamental ter qualquer conteúdo, desde que decidido pelo *legislador competente* para tanto, haveria a possibilidade de ser legítima até mesmo “a perversão do ‘Estado de direitos fundamentais’ mediante a atribuição pelo Estado a si próprio de direitos fundamentais oponíveis aos particulares” (OTERO, 2008, p. 533). O catedrático de Lisboa reconhece, inclusive, que

“[...] a precedência constitucional da dignidade da pessoa humana sobre a soberania popular, configurando esta última como emanção daquela, torna claro, num outro sentido que a Constituição nunca habilita ou legitima um exercício da soberania popular violador da dignidade humana: a democracia resulta do respeito pela dignidade, nunca se podendo ‘rebelar’ contra o respeito devido à dignidade da pessoa humana” (OTERO, 2010, p. 36).

De certa forma, acompanhando Paulo Otero – ao menos em seu entendimento da existência de uma vinculação axiológica da vontade popular à Dignidade da Pessoa Humana –, entendo que o legislador ordinário, o legislador constituinte derivado e mesmo o legislador constituinte originário estão necessariamente vinculados ao arcabouço axiológico da cultura do constitucionalismo, sobretudo, quanto à enunciação do rol de direitos fundamentais. Esse arcabouço, por sua vez, no Estado Democrático de Direito, é preenchido pela *premissa cultural antropológica* da Dignidade da Pessoa Humana (HÄBERLE, 2008, p. 105).

Não estou, com isso, alinhando-me a posições típicas da compreensão vinculada à teoria liberal (do Estado de Direito burguês) dos direitos fundamentais (BÖCKEFÖRDE,

1993, p. 44). E, nesse ponto, também afasto minha argumentação de linhas jusnaturalistas, como a defendida por Paulo Otero, que remete a fundamentação dos direitos fundamentais a um valor que decorreria “da própria natureza do ser humano como entidade racional” (OTERO, 2010, p. 37). A fundamentação jusnaturalista dessa base axiológica representa um *congelamento* dessa ordem de valores, pois, se eles vêm da própria natureza, são decorrentes não de uma construção contínua e dinâmica, mas sim de uma realidade posta, a ser meramente descrita e apreendida, mas não criada; assim sendo, tal fundamentação tão pouco se mostra capaz de compreender a complexidade do Direito enquanto fenômeno humano ou enquanto elemento cultural.

Na verdade, entendo haver, sim, uma base axiológica que identifica e fundamenta os direitos fundamentais em um alicerce cultural, histórica e dialeticamente em desenvolvimento. Trata-se, de bom modo, de um processo dialético entre cultura constitucional e direito positivo, que é próprio e inerente à própria experiência do Estado de Direito. Nesse sentido, Salgado (1996b, p. 16) identifica que, para melhor entender os direitos fundamentais, é preciso ter em mente que sua evolução obedece a um processo histórico de três momentos: a) um primeiro, em que surge a consciência histórica desses direitos em determinadas condições históricas; b) um segundo, quando a declaração positiva desses direitos revela a aceitação formal de todos na ordem constitucional; c) e, por fim, a realização desses direitos como concretos e eficazes.

O próprio respeito a essa cultura dos direitos fundamentais é base para a classificação “ontológica” de constituição dada por Loewenstein, que enumera: constituição normativa; constituição nominativa; e constituição semântica. Para Loewenstein, o critério para

essa classificação é a concordância das normas constitucionais com a realidade do processo do poder⁸. Neste sentido, o alemão alega que uma constituição escrita não funciona por si mesma, mas sim quando seus destinatários (detentores e destinatários do poder) a fazem prática.

Nessa medida, uma constituição nominativa é aquela que é formal e materialmente constitucional, porém não é vivida na prática. Ela é legítima, válida, mas não eficaz. Ou seja, é quando se tem constituição, mas não se está em constituição. Uma constituição é semântica quando existe um texto que se pretenda constitucional – portanto, pode, até mesmo, ser formalmente (positivamente) constitucional –, contudo ele não seria materialmente (axiologicamente) constitucional e, ao mesmo tempo, a comunidade não vive um ambiente constitucional. Assim sendo, não se tem constituição, nem se está em constituição. Nessa situação, a constituição escrita, ao invés de ser meio de limitação do poder, como pretende Loewenstein, ela seria utilizada para perpetuação de um poder ilegítimo. Por fim, uma constituição normativa é aquela que é formal e materialmente – portanto, axiologicamente, constitucional – e, ao mesmo tempo, é aquela viva, vivida e defendida pela comunidade (LOWENSTEIN, 1976, p. 217). Em outras palavras, é a constituição jurídica com força normativa. Portanto, é quando se tem constituição e também se está em constituição (LUCAS VERDÚ, 1998, p. 40).

Alexy, demonstrando que mesmo uma Lei Fundamental tem de observar determinados valores de correção material, destaca uma decisão do Tribunal Constitucional Federal ale-

⁸ A esse respeito, Brugger e Monica Leal (2007) também fazem uma interessante relação entre soberania estatal limitada e direitos fundamentais.

mão (BVerfG) tomada em 1968, que versa sobre a perda da nacionalidade alemã por um advogado judeu, que emigrou para Amsterdam durante a segunda guerra e veio a ser deportado da Holanda em 1942, quando desapareceu. Em virtude do §2º do 11º Decreto da Lei de Cidadania do Reich, os judeus alemães emigrados foram privados da nacionalidade alemã. Diante desses fatos, a Lei Fundamental alemã de 1949 (art. 116, § 2) excluiria a possibilidade de esse cidadão recuperar sua cidadania. Contudo, a decisão do BVerfG foi no sentido de entender tal decreto nulo *ab initio*⁹. Isso porque há padrões de correção material a que nem mesmo a ordem constitucional pode ambicionar fugir (ALEXY, 2009, p. 7)¹⁰.

Mais que isso, não só é necessário reconhecer que há uma série de valores fundamentais que não podem ser ignorados nem mesmo pelo legislador constituinte originário, mas também que é da concretização desses valores, irradiantes do parâmetro moral (cultural) subjacente à comunidade, em parâmetro normativo pela identificação dos direitos fundamentais que decorre a própria autoridade e validade/legitimidade da ordem que se pretende constitucional. Nesse sentido:

“E o que concluímos noutra sede é que, sendo inescapável aos homens movimentarem-se no âmbito de parâmetros morais apreendidos no âmbito das comunidades em que participam, as ordens humanas são sempre compostas por normas que reflectem tais parâmetros. As contemporâneas ordens ocidentais não são excepção, sendo que a parametrização moral que as mesmas reflectem (em cujo âmbito é continuamente reconhecida legitimidade às correspondentes normas por aqueles que se lhe subordinam, subordinando-lhes o poder que configuram como legítimo) centra-se na ideia de dignidade humana ou ‘igualdade fundamental de todos na humanidade comum’. Na verdade, é esta a ideia parametrizadora em cujo âmbito é reconhecida autoridade a uma normatividade que reconhece a todos direitos fundamentais e é definido um poder limitado que não pode pôr em causa esses direitos” (COUTINHO, s.d.).

É nessa medida que, para a legitimidade da ordem, é necessário reconhecer que o parâmetro normativo das constituições do Estado Democrático de Direito têm necessariamente de identificar-se com o parâmetro moral (cultural) subjacente na comunidade. Ou, em outros termos,

⁹BVerfGE [*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Decisões do Tribunal Constitucional alemão] 23, 98 (106). Nesse sentido, também são interessantes as considerações feitas pelos mais diversos autores franceses quanto à validade da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sobretudo a partir das leis constitucionais francesas de 1875, na III República. Lucas Verdú (2007, p. 54).

¹⁰Em sentido similar destaca Salgado (1996b, p. 17).

tem de emanar como normatização da *premissa cultural antropológica* desse protótipo estatal, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Tal premissa é também a base axiológica justificadora do modelo democrático, sendo esse o modelo político típico da cultura do constitucionalismo. É dessa própria premissa que decorre a compreensão de que “igual liberdade é centro axiológico de uma democracia constitucional, bem como seu *telos*. É dimensão inabalável do conceito de vida boa deste plano ideológico da cultura que permeia o Estado Democrático de Direito” (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 137). Assim sendo, é da própria coerência lógica do constitucionalismo, conseqüentemente da Democracia Constitucional, a compreensão de que a fundamentação de uma Constituição, maximamente, dos direitos fundamentais não se dá sobre uma decisão ou norma em branco. Na base (*e/ou apex*) dessa estrutura, há um parâmetro normativo culturalmente estabelecido e comprometido com uma *liberdade concreta* (SALGADO, 1996a, p. 255). Por isso, é uma *premissa cultural* necessária e caracterizadora da cultura de Constituição.

Assim sendo, existe um limite de *impossível* e de *necessário*¹¹ a todo e qualquer direito que se pretenda *fundamental*, que é o fato de ser materialmente encontrado na “proteção da *dignidade da pessoa humana* contra os perigos que resultam das estruturas de *poder* na sociedade” (ANDRADE, 2009, p. 68). Até porque, se inevitável e necessário o processo de alargamento do “rol formal-positivado” de direitos fundamentais diante do ambiente de socialização, essa expansão, se desmedida, oferece o risco de gerar um “jusfundamentalismo”, em que o ordenamento, no afã de maximizar os âmbitos de proteção, vem a sofrer um amolecimento e descaracterização do próprio conceito de direito fundamental (ANDRADE, 2009, p. 79).

Por conseguinte, uma teoria dos direitos fundamentais necessariamente está atrelada a uma concepção de Estado/Teoria da Constituição (BÖCKEFÖRDE, 1993, p. 44)¹², que é uma formulação/projeção

¹¹ Ambos os termos – *impossível* e *necessário* – são utilizados por Alexy para tratar da vinculação do legislador aos ditames constitucionais sobre direitos fundamentais: “O fato de uma constituição ter elementos procedimentais e materiais combinados entre si tem importantes conseqüências para todo o sistema jurídico. Isso significa que, ao lado dos conteúdos que, no sistema jurídico, são simplesmente possíveis em relação à constituição, há também conteúdos que são, também em relação à constituição, necessários ou impossíveis. O fato de as normas de Direitos Fundamentais estabelecerem os conteúdos constitucionalmente necessários e impossíveis para o sistema jurídico constitui o núcleo essencial da fundamentalidade formal desses direitos” (ALEXY, 2008, p. 52). Aqui utilizamos os termos de forma reconhecidamente amplificada em relação a essa passagem inicial, pois aplicamo-los a conteúdos necessários e impossíveis ao legislador constituinte, o que Alexy não o fez nessa passagem específica.

¹² Nesse texto, Böckenförde parte de uma abordagem um tanto diferente, mas bastante interessante sobre a interpretação, conteúdo e concreção de direitos fundamentais. Não se trata de abordagem incompatível com a aqui apresentada, mas de uma ótica um tanto

de uma cultura. Logo, está necessariamente ligada às raízes culturais daquela comunidade, por sua vez concretizada normativamente como norma jurídica válida no/pelo Estado e regida por sua Constituição¹³. E assim, como defende Smend, acima de qualquer consideração a respeito da validade jurídica (critério formal, ao qual não negamos importância, mas apenas a condicionamos), “os direitos fundamentais são os representantes de um sistema de valores concreto, de um sistema cultural que resume o sentido da vida estatal contida na Constituição” (SMEND, 1985)¹⁴.

diferente. No trabalho, ele faz uma análise da relação entre a interpretação e conceituação dos direitos fundamentais e cinco teorias diferentes dos direitos fundamentais: teoria liberal (do Estado de Direito burguês) dos direitos fundamentais; teoria institucional dos direitos fundamentais; teoria axiológica dos direitos fundamentais; teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais; teoria dos direitos fundamentais do Estado social.

¹³Nesse sentido, é muito interessante a resposta que Ermanno Vitale (2009, p. 68-69) dá diretamente a Ferrajoli: “Comencemos, pues, con el punto (a) relativo a la ‘neutralidad ideológica’ de la definición de derecho fundamental o, en cierto sentido, a su carácter transcendental. [...] La esencia de los derechos fundamentales, por así decir, no implica su existencia o su conveniencia. Sin embargo, para pensar el objeto jurídico ‘derecho fundamental’ según la definición anterior, resulta necesario, cuando menos tener una idea de individuo o persona. Y no todas las filosofías, y consecuentemente, no todas las filosofías políticas, reconocen al individuo como ontológica, metodológica y axiológicamente fundamental. Todas las visiones holístico-organicistas niegan justamente el concepto mismo de autonomía individual al que remiten tanto la capacidad de obrar como el status de persona o el de ciudadano. No por casualidad proviene del ámbito comunitarista la demanda de considerar fundamentales a los derechos colectivos de las minorías o de las ‘formas de vida’, se identifiquen éstas con el pueblo, la nación o con el grupo étnico-cultural. Si, además, aceptamos la venerable categoría de despotismo oriental, grosso modo transmitada en nuestro siglo en lo que definimos como totalitarismo, no sólo no puede haber lugar para una constitución que reconozca derechos fundamentales de titularidad individual, sino que allí donde hegelianamente sólo un es libre, no es posible concebir siquiera la existencia de una pluralidad de sujetos que el derecho deba tutelar en sus relaciones recíprocas”.

¹⁴Curiosamente, especificamente em *Teoría de la Constitución*, Schmitt acompanha Smend nesse ponto, apesar de apresentar outros desdobramentos posteriormente, em *Significación histórica y jurídica de la Declaración solemne de derechos fundamentales*. “La Declaración solemne de derechos fundamentales significa el establecimiento de principios sobre los cuales se apoya la unidad

Portanto, os direitos fundamentais são a emanção mais imediata dessa típica cultura do Ocidente. E sua *jusfundamentalidade* é decorrente dessa proximidade com esse parâmetro normativo, bem como – e consequentemente – do fato de serem necessários e garantidores do modelo constitucional. Novamente acompanhando Salgado (1996b, p. 15-16), “Há [...] determinados direitos que são matrizes de todos os demais; são direitos sem os quais não podemos exercer muitos outros. São os direitos fundamentais, direitos que dão fundamento a todos os demais”.

Desse modo, não há dúvida de que a cultura do Estado de Direito é a cultura da Liberdade. E é nesse sentido que Häberle (2003, p. 7) descreve os direitos fundamentais¹⁵:

“En el ordenamiento jurídico-constitucional de la Ley Fundamental, los derechos fundamentales poseen una doble significación: ellos mismos son ‘valores supremos’, y posibilitan al hombre hallar y actualizar valores, al tiempo que le garantizan el *status libertatis*. Los derechos fundamentales son, por un lado, expresión de un ordenamiento de libertad ya realizado y, simultáneamente, son presupuestos para que este ordenamiento se constituya de nuevo una y otra vez través de la actuación en libertad de todos. Se revelan, así, como componentes del conjunto constitucional del ordenamiento liberal de la Ley Fundamental. Muestran al Estado que los garantiza como ‘milieu de vie’ en el sentido de Hauriou” (HÄBERLE, 2003, p. 7).

Considere-se não uma liberdade atomista, particularizada, egoísta e individual, mas sim

política de un pueblo y cuya vigencia se reconoce como el supuesto más importante del surgimiento y formación incesante de esa unidad; el supuesto que – según la expresión de Rudolf Smend – da lugar a la *integración* de la unidad estatal” (SCHMITT, 2011).

¹⁵Falando da Lei Fundamental alemã, mas de modo que pode ser compreendido para todo modelo do Estado Democrático de Direito.

uma *liberdade concreta* e universal (STRECK, 2002, p. 129) – portanto, com a igual liberdade de todos os indivíduos e o reconhecimento de todos os cidadãos como igualmente livres; uma liberdade que só será possível em conjunto, na comunidade, racionalizada no Estado. Logo, uma *liberdade parametrizada em uma igualdade de todos os homens em uma humanidade comum*¹⁶. Assim, o Estado Democrático de Direito, rumo ao seu destino inexorável, que é a liberdade, e, conseqüentemente, a uma comunidade *concretamente livre*, fecha a tríade revolucionária francesa, encontrando na fraternidade – *necessária* – o elo que permite a concatenação, conexão e, principalmente, mútua complementação dos valores símbolos do Estado de Direito: liberdade e igualdade.

De tal sorte, os direitos fundamentais devem fomentar e manter as condições elementares para assegurar uma qualidade de vida igualmente digna a todos (CANOSA USERA, 2006). Quanto a esse ponto, vale a transcrição de uma passagem de Hesse sobre o significado dos direitos fundamentais:

“[...] eles só conseguem isso quando a liberdade da vida em sociedade resulta garantida em igual medida que a liberdade individual. Ambas se encontram inseparavelmente relacionadas. A liberdade do indivíduo só pode dar-se em uma comunidade livre; e vice-versa, esta liberdade pressupõe seres humanos e cidadãos com capacidade e vontade para decidir por si mesmos sobre seus próprios assuntos e para colaborar responsabilmente na sociedade publicamente constituída como comunidade. Estas circunstâncias revelam a singularidade, a estrutura e a função dos direitos fundamentais: garantem não apenas os direitos subjetivos dos indivíduos, mas também princípios objetivos básicos para o ordenamento constitucional democrático e do Estado de Direito, fundamentos do Estado constituído através dos ditos direitos e de seu ordenamento” (HESSE, 2001, p. 89).

Nessa medida, os *bens materialmente jusfundamentais* são aqueles que guardam conexão com o parâmetro normativo que rege o ordenamento e maximamente a categoria dos direitos fundamentais, qual seja, a Dignidade da Pessoa Humana. A par disso, estão os enunciados que racionalizam a proteção jurídico-normativa dos *bens materialmente jusfundamentais*. Nessa esteira, cada um dos princípios é prescrito por variados enunciados diferentes que podem essencialmente ser en-

¹⁶ Coutinho remete tal definição a Ratzinger: “as cartas constitucionais dos países ocidentais, fruto de um complexo processo de maturação cultural [...], baseiam-se na ideia de uma ordem de justiça, na *consciência* de uma *igualdade fundamental de todos na humanidade comum*”, cfr. *A Europa de Bento na Crise de Culturas*, trad., Braga, 2005, p. 54” (RATZINGER apud COUTINHO, s.d, grifo do autor). Waldron (2002, p. 2) faz formulação semelhante nos seguintes termos, “*we humans are, fundamentally, one another’s equals*”.

quadrados em três categorias: *significados permissivos* (permissões de comportamento no âmbito de bem em causa), *significados proibitivos* (interdição de comportamentos atentatórios do mesmo bem) e *significados prescritivos* (imposição de comportamentos imprescritíveis à sua salvaguarda) (COUTINHO, 2009b, p. 7).

Assim, entendemos que a própria compreensão da teoria e a categorização dos direitos fundamentais não podem encará-los de uma perspectiva eminentemente subjetiva. É própria da teoria axiológica dos direitos fundamentais a compreensão de sua dimensão objetiva e da objetividade dos enunciados, bens e plexo de direitos fundamentais (BÖCKENFÖRDE, 1993). E isso fica ainda mais claro com a passagem do reconhecimento da terceira geração de direitos fundamentais. Por exemplo, a dificuldade de individualização prática e mesmo teórica do *Direito subjetivo ao Meio Ambiente* – um típico direito fundamental de terceira geração – não deve ser empecilho para categorizá-lo como direito fundamental. Isso porque, com base no sistema do Estado Democrático de Direito como um Estado de Direitos Fundamentais, comprometido com uma *liberdade concreta* – logo, promotiva e comprometido com uma *integração em liberdade* dos cidadãos e da própria comunidade –, o toque do valor da liberdade chega aí mesmo, exatamente no reconhecimento mútuo de valores, direitos e deveres, ainda que em uma dimensão eminentemente objetiva.

Nesse diapasão, a impossibilidade da identificação da *imediate subjetividade* de um direito fundamental e o fato de ele apresentar, aparentemente, apenas uma dimensão objetiva não se coadunam com uma noção possível ao Estado Democrático de Direito. De fato, os valores que se apresentam na proteção de *bens materialmente jusfundamentais* – desse modo, intimamente relacionados ao parâmetro normativo necessário do Estado Democrático de Direito, a Dignidade da Pessoa Humana – estão imediata (dimensão subjetiva evidente) ou mediata (dimensão objetiva) vinculados à própria condição de existência do cidadão, consequentemente da comunidade¹⁷.

De forma complementar, podemos dizer, portanto, que *bens materialmente fundamentais* deverão ser enquadrados na categoria dogmática de direitos fundamentais mesmo quando protegidos por enunciados exclusivamente determinadores de tarefas estatais, ou de *significado prescritivo*. Ou seja, facilmente identificar-se-á a *jusfundamentalidade* do direito protegido por esse expediente normativo, mesmo quando ele

¹⁷E essa condição de existência entre cidadão e comunidade necessariamente tem de ser entendida como uma via de mão dupla, sendo impossível compreender o cidadão como um indivíduo de forma atomizada e dissociada de sua comunidade e de sua cultura – ele é parte do todo, bem como o todo é parte de cada um.

não possa ser identificado claramente em sua dimensão *exclusivamente* subjetiva. Isso ocorre justamente porque o fundamento da *jusfundamentalidade* não pode ser encontrado no argumento de uma decisão formal do legislador competente, mas sim na aproximação material que um direito fundamental (e do *bem materialmente fundamental* protegido) tem com o parâmetro normativo do Estado Democrático de Direito, que racionaliza sua própria *premissa cultural antropológica*.

Logo, deve-se reconhecer uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais destacada de sua dimensão subjetiva (SARLET, 2009, p. 141), de modo a não identificar relação necessária entre individualização e atomização dos bens protegidos, formas de proteção e enunciados que protegem *bens materialmente jusfundamentais*.

2. Relação entre jusfundamentalidade e as implicações da racionalização da proteção de um bem fundamental na categoria dogmática dos direitos fundamentais

Todavia, de que vale reconhecer a *jusfundamentalidade* de um direito? Quais as consequências desse reconhecimento?

Como dito, via de regra, é atribuída à categoria dogmática dos direitos fundamentais uma blindagem excepcional. Essa especial condição se dá justamente pelo fato de os valores albergados por esse véu serem bens extraordinariamente caros à comunidade jurídico-política e à ordem constitucional, e pelo fato de serem direitos sem os quais não podemos exercer muitos outros (SALGADO, 1996b, p. 15-16). São eles, conjuntamente com os princípios estruturais e organizacionais, o núcleo duro de uma ordem constitucional (SARLET, 2009, p. 61)¹⁸.

As normas constitucionais, via de regra, por si só já apresentam uma especial proteção em comparação à legislação ordinária – ao menos no esquema de constituição rígida vigente na CRFB –, seja no reconhecimento de maior grau hierárquico, seja no processo legislativo diferenciado. Nessa esteira, ainda é reconhecida aos direitos fundamentais uma excepcionalidade para além das próprias ressalvas legislativas da ordem constitucional.

As normas podem basicamente ser identificadas em seis características gerais no que diz respeito a seu especial gravame: a) no fato de as normas de direitos fundamentais serem tidas por universais e absolu-

¹⁸ Não por menos, o próprio artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, já em 1789, determinava: “sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

tas¹⁹; b) na inalienabilidade/indisponibilidade dos direitos fundamentais por seus titulares²⁰; c) na vinculatividade dos poderes constituídos (executivo, judiciário e, inclusive, legislativo), que têm suas escolhas, decisões, ações e controles norteados e parametrizados materialmente pelos direitos fundamentais; d) na aplicabilidade imediata (direta) das normas de direitos fundamentais²¹; e) no fato de as normas de direitos fundamentais gozarem de especial proteção (ou mesmo um real impedimento) quanto à possibilidade de emenda constitucional, devido a sua proteção na qualidade de cláusula pétrea; f) e, em observação a todas essas características, poderíamos inclusive identificar que as normas enunciativas de direitos fundamentais devem ser colocadas no grau hierarquicamente superior da ordem jurídica, nem que seja pelo fato de sua constitucionalização.

Entendemos essas seis características como comuns a todos os direitos fundamentais – ao menos na estrutura da CRFB. Contudo, se os quatro primeiros atributos são, mais ou menos, ampla e pacificamente reconhecidos pela doutrina como comuns a todos os direitos fundamentais, as duas últimas qualidades despertam alguma discussão.

Com relação à melhor leitura do art. 60²², no que diz respeito à impossibilidade de retirada ou modificação restritiva das normas de direitos fundamentais, existem basicamente duas posições divergentes. A primeira delas faz uma interpretação restritiva e literal do art. 60, § 4º, IV, indicando que só são albergados pela cláusula de impedimento de emenda/reforma (cláusula pétrea) os direitos e garantias individuais em sentido estrito. Ou seja, estariam fora da disposição do legislador constitucional derivado, tão somente, os direitos fundamentais de primeira geração, eminentemente individuais (DIMOULIS, MARTINS, 2012, p. 41). Essa interpretação só é possível com base em uma concepção formalista da teoria dos direitos fundamentais. Não é demais lembrar que, dessa perspectiva, o argumento de diferenciação e identificação do

¹⁹ Quanto à universalidade, quer-se dizer uma universalidade abstrata, enquanto característica essencial ao Direito. Naturalmente, haverá normas de direitos fundamentais que são direcionadas a determinados grupos de cidadãos, como os trabalhadores, as crianças ou os idosos. Contudo, isso não é o que se considera universalidade enquanto categoria essencial do Direito. Para maiores desenvolvimentos sobre as categorias essenciais do Direito, remetemos a Salgado (2007, p. 67).

²⁰ A questão da indisponibilidade raramente é questionada em abstrato. Entretanto, quanto a sua aplicação, vários podem ser os pontos de dúvida. Para um aprofundamento sobre o tema, remetemos à tese de doutorado de Martel (2010).

²¹ Compreendendo, inclusive, a possibilidade de judicialização para efetivação de tais direitos.

²² O artigo 60, § 4º, determina os impedimentos à possibilidade de emenda constitucional ou, em outros termos, as cláusulas pétreas da CRFB: “§ 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais”.

âmbito de proteção dos direitos fundamentais esteve à livre, absoluta e desterrada escolha do constituinte originário, que, com a redação do art. 60, § 4º, IV – “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais” (BRASIL, 1988) –, determinou essa condição de indisponibilidade (proteção por cláusula pétrea) somente aos direitos fundamentais de primeira geração.

Não podemos concordar com essa interpretação restritiva. Entendemos, tal qual já expressamos anteriormente, que os direitos fundamentais, por serem baseados em um argumento axiológico e culturalmente colocado (Dignidade da Pessoa Humana), estarão fora da disposição do legislador, inclusive do legislador constituinte originário, este também vinculado à racionalização da proteção desses valores em normas de direitos fundamentais (ALEXY, 2009, p. 7)²³. Portanto, entendemos ser inexorável o entendimento de que a cláusula de impedimento de reforma (emenda) constitucional no sentido restritivo (cláusula pétrea) estende-se e aplica-se a todos os direitos fundamentais, justamente por esses serem todos significativos e relacionados ao núcleo duro do próprio conceito de constituição (material) e estarem fora da possibilidade de retrocesso da ordem constitucional (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009, p. 259; SARLET, 2009, p. 422).²⁴

²³ Curiosamente, a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, destacada anteriormente, diz respeito ao direito à nacionalidade, direito este que não estaria albergado dentro do regime de cláusulas pétreas caso fosse levada a cabo a interpretação restritiva do enunciado do art. 60, § 4º, IV.

²⁴ Curioso que esse debate também se dá em Portugal. Melo Alexandrino, por exemplo, entende que a Constituição da República Portuguesa faz uma diferenciação do âmbito de proteção entre os direitos fundamentais. Para o autor, os *direitos, liberdades e garantias* (direitos, no geral, tipicamente individuais) estariam protegidos de forma diferenciada dos *direitos econômicos, sociais e culturais*, em virtude da literalidade dos artigos 19º, 6, e 20º, 5. Essa dife-

Do mesmo modo, a discussão acerca da existência de uma hierarquia entre as normas constitucionais é bastante controversa. O debate sobre o tema é extensíssimo e não pode ser aqui diretamente atacado e mais profundamente desenvolvido. Contudo, em se considerando os diversos parâmetros possíveis para a identificação da existência de hierarquia entre normas do ordenamento – por exemplo, o fato de as normas de direitos fundamentais serem normas norteadoras de interpretação de todas as outras normas do ordenamento, inclusive de outras normas constitucionais; o fato de elas sofrerem maiores impedimentos no que diz respeito à possibilidade de emenda constitucional, podendo mesmo falar-se em impedimento absoluto, a depender da interpretação que se dá às disposições relativas às cláusulas pétreas e à existência de um princípio de proibição do retrocesso no caso dos direitos sociais; ou, ainda, o fato de os direitos fundamentais serem o núcleo axiológico do Estado Democrático de Direito –, acreditamos haver, sim, uma hierarquia entre as normas constitucionais. Reconhecemos, assim, que normas de direitos fundamentais se encontram em patamar de superioridade hierárquica frente às demais normas da Constituição (formal). Independentemente dessa posição, hoje minoritária, fato é que a constitucionalização dos direitos fundamentais os põe em posição hierárquica superior, pelo menos, frente às normas infraconstitucionais. Portanto, ainda que não se reconheça aos direitos fundamentais hierarquia superior às demais normas constitucionais, é evidente o reconhecimento de sua posição *supralegal*.

E é a observância dessas características que faz patente o perigo de uma formalização – ou

rente proteção não representaria qualquer hierarquização entre os referidos direitos, mas tão somente uma *diferenciação* (ALEXANDRINO, 2007, p. 64).

de uma pretensa “neutralidade decisória” do legislador constituinte, de forma desterrada e descomprometida com qualquer compromisso axiológico – para a definição daquilo que vem a ser tido como direito fundamental. O não reconhecimento de tal compromisso com a *jusfundamentalidade* gera o risco de, como dito, *todo e qualquer conteúdo* poder ser protegido pelas garantias e proteções típicas da categoria dogmática dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, os direitos fundamentais relacionam-se à própria ideia de um Estado de Direito não neutro, mas sim comprometido com questões objetivas:

“El Estado de Derecho es, por tanto, lo contrario de poder autoritario o totalitario – o dominación arbitraria –, es decir, el concepto de una ordenación integral y libre de la comunidad política. Para salir al paso del doble peligro de una degeneración del Estado de Derecho formal reducido a mero ‘imperio de las leyes’ en un ‘Estado legalista’ o en un ‘Estado injusto’ legal, el principio de Estado de Derecho de la Ley Fundamental no sólo garantiza determinadas formas y procedimientos de actuación estatal, sino que contiene al mismo tiempo también elementos objetivos y metas, cuya realización se le encomienda al Estado a través de la formación del Derecho (Estado de Derecho material). A estos elementos objetivos pertenecen, en primer término, la protección y respeto de la dignidad humana, así como las libertades fundamentales y derechos ciudadanos, que el poder estatal tiene que observar como derecho directamente aplicable” (SCHNEIDER, 1979, p. 23-24).

Não há dúvida de que esse próprio plexo axiológico-cultural não é estático. Ele, pela própria essência da cultura ocidental, é dialético, aberto e em incessante expansão. Novas demandas tecnológicas, novos fatos, valores geram novas normas, novos direitos, fundamentais ou não, que têm de ser devidamente

guarnecidos pelo Direito. Contudo, é absolutamente imperiosa a necessidade de identificação da *jusfundamentalidade material* de um valor, para que só assim, então, se possa atribuir-lhe especial proteção por meio de sua racionalização na categoria dogmática de direito fundamental.

Conclusão

Não se está a defender uma fundamentação jusnaturalista da motivação da *jusfundamentalidade* dos direitos fundamentais. Longe disso, entendemos que o que garante essa *jusfundamentalidade* é uma fundamentação material culturalmente condicionada, como aponta Smend.

Uma fundamentação material da *jusfundamentalidade* não necessita – nem mesmo pode – criar um sistema fechado e aprisionado em bens estáticos e apriorísticos advindos de um dogma qualquer, quer religioso, quer racional. A *jusfundamentalidade material* dos direitos fundamentais, na verdade, está em constante movimento de transformação e modulação no processo cultural dialético do Estado de Direito. Não por menos é de se reconhecer a ininterrupta transformação, conhecimento e reconhecimento do rol de direitos fundamentais no caminhar do Estado de Direito rumo a seu destino necessário, que é a consolidação de uma comunidade livre, logo, de uma *liberdade concreta*.

Prova disso são os próprios direitos fundamentais de terceira geração, que surgem em um momento posterior aos direitos de liberdade do Estado Liberal e aos direitos de igualdade do Estado Social. Esse fato não impede que seja absolutamente imperativo reconhecer nesses a aproximação aos parâmetros da *premissa cultural antropológica* do Estado Democrático

de Direito: a Dignidade da Pessoa Humana. Por conseguinte, é inevitável reconhecer sua *jusfundamentalidade material*, independentemente do tratamento enunciativo dado pelos textos constitucionais.

Sobre o autor

Raoni Macedo Bielschowsky é doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), mestre em Ciências Jurídico-políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

E-mail: rmabel@hotmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês²⁵

NOTES ABOUT THE JUSFUNDAMENTALITY: OR, POINTS ABOUT THE PROBLEM TO CONSIDER ALL RIGHTS AS FUNDAMENTAL

ABSTRACT: This paper has as objective consider about the theoretical basis of jusfundamentality. Therefore, first is observed some common answers about the theoretical buildings to insert a right at de dogmatic category of fundamental right. After that, the text defends the necessity of an axiological-cultural basis, considering the demand to a material and substantive jusfundamentality.

KEYWORDS: JUSFUNDAMENTALITY. SUBSTANTIVE JUSFUNDAMENTALITY. ANTHROPOLOGICAL CULTURAL PREMISE.

Referências

AGRA, Walber M.; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. (Org.). *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. Estoril: Principia, 2007.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2009.

²⁵ Sem revisão do editor.

- BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. *Democracia constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoria e interpretação de los derechos fundamentales. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução de Ignácio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.
- BRUGGER, Winfried; LEAL, Monica Clarissa Hennig. Os direitos fundamentais nas modernas constituições: análise comparativa entre as constituições alemã, norte-americana e brasileira. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 28, jul./dez. 2007.
- CANOSA USERA, Raúl. ¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente?. *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, v. 7, p. 15-216, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.
- _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade moral da Constituição: da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009a.
- _____. Sobre a justificação das restrições aos Direitos Fundamentais. *Revista do CEJ*, [2º semestre 2009], Lisboa, n. 12, 2009b.
- _____. *Do que é a república: uma república baseada na dignidade da pessoa humana*. [S.d.]. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/397-446.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2015.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4 ed., Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- _____. *Por uma teoria dos direitos de bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior; Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2011.
- HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.
- _____. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.
- HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst et al. (Org.). *Manual de derecho constitucional*. Tradução Antonio López Pina. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*. São Paulo: Alameda, 2011.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Madrid: Dykinson, 1998.
- _____. *A luta pelo estado de direito*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. 461

p. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://works.bepress.com/leticia_martel/5/>. Acesso em: 12 ago. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Tomo IV.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OTERO, Paulo. *A democracia totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária: a influência do totalitarismo na democracia do século XXI*. Cascais: Principia, 2001.

_____. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Editora Almedina, 2008. v. 1

_____. *Direito constitucional português: identidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 1.

ROCKEFELLER, Steven. Comentários. In: TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. Tradução de Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996a.

_____. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 82, p.15-69, 1996b.

_____. O estado ético e o estado poético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, abr./jun. 1998.

_____. *A ideia de Justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHLINK, Bernhard; PIEROTH, Bodo. *Direitos fundamentais: direito estadual II*. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2008.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

SCHNEIDER, Hans-Peter. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en lo estado constitucional democrático. *Revista de Estudios Políticos*, n. 7, 1979.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Tradução José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VITALE, Ermanno. ¿Teoría general del Derecho o fundación de una república óptima?: Cinco dudas sobre la Teoría de los Derechos Fundamentales de Luigi Ferrajoli. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

WALDRON, Jeremy. *God, Locke and Equality: Christian Foundations in Locke's Political Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

Regulação da mídia, opressão e democracia

RICARDO CAVALCANTE BARROSO

Resumo: A ausência estatal na atuação dos meios de comunicação de massa é capaz de gerar exclusão e opressão. O setor econômico tem sido incapaz de construir um modelo de atuação dos meios de comunicação de massa que consiga contemplar liberdade, democracia e bem comum. Assim, o poder mobilizador e indutor da mídia vem sendo menosprezado pela sociedade e pelo estado, mantendo a sistemática exclusão dos grupos sociais minoritários e desfavorecidos. A Argentina, com a Ley de Medios, traz relevante e promissor modelo de regulação que inspira soluções democráticas. Por fim, resulta premente a necessidade de regulação da mídia com foco no atingimento do bem comum.

Palavras-chave: Mídia. Liberalismo. Democracia.

1. Introdução¹

A justificativa do presente estudo reside na importância da controvérsia em torno da necessidade de uma regulação estatal e social do uso dos meios de comunicação de massa, como providência capaz de realizar os valores fundantes de liberdade, igualdade e democracia numa perspectiva para além do liberalismo clássico.

A oportunidade do presente artigo é assegurada pela vigente discussão acerca do projeto de lei de iniciativa popular pela democratização dos meios de comunicação. O assunto, inclusive, chegou a ser debatido no dia 12 de novembro de 2013 no plenário 4 da Câmara dos Deputados. Há uma frente parlamentar pela Liberdade de Expressão e o Direito

Recebido em 21/12/14
Aprovado em 9/6/15

¹O presente estudo foi resultado de debates realizados durante a disciplina Comunicação, Construção e Democracia ministrada pelo Prof. Dr. Gustavo Ferreira no doutorado em direito da UFPE no período de março a julho de 2014.

à Comunicação com Participação Popular que tem como coordenadora a Deputada Luiza Erundina (PSB-SP).²

Pois bem. Percebe-se, como premissa, que os meios de comunicação de massa produzem influência decisiva na definição dos temas centrais da sociedade, ao tempo em que se constata sua captura por interesses eminentemente privatísticos, relegando o seu papel social estampado na Constituição Federal³ a um patamar marginal.

Disso decorre a necessidade de discutir a viabilidade de uma regulação estatal dos meios de comunicação, como instrumento destinado à promoção da democracia.

Articula-se a necessidade da presença do Estado como mecanismo de restauração da liberdade e da igualdade, haja vista que a falta de regulação degenerou a atuação dos meios de comunicação em detrimento de valores essenciais ao Estado Democrático de Direito.

A experiência argentina, por meio da denominada *Ley de Medios*, trará importante contribuição para influenciar o debate sobre a regulação da mídia no Brasil, em especial pelas premissas éticas e axiológicas estampadas no regime platino, bem como pela instituição de organismos como a Autoridade Federal de Serviços de Comunicação e o Conselho Federal de Comunicação Audiovisual, em especial por sua missão e sua composição plúrima.

Enfim, pretende o presente ensaio realizar uma abordagem avaliativa dos efeitos da ausência de regulação midiática contemporânea e propor reflexões sobre a imperiosa necessidade de sua regulação como pressuposto para a promoção de uma sociedade democrática e focada no bem comum.

2. O fracasso do *laissez-faire* na promoção da liberdade, da igualdade e da democracia

Nesse ponto, cumpre realizar um paralelo entre a necessidade de afirmação de um Estado Social, que tem natureza intervencionista, diante de um Estado Liberal que fracassou na garantia de valores centrais à sociedade, como liberdade, igualdade e democracia, e a realidade

² Iniciativa capitaneada pelo Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação (2013).

³ Art. 221 – A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (BRASIL, 1988).

atual em que impera a desregulação da mídia com os efeitos negativos que essa falta de controle gera para os mencionados valores.

É que, como sabido, é pilar central do Estado de Direito, ou denominado Estado Liberal, a busca pela limitação do papel do Estado na sociedade como meio de realização da liberdade e da igualdade. Pretendia-se afastar, assim, a opressão estatal então vigente no Estado absolutista até o fim do século XVIII.

Paulo Bonavides (2010, p. 172) bem evidencia que o Estado de Direito surge da afirmação individualista de direitos perante o Estado, um Estado que tinha por artigo de doutrina não intervir na sociedade e existir para o indivíduo como meio e nunca como fim.

Acontece que o Estado Liberal, sob o postulado do *laissez-faire*, defendia a abstenção do Estado no trato nas relações privadas, sob a perspectiva de que esse estimularia a ampla liberdade de opinião e do bem-estar social.

No entanto, a partir de meados do século XIX, diante do cenário de exploração radical da força operária ao redor do mundo, florescem doutrinas⁴ e manifestações⁵ que denun-

⁴Essencial a alusão ao socialismo após a publicação do Manifesto Comunista de Marx e Engels em 1848, que passou a representar uma espécie de grito de guerra do socialismo revolucionário, e a obra *o Capital* de Marx, que condensa a doutrina marxista.

⁵Pode-se citar a *Rerum Novarum* de Leão XII, como manifestação formal, clara e positiva da Igreja Romana, em 1891, na qual são explicitados indicadores do processo de falência do Estado Liberal, o qual, com seu absentismo estatal, foi complacente com a opressão das classes sociais mais frágeis, ferindo, assim, de morte, a liberdade e a igualdade dos indivíduos tão preconizadas pelo próprio liberalismo econômico. Cita-se trecho da introdução da *Rerum Novarum* que cuida da condição dos operários na época do documento religioso: "A sede de inovações, que há muito tempo se apoderou das sociedades e as tem numa agitação febril, devia, tarde ou cedo, passar das regiões da política para a esfera vizinha da economia social. Efectivamente, os progressos incessantes da indústria, os novos caminhos em que entraram as artes, a alteração das relações entre os operários e os patrões, a influência da riqueza nas mãos dum pequeno número ao lado da indigência da multidão, a opinião enfim mais avantajada que os operários formam de si mesmos e a sua união mais

ciam a ausência do Estado na economia e que buscam a intervenção do Estado como meio de restabelecer a liberdade e igualdade nas relações sociais corrompidas pela atuação desregada e nociva de um capitalismo voraz. Ao denunciar essa natureza opressora do Estado Liberal, pontua Maluf que o Estado se converteu no reino da ficção, com cidadãos teoricamente livres e materialmente escravizados (MALUF, 2010, p. 146).

A partir daí, marca-se a passagem do Estado Liberal para o Estado Social⁶ que busca corrigir não mais a opressão estatal, mas sim combater as mazelas do liberalismo clássico que, por mais contraditório que possa parecer, sob o postulado da liberdade, praticou opressão e abuso, negando o pretense bem estar social.

Ao denunciar esse cenário vigente ao final do século XIX, Owen Fiss (2007) expressamente afirma que o tema do dia, nessa época, era o alcance do poder estatal.

Nos Estados Unidos, por exemplo, passou-se a recorrer ao Estado como meio de limitar os excessos do capitalismo. Nessa época, afirma Fiss, produzem-se várias leis para regular setores da vida privada nos Estados Unidos, a exemplo das leis que regulavam a distribuição de licenças e loterias ou das leis que controlavam aspectos das relações laborais (número máximo de horas de trabalho, segurança do trabalho, trabalho de crianças e a vinculação a sindicatos) (FISS, 2007, p. 105).

Ao expor as mazelas decorrentes da ausência do Estado em um capitalismo feroz; desta-

compacta, tudo isto, sem falar da corrupção dos costumes, deu em resultado final um temível conflito."

⁶Maluf ainda alude ao Estado Evolucionista ou Social-democrático que procurou harmonizar verdades parciais e inegáveis existentes tanto no individualismo como no socialismo. Um Estado-composição representou uma evolução do Estado Liberal, intervindo na economia, colocando-se como árbitro nos conflitos entre capital e trabalho, mas sem ruptura (MALUF, 2010, p. 149).

ca Lefort (2008, p. 18) que, quando o mercado se estabelece na ausência de instituições democráticas e na ausência de um Estado capaz de fazer respeitar o direito, as devastações daí decorrentes são manifestas.

Da mesma forma, ao estabelecer um paralelo com a evolução estatal, a ausência de uma atuação do Estado na regulação dos meios de comunicação produz efeitos nefastos à liberdade, à igualdade e à democracia.

Não é por outro motivo que Stephen Holmes é direto ao defender que o poder privado no setor midiático representa uma ameaça tão grande à liberdade quanto ao poder público (HOLMES, 2007, p. 9).

Assim, no que toca aos meios de comunicação, é imperioso que se perceba tanto a sua influência na sociedade e quanto o modo por meio do qual o poder privado determina a sua utilização em direto prejuízo à realização de valores centrais à sociedade, como liberdade, igualdade e democracia. Por meio do controle da mídia, o poder econômico molda inclusive o modo de agir de indivíduos e grupos sociais.

Daí resulta que o espectro da opressão se desloca do Estado para o poder econômico que dita e impõe o modo de agir em cada situação, cuja configuração, não raro, distancia-se dos valores centrais de uma democracia.

3. Do papel (poder) da mídia na sociedade e a Teoria da Agenda

No final da década de 60, pode-se afirmar que a denominada *Teoria da Agenda* teve seu surgimento, principalmente, nos estudos desenvolvidos por Maxwell Mcombs (2009, p. 10) e Don Shaw, na Universidade da Carolina do Norte, em Chapel Hill. Na oportunidade, os dois estudiosos promoveram abordagens sobre como os meios de comunicação de mas-

sa influenciavam o resultado de eleições, por meio da intensidade e forma como as notícias eram divulgadas, e sobre qual a sua influência sobre eleitores indecisos.

A evidência da teoria é que os meios de comunicação de massa e as agências de notícias exercem uma poderosa influência na determinação de quais temas são colocados como mais importantes em um dado momento para uma determinada sociedade. É a transmissão da saliência do tópico da agenda da mídia para a agenda do público (MCOMBS, 2009, p. 43).

Disso se deduz que a atuação dos meios de comunicação é determinante para a formação de como compreendemos nossa realidade e podemos pautar nossos atos e decisões.

O que acontece é que a falta de atuação do Estado na regulação dos meios de comunicação, em lugar de promover a liberdade, acaba gerando opressão, na medida em que todo o poder de influência exercido pela mídia é determinado por grupos setorizados cujo objetivo central é eminentemente econômico.

Sobre essa incapacidade dos setores econômicos para promover uma atuação da mídia democrática e promotora do bem comum, válida a alusão a Fiss (2007) quando descreve que o mercado funciona sob uma estrutura restritiva, na medida em que apresenta questões de interesse e importância públicas de duas maneiras: primeiro ao privilegiar grupos seletos, por intermédio de programas e periódicos especialmente receptivos às suas necessidades e aos seus desejos; segundo, ao introduzir, na tomada de decisões editoriais e de programação, fatores que podem estar relacionados com a rentabilidade e eficiência, mas que têm pouco a ver com as necessidades democráticas do eleitorado (FISS, 2007, p. 112-113).

Com efeito, deduz-se de forma emergente que a simples “liberdade” dos grupos eco-

nômicos na condução da atividade midiática desprestigia a liberdade de expressão da maior parcela da população, além de ir de encontro à igualdade e à democracia.

Neste ponto, válida a alusão ao termo *isegoria*, que significa a igualdade de oportunidade de falar, para bem evidenciar a total discrepância com que os meios de comunicação agem diante da pauta ou da agenda social.

Na Grécia, havia a busca da igualdade como traço fundamental: dar aos cidadãos as mesmas possibilidades, sem olhar a categoria social, os meios de fortuna ou a cultura (FERREIRA, 1989).

Não se vai aqui analisar se existia, ou não, autêntica democracia em Atenas, mas apenas ressaltar a exaltação à igualdade naquela civilização, em especial no que diz respeito à isonomia, isegoria e isocracia, ou seja, igualdade de direitos, igualdade no falar e igualdade no poder, respectivamente (FERREIRA, 1989, p. 172).

Disso se evidencia que a necessidade de garantir a igualdade no falar é medida central para a noção de igualdade, mormente quando estamos a tratar da sociedade contemporânea na qual a comunicação exerce papel central e decisivo⁷.

Sobre o assunto, pode-se citar, como exemplo emblemático – tradutor, na contemporaneidade, da necessidade de garantir isegoria por meio da atuação do Estado –, a situação vivenciada nos Estados Unidos sobre a regulação do uso do espectro eletromagnético para funcionamento dos meios de comunicação no início do século passado.

Atenta Holmes (2007) que havia uma desordem gerada pela falta de regulação do uso do espectro eletromagnético antes dos anos trinta. É que o meu direito de falar é inútil a menos que minha voz possa ser escutada. Assim, na ausência de regulação, havia uma cacofonia de vozes decorrentes da superposição de transmissões inaudíveis. Por isso, a Federal Communications Commission (FCC) norte-americana foi bem recebida como uma política de trânsito, regulando o uso dos espectros, com o objetivo de prevenir interferências entre transmissões (HOLMES, 2007, p. 34).

Ora, observa-se que a intermediação estatal pela FCC, na situação descrita acima, em nada afetou ou prejudicou a atuação dos meios de comunicação. Ao contrário, viabilizou-os, já que o uso desregrado e tumultuado no espectro eletromagnético impedia a efetiva e plural liberdade de expressão e de imprensa.

⁷ Nesse sentido, Luhmann afirma que a comunicação é o elemento definidor do social (apud NEVES, 2013, p. 282). A função dos meios de comunicação de massa consiste em dirigir a auto-observação do sistema da sociedade. A mídia produz realidade, a partir da diferenciação do que é notícia e do que não é (LUHMANN, 2000, p. 139).

De igual modo, a invocação da isegoria como forma de garantir o igual direito de fala por meio de uma atuação promotora e regradora do Estado se faz pertinente para afastar o estado de desordem vigente em que há uma drástica desigualdade no papel de influência, na forma e no conteúdo, daquilo que é veiculado pelos meios de comunicação, em total detrimento do direito de informação da sociedade e da capacidade de autodeterminação popular.

Ou seja, a concessão do direito à voz, por meio da democratização de acesso aos meios de comunicação, não é um fim em si mesmo ou uma atividade a serviço do dinheiro, mas sim um meio ligado a um fim social. Convém destacar que o espectro eletromagnético tornou-se efetivamente um bem público por força de sua regulação, que se mostrou capaz de assegurar a defesa do bem comum ao disciplinar a participação de todos.

Entenda-se que a atuação do Estado não se dá na perspectiva de mero coordenador eficiente, mas de promotor do interesse público.

Dessa forma, a atuação ilimitada, e às raias do absolutismo, por parte do poder privado na atividade midiática produz, não raro, distorções que maculam a noção de igualdade, liberdade e democracia.

Sendo assim, também nas sociedades contemporâneas torna-se oportuno revisitar a noção de isegoria, a fim de melhor equilibrar as forças no seio social, contemplando posições e assuntos que não estão no foco central mercantilista dos meios de comunicação de massa.

Nesse sentido, Ferreira (2014) destaca que a ideia de isegoria pode ser recuperada, hoje, como forma de falar sobre condições adequadas para que, sem desequilíbrios, todos tenham voz nos espaços democráticos, todos tomem parte nas discussões sobre assuntos a serem decididos pelas instituições públicas.

Ora, a mídia integra a estrutura da sociedade com um papel central no que diz respeito à sua definição identitária, eis que o sistema mídia/meio de comunicação de massa exerce um papel de seletividade das diversas possíveis autodescrições da sociedade⁸.

A mídia define o saber científico dominante na opinião pública⁹.

Ou seja, a mídia constitui elemento decisivo, em uma sociedade democrática, para que as diversas formas de ver o mundo possam ter voz

⁸Após fazer considerações sobre a construção da realidade pelos meios de massa, Luhmann afirma que os meios de massa são um sistema que atende a uma função da sociedade moderna e que, como todos os outros sistemas que se encarregam de uma função na sociedade, deve sua alta capacidade de rendimento ao processo de diferenciação, à clausura operativa e à autonomia autopoietica do sistema (LUHMANN, 2000, p. 11-13).

⁹Marcelo Neves (2009, p. 29), citando Luhmann, afirma que nas mensagens que os meios de massa difundem no dia a dia e de fato a fato, cristaliza-se o que, na comunicação societária, é tratado como o saber.

e vez, assim como é decisiva para afirmar fatos e evidências que possam construir uma realidade vinculada à vivência real da maioria da população.

Assim, o funcionamento dos meios de comunicação de massa, sob a pauta exclusiva dos interesses econômicos, ceifa da sociedade o acesso isonômico à informação, impede que fatos importantes sejam levados ao conhecimento público da forma mais próxima aos fatos possível, assim como inibe a compreensão do mundo e a consequente participação popular nas grandes questões e dos efeitos das decisões que afetam a sociedade.

A configuração atual do controle da mídia, portanto, acarreta prejuízo à liberdade, à igualdade e à democracia.

4. Regulação da mídia e democracia

Exposto o contexto nefasto proporcionado pela ausência de regulação adequada (não arbitrária) da mídia, cumpre avançar na avaliação dos seus impactos sobre a democracia.

Diagnóstico relevante para o presente estudo é aquele anunciado por Santos e Avritzer (2011) ao considerarem que a expansão global da democracia liberal coincidiu com a sua própria crise, a qual foi marcada por duas patologias: a patologia da participação, sobretudo em vista do aumento dramático do abstencionismo; e a patologia da representação, calcada no fato de que os cidadãos se consideram cada vez menos representados por aqueles que elegeram (SANTOS; AVRITZER, 2011, p. 42)

Sobre a dimensão democrático-funcional da teoria republicana dos direitos fundamentais, Canotilho (2008, p. 34) observa como pontos de partida essenciais dessa teoria:

“[...] 1) o reconhecimento de direitos fundamentais aos cidadãos que deverão por estes ser exercidos, enquanto membros da comunidade e no interesse público; 2) o exercício da liberdade é um meio de garantia e de prossecução do processo democrático; 3) a vinculação do exercício dos direitos à prossecução de fins públicos justifica a sua articulação com a ideia de deveres; 4) a dimensão funcional justifica, em caso de abuso, a intervenção restritiva dos poderes públicos”.

Essa visão de Canotilho nos adverte prontamente de que a noção de ideal democrático e republicano impõe o exercício da liberdade como fim voltado ao interesse público, e não como livre agir inconsequente e descompromissado.

Sendo assim, busca o presente estudo demonstrar que o uso regulado dos meios de comunicação tem por diretriz autonômica¹⁰ e limitadora a função de provocar a sociedade, induzi-la à participação e pautar-lhe a discussão sobre informações centrais alusivas a decisões públicas fundamentais para a sua organização e funcionamento.

Dessa forma, a mídia deveria estar ancorada e marcada pelo respeito aos interesses sociais. Ou seja, neste aspecto, mister que haja uma limitação de conteúdo e de procedimento à mídia. A mídia não pode desprezar informações alusivas a decisões públicas fundamentais, nem tampouco se omitir do papel de indutor maior da sociedade.

Pensar que o absentismo estatal na seara midiática é premissa para o debate público é deveras pueril e desconhecedor da realidade. Como observa Fiss, a garantia da autonomia e da liberdade nessa área produzirá provavelmente um debate público dominado e constrangido pelas mesmas forças que dominam a estrutura social, razão pela qual a atuação corretora e reguladora do Estado se faz necessária para reequilibrar as relações e promover o bem comum (FISS, 2007, p. 110).

Por outro lado, não se deve menosprezar a possibilidade de haver distorções por meio da intervenção estatal. O receio do abuso do poder público também está presente, razão pela qual a vinculação central à promoção do debate sobre aspectos centrais ao interesse público e à indução à participação popular, são aspectos limitadores e sindicáveis da atuação promotora do Estado.

¹⁰ Autonômica na medida em que a função da mídia em uma sociedade democrática lhe garante autonomia, mas não de forma absoluta e descompromissada. A autonomia existe escrava da função exercida pela mídia, cuja atuação deve contemplar a realização de ideais democráticos capazes de formar uma sociedade justa e plural.

Fiss pondera o papel do Estado como força de contrapeso por meio da qual o Estado cria, dentro de seus organismos, processos ou mecanismos que aumentem o poder dos elementos mais débeis na sociedade (exemplo: oficinas de assessoramento público nos órgãos administrativos) e diminuam o poder daqueles que já dominam a estrutura social (exemplo: realização de audiências públicas) (FISS, 2007, p. 117).

Inegável que essa atuação de contrapeso do Estado é, de fato, essencial para o restabelecimento de relações mais igualitárias e, por corolário, participativas e democráticas.

O que se pondera, no entanto, é que a atuação do Estado deve ser inclusiva e controladora na medida em que corrija posturas dos meios de comunicação que se afastem de parâmetros de livre circulação de informações e da amplificação participativa da sociedade. Com a regulação, afasta-se o temido e opressor “estado de natureza”, visto que a instituição de regras paritárias estabelece uma ordem justa de inclusão e participação midiática e, dessa forma, serve ao interesse público.

Útil, nesse particular, a invocação feita por Holmes acerca da analogia do megafone utilizada pela Suprema Corte norte-americana ao julgar o caso *Red Lion*, em que a Corte afirmou que do mesmo modo que o governo pode limitar o uso do amplificador de som potencialmente tão ruidoso capaz de afogar uma expressão privada civilizada, o governo pode limitar o uso dos equipamentos de teletransmissões. E prossegue: “o direito de liberdade de expressão de um radiodifusor, do usuário de um equipamento de som, ou de qualquer outro indivíduo, não inclui o direito de aniquilar a liberdade de expressão dos outros” (HOLMES, 2007, tradução nossa, p. 37).

Assim, não nos parecem suficientes, embora necessários, mecanismos como criação

de televisões públicas ou subsídios estatais voltados a aumentar a qualidade do discurso público.

Ao que parece, o poder midiático precisa ter um nível de comprometimento com o interesse público compatível com o que lhe atribuiu a Constituição de 1988, com uma consequente promoção maior do interesse social, com funções bem definidas.

Não se trata de estatização dos meios de comunicação, mas de regulação de excessos e omissões graves.

As diversas tendências que disputam espaço na sociedade precisam ser alçadas ao debate público que é eficientemente pautado pelos meios de comunicação. Só assim haverá democracia e não a vigente aniquilação das versões minoritárias omitidas ou oprimidas pelo estado de natureza e pela desordem vigente.

Essa indocilidade¹¹ do regime democrático nos remete a um debate público rico e participativo em que os temas centrais e relevantes são lançados à arena pública, contemplando com equidade as possibilidades de afirmação das diversas visões de mundo.

Ao analisar a doutrina de Tocqueville, Claude Lefort bem observa que esse desejo de independência, essa indocilidade democrática, encontra satisfação na vontade de não deixar a um senhor, ou a um pequeno grupo, a faculdade de decidir as normas da sociedade (LEFORT, 2008, p. 25).

Ora, é preciso despertar para a realidade dos meios de comunicação e perceber que a falta de presença do Estado acaba por negar o princípio democrático, relegando todo o

¹¹ Tocqueville nos remete à reflexão da noção de igualdade que torna os homens independentes uns dos outros que leva ao amor à liberdade política, afastando o homem da servidão produzida pelo apego à propriedade: "Para mim, longe de reprovar à igualdade a indocilidade que ela inspira, é principalmente por ela que a louvo" (TOCQUEVILLE, 2004, p. 358).

poder de indução da mídia ao grupo economicamente mais forte e, em regra, numericamente reduzido, que pauta as necessidades e prioridades da vida social de acordo com suas premissas, sempre econômicas.

Sobre a ausência da avaliação dos meios de comunicação como variável a ser levada em conta quando se remete às teorias democráticas, importante a menção ao estudo desenvolvido por Domingues-da-Silva e Barros para quem o fluxo de informação é uma variável relevante nas relações de poder, assim: "A disponibilidade ou não de informações seria capaz de interferir na formação de preferências e, dessa forma, no comportamento estratégico de indivíduos e instituições racionais" (DOMINGUES-DA-SILVA; BARROS; 2013, p. 59).

Assim, mais do que útil, é necessária uma regulação da mídia capaz de, a um só tempo, limitar o excesso de influência meramente econômica a pautar a atuação dos meios de comunicação, ao mesmo tempo em que deve informar de maneira ampla e correta a sociedade. Assim, a regulação induzirá e capacitará a participação social sobre aspectos e decisões centrais na sociedade.

5. Alguns aspectos relevantes da regulação da mídia na Argentina: a Ley de Medios

Sem pretensões exaustivas, mas com ambição inspiradora, faz-se necessário mencionar uma experiência latino-americana na regulação dos meios de comunicação.

A regulação da mídia tem sido permeada de preconceitos e de posições antagônicas normalmente imbuídas de ideologias que dificultam o debate sobre tão sensível tema.

Apesar disso, fica cada vez mais evidente a necessidade de uma atuação mais conforma-

dora dos meios de comunicação para aproximá-los dos compromissos centrais de uma nação em sociedade, em especial na promoção de valores democráticos e do bem comum.

Nesse sentido, válida a referência à experiência argentina ao editar a denominada *Ley de Medios*¹², promulgada em outubro de 2009, que se compõe de 166 artigos e propõe mecanismos destinados à promoção, descentralização, desconcentração e incentivo à competição, com o objetivo de barateamento, democratização e universalização de novas tecnologias de informação e comunicação.

De importante alusão no contexto desse estudo é a afirmação constante no item 8º do artigo 1º da lei em análise, em que se reconhece expressamente a imensa repercussão que as tecnologias de informação e comunicação têm em praticamente todos os aspectos de nossas vidas; fato que vai ao encontro da premissa fundante deste estudo, qual seja, a admissão do papel marcante e pautador da mídia na formação da realidade social.

E mais, no item 9º, do mesmo artigo, podemos perceber que a lei argentina reconhece que as tecnologias da informação e comunicação são, e devem ser, instrumentos e não fins em si mesmas. Em assim sendo, há expectativa de que esse aparato tecnológico sirva de mecanismo eficaz para aprimorar a qualidade de vida de todos:

“Reconocemos que las TIC deben considerarse como un instrumento y no como un fin en sí mismas. En condiciones favorables estas tecnologías pueden ser un instrumento muy eficaz para acrecentar la productividad, generar crecimiento económico, crear empleos y posibilidades de contratación, así como para mejorar la calidad de la vida de todos. Por otra parte, pueden promover el diálogo entre las personas, las naciones y las civilizaciones” (ARGENTINA, 2009).

Ademais, no apartado 10 do mesmo artigo, há o desenvolvimento de uma dimensão ética da comunicação e da informação a qual está diretamente voltada para o bem comum.

Alguns pontos da lei argentina merecem destaque (MARINGONI; GLASS, 2012):

- Criação da Autoridade Federal dos Serviços de Comunicação Audiovisual, órgão autárquico e descentralizado, que tem a função de aplicar, interpretar e fiscalizar o cumprimento da lei;
- Criação do Conselho Federal de Comunicação Audiovisual da defensoria pública de serviços de comunicação audiovisual, para atender reclamações e demandas populares diante dos meios de comunicação;

¹² Lei nº 26.522, sancionada e promulgada em 10 de outubro de 2009.

– Combate à monopolização – nenhum operador prestará serviços a mais de 35% da população do país. Quem possuir um canal de televisão aberta não poderá ser dono de uma empresa de TV a cabo na mesma localidade;

– Concessões de dez anos, prorrogáveis por mais dez;

– Reserva de 33% dos sinais radioelétricos, em todas as faixas de radiodifusão e de televisão terrestres em todas as áreas de cobertura para as organizações sem fins lucrativos;

– Os povos originários terão direito a dispor de faixas de AM, FM e de televisão aberta, assim como as universidades;

Frisa-se que a *Ley de Medios* avança ao estatuir a criação de uma autoridade federal de serviços de comunicação, tal qual uma agência reguladora especializada, a qual, no entanto, está sujeita ao controle por parte dos sindicatos gerais da nação e da auditoria geral da nação. Além disso, a lei vincula a autoridade federal à irrestrita publicidade e transparência de seus atos, gastos, recursos, nomeações de pessoal e contratações¹³.

Ou seja, se, de um lado, a lei cria um mecanismo estatal de regulação; de outro, sujeita essa mesma autoridade ao controle social e institucional por autoridades públicas de órgãos de fiscalização, o que pondera e equilibra as forças, evitando ou inibindo excessos.

Ademais, a lei age para temperar os poderes da autoridade também na formação de seu diretório, o qual é formado por representantes do poder executivo, do congresso (partes da maioria e da minoria), do conselho federal de comunicação e da classe acadêmica.¹⁴

Na escolha desses representantes, a lei determina que seja realizada análise curricular dos candidatos à qual será dada publicidade, além de fixar mandatos pré-estabelecidos.

Por sua vez, importante considerar que a Autoridade Federal é constituída, ainda, de um Conselho Federal de Comunicação Audiovisual o qual tem por missão colaborar na formação da política nacional

¹³“La Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual será objeto de control por parte de la Sindicatura General de la Nación y de la Auditoría General de la Nación. Es obligación permanente e inexcusable del directorio dar a sus actos publicidad y transparencia en materia de recursos, gastos, nombramientos de personal y contrataciones”(Artigo 12 da lei)(ARGENTINA, 2009).

¹⁴“El directorio estará conformado por un (1) presidente y un (1) director designados por el Poder Ejecutivo nacional; tres (3) directores propuestos por la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual, que serán seleccionados por ésta a propuesta de los bloques parlamentarios, correspondiendo uno (1) a la mayoría o primer minoría, uno (1) a la segunda minoría y uno (1) a la tercer minoría parlamentarias; dos (2) directores a propuesta del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual, debiendo uno de ellos ser un académico representante de las facultades o carreras de ciencias de la información, ciencias de la comunicación o periodismo de universidades nacionales”(Artigo 14)(ARGENTINA, 2009).

sobre radiodifusão, além de ter uma composição plúrima composta por representantes das províncias argentinas, representantes dos prestadores de privados de caráter comercial, entidades sem fins lucrativos, universidades, entidades sindicais, entre outras (artigo 16 da lei)(ARGENTINA, 2009).

Só isso já demonstra que talvez a forma de garantir uma regulação justa que, ao mesmo tempo em que não esmague a liberdade do setor comercial midiático, possa contemplar o caráter público do serviço em direção do bem comum.

A abertura participativa e representativa parece, assim, ser o caminho para a criação de um ambiente regulatório contínuo, flexível e legítimo.

6. Conclusão

Em fecho, observa-se que é irrecusável o debate acerca do papel da mídia e do Estado na sociedade contemporânea.

Fica evidenciado que a ausência estatal na promoção de um ambiente midiático construtivo do bem comum é trágica. O setor econômico, por si, não tem a vocação e a condição de compatibilizar o desenvolvimento econômico e comercial com os fins sociais e autênticos da comunicação social.

Até porque a atividade dos meios de comunicação de massa, para além de uma mera propagação de informações advindas da realidade, exerce um papel de agendamento na sociedade capaz, no mínimo, de tornar centrais e evidentes temas que, não fosse pela mídia, não comporiam o cotidiano vivente ou a realidade social.

Essa capacidade mobilizadora e indutora da mídia é seu poder e, pelo mesmo motivo, necessita de regulação para que não seja desvirtuada em detrimento da sociedade.

Não se idealiza, por certo, um Estado dirigente e dominador, mas um Estado promotor que exerce a regulação por meio de órgãos e entidades abertas dotadas de participação plúrima da sociedade, de forma que os projetos regulatórios possam contemplar as diversas tendências e temas sociais.

Isso porque, numa pretensa democracia, é inconcebível admitir que um setor de atuação tão pujante e conformador da sociedade como a mídia venha a ser exercido sem contemplar as suas diversas tendências, até porque o serviço de radiodifusão é público e o espectro eletromagnético é um bem público.

É preciso repensar o conceito de isegoria na contemporaneidade para que os meios de comunicação sejam democratizados, com a outorga de mecanismos de difusão e de acesso à mídia às minorias e grupos sociais normalmente alijados da expressão midiática pela pouca relevância econômica que traduzem (ex. minorias étnicas, organizações representativas de grupos menos favorecidos, etc.).

Fica claro, no entanto, que a mera existência de rádios ou emissoras de televisão públicas não é suficiente para proporcionar isegoria e democracia nos meios de massa, na medida em que essas redes possuem pouca audiência e fraca capacidade de mobilização.

Enfim, no cenário latino atual, a experiência argentina, ao criar uma norma que funde desenvolvimento e bem comum por intermédio de mecanismos de participação social na formação dos órgãos centrais de regulação da mídia, brinda-nos com uma lei que se mostrou capaz de vencer as pressões contrarregulatórias.

A solução argentina traz promissor exemplo para a construção de um modelo de regulação na América Latina, e, em especial, no Brasil.

Sobre o autor

Ricardo Cavalcante Barroso é doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Procurador Federal em atuação na Procuradoria-Seccional Federal em Caruaru.

E-mail: rbarro@bol.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁵

MEDIA REGULATION, OPPRESSION AND DEMOCRACY

ABSTRACT: State acting in the absence of mass media is able to generate exclusion and oppression. Economic sector has been unable to build a model of performance of mass media to get contemplate freedom, democracy and the common good. Thus, the power and inducing mobilizer media comes by being slighted society and the state, keeping the systematic exclusion of social groups and minority disadvantaged. Argentina, with its Law of Media, brings material and promising model of regulation that inspires democratic solutions. Finally, there is a pressing need of media regulation with focus on obtaining the common good.

KEYWORDS: MEDIA. LIBERALISM. DEMOCRACY.

Referências

ARGENTINA. *Ley 26.522*. [Ley de Medios]. Ley de servicios de comunicación audiovisual. Congreso Argentino, Buenos Aires, 10 out. 2009. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/155000-159999/158649/norma.htm>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, J. J. G. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DOMINGUES-DA-SILVA, Juliano M.; BARROS, Chalini T. Gonçalves de. O que significa “democratização da comunicação”? limites e possibilidades de enquadramentos teóricos a partir de modelos de democracia. *Revista Política Hoje*, v.22, n.1, p. 47-72, 2013.

FERREIRA, Gustavo. *Vínculos entre comunicação e democracia na Grécia antiga*. 2014. [Texto inédito divulgado durante as aulas da disciplina Comunicação, Construção e Democracia no doutorado em direito da UFPE no período de março a julho de 2014].

FERREIRA, José Ribeiro. *Atenas, uma democracia?* [Conferência realizada na Faculdade de Letras do Porto, em 17.4.1989]. Porto Alegre: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 1989. Disponível em: <<http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/2597.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

¹⁵ Sem revisão do editor.

FISS, Owen. Por qué el Estado? In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Trotta: Madrid, 2007. p. 105-119.

FÓRUM NACIONAL PELA DEMOCRATIZAÇÃO DA COMUNICAÇÃO - FNDC. *Lei da mídia democrática será debatida na câmara nesta terça (12)*. FNDC, 11 out. 2013. Disponível em: <<http://www.fndc.org.br/noticias/lei-da-midia-democratica-sera-debatida-na-camara-nesta-terca-12-924328/>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

HOLMES, Stephen. Restricciones liberales al poder privado?: reflexiones sobre los orígenes y las justificaciones de la regulación del acceso a los medios de comunicación. *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*, n. 26, p. 7-48, abr. 2007.

IGREJA CATÓLICA. Papa (1878-1903: Leão XIII). *Rerum novarum*: carta encíclica de sua Santidade o papa Leão XIII sobre a condição dos operários. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 1891. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 18 ago. 2015.

LEFORT, Claude. Liberalismo e democracia. Tradução de Eliana Maria de Melo Souza. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v.13, n. 25, p. 12-26, 2008.

LUHMANN, Niklas. *La realidad de los médios de masas*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico/Rubí: Universidad Iberoamericana/Anthropos Editorial, 2000.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINGONI, Gilberto; GLASS, Verena. A regulação da mídia na América Latina. *Revista desafios do desenvolvimento*, ano 9, edição 71, 8 maio 2012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?view=article&catid=28%3Areportagens-materias&id=2723%3Aa-regulacao-da-midia-na-america-latina&tmpl=component&print=1&layout=default&page=&option=com_content&Itemid=23>. Acesso em: 17 ago. 2015.

MCOMBS, Maxwell. *A teoria da agenda: a mídia e a opinião pública*. Tradução de Jacques A Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2009.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2009.

NEVES, Fabrício Monteiro. A verdade como comunicação: notas sobre a sociologia do conhecimento científico e a teoria dos sistemas sociais. In: DUTRA, R.; BACHUR, J.P. (Org.). *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2013. p. 279-296.

SANTOS, B. S.; AVRITZER, L. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, B.S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Record, 2011.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

Uma leitura da hermenêutica constitucional sob a ótica de Karl Larenz e sua aplicação na discussão da redução da maioria penal

ARTHUR MACIEL MOTTA

Resumo: O presente artigo pretende analisar as propostas de mudanças legislativas para a redução da idade de responsabilização penal no Brasil. A discussão do tema terá como pano de fundo os ensinamentos doutrinários sobre a hermenêutica constitucional de Karl Larenz, aprofundada com a análise de Inocêncio Mártires Coelho e acrescida da visão de Friedrich Müller sobre a forma de integralização da norma jurídica. Os escritos desses três doutrinadores, associados a algumas ideias de Karl Loewenstein, bastam para dar forma à estrutura do conhecimento necessária aos objetivos deste artigo. A pesquisa realizada nas matérias em tramitação no Senado Federal teve como batente longo o ano de 1996, e como limite próximo o ano de 2013. Com os dados levantados, será possível fazer um quadro bem próximo do real para a análise interpretativa que este trabalho tem por escopo alcançar, sem o peso de uma miríade de exemplos que tornariam a leitura pouco convidativa.

Palavras-chave: Hermenêutica constitucional. Criminalidade de adolescentes. Maioridade penal. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Introdução

Este artigo pretende analisar as propostas de mudanças legislativas para a redução da idade de responsabilização penal no Brasil. A discussão do tema terá como pano de fundo os ensinamentos doutrinários sobre a hermenêutica constitucional de Karl Larenz, aprofundada com a análise de Inocêncio Mártires Coelho e acrescida da visão de Friedrich Müller sobre a forma de integralização da norma jurídica. Os es-

Recebido em 25/11/14
Aprovado em 24/4/15

critos desses três doutrinadores, associados a algumas ideias de Karl Loewenstein, bastam para dar forma à estrutura do conhecimento necessária aos objetivos deste artigo. A pesquisa realizada nas matérias em tramitação no Senado Federal teve como batente longo o ano de 1996, e como limite próximo o ano de 2013. Com os dados levantados, será possível fazer um quadro bem próximo do real para a análise interpretativa que este trabalho tem por escopo alcançar, sem o peso de uma miríade de exemplos que tornariam a leitura pouco convidativa.

A possibilidade de redução da idade de responsabilização penal do patamar de dezoito anos tem sido assunto recorrente no Congresso Nacional. O tema cresceu muito de importância ao longo desses últimos anos, em função não só do aumento da participação de menores de dezoito anos em crimes violentos, mas também pela repercussão dos noticiários televisivos nos lares do país. A linha programática adotada pela mídia nacional e internacional parece ser a da necessidade do encarceramento do adolescente infrator como se adulto fosse.

A discussão do tema desenvolve-se em três etapas. A primeira delas trata do embasamento doutrinário relativo à interpretação constitucional aplicada à discussão da possibilidade de mudança da Constituição para a redução da idade de responsabilização penal. Para tanto, são apresentados e discutidos ensinamentos de Karl Larenz, estudadas análises de Inocêncio Mártires Coelho e mostrado o pensamento de Friedrich Müller, relativo à teoria estruturante do direito.

Na segunda etapa do desenvolvimento, esses fundamentos doutrinários são colocados em face dos resultados da pesquisa realizada nos textos das propostas de emenda que tencionam alterar o art. 228 da Constituição, nas

justificações de seus signatários e nas notas taquigráficas das discussões travadas na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. Essa parte do texto, então, apresenta o cerne da discussão do tema – a redução da maioria penal por mudança constitucional –, analisando a argumentação dos defensores das propostas em confrontação com as assertivas dos doutrinadores escolhidos para facilitar a análise do estudo da constitucionalidade das mudanças propostas.

A terceira seção do texto procura investigar a possibilidade de, mantendo a idade de responsabilização penal prevista no art. 228 da Constituição Federal, alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente, para desconsiderar determinadas limitações aos casos de menores infratores que atuam com violência contra a pessoa. Com esse foco, inicia a explanação sobre o embasamento doutrinário escolhido para o desenvolvimento do tema.

1. A interpretação-aplicação das leis na visão de Karl Larenz

1.1. A função da interpretação

De há muito, a necessidade de interpretar os fatos e os dispositivos legais se mostra indiscutível no campo do direito. O mais simples enunciado somente ganha corpo quando interpretado. E vida, ele só terá, quando surge um fato concreto ou idealizado que necessita da aplicação de uma norma jurídica, aplicação essa que será um *ir e vir* à interpretação do fato e à interpretação dos dispositivos da legislação, que serão integralizados para a consubstancialização da norma jurídica criada para o caso em análise. Pensa-se, interpretando!

Inocêncio Mártires Coelho constrói, com maestria, nos seus escritos sobre a hermenêu-

tica filosófica e a hermenêutica jurídica, o raciocínio explicativo que caracteriza a necessidade de interpretação em todos os passos da análise jurídica. Para o golpe de misericórdia nos que ainda não entendem a clara vertente, o mestre se vale, em seus Fragmentos (COELHO, 2010, p. 22), das constatações de Friedrich Nietzsche: “Não existem fatos, mas apenas interpretações de fatos, assim como não existem fenômenos morais, mas apenas uma interpretação moral dos fenômenos, e tudo isso já é uma interpretação. Não há experiência de verdade a não ser como ato interpretativo” (NIETZSCHE, 2002, p. 157).

A primeira análise hermenêutica de um texto de que me dei conta foi, durante as aulas de catecismo, a da passagem bíblica da parábola do bom samaritano. Como que num preâmbulo dela, para por à prova o Cristo, um doutor da lei levanta e pergunta: “Mestre, que devo fazer para possuir a vida eterna?” Jesus lhe responde com uma pergunta que pede ao interlocutor uma interpretação: “Que está escrito na lei? Como lê tu?” (LUCAS 10, 25-37). Ora, o que Jesus queria saber quando perguntava como o doutor da lei lia o que estava escrito na lei? Hoje, um pouco mais esclarecido, me apego ao prosseguimento desse diálogo bíblico para bem caracterizar o processo de interpretação e, na estrada de dupla via, de aplicação da lei. Para responder a Jesus, o doutor da lei compõe uma norma, integralizando dispositivos dos Livros Judaicos do Deuteronômio (Deut) e do Levítico (Lev). Diz ele: “Amarás o Senhor teu Deus de todo o teu coração, de toda a tua alma, de todas as tuas forças e de todo o teu pensamento” (Deut 6, 5) e “amarás o teu próximo como a ti mesmo” (Lev 19, 18). Concordando com o que disse o doutor da lei, Jesus conta a parábola do bom samaritano (os judeus não toleravam os samaritanos) e, ao fazê-lo, amplia o escopo da interpretação con-

tida na norma integralizada pelo doutor da lei, para apresentar o conceito de amor incondicional, que será a base de Seu mandamento final: “Amarás o teu próximo como Eu vos amo” (João 15,12).

Uma reflexão sobre a reflexão feita pelo Verbo encarnado mostra que todo cuidado é pouco com os que dizem que determinado texto não deixa dúvidas ou que a regra é clara. Os dispositivos de lei são como compostos explosivos plásticos, daqueles utilizados para destruições subaquáticas, que tendem a se amoldar às superfícies com as quais são colocados em contato. O ato de interpretar é como o ato de respirar! Não há como escapar dessas duas realidades – respirar e interpretar –, enquanto ser vivo dotado de razão.

A necessidade de interpretação das leis fica bem caracterizada quando Inocêncio Mártires Coelho nos diz, em suas aulas, que os conceitos com que trabalha o aplicador não têm valores determinados e que a proposição jurídica (como explosivo plástico que se amolda, conforme falei) não tem conteúdo fixo. Não há como aplicar uma norma jurídica composta para um caso sem antes averiguar o conteúdo dos dispositivos legais que a conformam (LARENZ, 1997, p. 439).

Karl Larenz, ao explicar a função da interpretação no processo de aplicação da lei, ensina que a interpretação da lei é um procedimento de dupla via, “em cujo decurso se conforma a situação de fato definitiva enquanto enunciado, a ‘partir da situação de fato em bruto’, atendendo às proposições jurídicas potencialmente aplicáveis, e se precisa o conteúdo das normas a aplicar, atendendo mais uma vez à situação de fato, tanto quanto seja necessário” (LARENZ, 1997, p. 439). A atividade de mediação, que caracteriza a missão do intérprete, surge quando da necessidade de aplicação da norma jurídica integralizada; melhor dizendo,

surge no processo de construção, no processo de integralização dessa norma para sua aplicação a um caso concreto ou a um caso idealizado para análise.

Além da questão posta por Friedrich Nietzsche – que critica o positivismo como doutrina que está presa ao fenômeno da existência apenas de fatos, afirmando que “justamente fatos é o que não há, e sim apenas interpretações” (NIETZSCHE, 2002, p. 164-165) –, a imperiosa necessidade de interpretar, para o campo do direito, possui duas nuances bem específicas, segundo Karl Larenz. A primeira delas diz respeito à constatação de que o texto da norma utiliza a linguagem corrente, que, por sua vez, está eivada de conceitos cujo âmbito não estão rigorosamente fixados, bem como deriva de representações gerais e de estruturas que possuem contornos imprecisos. Como consequência, a linguagem jurídica trabalha com “termos mais ou menos flexíveis, cujo significado possível oscila dentro de uma larga faixa e que pode ser diferente segundo as circunstâncias, a relação objetiva e o contexto do discurso, a colocação da frase e a entoação de uma palavra” (LARENZ, 1997, p. 439). O segundo ponto apontado por Karl Larenz para justificar a necessidade da interpretação dos textos jurídicos resulta da possível situação, segundo a qual duas proposições jurídicas estão a prescrever, para o caso concreto, consequências jurídicas que se excluem reciprocamente. Sobre esse quesito, Karl Larenz discorre acerca do ângulo de abordagem que se faz do texto e do nível de conhecimento que o intérprete tem do que se está a discutir. Diz ele:

“O texto nada diz a quem não entenda já alguma coisa daquilo de que ele trata. Só responde a quem o interroga corretamente. A pergunta é previamente dada àquele que quer aplicar a lei pela situação de fato em bruto e pela sua transformação em situação de fato definitiva. Para formular corretamente, precisa conhecer a linguagem da lei e o contexto de regulação em que a norma se encontra. Pelo menos aí, no modo de formulação da pergunta, reside a participação, que se não pode passar por alto, do intérprete no resultado da interpretação. Pois que a formulação da pergunta limita também, ao mesmo tempo, as respostas possíveis (LARENZ, 1997, p. 441).”

Outro ponto que Karl Larenz enfrenta é a questão do que deve ser priorizado na interpretação de um dispositivo de lei: se seria a vontade do legislador quando da feitura da lei ou o sentido normativo atual da lei. Antes de discorrer sobre seu posicionamento, Karl Larenz explica as duas teorias que governam a discussão. A teoria subjetivista ou teoria da vontade “considera escopo da interpretação a indagação da vontade histórico-psicológica do legislador” (LARENZ, 1997, p. 445). Para os adeptos dessa teoria – entre os quais Karl Larenz nomeia Ber-

nhard Windscheid (1817-1892), dentre outros –, cresce de importância a consulta às justificativas das proposições legislativas, às exposições de motivos, às notas taquigráficas das discussões durante a instrução das matérias nas comissões e durante as discussões e votações nos plenários das Casas Legislativas, às justificativas de vetos, quando ocorrem, bem como à contextualização no quadro político-social e econômico vivido pelo legislador ao tempo em que discutiu e aprovou a lei.

A segunda teoria é a objetivista ou teoria da interpretação imanente à lei, que prioriza a “exploração do sentido que é inerente à lei” (LARENZ, 1997, p. 445). Para os defensores dessa teoria como prioritária, os dispositivos legais ganham vida própria e atual, apartados das motivações e das situações que levaram à confecção da lei pelo legislador histórico, aquele que a discutiu e aprovou, bem como dos legisladores posteriores que, podendo, não a modificaram. Karl Larenz (1997, p. 445) cita Gustav Radbruch (1878-1949) como um dos partidários dessa visão. Os adeptos dessa teoria, ao priorizarem o sentido normativo da lei, analisam os dispositivos da lei a aplicar sob as lentes da atualidade, da cultura do local e do tempo em que vivem.

Ao analisar as duas teorias, Karl Larenz (1997, p. 446) credita a ambas um quinhão de acerto. Reside verdade na teoria subjetivista porque, não sendo a lei jurídica uma lei natural, mas fruto de uma vontade dos homens direcionada para as necessidades da população e ao estabelecimento de uma ordem justa, nas suas entrelinhas estão “uma determinada intenção reguladora, estão valorações, aspirações e reflexões substantivas, que nela acharam expressão, mais ou menos clara. Vinculação à lei [...] significa tanto o texto da lei, como as valorações do legislador (histórico) que lhe estão subjacentes” (LARENZ, 1997, p. 446).

A teoria objetivista, segundo Karl Larenz (1997, p. 446), possui boa dose de verdade no seu conteúdo, pois, diz ele, “uma lei, logo que aplicada, irradia uma ação que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador tinha intentado. A lei intervém em relações da vida diversas e em mutação, cujo conjunto o legislador não podia ter abrangido”. Com o passar do tempo, a lei adquire vida própria, apartada das conjecturas postas pelos parlamentares como justificativas para a sua aprovação.

Sem desconsiderar a utilidade da viagem de retorno aos fatos que motivaram o legislador histórico e às suas ponderações quando da discussão e votação da lei – o que, por vezes, pode ser uma busca esclarecedora para o entendimento do texto da lei e a consequente integralização da norma a aplicar –, penso que a teoria objetivista fala mais alto. Não avalio ser possível interpretar um dispositivo de lei sem as lentes construídas pelo cotidiano vivido pelo intérprete, bem como pelas condicionantes sociais que o aprisionam, que o afastam do real e o fazem ser, pensar e agir como uma pessoa com os antolhos de seu tempo, que enfrenta e procura soluções para um problema atual.

A par disso, é de se notar que o Congresso Nacional, no mais das vezes, não aprova o texto ideal de uma lei. As Casas Legislativas aprovam o texto possível, em função do jogo imposto pela disputa entre a Maioria e a Minoria, bem como – e mais que isso – em função da atuação de forças sociais predominantes, muitas das quais andam pelos tapetes e pelos bastidores do Parlamento, à noite, influenciando sobremaneira a formação dos textos legais. A leitura do contexto e das influências que participaram da formação da lei é importante para o seu entendimento e sua aplicação. Porém, há muito do processo legislativo que não aparece claramente. Há detentores invisíveis

do poder, muito bem esquadrihados por Karl Loewenstein (1957, p. 16), o que torna a tarefa de interpretar as intenções do legislador histórico quase que algo inatingível.

Os detentores do poder oficiais, legítimos e visíveis – o governo, o parlamento, o eleitorado, as cortes de justiça quando no controle de constitucionalidade das leis, e os partidos políticos – podem ser identificados sem dificuldade no texto da Constituição. Isso não acontece, consoante observação de Karl Loewenstein, com os detentores do poder invisíveis, não oficiais e ilegítimos, que requerem para sua localização e identificação, em cada caso, uma análise sociológica da realidade do processo de poder. Para Karl Loewenstein (1957, p. 16), descobri-los seria como tentar identificar o manipulador dos fios que, nos bastidores, move as marionetes ou como abrir uma caixa chinesa que tem no seu interior outra caixa menor e assim por diante, numa cadeia sem fim de ilusão e realidade. Por vezes, o detentor não oficial do poder é um conselheiro pessoal de um detentor legítimo do poder, cuja capacidade de persuasão está ligada a um cargo que desempenha; noutras, é uma eminência parda, cuja influência permanece oculta no lusco-fusco do anonimato.

As influências de detentores invisíveis no processo de poder, que passam ao largo da regulação constitucional, desafiam, segundo Karl Loewenstein (1957, p. 16), qualquer classificação. Se identificá-los já é difícil, muito mais seria perceber, num primeiro momento, as suas influências e manobras. Na sociedade tecnológica de massas que surgiu na década de 1950, um novo tipo de detentores do poder não declarados tomou corpo na forma de grupos plurais (grupos organizados de interesses) que tinham acesso e buscavam dominar os meios de comunicação de massas.. Para Loewenstein (1957), o fenômeno político mais significativo

da sociedade tecnológica de massas da época era, em comparação com períodos anteriores, a infiltração e a penetração no processo político de grupos plurais e de seus pontas de lança, os grupos de pressão e os *lobbies*.

No constitucionalismo democrático, os destinatários, quando analisados como eleitorado, foram guindados a detentores do poder político, o que tornou a formação da opinião pública e sua modelagem o aspecto mais importante da dinâmica do poder na sociedade pluralista contemporânea (LOEWENSTEIN, 1957, p. 16-17). Consequentemente, na sociedade contemporânea, os detentores invisíveis do poder devem ser identificados como os grupos plurais que coordenavam a lealdade dos seus membros, apoiadores e simpatizantes, e seus pontas de lança – grupos de pressão e *lobbies* –, que buscam o comando e o controle da mídia de massa, com o objetivo de modelar a opinião do eleitorado em função dos seus interesses (LOEWENSTEIN, 1957, p 17). Fruto dessa análise, Karl Loewenstein avaliou que, para se qualificar o caráter de um sistema político, era necessário verificar se o acesso aos meios de comunicação de massa, bem como seu uso estão igualmente divididos por todos os detentores do poder e grupos plurais ou se estão nas mãos de um único detentor do poder ou de privilegiados grupos plurais. Tudo isso remete à conclusão de que o texto legal, uma vez publicado, ganha vida própria, devendo, como tal, ser interpretado. A busca às intenções do legislador deve ser feita com reservas.

1.2. Os critérios de interpretação

Karl Larenz deixa claro que “a interpretação não deve ser deixada ao arbítrio do intérprete, mas decorrer de modo seguro e comprovável”, o que o leva a definir que “é preciso ter determinados critérios de interpretação

em conformidade com os quais o intérprete se possa guiar” (LARENZ, 1997, p. 449-450). No bojo desses critérios estabelecidos pela metodologia jurídica, há espaço tanto para os que “estão orientados à vontade do legislador histórico”, com as reservas apontadas, quanto “os que se orientam a uma conexão normativa de sentido que a transcenda” (LARENZ, 1997, 450). Larenz lembra que Savigny já distinguia os critérios gramatical, lógico, histórico e sistemático da interpretação, assinalando que eles não deveriam ser analisados isoladamente, mas sempre de modo conjunto (LARENZ, 1997, p. 450).

Ao discorrer sobre o critério de interpretação do sentido literal, Karl Larenz assevera que toda a interpretação de um texto deve ter início por esse critério. O legislador emprega a linguagem geral e corrente, vez que “aquele que quer dizer algo usa as palavras no sentido em que comumente são entendidas”, bem como “serve-se em grande escala de uma linguagem técnico-jurídica especial, na qual ele se pode expressar com mais precisão, e cujo uso o dispensa de muitos esclarecimentos circunstanciais” (LARENZ, 1997, p. 451). Por ser a linguagem jurídica um caso especial da linguagem geral e corrente, ela não é uma linguagem simbolizada, desligada da linguagem geral. A consequência dessa constatação é que a linguagem jurídica “não é capaz de alcançar a exatidão de uma linguagem simbolizada, de maneira que os seus termos continuam a necessitar de interpretação” (LARENZ, 1997, p. 451).

A interpretação primeira, escorada na literalidade do texto legal, encontra batentes no sentido literal possível, compreendido por Karl Larenz (1977, p. 454) como “tudo aquilo, nos termos do uso linguístico, que seja de considerar como determinante em concreto – mesmo que, porventura, em circunstâncias especiais –, pode ainda ser entendido como o que com esse termo se quer dizer”. O sentido literal é, portanto, o ponto de partida da interpretação de um texto e, ao mesmo, tempo, o limite dessa mesma interpretação.

O contexto significativo da lei também influi sobremaneira na sua interpretação. Ele determina “a compreensão de cada uma das frases e palavras, tal como também, aliás, a compreensão de uma passagem do texto é codeterminada pelo contexto” (LARENZ, 1997, p. 457). O sentido de uma proposição jurídica somente é captado quando se considera que ela é parte da legislação à qual pertence. Karl Larenz (1997, p. 457) explica que “uma lei é constituída, as mais das vezes, por proposições jurídicas incompletas – a saber: aclaratórias, restritivas e remissivas – que só conjuntamente com outras normas se complementam numa norma jurídica completa ou se associam numa regulação”.

Os passos dados até aqui com Karl Larenz abrem caminho para o prosseguimento da formação doutrinária necessária à discussão, que se

fará mais à frente, sobre a redução da maioria penal no Brasil. Nessa sequência, torna-se valiosa a análise do trabalho hermenêutico aplicado na conformação das normas constitucionais. Nesse mister, após a base fornecida por Karl Larenz, este artigo passa a buscar suporte no pensamento de Inocêncio Mártires Coelho, pela forma didática em que o professor apresenta os fundamentos que consubstanciam os métodos de interpretação constitucional. Na sequência, o estudo se apoiará na teoria estruturante do direito, de Friedrich Müller, pela aplicação direta que os seus ensinamentos concedem à discussão sobre a melhor interpretação dos preceitos constitucionais que disciplinam a inimputabilidade de crianças e adolescentes.

1.3. Os métodos de interpretação constitucional

Inocêncio Mártires Coelho (2011, p. 47) define a interpretação de um preceito jurídico como uma atividade intelectual que tem por objetivo “tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas”. Segundo ele, para muitos juristas, a interpretação constitucional não difere, em essência, da interpretação jurídica das normas infraconstitucionais, mas quase todos reconhecem que “para a exegese da Constituição devam empregar-se regras ou técnicas de interpretação peculiares, distintas das que se utilizam noutros documentos normativos” (COELHO, 2011, p. 45). As diferenças nas técnicas de interpretação estão ligadas às distinções significativas entre lei e Constituição, pois o constitucionalismo moderno tem como postulados “mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; mais juízes que legisladores; e mais Constituição do que lei” (COELHO, 2011, p. 29).

A especificidade da interpretação constitucional decorre da “peculiar estrutura normativo-material das cartas políticas, mais precisamente a da sua parte dogmática, em que se compendiam os chamados direitos fundamentais” (COELHO, 2011, p. 113). A esse tema da especificidade junta-se a assertiva de que a hermenêutica constitucional difere também da interpretação jurídica das normas em geral por ser aquela de caráter acentuadamente político, principalmente quando as decisões são tomadas pelas Cortes Constitucionais (COELHO, 2011, p. 27).

No geral, as disposições – sejam textos, sejam enunciados – constantes do ordenamento jurídico formam um elenco de normas potenciais, um conjunto de possibilidades de interpretação (GRAU, 2002, p. 72), que necessita da mediação criadora do intérprete para tomar corpo no mundo real. A participação indispensável do intérprete, que dá compreensão à norma, é função direta de sua pré-compreensão de mundo.

Essa pré-compreensão, pelo seu lado, “é prefigurada pela tradição que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos” (COELHO, 2011, p. 24). Não obstante essas dificuldades reais, entende Inocêncio Mártires Coelho (2002, p. 24) que é indispensável “estabelecer padrões mínimos de racionalidade e de controlabilidade na interpretação dos modelos jurídicos” e, para tanto, apresenta os dois parâmetros de controle e legitimação da atividade hermenêutica:

“a consciência jurídica geral e o devido processo legal (*substantive due process/procedural due process*) porque, à luz da experiência histórica, esses critérios de verdade, conquanto não de todo eficazes, têm-se mostrado pelo menos razoáveis, na medida em que impedem os voluntarismos, mas não inibem a necessária criatividade dos intérpretes e aplicadores do direito” (COELHO, 2002, p. 26).

A questão é que a interpretação de um texto jurídico que não o coloca em relação aos problemas jurídicos concretos, reais ou imaginários, deixa de revelar completamente o conteúdo significativo da norma, cuja função primordial é regular as situações concretas (COELHO, 2002, p. 48), uma vez que o sentido do texto normativo somente se materializa no momento de sua aplicação ao caso concreto. A norma não fundamenta, mas sim é o resultado da interpretação, o que vale dizer, “a norma é a sua interpretação” (REALE, 2012, p. 594). Essa constante adequação das normas aos fatos é, segundo Inocêncio Mártires Coelho, “um requisito indispensável à própria efetividade do direito” (2011, p. 61).

A tarefa da hermenêutica consiste, portanto, em integralizar os dispositivos do ordenamento jurídico em cada caso concreto, isto é, na sua aplicação. Essa aplicação deve objetivar resolver os problemas atuais, “segundo crité-

rios de valor que vigoram no presente, e por decisão de quem dispõe de legitimidade para criar modelos jurídicos ou simplesmente preservar a validade dos que foram editados anteriormente” (COELHO, 2011, p. 69). A proposta de se percorrer o caminho do legislador histórico, a fim de identificar os problemas sociais que motivaram determinada resposta normativa pode ser efetiva, como explicou Karl Larenz, embora, no mais das vezes, não seja decisiva, em face da vida própria que o texto legal passa a deter após sua publicação.

Pelas questões já apontadas, que mostram o quão difícil é identificar os reais motivos que levaram o legislador histórico a aprovar uma lei, a teoria da vontade do legislador tem dificuldades de sustentação como prioritária como recurso hermenêutico que tenha por fim estabelecer um critério de verdade intersubjetivo, que possibilite distinguir uma interpretação falsa de uma interpretação verdadeira. Chaïm Perelman (1996, p. 625) ensina que “o fato de manter um velho texto de lei não significa, em absoluto, que o legislador atual deseje que esse texto seja interpretado em conformidade com o espírito daquele que o adotou”.

Saindo do geral e reduzindo o espectro de análise, é de se observar que as normas constitucionais são espécies do gênero norma jurídica. Não obstante, “a concretização dos enunciados constitucionais apresenta notas e dificuldades adicionais, se comparada com os problemas enfrentados pelos operadores do direito quando da exegese dos preceitos infraconstitucionais” (COELHO, 2011, p. 27). É certo, porém, que qualquer esforço para especializar a hermenêutica constitucional está condicionado a que seja apontada alguma diferença qualitativa entre esta e a hermenêutica jurídica das normas infraconstitucionais. Os argumentos mais fortes para a diferenciação estão amparados na visão de que, diferente-

mente dos textos das normas infraconstitucionais, o texto constitucional se fundamenta em princípios e enunciados abertos e indeterminados, conforme se depreende da explanação de Inocêncio Mártires Coelho (2011, p. 107):

“Tendo em conta a historicidade e a estrutura do texto constitucional – essencialmente conformado por princípios jurídicos, por enunciados que são abertos e indeterminados e só adquirem efetividade com a mediação dos seus aplicadores –, parece ser lícito concluir que, ou se confere liberdade ao intérprete para concretizá-los, ou se renuncia à pretensão de manter viva a Constituição.”

Essa especificidade da interpretação constitucional é, então, muito mais uma decorrência da própria estrutura normativo-material e da natureza aberta dos princípios constantes do texto constitucional. Não obstante, é de se notar que a Constituição possui dispositivos que compõem regras de direito, ou seja, são proposições jurídicas completas como as que caracterizariam a legislação infraconstitucional, bem como nada impede que os intérpretes tratem “como princípios, para disso extraírem as conclusões desejadas, certas disposições normativas, precisamente no momento da interpretação, mesmo sem qualquer determinação expressa do legislador nesse sentido” (COELHO, 2011, p. 35). Além disso, há princípios que são extraídos da legislação infraconstitucional e outros que são conformados pela jurisprudência dos tribunais ou pela mão dos doutrinadores.

A despeito dessas ponderações, é importante destacar que boa parte das regras constantes do texto constitucional de 1988 somente encontra fundamento para aplicação quando analisada em função de princípios constitucionais que lhe dão suporte. É bem esse o caso da limitação imposta pelo art. 228 da Consti-

tuição Federal, que afirma serem “penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Em análise sobre a especificidade da interpretação do texto constitucional, Inocêncio Mártires Coelho (2011, p. 35) entendeu que nem todas as disposições constitucionais “exigiriam métodos e/ou critérios hermenêuticos distintos dos adotados para a interpretação das leis em geral”, mas os métodos com maior especificidade deveriam ser utilizados, com prioridade, quando a interpretação incidisse na parte dogmática da Constituição, principalmente se referente aos direitos fundamentais. Essa conclusão doutrinária se encaixa como uma luva no estudo que se fará a seguir, relativo à discussão legislativa sobre a redução da maioria penal no Brasil.

A interpretação constitucional – normalmente dita como função apenas do magistrado, que completaria a intenção do legislador – pertence a um universo muito maior de partícipes; ela comporta, certamente, o conjunto de todos aqueles, operadores do direito ou não, que são levados a analisar o texto constitucional em busca da concretização de uma norma jurídica para sua aplicabilidade (HÄBERLE, 1997, p. 2). No processo legislativo de confecção das leis, a interpretação constitucional está presente desde o primeiro momento, o da preparação da minuta de projeto de lei, seguindo valorizada até a aprovação da redação final da matéria, não sem antes ter passado pela discussão e instrução nas comissões de mérito, na Comissão de Constituição e Justiça, com aprovação dos pareceres ou dos próprios projetos de lei quando terminativos nas comissões e ainda, o que é mais comum, quando da discussão e votação em Plenário.

Em todo esse contexto, fruto da evolução econômica, social e política da sociedade, surgem novas leituras do texto constitucional, as

chamadas mutações constitucionais, explicitadas por Inocêncio Mártires Coelho (2011, p. 56) como “os processos informais que, sem contrariar a Constituição, alterem ou modifiquem o sentido, o significado ou o alcance de suas normas”. No processo de mutação constitucional, as normas que surjam como resultados hermenêuticos incompatíveis com os princípios estruturais da Constituição devem ser taxadas como inconstitucionais (FERRAZ, 1986, p. 10).

Para o momento da análise, os batentes limitadores de uma atividade hermenêutica verdadeira seriam os já citados como retirados da obra de Inocêncio Mártires Coelho (2011, p. 26): o devido processo legal e a consciência jurídica geral. José Joaquim Gomes Canotilho trata da questão dos limites da interpretação constitucional tendo por princípio a existência de uma divisão na análise entre o programa da norma e o âmbito da norma:

“Uma coisa é admitirem-se mutações constitucionais – que são válidas enquanto alterações do âmbito ou da esfera da norma que ainda podem ser abrangidas pelo programa normativo –, e outra, bem diversa, é legitimarem-se mudanças constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional” (CANOTILHO, 1991, p. 1.102).

Nessa visão, o processo de concretização da norma não escapa do programa normativo, ou seja, não sofre influência do âmbito da norma composto pelo caso concreto que se analisa. Isso é certo, mas, numa variante um pouco distinta, que será discutida mais à frente, é o âmbito da norma identificado como capaz de exercer preponderância na integração da norma, uma vez que ele interage com o programa da norma e influencia decisivamente a concre-

tização da norma jurídica para a situação que se apresenta ao intérprete.

A primeira questão que surge no estudo da hermenêutica constitucional é que há uma miríade de meios e métodos a serem utilizados pelos operadores do direito para interpretar o texto constitucional, sendo que não há critérios jurídicos, políticos ou jurídico-políticos que sejam definidos como os mais capazes de dar a última palavra sobre o desafio da análise interpretativa. Tudo será função da argumentação que se fará para justificar a escolha de determinado método a ser aplicado em determinada situação concreta, lembrando sempre dos ensinamentos de Karl Larenz de que nenhum critério deve ser descartado *a priori*. A título de recenseamento para este estudo, os métodos de interpretação constitucional explicitados por Inocêncio Mártires Coelho (2011, p. 140) são os seguintes: jurídico ou hermenêutico-clássico; tópico-problemático; hermenêutico-concretizador; científico-espiritual; e normativo-estruturante.

O método jurídico ou hermenêutico-clássico parte do princípio de que a Constituição é uma lei e, como tal, deve ser interpretada seguindo as regras da hermenêutica tradicional, que articula os elementos genético, filológico, lógico, histórico e teleológico para revelar o sentido do texto legal avaliado. Nesse método, “a tarefa do intérprete, enquanto aplicador do direito, resumir-se-ia em descobrir o verdadeiro significado das normas e guiar-se por ele na sua aplicação” (COELHO, 2011, p. 141-142).

No método tópico-problemático, a Constituição é tratada como um sistema aberto de princípios e regras, o que implica dizer que ela aceita interpretações diferentes que, inclusive, podem passar por mudanças. Os defensores desse método, por terem em conta que as normas constitucionais possuem estrutura aberta, fragmentária e indeterminada, bem como

que um problema, pelo menos aparentemente, permite mais de uma resposta, entendem que a leitura do texto constitucional deve ser realizada por todos os operadores do direito num processo aberto de argumentação.

O método hermenêutico-concretizador tem como ponto de partida o fato de que a leitura de qualquer texto de lei, inclusive do texto constitucional, inicia com a pré-compreensão que o intérprete tem do cenário no qual o problema está posto. Para os que recomendam esse método, o intérprete irá concretizar a norma a partir de uma dada situação histórica, de modo que o problema seja solucionado “à luz da Constituição e não segundo critérios pessoais de justiça” (COELHO, 2011, p. 144). Mesmo procurando fundamentar a interpretação no próprio texto constitucional e tomando este como limite da concretização, o intérprete nesse método não deve “perder de vista a realidade que ele intenta regular e que, afinal, lhe esclarece o sentido” (COELHO, 2011, p. 145). A questão que se coloca como crítica, tanto para o método hermenêutico-concretizador, quanto para o método tópico-problemático, é a falta de critérios de verdade que avalizem suas interpretações, pois o primeiro, ao tomar como base a pré-compreensão que o intérprete faz do texto jurídico, carrega uma grande carga de irracionalidade, e o segundo, ao permitir várias respostas corretas, deixa o sistema tão aberto que pode ter como consequência a insegurança jurídica (COELHO, 2011, p. 146).

O método científico-espiritual, por seu turno, tem como pressuposto a ideia de Constituição como instrumento de integração, em sentido amplo, muito além do ponto de vista jurídico, como base e fundamento de validade do ordenamento, mas, principalmente, “em perspectiva política e sociológica, enquanto instrumento de regulação (= absorção/superação) de conflitos e, por essa forma, de constru-

ção e preservação da unidade social” (COELHO, 2011, p. 146). Para os adeptos desse método, o direito, o Estado e a Constituição são encarados como fenômenos culturais ligados a valores, em cuja concretização os três servem de instrumento de integração. Nesse método, cresce de importância o peso específico que a Constituição, enquanto norma política, credita aos órgãos políticos do Estado dentro do processo global de integração, “e não segundo as funções burocráticas que eventualmente eles possam desempenhar, em determinado modelo de distribuição de competências” (COELHO, 2011, p. 148). A par de esse método – por ter como base o direito, o Estado e a Constituição – necessitar de um controle especial para evitar os excessos de integração que não reafirmem a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, ele deve ser considerado importante quando o tema, como no caso deste trabalho, é analisar a possibilidade de o texto constitucional ser alterado para tornar imputáveis penalmente os menores de dezoito anos. Ora, se entre os valores culturais enaltecidos pelo método destaca-se a “integração como fim supremo” (COELHO, 2011, p. 149), é muito oportuno que a investigação deste estudo procure também identificar se, por força dessa almejada integração, não se está descurando da peça mais importante dessa engrenagem: o ser humano.

O último método de interpretação constitucional destacado para estudo, o normativo-estruturante, merece, pela contemporaneidade e pela aplicação imediata ao tema desse trabalho, um desenvolvimento mais aprofundado. Ele tem como substrato a proposta de Hans-Georg Gadamer (2003, p. 489) de que interpretar é, também, aplicar e de que o trabalho de interpretação consiste em concretizar a legislação em cada caso concreto, ou seja, na

sua aplicação. O método normativo-estruturante tem como premissa a existência de uma implicação necessária entre o programa da norma e o âmbito da norma, ou seja, entre os preceitos jurídicos e a situação real que eles tencionam regular, numa “vinculação tão estreita que a própria normatividade, [...] tradicionalmente vista como atributo essencial dos comandos jurídicos, parece ter-se evadido dos textos para buscar apoio fora do ordenamento e, assim, tornar eficazes os seus próprios normalizadores” (COELHO, 2011, p. 149-150).

Nesse ponto, é bom distinguir interpretação de concretização. Interpretar é responder à pergunta sobre o conteúdo e o sentido de algo precedente, cuja resposta completa, diferencia e enriquece o próprio conteúdo; concretizar é preencher, de forma criativa, algo que simplesmente aponta para uma direção ou, ainda, dar forma a um princípio por meio de uma predeterminação conformadora que o torne uma norma aplicável (COELHO, 2011, p. 151). Considerando a estrutura aberta e indeterminada dos preceitos constitucionais, diz Inocêncio Mártires Coelho, a interpretação retrospectiva cedeu lugar à concretização prospectiva, uma vez que:

“O aplicador do direito, para fazer justiça à complexidade e magnitude da sua tarefa, deverá considerar não apenas os elementos resultantes da interpretação do programa normativo, que é expresso pelo texto da norma, mas também aqueles que decorram da investigação do seu âmbito normativo, elementos que igualmente pertencem à norma, e com a mesma hierarquia, enquanto representam o pedaço da realidade social que o programa normativo “escolheu” ou, em parte, criou para si, como espaço de regulação” (COELHO, 2011, p. 151).

1.4. A teoria estruturante do direito

O método normativo-estruturante ganhou uma nova dimensão com a chegada ao prelo da teoria estruturante do direito, de Friedrich Müller. Essa teoria, embora entenda que o direito é orientado pela justiça, não reconhece um fundamento confiável para esse termo e, em função disso, vai buscar na prática cotidiana da atividade jurídica o substrato para sua consolidação como doutrina pós-positivista do direito. Friedrich Müller considera que o positivismo, que ponteia o mundo jurídico de importantes países desde meados do século XIX, “confunde a norma jurídica com o texto da norma no código legal” (MÜLLER, 2013, p. 10). Para ele, o positivismo fracassa em face de vários problemas individuais, em virtude de questões fundamentais que não encontram explicação factível nessa teoria, tais como as separações doutrinárias entre realidade e direito, ser e dever ser, questões ligadas à teoria do significado

e da referência, da produtividade da língua e do caráter processual da decisão jurídica dos conflitos (MÜLLER, 2013, p. 10).

A teoria estruturante do direito entende o trabalho jurídico como um processo que se realiza no tempo, e os enunciados dos códigos legais apenas como textos de normas, “como expressões com ‘significância’, mas ainda não com ‘significado’, i. é, como pré-formas legislativas da norma jurídica, que por sua vez está por ser produzida no decurso temporal da decisão” (MÜLLER, 2013, p. 11). Para ela, o texto da norma na lei é somente um dado de entrada do processo de trabalho do intérprete, processo esse denominado concretização. A norma jurídica criada é, segundo Friedrich Müller (2013, p. 11), um conceito composto, pois está estruturada segundo o programa da norma e o âmbito da norma (2003, p. 11). Esse é o cerne da teoria estruturante do direito, que não foi conformada por abstrações teóricas, mas pela pesquisa realizada por Friedrich Müller na análise da prática jurídica da jurisprudência constitucional retirada das decisões dos tribunais, principalmente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Ele argumenta que são aspectos característicos da teoria estruturante do direito: “o esforço sintetizador, o procedimento empírico-pragmático tanto na metodologia como na linguística, o engajamento não partidário, mas político em prol do Estado Social de Direito e da Democracia efetiva”.

Como este trabalho trata, na sua vertente da pesquisa, das questões inerentes a uma possível redução da maioria penal é de todo importante repassar as conclusões do estudo da prática jurídica realizado por Friedrich Müller nos seus escritos sobre a atuação do Tribunal Constitucional Federal Alemão:

“A jurisprudência constitucional demonstra que as normas que deve concretizar não satisfazem, muitas vezes nem remotamente, as exigências que a lógica formal tem de estabelecer como premissas maiores para poder trabalhar com elas por meio de conclusões silogísticas. As normas constitucionais não aparecem na prática como juízos hipotéticos logicados, como ordens idênticas a seu teor literal, senão como regulações que, além dos recursos metodológicos tradicionais, necessitam de numerosos elementos interpretativos procedentes da realidade social normatizada, que não podem ser extraídos mediante as regras clássicas de interpretação nem do preceito e de seu gênese, nem do contexto sistêmico do significado” (MÜLLER, 2013, p. 20).

Nesse estudo do processo de aplicação prática do direito, Friedrich Müller não constatou a existência de uma relação de caráter geral entre direito e realidade como entidades independentes entre si. Diz ele que “as relações de vida que a lei tem que regular, e que a jurisprudência converte repetidamente em elementos da interpretação, influem ao

mesmo tempo, com os traços fundamentais de sua estrutura material, no conteúdo normativo do preceito” (MÜLLER, 2013, p. 26). Os elementos materiais, cujas raízes se encontram no real, formam parte do âmbito normativo quando são imprescindíveis para a concretização da normatividade. Esta, por sua vez, é entendida por Friedrich Müller como “a qualidade dinâmica de uma norma, assim compreendida, tanto de ordenar a realidade que lhe subjaz – normatividade concreta – quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade materialmente determinada” (2013, p. 36). Com essa ideia, fica claro um dos erros fundamentais do positivismo, quando este trata a norma jurídica como algo apartado dos fatos, separando, na ciência jurídica, o direito da realidade.

A teoria estruturante do direito não defende um antipositivismo extremado, pois tem presente que a norma não é supérflua, mas “necessária como ideia-diretriz materialmente caracterizada, normativamente estabilizadora” (MÜLLER, 2013, p. 49). O teor material normativo deve estar presente de forma prioritária “como parte integrante da ‘interpretação’ e da ‘aplicação, isto é, em suma, como parte integrante da concretização de direito” (MÜLLER, 2013, p. 57). O que faz a teoria estruturante, ao início de sua fundamentação – que tem por tese defender a existência de uma relação interdependente entre norma e realidade –, é questionar o ponto basilar do positivismo kelseniano, quando este propugna uma pureza no estudo da ciência jurídica que, para Friedrich Müller, não encontra suporte na prática cotidiana do direito, pois a realidade circundante, o âmbito da norma, está presente na conformação da norma jurídica. Não obstante – e aqui está um ponto importante –, a teoria estruturante do direito entende que a concretização da norma deve estar vinculada ao

Estado Democrático de Direito e, portanto, “a conscientização mais adequada do problema seria uma tarefa do legislador democrático” (MÜLLER, 2013, p. 76), uma vez que, para o intérprete, o “texto da norma permanece sendo o ponto de orientação” (MÜLLER, 2013, p. 85-86) do trabalho de concretização racional da norma. Sobre esse ponto, Friedrich Müller (2013, p. 90) explica:

“No Estado Democrático de Direito, o critério da racionalidade ‘máxima’ deve ser compreendido de tal modo que o resultado da concretização do direito não só fique claro quanto à direção da sua atuação prática, mas também quanto à dependência jurídica dos seus momentos, conforme os pressupostos constitucionais ‘estilísticos’, conforme os passos principais do processo real de concretização e dos seus critérios; também conforme as valorações, convicções ou ponderações não racionalizáveis, caso elas (co) fundamentem a sentença *in concreto*”.

Como o Estado de Direito impõe para sua caracterização a vinculação à norma, tal imposição exige do intérprete expor, de forma racional e sem encobrir os limites adotados, os passos individuais da aplicação do direito, de modo que se possa assegurar “a discutibilidade da aplicação concretizadora da lei, juntamente com a sequência hierárquica dos aspectos em conformidade com o Estado de Direito” (MÜLLER, 2013, p. 93). Nesse processo de argumentação que justifica determinada concretização de uma norma, fica patente a inexistência da antes defendida separação entre o método, qualquer que seja ele, e o objeto. “O método e o objeto já são coconstituídos um pelo outro em cada processo de concretização” (MÜLLER, 2013, p. 91).

Nesse contexto, Friedrich Müller (2011, p. 38) entende que a ideia de uma única solução correta para determinado caso jurídico é um

fetichismo da tradição positivista, não é outra coisa senão algo virtual. No mundo real, a solução é aquela que é defensável com argumentos, que é sustentável. O direito vigente “não é limitado *a priori*, embora seja limitável pelo trabalho jurídico no caso individual. O direito instaura uma arena para os combates semânticos. Nesse espaço de litígios, via de regra, várias soluções são juridicamente sustentáveis” (MÜLLER, 2013, p. 118). Essa análise mostra bem a força da argumentação realizada dentro do processo de concretização da norma jurídica para sua aplicação, aplicação esta que influi diretamente na sua conformação, num dado caso concreto.

Esse raciocínio é plenamente aplicável ao processo de instrução por que passam os projetos de lei nas Comissões de Mérito e de Constituição e Justiça das Casas Legislativas. A fundamentação dos pareceres dos relatores das matérias e, quando for o caso, dos votos em separado apresentados, são decisivos para o destino das proposições em exame. É interessante notar que o processo legislativo, ao trabalhar de forma prática na formulação dos preceitos que comporão a legislação positiva, deve interagir de maneira profunda – aos moldes do que propõe a teoria estruturante das normas – com o âmbito da norma, com as situações reais que se visualizam possíveis face ao texto que se discute. As Casas Políticas de representação popular, mais que os tribunais do Judiciário, necessitam do suporte da realidade vivida pela sociedade no seu trabalho de elaboração da legislação que vigorará no Estado Democrático de Direito.

No trabalho de elaboração dos preceitos legais – a redação das leis –, que tem lugar nos parlamentos, cresce de importância a identificação do que propõe o “pensamento wittgensteiniano, segundo o qual o significado de uma palavra é quase sempre o seu uso na

linguagem” (MÜLLER, 2013, p. 122). Só com esse dado, já se pode perceber que o trabalho parlamentar, no tocante à linguística jurídica, não deve enveredar pelo mito que supõe a existência de um texto claro que denote uma solução única e correta para a situação que a lei pretende regular.

E, mais que isso, a própria interpretação da legislação existente e necessária para conformar os dispositivos da lei que está sendo confeccionada deve visualizar, em linhas gerais, o âmbito da futura norma que será concretizada. O legislador deve ter presente que a norma jurídica não está contida na legislação que ele aprova. Essa apenas contém os textos das normas, suas formas preliminares. Esses textos “se diferenciam sistematicamente da norma jurídica, que deve ser primeiramente produzida em cada processo individual de decisão jurídica, i. e., ‘trazida para fora’. Além disso, o âmbito da norma pertence constitutivamente a ela” (MÜLLER, 2013, p. 123).

O trabalho do legislador é complexo porque ele, reunido em colegiado, precisa projetar, mesmo que em linhas gerais, o programa da norma e visualizar seu âmbito de aplicação no mundo real para conformar o preceito jurídico que dará início à concretização de uma norma jurídica que funcionará como solução para determinado caso dentro de um quadro de democracia e de Estado de Direito. A concretização do texto constitucional, base do trabalho do legislador, deve respeitar, então, a influência direta das prescrições democráticas e as do Estado de Direito, “que são relevantes com vistas ao método, tais como deveres decisórios, deveres de fundamentação, vinculação à lei, imperativos da clareza de métodos e completude do direito vigente a ser consultado” (MÜLLER, 2013, p. 129).

O legislador, ao interpretar os preceitos da legislação vigente, que lhe dará suporte formal

para a consecução de uma nova lei, não pode descurar do enfoque dado por Ludwig Wittgenstein (2005, p. 176-177), não no *Tractatus*, mas nas *Investigações Filosóficas*, de que um enunciado tem diversas funções e a tarefa do intérprete consiste em compreender o que ele realiza, a função que tem, que expectativa produz, o que, na situação criada, ele executa (WITTGENSTEIN, 2005, p. 176-177). No tocante à limitação da inimizabilidade penal dos menores de dezoito anos, explicitada pelo art. 228 da Constituição de 1988, e sua possível redução, é importante ter presente que a teoria estruturante das normas aponta para a necessidade de pavimentação de um novo caminho, que forme o conhecimento do direito pela via da argumentação, vinculando “as soluções normativas à *práxis* e à realidade” (MÜLLER, 2013, p. 201). Sobre o ponto, que toca diretamente nesse trabalho, Friedrich Müller (2011, p. 257) arremata:

“A ligação elíptica e racional de âmbito normativo e programa normativo pode, com a visão da transparência relativamente maior do que a que é possível na interpretação linguística, contribuir para o esclarecimento e para o desenvolvimento da pré-compreensão da teoria constitucional e da teoria do Estado que deve ser pressuposta de um modo geral, bem como que deve passar por um processo de reflexão.”

É certo que a teoria estruturante do direito, autoproclamada pós-positivista, como já dito, tem como cerne de seu desenvolvimento a constatação, retirada de pesquisas realizadas na prática cotidiana dos tribunais, de que a norma jurídica não está contida nos códigos. “O que se pode ler nos códigos (e nas constituições), são somente os textos da norma – dito de outro modo – textos que ainda devem, pela concretização [*Rechtarbeit*], ser transformados em norma jurídica” (MÜLLER, 2013, p. 235). Para Friedrich Müller (2013, p. 235), o direito normativo está “nos julgamentos e não naquilo que produz o poder legislativo”. Os preceitos de lei são apenas os pontos de partida do trabalho jurídico de concretização.

Porém, não vale tudo! O intérprete traz da realidade, na qual está envolto o caso concreto em questão – o âmbito da norma –, os dados que irão intercambiar com o programa da norma para a formação da norma jurídica aplicável ao caso. Mas ele, por ter que respeitar os fundamentos do Estado de Direito, não pode realizar uma integração que se afaste por demais dos textos das normas constantes das leis. Esses textos, “por terem sido criados por um poder democrático, [são] também um limite para o ato de concretização legal e legítimo” (MÜLLER, 2013, p. 235). A concretização, que por influência do mundo real muito se aparta do preceito da lei, torna-se difícil de ser aceita pela consciência jurídica geral, mesmo que construída dentro dos limites do devido processo

legal. Sob essa visão, o positivismo, mesmo desconstruído em muitos de seus dogmas pela teoria estruturante do direito, permanece vivo e dando respostas condizentes à consecução dos fundamentos que conformam o Estado de Direito.

No que concerne ao trabalho do Parlamento, quando a teoria estruturante do direito assevera que o direito normativo não está no que produz as Casas Legislativas, mas nos julgados do Poder Judiciário, ela, sob determinado enfoque, deixa a entender que o trabalho do legislador, que é um importante intérprete do direito, somente se desenvolve utilizando dados do programa da norma, descurando-se da realidade que envolve o âmbito da norma. Como esse ponto de vista não se verifica na prática, pois o legislador, mais do que ninguém, age e tem que agir em função do que ocorre na realidade – ele deve ser o representante dos anseios de tudo o que ocorre na sociedade –, é possível pensar que a concretização da norma jurídica não ocorre somente nos julgamentos realizados pelo Poder Judiciário.

A concretização tem lugar a cada decisão tomada por um intérprete encarregado de escolher um caminho jurídico a tomar em face de uma determinada questão. Como exemplos, além do juiz, no dispositivo da sentença, o promotor, quando oferece ou não a denúncia; o advogado, quando opta por determinada linha de defesa; o administrador público, quando defere ou não um requerimento; o empregador, quando aceita ou não uma justificativa de falta do empregado; e o legislador, quando apresenta um parecer ou vota determinada matéria legislativa; todos estão a concretizar determinada norma jurídica ao realizarem suas escolhas. Esse desenvolvimento faz lembrar a proposta de Peter Häberle (1997, p. 12), aqui expandida como uma sociedade aberta dos intérpretes da legislação, na qual

todos os órgãos estatais, todos os cidadãos e grupos estão potencialmente em condições de interpretar o texto da legislação para a tomada de uma decisão.

Por tudo, a proposta de Friedrich Müller, consubstanciada na teoria estruturante do direito, parece ser o método que, no momento, melhor se aplica para propiciar a concepção da hermenêutica jurídica proposta por Karl Larenz. Feito esse curto esboço doutrinário, o artigo passa a discorrer sobre a pesquisa realizada nas proposições legislativas apresentadas com a finalidade de reduzir a maioria penal.

2. A redução da maioria penal por mudança constitucional

2.1. Breve relato sobre a imputabilidade penal

Proclamada a independência em 1822, segue-se a redação da Constituição de 1824 que, inspirada no constitucionalismo inglês, outorgada que foi pela monarquia de D. Pedro I, após a dissolução da assembleia constituinte, veio a sedimentar a independência do Império do Brasil. Em seu art. 179, inciso XVIII, a Constituição de 1824 previa a organização “o quanto antes, de um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade” (BRASIL, 1824). O Código Criminal do Império, originário de dois projetos de lei – um do deputado Bernardo Pereira de Vasconcelos e outro do deputado Clemente Pereira –, tramitou entre 1827 e 1830. Sancionado em dezembro de 1830, como sucedâneo das Ordenações Filipinas, trazia, no § 1º do art. 10, a determinação de que não se julgariam criminosos os menores de quatorze anos. Dizia, ainda, o Código Criminal de 1830, na dicção do seu art. 13, que se fosse provado que os

menores de quatorze anos tivessem cometido crimes, agindo com discernimento, deveriam “ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda à idade de dezessete anos” (BRASIL, 1830).

Com o fim do Império e a proclamação da República, foi editado, a toque de caixa, por meio do Decreto nº 847, de outubro de 1890, um código criminal adequado aos novos tempos: o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Nele, foi abolida a pena de morte, a de galés e a de banimento completo, passando o encarceramento a ser o avanço da legislação penal, que tinha por fito o estabelecimento de um regime penitenciário com nítidos objetivos correccionais. Respondendo ao contexto da época, o Código Penal de 1890, pelo seu § 1º do art. 27, definiu nova idade penal, ao afirmar que não seriam criminosos os menores de nove anos completos, bem como, pelo § 2º do mesmo artigo, os maiores de nove anos e os menores de quatorze anos que obrassem sem discernimento.

O art. 30 do texto editado pelo General Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório da República, prescrevia que “os maiores de nove anos e menores de quatorze, que tivessem obrado com discernimento, seriam recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda à idade de dezessete anos” (BRASIL, 1890). Aqui já temos o embrião de um tratamento diferenciado para a socialização e a correição dos menores de idade.

Em outubro de 1927, o Presidente Washington Luiz publicou o Decreto nº 17.943-A, com o texto do nomeado Código de Menores, ou Código Mello Mattos, consolidando as leis de assistência e proteção aos menores. Esse código, apesar de voltar suas baterias,

prioritariamente, para os menores abandonados e delinquentes, foi pioneiro na iniciativa de conceder assistência e proteção especial aos menores de dezoito anos. Pelo art. 68 do Código de Menores, o menor de quatorze anos, “indigitado autor ou cúmplice de fato qualificado crime ou contravenção, não será submetido a processo penal de espécie alguma” (BRASIL, 1927).

Se o menor for abandonado, pelos parágrafos 1º e 2º do mesmo art. 68, ele será colocado em casa de educação, escola de preservação ou confiado a pessoa idônea, pelo tempo necessário para sua educação, contanto que não ultrapasse a idade de vinte e um anos. Se o menor, indigitado autor ou cúmplice de fato qualificado crime ou contravenção, contasse com mais de quatorze anos e menos de 18 anos, prescrevia o art. 69 que ele seria submetido a processo especial, podendo ser internado numa escola de reforma pelo prazo de até sete anos.

Pelo art. 71 do Código de Menores de 1927, caso fosse imputado crime considerado grave, pelas circunstâncias do fato e condições pessoais do agente, a um menor de mais de dezesseis e menos de dezoito anos de idade ao tempo do ato, o juiz lhe aplicaria as chamadas penas de cumplicidade do art. 65 do Código Criminal de 1890, remetendo-o a um estabelecimento para condenados de menor idade, separado da prisão dos apenados adultos.

A política estabelecida pelo Código Mello Mattos para o trato com os menores infratores apresentou passos seguros para a evolução cultural consubstanciada na constatação de que menor de dezoito anos, por estar ainda em formação, necessitava de uma proteção especial do Estado. Essa forma de ver ficou patenteada no original art. 23 do Código Penal de 1940 (Dec.-Lei nº 2.848/1940), depois alterado para art. 27, com a redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984, segundo a qual “os menores de

dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial” (BRASIL, 1940).

Durante a ditadura militar, houve uma tentativa, por meio do Dec.-Lei nº 1.004, de outubro de 1969, de mudança do Código Penal, mas tal iniciativa gerou tantas críticas da sociedade que o texto foi revogado pelo Presidente Ernesto Geisel, em outubro de 1978. O art. 33 desse Código Penal de 1969 previa que o menor de dezoito anos era inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revelasse suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento. A Lei nº 6.016, de 1973, suprimiu esse e tantos outros dispositivos, sendo que, como disse, o citado código foi revogado pela Lei nº 6.578, de 1978.

Em 1988, a Constituição cidadã, no que toca aos temas ligados à criança e ao adolescente, consolida uma visão que supera o ultrapassado modelo da doutrina da situação irregular para estabelecer o enfoque da proteção integral, conforme se vê do que destaco para prosseguimento da discussão:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

[...]

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

[...]

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

[...]

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (Brasil, 1988).

O cerne do que será discutido no próximo tópico deste escrito é exatamente a possibilidade ou não de se mudar a redação do art. 228, para reduzir a idade penal no país, considerando os preceitos do art. 227 e a cláusula limitadora do inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição

Federal. O pano de fundo da interpretação a ser trabalhada é a regulamentação desses dispositivos, estabelecida pela proteção integral dada à criança e ao adolescente pela Lei nº 8.069, de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

2.2. Propostas de Emenda à Constituição que reduzem a maioria penal

Em pesquisa aos dados sobre matérias e tramitações disponibilizados pelo Senado Federal (www.senado.gov.br/atividade/legislativa/projetos_e_matérias), foram selecionadas onze Propostas de Emenda à Constituição que têm por escopo modificar a idade de responsabilização penal. Apenas essa consulta aos anais do Senado é o bastante para discussão sobre o direito a ser aplicado ao caso. São sete proposições, que tiveram início de tramitação entre os anos de 1996 e 2004, e quatro, entre 2011 e 2013. A motivação para tal distribuição cronológica é merecedora de estudo, mas escapa ao objeto deste trabalho.

Das onze propostas tomadas para estudo, seis modificam o art. 228 do texto constitucional para redução da idade de responsabilização penal para os adolescentes com mais de dezesseis e menos de dezoito anos, com diferentes condicionantes relativas ao autor ou ao ato infracional cometido. A PEC nº 15, de 1996, cujo primeiro signatário é o Senador Romero Jucá, representante do Estado de Roraima, acrescenta um parágrafo único ao art. 228 da Constituição Federal para determinar que, nos casos de “crimes contra a vida ou o patrimônio cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, são penalmente inimputáveis apenas os menores de dezesseis anos” (BRASIL, 1990). Como essa matéria foi arquivada ao final da legislatura, o primeiro signatário colheu outras assinaturas e a reapresentou, como PEC nº 18, de 1999, mantendo o texto da proposta original.

Dentro da mesma linha que propõe a redução da idade de responsabilização penal para os adolescentes com idades entre 16 e 18 anos, o Senador José Roberto Arruda, do Distrito Federal, colheu as assinaturas necessárias e apresentou a PEC nº 20, de 1999, que altera o *caput* do art. 228 da Constituição Federal e cria um parágrafo único a este artigo. Como novo texto para a cabeça do art. 228, a PEC nº 20, de 1999, prescreve que “são penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial”. O parágrafo único acrescentado caracteriza as condições pelas quais os menores de dezoito e maiores de dezesseis anos serão enquadrados, afirmando que esses adolescentes “são penalmente imputáveis quando constatado seu amadurecimento intelectual e emocional, na forma da lei” (BRASIL, 1999).

À PEC nº 20, de 1999, foram apresentadas quatro emendas com as assinaturas de mais de um terço do número de senadores. A primeira, redigida pelo Senador Tasso Jereissatti, do Estado do Ceará, remete para a legislação infraconstitucional a atribuição de definir as condicionantes e as circunstâncias para a desconsideração da imputabilidade penal aos menores de dezoito anos. A segunda, do Senador Antonio Carlos Valadares, de Sergipe, que prevê que a redução para os dezesseis anos somente deve se efetivar depois de confirmada em referendo do eleitorado, foi retirada pelo autor. A terceira, também de um representante de Sergipe, o Senador Almeida Lima, reduz a idade de responsabilização penal para os adolescentes, não com mais de dezesseis e menos de dezoito anos, mas sim com doze anos de idade, após aferição pelo juiz do caso concreto e a realização de exame criminológico. A quarta emenda, do Senador Magno Malta, do Estado do Espírito Santo, pretende criar um parágrafo único ao art. 228 do texto constitucional, prescrevendo que “os menores de dezoito anos que cometerem crimes hediondos são penalmente imputáveis” (BRASIL, 1999).

Em 2001, o Senador José Roberto Arruda apresentou outra proposta, a PEC nº 3, de 2001, cujo texto segue a linha do que havia apresentado em 1999, com o acréscimo de nova condicionante – a reincidência –, assim redigida: “os menores de dezoito anos e maiores de dezesseis anos são penalmente imputáveis na hipótese de reiteração ou reincidência em ato infracional e quando constatado seu amadurecimento intelectual e emocional, na forma da lei” (BRASIL, 2001).

Em 2002, foi a vez do Senador Iris Resende, de Goiás, colher as assinaturas necessárias e dar entrada numa PEC, que tomou o número 26, de 2002, com a previsão de exigência para que o menor de dezoito e maior de dezesseis anos somente responda pela prática de crime hediondo ou contra a vida, na forma da lei, bem assim após parecer de laudo médico, elaborado por uma junta nomeada pelo juiz, para atestar se o agente, à época dos fatos, tinha capacidade de entender o caráter ilícito de seu ato.

O Senador Magno Malta volta ao tema em 2003, apresentando a PEC nº 90, de 2003, com a introdução de um parágrafo único ao art. 228 da Constituição Federal, redigida com a previsão de que “os menores de dezoito anos e maiores de treze anos que tenham praticado crimes definidos como crimes hediondos são penalmente imputáveis” (BRASIL, 2003). Trata-se, na essência, da mesma proposta da emenda que o Senador Malta ofereceu à discussão da PEC nº 20, de 1999, com o ponto novo que é a possibilidade de apenamento após os treze anos de idade.

Em 2004, o Senador Papaléo Paes, representante do Estado de Roraima, coloca para discussão a PEC nº 9, de 2004, retirando uma das

condicionantes do art. 26 do Código Penal (Dec.-Lei nº 2.848, de 1940) para também criar um parágrafo único ao art. 228 da Constituição Federal com o seguinte texto: “nos casos de crimes hediondos ou lesão corporal de natureza grave são imputáveis os menores que apresentem idade psicológica igual ou superior a dezoito anos, sendo capazes de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento” (BRASIL, 2004). Essa proposta também não impõe restrição de idade para crianças e adolescentes responderem penalmente por seus atos.

Já no grupo das proposições mais recentes, encontra-se a PEC nº 74, de 2011, da lavra do Senador Acir Gurgacz, representante do Estado de Rondônia, que propõe a inclusão de um parágrafo único ao art. 228 da Constituição Federal, prescrevendo que “nos casos de crimes de homicídio doloso e roubo seguido de morte, tentados ou consumados, são penalmente inimputáveis os menores de 15 anos” (BRASIL, 2011a). A PEC nº 74, de 2011, como se vê, é muito específica na definição dos crimes e reduz a idade de responsabilização penal para os quinze anos.

Ainda no ano de 2011, o Senador Clésio Andrade, representante do Estado de Minas Gerais, apresentou a PEC nº 83, de 2011, que altera o § 1º do art. 14 e o *caput* do art. 228 da Constituição Federal. A mudança no § 1º do art. 14 tenciona tornar obrigatório o voto para os maiores de dezesseis anos. Para o art. 228, a matéria propõe que “a maioridade é atingida aos dezesseis anos, momento a partir do qual a pessoa é penalmente imputável e capaz de exercer diretamente todos os atos da vida civil” (BRASIL, 2011b).

Em 2013 foi a vez de o Senador Aloysio Nunes contribuir com o tema pela apresentação da PEC nº 33, de 2012, que, primeiro, altera o inciso I do art. 129, da Constituição

Federal, prescrevendo também como função institucional do Ministério Público (MP) a promoção, privativamente, do chamado pela PEC incidente de desconsideração de inimputabilidade penal de menores de dezoito anos e maiores de dezesseis anos; e, segundo, cria um parágrafo único ao art. 228 do texto constitucional para determinar que “lei complementar estabelecerá os casos em que o MP poderá propor, nos procedimentos para a apuração de ato infracional praticado por menor de dezoito anos e maior de dezesseis anos, incidente de desconsideração da sua inimputabilidade” (BRASIL, 2012).

Esse incidente terá cabimento apenas na prática dos crimes previstos no inciso XLIII do art. 5º da Constituição – tortura, tráfico de drogas, terrorismo e crimes hediondos – e de múltipla reincidência na prática de lesão corporal grave ou roubo qualificado. Prevê, ainda, que se deve observar a capacidade do agente de compreender o caráter criminoso de sua conduta, considerando seu histórico familiar, social, cultural e econômico, bem como de seus antecedentes infracionais, atestado por laudo técnico. Prescreve, por fim, que o cumprimento de pena será em estabelecimento diverso do dos maiores de dezoito anos.

Fechada essa breve pesquisa, chegamos ao ano de 2013, com a apresentação da PEC nº 21, de 2013, que tem por primeiro signatário o Senador Álvaro Dias, do Paraná, cujo texto modifica o *caput* do art. 228 da Constituição Federal, para dizer que “são penalmente inimputáveis os menores de quinze anos, sujeitos às normas da legislação especial. Argumenta o senador que “a imputabilidade trata de uma ficção jurídica, ditada por uma necessidade de política criminal, por ser imprescindível à repressão e à prevenção no cometimento de crimes e ao oferecimento de maior segurança à sociedade” (BRASIL, 2013).

A pesquisa mostrou que o cerne das propostas de redução da idade de responsabilização penal está na modificação do art. 228 do texto constitucional. O artigo diz que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (BRASIL, 1988). Procurando seguir os passos de Karl Larenz no processo de interpretação constitucional, o primeiro movimento que se apresenta é a necessidade de formulação da pergunta certa. O texto somente responde a quem o pergunta corretamente. A pergunta cabível para essa análise seria: a norma retirada dos dispositivos dos arts. 227 e 228 da Constituição pode ser modificada por uma emenda constitucional da lavra do constituinte derivado?

Outro ponto coerente com os questionamentos levantados por Karl Larenz é o relativo ao peso que tem, nesse caso, a vontade do legislador – o constituinte originário, redator dos citados dispositivos – em face do sentido normativo da lei ao tempo da análise. O constituinte originário tem todo o poder de tudo desconsiderar para a redação da nova Constituição, mas não o faz, simplesmente pela impossibilidade cultural de fazê-lo. Ele traz em si o que existia momentos antes. No tocante à idade para a responsabilização penal, o constituinte de 1988, o que fez – não sem antes ouvir, em audiências públicas, especialistas e representantes engajados com o tema e de muito debater – foi elevar, ao texto constitucional o limite de dezoito anos que já vinha sendo consolidado pelo imaginário brasileiro desde o Código Penal de 1940, fruto de iniciativa contida no Código de Menores de 1927, que passou a considerar o menor de dezoito anos como uma pessoa ainda em formação, sem o amadurecimento mínimo.

A explicação de Karl Larenz sobre o contexto da lei nos remete a analisar o dispositivo do

art. 228 em conjunto com as prescrições contidas no *caput* do art. 227 da Constituição Federal. Pelo primeiro critério de aproximação, o literal, assim leio o art. 228: “são inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (BRASIL, 1988). O adjetivo “inimputável”, pelo Dicionário Houaiss da língua portuguesa (2009, p. 1.085), quer dizer “que não se pode imputar”. O verbo “imputar” é definido como “atribuir (a alguém) a responsabilidade de (algo censurável)”. O art. 228 está a nos dizer, portanto, que não se pode atribuir responsabilidade penal aos menores de dezoito anos pelas infrações que cometerem. Se, pela análise literal do texto constitucional vigente, não se pode responsabilizar o menor pelos delitos que cometa, a quem será imputada essa responsabilidade?

Voltamos a Karl Larenz e ao seu trabalho hermenêutico aplicado à conformação das normas constitucionais, para analisarmos o art. 228 de forma conjugada com o art. 227 da Constituição Federal, que nos aponta uma resposta para a questão. Diz esse art. 227 que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à vivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988). Bem, aqui está a chave para o entendimento: se não se pode responsabilizar penalmente o menor de dezoito anos, deve-se creditar o ato infracional cometido a falhas contabilizadas à família, à sociedade e ao Estado.

Vamos aprofundar um pouco a discussão, agora com o suporte dado pelas propostas de interpretação do texto constitucional formuladas por Friedrich Müller, com a sua teoria estruturante das normas, e por Inocêncio

Mártires Coelho, que nos apresenta a consciência jurídica geral e o devido processo legal como parâmetros de controle e legitimação da atividade hermenêutica. Ora, se é fato que nos últimos anos tem recrudescido o número de infrações violentas praticadas por menores de dezoito anos, com grande repercussão na mídia, mostrando as falhas no cumprimento dos preceitos constitucionais de proteção às crianças e aos adolescentes, fruto do desleixo, fraqueza ou falta de condições da parte de famílias, da sociedade e do Estado, seria constitucional uma mudança no texto do art. 228 para reduzir a idade de responsabilização penal? Essa alteração, como vimos, é o conteúdo das propostas de emendas à Constituição apresentadas pelos parlamentares.

Com base no parâmetro do devido processo legal, ressaltado por Inocêncio Mártires Coelho, é fundamental a análise dessa possível mudança do texto do art. 228 em face do que preceitua a cláusula pétrea do inciso 4º do § 4º do art. 60 da Constituição Federal, que afirma não ser “objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais” (BRASIL, 1988). É sabido que os direitos fundamentais não são apenas aqueles listados no art. 5º da Constituição Federal. São igualmente direitos fundamentais outros não contemplados expressamente no art. 5º do texto constitucional, desde que decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal (art. 5º, § 2º). Nessa linha, sou conduzido a levantar a pergunta: é uma garantia individual concedida pela Lei Maior ao menor de dezoito anos não sofrer qualquer imputação penal? Se a resposta for sim, as propostas em tramitação no Congresso Nacional devem ser arquivadas; mas, se for não, uma nova emenda à Constituição, que reduzisse essa idade para dezesseis anos, como pede a maioria das matérias legislativas, seria levada,

com boa margem de certeza, a uma última palavra do STF.

O estudo do programa da norma, ensina Friedrich Müller, deve estar estruturado com o âmbito da norma. Nesse aspecto, a tentativa de ordenar a realidade que subjaz aos casos concretos passa pelo esforço de compreender o mundo real que está sob a influência dos acontecimentos. É fato que o eleitorado e, por óbvio, os seus representantes no parlamento sabemos que o problema do ato infracional cometido pelo adolescente teve início muito antes da ação delituosa. Ele começou no seio de uma família desestruturada, na qual faltou responsabilidade aos pais; passou por uma sociedade que não o assumiu como uma pessoa dotada de direitos, principalmente os ligados à educação e à profissionalização, e fechou com a inoperância do Estado – Administrações da União, dos Estados-Membros e dos Municípios – em prover educação regular e de qualidade, com alimentação condizente para crianças e adolescentes.

Esse adolescente infrator, na sua imensa maioria, é fruto de uma desigualdade de oportunidades elevada à alta potência. O bem maior que um país possui está na mente das pessoas que nele habitam. O verdadeiro problema está no grande número de mentes brilhantes que são perdidas pelo descaso de mães e pais, da sociedade e pela inoperância do Estado em cumprir suas obrigações constitucionais. Dar condições de bom estudo e de produção para as pessoas é o cerne da solução de quase todos os problemas do país.

No Brasil, o encarceramento dos apenados e a internação dos menores infratores têm-se mostrado uma lástima em termos de ressocialização, tanto de adultos, quanto de crianças e adolescentes, que cumprem a medida socioeducativa de internação prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). As prisões

estão abarrotadas de pessoas, quase todas em condições desumanas de vida, tendo-se transformado em verdadeiras escolas do crime e de degradação do ser humano. Inserir nesse sistema prisional o efetivo de crianças e adolescentes infratores é um erro indesculpável. Vão aprender mais cedo como não ser uma pessoa de bem.

O Brasil encarcera, mas não sabe ressocializar. Tomando por base o método normativo-estruturante, explicado por Inocêncio Mártires Coelho, e a postura por ele retratada de Hans-Georg Gadamer de que interpretar é aplicar, é concretizar a legislação em cada caso concreto, é fundamental concluir que o encarceramento não põe fim à violência; pelo contrário, intensifica as motivações para atos violentos. Nesse quadro da realidade – do âmbito da norma a ser modificada pelas propostas em tramitação que reduzem a idade de responsabilização penal –, parece ser uma assertiva verdadeira dizer que o que prescreve o art. 228 da Constituição Federal é uma garantia individual de crianças e adolescentes e, pela força do inciso 4º do § 4º do art. 60 do texto constitucional, somente pode ser alterado pelo estabelecimento de um novo Poder Constituinte, coisa impensável para o estado democrático de direito vivido pelo país nesse início de século XXI. É como leio.

3. A limitação ao tempo máximo de internação dos adolescentes

3.1. A argumentação para mudanças no ECA

Com a linha de raciocínio que desaconselha a mudança da idade de responsabilização penal na Constituição Federal, o tema passa a convergir, para aqueles que julgam ser necessária uma resposta legislativa para o aumento da criminalidade violenta entre adolescentes, numa possível mudança do Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de dar uma atenção mais apurada aos menores infratores que atuam com violência contra a pessoa.

A argumentação em nada difere daquela que é empregada para defender a redução da idade de responsabilização penal de 18 anos, consagrada pela Constituição de 1988. Uma das ponderações que se destacam é o combate necessário à violência. É dito que a violência teria aumentado em função de estímulos à criminalidade dados por sanções penais muito brandas e pelos excessivos direitos que são concedidos aos apenados. Os adolescentes, por seu turno, estariam sendo estimulados a cometer atos infracionais mais graves a cada dia, em função da expectativa de que ficariam impunes.

Com isso, vem a ponderação de que os adultos criminosos procuram utilizar os adolescentes nos seus delitos, em função da impunidade dos menores quando apanhados em erro. Na esteira dessa afirmação, aparece outra, que assevera ser o ECA brando demais com os adolescentes infratores. As medidas socioeducativas previstas no Estatuto seriam muito fracas para dar respostas aos atos infracionais mais violentos, como o homicídio e o latrocínio (roubo seguido de morte da vítima).

Outro argumento é o de que o adolescente somente pode cumprir a medida socioeducativa de internação por três anos. Essa crítica é contundente porque a internação máxima de três anos, sendo vista como um encarceramento, não sancionaria, de forma apropriada, o infrator que cometera um homicídio, por exemplo. Para os defensores de mudanças no art. 228 da Constituição Federal, esse tempo de internação é muito curto e não responde, de forma condizente, aos interesses da sociedade ordeira.

Outra consideração dos defensores dessa linha de pensamento diz respeito à afirmação de que os adolescentes de hoje em dia, pela gama de conhecimentos que têm e pela tecnologia a que têm acesso, seriam muito mais amadurecidos dos que os que viviam nos idos de 1940, quando da aprovação do Código Penal. Eles estariam mais bem informados e, em função disso, entenderiam, em melhores condições, o caráter delituoso de determinados atos. Por fim, é colocado o argumento de que, sendo a maioria eleitoral fixada pela Constituição nos dezesseis anos, nada mais justo que a idade de responsabilização penal também fosse estabelecida nesse patamar de idade.

3.2. Uma proposta de mudança do ECA para discussão

Em face de toda essa argumentação e da pressão exercida pela mídia sobre a população, ao evidenciar, de maneira, por vezes, explorativa, os atos infracionais cometidos por adolescentes, crescem, no Senado Federal, estudos para a propositura de uma resposta legislativa que modifique o Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa medida apresentaria a vantagem de não bulir no texto da Constituição, pois tocaria a mudança à legislação infraconstitucional, no caso o texto da Lei nº 8.069, de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Das propostas colocadas nas reuniões de Lideranças, a que mais chama a atenção é a que afasta a aplicabilidade dos parágrafos 2º, 3º, 4º e 5º do art. 121 da Lei nº 8.069, de 1990, aos adolescentes que tenham praticado, de forma reiterada, atos infracionais mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa. Ao afastar a aplicação do § 2º, a mudança permitiria que a medida socioeducativa de internação comportasse pra-

zo determinado, o que hoje não é permitido. O § 3º, também afastado nessa proposta, determina que “em nenhuma hipótese o período de internação excederá a três anos” (BRASIL, 1990). O § 4º, que a proposta pretende tornar sem efeito para os casos de atos infracionais violentos cometidos por adolescentes, de forma reiterada, estabelece que, atingido o limite de três anos de internação, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semi-internação ou de liberdade vigiada. E, por fim, o último parágrafo afastado, o § 5º, determina que a liberação do adolescente infrator será compulsória aos vinte e um anos de idade.

Há outras propostas em estudo, como a que cria um art. 121-A para a Lei nº 8.069, de 1990, para conceituar o ato infracional de violência extrema, que seria aquele do qual resulta morte ou lesão corporal grave e, em função dele, fixar o tempo máximo de internação em oito anos e a que prevê mudanças nas prescrições de cumprimento da internação para os casos que tenham a morte como resultado, porém a proposta acima esmiuçada, que afasta a aplicabilidade dos parágrafos 2º, 3º, 4º e 5º do art. 121 da Lei nº 8.069, de 1990, é a que mais gerou apoios.

A minuta de projeto de lei que mais se destaca, já explicada, parece ser um bom caminho aberto para a discussão da redução da maioria penal em nosso país. Ela é uma tentativa plausível colocada diante das diversas Propostas de Emenda à Constituição (PEC) que, tramitando no Senado Federal, têm por finalidade tornar imputáveis, penalmente, os atos infracionais praticados por menores de 18 anos de idade. Conforme discutido, é possível citar, nessa tentativa de mudança do texto constitucional para a redução da maioria penal, as Propostas de Emenda à Constituição nºs 20, de 1999; 90, de 2003; 74 e 83, de 2011; 33, de 2012; e 21, de 2013, dentre outras.

As alterações que essas mudanças constitucionais tencionam fazer, não obstante a intenção de reduzir a criminalidade no Brasil, ferem a estrutura do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois colocam no mesmo nível os delitos cometidos por adultos e os praticados pelos adolescentes que ainda estão em fase de amadurecimento, de formação de suas personalidades, encontrando-se sob a proteção e a responsabilidade das famílias, da sociedade e do Estado. Além disso, vale lembrar, como já discutido, no possível vício de inconstitucionalidade que carregam, pela hermenêutica bem discutida que emerge da junção dos arts. 227 e 228 com o art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal, ao tentar abolir o direito de os menores infratores receberem um tratamento diferenciado do que é aplicado aos adultos pelo Código Penal.

3.3. Uma contra-argumentação para as mudanças do ECA

Fechando o desenvolvimento do tema, é momento de refletir sobre os argumentos contrapostos aos que militam pela modificação do ECA. O primeiro argumento é o que faz frente à tese de que a violência tem aumentado em função de penas brandas e dos direitos dados aos acusados. Os adolescentes seriam estimulados ao delito pela garantia de impunidade que têm. Nessas ponderações, há equívocos. Associar um possível aumento de penas à diminuição da criminalidade não se tem mostrado algo efetivo para o cumprimento do desiderato proposto. Nos países que adotam a pena de morte ou a de prisão perpétua para reincidentes, a diminuição esperada da criminalidade não ocorreu.

A ideia de que a inclusão dos atos infracionais cometidos por adolescentes na responsabilização das leis penais tem por reflexo a

comprovação de que os adultos, estando sob o jugo do Código Penal, continuam a delinquir. Pela argumentação inicial, não deveria existir a criminalidade dos adultos, uma vez que todos os adultos capazes respondem pelos seus atos em face da legislação civil e criminal. O próprio conceito de crime hediondo introduzido pela Constituição de 1988 e materializado pela Lei nº 8.072, de 1990, não atingiu os objetivos de redução da criminalidade. O Observatório de Segurança Pública de São Paulo revelou o resultado de pesquisa realizada, que conclui que “desde a promulgação da Lei de Crimes Hediondos, em 25 de julho de 1990, a população carcerária no Brasil sofreu significativo aumento e os índices de criminalidade também experimentaram elevação” (ESTUDO, s.d.).

A chegada dos adolescentes infratores ao sistema prisional brasileiro apenas agravaria a situação caótica existente, que mostra a incapacidade de o sistema dar respostas efetivas para a redução da criminalidade, por sua comprovada deficiência de estrutura, aliada às dificuldades de trabalho da polícia judiciária e das varas de execuções penais. As propostas mais plausíveis para a redução da criminalidade devem levar em conta a necessidade da inclusão de todos – crianças, adolescentes e jovens – no sistema regular de educação, sistema esse que deve primar pela qualidade, com professores capazes e bem remunerados e com educandários bem estruturados, com mais carga horária e atividades nas escolas, bem como a facilitação e o estímulo para o acesso aos cursos de profissionalização, abertos em função das necessidades da região ou do país como um todo.

O argumento de que os adultos criminosos procuram utilizar os adolescentes em seus delitos em função da impunidade, que abarcaria os atos infracionais cometidos pelos albergados pelo ECA, parece ser falaciosa. Pesquisa sobre a questão realizada na cidade de Betim, Minas Gerais, em maio de 2012, demonstrou que os “adolescentes de Betim escolhem vida criminosa por falta de perspectiva de futuro” (LIRA, 2012). O que se tem visto é a facilidade com que os agentes do crime têm encontrado crianças e adolescentes sem estudo e sem trabalho, o que favorece, decisivamente, a cooptação para a vida criminosa.

No que toca à afirmação de que as medidas socioeducativas previstas no ECA são insuficientes para dar respostas aos casos de crimes violentos, é bom que seja revelado que essa assertiva vem carregada de boa dose da concepção vingativa das leis penais. Por detrás, estaria a ideia de que o apenado deveria sofrer em consequência de seus atos delituosos. Ora, as medidas socioeducativas não possuem o beneplácito do regime de progressão, característico do direito penal. É possível visualizar a aplicação a um adolescente de uma sanção mais grave em relação ao adulto que tenha cometido o mesmo delito, principalmente

quando a sanção permite a aplicação de penas alternativas. Na comparação, vale lembrar que no ECA não está previsto o instituto da prescrição, o que, para os adultos, não é algo muito incomum, pela morosidade processual.

Os que defendem o texto original do ECA entendem que o limite máximo de três anos para o cumprimento da medida socioeducativa da internação é adequado, considerando que esse limite refere-se à privação total de liberdade que, uma vez cumprida, pode ser substituída por outra, não privativa de liberdade. Na comparação, é possível verificar que os três anos para um adolescente de dezesseis anos correspondem a, praticamente, dezoito por cento do seu tempo de vida; para uma pessoa de trinta anos, essa duração representa dez por cento. O adolescente será privado de sua liberdade no momento em que ele busca a autonomia; o adulto de trinta anos já teve oportunidade de construir relações sociais. Como não há progressão de regime no ECA, o tempo de três anos pode, na comparação com os adultos, ser considerado maior que o de determinadas penas criminais. Não se pode perder de vista que o tempo de cumprimento das medidas socioeducativas está ligado ao trabalho de preparação para a saída do adolescente com formação educacional, profissional e psicológica, dando-lhe condições plenas de reinserção na teia social de sua comunidade.

Por fim, é a vez do enfrentamento da argumentação de que os adolescentes hoje seriam mais amadurecidos que os dos idos de 1940. É realmente fácil constatar a evolução exponencial de acesso às informações que tem ocorrido no mundo nessas últimas décadas. Porém, é possível identificar que ficou mais comum termos jovens de 25 anos, por exemplo, nas casas de seus pais, que vão se casar e constituir família bem mais à frente. Como as crianças e adolescentes estão submetidos a uma pletora

de informações, pelo acesso à televisão ou à internet, a capacidade de fazer opções diante de tantas escolhas possíveis pode levar à insegurança na escolha. No passado, a formação de valores morais e a conscientização dos limites, obtidas da família, da igreja e da escola, tinham uma importância capital na formação da pessoa. Hoje, essas instituições tradicionais têm encontrado muitos obstáculos para moldar valores que balizem o comportamento das crianças e dos adolescentes. Tudo isso sem falar na dificuldade que é para um adolescente pobre ter acesso a uma rede de internet confiável no Brasil.

Considerações finais

Encerrando este estudo, que teve como mola mestra a hermenêutica constitucional aplicada a possíveis mudanças no texto da Constituição Federal, mudanças essas que têm por fito reduzir a idade de responsabilização penal, faz-se mister um rápido retrospecto dos pontos de maior relevância do tema. Os ensinamentos de Karl Larenz ligados à interpretação e à aplicação das leis, a análise de Inocêncio Mártires Coelho sobre os critérios de interpretação e os métodos de interpretação constitucional, e o estudo sobre os parâmetros da teoria estruturante do direito, de Friedrich Müller, descortinaram os principais pontos de aplicação da hermenêutica constitucional que poderiam ser empregados na discussão sobre a redução da maioridade penal.

Ficou evidenciado que nenhum critério de interpretação deve ser descartado *a priori*, bem como que há uma especificidade nos processos empregados na interpretação constitucional, principalmente pela natureza aberta dos princípios que integram a Constituição Federal. Da discussão sobre a prioridade que deve ser dada

na interpretação dos textos legais, se à vontade do legislador ou ao sentido normativo da lei, ficou claro que ambas as teorias são possíveis, dependendo do caso concreto. Porém, num alongamento da disputa, a teoria subjetivista cresce de importância, pois o texto legal ganha vida própria ao ser publicado, o que impõe que, como tal, seja interpretado.

A idade mínima para a imputação da responsabilidade penal variou, como vimos, desde a Constituição de 1824. Em linhas gerais, ela foi de quatorze anos, pelo Código Criminal de 1830, e foi mantida nesse patamar pelo Código Penal de 1890, sendo que, nesse último, havia a possibilidade de responsabilização entre nove e quatorze anos, desde que o autor tivesse agido com discernimento. O Código de Menores de 1927 traz a semente da ideia que vigora na atualidade sobre a responsabilização penal, ao estabelecer que os menores com mais de quatorze e menos de dezoito anos, deveriam ser submetidos a processo especial e, caso condenados, deveriam cumprir pena separados dos adultos.

A necessidade de uma proteção especial do Estado para o menor de dezoito anos foi patenteada no Código Penal de 1940, claro ao dizer que os menores dessa idade seriam penalmente inimputáveis. Em 1988, o constituinte originário sacramentou a idade de dezoito anos como aquela que garantia às crianças e aos adolescentes a inimputabilidade penal. Na sequência, em 1990, foi aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente, que trouxe a regulamentação nacional para, dentre outros, o trato com os menores infratores, principalmente sobre as condicionantes para a efetivação das medidas socioeducativas.

As onze Propostas de Emenda à Constituição estudadas, que procuram reduzir a idade de responsabilização penal para, na sua maioria, dezesseis anos, apresentam-se como soluções cabíveis para reduzir a violência

crescente dos atos infracionais cometidos por adolescentes. As justificações feitas pelos signatários dessas propostas de mudança do art. 228 da Constituição Federal giram em torno das seguintes assertivas: os adolescentes são estimulados a cometer atos infracionais pela expectativa de ficarem impunes; os adultos criminosos procuram utilizar adolescentes em seus delitos, em função também da impunidade dos menores; as medidas socioeducativas são fracas para dar respostas aos atos infracionais violentos; o tempo de internação de três anos é muito curto; e os adolescentes de hoje estão muito mais amadurecidos dos que os que viviam por volta de 1940. A pesquisa mostrou os argumentos das onze propostas escolhidas para a discussão do tema, argumentos estes que pouco diferem daqueles defendidos pelas demais propostas que tramitam no Senado Federal, bem como daquelas que tramitam na Câmara dos Deputados.

Com base no enfoque dado por Karl Larenz acerca do trabalho hermenêutico aplicado às normas constitucionais, este estudo mostrou que a análise do art. 228, feita de forma integrada com os fatos do mundo real, com o que diz o art. 227 e à vista do parâmetro do devido processo legal, apontado por Inocêncio Mártires Coelho, com o inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição da República, desaconselha a aprovação de uma Emenda Constitucional que objetive reduzir a idade de responsabilização penal no país. O que o art. 228 estampa, pelo estudo, é uma garantia dada a todos os indivíduos menores de dezoito anos para que não recebam qualquer imputação penal pelos seus atos.

Como a discussão sobre o tema prossegue no Congresso Nacional, surgiu a proposta de não se alterar o teor do art. 228 do texto constitucional, realizando-se, em contrapartida, mudanças no Estatuto da Criança e do Adolescente para flexibilizar determinadas limitações im-

postas para a execução da medida socioeducativa da internação. As mudanças no ECA afastariam a aplicabilidade dos parágrafos 2º, 3º, 4º e 5º do art. 121 da Lei nº 8.069, de 1990, aos adolescentes que tivessem praticado, de forma reiterada, atos infracionais mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa. Para esses casos, não se aplicaria o limite máximo de três anos para a internação nem a liberação obrigatória do interno aos vinte e um anos de idade. Trata-se de uma proposta de solução que responde a anseios de determinados setores da sociedade, mas não conseguirá atingir os objetivos de redução da criminalidade entre adolescentes.

O problema da criminalidade violenta não é daqueles que com uma pena estará resolvido. A solução depende de trabalho árduo de gerações de brasileiros, que precisam educar e estar educados para o respeito aos valores maiores da convivência humana. A igualdade de condições – aquela observada por Alexis de Tocqueville (1998, p. 7) na América – deve ser a tônica da evolução cultural da população brasileira. É disso que as crianças e os adolescentes precisam para um amadurecimento sadio e produtivo, tanto para eles, quanto para o Brasil.

Sobre o autor

Arthur Maciel Motta é mestre e doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília-CEUB, advogado e assessor jurídico do Senador Eduardo Matarazzo Suplicy. Emails: arthurmotta@hotmail.com; mottaa@senado.leg.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

A READING OF THE CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS FROM THE KARL LARENZ'S PERSPECTIVE AND THEIR APLICATION IN THE DISCUSSION OF THE REDUCTION OF THE CRIMINAL MAJORITY.

ABSTRACT: This article seeks to analyse the proposals for legislative changes to reduce the age of criminal responsibility in Brazil. The topic of discussion will have the backdrop doctrinal teachings on constitutional hermeneutics of Karl Larenz, deepened with the schooling of Inocêncio Mártires Coelho and analysis plus the Friedrich Müller's view on the form of composition of the legal rule. The writings of these three scholars, associated with some ideas of Karl Loewenstein, enough to form the knowledge structure necessary to the objectives of this article. A survey conducted in the Federal Senate bills (1996-2013) can make a well close to the actual framework for the interpretative analysis that this work has the scope to achieve, without the burden of myriad examples that would make uninviting reading.

¹ Sem revisão do editor.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS. CRIMINALITY OF ADOLESCENTS. CRIMINAL MAJORITY. CHILD AND ADOLESCENT STATUTE.

Referências

BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil (25 de março de 1824). Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 19 jun. 2015.

_____. *Lei de 16 de dezembro de 1830*. Manda executar o Código Criminal. 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 19 jun. 2015.

_____. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o código penal. *Coleção de Leis do Brasil*, 31 dez. 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 19 jun. 2015

_____. Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. *Coleção de Leis do Brasil*, 31 dez. 1927.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1940.

_____. Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969. *Diário Oficial da União*, 21 out. 1969.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 16 jul. 1990.

_____. Proposta de emenda à Constituição n. 15, de 1996. Altera a redação do artigo 228 da constituição federal. *Senado Federal*, 26 mar. 1996.

_____. Proposta de emenda à Constituição n. 20, de 1999. Altera o artigo 228 da Constituição Federal, reduzindo para 16 (dezesseis) anos a idade para imputabilidade penal. *Senado Federal*, 25 mar. 1999.

_____. Proposta de emenda à Constituição n. 3, de 2001. Altera o artigo 228 da Constituição Federal, reduzindo para 16 (dezesseis) anos a idade para imputabilidade penal. *Senado Federal*, 22 mar. 2001.

_____. Proposta de emenda à Constituição n. 26, de 2002. Altera o artigo 228 da Constituição Federal, para reduzir a idade prevista para a imputabilidade penal, nas condições que estabelece. *Senado Federal*, 22 maio 2002.

_____. Proposta de emenda à Constituição n. 90, de 2003. Inclui parágrafo único no artigo 228, da Constituição Federal, para considerar penalmente imputáveis os maiores de treze anos que tenham praticado crimes definidos como hediondos. *Senado Federal*, 25 nov. 2003.

_____. Proposta de emenda à Constituição n. 9, de 2004. Acrescenta parágrafo ao artigo 228 da Constituição Federal, para determinar a imputabilidade penal quando o menor apresentar idade psicológica igual ou superior a dezoito anos. *Senado Federal*, 16 mar. 2004.

_____. Proposta de emenda à Constituição n. 74, de 2011. Acrescenta parágrafo único ao art. 228 da Constituição Federal para estabelecer que, nos casos de crimes de homicídio

doloso e roubo seguido de morte, tentados ou consumados, são penalmente inimputáveis os menores de quinze anos. *Senado Federal*, 9 ago. 2011a.

_____. Proposta de emenda à Constituição n. 83, de 2011. Estabelece a maioridade civil e penal aos dezesesseis anos, tornando obrigatório o exercício do voto nesta idade. *Senado Federal*, 30 ago. 2011b.

_____. Proposta de emenda à Constituição n. 33, de 2012. Altera a redação dos arts. 129 e 228 da Constituição Federal, acrescentando um parágrafo único para prever a possibilidade de desconsideração da inimputabilidade penal de maiores de dezesesseis anos e menores de dezoito anos por lei complementar. *Senado Federal*, 3 jul. 2012.

_____. Proposta de emenda à Constituição n. 21, de 2013. Altera o art. 228 da Constituição Federal com vistas à diminuição da maioridade penal. *Senado Federal*, 24 abr. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESTUDO revela que Lei de Crimes Hediondos não reduziu criminalidade. Observatório de Segurança, s.d. Disponível em: <<http://www.observatoriodeseguranca.org/node/420>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HOUAISS, Antônio; VILAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIRA, Sara. Adolescentes de Betim escolhem vida criminosa por falta de perspectiva de futuro. *EM Digital*, 8 maio 2012. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2012/05/08/interna_gerais,293066/adolescentes-de-betim-escolhem-vida-criminosa-por-falta-de-perspectiva-de-futuro.shtml>. Acesso em: 29 jun. 2015.

LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1957.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NIETZSCHE, Friedrich. *Fragmentos finais*. Brasília: Editora UnB, 2002.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América: leis e costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de Marcos G. Montagnoli. 4. ed. Bagança Paulista: Editora Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2005.

A epistemologia do racismo no Brasil

PEDRO LIMA MARCHERI
SILVIO CARLOS ÁLVARES

Resumo: Contemporaneamente, com o recrudescimento dos conflitos sociais fundados no ódio e na intolerância, diversos grupos ou minorias, quando discriminados, pleiteiam para si a tutela da legislação penal racial. O Direito Penal e a hermenêutica constitucional não conseguem acompanhar a constante evolução desse movimento. A ideia central desta pesquisa é relacionar a proteção dos direitos fundamentais da liberdade de expressão e igualdade, com fulcro na proteção de minorias, além do desenvolvimento da correta equalização desses fundamentos na criminalização dos delitos de ódio. Procura-se atingir os objetivos propostos por meio da revisão crítica da bibliografia, da jurisprudência e da legislação. Conclui-se que os tribunais constitucionais aplicam a hermenêutica da Constituição baseados em critérios epistemológicos da própria construção dos termos raça, racismo e discriminação. A criminalização do ódio deve balancear a liberdade e a igualdade, como pressupostos da sistematização de uma interpretação abalizada sobre o mandado constitucional de criminalização do racismo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Raça. Racismo. Ódio. Discriminação.

Considerações iniciais

Tema ainda hoje controverso, a discriminação racial faceia uma perspectiva diversa da existente em décadas passadas. Enquanto algumas espécies de discriminação ostentam altos níveis de reprovação social, as quais acabaram por refletir a austeridade da legislação racial brasileira, repousa sobre outras formas grande complacência e tolerância. Qual seria a diferença, portanto, entre uma piada discriminatória

Recebido em 3/10/14
Aprovado em 17/4/15

envolvendo um negro ou um português? Desse modo, o discurso de ódio contra homossexuais ou grupo LGBT não teria idêntico grau de reprovabilidade social ao racismo?

Partindo dessa premissa, forma-se outro paradigma, no momento em que o ideário de intolerância historicamente consolidado e reconhecido no conceito clássico de racismo, adquire o sentido de também discriminar outros grupos e minorias sociais em razão de atributos diversos da raça propriamente dita. Destarte, não estaria contemplado no conceito de racismo a discriminação religiosa contra membro de comunidade judaica ou de religião de matriz africana?

Com base nesses questionamentos, o presente trabalho abarca a proposta de discorrer sobre a epistemologia do racismo na legislação penal brasileira, buscando aferir a inclusão ou exclusão dos fatores de discriminação contemplados na legislação racial brasileira (raça, etnia, cor, religião e procedência nacional) no mandado constitucional de criminalização do racismo – o qual prevê a inafiançabilidade, imprescritibilidade e sujeição à pena de reclusão para a prática do racismo.

O desenvolvimento da presente pesquisa se dará por meio da revisão crítica da bibliografia especializada, além da análise legislativa e jurisprudencial das questões raciais no Brasil, especialmente do *Habeas Corpus* 82.424 (BRASIL, 2004), julgado pelo Supremo Tribunal Federal. As decisões de cortes constitucionais estrangeiras servirão de base comparativa para a análise em questão.

Ao final espera-se obter apontamentos sobre a metodologia adotada, no direito estrangeiro e pátrio, para a construção do conceito de racismo (levando em consideração outros critérios discriminatórios diversos da raça), com vistas à sua aplicação na tipificação dos delitos raciais. Se necessário, serão sistematizadas sugestões visando o aprimoramento da legislação brasileira, especialmente no que tange à preservação da segurança jurídica e legalidade nas decisões judiciais, o que se fará a seguir.

1. A evolução do mandado constitucional de criminalização do racismo e a garantia à igualdade

Desde o período colonial até o ocaso do regime monárquico, a história da sociedade brasileira entrelaça-se com o regime da escravidão; desse modo, as frequentes práticas de preconceito e discriminação racial foram tacitamente institucionalizadas¹ na legislação brasileira e osten-

¹Brandão (2002, p. 96) esclarece sobre a legitimação tácita do tratamento desigual, com base na discriminação racial, no Brasil. A Constituição imperial, de 1824, trazia o

tavam baixa reprovção social. Contemporaneamente, não obstante a notável evolução moral, social e jurídica sobre o tema, ainda é possível observar frequentes ofensas de cunho discriminatório veiculadas nos mais diversos segmentos da sociedade brasileira. Além disso, outros fatores acabaram incorporando-se ao ideário de intolerância, como a homofobia e a xenofobia. O cenário do racismo no Brasil demandava a adoção de instituto de nível constitucional que fixasse a obrigatoriedade no combate a tal conduta.

Historicamente, a exigência constitucional da incriminação ordinária de condutas ganhou relevância nas décadas de 1970 e 1980 por meio de sentenças das cortes constitucionais italiana, espanhola e do tribunal constitucional alemão. No caso do Brasil, o legislador constituinte aportou o instituto na hipótese da discriminação racial, possibilitando a reflexão crítica e estabelecendo como prioridade a evolução legislativa criminal dos delitos de ódio – o denominado mandado de criminalização.

Em sua essência, o mandado constitucional de criminalização é a exigência vinculadora, imposta pelo texto constitucional ao legislador, a fim de que determinados bens jurídicos de relevância essencial sejam tutelados por meio da edição de tipos penais específicos. Conforme disserta Gonçalves (2007, p. 162): “Os mandados de criminalização são ordens para que o legislador ordinário edite leis considerando crimes as condutas que menciona”. Com base na classificação das normas

constitucionais apresentada por Silva (2012), os mandados de criminalização consubstanciam-se em normas de eficácia limitada, visto que sua existência obriga a elaboração de lei superveniente que incrimine as condutas que violem o bem jurídico tutelado pelo mandado.

A existência de um mandado de criminalização cumpre duas funções idiossincráticas na ordem constitucional brasileira:

a) norma/princípio – ao editar texto no qual o próprio texto constitucional admite uma conduta como contrária ao Direito Penal, tacitamente há a intenção de demonstrar que tal prática não será tolerada naquela ordem jurídica. A bem da verdade, os mandados constitucionais de criminalização são, em tese, utilizados apenas para as condutas que trazem maior repúdio a determinada sociedade e, portanto, acabam por evidenciar que o bem jurídico tutelado pelas condutas apontadas no mandado é resguardado pela ordem constitucional. Ainda que não fosse estabelecida expressamente, a inferência do princípio da igualdade humana estaria contemplado na *Lex Legum* indiretamente pelo mandado de criminalização;

b) criminalização propriamente dita – a função evidente do mandado constitucional de criminalização é criar o vínculo de compulsoriedade entre o legislador ordinário e a matéria contemplada no mandado. O legislador constituinte acaba, de certa forma, por exercer a função ordinariamente relegada ao legislador infraconstitucional.

A conjectura acerca da licitude ou não de determinado tema é extinta com a edição de um mandado de criminalização, que deverá compulsória e integralmente ser cumprido pelo legislativo. Isso importa dizer que deve haver a edição de normas penais sobre determinado tema e que essas normas deverão satisfatoriamente sancionar as condutas recriminadas. Assim, cabe ao legislativo nacional

artigo 179, XIII: “A lei será igual para todos”. Não obstante, a Constituição oficialmente não admitia a legalidade da escravidão; por certo, o vocábulo “todos” não incluía os escravos negros. Tal omissão permitia aos governos provinciais criar leis discriminatórias, como no exemplo de um Decreto da Província do Sergipe outorgado em 1838, que proibia de frequentar as escolas públicas: “[...] os africanos, quer livres quer libertos”.

contemplar em um projeto futuro a efetiva tipificação penal do tema contemplado e ela deverá ser modulada em sua formalidade e materialidade, ou seja, eficaz e adequada à violação criminal, de modo a efetivamente tutelar o bem jurídico. A incriminação formal não é suficiente, sendo necessária a penalização adequada para as condutas previstas, de modo a inibir sua prática.

Gonçalves (2007, p. 105) pondera sobre esse atributo afirmando que:

“A Constituição priva o legislador ordinário da discussão sobre se haverá criminalização; avança muitas vezes a decisão sobre como deverá ser o tratamento penal do assunto. Logo os mandados de criminalização acabam atuando como uma forma de limitação da atuação do legislador ordinário, tendo em vista que o atendimento daqueles é obrigatório e ainda em algumas situações penais são definidos pelos próprios mandados de criminalização.”

Quanto à evolução constitucional do mandado de criminalização do racismo, de forma inédita em 1965, o Ato Institucional nº 2 modificou a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, inserindo no artigo 141, § 1^o², o esboço inicial do combate constitucional ao racismo. Aferiu-se um *proto-mandado* de criminalização do racismo, que viria a ser completamente satisfeito com a promulgação da Carta de 1967. O grande avanço legislativo deu-se justamente no esforço feito pelo constituinte ao inserir a vedação explícita às condutas discriminatórias de cunho racial.

No Brasil, o primeiro mandado constitucional de criminalização do racismo foi editado no texto da Carta de 1967 em seu artigo 150 §1^o³. Previa-se, de forma nominativa, a norma de combate ao racismo, que foi denominado “preconceito de raça”. Note-se que não houve expressa referência à legislação criminal, bastando que o racismo fosse “punido pela lei”, de forma genérica. Contudo, a previsão penal já se encontrava satisfeita com a tutela exercida pela Lei Afonso Arinos (Lei nº 1.390/1951), que considerava as práticas racistas como contravenção penal.

Apenas em 1988, com a edição da atual Constituição, o mandado de criminalização do racismo (artigo 5^o, inciso XLII⁴) chegou ao seu fastígio, classificando-se “a prática de racismo como crime”. Houve a

²“É livre a manifestação do pensamento [...]. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou preconceitos de raça ou de classe” (BRASIL, 1946).

³“Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei” (BRASIL, 1967).

⁴“XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;” (BRASIL, 1988).

modificação completa do panorama da legislação penal brasileira. Obviamente, não mais era compatível a lei que considerava como contravenção as práticas racistas, não sendo recepcionada pela ordem vigente. O hiato foi suprido com a promulgação da Lei nº 7.716/1989, de autoria do então deputado federal Alberto Caó, que, em uma redação assemelhada à sua antecessora, passou a classificar como crime as condutas discriminatórias.

Complementarmente, José Santos (2013b, p. 257-258) leciona:

“Em termos nacionais, a Constituição também veda o racismo [...] nos termos da lei. Tal lei seria a legislação penal específica sobre o preconceito e a discriminação. Logo, o texto constitucional, a partir de sua publicação, impôs ao Estado a elaboração de uma legislação própria sobre o racismo, exigindo, assim, a atuação do Direito Penal sobre esse tema, por considerar a igualdade um bem jurídico fundamental a uma vida digna, passível, portanto, de tutela por parte do Direito Penal.”

Em sua essência, o aprimoramento do mandado de criminalização derivou da necessidade de adequação da tutela da igualdade e da dignidade humana ao longo da evolução das Constituições, na medida da redução da complacência de práticas discriminatórias, tornando o tratamento criminal do racismo mais austero. Note-se que o corolário da igualdade permeia, de forma insofismável, as garantias constitucionais, as relações internacionais e a própria composição do Estado brasileiro; *ipso facto* a composição da hermenêutica relativa à tutela dos delitos de ódio e intolerância no Brasil deve obrigatoriamente ter como esteio os parâmetros da própria igualdade garantida na Lei Magna.

Conforme ponderação proposta por José Santos (2013b, p. 240), o preconceito racial ou étnico não pode ser escusado por meio da individualidade humana:

“Importante ressaltar que diferenças naturais entre os seres humanos sempre existiram e vão existir, pois não existe uma pessoa igual a outra, uma vez que naturalmente o ser humano é desigual. A título de exemplo, pode-se falar do mais forte fisicamente, ou daquele que nasce com alguma deficiência. No entanto, esse não é o problema. A grande constatação é que a diferença que realmente importa é a social, sendo esta que produz o preconceito e consequente discriminação. Na realidade, se fosse reconhecida a isonomia, tais grupos deveriam se ajudar mutuamente de forma a coexistirem em um mesmo e único patamar.”

Diante disso, o conteúdo do princípio da igualdade em termos penais corresponde à vedação do arbítrio na elaboração de normas que violem os preceitos constitucionais, proibindo-se a discriminação. Por conse-

guinte, esta se consubstancia no tratamento negativo diferencial em decorrência de características meramente subjetivas. Em sua perspectiva lícita, a igualdade poderá levar à necessidade de diferenciação para sua própria realização, especialmente na adoção de ações afirmativas (MUNIZ, 2007). Complementando a assertiva, Rothernburg (1999, p. 60) disserta que: “A determinação constitucional ao legislador de instituir crime específico para a prática do racismo (art. 5º, XLII), embora não confira um imediato direito subjetivo, é um modo de tutela institucional da igualdade no campo étnico”.

De certo que contemporaneamente os limites tangíveis da discriminação no Brasil não ostentam abrangência idêntica em relação aos tempos passados⁵. Isso importa dizer que a hermenêutica aplicável ao mandado de criminalização do racismo também é sujeita à mutação constitucional, demandando modulação em sua aplicação aos delitos raciais.

O processo democrático que tangencia a liberdade, na visão de Goyard-Fabre (2003, p. 41), é pautado por duas diferentes tendências, sendo a primeira o retorno dos antigos princípios, enquanto a segunda seria trilhar a ontologia da pós-modernidade:

“O retorno aos antigos, sem uma revisão de seus princípios, se torna impraticável, pois não correspondem aos princípios de liberdade e igualdade de hoje. A ideia de época pós-moderna, com a superação dos paradigmas até aqui construídos por outros, levar-nos-ia ao desconhecido, como também não atende às exigências de nosso tempo.”

No panorama jurídico atual, há clara interdependência dos fatores: a congruência entre

⁵De acordo com Dimoulis (2000), a concepção jurídica de crime é historicamente mutável, já que a infração penal é um fruto da historicidade e da moral da sociedade que foi concebida.

a garantia constitucional da igualdade e a implementação da tutela contida no mandado de criminalização do racismo dependem de um esforço na construção de tipos penais hábeis a combater as práticas de ódio e intolerância contra as minorias sociais e étnicas⁶. Rothernburg (2008, p. 82) ratifica o raciocínio:

“O combate à discriminação, como dimensão ‘negativa’ (de viés repressor) da igualdade, pode assumir formulações mais específicas, com vistas à proteção de determinadas pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade. Assim, para além da igualdade formal, normas jurídicas de proibição podem traduzir o anseio por igualdade material.”

O sistema jurídico brasileiro, de fato, ainda esboça os primeiros esforços do aprimoramento do combate à discriminação racial. Dessa forma, a modificação do núcleo do conteúdo dos mandados também acaba por influenciar na construção legislativa infraconstitucional, mais especificamente dos tipos penais que incriminam as condutas de intolerância, sendo premente correta ponderação de seus fatores e conceitos.

1.1. Definição dos fatores que compõem o racismo

Com base na premissa de que a Constituição atual é mais abrangente que suas antecessoras com relação à criminalização do racismo, a leitura mais desatenta da Lei Maior induz à aparente sinonímia dos termos pre-

⁶Em complemento Bornia (2008, p. 85) aduz: “A diferença e a pluralidade é essencial à natureza humana e toda atuação contra essa diferença não pode ser referendada por colidir com valores próprios do homem. [...] A tolerância é corolário da coexistência de liberdade e igualdade dos indivíduos, nuances próprias do princípio da dignidade da pessoa humana”.

conceito, diferença de tratamento, racismo e discriminação. Deve-se levar em consideração que o constituinte assegurou o relevo à “prática do racismo”, condensando o núcleo do mandado no referido termo (BORNIA, 2008, p. 82).

O questionamento que ora se impõe é a necessidade de inteligência entre o conteúdo do mandado contido no artigo 5º, inciso XLII, e os diversos fatores presentes na legislação penal racial. A Lei nº 7.716, promulgada em 5 de janeiro de 1989, prevê quatorze tipos penais resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, e, conforme menciona Rothernburg (2008, p. 82), a referida lei “define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”, teve seu alcance ampliado pela Lei nº 9.459/1997, aportando “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de etnia, religião ou procedência nacional”. Perceba-se que ficaram de fora, pelo menos, as discriminações com base em gênero, orientação sexual e procedência regional, provavelmente devido a um descuido de previsão legislativa, ou a revelar – ainda que inconscientemente?⁷

Cita-se ainda a previsão contida no artigo 140, § 3º⁸, do Código Penal, que contempla o crime de injúria qualificada pelo preconceito, no contexto da “utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”, introduzindo três fatores distintos daqueles previstos na Lei nº 7.716/1989.

Desde a vigência do novo mandado de criminalização, apresentaram-se as seguintes situações que tangenciam os fatores de discriminação no Brasil:

- a) Lei nº 7.716/1989 – Legislação racial aporta 2 fatores: raça e cor;
- b) Lei nº 9.459/1997 – Legislação racial aporta 5 fatores: raça, cor, etnia, religião, procedência nacional⁹;

⁷Os crimes contidos nos estatutos federais norte-americanos (USC) preveem a punição do discurso de ódio baseado em outros fatores não contemplados pela legislação brasileira. A Seção 249, por exemplo, possibilita a tipificação da discriminação com base na raça, cor, religião, origem nacional, gênero, identidade de gênero, orientação sexual ou deficiência, sejam estes reais ou presumidos.

⁸O crime inicialmente contemplado pela Lei nº 9.459, de 1997 teve sua redação modificada pela Lei nº 10.741, de 2003, permanecendo o preceito secundário da norma incólume pela primeira legislação citada: “§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem: (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997) § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)” (BRASIL, 1997; 2003).

⁹Com relação aos citados fatores: “A primeira fase de proteção dos direitos humanos foi marcada pela tônica da proteção geral, que expressava o temor da diferença (que no nazismo havia sido orientada para o extermínio), com base na igualdade formal. A título de exemplo, basta avaliar quem é o destinatário da Declaração de 1948, bem como basta atentar para a Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, também

c) Lei nº 10.741/2003 – Legislação racial aporta 7 fatores: raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Logo, há que se ponderar se o tratamento austero conferido pelo artigo 5º, XLII, à prática do racismo poderia é necessariamente inferido a todas as modalidades de discriminações (e seus respectivos fatores) contidas na legislação racial, ou se tal providência cingir-se-ia apenas ao racismo.

Tomando como exemplo a religião, mostra-se imprópria a equiparação com a discriminação racial. Silveira (2007, p. 97) traça um paralelo entre o racismo e a discriminação religiosa:

“Cabe esclarecer que a discriminação religiosa pode, ou não, guardar relação com o problema do racismo. Os conflitos religiosos podem, ou não, aproveitar elementos dos discursos racistas. É possível que determinados grupos, além de reivindicarem a superioridade de sua convicção religiosa, queiram combiná-la, de alguma forma, com pretensões de superioridade biológico-cultural.”

Para Dimoulis (2000), o esteio da aplicabilidade do direito penal constitucional é a concepção dos direitos humanos em sua acepção da igualdade entre os homens e na reflexão dos óbices à sua realização. Ademais, mostra-se impróprio o combate direto às manifestações do crime, sendo necessário o esforço de mitigar suas raízes, a fim de superar o tratamento paliativo de questões que se perpetuam no contexto social. Em congruência com os apontamentos do autor, é necessária a reflexão sobre os temas relacionados aos crimes de ódio no Brasil, tanto para proporcionar a efetivação da igualdade constitucional, quanto para garantir a segurança jurídica inerente à legalidade penal, definindo o alcance das terminologias utilizadas nesta estirpe de delitos.

Em perspectiva diversa, Brandão (2002) aduz que todas as normas, constitucionais ou infraconstitucionais, que tratam da questão racial são demasiadamente incompletas e ambíguas, constituindo sofismas de interpretação, conclusões contraditórias e injustiças em sua aplicação, se antes não acabarem inócuas. Assim, embora desejável, não é cabível punir alguém por “crime de preconceito ou racismo”; o que se poderia admitir é que a ameaça contida em abstrato, nas diversas figuras penais distribuídas nos diplomas penais em vigor, só pudessem ser consubstanciadas em atos concretos – a saber, efetivas condutas discriminató-

de 1948, que pune a lógica da intolerância pautada na destruição do ‘outro’, em razão de sua nacionalidade, etnia, raça ou religião” (SANTOS, 2007).

rias. Em adição, Santos (2010) descreve que a mera elaboração conceitual psicológica constitui-se em indiferente penal, sendo somente criminalizável a exteriorização do preconceito ou racismo.

É necessário o aprofundamento doutrinário sobre o tema, dado que a reprovabilidade social de determinadas condutas é sujeita a modificações em razão da moral vigente no próprio meio social, inexoravelmente afetando as decisões jurisprudenciais. Nesse sentido, a própria subsunção jurídica ao título de “prática racista” é inferida sem que existam modificações relevantes na legislação pátria, demandando a fixação exaustiva de sua materialização em legislação própria, ou a pesquisa acadêmica sobre a epistemologia do racismo no sistema jurídico brasileiro.

A influência jurisprudencial na interpretação das normas constitucionais e na abrangência dos delitos de ódio é ratificada por Ivair Santos (2013a, p. 238):

“A lei não define preconceito. Os brasileiros às vezes usam os termos preconceito, discriminação, racismo e desigualdade permutavelmente. O preconceito tem múltiplos significados no Brasil: ódio, intolerância, noções preconcebidas sobre outra pessoa e depreciação verbal. A expressão de ódio, como um explícito crime de ódio de grupos de inspiração nazista, é a forma mais fácil de preconceito analisado pelos juízes. Mas a noção de preconceito também se refere a mau tratamento velado por um perpetrador que age com base em noções preconcebidas – o que é um tipo muito diferente de preconceito e difícil de ser assimilado pelos tribunais brasileiros.”

A situação é única quando se trata da influência na sistematização dos delitos raciais no Brasil. A sujeição da tipicidade da ofensa irrogada não se encontra pautada unicamente no contexto interpretativo do direito penal pátrio

de um momento determinado. A existência do mandado constitucional de criminalização sujeita a própria aplicabilidade da seara criminal à hermenêutica da Suprema Corte e à própria doutrina constitucionalista, que, por sua vez, reflete e materializa a mutação constitucional. Assim, uma decisão do Supremo Tribunal Federal de conteúdo puramente constitucional sobre a definição dos termos do mandado de criminalização do racismo acaba por afetar diretamente a própria composição das elementares dos tipos penais que incriminem a discriminação.

2. O posicionamento dos tribunais

No que se relaciona ao tema dos crimes de racismo no Brasil, é indispensável a menção do caso mais emblemático e que acarretou a formulação da interpretação contemporânea da epistemologia do mandado de criminalização do racismo e sua abrangência dos delitos de intolerância que criminalizam outros fatores: o *Habeas Corpus* 82.424/RS (BRASIL, 2004) impetrado perante o Supremo Tribunal Federal. O então ministro da Corte Joaquim Barbosa Gomes (2014, p. 47) comenta sobre a repercussão jurídica do caso, afirmando que “o pontapé inicial foi dado pelo Supremo Tribunal Federal, na histórica decisão em que se debateu acerca do crime de racismo”.

Nos autos, narra-se o caso do paciente Siegfried Ellwanger, proprietário da Editora Revisão, fundada no ano de 1985 (Porto Alegre), e responsável pela publicação de diversas obras de natureza antisemita e “revisionista”. Advogando teses que justificam, negam ou aprovam o genocídio e os crimes contra a humanidade praticados pelo *Reich* nazista entre 1933 e 1945, as obras da Editora Revisão tentavam reconstruir a narrativa histórica consolidada sobre o tema.

O paciente havia sido condenado pelo artigo 20, *caput*, da Lei nº 7.716/1989¹⁰ por escrever, editar, publicar, divulgar e comercializar livros de conteúdo antissemita, caracterizando a discriminação racial em relação aos judeus¹¹.

As obras publicadas pela editora continham afirmações como a de que os nazistas foram oprimidos e saqueados pelos judeus, que formaram uma coalizão política internacional, sendo apresentados como “o grande inimigo nacional”. Outrossim, os judeus são sistematicamente ofendidos (especialmente na obra *Holocausto – Judeu ou Alemão?*, escrita pelo fundador da Editora Revisão em 1987), inserindo a “raça judaica” em posição subalterna em relação ao restante dos seres humanos (CRUZ, 2012).

A linha argumentativa da defesa do paciente fundou-se no seguinte silogismo: considerando que os judeus não constituem propriamente uma raça, não existe bem jurídico a ser tutelado, tendo em vista que não há como praticar uma discriminação racial em face de uma raça que não existe; logo, não há racismo. Por meio desse raciocínio lógico, houve a tentativa de demonstrar que a conduta caracterizaria uma espécie de preconceito genérico, ao qual seria inaplicável a imprescritibilidade constitucional do racismo.

Existindo diferentes fatores discriminatórios previstos no sistema penal brasileiro, deve-se mensurar qual a verdadeira extensão do mandado constitucional de criminalização do racismo. Em outras palavras, carece de definição se a aplicabilidade do mandado se estenderia a outros fatores diversos da raça, como a religião ou a orientação sexual. Seriam todas as condutas de intolerância igualmente reprováveis como o racismo?

A Corte Constitucional deliberou como sendo inadmissíveis as teses argumentadas em favor do réu, indeferindo o pleito do *Habeas Corpus* impetrado. Segundo o *decisum*, o texto constitucional deve ser interpretado de maneira a aporatar toda e qualquer conduta racista. Ademais, muito embora os judeus não constituam uma raça – conceito este inaplicável à espécie humana –, a sua discriminação deve ser interpretada como racismo.

¹⁰“Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão de dois a cinco anos” (BRASIL, 1989).

¹¹A condenação se deu em face do artigo 20 *caput*, não obstante, no ano de 1994 foi introduzido no ordenamento penal o crime de divulgação do nazismo (Lei nº 8.882/1994), ostentando maior adequação típica ao caso: § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa (MARCHERI, 2013).

“HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros ‘fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). [...]

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. [...]

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, ‘negrofobia’, ‘islamafobia’ e o anti-semitismo. [...]

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. [...]” (BRASIL, 2004).

O sistema jurídico americano é internacionalmente reconhecido como um dos mais complacentes no que tange à criminalização de declarações de ódio. O subsídio à liberdade de expressão garantido na 1ª e 14ª emenda constitucional americana possibilita que ma-

nifestações claramente racistas sejam consideradas lícitas pelo judiciário americano.

“1ª Emenda

O Congresso não fará nenhuma lei a respeito do estabelecimento de uma religião, ou proibindo o livre exercício desta; ou cerceando a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou o direito de reunião pacífica, e de peticionar ao governo para a reparação de injustiças.

14ª Emenda

Seção 1.

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residirem. Nenhum Estado deverá fazer ou executar nenhuma lei que cerceie as garantias ou imunidades dos cidadãos americanos; nem privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa, dentro de sua jurisdição, a tutela igualitária das leis¹².

Estudos da Universidade de Oxford concluíram que a análise da constitucionalidade de determinada espécie de manifestação, especialmente aquelas de conteúdo discriminatório, deverão ocorrer por meio da aferição contextual da conduta. O indicativo ocorre primordialmente por meio do trinômio “time, place and manner” (tempo, local e modo), que

¹² Tradução realizada pelo autor. Texto original em inglês: *First Amendment – Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances. [...] Fourteenth Amendment. Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws* (UNITED STATES, 2014).

representa em linhas gerais a forma como é conduzida a manifestação – evidenciada no julgamento da Corte no caso¹³ *Clark v Community for Creative Non-Violence*¹⁴ (MCCONNACHIE, 2012a).

Complementarmente, no caso *Frisby v Schultz*¹⁵, a Corte americana entendeu que nem o conteúdo da mensagem ou o ponto de vista (racistas) expressos podem ser absolutamente proibidos. Contudo, mesmo com a proteção constitucional, a manifestação não é igualmente permitida em todos os locais, por todos os meios e de todas as formas (MCCONNACHIE, 2012a).

No mesmo sentido de aplicabilidade, o estudo coordenado por McConnachie (2012a) menciona curiosamente o caso *Ward v Rock Against Racism (Rock contra o Racismo)*¹⁶ – um concerto musical que promovia a igualdade racial e o fim da discriminação no *Central Park*, em Nova Iorque, que fora obstado pela Suprema Corte, devido ao volume excessivo em uma área residencial. A aplicação do critério de “time, place and manner” embasou a decisão da Corte americana, que justificou que, embora lícita, a manifestação poderia ter sido realizada por meio de outros canais de comunicação, que não perturbassem a ordem pública.

¹³ Cumpre ressaltar que a metodológica dos *cases* mencionados nesta pesquisa, e citados por McConnachie (2012a; 2012b), Santos (2010) e Lafer (2005), obedece à referência recomendada no sistema de uniformização das citações contido na obra *The Blue Book*, 15ª Edição, publicada pela Associação de Revisão Legislativa de Harvard (*Harvard Law Review Association*), conforme a indicação referencial. As referências em conformidade com o sistema de uniformização dos respectivos *cases* encontram-se em nota de rodapé individual.

¹⁴ *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, [1984] 468 US 288, 293; 104 S. Ct. 3065.

¹⁵ *Frisby v. Schultz*, [1988] 487 US 474, 479; 108 S. Ct. 2495.

¹⁶ *Ward v. Rock Against Racism*, [1989] 491 US 781, 791; 109 S. Ct. 2746.

Santos (2010) cita o caso *Brandenburg v Ohio*¹⁷, no qual a Suprema Corte Americana considerou lícita e válida a manifestação explícita, em rede nacional de televisão, da discriminação racial contra judeus e negros, exacerbada por membros da *Ku Kux Klan*, na qual advogavam a superioridade da raça branca, a expulsão dos negros para a África e dos judeus para Israel. Tudo teria ocorrido com a apresentação ao lado de outras pessoas trajando a indumentária típica do grupo (túnicas e capuzes brancos) e portando armas de fogo. Ainda segundo o autor (2010, p. 184), “entendeu a Suprema Corte daquele país ter havido apenas a defesa de ideias abstratas”, sendo inviolável tal santuário de consciência.

O sistema legislativo americano é semelhante à legislação brasileira; a aferição conceitual dos termos que circundam o tema (a exemplo de raça, racismo, etnia e discriminação) e a abrangência da legislação racial, as quais ora denominamos *epistemologia do racismo*, operam por meio do conteúdo das decisões de seus respectivos tribunais constitucionais.

No caso *Shaare Tefila Congregation v. Cobb*¹⁸, a Suprema Corte americana adotou posicionamento peculiar. Em 1987 uma sinagoga judaica pertencente à comunidade *Shaare Tefila* (Sillerspring – Maryland) foi pichada com símbolos e declarações de ódio antissemitas. A congregação ajuizou a ação contra os réus requerendo a aplicação da Lei de Discriminação Racial de 1982, que prevê a imputação criminal específica no caso de discriminação contra grupos sociais identificáveis por sua origem ou atributos particulares. Em sua defesa, os réus argumentaram que os judeus não constituiriam propriamente uma raça. A Suprema Cor-

¹⁷ *Brandenburg v. Ohio*, [1969] 395 U.S. 444.

¹⁸ *Shaare Tefila Congregation v. Cobb*, [1987] 615 U.S.

te decidiu unanimemente que judeus e mulçumanos, que à época eram considerados como grupos étnicos distintos, eram integrantes da raça caucasiana e, conseqüentemente, encontravam sob a égide da Lei de 1982 – permitindo a incriminação (LAFER, 2005)¹⁹.

Observando o quadro legal da República da Índia, o paradigma envolvendo o ódio racial e religioso é semelhante ao brasileiro e americano. A legislação que coíbe os discursos de intolerância na Índia baseia-se em duas preocupações primordiais: o racismo baseado no sistema de castas, a exemplo dos *dalits* ou “intocáveis”, que sofrem uma forma sistematizada de discriminação social, e o conflito entre mulçumanos e hindus, deflagrado após a fragmentação do Estado indiano em 1947 (MC-CONNACHIE, 2012b).

A hermenêutica adotada pelos tribunais no julgamento acerca da ilicitude das declarações de ódio na Índia leva em consideração o tema principal e o contexto específico da ofensa. O Código Penal Indiano (IPC), de 1860, contempla diversas provisões restringindo a liberdade de expressão, no contexto da apologia à violência ou ódio contra grupos religiosos. Ademais, essas restrições devem ser interpretadas à luz do artigo 19, § 2º, da Constituição

do referido país, que possibilita a imposição de restrições razoáveis ao exercício da liberdade de expressão, quando a manifestação ameaçar os interesses, a soberania, a integridade ou a segurança do Estado indiano, além das relações diplomáticas internacionais, a ordem pública, a decência ou a moral (MCCONNACHIE, 2012b).

Muito embora a formalização legal de certo rigorismo na legislação indiana com relação aos casos de discriminação racial e religiosa, a Suprema Corte da Índia vem adotando uma abordagem liberal com relação à questão. No caso *Ramesh v. Union of India*²⁰, a Corte considerou lícita a transmissão de série televisiva que retratava o contexto dos mulçumanos e hindus antes da partição do Estado: as cenas apresentam o aspecto extremista de ambas as comunidades e o ódio gerado no período anterior à separação, contendo sequências de violência e discriminação. A decisão tomada pela Suprema Corte levou em consideração que a série se baseava em eventos históricos e que, no referido contexto, a divulgação do ódio religioso teria finalidades didáticas e reflexivas, fazendo direta menção a célebre frase: “aquele que desconsiderar o passado será condenado a repeti-lo” (MCCONNACHIE, 2012b).

Realizando o cotejo com a legislação brasileira, nota-se que aqui não há clara definição ou limite entre a difamação racista e as manifestações de cunho didático, artístico ou literário e, conseqüentemente, de conteúdo permitível à luz do direito.

Por outra perspectiva, utilizando-se do raciocínio mencionado por Lafer (2005) no julgamento do caso *Mandla and another v. Dowell Lee and another*²¹, em 1983 pela Câmara

¹⁹ Lafer (2005, p. 51-52) transcreve o acórdão do julgamento: “After their synagogue was painted with anti-Semitic slogans, phrases, and symbols, petitioners brought suit in Federal District Court, alleging that the desecration by respondents violated 42 U.S.C. 1982. The District Court dismissed petitioners’ claims, and the Court of Appeals affirmed, holding that discrimination against Jews is not racial discrimination under 1982. [...] A charge of racial discrimination within the meaning of 1982 cannot be made out by alleging only that the defendants were motivated by racial animus. It is also necessary to allege that animus was directed toward the kind of group that Congress intended to protect when it passed the statute. Jews can state a 1982 claim of racial discrimination since they are among the peoples considered to be distinct races and hence within the protection of the statute at the time it was passed. They are not foreclosed from starting a cause of action simply because the defendants are also part of what is today considered the Caucasian race”.

²⁰ *Ramesh v. Union of India*, [1988] 1 SCC 668.

²¹ O caso retrata a arguição acerca da aplicabilidade da Lei de Relações Raciais de 1973 (*Racial Relations Act*), na qual o requerente solicitou a inclusão de sua etnia, os

dos Lordes Ingleses, as considerações da Corte verteram-se no sentido de que a palavra “*etnia*” deveria ser construída de forma ampla e relativizada, ponderando o contexto histórico-cultural. Conforme comenta o autor, no tratamento da questão da discriminação a Câmara excluiu do termo *raça* sua dimensão biológico-científica²², atribuindo explicitamente seu contexto histórico e cultural.

Em síntese, a decisão respalda a teoria de base utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso *Habeas Corpus* 82.424/RS, argumentando que o racismo não reside no conceito de *raça*, mas sim nas manifestações discriminatórias e racistas, que materializam eventos culturais e sociais reprovados pela sociedade contemporânea. Lafer (2005, p. 54) ressalta que as indicações jurisprudenciais do Direito comparado, “atestam, com base no Direito norte-americano e no Direito inglês, a lógica da razoabilidade”, inserindo na epistemologia do racismo no Brasil a correta trilha para a interpretação do artigo 5º, XLII, da Constituição Federal, e dos delitos raciais.

Considerações finais

Existem inúmeras formas de discriminação, contudo, é possível afirmar que todas são consideradas racismo? O maior paradigma enfrentado pela legislação racial brasileira sem dúvidas é a definição de sua própria essência. Outrora se satisfazia à demanda jurisdicional por meio dos velhos conceitos de *raça* e racismo; com a evolução dos estudos e conceitos da taxonomia humana, não é mais possível ater-se ao passado.

Não só o judiciário brasileiro, mas também diversos outros enfrentam a problemática da inserção ou exclusão de determinadas categorias ou grupos sociais (agremiados pelos mais diferentes fatores, como os costumes étnicos, religião, atributos físicos ou preferência sexual) na tutela da legislação racial.

Como resultado desta pesquisa, mostrou-se imperiosa a definição de quais fatores discriminatórios se aportam ou equiparam-se ao racismo (tal procedimento definido nesta pesquisa como epistemologia do

Sikhs, como um grupo racial nos termos da legislação em comento. O pleito ocorreu no contexto da proibição do uso do turbante tradicional de sua cultura no ambiente escolar, aferindo-se a discriminação religiosa.

²² Comparativamente, o Código Penal da França, em seu Artigo R625-7, criminaliza a incitação à intolerância com base em sua “*vraie ou supposée, à une ethnité, une nation, une race ou une religion*”, ou seja, *verdadeira ou pretensa origem racial, étnica nacional ou religiosa*, encerrando a impróprias arguições sobre a inexistência de *raças* e a impossibilidade de criminalização desta doutrina. Segundo a legislação francesa, a mera conjectura neste sentido já é considerada relevante ao Direito Penal.

racismo). Tal resposta dependerá do contexto da elaboração da norma legislativa e também da cultura da nação à qual está inserida.

No caso do Brasil, demonstrou-se que, embora o mandado constitucional de criminalização do racismo apresente como núcleo textual a expressão “prática do racismo”, a legislação penal racial sofreu, ao longo do tempo, modificações nos fatores de discriminação criminalizáveis. Essencialmente em razão da questão judaica, houve o aporte da religião ao rol de fatores, tal qual a inserção da etnia e procedência nacional, adequando o texto legal aos conceitos extraídos de estudos de vanguarda no tema – os quais resultaram na inadmissibilidade da existência de raças humanas, conforme o entendimento adotado pela Corte Constitucional no HC 82.424.

Demonstrou-se que a tarefa de delimitar o alcance da legislação criminal racial (diga-se, a inclusão de determinados grupos sociais na égide da lei, por meio da equiparação dos fatores de discriminação ao racismo) ocorre mediante decisões paradigmáticas que, por vezes, têm seu conteúdo dissociado da seara criminal. Assim, embora o conteúdo do mandado constitucional de criminalização do artigo 5º, XLII, permaneça inalterado, por certo a abrangência contemporânea do termo racismo não é a mesma considerada em 1988, consubstanciando um exemplo claro da mutação constitucional.

Em atenção a esse fenômeno, exemplificou-se que no direito estrangeiro também não há clara sedimentação dos conceitos abordados; nos *cases* mencionados, identificou-se a necessidade da manifestação periódica dos tribunais constitucionais a fim de adequar a epistemologia do racismo em determinadas situações, como o surgimento de novas minorias ou grupos sociais discriminados – incluindo-os ou não na definição racial.

Ponderando o condicionamento da legislação penal aos próprios fatores de discriminação contidos em sua redação, embora a ofensa individual seja criminalizável nos termos da injúria simples (art. 140 do CP) ou qualificada pelo preconceito (art. 140, § 3º, do CP), o discurso de ódio e intolerância contra coletividade social ou minoria só poderá ser punido caso se baseie na raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional do segmento ofendido. Fatores importantes foram excluídos da tutela criminal como a orientação sexual, convicções político-filosóficas, deficiências ou debilidades físicas e outras características pessoais, como o fator etário e econômico, resultando na atipicidade de declarações homofóbicas gerais.

A solução apresentada por Lafer (2005) é o desvencilhamento da prática do racismo ao conceito de raça. A impropriedade de tal inferência residiria no fato de que a escusa da impropriedade de tal conceito não poderá ser considerada um óbice à criminalização das doutrinas de intolerância. Não obstante, entendemos que a delimitação do racismo unicamente realizada por meio das decisões constitucionais do Supremo Tribunal poderá desembocar em uma ampliação indevida. Equiparar ao racismo práticas de intolerância contra qualquer grupo social discriminado não representa qualquer avanço democrático ou igualitário, levando a intermináveis conjecturas (visto que, nesse raciocínio, o racismo poderia representar praticamente tudo ou absolutamente nada) que violam a segurança jurídica e a legalidade penal.

Conclui-se que a discriminação é uma forma genérica de uma prática de intolerância, sendo o racismo uma de suas espécies. Embora a legislação racial brasileira estabeleça os fatores de discriminação criminalizáveis (raça, cor, etnia, religião e procedência nacional) e,

consequentemente, sua abrangência, não há definição clara de quais desses fatores correspondam à prática do racismo, incidindo o artigo 5º, XLII, da Constituição. Como sugestão a esse impasse, propõe-se a inclusão de artigo específico na Lei nº 7.716/1989 que explicita a natureza da discriminação prevista, no sentido de integrar ou não a prática do racismo.

Sobre os autores

Pedro Lima Marcheri é mestre pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Advogado Criminalista.
email: pedrolimaadvogados@hotmail.com

Silvio Carlos Álvares é doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Professor de cursos de graduação e pós-graduação.
email: salvares@tjps.jus.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês²³

THE EPISTEMOLOGY OF RACISM IN BRAZIL

ABSTRACT: Contemporarily with the worsening of social conflicts based on hatred and intolerance, several groups or minorities are pleading for themselves the protection of racial criminal law if they are subjected to discrimination. The criminal law and the constitutional hermeneutics can not keep up with the constant evolution of this movement. The central idea of this research is to relate the protection of the fundamental rights of freedom of expression and equality, with fulcrum in the protection of minorities, and the development of the correct equalization of these foundations in the criminalization of hate crimes. Seeks to achieve the objectives proposed by the critical review of the literature, case law and legislation. It is concluded that the constitutional courts apply the hermeneutics of the Constitution based on epistemological criteria of the actual construction of the terms of race, racism and discrimination. The criminalization of hatred must balance freedom and equality as premises of the systematization of a balanced interpretation of the constitutional commandment of criminalization of racism, adequately delimiting the extent of its content and its relation to the discriminatory factors contained in the criminal law in order to promote the necessary protection of discriminated minorities.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS. RACE. RACISM. HATE. PREJUDICE.

²³ Sem revisão do editor.

Referências

BRANDÃO, Adelino. *Direito racial brasileiro: teoria e prática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de Setembro de 1946)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015.

_____. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Decreto-Lei n. 2. 848 de 7 de setembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, 31 dez. 1940.

_____. Lei n. 1.390 de 3 de julho de 1951. [Lei Afonso Arinos]. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jul. 1951. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/128801/lei-afonso-arinos-lei-1390-51>>. Acesso em: 11 maio 2015.

_____. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor. *Diário Oficial da União*, Brasília, 6 jan. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 11 maio 2015.

_____. Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997. *Diário Oficial da União*, 14 maio 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9459.htm#art1>. Acesso em: 11 maio 2015.

_____. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Diário Oficial da União*, 3 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 11 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.424/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, DJ, 17 mar. 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>>. 11 maio 2015.

CASTAN, Siegfried Ellwanger. *Holocausto: judeu ou alemão?* Porto Alegre: Revisão, 1989.

CRUZ, Natalia dos Reis. O neonazismo no Brasil. O Caso da Editora Revisão. In: CRUZ, Natalia dos Reis (Org.). *Ideias e práticas fascistas no Brasil*. FAPERJ. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. Da política criminal à política da igualdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 29, jan./mar. 2000.

FRANCE. Code Pénal. *Legifrance*, [1 juillet 2006]. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20060701>>. Acesso em: 30 set. 2014.

GOMES, Joaquim Barbosa. A recepção do Instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação/Unesco, 2007. Disponível em: <http://etnicoracial.mec.gov.br/images/pdf/publicacoes/acoes_afirm_combate_racismo_americas.pdf>. Acesso em: 26. set. 2014.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da Ordem Jurídica*. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos fundamentais e suas características*. *Revista dos Tribunais*: cadernos de direito constitucional e ciência política, São Paulo, ano 7, n. 29, out./dez. 1999.

_____. Igualdade Material e Discriminação positiva: o princípio da isonomia. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Santa Catarina, v. 13. n. 2, jul./dez. 2008.

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. *Direitos humanos e as práticas de racismo*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013a.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. *Preconceito e Discriminação Racial Pela Internet: Legitimidade da Incriminação*. 2013. 306 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2013b.

SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação/Unesco, 2007. Disponível em: <http://etnicoracial.mec.gov.br/images/pdf/publicacoes/acoes_afirm_combate_racismo_americas.pdf>. Acesso em: 11 maio 2015.

MARCHERI, Pedro Lima. *O crime de divulgação do nazismo*. São Paulo: Baraúna, 2013.

MCCONNACHIE, Chris (Org.). *The Bluebook: A Uniform System of Citation*. Harvard Law Review Association. 15 ed. Massachusetts: Harvard, 1995.

_____. *Comparative Hate Speech Law: Annexure*. Oxford: Oxford Pro Bono Publico, 2012a. Disponível em: <[http://denning.law.ox.ac.uk/news/events_files/2012_-_LRC_Hate_Speech_-_Annexure_\(2\).pdf](http://denning.law.ox.ac.uk/news/events_files/2012_-_LRC_Hate_Speech_-_Annexure_(2).pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2014.

_____. *Comparative Hate Speech Law: Annexure*. Oxford: Oxford Pro Bono Publico, 2012b. Disponível em: <http://issuu.com/opbp/docs/2012_-_lrc_hate_speech_-_annexure_/1>. Acesso em: 11 maio 2015.

UNITED STATES. *The United States Constitution*. Disponível em: <<http://www.usconstitution.net/const.html>>. Acesso em: 23 mar. 2014.

A qualidade legislativa no Direito brasileiro

Teoria, vícios e análise do caso do RDC

LUCAS DE LAURENTIIS

ROBERTO DIAS

Resumo: O trabalho avalia as potencialidades e as aplicações do estudo da qualificação das proposições e dos projetos legislativos. Para isso, inicia com a exposição da concepção clássica da lei e de suas alterações contemporâneas. Avalia as consequências que tal alteração tem no processo de elaboração das normas jurídicas. Observa o surgimento de um novo campo de pesquisa, a Legística, ciência que, com base em avaliações dinâmicas e estáticas, visa aprimorar a qualidade da produção normativa. Expõe os principais desafios que essa nova ciência terá de enfrentar no Direito brasileiro e procura delinear algumas respostas a essas questões.

Palavras-chave: Processo legislativo. Qualificação. Legística.

1. As mutações do processo legislativo e o surgimento da Legística

Logo no início de sua mais conhecida obra, Montesquieu (1973) apresentou a seguinte definição: “As leis, no seu sentido mais amplo, são relações necessárias que derivam da natureza das coisas”. Essa é uma expressão concisa de uma concepção clássica da produção legislativa, segundo a qual as “leis verdadeiras são as leis boas e justas dadas no sentido do bem comum” (CANOTILHO, 2003, p. 713). Isso simplesmente quer dizer que o conteúdo de toda lei deve se identificar com um ideal de justiça, racionalidade e universalidade.

Essas ideias também estão pressupostas em afirmações como: “A justiça existe apenas entre os homens cujas relações mútuas são gover-

Recebido em 19/1/15

Aprovado em 27/4/15

nadas por leis” (ARISTÓTELES, 1973, p. 330). Isso se deve ao fato de que a vontade geral, consubstanciada nas leis, “deve partir de todos para aplicar-se a todos, e de que ela perde sua explicação natural quando tende a algum objetivo individual e determinado” (ROUSSEAU, 1973, p. 55).

Ao sintetizar as características de tal tradição teórica, Ferreira Filho (2009, p. 81) pontuou que “a lei devia ser a expressão da vontade geral, portanto da identificação do interesse comum, pela razão humana despidida de preconceitos e perversões, ao qual a vontade de todos necessariamente haveria de tender. A expressão dessa vontade cabe à Nação, por seus órgãos que a representam”.

Acontece que o mundo em que tais ideias surgiram deixou de existir.¹ Fatores sociais e econômicos alteraram as premissas teóricas que sustentavam essas conclusões. Sob o ângulo social, a ampliação do sufrágio e a conseqüente massificação dos partidos políticos levaram à desvinculação dos poderes econômicos e políticos. Com isso, além dos partidos organizados, grupos de interesse também passaram a exercer influência considerável no processo de elaboração das leis.

Ao mesmo tempo, esse movimento gera o rompimento da unidade ideológica dos integrantes do parlamento – todo parlamentar vê em outro integrante do Legislativo um potencial inimigo, seja eleitoral, seja ideológico. O resultado dessa segmentação de visões é o confronto constante dos representantes políticos. A visão totalizante do Chefe de Estado dá lugar à fragmentação dos interesses. A busca do interesse comum é substituída pela defesa dos interesses particulares e parciais.²

Já o elemento político que dissolveu a concepção clássica de representação política e alterou de maneira radical a composição de forças do processo legislativo foi o surgimento do modelo do Estado de bem-estar social (*Welfare State*).³ A nova ideologia que fundamenta essa configuração estatal fez emergir novas demandas, que exigiram a realização de atividades públicas de complexidade e tecnicidade crescente e a tomada de decisões rápidas em áreas especializadas.⁴

¹Essa perspectiva iluminista corresponde ao que Peter Noll denominou de “idealismo normativo”. A esse respeito e acentuando-se a contribuição do autor suíço no desenvolvimento atual da ciência da legislação, ver Mader (1999, p. 46).

²O contraste dessa situação com o modelo clássico de representação política pode ser percebido com a leitura dos textos de Edmund Burke. Em um dos mais conhecidos, no qual o autor se dirige aos eleitores de Bristol, lê-se que “El Parlamento no es un congreso de embajadores que defienden intereses distintos y hostiles, intereses que cada uno de sus miembros debe sostener, como agente y abogado, contra otros agentes y abogados, sino una asamblea deliberante de una nación, con un interés: el de la totalidad” (BURKE, 1996, p. 313).

³A esse respeito, na doutrina nacional, ver Laurentiis (2011).

⁴Exemplo marcante desse fato é encontrado no julgamento do caso *Brown v. Board of Education*. É verdade que o voto do juiz Warren apresentado nessa demanda foca as ca-

Ao representante político não bastam mais a visão e a defesa dos interesses gerais da comunidade. A ele importa também conhecer aspectos técnicos e particulares das diversas áreas da atuação estatal. Isso indica que a segmentação não é só ideológica. As especificidades da regulação econômica fragmentam também o conteúdo da legislação – a generalidade e a universalidade são substituídas pela tecnicidade da regulação dos mais diversos aspectos da vida social.

O despontar de interesses plurais, representados no interior do Parlamento, fez ruir as estruturas mais elementares da concepção clássica da lei. Não se tratava mais de representar os preceitos e as normas de uma realidade imutável e perene, mas sim de impor a vontade do grupo de interesses que, no momento, tinha maior força política.⁵

A inflação legislativa, que decorre quer da proliferação de demandas especializadas, quer da elaboração de propostas de lei sem relevância prática ou institucional,⁶ impõe uma cres-

racterísticas especiais do direito à educação, que impõem uma revisão do conceito de igualdade de oportunidades. Sob uma perspectiva mais abrangente, no entanto, pode-se afirmar que o dispositivo dessa decisão nada mais é do que um reflexo da ideologia igualitária e ativista inaugurada com o *New Deal*. Nesse sentido, ver Ackerman (2006, p. 191).

⁵Essa dissociação entre a norma, como decisão soberana do legislador, e a normalidade, como razão ou fundamento de tal decisão, é a fonte de uma das formas de legislação extraordinária e autoritária a que se referiu Carl Schmitt: “Si se priva al concepto de lei de toda relación de contenido con la razón y la justicia, conservandose al mismo tempo el Estado legislativo con el concepto de legalidade que le es específico, el cual concentra en la ley toda la especie, todo mandato y toda disposición, toda orden a cualquier oficial o soldado y toda instrucción concreta a un juez, en virtud de la ‘soberania de la ley’, puede hacerse legal y jurídica mediante una resolución del Parlamento e de otra instancia que participe en el processo legislativo. Lo ‘puramente formal’ se reduce entonces a la palabra vacía y a la etiqueta de ‘ley’, perdendo su conexión con el Estado de derecho” (SCHMITT, 2001, p. 274; 2005, p. 66).

⁶Alguns chegam a vislumbrar um “furor político” dos autores das propostas legislativas, que pretendem, com isso, tomar posição em uma permanente corrida eleitoral. Nesse sentido, ver: Rizek Junior, Rubens Naman. O pro-

cente complexidade à disciplina legal, o que nem sempre é acompanhado por um trabalho de sistematização e uniformização dos dispositivos normativos. Nesse contexto, o trabalho do legislador é inevitavelmente comprometido e a legalidade se encontra sob constante pressão por resultados em tempo cada vez mais curto.⁷ Por isso, a afirmação de Carlos Blanco de Moraes (2007) é precisa:

“A *simplicidade* acabou por ser a principal vítima do modelo de lei do Estado Social, seja em razão do aumento exponencial do volume de leis, seja pela vertigem dos regimes especiais; seja pelo acréscimo de conflitos de competência; seja por força da complexidade das tramitações; seja, ainda, como efeito do fenômeno da ‘negociação legislativa’”.

Ao mesmo tempo, a grande quantidade de leis e normas jurídicas torna a interpretação dos dispositivos mais complexa e, por que não dizer, *praticamente* inacessível ao cidadão comum. O paradoxo democrático criado por tal situação é patente, pois o real destinatário das normas, aquele que sofre com suas consequências e efeitos, não tem mais acesso ao seu conteúdo.⁸ Com razão, portanto, salientou-se que “a utilização de fórmulas obscuras ou criptográficas motivadas por razões políticas ou de outra ordem, contraria princípios básicos do próprio Estado de Direito” (MENDES, 1999).

Por isso, Victor Nunes Leal (1960, p. 9) alertava, já na década de 1940, para o perigo inerente a esse processo de degradação do

cesso de consolidação e organização legislativa. São Paulo: FDUSP, 2009, p. 132.

⁷Nessa linha, ver Mader (1999, p. 52). Ressaltando a relação do surgimento da Legística com o desenvolvimento industrial da sociedade e com a consequente limitação do tempo de resposta do legislador, ver Flückinger e Dellely (1997, p. 37).

⁸Ressaltando este ponto, ver Almeida (1999, p. 92).

conteúdo normativo das leis. A seu ver, a importância e as consequências que poderiam advir daí são as mais severas, pois “quem faz a lei é como se estivesse condicionando materiais explosivos. As consequências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis”.

Constatações como essa foram o elemento catalizador do surgimento de uma nova ciência de caráter eminentemente interdisciplinar: a Legística, entendida como aquele domínio científico

“do conhecimento, auxiliar da Ciência jurídica, cujo objecto radica no estudo *praxiologicamente* orientado das componentes estática e dinâmica do fenômeno normativo público, tendo por fim a sua compreensão e a identificação de soluções que promovam e garantam a validade e a qualidade dos actos normativos” (MORAIS, 2007, p. 59).

O caráter pragmático dessa ciência reside no estudo do processo de feitura e aplicação da lei e na análise de seus efeitos. Seu componente estático radica no foco da correlação jurídica da norma com o restante do ordenamento, sobretudo com sua base constitucional. Já o componente dinâmico se relaciona com o ciclo de vida da lei e procura “fornecer uma explicação prática sobre a mecânica normativa e problematizar as soluções que melhorem o seu funcionamento” (MORAIS, 2007, p. 63).

Surge então um novo campo de pesquisa e avaliação de possíveis defeitos e vícios do processo de concepção e aplicação das leis, que podem contaminar sua validade jurídica. Entre eles, destacam-se os defeitos de redação e clareza das leis. A esse respeito, vale transcrever a instrução antiga, mas sempre atual, de Montesquieu (1973, p. 476):

“O estilo das leis deve ser simples; a expressão direta é sempre melhor compreendida do que a expressão mediada. Não há majestade nas leis do baixo império; nelas os príncipes falam como oradores. Quando o estilo das leis é empolado, olhamo-las apenas como obra de ostentação”.

Por ter sérias repercussões sociais e econômicas, o discurso jurídico obscuro, empolado e contraditório deve ser evitado. Afinal, quanto “mais vago, ambíguo, discursivo, prolixo e absorvente de elementos não prescritivos for o discurso jurídico, pior será a sua aptidão para ser entendido e aplicado como norma” (MORAIS, 2007, p. 186). A advertência de Victor Nunes Leal (1960, p. 22) é mais uma vez precisa: “A lei destina-se a ser entendida pelo maior número de pessoas. Há de ser, pois, concisa, clara, simples, escrita tanto quanto possível no estilo direto”.

É evidente que o ideal de clareza da legislação não será alcançado com facilidade. Dificilmente o legislador reunirá todas as qualidades de apuro formal e pureza da linguagem de juristas como Rui Barbosa. Contudo, a colaboração e as sugestões de especialistas – não só da área jurídica, mas também filólogos, letrados e revisores – podem e devem colaborar com o aprimoramento da clareza dos conceitos e das expressões normativas.⁹

Outro aspecto da Legística tem relação com a aplicação e a repercussão social da lei. É interessante observar que esse importante aspecto já fora identificado por Victor Nunes Leal (1960), que, com propriedade, apontou: “ao redigir uma lei, o legislador não pode perder de vista a observação real da vida, porque a malícia encontra muitos atalhos por onde

⁹ Quanto às dificuldades e às barreiras do vocabulário jurídico ao desenvolvimento da clareza na redação legislativa, ver Freire (2010).

infiltrar-se por entre as sanções da lei, sem incidir nelas. Não basta ter em mira o resultado a atingir: é preciso escolher cuidadosamente os meios adequados, velando por que não sejam excessivamente severos, nem inócuos”. Para remediar esses vícios, o referido autor sugeria a consulta à jurisprudência e aos juristas com experiência no âmbito da regulamentação legal. Buscava, com isso, verificar a praticabilidade da norma a ser editada.

Sob a perspectiva de um conceito de Estado protetor dos direitos fundamentais, Gilmar Ferreira Mendes (1999) também esboçou alguns parâmetros de avaliação da qualidade legislativa. Considerou então que,

“embora a competência para editar normas, no tocante à matéria, quase não conheça limites (universalidade da atividade legislativa), a atividade legislativa é, e deve continuar sendo, uma atividade subsidiária. Significa dizer que o exercício da atividade legislativa está submetido ao princípio da necessidade, isto é, que a promulgação de leis supérfluas ou iterativas configura abuso do poder de legislar” (MENDES, 1999, p. 2).

Vê-se que os aspectos da praticabilidade e da eficácia das medidas legislativas ganham aqui uma importância especial. Essa é uma das áreas em que se aplica a Legística material.¹⁰ Os caminhos a serem percorridos para trabalhar esse ponto são inúmeros. Partem da aferição prospectiva do impacto da lei sobre a sociedade, o que envolve desde a avaliação preliminar de eventuais vantagens e desvantagens da norma até o cálculo de sua possibilidade de sucesso em um quadro de avaliação comparativa e, por fim, a previsão de potenciais riscos decorrentes da aprovação da norma. Esses elementos compõem aquilo que a doutrina especializada denomina de Avaliação Prévia de Impacto (API) da medida legislativa.

Essa ideia foi difundida na União Europeia com a aprovação do relatório do grupo de trabalho Mandelkern (GRUPO MANDELKERN, 2000), que aborda as formas de melhoria da qualidade da produção legislativa no âmbito do bloco europeu e dos Estados membros. O relatório final do grupo indica que a ausência de simplificação da legislação está diretamente relacionada ao aumento da burocracia estatal, o que, por sua vez, é a origem de sérios entraves ao desenvolvimento econômico e industrial dos países integrantes do bloco.

Por isso, a Avaliação Prévia de Impacto “se converteu, no tempo presente, num método de boa gestão legislativa aplicável a qualquer Estado

¹⁰ O objeto de estudo da Legística material, ou substantiva, é muito mais amplo e envolve a preparação do projeto de lei, a identificação e a delimitação do conteúdo legal, enfim, a compilação e a sistematização de elementos informativos voltados à fundamentação e à preparação da tomada de decisão legislativa. A esse respeito, ver Almeida (1999).

assente num regime econômico de mercado. Método que passou a tomar em consideração não apenas efeitos legais de ordem financeira e econômica, mas também as consequências sociais e redistributivas de onerações e vantagens das políticas públicas por diversos tipos de destinatários” (MORAIS, 2007, p. 362).

Uma visão prospectiva indica que as benesses desse sistema de avaliação de impacto legislativo podem ser amplas e variadas. É certo que as considerações seguintes têm certa carga especulativa. Contudo, formular hipóteses, desde que teoricamente fundamentadas, é algo corriqueiro, necessário e, por isso, legítimo em qualquer ciência. Se isso é certo, podemos vislumbrar os seguintes benefícios da adoção de um estudo de impacto legislativo:

1) Com o aumento da clareza e da calculabilidade dos efeitos das normas editadas pelo Parlamento, a responsabilidade do parlamentar e, conseqüentemente, da atuação política do Chefe de Governo perante a sociedade é reforçada. A par do incremento da segurança jurídica que daí decorre, a atuação dos órgãos estatais passa a ser mais visível e controlável.¹¹

2) A adoção de uma sistemática clara de avaliação do impacto legislativo previne a elaboração de normas desnecessárias e inúteis sob a ótica social e econômica. Há, portanto, um fomento da eficiência da atuação dos poderes constituídos. Por outro lado, a eficácia da regulação normativa é prevista e controlada pelos estudos de impacto legislativo. Essa é uma forma prática e clara de combater a ineficácia contumaz das normas jurídicas.

3) Prever os efeitos da produção legislativa significa também confrontar o conteúdo da norma legislada com os parâmetros constitucionais a ela relacionados. Isso por um fato

elementar: uma norma inválida não tem e não pode ter nenhum efeito. A realização de estudos de impacto legislativo tende, portanto, a combater a proliferação de impugnações e declarações de inconstitucionalidade das leis e atos normativos.

Ademais, se o conteúdo normativo da lei for claramente determinado durante o trabalho de estudo legislativo, o espaço para uso de técnicas “não convencionais” de declaração de inconstitucionalidade, tais quais a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, a interpretação conforme a Constituição e a modulação de efeitos, será severamente restringido. Isso facilita não só a compreensão da lei, mas também a atividade judicial, que não terá mais de se perder em considerações teóricas abstratas e em dúvidas procedimentais intrincadas.¹²

¹² Um exemplo claro e recente das questões interpretativas e dos problemas práticos gerados pela utilização desses instrumentos “não convencionais” de controle de constitucionalidade encontra-se no julgamento da ADI nº 2.588. O julgamento dessa demanda, que trata da constitucionalidade de norma (art. 74 da MP nº 2.158/2001) que prevê a incidência de tributos (Imposto de Renda e Contribuição Social sobre Lucro Líquido) sobre o resultado de empresas controladas sediadas no exterior, foi suspenso diante de uma perplexidade decorrente da utilização da técnica denominada “interpretação conforme a Constituição”. Isso ocorreu porque, antes do voto final, proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa, o placar da votação estava empatado: quatro Ministros consideraram a norma inconstitucional e outros quatro, constitucional. A relatora do processo, a Ministra Ellen Gracie, havia votado no sentido da inconstitucionalidade parcial da lei. Quando o Ministro Barbosa proferiu um voto que declarou a norma questionada, no sentido por ele apontado, “conforme a Constituição”, surgiu o problema: a norma questionada foi declarada constitucional ou inconstitucional? A difícil solução dessa questão passa pela análise comparativa do dispositivo de dois votos – o proferido pela Ministra relatora, Ellen Gracie, e o do Ministro Joaquim Barbosa. Se o conteúdo dos resultados desses votos for o mesmo ou se um deles for mais amplo que o outro, englobando o conteúdo do outro, teremos de concluir pela procedência da ação e, em consequência, pela inconstitucionalidade da norma questionada. Ao contrário, se o conteúdo desses votos não for compatível, a decisão será de improcedência e constitucionalidade da lei. Essa tarefa se revela especialmente difícil não só porque os votos dos Ministros não costumam dialogar com base em um mesmo *topos* argumentativo, mas também porque, hoje, a Ministra Ellen Gracie está aposentada. Qualquer

¹¹ Acerca das características e peculiaridades da noção de segurança jurídica, ver Valim (2010).

4) Em decorrência da combinação desses fatores, a autoridade das leis pode ser restabelecida. Não será mais admissível ao intérprete pressupor que o trabalho do legislador não tem valor e que as normas por ele editadas são presumidamente inconstitucionais. Fora isso, a comprovação da eficácia do trabalho do legislador tenderá a inibir o ativismo judiciário. Afinal, se os Tribunais vislumbrarem na produção legislativa um rigor técnico que não pode ser atingido em um simples julgamento, tenderão a refrear seu ímpeto de inovação e correção normativa.

A despeito disso, é triste observar que a adoção desse método de avaliação da qualidade das leis ainda é uma perspectiva distante de nossa realidade. Progressos têm ocorrido. Os mais notáveis são a regulamentação dos dispositivos da Lei Complementar nº 95/1998 pelo Decreto nº 4.176/2002; a publicação do Manual de Redação da Presidência da República, que enfatiza temas sensíveis, como a clareza e a concisão das comunicações oficiais (item 1.4); e a disponibilização de toda a legislação federal vigente no sítio da Presidência. No entanto, ainda há muito a ser feito nesse campo.

Diretamente relacionadas a esse debate estão a codificação e a homogeneidade das matérias constantes de leis. Codificar significa, antes de mais nada, agrupar leis esparsas. A importância dessa dimensão da técnica legislativa reside na simplificação da compreensão dos textos e na uniformização de conceitos legais.¹³ Enquanto a dimensão da coerência

afirmação acerca do conteúdo final do voto dessa Ministra não passará de uma especulação decorrente da visão dos Ministros que permanecem na Corte. Acerca dos problemas e paradoxos gerados pela utilização da interpretação conforme a Constituição, ver Laurentiis (2012).

¹³ Vale citar, a esse respeito, o exemplo tirado do direito francês, onde o *Raport sur la confection de la loi*, elaborado pela Academia de Ciências Políticas francesa, explicita que “depuis les débuts de l’époque moderne, s’affirme une volonté de simplification et de clarification du droit, com-

redacional foca a estrutura interna dos dispositivos legais, a codificação refere-se também à coerência dos conteúdos dos diversos dispositivos da lei. Veda-se, com isso, a elaboração de leis que tratem de mais de uma matéria. Isso se dá por duas razões.

Em primeiro lugar, tal estruturação legal representa um sinal de ausência de sistematicidade da lei. Em segundo, e como consequência dessa imperfeição sistemática, os destinatários da lei se veem impedidos de conhecer o conteúdo da norma que os afeta. Por essa razão, já se acentuou que, “ao não ser assinalada a presença da norma aos seus principais destinatários, será difícil exigir-lhes o cumprimento de regras que dificilmente poderiam conhecer”¹⁴ (MORAIS, 2007, p. 167).

Nesse caso, o vício normativo pode acarretar a inconstitucionalidade da lei, que afronta, a um só tempo, os princípios da publicidade e da segurança jurídica e desconsidera a boa-fé de seus destinatários.

A esse respeito, convém lembrar que a Lei Complementar nº 95/1998 é categórica ao prever que “a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão” (art. 7º, II, LC nº 95/1998)¹⁵. Todavia, não é incomum observar

me si l’édification et le développement d’un Etat en voie de sécularisation comportait comme condition à sa réalisation une organisation normative rationnelle. Pour cela, le procédé de la codification apparut rapidement comme une condition nécessaire à satisfaire” (LA CONFECTION DE LA LOI: Groupe de travail présidé par Monsieur Roland Drago. Mars: 2003).

¹⁴ A crítica que Victor Nunes Leal dirigiu ao Código Civil de 1916 teve este fundamento: por regular matérias afetas a outros ramos do Direito, tais quais a responsabilidade civil do Estado e a desapropriação, temas típicos do Direito Administrativo, o referido diploma incorreria no vício de técnica em questão. Cumpre lembrar que o atual Código Civil agravou tal problema, pois, além das ditas matérias, esse diploma adentra também em áreas como Direito Ambiental (art. 1.228, § 1º, CC) e Direito Comercial (art. 997 e ss.).

¹⁵ Dito diploma complementar foi originariamente regulamentado pelo Decreto nº 2.954/1999. Após a apro-

a ocorrência de tal imperfeição em nossas leis. Surge então a questão: qual o destino das normas que abertamente violam os comandos da Lei Complementar nº 95/1998? A questão se complica se dois aspectos forem considerados.

O primeiro é o seguinte: parte relevante da doutrina e da jurisprudência considera que inexistem hierarquia entre leis complementares e ordinárias.¹⁶ Seguir tal ideia implica negar a possibilidade de invalidar leis que desrespeitem os comandos da Lei Complementar nº 95/1998.¹⁷

vação da Lei Complementar nº 107/2001, que alterou a Lei Complementar nº 95/1998, foi aprovado o Decreto nº 4.176/2002. Tal regulamentação está em vigor atualmente.

¹⁶A origem de tal orientação encontra-se no estudo de Celso Bastos, para quem há hierarquia entre normas jurídicas se “o ato subordinante delimita a área material de atuação do subordinado. Noutro falar, toda vez que o ato inferior extrai seu fundamento de validade de outro, este lhe é superior, e, em consequência, instaura-se uma relação hierárquica” (BASTOS, 1999, p. 67).

¹⁷Nessa trilha, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirmou-se: “Contribuição Social sobre o Faturamento – COFINS (CF, art. 195, I). Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/1996 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/1991. Legitimidade. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. A Lei Complementar 70/1991 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC I, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721.” (BRASIL, 2008b). As instâncias inferiores têm seguido a mesma orientação, como se pode constatar pela leitura do seguinte julgado: “AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATORIO. DPVAT. Alegação de inconstitucionalidade do artigo 8º da lei nº 11.482/2007 e dos artigos 30, 31 e 32 da lei nº 11.945/2009 face ao artigo 59 da constituição federal c/c artigo 7º DA LC 95/98. INEXISTÊNCIA DE DESRESPEITO AO PROCESSO LEGISLATIVO PREVISTO NA CF. LEIS QUE POSSUEM ÚNICO OBJETO. RECURSO IMPROVIDO. 1) Não há que se falar em inconstitucionalidade de lei em virtude de suposta ofensa aos dispositivos da Lei Complementar 95/98. 2) As Leis nº 11.482 e nº 11.945/2009 possuem um só objeto, qual seja, a modificação, inclusão e revogação de certos dispositivos em diversas leis, ainda que estas tratem de assuntos distintos, não havendo que se falar em violação ao artigo 7º da LC 95/98. 3) Sentença mantida. Recurso improvido. ACORDA a Egrégia Terceira Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, à unanimidade, conhecer da apelação

O segundo diz respeito ao fato de que a própria Lei Complementar nº 95/1998 é explícita ao afirmar que “Eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento” (art. 18, LC nº 95/1998).

Superar tais obstáculos de forma a tornar efetiva a obrigação de seguir a trilha da qualificação legislativa – esse é o desafio da Legística brasileira. É tarefa de considerável complexidade para uma ciência em nascimento. O próximo item deste estudo procura analisar algumas das possíveis respostas a essas questões.

2. Perspectivas e fronteiras da inconstitucionalidade: novo vício, velhos conceitos

Exemplos do que foi analisado no item anterior podem ser encontrados em nossa experiência legislativa recente. A nosso ver, o processo legislativo que deu origem à Lei nº 12.462/2011 é o mais eloquente deles.¹⁸ A lei regula as matérias mais díspares: trata do Regime Diferenciado de Contratações Públi-

e negar-lhe provimento, nos termos do voto da Eminente Relatora” (BRASIL, 2012a).

¹⁸Outros casos poderiam ser citados. A Lei nº 11.051/2004, por exemplo, que “Dispõe sobre o desconto de crédito na apuração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSSL e da Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins não cumulativas e dá outras providências”, mas altera regras de contagem de prazo prescricional em matéria tributária (art. 40 da Lei nº 6.830/80). No Estado de São Paulo, a Lei nº 9.121/09, do Município de Santo André, foi impugnada por tratar tanto da criação e da transformação de cargos públicos, como da regulação de conselhos e fundos municipais. O fundamento da ação era o desrespeito ao comando estampado no art. 7º, I, da Lei Complementar nº 95/1998. Tal Ação Direta foi extinta pelo Tribunal de Justiça paulista sem análise do mérito; contudo, o parecer apresentado pela Procuradoria Geral de Justiça sustentou que o “que pode existir, no caso, é a contradição entre os dispositivos legais impugnados e os apontados como violados” (Parecer, autos nº 994.09.225950-0). Se tal entendimento for seguido à risca, todos os fundamentos e as potencialidades da Legística brasileira serão extintos.

cas (RDC), da organização da Presidência da República e dos Ministérios e, finalmente, de alterações na legislação aplicável à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC).

No item seguinte, abordaremos os argumentos de uma demanda judicial que impugnou a constitucionalidade dessa norma. Centraremos nossas atenções nos argumentos do autor da ação, que sustenta a existência de um vício de inconstitucionalidade “formal”¹⁹ no processo legislativo que deu origem a essa Lei. Outras questões, relacionadas à inconstitucionalidade material do novo modelo de licitação e contratação pública previsto em tal diploma, não serão abordadas. Contudo, antes de passar à análise desse ponto, uma questão terminológica e conceitual deve ser esclarecida.

A divisão dos vícios de inconstitucionalidade em função da dinâmica normativa, que resulta na conhecida classificação dos vícios formais e materiais, também denominados por Elival da Silva Ramos (1994) de vícios de inconstitucionalidade estática e dinâmica, não se amolda com facilidade à hipótese ora em questão.

O suposto vício de inconstitucionalidade formal do caso – o fato de tal norma não ter sido apreciada pela comissão mista prevista no art. 62, § 9º, da CF –, que poderia atingir a norma em questão, foi recentemente analisado pelo Supremo Tribunal Federal. A esse respeito, vale uma pequena explicação.

A análise dessa questão ocorreu no julgamento da ADI nº 4.029/DF. O objeto desse processo era a constitucionalidade da Lei nº 11.516/07²⁰, que criou o Instituto Chico Mendes – órgão destinado à fiscalização da preservação da biodiversidade. O alegado vício for-

mal encontrava-se justamente na ausência de manifestação prévia da comissão mista a que se refere o art. 62, § 9º, da CF. Nesse caso, no entanto, ocorreram algumas especificidades.

Como o fundamento para não aplicar o comando constitucional se encontrava no art. 6º da Resolução nº 1 do Congresso Nacional, o Supremo dirigiu a sanção de inconstitucionalidade contra tal dispositivo. Mas esse é um dos fundamentos, não o objeto dessa Ação Direta. Resultado: esse foi um caso raro de declaração de inconstitucionalidade incidental em um processo de controle normativo de perfil principal.²¹ A situação já é inusitada, pois, ao avaliar a constitucionalidade de uma norma que não foi impugnada pela inicial da ADI, o Supremo amplia o objeto da ação direta.²²

²¹ Acerca de tal terminologia, ver Ramos (2010) e Cappelletti (1999).

²² A esse respeito, na jurisprudência do Supremo, vale conferir o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na ADI nº 514/PI: “É certo que o Supremo Tribunal Federal não está condicionado, no desempenho de sua atividade jurisdicional, pelas razões de ordem jurídica invocadas como suporte da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor da ação direta. Tal circunstância, no entanto, não suprime, à parte, o dever processual de motivar o pedido e de identificar, na Constituição, em obséquio ao princípio da especificação das normas, os dispositivos alegadamente violados pelo ato normativo que pretende impugnar. Impõe-se, ao autor, no processo de controle concentrado de constitucionalidade, indicar as normas de referência – que são aquelas inerentes ao ordenamento constitucional e que se revestem, por isso mesmo, de parâtricidade – em ordem a viabilizar, com apoio em argumentação consistente, a aferição da conformidade vertical dos atos normativos de menor hierarquia. Quaisquer que possam ser os parâmetros de controle que se adotem – a Constituição escrita ou a ordem constitucional global (J. J. GOMES CANOTILHO, ‘Direito Constitucional’, p. 712, 4ª ed., 1987, Almedina, Coimbra) –, não pode o autor deixar de referir, para os efeitos mencionados, quais as normas, quais os princípios e quais os valores efetiva ou potencialmente lesados por atos estatais revestidos de menor grau de positividade jurídica, sempre indicando, ainda, os fundamentos, a serem desenvolvidamente expostos, subjacentes à arguição de inconstitucionalidade. Esse dever de fundamentar a arguição de inconstitucionalidade onera e incide sobre aquele que faz tal afirmação, assumindo, por isso mesmo, um caráter de indeclinável observância (ADI 561/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não cabe, desse modo, ao Supremo Tribunal Federal, substituindo-se ao autor, suprir qualquer omissão que se verifique na petição inicial. Isso porque a natureza do processo de ação direta

¹⁹ É assim que o autor da ação qualifica o vício em questão.

²⁰ Trata-se da conversão da Medida Provisória nº 366, de 2007.

Não contente com essa anomalia, a Corte também decidiu modular os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 6º da Resolução nº 1 do Congresso. Como tal declaração era o pressuposto lógico do julgamento do pedido principal da ação – a constitucionalidade da lei que criou o Instituto Chico Mendes –, essa modulação de efeitos resultou na alteração do sentido do próprio julgamento da ADI nº 4.029/DF, cujo objeto era a constitucionalidade da Lei nº 11.516/07. A razão para tanto é bastante simples: modular os efeitos, nesse caso, quer dizer manter a constitucionalidade da lei sancionada (art. 6º da Resolução nº 1) até a data do julgamento. Naturalmente, tal julgamento ocorreu em data posterior à promulgação da lei. Segue-se que o resultado lógico, mas incoerente, dessas premissas foi que o Tribunal proclamou a improcedência da Ação Direta e, consequentemente, a constitucionalidade da norma (Lei nº 11.516/07) que, na perspectiva dos próprios Ministros, era inconstitucional.

Seja como for, a orientação do Supremo é aplicar o julgado na ADI nº 4.029/DF a todas as demandas que tratem da inconstitucionalidade formal de Medidas Provisórias aprovadas sem manifestação da comissão parlamentar mista.²³ Por isso, basta confrontar a data da promulgação da lei que criou o RDC (2011) com a data do julgamento da ADI nº 4.029/DF (2012), para concluir que o vício formal que poderia macular a constitucionalidade da Lei do RDC não é mais defensável.

Todavia, o tema discutido nos processos que impugnaram a validade do RDC, sobretudo na ADI nº 4.655/DF, foi substancialmente diverso. Não se tratava de saber se o processo que deu origem à lei em questão seria admissível ou conteria um erro procedimental, mas sim se a incoerência do resultado final da produção normativa – da composição geral

de inconstitucionalidade, que se revela instrumento de grave repercussão na ordem jurídica interna, impõe maior rigidez no controle dos seus pressupostos formais (RTJ 135/19, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RTJ 135/905, Rel. Min. CELSO DE MELLO). A magnitude desse excepcional meio de ativação da jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal impõe e reclama, até mesmo para que não se degrade em sua importância, uma atenta fiscalização desta Corte, que deve impedir que o exercício de tal prerrogativa institucional, em alguns casos, venha a configurar instrumento de instauração de lides constitucionais temerárias” (BRASIL, 2008a).

²³ O fundamento desse direcionamento foi a possibilidade de centenas de Medidas Provisórias, aprovadas pelo mesmo procedimento, terem o mesmo destino: a declaração da invalidade formal em decorrência da não observância do art. 62, § 9º, da CF. Contudo, as premissas utilizadas pelo Supremo no próprio julgamento da ADI nº 4.029/DF são contrárias a essa conclusão. Relembremos: nessa demanda, a declaração de inconstitucionalidade do art. 6º da Resolução nº 1 do Congresso Nacional ocorreu pela via incidental, apesar de o instrumento de controle ter natureza principal (ADI). Ora, como ocorre com toda declaração incidental de inconstitucionalidade, essa também deveria ter seus efeitos restringidos ao objeto da demanda analisada em juízo. Não era, portanto, necessária a consideração dos efeitos extraprocessuais da decisão proferida na ADI nº 4.029/DF. Na verdade, se a distinção entre os modos principal e incidental de controle for levada a sério, tais considerações são até impertinentes.

da lei – poderia levar à aplicação da sanção de inconstitucionalidade.

Se o caso não é de vício formal, só pode ser de inconstitucionalidade material. Correto? Por mais tentadora que essa conclusão seja, ela também deve ser afastada. Não estamos diante de uma hipótese de inconstitucionalidade material, pois não se trata de verificar a existência de um conflito entre os conteúdos de duas normas – uma constitucional e outra infraconstitucional.²⁴

Ao contrário, o vício da Lei do RDC (nº 12.462/2011) diz respeito à estrutura da norma impugnada como um todo, e, sob esse prisma, não importa o conteúdo específico das normas que a compõem. Ou seja, aqui o que está em questão é simplesmente o fato de a lei tratar de temas que não têm a menor relação de pertinência lógica. Essa incoerência lógica origina um vício de inconstitucionalidade? Se sim, qual a natureza e as especificidades de tal vício?

Quanto a esse ponto, temos uma hipótese. A nosso ver, estamos diante de uma nova, rica e ainda inexplorada modalidade de inconstitucionalidade. É um vício que, ao mesmo tempo, independe do conteúdo da norma, mas também não tem relação com o seu processo

²⁴ Como veremos a seguir, seria possível argumentar que a referida lei representa uma afronta ao princípio da segurança jurídica. Isso aproxima o vício legístico do vício material, mas as diferenças dogmáticas dessas categorias persistem. No vício material, há uma incompatibilidade entre o conteúdo na norma impugnada e o parâmetro constitucional; no legístico, a desconformidade é da composição legislativa como um todo, quer em sua coerência interna, quer em sua estrutura, com o parâmetro constitucional. Mais: no primeiro caso, o confronto existe quando a lei e a Constituição tratam da mesma matéria de forma contraditória ou incompatível. No segundo caso, o do vício legístico, não há essa relação de contradição direta. O que se encontra em desconformidade com a Constituição é a norma que desrespeite os parâmetros da boa produção e confecção normativa. Não se trata de uma relação estática, como a do vício material, ou dinâmica, como a do formal, mas sim estrutural. Aí está a especificidade do vício legístico.

de formação. Ele se aproxima do vício formal, sem com ele se identificar. É uma imperfeição normativa que decorre da composição estrutural da lei como um todo, abstraindo-se assim a matéria e o procedimento de aprovação da lei.

Até que a doutrina indique uma denominação mais condizente e científica de tal vício, nós o chamaremos de “inconstitucionalidade legística”. Veremos a seguir que a má compreensão da dinâmica interna e dos fundamentos dessa nova forma de inconstitucionalidade está relacionada às sérias incoerências argumentativas da demanda em que a Procuradoria-Geral da República (PGR) impugna a constitucionalidade da Lei do RDC.

3. Análise de disputas relacionadas ao vício legístico: o caso do Regime Diferenciado de Contratações

Os problemas da Lei nº 12.462/2011 (RDC) estão estampados em seu início. A leitura de sua ementa não revela qual é a matéria ou o objetivo de sua promulgação. Aqui está a primeira violação da LC nº 95/1998, cujo art. 5º exige a indicação concisa do objeto na lei. Isso também indica qual é o principal problema legístico da Lei do RDC: a promiscuidade de temas e objetos, todos tratados em uma única lei, que está longe de ser um Código. Há, portanto, uma afronta ao art. 7º, I, da Lei Complementar nº 95/1998, que exige que a lei não contenha “matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão”.

Existe uma razão política para tais imperfeições: a promiscuidade de objetos e âmbitos normativos decorre das peculiaridades do processo legislativo que deu origem à lei em comento. Ela resultou da conversão da Medida

Provisória nº 527/11, editada em 18 de março de 2011. Foram apresentadas quarenta e quatro emendas parlamentares ao texto enviado pelo Executivo. Como de costume, não foi instalada a comissão mista para analisar tais proposições²⁵. Coube ao relator do projeto, o deputado José Guimarães (PT-CE), avaliar o cabimento de todas essas proposições²⁶. E esse poder foi exercido em toda a sua plenitude.

Após a abertura da discussão da matéria em plenário, que ocorreu quando faltavam cerca de trinta dias para o fim do decurso do prazo constitucional máximo de vigência das medidas provisórias²⁷, o relator apresentou um projeto de lei de conversão que, a par de não regular as relações jurídicas dela decorrentes, alterava substancialmente o conteúdo da medida provisória, acrescentando a regulamentação do chamado Regime Diferenciado de Contratações²⁸. Essa não foi a primeira vez que se pretendeu inserir tal matéria no texto de medidas provisórias analisadas pelo Congresso Nacional²⁹.

A repercussão judicial dessa engenharia política e parlamentar foi imediata. Duas ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas em sequência, ambas com fundamentação semelhante. A primeira delas (ADI nº 4.645/DF) foi patrocinada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), pelo Democratas (DEM) e pelo Partido Popular Socialista (PPS). A segunda (ADI nº 4.655/DF) foi proposta pela Procuradoria-Geral da República. Ambas questionam a não observância do devido processo legislativo que deve pautar a tramitação dos projetos de conversão de medidas provisórias³⁰. A incoerência interna dos dispo-

²⁵ A esse respeito, na doutrina, ver Clève (2010).

²⁶ Esse é um exemplo eloquente da situação que respeitável doutrina alcunhou de o “império do Relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em Plenário, império este que poderia ser evitado se houvesse uma única Comissão Mista permanente e competente – e funcional – para a apreciação prévia das medidas provisórias” (AMARAL JÚNIOR, 2012, p. 177).

²⁷ O prazo é de 60 dias, prorrogável por igual período. No caso, o projeto de conversão foi apresentado quando faltavam 31 dias para o fim do período já prorrogado.

²⁸ O Regime de Contratação Diferenciada é um procedimento administrativo de contratação destinado à realização de investimentos relacionados a grandes eventos esportivos (Copa do Mundo e Olimpíadas), obras de infraestrutura aeroportuária relacionadas a tais eventos, obras e ações incluídas no Programa de Aceleração do Crescimento e obras de serviços de engenharia do SUS (art. 1º, Lei nº 12.462/2011).

²⁹ A mesma manobra foi tentada no procedimento de conversão das Medidas Provisórias nºs 489, 503, 511, 517 e 521.

³⁰ Acerca da necessidade de respeito ao devido processo legislativo, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, julgou-se: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. MESA DO CONGRESSO NACIONAL. SUBSTITUIÇÃO DO PRESIDENTE. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA DE MEMBRO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS EM FACE DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO. HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO DESDE A ASSEMBLÉIA GERAL DO IMPÉRIO. ANÁLISE DO SISTEMA BRASILEIRO BICAMERALISMO. CONSTITUIÇÃO DE 1988. INOVAÇÃO – ART. 57 §5º. COMPOSIÇÃO. PRESIDÊNCIA DO SENADO E PREENCHIMENTO DOS DEMAIS CARGOS PELOS EQUIVALENTES EM AMBAS AS CASAS, OBSERVADA A ALTERNÂNCIA. MATÉRIA DE ESTRITA INTER-

sitivos que compõem a Lei não foi abordada em nenhuma delas. Nesse ponto, algumas observações importantes devem ser feitas.

A similitude dessas demandas não é completa. O argumento comum a elas está na alegação da existência de um vício de inconstitucionalidade formal, consistente na inadmissibilidade de emendas parlamentares que não apresentem pertinência lógica com a temática da medida provisória em trâmite no Congresso Nacional. Mas há também pontos de distanciamento. Um deles está no argumento manejado pela Procuradoria-Geral da República que evoca o princípio da separação dos Poderes para chegar à conclusão de que a emenda parlamentar em questão era inadmissível.

A noção de separação de Poderes (art. 2º da CF/1988) levaria, no entender da Procuradoria-Geral da República, à conclusão de que a prerrogativa para “eleger as matérias relevantes e urgentes sob o prisma do direito constitucional é matéria exclusiva da Presidência da República”.

Ao que nos parece, tal argumentação não é só incoerente, mas também incorreta. A primeira incoerência reside em que, na própria ação proposta pela Procuradoria-Geral da República, reconhece-se que “é dado ao Legislativo contestar os requisitos de relevância e urgência”. É claro que “contestar” não é o mesmo que “eleger”. Mas isso só quer dizer que não é dado ao Congresso criar Medidas Provisórias. Não que ele não possa apreciar a relevância e a urgência da matéria. Caso contrário, seriam vedadas ao Congresso não só a “eleição”, mas também a “contestação” dos requisitos da MP.

Fora isso, a simples constatação da origem da emenda que instituiu o RDC indica a incoerência do argumento da Procuradoria. Não foram a oposição ou qualquer parlamentar que apresentaram a proposição. Foi um representante do partido do Governo, que, presumidamente, seguia a orientação da direção partidária. O contrassenso se revela. Segundo a argumentação da PGR, a Lei nº 12.462/2011 é inconstitucional na parte que trata do RDC, pois o relator do procedimento de conversão não poderia apresentar uma emenda ao texto original da medida provisória, mesmo que tal emenda tivesse sido encomendada pelo próprio governo. De duas conclusões, uma: ou a Procuradoria considera que o governo não sabe o que quer e que a vontade do governo expressa na edição da medida provisória tem maior valor que a vontade do mesmo governo apresentada no parlamento, ou então presume que o relator do projeto de lei de conversão não poderia apresentar emendas ao texto enviado ao parlamento.

PRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DESTE TRIBUNAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAR NORMA INTERNA – REGIMENTO DO SENADO FEDERAL – PARA INTERPRETAR A CONSTITUIÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA” (BRASIL, 2003).

A primeira conclusão é paradoxal. Não há nenhuma relação de hierarquia entre as manifestações de vontade do governo. E, se houvesse – é o que pressupõe a PGR –, certamente a vontade expressa no Parlamento teria maior valor do que aquela manifestada fora dele.

A segunda conclusão é mais plausível. O próprio Supremo Tribunal Federal chegou a ela no julgamento da ADI nº 4.029/DF (BRASIL, 2012b). Todavia, como já salientado, em decorrência da modulação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade realizada em tal ação, a validade da Lei nº 12.462/2011 não pode ser atacada por essa via argumentativa.

Não é tudo, pois, a par de tais contradições práticas³¹, a ação apresentada pela Procuradoria-Geral da República contém incoerências teóricas relevantes.

Em primeiro lugar, os citados requisitos (relevância e urgência) da edição de medidas provisórias têm conteúdo marcadamente polí-

tico³². Nessa condição, são inteiramente passíveis de avaliação nas Casas legislativas – onde o debate é pautado por critérios políticos.

Em segundo lugar, as medidas provisórias detêm uma natureza dúplice ou bifronte, pois contêm simultaneamente uma norma jurídica de eficácia cogente e um projeto de lei com tramitação diferenciada enviado ao Congresso.

O argumento da Procuradoria da República confunde esses dois planos, pois só a validade da “antecipação” dos efeitos normativos é que está condicionada à verificação dos requisitos materiais das medidas provisórias, tais quais a relevância e a urgência. É exatamente o contrário que ocorre com o projeto de lei de conversão, que constitui uma norma autônoma e independente em relação à medida provisória que lhe deu origem³³.

³¹ Um exemplo similar pode ser encontrado na Lei nº 12.382/2011, decorrente da conversão da Medida Provisória nº 516/2010. O objeto de tal norma foi o aumento do piso nacional do salário mínimo. No entanto, entre as matérias tratadas na lei, temas tipicamente penais foram previstos em decorrência de uma emenda legislativa: a forma de contagem de prazos de prescrição penal e a possibilidade de suspensão da punibilidade em relação a crimes contra a ordem tributária (art. 6º da Lei nº 12.382/2011). O mesmo raciocínio construído pela Procuradoria-Geral da República na ADI nº 4.655 poderia ser aplicado com facilidade a esse exemplo. Afinal, qual a correlação lógica entre o piso nacional do salário mínimo e a prescrição penal? Nenhuma. Logo, a mesma inconstitucionalidade que, na visão da PGR, existe na Lei do RDC também deve existir no caso da prescrição penal. A única questão a ser respondida é então: por que a Procuradoria-Geral da República impugnou a Lei do RDC e silenciou acerca do salário mínimo/prescrição penal? Se a resposta for “o órgão não tem interesse na matéria”, teremos de repensar alguns conceitos, pois, até agora, vale a presunção segundo a qual a legitimidade da PGR é universal, uma vez que, presume-se, o interesse do órgão é a defesa da ordem constitucional. Mas, se existirem duas classes de vícios de inconstitucionalidade – os que a Procuradoria tem interesse em impugnar e aqueles para os quais ela não tem esse interesse –, só nos restará concluir que a atuação da PGR na jurisdição constitucional é tão parcial quanto a de qualquer outro órgão.

³² Apesar de reconhecer essa característica relativa aos conceitos constitucionais de relevância e urgência, o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado de critérios objetivos para avaliar a ocorrência concreta desses requisitos. Exemplar e bastante citado a esse respeito é o julgamento em que, ao analisar a possibilidade de estender o prazo de admissibilidade de ações rescisórias, o Supremo assentou que “raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas – a criação de novo caso de rescindibilidade – é pacificamente inadmissível e quanto à outra – a ampliação do prazo de decadência – é pelo menos duvidosa” (BRASIL, 1998b).

³³ Justamente por isso, há jurisprudência do STF que afirma: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. A conversão da medida provisória em lei prejudica o debate jurisdicional acerca da “relevância e urgência” dessa espécie de ato normativo. 2. Os valores sociais do trabalho constituem: a) fundamento da República Federativa do Brasil (inciso IV do artigo 1º da CF); b) alicerce da Ordem Econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e, por um dos seus princípios, a busca do pleno emprego (artigo 170, *caput* e inciso VIII); c) base de toda a Ordem Social (artigo 193). Esse arcabouço principiológico, densificado em regras como a do inciso I do artigo 7º da Magna Carta

Tanto isso é certo que, dos vícios que fulminam a validade da antecipação dos efeitos da medida provisória, não decorre necessariamente o desvalor do processo legislativo por ela iniciado. A exceção, que confirma essa regra, encontra-se nos vícios de natureza formal, como o vício de iniciativa, que contaminam todo o processo de criação e conversão normativa iniciado com a edição da medida provisória³⁴.

Tais constatações são suficientes para concluir que, ao contrário do que sustentou a Procuradoria-Geral da República em sua ação, eventuais vícios materiais da MP não têm o condão de afetar a validade do processo le-

e as do artigo 10 do ADCT/88, desvela um mandamento constitucional que perpassa toda relação de emprego, no sentido de sua desejada continuidade. 3. A Constituição Federal versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente). 4. O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmago de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador. 5. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum. 6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego. 7. Inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 9.528/97 (BRASIL, 2007).

³⁴Por isso sustenta a doutrina especializada que “o processo de conversão em lei implica exercício pleno da função legislativa das Casas parlamentares, Casas essas que não estão sujeitas aos limites postos pelos pressupostos constitucionais de relevância e urgência. Se ambas as Casas podem aprovar a mesma disciplina em uma lei ordinária, não subsistem motivos para impedi-las de fazê-lo na lei de conversão. Assim, os vícios próprios e peculiares à medida provisória maculam apenas e tão somente essa” (AMARAL JÚNIOR, 2012, p. 238). No mesmo sentido, em jurisprudência minoritária, ver: Voto do Min Eros Grau na ADI nº 3.289/DF, Pleno, relator Min. Gilmar Mendes, DJ 24/2/2006.

gislativo por ela iniciado. E vice-versa: os problemas do processo de conversão em lei não contaminam a validade da MP.

A regulação do RDC vem do processamento da lei de conversão iniciado com a promulgação da MP nº 527/11. Por isso, aqui temos de ter cuidado e distinguir.

A alegada ausência dos requisitos “relevância e urgência” da regulação do RDC poderia contaminar os efeitos pré-legislativos da MP, mas isso não afeta a validade do processo de conversão. Contudo, o RDC foi incluído no processo legislativo da MP, o que derruba todo o argumento da PGR: nessa oportunidade, já não importa se o tema é relevante ou urgente, mas sim se ele tem alguma relação de pertinência lógica com o tema original da MP. E isso é bem diferente, pois pode muito bem haver assuntos relacionados ao objeto da MP – esse sim relevante e urgente – que em si mesmos não sejam nem relevantes nem urgentes.

Esse é o maior equívoco da ação apresentada pela PGR. Ele se revela quando analisamos três premissas subjacentes a essa demanda. Primeira: não há a possibilidade de temas relevantes e urgentes serem “adicionados” pelos parlamentares ao texto original da MP. Como foi observado, essa premissa é correta, apesar de não ter sido claramente formulada pelo autor da ADI. Segunda: deve haver uma relação de pertinência temática entre a MP e a emenda parlamentar. Essa premissa também é correta, mas, como será a seguir demonstrado, não pelos motivos apresentados pela PGR. Finalmente, a terceira premissa: pertinência quer dizer aqui que a emenda parlamentar também deve ser relevante e urgente. Tal premissa não foi expressamente apresentada pela PGR, mas é o centro de sua irresignação. Afinal, ao sugerir que a emenda parlamentar que deu origem ao RDC também deva ser “relevante e urgente”, a Procuradoria pressupõe que todas as matérias

que alterem o projeto de conversão também devam apresentar tais requisitos. Isso é errado. E a razão para tanto é simples: no processo legislativo de conversão, “pertinente” não quer dizer necessariamente “relevante ou urgente”. Aliás, se ao Congresso não fosse dado emendar o projeto de conversão com temas pertinentes, mas não relevantes nem urgentes, a consequência seria a total impossibilidade de apresentar qualquer emenda parlamentar no processo. Relembre-se o primeiro pressuposto defendido pela PGR: a prerrogativa para “elencar” temas relevantes e urgentes é da Presidência.

Há mais, contudo. A já citada incorreção do argumento da Procuradoria da República reside, sobretudo, na invocação da separação dos Poderes. Quanto a esse ponto, diz o autor da ação que, por pressupor que o Congresso possa legitimamente adentrar em matéria de típica atribuição presidencial – verificar se há ou não urgência e relevância na matéria tratada na medida provisória –, a Lei nº 12.462/2011, na parte que regulamenta o Regime Diferenciado de Contratação, deve ser invalidada. Aqui, o argumento desenvolvido pela Procuradoria parte de um pressuposto ideal e, por que não dizer, irreal. O idealismo está na pressuposição da existência de um modelo abstrato de separação dos Poderes. Ocorre que esse modelo não existe.

Ao contrário, a divisão das funções estatais é um mecanismo de legitimação e controle do exercício do poder, cuja configuração varia em função das circunstâncias históricas, políticas, jurídicas e sociais. Para chegar a essa conclusão, basta comparar os modelos parlamentaristas europeus e o presidencialismo norte-americano.

As diferenças de tais modelos de separação de Poderes são evidentes. Nem mesmo os modelos parlamentaristas apresentam similitudes em configuração global. O parla-

mentarismo inglês, centrado na figura do primeiro-ministro e no gabinete de governo, é radicalmente diverso do modelo alemão. E a diversidade desses regimes não se encontra só na eletividade do Chefe de Estado e no sistema eleitoral proporcional. A função reguladora e legitimadora do texto constitucional, ausente na Inglaterra e presente na Alemanha, já altera a composição de Poderes e a correlação das funções estatais. Se a essas especificidades for acrescentada a realização de consultas populares, haverá outra configuração dos Poderes estatais, que se aproximará do regime constitucional espanhol de 1978³⁵.

O próprio sistema presidencialista de composição de Poderes sofreu alterações históricas importantes. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, existiram três modelos distintos da divisão funcional dos Poderes estatais – o concebido pelos fundadores, o reconfigurado pela reconstrução da República e o nascido no período do *New Deal* (ACKERMAN, 2006).

Essas conclusões são aplicáveis ao caso brasileiro. Aqui também a separação dos Poderes tem suas peculiaridades, suas virtudes e seus vícios. Por isso, não se pode afirmar, como fez a Procuradoria-Geral da República na peça inicial da ADI nº 4.655/DF, que o processo legislativo ao qual se encontram submetidas as medidas provisórias fere o “princípio” da separação dos Poderes. Novamente: o que se pode dizer é que tal procedimento tem seus vícios e suas vantagens sob o prisma da abertura de possibilidades de participação de minorias parlamentares na tomada de decisão. Não que ele seja completamente equivocado. Como não há um modelo perfeito de divisão de funções, o modelo brasileiro deve ser aceito

³⁵ A esse respeito, com ampla descrição das causas e consequências das diversas formas de separação de funções estatais, ver Ackerman (2000).

como ele é, sobretudo por aqueles que trabalham com demandas judiciais – âmbito inapropriado para rediscutir a configuração global do sistema de divisão das funções estatais.

Os argumentos da Procuradoria-Geral da República eram incorretos. Porém, as conclusões, não. Na verdade, toda essa argumentação, que foi desenvolvida com grande esforço e imaginação do PGR, mas resulta em todos os problemas antes analisados, poderia ser substituída pela simples utilização de uma nova modalidade de vício de inconstitucionalidade: o vício legístico. Tal imperfeição normativa está ligada à composição global da lei e não a um dispositivo constitucional específico, que possa ter sido desrespeitado no processo de formação da lei.

Por isso, questões relacionadas ao processo legislativo ou ao conteúdo dos dispositivos que compõem a norma têm uma relação lateral e contingencial com a análise do vício legístico. Nesse âmbito, o importante é a análise da lógica interna aos dispositivos da norma e de seus possíveis efeitos. De certa forma, esses elementos estão associados. Sem saber o sentido implícito à norma, não há como saber quais poderão ser seus efeitos.

A teleologia desse vício, entretanto, é mais profunda. Sem um sentido mínimo que possa ser extraído da composição normativa, não será possível saber qual o limite da atividade interpretativa a ser exercida pelos magistrados que enfrentarão o desafio da aplicação da lei. Resultado: sem as amarras do texto, os juízes são convidados a criar sentidos normativos e a substituir o trabalho do legislador. Ou seja, uma das maneiras de impugnar a lei que, sem nenhum critério lógico, trata de matérias inconciliáveis é apontar as consequências que tais normas têm sobre a expectativa e a calculabilidade dos efeitos da lei. Uma lei que não segue nenhum critério lógico em sua configuração é uma lei que pode ter qualquer efeito ou aplicação, justamente porque ela não apresenta, minimamente, um sentido ou uma lógica. É, portanto, uma lei que afronta o princípio da segurança jurídica.³⁶

Com fundamento nessa matriz constitucional, podemos responder aos questionamentos do primeiro item deste estudo. A inconstitucionalidade que pode resultar de uma lei que desrespeite os parâmetros da Lei Complementar nº 95/1998 decorre da presumida incompatibilidade com o princípio da segurança jurídica. Isso se deve ao fato de que, nessa Lei Complementar, encontram-se previstos parâmetros a serem seguidos pelo legislador que pretenda produzir normas qualitativamente

³⁶ Não se admite, portanto, aqui a existência de qualquer hierarquia entre as leis complementares e as ordinárias. O único fato que se admite é que a Lei Complementar nº 95/1998 traz um conjunto de indicativos para a boa produção legislativa. E essa função foi conferida à Lei Complementar pela própria Constituição (art. 59, par. único, CF/1988).

te melhores. Se a norma cumprir todos esses parâmetros, não haverá que se falar em vício legístico. O contrário dessa afirmação não é verdadeiro, pois, se tais parâmetros não forem seguidos, não haverá uma automática e inevitável inconstitucionalidade legística. Neste último caso, o que teremos é a presunção de que a norma analisada fere o princípio da segurança jurídica. Tal presunção pode ser afastada pelo legislador ou por outra parte que participe do processo de controle de constitucionalidade. Contudo, se tal presunção não for afastada, a invalidade da lei deverá ser declarada.

Essas conclusões aclaram não só a natureza do vício presente na Lei do RDC, mas também qual análise jurídica deve ser aplicada no julgamento da constitucionalidade dessa Lei (nº 12.462/2011). Em resumo: temos aqui uma hipótese de afronta direta a diversos dispositivos da Lei Complementar nº 95/1998 – sobretudo os artigos 5º e 7º. Se isso é verdade, incide aqui a presunção de inconstitucionalidade antes mencionada: até que se prove o contrário, a Lei do RDC é uma lei que afronta a segurança jurídica. Cabe, então, ao legislador comprovar que, apesar de não seguir os preceitos da Lei Complementar nº 95/1998, não houve prejuízo ao princípio da segurança jurídica. Se tal prova não for realizada, a lei deverá ser declarada inválida.

Uma orientação como essa seria benéfica não só para o Legislativo, que passaria a ter parâmetros claros para realizar uma produção legislativa qualificada, mas também para o Judiciário, que poderia expandir e redesenhar a análise dos vícios de inconstitucionalidade, sem agredir a competência de outros Poderes.

4. Considerações finais

Este estudo teve três objetivos. Dois são teóricos. Um, prático. Os dois primeiros: es-

boçar as dificuldades atuais da produção legislativa para então identificar a necessidade do estudo de uma nova disciplina, a Legística. Essas conclusões estão diretamente ligadas à finalidade prática: demonstrar, com base na análise de um caso específico, que os atores jurídicos não têm observado as peculiaridades e potencialidades desse novo ramo de pesquisa.

Em específico, procuramos demonstrar que o estudo e o desenvolvimento da Legística podem ser uma resposta convincente para a constante queda de prestígio do Poder Legislativo. Leis mais qualificadas contêm normas mais claras e previsíveis. Isso reduz a necessidade de decisões judiciais “ativistas” que alterem por completo a composição legislativa. O benefício para o Poder Judiciário é também imediato. Ao não se confrontar com leis desnecessárias, incompreensíveis ou estruturalmente ilógicas, a análise e o julgamento de impugnações de normas jurídicas serão mais rápidos, efetivos e seguros. É claro que a discussão e a polêmica em torno de julgamentos importantes e controversos sempre existirão. Mas a controvérsia não pode, nem deve, ser permanente. Todos, Executivo, Legislativo e Judiciário, têm muito a perder com esse conflito permanente. O aprofundamento do estudo da Legística é, portanto, necessário.

Além disso, o estudo do caso em que a Procuradoria-Geral da República impugna a constitucionalidade da lei que instituiu o RDC (nº 12.462/2011) nos levou a uma constatação imediata: não é só o Legislativo que ignora as peculiaridades do vício derivado da falta de qualificação legislativa; os atores que trabalham em ações judiciais de controle principal de constitucionalidade também não estão preparados para essa análise. E aqui as dificuldades se iniciam com a identificação da própria natureza desse vício legislativo: seria

ele material ou formal? Ao não observar que o caso em questão não se enquadra em nenhuma dessas categorias, a PGR entra em um círculo de incoerências e contradições que pode comprometer a procedência de sua ação.

Ao contrário, bastaria ao autor da demanda aprofundar a análise dos fundamentos desse vício para identificar que nela há a manifestação de uma nova forma de inconstitucionalidade: a inconstitucionalidade legística. É certo que as características e os fundamentos desse novo vício legislativo ainda devem ser estudados com cuidado. Este estudo buscou enfrentar tais desafios de forma clara e objetiva. O resultado é a possibilidade de, com fundamento no princípio da segurança jurídica e no que dispõe a Lei Complementar nº 95/1998, avaliar e julgar a constitucionalidade de normas sem qualificação legislativa. É pouco, mas é um começo.

Sobre os autores

Lucas De Laurentiis é mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo; doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo e pela Albert-Ludwigs Universität Freiburg; especialista em Direito Público e Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Email: lucas.laurentiis@gmail.com

Roberto Dias é doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); professor de Direito Constitucional da PUC-SP; coordenador do curso de graduação da DIREITO GV.
Email: rdiasdasilva@pucsp.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês³⁷

THE LEGISLATIVE QUALITY IN BRASILIAN LAW: THEORY, DEFECTS AND ANALYSIS OF THE RDC CASE

ABSTRACT: The paper assesses the capabilities and applications of the study of the qualification of propositions and legislative bills. For this, begins with the approach of the classical conception of law and its amendments contemporary. Evaluates the consequences that such turn caused is in the process of elaboration of legal norms. Notes the emergence of a new field of research, Legistics, science based on dynamic and static evaluations that aims to improve the quality of production rules. Sets out the main challenges that this new science will face Brazilian law and seeks to outline some answers to these questions.

KEYWORDS: LEGISLATIVE PROCESS. QUALIFICATION. LEGISTICS.

³⁷ Sem revisão do editor.

Referências

ACADÉMIE des sciences morales et politiques. *La confection de la loi*: groupe de travail présidé par Monsieur Roland Drago. Mars, 2003. Disponível em: <<http://www.asmp.fr/travaux/gpw/loi/rapport1.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2015.

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 642-727, 2000.

_____. *Nós, o povo soberano*: fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALMEIDA, Marta Tavares de. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. In: *Legística, qualidade da lei e desenvolvimento*, Belo Horizonte: Assembleia Legislativa, 1999.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória*: edição e conversão em Lei, teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, São Paulo: Abril Cultural, 1973.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Lei complementar*: teoria e comentários. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editora, 1999.

BRASIL. Lei complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998. *Diário Oficial da União*, 27 fev. 1998^a.

_____. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1753/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ, 16 abr. 1998. *Diário da Justiça*, 12 jun. 1998b.

_____. Mandado de segurança n. 24.041. Relator: Ministro Nelson Jobim. DJ, 29 set. 2001. *Diário da Justiça*, 11 abr. 2003.

_____. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1721/DF. Relator: Ministro Carlos Britto. DJ, 11 out. 2006. *Diário da Justiça Eletrônico*, 29 jun. 2007

_____. Ação direta de inconstitucionalidade n. 514-6/PI. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 24 mar. 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, 31 mar. 2008^a.

_____. Recurso extraordinário n. 377.457-3/PR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ, 17 set. 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 dez. 2008b.

_____. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. [Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC]. *Diário Oficial da União*, 5 ago. 2011^a.

_____. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 4655*. Relator: Roberto Monteiro Gurgel Santos. DJ, 7 set. 2011b.

_____. Apelação cível n. 30099118801. Relator: Desembargadora Eliana Junqueira Munhos Ferreira. DJ, 7 fev. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, 16 fev. 2012^a.

_____. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4029/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 8 ago. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, 27 jun. 2012b.

_____. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.645/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 15 ago. 2013.

BURKE, Edmund. *Textos políticos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Medidas provisórias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DUGUIT, Leon. *Traité du Droit Constitutionnel*. Paris: Boccard, 1928. v. 2.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Princípios fundamentais de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FLÜCKINGER, Alexandre; DELLEY, Jean-Daniel. A elaboração racional do Direito Privado: da Codificação à Legística. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 35-58, 1997.

FREIRE, João Pedro. Linguagem clara e legística. *Legislação: cadernos de ciência de legislação*, n. 53, p. 34-42, 2010.

GRUPO MANDELKERN. Relatório Mandelkern. *Legislação: cadernos de ciência de legislação*, n. 29, out. 2000.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. Vinculação e liberdade dos representantes políticos. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 59, p. 167-192, jul./dez. 2011.

_____. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

LEAL, Victor Nunes. Técnica legislativa. In: _____. *Problemas de direito público*, Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1965.

MADER, Luzius. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: qualidade da lei e desenvolvimento, 2007. *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da Legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 1, 1999.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Manual de legística: critérios científicos para legislar melhor*. Lisboa: Verbo, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *O processo de consolidação e organização legislativa*. São Paulo: FDUSP, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SCHMITT, Carl. Legalidad y legitimidad. In: _____. *Teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

_____. *Legitimität und Legitimität*. Berlin: Duncker und Humblot, 2005.

VALIM, Rafael. *Princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015

GLÁUCIO MACIEL GONÇALVES
VICTOR BARBOSA DUTRA

Resumo: O presente artigo analisa o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Código de Processo Civil. O objetivo do estudo é realizar uma análise comparativa entre o novo instituto e os mecanismos aparentemente semelhantes da Alemanha e do Reino Unido, de modo a avaliar os possíveis impactos para as garantias constitucionais já consagradas, com destaque para o contraditório.

Palavras-chave: CPC de 2015. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Litigância repetitiva. Devido processo legal.

1. Introdução

Nas últimas décadas, o direito processual civil, assim como todo o Direito, tem passado por inúmeras transformações que decorrem em grande parte das exigências de uma sociedade pós-moderna, na qual o jurisdicionado não se contenta em saber *como* ou *de quê* o direito se constitui, mas também *para quê* ele serve (BOBBIO, 1977, p. 217).

Com efeito, o processo civil individual, em sua estrutura tradicional, começou a demonstrar sinais de fragilidade para atender a determinados fenômenos sociais, a exemplo da reparação de danos capazes de atingir um amplo espectro de cidadãos (fenômeno não raro nessa fase pós-moderna do capitalismo).

Nesse novo contexto social e paradigmático, a massificação das relações jurídicas é um dos fenômenos que mais desafiam o direito processual em termos práticos e teóricos, instando-o a reinventar o modo de prestação jurisdicional.

Recebido em 6/7/15
Aprovado em 23/8/15

Nos idos de 1989, Barbosa Moreira (MOREIRA, 1991, p. 187) já ressaltava que as características da vida contemporânea produziam uma série de situações em que, longe de estar em jogo o direito ou o interesse de uma única pessoa, começavam a formar-se conflitos nos quais grandes massas estavam envolvidas. Já se falava de produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e – indagava o autor – por que não processo de massa?

O fenômeno das demandas repetitivas (plúrimas, seriais etc.) é, pois, relativamente recente na história processual. Decorre, em grande parte, do amplo acesso à justiça garantido com a Constituição de 1988, da universalização de determinados serviços básicos (v.g. telefonia e energia elétrica) ou da ampliação do acesso ao crédito, fatos que colocaram em litígio, de um lado, inúmeros cidadãos e, de outro, instituições financeiras, empresas ou o próprio Estado – seja diretamente, como quando não honra seus compromissos junto a servidores públicos, seja indiretamente, quando intervém na vida social por meio de planos econômicos. Tais demandas repetitivas, em sua grande maioria, não costumam albergar pretensões jurídicas complexas, nem demandam profunda instrução probatória, mas desafiam o Judiciário, em virtude do seu poder exponencial de replicação, que coloca em xeque velhas estruturas e procedimentos.

Essas alterações quantitativas e qualitativas no perfil de litigância resultaram, na prática, numa avalanche de demandas idênticas ou similares, fato para o qual o Judiciário não estava preparado. Por tal motivo, diversos institutos jurídicos foram cunhados nas últimas duas décadas na tentativa de enfrentá-lo. Muitos deles foram orientados por uma inequívoca tendência de padronização das decisões, a exemplo das técnicas de julgamento liminar (art. 285-A

do CPC/1973), das súmulas vinculantes (art. 103-A da Constituição Federal) e persuasivas (art. 518, § 1º, do CPC/1973), da repercussão geral da questão constitucional como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (art. 543-A do CPC/1973) e do julgamento por amostragem dos recursos especiais e extraordinários (arts. 543-B e 543-C do CPC/1973), nominados como representativos da controvérsia.

A tentativa mais recente de enfrentamento desse fenômeno é a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), instituído pela Lei nº 13.105/2015, cujo principal objetivo é proporcionar segurança jurídica, uniformidade no entendimento dos tribunais e, por conseguinte, celeridade, por meio da fixação de teses sobre questões de direito repetidas na prática forense, quando puderem causar risco ao sistema.

A Comissão de Juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto do CPC/2015 reputou necessária a instituição dessa nova forma de controle dos processos massificados.

Há dúvidas, no entanto, se o instrumento seria necessário, se o objetivo antes mencionado será atingido e a que custo. Primeiro, porque, a partir da instituição da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal tem decidido causas efetivamente importantes, cujos efeitos podem atingir além das partes da demanda, ao fixar uma tese jurídica de aplicação ampla no futuro. Segundo, porque o sistema de julgamento de recursos especiais repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça tem, cada vez mais, fixado teses infraconstitucionais de grande alcance, também com efeitos futuros em outras causas. Terceiro, porque o Superior Tribunal de Justiça é a corte encarregada de uniformizar a interpretação do direito federal no País e tem-se verificado grande atuação do

STJ nesse intento. Quarto, porque os tribunais de segundo grau, que serão os destinatários do IRDR, não estão ainda preparados para decidir as inúmeras teses jurídicas que lhes serão submetidas e em tempo hábil, levando à suspensão indefinida das demandas em primeiro e segundo grau por prazo não razoável. No entanto, são conjecturas e questionamentos necessários ao debate, tendo em vista a criação do incidente pelo legislador.

2. O incidente no CPC/2015

Prevê-se o incidente de resolução de demandas repetitivas nos artigos 976 a 987 da Lei nº 13.105/2015 e enquadra-se como mecanismo que a doutrina convencionou denominar de *instrumento de molecularização* (PINTO, 2010, p. 185) de demandas atomizadas.

Em outras palavras, como as demandas repetitivas têm uma origem comum, buscou-se um instrumento jurídico que pudesse uniformizar, em menos tempo que no procedimento atual, o entendimento do Judiciário acerca de determinada questão de direito, de modo a prover uma solução uniforme para diversos casos.

Dispõe o art. 976 do CPC/2015 que, havendo simultaneamente risco à isonomia e à segurança jurídica em razão da *efetiva repetição de processos*, o incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser suscitado junto ao Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Regional Federal, no intuito de que a tese jurídica firmada seja aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição da respectiva corte.

Conforme reconhecido pela própria Comissão responsável pelo Anteprojeto, o incidente inspirou-se em instituto do direito alemão conhecido como *Musterverfahren*¹; mas, ao longo da tramitação na Câmara dos Deputados, acabou distanciando-se dele em alguns aspectos. É bom registrar que na Alemanha, antes mesmo da criação do *Musterverfahren*, já existia instituto similar no processo judicial-administrativo (*Musterprozess*, previsto no art. 93a da *Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO*) (KAISER, 2010, p. 171), mas não foi ele o inspirador do legislador de 2015.

O *Musterverfahren* foi introduzido no ordenamento alemão em 16/8/2005, com vigência até 2010, por meio da Lei do Processo-Modelo

¹ Conforme apresentado na Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil: “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta” (BRASIL, 2010).

dos Investidores de Capital (*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – KapMuG*). O prazo de vigência da lei foi estendido por dois anos; porém, em 19/10/2012, foi promulgada nova lei, com vigência de 1º/11/2012 até 1º/11/2020.

Tal lei foi editada para regular uma situação fática específica e já existente, dada a impossibilidade de o sistema jurídico alemão solucionar o problema da insatisfação de 17.000 investidores com informações falsas do mercado de capitais na oferta pública inicial de ações da *Deutsche Telekom* feita em 1999 e 2001. A indenização pedida era de cerca de 150 milhões de euros, com atuação de aproximadamente 900 escritórios de advocacia (STADLER, 2010, p. 100).

Conforme se demonstrará, o incidente, no seu arcabouço jurídico, suscita uma série de dúvidas que merecem reflexão pela doutrina.

3. Questionamentos preliminares acerca do incidente

Ante a estrutura atual do incidente de resolução de demandas repetitivas, um dos primeiros questionamentos suscitados diz respeito ao momento adequado para manejá-lo. Tal dúvida pode parecer de menor relevância ou de um excessivo rigor formal, mas não o é. O momento está ligado ao tempo, de forma que se questiona quando, ou melhor, até quando o incidente pode ser deduzido. A lei não prevê prazo – o que não permite dizer, porém, que ele não exista.

Antes de tudo, é necessário saber sobre o que controvertem as partes, de modo que a coisa se torna litigiosa apenas após a citação, quando também se saberá se há resistência à pretensão posta na petição inicial e em que medida. Dessa forma, apenas após a contestação ou o seu decurso de prazo é que se pode admitir o incidente.

O *dies ad quem*, por outro lado, é a data da divulgação do resultado do julgamento em segundo grau, pressupondo a inexistência de trânsito em julgado da sentença. Se o julgamento do incidente é feito pelo segundo grau de jurisdição, em nada influencia o advento da sentença recorrida. Embora fosse recomendável a dedução do incidente antes de proferida a sentença, para evitar perda de tempo do julgador de primeiro grau, em alguns casos pode ser que os pressupostos para o seu cabimento estejam presentes somente após a chegada dos autos ao tribunal. Daí ser viável a formulação do incidente até a finalização do julgamento do recurso, o que se dá com a proclamação do resultado.

O legislador brasileiro, diferentemente do de outros ordenamentos jurídicos, não se preocupou muito com o momento de formalização do incidente, mas sim com o seu cabimento, valendo-se de uma expressão

aberta para indicar seus requisitos: “a efetiva repetição de processos que represente risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (BRASIL, 2015a).

Por “efetiva repetição de processos” pode-se compreender um vasto leque de situações que podem variar desde um punhado de ações (individuais ou coletivas), no entendimento de alguns, até a exigência de dezenas ou centenas de ações, para se configurar o requisito legal. No entendimento do legislador, dada a absoluta falta de controle do número e do local de ajuizamento, essas demandas poderiam acarretar burla da isonomia e da segurança jurídica. Em virtude disso, busca-se, por meio do incidente, evitar decisões conflitantes, tendo por base o mesmo fundamento jurídico.

No *Musterverfahren*, ao contrário, o legislador germânico estabeleceu critérios mais objetivos. Explica Astrid Stadler (STADLER, 2010, p. 101) que: (i) deve ser feito um requerimento em uma das ações individuais ajuizadas de submissão ao processo-modelo, que é anunciado em edital; (ii) nos quatro meses seguintes devem ser formulados outros nove requerimentos de submissão, totalizando dez ao todo; (iii) os pedidos são submetidos ao Tribunal Regional, que escolhe um autor-modelo, suspendendo-se os outros processos; (iv) os autores dos processos pendentes são “partes convidadas”, o acórdão-modelo reveste-se de autoridade da coisa julgada e as outras causas continuam no primeiro grau de jurisdição, terminando com acordo ou sendo sentenciadas.

No caso brasileiro, ante a ausência de critérios, corre-se o risco de haver o manejo precoce do incidente, sem que outros jurisdicionados tragam ao Judiciário novas perspectivas para a mesma questão e sem que uma diversidade mínima de juízes se tenha posicionado sobre a matéria, o que pode desencadear um dissenso, um pluralismo e um movimento salutar de

debate, e culminar em decisões-modelo desconectadas da amplitude das realidades fáticas.

Incorrer-se-ia naquilo que Ronald Dworkin (DWORKIN, 2002, p. 337) aponta ser um ponto importantíssimo para a efetividade das decisões judiciais: saber se os assuntos em discussão estão maduros para uma decisão judicial e se a decisão judicial resolveria esses assuntos de modo a diminuir a probabilidade de novos dissensos.

Pontua Dierle Nunes (2012) que:

os padrões decisórios não podem empobrecer o discurso jurídico, nem tampouco serem formados sem o prévio dissenso argumentativo e um contraditório dinâmico, que imporia ao seu prolator buscar o esgotamento momentâneo dos argumentos potencialmente aplicáveis à espécie. Não se trata de mais um julgado, mas de uma decisão que deve implementar uma interpretação idônea e panorâmica da temática ali discutida. Seu papel deve ser o de uniformizar e não o de prevenir um debate.

Em termos pragmáticos, também é importante delimitar critérios mais claros para o manejo do instituto, pois uma decisão prematura pode vir a sofrer inúmeras distinções (*distinguishings*), superações (*overrulings*) ou ser questionada pela via da reclamação (art. 985, § 1º, do CPC/2015), a ponto de esvaziar a própria utilidade do instituto e estimular a litigiosidade.

No mesmo sentido, aponta Leonardo Carneiro da Cunha, ao afirmar que, em qualquer assunto, o dissenso inicial gera ambivalência, incerteza e até mesmo ignorância a respeito da amplitude das questões envolvidas e de suas implicações na vida de cada um dos sujeitos interessados no tema. A essa altura, quando ainda se iniciam as discussões e se instaura a polêmica, ainda não se chegou ao melhor momento para que o tribunal se posicione e

fixe uma tese jurídica a ser aplicável a casos futuros. Tolerar o dissenso por algum tempo, na visão do autor, seria uma maneira de permitir que o debate continue até que se alcance maior clareza sobre o assunto (CUNHA, 2011, p. 258).

Logo, não de se considerar salutares os primeiros debates acerca de determinadas questões, pois esse dissenso inicial é importante para a renovação do entendimento jurisprudencial e para a construção democrática e dialética do Direito, por meio da jurisprudência que se criará. Ademais, o próprio inciso II do art. 976 do CPC/2015 exige a efetiva configuração de risco à isonomia e à segurança jurídica, o que denota um sentido muito mais profundo do que meras divergências iniciais.

Por outro lado, na mesma ideia de *efetividade* da decisão prolatada no procedimento-modelo, é de se perquirir a viabilidade na cisão entre questões de fato e questões de direito, tal como proposta pelo legislador. Isso porque, no CPC/2015, conferiu-se ao IRDR o objetivo de uniformizar questões unicamente “de direito”, como prevê o inciso I do art. 976.

Cumprir destacar que, durante a tramitação do projeto, havia sido deixada uma abertura para se empreender a análise de questões fáticas, conforme dispunha o § 9º do art. 988²: “O incidente pode ser instaurado quando houver decisões conflitantes sobre mesma questão de fato” (BRASIL, 2015b). Entretanto, o texto aprovado, sancionado e promulgado não encampou a ideia, de modo que o IRDR manteve seu âmbito de incidência restrito às questões de direito.

Tal situação provavelmente perpetuará uma defeituosa tradição brasileira de subdimensionar a importância dos fatos para o deslinde da controvérsia e empreender uma leitura “exegética” dos supostos precedentes (BAHIA, 2012, p. 366). Espera-se que não.

Antonio do Passo Cabral (2007, p. 133) aponta que no *Musterverfahren* não há cisão entre questões de fato e de direito, sobretudo porque, na atividade de cognição judicial, fato e direito estão indissociavelmente imbricados, de modo que a abstração excessiva das questões jurídicas referentes às pretensões individuais poderia apontar para um artificialismo da decisão.

Muitos doutrinadores, aliás, têm alertado que essa cisão radical entre questões de direito e questões de fato é fantasiosa (ROSSI, 2012, p. 233), pois não há como interpretar um texto em abstrato, tendo em vista que o sentido normativo de um texto sempre pressupõe, no mínimo, uma ilustração da sua possibilidade de aplicação (SIMIONI, 2011).

No mesmo sentido é a lição de Ovídio Baptista da Silva (SILVA, 2009, p. 19), ao afirmar que os conflitos de interesse que justificam a

² Antiga numeração do atual art. 973.

existência do processo são conflitos que têm por fundamento os fatos da vida, do cotidiano, mas a doutrina processual predominante insiste em ignorar essa obviedade, direcionando todos os esforços e investimentos para o mundo do direito, o mundo das normas, o mundo das ficções jurídicas.

Tem-se alertado para os riscos de hiperintegrar o direito, aplicando-se uma decisão-modelo para além dos próprios fatos que justificaram a sua prolação e extrapolando-se, por conseguinte, os limites do seu campo gravitacional (RAMIRES, 2010).

Além disso, há quem entenda que essa fragmentação da cognição (v.g. questões de direito sendo apreciadas pelo tribunal e questões de fatos pelos juízes de primeiro grau) pode levar ao mesmo destino de outros institutos de pouca utilização na praxe forense, tais como o incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479 do CPC/1973) e o incidente de declaração de inconstitucionalidade (arts. 480 a 482 do CPC/1973) (ROSSI, 2012).

Aliás, tem sido questionada essa tendência de atribuir aos tribunais a elaboração de normas cada vez mais gerais, função que fugiria ao papel do poder Judiciário, que é tradicionalmente o de individualizar o direito no caso concreto e com isso compor a lide (DERZI, 2013, p. 333).

Não se sabe ao certo como funcionará o IRDR em questões que demandem uma imbricada análise fática, mas já se acende o alerta, pois se percebe uma inequívoca tendência de elaboração de normas gerais e abstratas pelo Judiciário, cada vez mais distanciada das peculiaridades dos casos concretos.

No *Musterverfahren*, conforme mencionado, não há essa cisão estrita entre questões de fato e de direito. Antonio do Passo Cabral destaca que o objeto da cognição judicial nesse procedimento pode versar tanto sobre questões de fato como de direito, o que denota a

possibilidade de resolução parcial dos fundamentos da pretensão, com a cisão da atividade cognitiva em dois momentos: um coletivo e outro individual. Esse detalhe é de extrema importância, pois evita uma potencial quebra da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo (CABRAL, 2007, p. 132).

No direito processual brasileiro, todavia, costuma-se fazer a distinção entre questões de fato e questões de direito, embora seja difícil, como já se disse, aplicar o direito sem se ter ciência dos fatos. Entretanto, é possível construir a ideia do legislador e entender seu intuito, no sentido de que a controvérsia sobre a matéria de direito é aquela referente à norma jurídica aplicável e ao seu alcance, partindo de circunstâncias do caso sobre as quais as partes não dissentem – em outras palavras, o que a norma quer dizer em uma situação abstrata.

Outro fator que suscita preocupação em relação ao IRDR é quão vinculantes são as decisões-modelo em relação a terceiros que não o integrem, mas que tenham uma demanda semelhante. Isso porque, por expressa disposição legal, a tese jurídica do incidente será aplicada também aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal, até que esse mesmo tribunal a revise (art. 985, II, do CPC/2015). Tal dispositivo suscita inúmeras dúvidas e, por isso, deve-se levantar o debate no Brasil, tal como tem feito a doutrina alemã.

Na Alemanha, a legislação não tratou de forma clara a natureza dos institutos de que se valeu o legislador para estender aos processos individuais os efeitos e a vinculação do julgamento do *Musterverfahren*, limitando-se a dizer que a decisão de mérito no procedimento-modelo “vincula” os juízos de origem. Diante da imprecisão da lei, a doutrina discute se haveria (i) eficácia de coisa julgada; (ii)

efeito vinculante; ou (iii) a chamada eficácia da intervenção ligada à intervenção de terceiros (CABRAL, 2007, p. 133).

Discussões como essas, ainda incipientes no Brasil, são extremamente relevantes, pois, como se sabe, o efeito vinculante confere vinculação aos fundamentos da decisão, podendo ser aplicado aos casos futuros que tenham a mesma *ratio decidendi*, ao passo que a coisa julgada se restringe, em regra, ao dispositivo do julgado, não alcançando os motivos da decisão, a verdade dos fatos, nem mesmo a questão prejudicial decidida incidentalmente (art. 469 do CPC/1973). Nesse ponto, cumpre destacar que o *Musterverfahren* e o IRDR parecem ter trilhado caminhos diversos, dado que no instituto tedesco não há vinculação dos processos futuros, mas apenas daqueles processos individuais registrados no momento em que proferida a decisão do Tribunal. Tal característica tem levado a doutrina a rechaçar veementemente a existência de efeitos vinculantes da decisão-modelo prolatada no *Musterverfahren*.

No Brasil, por outro lado, por expressa disposição legal (art. 985, II, do CPC/2015), a tese jurídica será aplicada aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal. Entretanto, não cuidou o legislador de detalhar a natureza desse efeito sobre as demandas futuras.

Essa possível vinculação indiscriminada representa risco ao próprio contraditório substancial e à ampla defesa, previstos na parte geral do CPC/2015³, haja vista a pretensão do legislador de aplicar uma decisão-modelo “pronta” a diversos outros casos em que as partes não tiveram a chance de participar da formação do convencimento do julgador.

³ Com destaque para os artigos 7º, 9º e 10 do CPC/2015.

Tal constatação, aliás, parece estar na contramão da Parte Geral do novo Código, no que se refere à conformação do princípio do contraditório e da ampla defesa. O princípio do contraditório adquirirá maior importância, devendo ser uma efetiva garantia de simetria de posições subjetivas e não uma mera garantia formal de bilateralidade de audiência (PICARDI, 1998, p. 673). Ele passa a constituir uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais (THEODORO JUNIOR, 2009, p. 107).

Diversos dispositivos do CPC/2015 ditam essa tônica, quais sejam:

Art. 7º É assegurado às partes paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pelo *efetivo contraditório*.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes *sem que esta seja previamente ouvida* (grifos nossos).

Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional *não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes*, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício (BRASIL, 2015a, grifo nosso).

Em que pese a relevante carga axiológica que está sendo conferida ao princípio do contraditório na Parte Geral do CPC/2015, aparentemente o legislador preferiu uma solução simplista para um problema tão complexo como as demandas repetitivas. De fato, o insuficiente arcabouço legal do instituto parece colocar em risco inúmeros dogmas e princípios do direito processual.

Conforme afirma Júlio César Rossi, a pretexto de resolver a problemática da litigiosidade relevante e repetitiva (constitucional ou infraconstitucional), a técnica busca encarnar uma solução estatística e funcionalmente con-

veniente, em detrimento de decisões qualitativamente satisfatórias sob o ponto de vista de uma prestação jurisdicional absolutamente legítima e eficiente (ROSSI, 2012, p. 204).

Aliás, convém questionar se realmente seria necessário um instituto novo para lidar com as demandas repetitivas ou se o enfrentamento do fenômeno seria mais eficaz com medidas de gerenciamento de processos (*case management*). Parcela da doutrina entende que o incidente brasileiro poderia ter-se espelhado mais nas *group litigation orders* (GLO) do direito britânico e nas críticas que já foram sistematizadas ao instituto inglês, já que as GLO estão há mais tempo em funcionamento do que o *Musterverfahren*.⁴

Guilherme Rizzo Amaral (AMARAL, 2011, p. 251), por exemplo, critica a escolha do instituto alemão como inspiração do incidente brasileiro. O autor afirma que o *Musterverfahren* foi criado em caráter experimental e é muito recente, além de ser oriundo de país sem tradição na normatização de processos coletivos e na utilização dos precedentes, ao passo que os países tradicionalmente vinculados ao sistema de *common law* conhecem mais de quatro séculos de desenvolvimento da temática dos processos coletivos.

Para Daniel de Andrade Lévy, por sua vez, as GLO são, antes de tudo, um instituto de administração de causas, mais gerencial do que jurídico, cujo objetivo é possibilitar que uma estrutura enxuta do poder Judiciário possa

⁴ Isso porque, embora seja possível observar que naquele ordenamento as medidas para se enfrentarem as demandas repetitivas remontam ao século XIX, a partir de 1980 o Judiciário passou a tratar especificamente da questão, mesmo sem legislação específica sobre o procedimento a ser adotado. Em virtude das críticas tecidas aos poderes indefinidos dos magistrados, que causaram certa insegurança jurídica, no ano de 2000 foram acrescentadas às *Civil Procedure Rules* um capítulo criando as *Group Litigations Orders*, cujo objetivo é permitir que as cortes tenham verdadeiro poder gerencial sobre esses casos que envolvem um grande número de partes e um sem-número de questões procedimentais.

confrontar-se com uma quantidade enorme de demandas (LÉVY, 2011, p. 188).

Nessa perspectiva, enquanto o direito inglês privilegia a ideia de reunião de demandas apenas com base na facilitação do aspecto procedimental, a proposta do CPC/2015 funda-se, também, em uma suposta hierarquia qualitativa entre os órgãos julgadores, ao conferir aos tribunais a competência para exame de questões de direito.

Interessa destacar, aliás, que tanto no *Musterverfahren* como nas *group litigation orders*, a decisão faz coisa julgada para as *demandas registradas* no grupo até a data do julgamento e nas quais tenha havido a participação dos jurisdicionados atingidos. Está aí uma abissal diferença em relação ao projeto do IRDR, em que a tese jurídica da decisão incidente será aplicada, inclusive, aos casos futuros que versem sobre questão idêntica.

A preocupação do legislador parece vir antes com o desafogamento do Judiciário e, em seguida, com as partes envolvidas, ao passo que nos demais países a inquietação é antes com os indivíduos inseridos no grupo e, após, com o bom funcionamento do Judiciário. Vê-se, portanto, que, na ponderação entre os direitos fundamentais dos jurisdicionados e os benefícios operacionais de uma solução de massa, o CPC/2015 prestigiou o último, o que demanda reflexões.

É preciso ter em mente que a ampliação da função jurisdicional, como ora se almeja com o IRDR, deve-se pautar mais detidamente pelo contraditório, pois dita garantia é intimamente ligada ao exercício do poder, que a doutrina moderna o considera inerente à própria noção de processo (CINTRA, 2006, p. 61).

O contraditório, como leciona Aroldo Plínio Gonçalves, é a garantia de participação – em simétrica paridade – das partes, *daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença*, daqueles que são os “interessados”, ou seja, aqueles

sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor (GONÇALVES, 2001, p. 103).

Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas, sobretudo, pelo aspecto substancial, como prevê a Parte Geral do CPC/2015. Caso inexista uma justificativa plausível para a mitigação do contraditório, pode-se suspeitar da constitucionalidade de tais normas, tendo em vista que todo poder, para ser legítimo, deve estar aberto à participação; e, nas democracias, o poder é legitimado pela participação (MARINONI, 2006, p. 313).

Com efeito, a demanda, inclusive aquelas nas quais se visa fixar uma tese jurídica a respeito de determinada questão de direito, é sistema interacional, que se desenvolve dialeticamente. Assim, a garantia do contraditório concretiza-se por meio da participação das partes no processo e do diálogo que o órgão jurisdicional deve ter com as partes (MEDINA, 2011, p. 72).

Obviamente, não se pode transplantar para a realidade de um Código uma concepção utópica de contraditório e de ampla defesa, mas uma dimensão de participação que possa efetivamente influir sobre o juízo e evitar que sua esfera jurídica seja invadida de forma não adequada ou necessária.

Ocorre que não é preciso esforço para concluir que a vinculação de cidadãos que sequer ajuizaram suas demandas – e que, nessa perspectiva, sequer tiveram a chance de participar do convencimento do julgador que fixa a tese – promove uma restrição excessiva do contraditório e da ampla defesa.

Aliás, a própria participação dos jurisdicionados que tiveram seus processos sobrestados não se encontra delimitada à altura da importância das garantias processuais consti-

tucionais, perpetuando-se, inclusive, equívocos já verificados na sistemática dos recursos especiais repetitivos no Superior Tribunal de Justiça (OLIVEIRA, 2014, p. 663).

Certamente, hão de se reconhecer situações em que a limitação de tais princípios é necessária para permitir a efetividade do direito; afinal, conforme destaca Aroldo Plínio Gonçalves (GONÇALVES, 2001, p. 14), no momento em que uma ciência renuncia a continuar investigando seu objeto e as complexas relações a que pode ser submetido pela análise terá renunciado, antes, a si própria, como competência explicativa da realidade. Indaga-se, contudo, se os motivos justificadores para a instituição do IRDR se enquadrariam nessas situações em que a reinvenção dos limites do contraditório se justifica.

O legislador brasileiro pretende dar um passo à frente, inovando inclusive em relação às experiências de outros países, nos quais os institutos de resolução de massa foram introduzidos em caráter experimental (como na Alemanha) ou com base em longa evolução empírica (como no Reino Unido); tal inovação, contudo, não foi precedida por estudos aprofundados acerca do impacto sobre as garantias processuais de índole constitucional, o que urge ser feito.

4. Conclusões

O fenômeno das demandas de massa não comporta soluções simplistas que se limitem a alterações de ordem legislativo-processual. Para que se obtenha um resultado efetivo, é preciso que a introdução de novos institutos jurídicos seja acompanhada de medidas de cunho estrutural (v.g. organização do sistema judicial, adequação de espaços físicos, suporte para introdução de novas tecnologias) e de

⁵ Art. 1º c/c arts. 7º, 9º e 10 do CPC/2015.

medidas de gestão (v.g. adoção de uma visão estratégica, e não meramente burocrática, do processo; a padronização e disseminação das melhores práticas; a simplificação e a flexibilização de ritos; etc.) para atingir os objetivos aos quais se propõem.

Pôde-se perceber que o incidente de resolução de demandas repetitivas suscita uma série de questionamentos por parte dos estudiosos do Direito, sobretudo em relação aos pontos em que se distanciou dos instrumentos de molecularização de litígios atualmente vigentes na Europa. O instituto *promete* revolucionar o tratamento das demandas repetitivas, mas não foi acompanhado de medidas práticas (de cunho estrutural e gerencial) que viabilizem o seu potencial máximo, nem apresentou uma estrutura normativa à altura dos complexos fenômenos que pretende disciplinar.

Nessa perspectiva, tendo em vista que o novo instituto passará a integrar o ordenamento jurídico brasileiro após o período de *vacatio legis* do CPC/2015, caberá à comunidade jurídica fomentar o debate acerca do seu arcabouço ideal. Isso poderá contribuir para que o incidente cumpra o seu papel de conferir um tratamento adequado às demandas de massa, promovendo uniformidade do entendimento dos tribunais e proporcionando segurança jurídica sem, contudo, colocar em xeque garantias constitucionais há muito conquistadas.

Sobre os autores

Gláucio Maciel Gonçalves é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pesquisador visitante do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (2015-2016), em Freiburg, Alemanha. Professor de Processo Civil da UFMG. Juiz federal em Belo Horizonte (MG).
Email: gfm99@gmail.com

Victor Barbosa Dutra é mestrando em Direito pela UFMG. Graduado em Direito pela mesma instituição. Advogado e professor.
Email: victorbarbosadutra@yahoo.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁶

NOTES ON THE NEW MECHANISM FOR JUDGMENT OF REPETITIVE LAWSUITS IN THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE (2015)

⁶Sem revisão do editor.

ABSTRACT: This article analyzes the mechanism for judgment of repetitive lawsuits provided in Brazilian civil procedure code. The purpose of the study is perform a comparative analysis between the new institute and similar experiences in Germany and United Kingdom in order to evaluate the possible impacts for constitutional guarantees, with special reference to the right to contradiction and full defense.

KEYWORDS: NEW CIVIL PROCEDURE CODE. MECHANISM FOR JUDGMENT OF REPETITIVE LAWSUITS. SERIAL LITIGATION. DUE PROCESS OF LAW.

Referências

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Revista de processo*, v. 36, n. 196, p. 237-275, jun. 2011.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de processo*, v. 36, n. 196, p. 167-200, jun. 2011.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As súmulas vinculantes e a nova escola da exegese. *Revista de processo*, v. 37, n. 206, p. 359-379, abr. 2012.

BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (Coord.) *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura allá funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Ed. di Comunità, 1977.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 jan. 1973.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Senado Federal. *Código de processo civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, 2010.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015a.

_____. Substitutivo da Câmara dos Deputados n. 166, de 2010, ao projeto de lei do Senado n. 166 de 2010. *Subsecretaria de Coordenação Legislativa do Congresso*, 23 set. 2015b.

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de processo*, v. 32, n. 147, p. 123-146, maio 2007.

CARREIRA, Guilherme Sarri. Algumas questões a respeito da súmula vinculante e precedente judicial. *Revista de processo*, v. 36, n. 199, p. 213-245, set. 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a EC 45, de 8.12.2004 e com a Lei 11.232, de 22.12.2005. São Paulo: Malheiros, 2006.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de processo*. v. 36, n. 193, p. 255-279, mar. 2011.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver

precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FUX, Luiz (Org.) *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 333-362.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FUX, Luiz (Org.) *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013. 2 v.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Predicados da súmula vinculante: objeto, eficácia e outros desdobramentos. *Revista de processo*, v. 37, n. 207, p. 25-42, maio 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

KAISER, Anna Bettina. Die Prinzipien des Verwaltungsprozesses in Deutschland. In: *Seminário internacional Brasil - Alemanha Pontes de Miranda*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2010, p. 163-176.

LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo Código de processo civil: exame à luz da Group Litigation Order britânica. *Revista de Processo*, v. 36, n. 196, p. 165-206, jun. 2011.

LIMA, Luiz Costa. *Teoria da cultura de massa*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

MACEDO, Elaine Harzheim; MACEDO, Fernanda dos Santos. O direito processual civil e a pós-modernidade. *Revista de processo*, v. 37, n. 204, p. 351-367, fev. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Parte geral e processo de conhecimento*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*. v. 16, n. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 27, p. 49-58, jun. 2005.

NUNES, Dierle. Padronizar decisões pode empobrecer o discurso jurídico. *Consultor Jurídico*. 6 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-06/dierle-nunes-padronizar-decisoes-empobrecer-discurso-juridico>> Acesso em: 2 dez. 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Escopo jurídico do processo. *Revista de processo*, v. 37, n. 203, p. 305-317, jan. 2012.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. Incidente de resolução de demandas repetitivas: uma proposta de interpretação de seu procedimento. In: FUX, Luiz et al. (Org.). *Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 663.

PICARDI, Nicola. Il Principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 53, n. 3, p. 673-681, jul./set. 1998.

PINTO, Luis Filipe Marques Porto Sá. Técnicas de tratamento macromolecular dos litígios: tendência de coletivização da tutela processual civil. *Revista de processo*, v. 35, n. 185, p. 117-144, jul. 2010.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2010.

ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de processo*, v. 37, n. 208, p. 203-240, jun. 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SIMIONI, Rafael. Nem as súmulas vinculantes escapam da interpretação. *Consultor Jurídico*. 2 mar. 2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-mar-02/interpretar-exigencia-nao-interpretacao-sumulas-vinculantes> Acesso em: 2 dez. 2015.

STADLER, Astrid. 17.000 investidores contra a Deutsche Telekom: experiências com ações judiciais coletivas na Alemanha. In: *Seminário internacional Brasil - Alemanha Pontes de Miranda*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2010, p. 100-103.

STURNER, Röf. Reformas recentes e perspectivas de desenvolvimento do Processo Civil alemão. In: *Seminário internacional Brasil - Alemanha Pontes de Miranda*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2010, p. 41-53.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de processo*, v. 34, n. 168, p. 107-141, fev. 2009.

Competência ambiental legislativa e administrativa

EDUARDO FORTUNATO BIM

TALDEN FARIAS

Resumo: Este trabalho propõe-se a estudar a repartição da competência ambiental legislativa e administrativa, a fim de contribuir para o estabelecimento de critérios resolutivos no caso de impasses ao discorrer sobre questões pouco abordadas pela doutrina.

Palavras-chave: Competência ambiental. Competência comum. Fiscalização ambiental. Licenciamento ambiental. Convalidação.

1. Introdução

É evidente que um dos temas mais conflituosos em matéria ambiental, senão o mais conflituoso de todos, é a repartição de competências (YOSHIDA, 2014, p. 29). Tanto sob o aspecto administrativo ou material, quanto sob o aspecto legislativo, o impasse existe, dado que, com a diferenciação entre a competência legislativa e a competência administrativa, estabelecida pela Constituição Federal de 1988 pela primeira vez na história brasileira, esse tipo de competência deixou de ser uma consequência daquele.

No que diz respeito especificamente à competência administrativa ambiental, a questão deve ser regulamentada por lei complementar, conforme determina o parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal, o que de fato ocorreu com a edição da Lei Complementar nº 140/2011. Antes prevalecia, de forma distorcida, a competência comum entre os entes federativos, uma vez que não havia uma aplicação efetiva do princípio da subsidiariedade, o que certamente contribuía para aumentar o número de conflitos. Entretanto, embora a lei citada tenha contribuído para solucionar certos problemas, esse assunto ainda abriga muitos conflitos.

Recebido em 6/2/15
Aprovado em 1º/7/15

A repartição da competência legislativa ambiental, por sua vez, está devidamente disciplinada pela Lei Fundamental, prescindindo, em princípio, de uma regulamentação normativa. No entanto, os conflitos permanecem por diversos motivos. Primeiro, porque são vários os tipos de competência legislativa em matéria ambiental, como a exclusiva (art. 25, §§ 1º e 2º), a privativa (art. 22), a concorrente (art. 24) e a suplementar (art. 24, § 2º) (TRENNEPOHL, 2007, p. 62). Depois, porque sob muitos enfoques a competência legislativa incide sobre a competência administrativa, reforçando os atritos entre os entes federativos.

Além do mais, existem conceitos jurídicos indeterminados, como o de normas gerais ou o de interesse local, que devem ser interpretados à luz de uma hermenêutica própria do direito ambiental. O próprio princípio da predominância do interesse, fundamental para a competência legislativa, assume uma acepção específica, na medida em que a todos os entes federativos interessa o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, o presente trabalho propõe-se a estudar a repartição da competência legislativa e administrativa em matéria ambiental, procurando contribuir para o estabelecimento de critérios resolutivos no caso de impasses. Isso deverá ser feito de acordo com o sistema de valores estabelecido pela Constituição Federal, mas respeitando evidentemente as especificidades que o direito material ao meio ambiente impõe.

2. Repartição de competências e Estado federativo

Para Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 107), competência são os poderes que a lei confere para que cada órgão público possa desempenhar suas atribuições específicas. Toshio Mukai (1999, p. 210) doutrina que competência é a medida de poder que a Constituição ou a lei atribui ao agente público para a prática de determinados atos.

A organização administrativa do Estado brasileiro está diretamente relacionada à distribuição dessas competências. O Brasil adotou o federalismo, forma de Estado que atribui a cada ente federativo uma determinada autonomia política.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 51) afirma que a autonomia administrativa dos entes federativos pressupõe a divisão de competências entre o poder central e os poderes regionais e locais. Na opinião de Lúcia Valle Figueiredo (2004, p. 43), o federalismo é o modelo constitucional que prevê a descentralização do poder em vários centros autônomos coordenados por um poder central que é o responsável pelo exercício da soberania no plano internacional.

O federalismo brasileiro tem como peculiaridade a inclusão dos Municípios como membros (CF, art. 1º, *caput*, c/c art. 18, *caput*). A forma federativa é tão importante para o Estado brasileiro que não poderá ser objeto de proposta de emenda tendente a aboli-la (CF, art. 60, § 4º, I).

No âmago do conceito de federalismo está a repartição de competências entre os entes federativos. Essa repartição é efetuada diretamente pela Constituição ou autorizada por ela.

Alexandre de Moraes (2003, p. 287) ressalta que a adoção da repartição de competências administrativas, legislativas e tributárias é pressuposto da autonomia das entidades federativas e, por consequência, garantia do Estado Federal. Na opinião de José Afonso da Silva (2003, p. 71), a autonomia federativa está fundamentada na existência de órgãos governamentais próprios e na posse de competências exclusivas que a Constituição Federal reconhece à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

A repartição de competências entre os entes federativos segue, em regra, o critério da predominância do interesse. As matérias pertinentes ao interesse nacional serão atribuídas ao ente federal, ao passo que aos entes estaduais e municipais serão deixadas as matérias relacionadas aos interesses regionais e locais.

3. Competência em matéria ambiental: legislativa e administrativa

A Constituição Federal dispõe basicamente sobre dois tipos de competência: a competência administrativa e a competência legislativa. A primeira cabe ao Poder Executivo e diz respeito à faculdade para atuar com base no poder de polícia (preventivo, repressivo ou simplesmente ordenador), ao passo que a segunda cabe ao Poder Legislativo e diz respeito

à faculdade para legislar a respeito dos temas de interesse da coletividade.

José Afonso da Silva (2003, p. 75) ressalta que a distribuição de competências entre os entes federativos em matéria ambiental segue os mesmos parâmetros adotados pela Constituição Federal em relação à repartição de competências das outras matérias. Nesse sentido, a competência administrativa é a atribuição que o Poder Executivo tem de proteger o meio ambiente, enquanto a competência legislativa é a atribuição do Poder Legislativo de legislar a respeito de temas ligados ao meio ambiente (FIORILLO, 2003, p. 61-63).

4. Competência legislativa em matéria ambiental

A competência legislativa subdivide-se em remanescente, exclusiva, privativa, concorrente, suplementar e reservada. A competência remanescente é estadual e permite a atividade legislativa em relação às matérias não vedadas implícita ou expressamente, estando prevista no § 1º do artigo 25 da Constituição Federal.

A competência exclusiva diz respeito aos Estados e aos Municípios e é reservada unicamente a uma entidade, sem a possibilidade de delegação (CF, arts. 25, § 2º, e 30, I). A competência privativa diz respeito à União e, embora seja própria de uma entidade, pode ser delegada ou suplementada desde que respeitados os requisitos legais (CF, art. 22). É preciso destacar que a competência legislativa privativa da União prevista no artigo 22 e a competência legislativa exclusiva prevista no artigo 25 da Carta Magna, embora tratem em diversos dispositivos da questão ambiental, possuem um caráter mais voltado à gestão administrativa e econômica do que à proteção ambiental propriamente dita.

A competência concorrente é reservada à União, aos Estados e ao Distrito Federal, cabendo à União a primazia de legislar sobre normas gerais (CF, art. 24), o que é, sem dúvida, o maior foco de conflitos. A competência suplementar é aquela que atribui aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a faculdade de complementar os princípios e normas gerais ou de suprir a omissão destes (CF, arts. 24, §§ 2º e 3º, e 30, II).

Tércio Ferraz Júnior (1995, p. 250) adverte que a competência suplementar é para a edição de legislação decorrente e não de legislação concorrente, e, por ser uma legislação de regulamentação, seria inconstitucional qualquer concorrência entre a legislação dos Estados e do Distrito Federal e as normas gerais da União. Trata-se de um tipo de competência que deve ser exercido em concordância com as normas gerais da União, e não na ausência delas.

Finalmente, a competência reservada é aquela que atribui ao Distrito Federal a competência reservada aos Estados e aos Municípios, excetuada à relativa à organização judiciária (CF, art. 32, § 1º). Na prática, o que predomina em relação à competência legislativa em matéria ambiental é a competência concorrente entre a União e os Estados e o Distrito Federal, cabendo à União a competência para legislar sobre normas gerais e, aos Estados e ao Distrito Federal, a para suplementar as normas gerais editadas pela União.

Estados e Municípios devem respeitar as normas gerais da União, ainda que elas simplesmente deixem espaço para a regulação administrativa, que, uma vez implementada, também é norma geral. Assim, norma administrativa de alguma agência reguladora ou ministério, por exemplo, é, para fins de competência concorrente, norma geral da União tanto quanto a lei federal que autorizou tal regulação.

As normas gerais expedidas pela União nem sempre são apenas um patamar mínimo de proteção (YOSHIDA, 2014, p. 36-37), mas podem ser o próprio espaço de admissibilidade de uma conduta e têm o condão de esgotar a matéria ao criarem uma situação em que a edição de legislação pelos demais entes seja incompatível com a escolha política das normas gerais.

Limite normalmente ignorado é a tentativa de intervenção, via legislação local, em serviço público do ente territorialmente mais abrangente, sob a alegação de estar legislando sobre competência própria. É comum que se refute legislação local sobre o fundamento que ela acaba interferindo em demasia ou mesmo vedando, total ou parcialmente, a autorização da lei geral ou do serviço público, como ocorreu na ADPF-MC 316.¹

Andreas J. Krell (2005, p. 185) critica a possibilidade de o município poder “exacerbar todas as normas ambientais da União e dos estados”, porque isso com certeza “significaria também um esvaziamento de decisões políticas das outras entidades estatais, as quais, em certos casos, consideram ainda toleráveis certo grau de oneração da natureza e, por isso, aparentemente não querem proibir determinados projetos e atividades”.

No caso de vácuo legislativo por parte da União, os Estados e o Distrito Federal podem editar as normas gerais. Os Municípios podem legislar sobre os temas ambientais de interesse predominantemente local, desde que respeitem as normas gerais que tiverem sido editadas pela União ou pelo Estado (competência suplementar).

Assim, a competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal merece ser

¹ STF, Pleno, v.u., ADPF-MC 316, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 25/9/2014, *DJe* 1º/12/2014.

observada com mais atenção, devendo ser discutida, em um primeiro momento, a questão da competência da União para editar normas gerais e, em um segundo momento, a questão da competência suplementar dos Estados e do Distrito Federal. Em tese, as normas gerais são aquelas diretrizes essenciais que deverão ser suplementadas ou especificadas pela legislação estadual ou distrital, e, caso desçam a detalhes, elas deverão ser consideradas inconstitucionais por invadirem a competência dos Estados e do Distrito Federal (FERREIRA, 1990, p. 96).

Contudo, a expressão “normas gerais” utilizada pelo § 1º do artigo 24 da Constituição Federal é um conceito jurídico indeterminado, e a doutrina e a jurisprudência têm encontrado certa dificuldade no preenchimento de seu conteúdo. Luís Pinto Ferreira (1990, p. 96) pondera que, em vista da dificuldade na delimitação do conceito de normas gerais, têm ocorrido sérios conflitos entre a legislação federal e a legislação estadual e distrital.

Na verdade, as normas gerais devem ser compreendidas como aquelas que dizem respeito a interesses gerais, independentemente da sua especificidade. Poucos interesses podem ser tão gerais quanto o do meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo em vista o seu caráter difuso e a sua indispensabilidade à manutenção da vida e da qualidade de vida.

No entendimento de Álvaro Luiz Valery Mirra (2002, p. 61-63), norma geral é aquela vinculada ao interesse geral e cuja regulamentação seja necessária, em face de uma determinada região ou de todo o território nacional. Ele argumenta que, tendo em vista a relação de dependência entre os inúmeros elementos que compõem o meio ambiente, uma ruptura ocorrida em determinado sistema ambiental pode levar à desorganização de outros sistemas ambientais muito além dos limites terri-

toriais do Município, Estado ou região onde se verificou a ocorrência inicial.

Por conta disso, é preciso ter cuidado especial em relação às questões ambientais. O que se observa com frequência é que o interesse geral na proteção do meio ambiente recomenda a previsão de normas específicas e bastante detalhadas, destinadas a regulamentar certos assuntos em âmbito nacional, de maneira que nas matérias de interesse coletivo a expressão normas gerais adquira um sentido diferenciado. É nesse sentido a opinião de Leonardo Greco (1992, p. 146):

Normas gerais não são apenas linhas gerais, princípios ou critérios básicos a serem observados pela legislação suplementar dos Estados. Normas gerais contrapõem-se a normas particulares. A União, nessas matérias, pode legislar com maior ou menor amplitude, conforme queira impor a todo o País uma legislação mais ou menos uniforme. O que a União não pode é legislar sobre assuntos particulares da esfera de interesses ou de peculiaridades dos Estados. Normas gerais são normas uniformes, isonômicas, aplicáveis a todos os cidadãos e a todos os Estados.

Não se é necessário que a norma geral abarque todo o território brasileiro, podendo abranger apenas um único ecossistema, uma única bacia hidrográfica ou uma única espécie animal ou vegetal, como entende Paulo Affonso Leme Machado (2001, p. 82). O próprio § 4º do artigo 225 da Constituição Federal corrobora esse entendimento, ao dispor especificamente sobre a proteção de biomas como a Floresta Amazônica Brasileira, a Serra do Mar, a Mata Atlântica, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira.

Uma das questões mais frequentes é a da exegese que garanta a melhor proteção ao meio ambiente quando se trata de legislação

concorrente. E isso é particularmente preocupante porque, ao se buscar a melhor proteção do meio ambiente, pode-se esquecer que há legislação própria e especial, seja ou não sobre matéria ambiental, mas elaborada no espaço deixado pela legislação ambiental como norma geral, que permite tal atividade. Em diversos casos sobre OGMs, isso ficou particularmente claro.²⁻³⁻⁴ A competência concorrente deve respeitar a licitude da atividade e não criar um ambiente de caos, no qual a desigualdade impere sem razão.

Havendo concorrência entre os tipos de legislação, a específica deve prevalecer, e não por que se falar em melhor proteção ambiental.⁵ Isso fica ainda mais evidente quando se trata da intersecção da legislação

²“5. A recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Departamento de Produção Vegetal da Secretaria de Agricultura e Abastecimento/RS, que, em 19 de setembro de 1999, procedeu à interdição de unidade agrícola na qual estavam sendo realizados experimentos científicos com soja transgênica. O motivo da interdição repousa na falta de apresentação do EIA/RIMA ao Poder Executivo Estadual, conforme exige o Decreto 39.314/99, que regulamentou a Lei 9.453/91. [...] 8. Ao tempo do ato de interdição, competia ao Poder Executivo Federal, por meio da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, autorizar, fiscalizar e controlar os trabalhos de pesquisa científica com OGMs, incluindo soja transgênica, bem assim emitir o Certificado de Qualidade em Biossegurança (CQB) e exigir a apresentação do EIA/RIMA quando fosse necessário (Lei 8.974/95, arts. 7º, II, III, IV, VII e IX, e 10; Decreto 1.752/95, arts. 2º, V, XIV, XV, 11 e 12, parágrafo único). 9. Os estudos de impacto ambiental, conquanto previstos na CF/88, são exigidos, na forma da lei, nos casos de significativa degradação ambiental. No sistema normativo infraconstitucional, o EIA e o RIMA não constituem documentos obrigatórios para realização de experimentos com OGMs e derivados, salvo quando, sob o ponto de vista técnico do órgão federal responsável (CTNBio), forem necessários. 10. O Decreto estadual 39.314/99, muito além de extrapolar os limites da Lei estadual 9.453/91 – pois previu exigência não-contida naquela (apresentação do EIA/RIMA) – e retroagir para alcançar situação de fato pretérita (trabalho científico em curso), não observou o disposto na legislação federal vigente desde 1995, contrariando-a. Por consequência, resta caracterizada a violação do direito líquido e certo da recorrente, consistente em realizar as pesquisas científicas com soja transgênica em Passo Fundo/RS” (BRASIL, 2006a, p. 200).

³“Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra a lei estadual paranaense de nº 14.162, de 27 de outubro de 2003, que estabelece vedação ao cultivo, a manipulação, a importação, a industrialização e a comercialização de organismos geneticamente modificados. 2. Alegada violação aos seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º; art. 22, incisos I, VII, X e XI; art. 24, I e VI; art. 25 e art. 170, *caput*, inciso IV e parágrafo único. 3. Ofensa à competência privativa da União e das normas constitucionais relativas às matérias de competência legislativa concorrente. 4. Ação Julgada Procedente” (BRASIL, 2005, p. 7).

⁴“2. Seja dispondo sobre consumo (CF, art. 24, V), seja sobre proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII), busca o Diploma estadual impugnado inaugurar regulamentação paralela e explicitamente contraposta à legislação federal vigente. 3. Ocorrência de substituição - e não suplementação - das regras que cuidam das exigências, procedimentos e penalidades relativos à rotulagem informativa de produtos transgênicos por norma estadual que dispôs sobre o tema de maneira igualmente abrangente. Extrapolação, pelo legislador estadual, da autorização constitucional voltada para o preenchimento de lacunas acaso verificadas na legislação federal” (BRASIL, 2006b, p. 16).

⁵Essa sobreposição legislativa pode ocorrer entre uma norma específica da competência privativa e outra catalogação mais geral da competência concorrente, como no seguinte caso julgado pelo STF: “[...] 3. A regra que confia privativamente à União legislar sobre ‘sistema monetário’ (art. 22, VI) é norma especial e subtrai, portanto, o Direito Monetário, para esse efeito, da esfera material do Direito Econômico, que o art. 24, I, da Constituição da República inclui no campo da competência legislativa concorrente da União, do Estados e do Distrito Federal” (BRASIL, 2002, p. 33).

privativa da União com a concorrente dos demais entes federativos (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 68). O caso concreto fornecerá a resposta sobre qual legislação prevalecerá ou eventualmente sobre como harmonizá-las, mas a legislação local ou estadual não pode pôr em xeque a federal ou a estadual.

A vedação de se admitir uma amplitude para critérios decisórios de conflitos pode residir na forma do que foi legislado no âmbito da competência concorrente, não propriamente do assunto em si.

Isso não significa, como visto, que a legislação concorrente pode afrouxar os limites mínimos da norma geral; há um dever de trabalhar dentro de suas balizas. Entretanto, a palavra “ambiental”, matéria também constante da competência concorrente, não pode ser um salvo-conduto para impor qualquer legislação mais restritiva, ou ampliativa, em termos de proteção ambiental. Algumas normas somente podem ser implementadas pela União, ainda que mediante resoluções do Conama, e não pelos Estados ou Municípios.

Dessa forma, no caso único de a Constituição Federal ter sido desrespeitada, é que os Estados e o Distrito Federal não deverão obediência à norma geral editada pela União. Com relação à competência legislativa concorrente em matéria ambiental, é importante dizer que as normas gerais editadas pela União podem ser complementadas pelos Estados e pelo Distrito Federal, restando aos Municípios a competência para legislar sobre assuntos de interesse predominantemente local, de modo a se adequar à legislação federal e à legislação estadual.

O resultado disso é que o Estado e o Distrito Federal não podem contrariar as normas gerais editadas pela União, da mesma forma que os Municípios devem coadunar-se às normas gerais editadas pela União e pelos Estados, no caso de omissão federal (MUKAI, 2002, p. 21).

Os Estados e o Distrito Federal podem editar normas gerais em matéria ambiental se a lei federal for omissa, o que também pode ocorrer com os Municípios se inexistir norma geral federal ou estadual sobre o mesmo tema (CF, arts. 24, I, VI e VII, e 30, I e II). Como a norma geral em matéria ambiental pode ser bastante detalhada e precisa, a exemplo do tratamento da área de preservação permanente e da reserva legal no Código Florestal, é possível que a edição de normas suplementares seja desnecessária, visto que não tem sentido suplementar uma norma geral que prescinde de suplementação de tão específica que é.

Por isso, Luís Carlos Silva de Moraes (2004, p. 56) pondera que, por ser a generalidade a característica da norma jurídica, decorrendo daí a sua aplicabilidade a todos, somente se deverá aceitar a complementação da norma por uma legislação mais específica quando isso for realmente necessário para a proteção do bem jurídico em questão.⁶ Em face disso, uma norma somente deve ser suplementada quando houver realmente necessidade de adaptar a regra geral às situações de fato, para que o bem jurídico em questão possa ser efetivamente protegido.

A aplicação de uma mesma norma ambiental pode ocorrer de forma diferenciada, a depender da região ou do lugar em questão, uma vez que determinado Estado ou certo Município poderão ter a necessidade de su-

⁶Esse mesmo autor cita o exemplo da Lei nº 8.723/1997, que estabelece os limites de emissão de poluição atmosférica: “Pela localização geográfica de uma região (ex.: planalto), os gases concentram-se na região, sendo a dispersão bem vagarosa, ou seja, *mesmo obedecendo as regras gerais de controle*, aquela região tem índices de poluição acima do esperado. Comprovado que a regra geral não consegue proteger satisfatoriamente o bem jurídico (ar – meio ambiente), *em razão da peculiaridade físico-química do local*, o ente federativo regional ou local pode estabelecer regras complementadoras àquela geral, *com a mesma finalidade*, até o estágio suficiente para a adequação do ar” (MORAES, 2004, p. 57, grifo do autor).

plementar uma norma geral ambiental, ao passo que outro não, de acordo com as peculiaridades de cada ente federativo. Na verdade, mesmo dentro de um Estado, ou mesmo dentro de um Município, a norma geral pode ser aplicada de forma diferenciada, visto que esta poderá ser suplementada apenas em relação a determinada região ou localidade que, por já estar excessivamente degradada ou por abrigar sítios de relevante valor ambiental, requer proteção especial.

Quanto à competência legislativa dos Municípios, não há consenso em relação ao conceito e abrangência da expressão “assuntos de interesse local”, de maneira que essa indefinição pode gerar perplexidade, ao promover situações ambíguas nas quais se misturam interesses locais e regionais (BASTOS, 1990, p. 319-320). Se já é difícil definir o que é um interesse meramente local, em se tratando de matéria ambiental essa delimitação torna-se praticamente impossível, pois uma das principais características do dano ambiental é não se restringir a determinado espaço ou território.

De qualquer forma, seria realmente um contrassenso que o interesse local de um Município se confrontasse com o interesse de toda uma coletividade, revelado na manutenção da vida e da qualidade de vida decorrentes do equilíbrio dos ecossistemas. Tanto o interesse local quanto o interesse regional e nacional convergem para o mesmo sentido, buscando promover a defesa do meio ambiente, apenas devendo ser respeitadas as peculiaridades de cada âmbito de atuação.

Deve-se ter cautela na afirmação de que, nas hipóteses em que as noções de norma geral e especial não sejam claras o suficiente para a solução de conflitos envolvendo a aplicação de normas da União e dos Estados, deve prevalecer, no caso concreto, a norma que melhor

garanta a efetividade do direito fundamental tutelado, dando-se preferência àquela mais restritiva sob a ótica da preservação da qualidade ambiental (*in dubio pro natura*).⁷

Em primeiro lugar, conseguir uma interpretação unívoca é praticamente impossível,⁸ ainda mais com o agravante da onda pós-positivista que assola o País. Em segundo lugar, raramente haverá apenas conflitos entre normas ambientais, sendo precipitado dar mais peso ao meio ambiente. Terceira razão, quando pode haver critério de especialidade entre elas,

⁷“Pelos já citados §§ 1º e 4º do art. 24, pelo art. 225 da Constituição, bem como pela indefinição do que seja norma especial, deve-se, *fortiori ratione*, fixar como diretriz exegética que os eventuais conflitos, nos quais a noção de norma geral e especial não seja suficiente, devem ser resolvidos pela prevalência da norma que melhor defenda o direito fundamental tutelado, por tratar-se de preceito constitucional (lei nacional) que se impõe à ordem jurídica central ou regional (*in dubio pro natura*). Assim, o princípio *in dubio pro natura* deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isto significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, a escolha deve recair sobre a interpretação mais favorável ao meio ambiente. Fica assim solucionado o conflito em função da maior restritividade da legislação federal ou estadual, caso não se possa distinguir com clareza que se trata de normas específicas ou gerais [...]. Assim, teleologicamente, assegura-se a possibilidade de norma estadual estabelecer proibições, onde a lei federal permita, bem como que a lei federal estabeleça patamares mínimos de proteção ambiental a serem observados em todo o País, dando-se efetividade à proteção ambiental e ao desenvolvimento auto-sustentável” (FARIAS, 1999, p. 356).

⁸“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LIMINAR. OBRA OU ATIVIDADE POTENCIALMENTE LESIVA AO MEIO AMBIENTE. ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL. Diante dos amplos termos do inc. IV do par. 1. do art. 225 da Carta Federal, revela-se juridicamente relevante a tese de inconstitucionalidade da norma estadual que dispensa o estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais. Mesmo que se admitisse a possibilidade de tal restrição, a lei que poderia viabilizá-la estaria inserida na competência do legislador federal, já que a este cabe disciplinar, através de normas gerais, a conservação da natureza e a proteção do meio ambiente (art. 24, inc. VI, da CF), não sendo possível, ademais, cogitar-se da competência legislativa a que se refere o par. 3. do art. 24 da Carta Federal, já que esta busca suprir lacunas normativas para atender a peculiaridades locais, ausentes na espécie. Medida liminar deferida” (BRASIL, 1994, P 42.279). Posteriormente confirmada no mérito: STF, Pleno, v.u., ADI 1.086/SC, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 7/7/2001, DJU 10/8/2001, p. 2.

com a ingerência, por exemplo, em serviços públicos mantidos pelo ente que editou a norma geral, quando não alguma privativa (ADPF-MC 316).⁹

Por isso, ainda que se defenda que a finalidade do *in dubio pro natura* sob o argumento de ser melhor errar procurando defender o meio ambiente do que correr riscos ambientais em favor de interesses particulares (RIOS, 2002, p. 50), raramente se perseguirão apenas interesses particulares, havendo outros direitos humanos envolvidos. Assim, corre-se o risco de errar em detrimento de outros direitos fundamentais, sendo maniqueísmo simplório achar que de um lado está o meio ambiente e de outro apenas interesses particulares.

Ademais, conferir primazia ao meio ambiente em detrimento de outros direitos igualmente constitucionais e/ou fundamentais é inequivocamente um grave equívoco hermenêutico que mesmo um jurista ambiental deve evitar.

Canotilho (2013a, p. 283) evita a radicalização dicotômica ao doutrinar que, no plano estritamente hermenêutico-constitucional, deve-se partir do ponto heurístico de que as normas constitucionais “devem interpretar-se sob reserva de outras normas constitucionais colidentes.” Depois de ressaltar que a Constituição “não elege qualquer um dos direitos nela consagrados a ‘direito fundamental supremo’”, não sendo “possível demonstrar que um direito é supremo relativamente a outro em qualquer condição ou circunstância”, doutrina o jurista português: “não basta proclamar a jusfundamentalidade própria do direito ao ambiente do direito à saúde ou do direito à qualidade de vida para, sem qualquer esforço de argumentação e de ponderação, proclamar o seu caráter preferente e absoluto” (CANOTILHO, 2013b, p. 37). Não pode haver princípios absolutos, com sacrifícios de outros igualmente previstos na Constituição, sob pena de ofensa ao princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição (CANOTILHO, 2013c, p. 1.182-1.183).

Com precisão ímpar, Ingo Sarlet e Fensterseifer (2013, p. 86) lecionam:

É nesse cenário que se insere a discussão a respeito da prevalência ou não da legislação que conferir maior proteção ambiental. Em primeiro

⁹ “[...] SERVIÇOS PORTUÁRIOS E REGIME DOS PORTOS – ARTIGOS 21, INCISO XII, ALÍNEA “F”, E 22, INCISO X, DA CARTA DA REPÚBLICA – COMPETÊNCIA MATERIAL E LEGISLATIVA DA UNIÃO – LEI MUNICIPAL RESTRITIVA – VIOLAÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – PACTO FEDERATIVO. De início, surge contrário ao preceito fundamental da Federação lei municipal restritiva de operações comerciais em área portuária ante a competência da União para, privativamente, legislar sobre o regime dos portos e explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, tais atividades. Liminar referendada.” (BRASIL, 2014c).

lugar, é importante assinalar a necessidade de racionalização do debate, haja vista que qualquer propensão a uma análise “fundamentalista” da questão, com o intuito de assinalar uma prevalência absoluta à norma ambiental mais protetiva, estará em confronto com o nosso sistema constitucional, tendo em conta especialmente que não há como se afirmar a prevalência de determinados direitos (mesmo em se tratando de direitos fundamentais) de forma abstrata, sem a devida contextualização e análise concreta, até porque o direito ao ambiente sadio e equilibrado não é o único direito constitucional que a assume a condição de direito (e dever) fundamental.

Por isso, é salutar o escólio de Andreas J. Krell (2005, p. 196), para quem “em caso de conflito entre normas municipais, estaduais e federais sobre o mesmo assunto ligado à proteção ambiental, não existe um ‘princípio’ universal da prevalência da norma mais restritiva (mais protetora); cada caso deve ser resolvido na base do sistema constitucional de competências.” Cita que na Constituinte “foram rejeitadas várias propostas que tiveram por objetivo fazer vigorar sempre o dispositivo legal ‘que mais proteja o meio ambiente’, não importando se ele fosse federal, estadual ou municipal” (2005, p. 183).

A busca dos critérios de prevalência tem que ocorrer nas normas do sistema constitucional de competências, não em normas que não pertençam a ele, como em constituições estaduais e leis em geral. Mesmo que se deseje um contínuo implemento dos direitos fundamentais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ainda há a concorrência dos demais direitos fundamentais, impossibilitando uma visão apriorística.

5. Competência administrativa em matéria ambiental

A competência administrativa em matéria ambiental engloba tanto a atividade autorizativa em sentido amplo (licenciamento e autorização ambientais), quanto a atividade de fiscalização.

Indubitavelmente, o ponto mais profícuo para conflitos ambientais são as questões de competência administrativa em matéria ambiental, tanto para licenciar/autorizar, quanto para fiscalizar. Por isso, é fundamental compreender os diversos critérios que guiam a resolução desses problemas relacionados à competência, superando mitos e má compreensão da matéria.

A primeira questão é a de como se exerce a competência comum ambiental. Para tanto, será analisada primeiro a questão em relação à fiscalização, depois em relação ao licenciamento ambiental, que engloba outras autorizações ambientais.

5.1. A competência comum na fiscalização ambiental: princípio da subsidiariedade e benefício de ordem

Havendo competência comum para proteger o meio ambiente (CF, art. 23), criou-se um mito de que as três esferas federativas tinham dever de tutelar o bem protegido, sem qualquer “benefício de ordem” entre elas. Dessa forma, qualquer uma das três (União, Estado ou Município) podia ser provocada para promover a fiscalização ambiental, ficando ao exclusivo talante do intérprete a escolha de qual delas.

Esse mito nasceu de uma compreensão singela da competência comum: a de que ela sendo comum, não haveria que falar num “benefício de ordem” entre os entes, ou mesmo exclusividade, desprezando o princípio da subsidiariedade do direito público e a concepção do federalismo cooperativo, violando noções elementares de razoabilidade e eficiência.

O federalismo cooperativo tem em mira evitar a sobreposição inútil e dispendiosa da atuação dos entes estatais, como doutrina Luís Roberto Barroso (2003, p. 128). O federalismo cooperativo trabalha com coordenação entre os entes políticos, sendo pautado por uma racionalidade que visa evitar o desperdício dos escassos recursos estatais. Logo após a promulgação da Constituição de 1988, Leonardo Greco (1992, p. 140) já lecionava que nessa “área de administração comum não deve estar sujeita a desperdício de esforços e à superposição de atividades, muito menos ao entrecroque de ações administrativas de órgãos entre si autônomos, mas que todos, sob a égide da lei, devem agir de maneira harmoniosa e cooperativa”.

As competências comuns, sob essa ótica cooperativa, devem ser regulamentadas no caso pela LC nº 140/2011, mas isso não signifi-

fica que não possa haver sobreposição ou atuações descoordenadas, gerando desperdício de conhecimento acumulado, deslocamentos desnecessários, atropelando o planejamento da política pública de fiscalização do órgão ambiental por uma visão desvirtuada das competências administrativas comuns.

Entender que todos os entes devem fiscalizar ao mesmo tempo ou independentemente de qualquer benefício de ordem constitui equívoco não apenas pelo completo desprestígio do legislador – que também aplica e interpreta a Constituição, de forma bem mais contundente do que a doutrina –, mas também porque imobiliza e torna absoluta uma determinada exegese constitucional, o que nem o próprio STF admite, uma vez que reconhece a possibilidade de que sobrevenha lei em sentido contrário à sua interpretação sobre determinado preceito constitucional.¹⁰

¹⁰ “Em diversas ocasiões [ADIs 152/MG, 122/DF e 2.253/ES], o Supremo havia fixado a interpretação de que a expressão ‘funções de magistério’, prevista no § 5º do artigo 40 da Constituição Federal, para efeito de cômputo de tempo de aposentadoria especial relativa à carreira de professor, deveria ser compreendida estritamente como ‘funções de docência exercidas em sala de aula’. O Tribunal chegou a editar o Verbete nº 726 da Súmula, estampado que, ‘para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora de sala de aula’. Assim, o profissional ‘professor’ não poderia contar, para a aposentadoria especial da carreira, o tempo de atividade de caráter administrativo na área de educação, como a atividade de diretor de escola ou de coordenador escolar, sendo válido apenas o tempo de ensino propriamente dito – em sala de aula.

Essa orientação foi posteriormente desafiada pela Lei nº 11.301, de 2006, segundo a qual ‘funções de magistério’, para efeito de concessão de aposentadoria especial aos professores, deveriam ser compreendidas como as ‘exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas’, incluídas, ‘além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico’. Ao expandir o sentido da expressão constitucional ‘funções de magistério’ para alcançar ‘serviços educacionais prestados fora de sala de aula’ – direção, coordenação e assessoramento pedagógico –, o legislador ordinário, a toda evidência, procurou reverter a interpretação constitucional anteriormente consolidada pelo Supremo.

A lei foi impugnada por meio da citada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772. O autor – Procurador-

Frise-se, em primeiro lugar, que nem mesmo exegese do STF existe no sentido de que todos os entes precisam fazer tudo ao mesmo tempo ou independentemente de qualquer ordem.

Ademais, falta uma exegese firme do STF no sentido de que o artigo 23, parágrafo único, da Constituição, vedaria uma regulamentação racionalizadora, o que parece não ser o caso. O que existe é a ADI 2.544, a qual decidiu que a “inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas”. Em outras palavras, a jurisprudência do Supremo está longe de impor ou admitir que mais entidades realizando a mesma tarefa estejam mais afinadas com o âmbito da competência comum. O que os entes não podem é deixar de cumprir os encargos constitucionais de proteção constantes da competência comum para “descarregá-los ilimitadamente sobre os Municípios.”¹¹ A LC nº 140/2011 não fez isso em momento algum; apenas regulou a eventual sobreposição, tornando prevalente o entendimento do ente licenciador ou autorizador.

Mesmo que não se admita que a LC nº 140/2011 seja plenamente compatível com a exegese que o STF tinha do dispositivo consti-

tucional, ainda resta a possibilidade de o legislador desenvolver e concretizar a Constituição, exatamente como deve ocorrer em uma democracia real, como bem lembrou o Min. Marco Aurélio no MS 32.033/DF.

Desde a década de 90, o Decreto nº 99.274/1990 (art. 21) estipula que cabe ao Ibama, em caráter supletivo à atuação dos órgãos seccionais estaduais e dos órgãos locais, a fiscalização e o controle da aplicação de critérios, normas e padrões de qualidade ambiental do licenciamento ambiental, não sendo exatamente novidade a atuação supletiva em matéria de fiscalização.

A LC nº 140/2011, ao reconhecer a competência comum para fiscalizar (art. 17, § 3º), preceitua que compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização fiscalizar eventuais infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada (art. 17, *caput*). Estabelece uma prevalência, que de forma alguma aniquila a capacidade fiscalizatória dos outros entes, mas impõe um benefício de ordem na fiscalização ambiental.

Esse benefício de ordem não exclui a iniciativa do próprio órgão ambiental para fiscalizar o que estiver em seu planejamento, caso em que haveria uma supressão da competência comum para fiscalizar não autorizada nem mesmo pela prevalência do entendimento do órgão licenciador ou autorizador (art. 17, § 3º).

No sistema da LC nº 140/2011, previram-se duas formas de subsidiariedade na atuação dos entes públicos: uma de forma categórica, em relação licenciamento ambiental (art. 15), e a outra de forma menos incisiva, em relação à fiscalização (art. 17). Em uma das formas, a LC nº 140/2011 excluiu apenas a intervenção decisória de outros entes, mantendo a tomada de decisão em único nível (art. 13), mas não os alija do processo de licenciamento ambien-

-Geral da República – sustentou que a norma implicou inobservância aos precedentes do Supremo, inclusive ao Verbete nº 726. O Supremo recusou os argumentos e reconheceu a superação, mediante lei ordinária, da interpretação anterior do artigo 40, § 5º, da Carta Federal, modificando, ele mesmo, a orientação antecedente quanto ao tema. Entrou no debate sobre os significados constitucionais com o legislador ordinário e *permitiu que a Constituição fosse desenvolvida e concretizada também na arena parlamentar, exatamente como deve ocorrer em uma democracia real*” (BRASIL, 2014a, p. 246-247, grifo do autor).

¹¹ STF, Pleno, m.v., ADI 2.544/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 28/6/2006, DJU 17/11/2006, p. 47.

tal (art. 13, § 1º) (MILARÉ, 2014, p. 807); na outra, apenas manteve a prevalência do órgão responsável pelo licenciamento (art. 17, § 3º), mas também não admitiu a autuação, no sentido de cobrança, por mais de um ente ou a prevalência sobre o posicionamento do ente responsável pelo licenciamento ou autorização ambientais (OJN 49/2013/PFE-IBAMA/PGF/AGU, itens 27-28; FARIAS, 2013, p. 127; TEIZEN, 2014, p. 187).

No fundo, ambas as soluções da LC nº 140/2011 se equiparam, uma vez que garantem a participação dos demais entes no licenciamento ambiental e possibilitam a fiscalização ambiental por todos, embora com regra de prevalência.

No plano da fiscalização, a LC nº 140/2011 vai além, ao prever que existe uma solidariedade cautelar para proteger o meio ambiente (art. 17, § 2º), embora mantenha a competência do órgão competente:

Nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato deverá determinar medidas para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis. (BRASIL, 2011)

Mesmo em se tratando de atividades não licenciáveis ou autorizáveis, deve-se buscar ao máximo a aplicação do princípio da subsidiariedade: que o ente público que tenha a estrutura mais próxima cuide do assunto, somente passando para os de maior abrangência territorial, e com a estrutura mais distante, quando o de menor não conseguir desincumbir-se do encargo. Isso não significa que haveria uma vedação à fiscalização ambiental por entes menos próximo, mas apenas que, em termos de dever, existe uma espécie de benefício de ordem.

Um dos pilares do federalismo democrático, o princípio da subsidiariedade (institucional), tem como ideia central a de que apenas “quando ao nível inferior não seja possível a realização de determinada ação, de igual ou melhor forma, é que o nível superior deve receber a competência para agir” (ZIMMERMANN, 2005, p. 201).

O princípio da subsidiariedade pode ser aplicado nas relações entre estado e sociedade (estatal) e nas relações intergovernamentais (institucional) (TORRES, 2001, p. 123). Na sua vertente institucional, especialmente em relação à fiscalização ambiental, deve-se priorizar a fiscalização pelas pontas, pela estrutura administrativa mais próxima da infração. Conseqüentemente, a União não deve assumir competências que podem ser exercidas de forma mais eficiente pelos Estados, e estes, por sua vez, não devem fazer aquilo que pode ser executado pelo Município, evitando-se, dessa forma, a sobreposição de funções, com desperdício

de recursos estatais, prestigiando-se a eficiência e a economicidade. Por isso, Augusto Zimmermann (2005, p. 204) aduz que o princípio da subsidiariedade acarreta a justificável preocupação em “conferir à União apenas aquelas competências que não possam ser reservadas aos Estados, ou mais preferencialmente aos próprios Municípios”.

No Peru, Iván Lanegra Quispe (2008, p. 93), depois de recordar que é um princípio fundamental da organização estatal evitar a existência de duas ou mais entidades com a mesma função, “pois isso implicaria em uma duplicidade que gera, de um lado, desperdício de recursos e, de outro, do administrado, introduz elemento de incerteza que pode resultar em relevantes custos privados e sociais”, doutrinou que a distribuição vertical de competências em matéria ambiental centra-se em dois critérios: o princípio da subsidiariedade e do rigor subsidiário. Pelo princípio da subsidiariedade,

a função ambiental específica deve ser desenvolvida pelo nível de governo mais próximo da população, portanto, o governo nacional não deve assumir competências que podem ser cumpridas mais eficientemente pelos governos estaduais, e estes, por sua vez, não devem fazer aquilo que pode ser executado pelos governos municipais, evitando-se a duplicidade e superposição de funções. (QUISPE, 2008, p. 96-97)

Nem se argumente que quanto mais órgãos ambientais fiscalizando, ou autorizando, o mesmo objeto, melhor para o meio ambiente. O argumento é falacioso porque ignora que uma atuação desordenada, com sobreposições, gera uma deficiência na proteção ambiental, uma vez que há perda de eficiência. Dois órgãos protegendo ambientalmente o mesmo objeto impossibilita que um deles possa fiscalizar outro ainda não fiscalizado, diminuindo a amplitude da proteção ambiental. Ademais, haveria ainda mais ineficiência porque a probabilidade de existirem conflitos entre os órgãos ambientais aumentaria, gerando um dispêndio de energia para resolver esses conflitos, o qual que poderia ser utilizado na fiscalização ou autorizações ambientais em si.

Por isso, doutrina-se que a definição de competência é uma boa política para evitar sobreposições e conflitos entre os órgãos de fiscalização ambiental (LORENZETTI, 2010, p. 114). A definição de competências administrativas ambientais é, então, fundamental para evitar desperdício de capacidade estatal para fiscalizar o meio ambiente.

Não há alijamento de competência. A subsidiariedade nada mais é do que o substrato organizativo do federalismo, sendo-lhe imanente e estando incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 23 da CF (competências comuns), por exemplo (TORRES, 2001, p. 212 e 242).

As competências dos órgãos e entidades públicas nada mais são do que poderes, poderes-deveres, mas deveres a serem exercidos em certa ordem, sem saltos, mantendo a coerência federativa.

De forma alguma isso significa que os entes estatais não possam fiscalizar fora de suas atribuições autorizativas em sentido amplo (licenciamento ou autorização ambientais), embora devam concentrar-se em suas funções primárias, como destacado pela OJN 49/2013/PFE-IBAMA/PGF/AGU:

Sabe-se que a competência comum não pode ser exercitada com base em um postulado puro e rígido de divisão, mas deve, ao contrário, pressupor um certo grau de concorrência entre as entidades federativas, para garantir a real proteção ambiental. Tal máxima é absolutamente compatível com o estabelecimento de um mecanismo de ordenação inicial entre os entes, não rigidamente fechado (sistema de preferências), com a definição de um método para evitar a multiplicidade de autos de infração referentes ao mesmo ilícito, impondo-se o aproveitamento dos atos já realizados no primeiro auto de infração lavrado. [...]

De qualquer forma, mesmo após se concluir pela necessidade de prevalência do auto de infração lavrado em primeiro lugar, quando inexistente licença expedida, não custa reafirmar a conveniência de se respeitar, em princípio, e de se atender, quando possível, as atribuições primárias de cada ente. Essa sistemática de atuação em cooperação, respeitando-se a delimitação e focando-se no direcionamento da atividade fiscalizatória, foi desejada pelo legislador e não deve ser desconsiderada. (BRASIL, 2013b)¹²

Mas essa faculdade de fiscalizar dentro de sua esfera discricionária não pode transformar-se em um dever de fiscalizar o que lhe for pedido, administrativa ou judicialmente, sem que haja um benefício de ordem. Isso traria uma irresponsabilidade pública na federação e transformaria a competência comum em competência do que foi primeiro demanda-

¹²Dentro da discricionariedade para fiscalizar atividades lesivas ao meio ambiente, deve ser destacado que existe um interesse nacional para fiscalizar algumas atividades, uma vez que o Estado brasileiro precisa cumprir metas acordadas no plano internacional, o que de forma alguma se traduz em alguma exclusividade. A OJN 49/2013/PFE-IBAMA/PGF/AGU sintetizou esse tipo de questão ao destacar o desmatamento na Amazônia: “61. De outro modo, sabe-se existirem situações que, por certas especificidades, demandam atuação concreta do órgão que se encontra em fiscalização em campo, ainda que não seja esse o ente licenciador. Há operações incluídas em planos de fiscalização, já em processo de realização, que contemplam, de forma racional e eficiente, vários empreendimentos e atividades, cuja regularidade ambiental será apurada em grupo. Em tais casos, haverá razão operacional que justifique uma atuação imediata, mesmo porque a efetividade da ação poderá ser útil aos fins da operação como um todo. Perceba-se que em tais operações, previamente planejadas, há toda uma logística de atuação, que garante resultado e concretização dos objetivos buscados, a partir de uma estrutura pré-montada. Ademais, por se incluir no planejamento da entidade, como é exemplo concreto para o Ibama o combate ao desmatamento na Região Amazônica Brasileira, presume-se a alta relevância de ordem nacional da sua plena realização pelo órgão dela incumbido”.

do, o que fere o senso do federalismo lastreado no princípio da subsidiariedade.

Nem mesmo a eventual atuação fiscalizatória do ente federativo, quando de sua competência não prevalente, atrairá automaticamente a sua competência para ações fora da esfera administrativa, como as cabíveis na esfera cível, como ações civis públicas ou populares.

A própria Portaria Conjunta nº 2, de 26 de agosto de 2014 (BRASIL, 2014b), assinada pelo Ibama e pela AGU (PFE-IBAMA/PGF/AGU), encampa tal entendimento, ao preceituar em seu artigo 2º que o ajuizamento das ações civis públicas ambientais visará à atuação prioritária da autarquia e naquele decorrente do planejamento.¹³ Em uma das *consideranda* de tal portaria conjunta, tal questão fica ainda mais clara:

Considerando a necessidade de planejamento da propositura de ações civis públicas pelo IBAMA de modo a conformar sua atuação institucional com os comandos normativos contidos na Lei Complementar n. 140/2011 e na Lei n. 12.651/2012, buscando uma priorização na propositura de ações relacionadas às competências administrativas prevalentes da Autarquia, sem prejuízo da atuação supletiva dirigida a questões julgadas mais relevantes segundo planejamentos nacional e local da Autarquia;

O caso das APPs é ilustrativo quanto a esse ponto. O licenciamento ou autorização nas

¹³ “Art. 2º. A autorização para propositura de ações civis públicas relacionadas à atuação finalística do IBAMA, a cargo da PFE-IBAMA, nos termos da Portaria PGF nº 530/2007 e da Ordem de Serviço PGF nº 02/2007, deverá observar as seguintes diretrizes: I – atuação prioritária nas medidas de reparação de danos decorrentes da competência administrativa prevalente da Autarquia de que trata o art. 7º da Lei Complementar nº 140/2011; II – medidas de reparação de danos decorrentes da competência administrativa supletiva de que trata o art. 17, §§ 2º e 3º, da Lei Complementar nº 140/2011, conforme planejamento conjunto firmado entre PFE-IBAMA-UF e Divisão Técnica – DITEC.”

hipóteses cabíveis para ocupação nas áreas de preservação permanente, consoante a LC nº 140/2011 (art. 8º, XIV e XVI), o novo Código Florestal (arts. 7º, 8º e 26) e a Resolução do Conama nº 369 (art. 4º, § 1º), competem ao Estado-membro, assim como a fiscalização das autorizações e como, por óbvio, a fiscalização das ocupações quando não autorizadas, por força do disposto no artigo 17 da LC nº 140/2011.

5.2. Licenciamento único, sobreposto/múltiplo e o integrado/complexo

No Brasil, o licenciamento ambiental é único, isto é, praticado por apenas um ente da federação. A LC nº 140/2011 é categórica em preceituar “os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo” (art. 13, *caput*).

Isso não é novidade alguma em nosso ordenamento jurídico, uma vez que a Resolução do Conama nº 237/1997 estipulava que “os empreendimentos e atividades serão licenciados em um único nível de competência” (art. 7º). Tal critério legal é endossado pela doutrina majoritária (FARIAS, 2013, p. 119-120; FIGUEIREDO, 2012, p. 236; MACIEL, 2010), que repugna o licenciamento ambiental simultâneo (SILVA, 2012).

Houve muita resistência doutrinária quando a Lei nº 7.804/1989 alterou o § 4º do artigo 10 da Lei nº 6.938/1981 para atribuir competência ao órgão federal de licenciar atividades e obras de significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, principalmente porque o *caput* do artigo 10 ainda mencionava licenciamento por órgão estadual competente, o que foi solucionado com a mudança de sua redação pela LC nº 140/2011 (art. 20). Na antiga redação do § 4º do artigo 10, o critério para o licenciamento ambiental era tipológico:

o Executivo Federal somente licenciaria “polos petroquímicos e cloroquímicos, bem como instalações nucleares e outras definidas em lei”.

Essa crítica durou anos e perdurou durante a vigência do artigo 7º da Resolução do Conama nº 237/1997, que trouxe segurança jurídica, eficiência, economicidade e racionalidade ao prever o licenciamento ambiental em um único nível.

Reflexo disso é o antigo posicionamento de 2004 da PGE-RJ que, ao reconhecer a recepção da Lei nº 6.938/1981 pela CF, aduziu¹⁴ que a nova redação do § 4º do artigo 10 não afastou a competência dos demais entes de direito público interno para o licenciamento ambiental prévio.¹⁵

A regra do licenciamento por único ente prestigia o princípio da segurança jurídica, o da eficiência (CF, art. 37, *caput*) e o da economicidade (CF, art. 70), e já constava da Resolução do Conama nº 237/1997 (art. 7º).¹⁶

Como destacou a PGE-RJ, ao reverter o seu posicionamento de 2004 e criticar o licenciamento conduzido por dois ou mais entes ao mesmo tempo, “não seria razoável que isso ocorresse, tanto pela excessiva burocracia imposta aos empreendedores, como pelos altos custos, e ainda, pela possibilidade de procedimentos e decisões conflitantes” (OLIVEIRA, 2007, p. 451).¹⁷ Ao aprovar esse entendimento, o Subprocurador do Estado destacou:

No entanto, procurar na expressão em destaque a autorização legislativa para a possibilidade de cumulação de exigências de licenciamento ambiental é negar sentido lógico à própria exigência de um dispositivo que reparte competências (com efeito, por que repartir se tudo pode, ao fim e ao cabo, ser exigido por todos ao mesmo tempo?). Ademais, não haveria também qualquer sentido em se falar na existência de um “sistema” onde todos podem atuar ao mesmo tempo e na mesma intensidade. [...]

¹⁴Na esteira da doutrina de Édís Milaré, Paulo Affonso Leme Machado e Paulo de Bessa Antunes.

¹⁵“[...] 23. Verifica-se, pois, que no caso de obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, ao lado do licenciamento ambiental prévio pelos órgãos competentes estaduais (tantos quantos sejam os entes federados atingidos), obrigatório será o licenciamento do Ibama” (Parecer 01/2004, aprovado pelo Procurador-Geral da PGE-RJ, em 01/03/2004, nos autos do PA no E-14/ 1022/2004, *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, nº 58, Rio de Janeiro: PGE-RJ, 2004, p. 313 e 315). O Procurador-Geral da PGE-RJ foi categórico ao aprovar o parecer: “Ainda de acordo com o parecer ora aprovado, o empreendimento depende não apenas da licença expedida pelo órgão ambiental federal, mas também, da aprovação pelo órgão ambiental estadual, afigurando-se inconstitucional e ilegal a restrição constante dos arts. 4º e 7º da Resolução CONAMA nº 237/97. [...] A eventual concessão de licença por parte do IBAMA não é suficiente para, por si só, autorizar a construção de novo oleoduto [...], vez que não exclui a necessidade de licenciamento pelo órgão estadual” (SILVA, 2004, p. 317-318).

¹⁶Guilherme Purvin aduz que há grande prejuízo para a Administração Pública e ao próprio regime federativo na realização do licenciamento por mais de uma esfera federativa (licenciamento dúplice ou tríplice) (FIGUEIREDO, 2009, p. 146).

¹⁷No mesmo sentido: D’OLIVEIRA, 2006, p. 289.

Ora, esquecem-se os defensores de tal tese, com as vênias de praxe, que ela abre espaço não para a mera “duplicidade” mas sim para a multiplicidade de licenciamentos ambientais. Tome-se, por exemplo, o licenciamento de um oleoduto, ou de uma linha de transmissão que cruze dois estados. Para quem defende a possibilidade de licenciamento ambiental cumulativo este empreendimento deveria se sujeitar a três licenças ambientais (duas estaduais e uma federal). [...]

Se o quadro acima traçado já tem todos os contornos da obra de Kafka lembre-se que, para os que admitem que o município é um dos entes licenciadores, teríamos ainda o possível licenciamento ambiental por parte de todos os municípios por onde o duto ou a linha de transmissão passarão. (OLIVEIRA, 2007, p. 451)

Abstraindo a irracionalidade, é ilusória a ideia de que mais órgãos licenciamento a mesma atividade seja benéfico ao meio ambiente. A proteção múltipla prevista em nosso sistema federativo “tem a desvantagem de ser o cerne de conflitos e de superposição de jurisdições, competências e atribuições que oneram, retardam e por vezes dificultam e mesmo inviabilizam a efetividade da proteção ao meio ambiente e à qualidade de vida” (YOSHIDA, 2010, p. 222).

O licenciamento ambiental único, efetuado por um só órgão licenciador não é apenas um capricho legal, mas funda-se na eficiência e na melhor proteção do meio ambiente. Não faria sentido que se duplicassem ou triplicassem os esforços para licenciar o mesmo empreendimento, com comprometimento dos escassos recursos humanos e materiais estatais, se o licenciamento por um só ente é suficiente para proteger o meio ambiente.

Ademais, esse desperdício de recursos humanos e materiais significa que o meio ambiente ficará, em outras frentes, desprotegido pela ausência de Estado para fiscalizar e/ou operar os diversos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. Defendemos que o licenciamento único já “podia ser inferido da própria Constituição da República, a partir de uma interpretação buscando maior efetividade do instrumento” (FARIAS, 2013, p. 119-120). Como destacou Marcela Maciel (2010), não é razoável “o entendimento de que o licenciamento ambiental possa se dar de forma dúplice e até tríplice, com evidente desperdício de esforços e contrariamente à necessidade de atuação integrada dos entes federativos.”

A existência de dois órgãos licenciando a mesma atividade seria um desperdício dos escassos recursos públicos, acarretando ainda insegurança jurídica e abonando visão distorcida do modelo federativo (CF, art. 23). O federalismo cooperativo tem em mira evitar a sobreposição inútil e dispendiosa da atuação dos entes estatais, como doutrina Luís Roberto Barroso (2003, p. 128). Não se pode deixar que o orgulho dou-

trinário passe por cima da racionalidade do federalismo cooperativo e dos escassos recursos estatais.

Diferentemente do licenciamento único, no licenciamento múltiplo ou sobreposto¹⁸ há mais de um ente licenciando o mesmo empreendimento ou atividade, gerando, consequentemente, uma atividade paralela e descoordenada dos órgãos licenciadores.

A Resolução do Conama nº 6/1987, ao tratar o licenciamento ambiental de geração de energia elétrica, prevê um licenciamento sobreposto, embora estipule que “os órgãos estaduais deverão manter entendimento prévio no sentido de, na medida do possível, uniformizar as exigências”, sob supervisão do Ibama (art. 2º).

Ao contrário do que deixa entrever a sua ementa, esse tipo de licenciamento não foi encampado pelo STJ no REsp 588.022/SC.¹⁹ No

¹⁸ Também denominado licenciamento *dúplice* ou *tríplice*.

¹⁹ “ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESASSOREAMENTO DO RIO ITAJAÍ- AÇU. LICENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DO IBAMA. INTERESSE NACIONAL. 1. Existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados e, nesse caso, pode até haver duplicidade de licenciamento. 2. O confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios do direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da terra. O seu objetivo central é proteger patrimônio pertencente às presentes e futuras gerações. 3. Não merece relevo a discussão sobre ser o Rio Itajaí-Açu estadual ou federal. A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais. A preocupação que motiva a presente causa não é unicamente o rio, mas, principalmente, o mar territorial afetado. O impacto será considerável sobre o ecossistema marinho, o qual receberá milhões de toneladas de detritos. 4. Está diretamente afetada pelas obras de dragagem do Rio Itajaí-Açu toda a zona costeira e o mar territorial, impondo-se a participação do IBAMA e a necessidade de prévios EIA/RIMA. A atividade do órgão estadual, *in casu*, a FATMA, é supletiva. Somente o estudo e o acompanhamento aprofundado da questão, através dos órgãos ambientais públicos e privados, poderá aferir quais os contornos do impacto causado pelas dragagens no rio, pelo depósito dos detritos no mar, bem como, so-

caso em questão, embora o voto do relator tenha citado a doutrina de Paulo Affonso Leme Machado – para quem a competência prevista pela Lei nº 7.804/1989, que modificou o § 4º do artigo 10 da Lei nº 6.938/1981,²⁰ não excluiu a do Estado-membro, ou seja, a do duplo licenciamento –, a decisão foi simplesmente admitir a competência do Ibama (União) para licenciar a obra em questão.

A leitura apressada desse precedente gerou mal-entendidos na jurisprudência, ao criar uma espécie de licenciamento ambiental (conjunto, integrado ou complexo) na qual vários entes trabalhavam juntos em um mesmo processo administrativo. Exemplo clássico desse equívoco ocorreu no caso do Rodoanel, no Estado de São Paulo, quando o TRF da 3ª Região homologou acordo que criou o licenciamento ambiental complexo.²¹

Também não foi o decidido pelo STJ no mais recente REsp 1.245.149/MS. Apenas, de passagem, constou do voto a possibilidade de o licenciamento, “conforme a natureza do empreendimento, obra ou atividade, ser realizada, conjunta ou isoladamente, pela União, Distrito Federal e Municípios” (BRASIL, 2013a). No entanto, essa não foi a questão decidida e nem fundamento dela, sendo apenas um *obiter dictum*, não constituindo em precedente da Corte.

O licenciamento conjunto, integrado ou complexo ocorre quando mais de um ente efe-

bre as correntes marítimas, sobre a orla litorânea, sobre os mangues, sobre as praias, e, enfim, sobre o homem que vive e depende do rio, do mar e do mangue nessa região. 5. Recursos especiais improvidos” (BRASIL, 2004, p. 217).

²⁰ O § 4º do artigo 10 da Lei nº 6.938/1981 foi alterado para prever a competência do Ibama para licenciar atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, antes restrita a polos petroquímicos e cloroquímicos, bem como a instalações nucleares e outras definidas em lei.

²¹ TRF da 3ª Região, 6ª T., v.u., AC 0025724-15.2003.4.03.6100 (Ac. 990253), rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, j. em 9/3/2005, DJU 22/3/2005.

tua o mesmo licenciamento ambiental, sendo a condução compartilhada ou coordenada por algum dos entes envolvidos.

Essa foi a solução proposta por Édis Milaré para a futura legislação (hoje a LC nº 140/2011), por entender que a atribuição para um único ente licenciar seria inconstitucional por ferir a ampla competência licenciatória.²² Como visto anteriormente, quando se fala da competência comum para fiscalizar, o pressuposto desse entendimento (violação a competência comum) não existe.

Sob a sombra da ementa equivocada do REsp 588.022/SC, o TRF da 3ª Região entendeu que é mais eficiente, com menor dispêndio de tempo e menores custos, o licenciamento efetuado ao mesmo tempo por vários entes.²³ O raciocínio estaria perfeito se o licenciamento sobreposto ou múltiplo realmente fosse possível, tal como citado no voto do Min. José Delgado, mas a premissa é falsa e o que se criou foi um licenciamento mais caro, lento e custoso.

De qualquer forma, no artigo 13 da LC nº 140/2011 optou-se pelo licenciamento único, com manifestação meramente opinativa de outros órgãos, o que põe em xeque a competência, por exemplo, da autorização de licenciamento ambiental do órgão gestor da unidade de conservação, expedida com base na Lei do SNUC (art. 36, § 3º),²⁴ nos casos de empreendimentos com significativo impacto ambiental.

²² “*De lege ferenda*, a superação dessas dificuldades passa pela adoção de um licenciamento único, de caráter complexo, do qual participem, de forma integrada, os órgãos das diferentes esferas federativas interessadas” (MILARÉ, 2009, p. 430).

²³ “CONSTITUCIONAL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RODOANEL MÁRIO COVAS (TRECHOS NORTE, SUL E LESTE). IMPACTO NO MEIO AMBIENTE. ÂMBITO NACIONAL E REGIONAL. LICENCIAMENTO AMBIENTAL COMPLEXO. PROCEDIMENTO ÚNICO. EFETIVA INTEGRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DAS ESFERAS FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL. VIABILIDADE. MENOR DISPÊNDIO DE TEMPO E MENORES CUSTOS. PROPOSTA DE CONCILIAÇÃO. AQUIESCÊNCIA DAS PARTES. PRESERVAÇÃO DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS, DA ESTRUTURA FEDERATIVA E DA PROTEÇÃO AMBIENTAL NO INTERESSE DA COLETIVIDADE. HOMOLOGAÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO. [...] 3. Trata-se de pioneira e histórica experiência de licenciamento ambiental que, embora processado num único e mesmo nível, sintetizará a participação efetiva e integrada das esferas federal, estadual e também municipal, no que couber, resultando em licenças ambientais como atos complexos de natureza jurídica constitucional, lastreadas no art. 225 combinado com o art. 23, VI, VII e parágrafo único da Constituição Federal. 4. Esta forma de licenciamento ambiental complexo alcança resultado prático equivalente ao do duplo ou múltiplo licenciamento ambiental, com vantagens de menor dispêndio de tempo e menores custos. 5. Uma vez que as partes e demais interessados lograram êxito na implementação da conciliação, com a preservação do sistema constitucional de competências, da estrutura federativa e da proteção ambiental no interesse da coletividade, necessária se faz a homologação da composição celebrada para que produza seus regulares efeitos, nos termos do que dispõe o art. 269, III, do CPC. 6. Extinção do processo, com julgamento de mérito. Remessa oficial e apelações prejudicadas” (TRF da 3ª Região, 6ª T., v.u., AC 0025724-15.2003.4.03.6100 (Ac. 990.253), rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, j. em 9/3/2005, DJU 22/3/2005, grifo do autor).

²⁴ Registre-se que tramita no STF a ADI 5180, que contesta a constitucionalidade do artigo 36, § 3º, da Lei nº 9.985/2000, que exige autorização para licenciamento de empreendimentos de significativo impacto ambiental.

5.3. A mudança do critério pela LC nº 140/2011: abandono do critério de abrangência do impacto para delimitar a competência da União (Lei nº 6.938/1981, art. 10, § 4º, e Resolução do Conama nº 237/1997, art. 4º, *caput*)

A LC nº 140/2011 efetuou pequenas alterações nas disposições sobre competência previstas na Resolução do Conama nº 237/1997. Essas alterações, embora pontuais, trouxeram uma relevante consequência prática para a previsibilidade da identificação do órgão licenciador competente, ao abandonar o critério da abrangência do impacto.

Em primeiro lugar, alterou a competência para licenciar empreendimentos ou atividades localizados em unidades de conservação instituídas pela União, exceto áreas de proteção ambiental – APAs (art. 7º, XIV, *d*). Desse modo, a LC nº 140/2011 afastou-se da regra da Resolução do Conama nº 237/1997, que falava em domínio da União, o que podia trazer a questão da incompetência federal no caso de UCs sem regularização fundiária, e nada falava sobre as APAs, agora sujeitas a outros critérios que não os do ente instituidor (LC nº 140/2011, art. 12).

Em segundo lugar, a LC nº 140/2011 eliminou o critério de abrangência de impacto para delimitar a competência da União. O objetivo da tipologia prescrita no artigo 7º, XIV, *h*, da LC nº 140/2011,²⁵ é o de substituir o critério da abrangência do impacto, eliminando-o como um critério para aferição da competência do órgão licenciador. Para se evitarem as inter-

²⁵ “h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento” (BRASIL, 2011).

mináveis discussões e divergências sob a égide da Resolução do Conama nº 237/1997, a LC nº 140/2011 estabelece a tipologia, que é editada por ato do Executivo, considerando o porte, o potencial poluidor e a natureza da atividade ou empreendimento. Por isso, o § 4º do artigo 10 da Lei nº 6.938/1981²⁶ foi revogado expressamente pelo artigo 20 da LC nº 140/2011.

De acordo com a LC nº 140/2011, essa tipologia deve ser editada por ato do Poder Executivo (“tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo”) – por exemplo, Presidente da República ou Ministro do Meio Ambiente. Embora o Conama integre o Poder Executivo, ele não pode ter essa atribuição diante do atual cenário normativo. Não faz sentido atribuir a competência a um órgão, ao mesmo tempo em que lhe é garantida a participação no processo (“assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente”). Em outras palavras, se o órgão competente para estipular a tipologia fosse o Conama, a LC nº 140/2011 não precisaria garantir um membro dele na comissão tripartite, uma vez que a decisão seria sua.

A AGU, na OJN 33/2012/PFE-IBAMA/PGF/AGU, ressaltava a necessidade de se reconhecer essa mudança de paradigma,²⁷ aduzindo que “houve alterações no texto dos incisos, principalmente referente à definição de competência unicamente pela localização física do

²⁶ “Compete ao Instituto do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA o licenciamento previsto no *caput* deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional” (BRASIL, 1981).

²⁷ “Há que se ressaltar, assim, que totalmente revisto pelo legislador os critérios de regionalidade/nacionalidade dos impactos causados pela atividade licenciada, para atrair a competência do Ibama. Forçoso reconhecer a revogação, por incompatibilidade com Lei Complementar que lhe é superior, do critério genérico definido no *caput* do art. 4º da Resolução CONAMA n 237/1997, sendo que os seus incisos também não estão em perfeita consonância coma recém editada lei.”

empreendimento, não mais havendo que se cogitar da abrangência dos impactos diretos ou indiretos causados pela atividade.” Posteriormente à aprovação pela AGU e pelo Ibama da OJN 43/2012/PFE-IBAMA/PGF/AGU, manteve-se esse entendimento, o que fica claro no item *c* de sua conclusão:

III. Dispensa dos critérios da regionalidade e da nacionalidade dos impactos causados, para atrair a competência do Ibama. Revogação, por incompatibilidade com Lei Complementar que lhe é superior, do critério genérico definido no *caput* do art. 4º da Resolução CONAMA nº 237/1997. (BRASIL, 2012)

Em seu corpo, explicavam-se as razões de tal entendimento.²⁸ Dessa forma, é difícil sus-

²⁸ “Nesse sentido, o § 3º acima transcrito dá margem à interpretação de que, até serem estabelecidas as tipologias, os processos de licenciamento e autorização ambiental, iniciados a partir da data de 09/12/2011, devem ser conduzidos pelo órgão ambiental competente, de acordo com a legislação em vigor. Ou seja, a definição de competência obedecerá aos demais dispositivos da LC nº 140/2011, que é a norma legal atualmente vigente sobre o assunto. Portanto, ao Ibama competirá apenas licenciar, ordinariamente, os empreendimentos que atendam aos demais critérios previstos nas alíneas do inciso XIV do art. 7º daquela Lei. Em vista disso, é preciso reconhecer grande mudança na sistemática atualmente vigente de definição de competência. Diferentemente da legislação anteriormente aplicada (Resolução Conama nº 237/1997), o Ibama não terá mais competência para licenciar empreendimento, apenas em razão da abrangência do seu impacto ambiental. No momento, ainda que atividade tenha potencial poluidor de âmbito nacional ou regional, o Ibama não será competente para licenciar, a não ser que esteja configurada uma das hipóteses previstas nas alíneas do inciso XIV do art. 7º, que estabelece apenas critério de localização e de tipo de atividade. Há que se ressaltar, assim, que totalmente revisto pelo legislador os critérios de regionalidade/nacionalidade dos impactos causados pela atividade licenciada, para atrair a competência do Ibama. Forçoso reconhecer a revogação, por incompatibilidade com Lei Complementar que lhe é específica, do critério genérico definido no *caput* do art. 4º da Resolução Conama nº 237/1997, sendo que os seus incisos também não estão em perfeita consonância com a recém editada Lei. Ademais, é preciso destacar que o art. 20 da LC nº 140/11 revogou, de forma expressa, o art. 10, § 4º, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que constituía o embasamento legal da regulamentação contida na Resolução Conama nº 237/1997.”

tentar que há a perpetuação desse critério no artigo 18, § 3º, da LC nº 140/2011, como fez a AGU posteriormente.²⁹

A LC nº 140/2011 deixou claro que o importante é o empreendimento ou atividade estarem localizados na área descrita, sendo abolida a questão dos eventuais impactos diretos sobre essas áreas. Curt e Terence Trennepohl (2013, p. 65) são categóricos ao doutrinar que a LC nº 140/2011 “utiliza apenas o critério da localização, desprezando a abrangência dos impactos.”³⁰

Apesar de posicionamentos contrários, a LC nº 140/2011 também eliminou tal critério para os Municípios, que ficaram com o impacto ambiental de âmbito local, “conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade” (art. 9º, XIV, *a*). Embora pareça que o foco do critério de competência municipal seja o impacto de âmbito local, ele está contido na tipologia, cuja finalidade é eliminar as incertezas decorrentes da abrangência do impacto. A previsão de impacto local serve mais para balizar a regulamentação dos Con-

²⁹ Exemplo disso é que, em 22/2/2013, a Nota 04/2013/GABIN/PFE-IBAMA-SEDE, do Procurador-Chefe Nacional do Ibama, nos autos do PA 02001.001697/2010-31, suspendeu a vigência do item *c* da conclusão da OJN 43/2012, sob o seguinte argumento: “[...] 5. Há aparente intenção finalística da norma de estabelecer um regime transitório para a total supressão dos critérios de abrangência de impactos como definidores da competência para promoção do licenciamento ambiental – evitando criar um vácuo legal e sobretudo de expertise enquanto não definidas as tipologias que, pelo porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento, deveriam ser mantidas sob a competência federal.” Posteriormente, tal suspensão provisória foi confirmada, em 26/5/2014, pela Nota 05/2014/GABIN/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU, do Procurador-Chefe Nacional do Ibama, nos autos do PA 02001.007045/2012-72.

³⁰ No mesmo sentido, ver Amado (2013, p. 154), Smolentzov (2013, p. 90), Marcia Leuzinger e Sandra Cureau (2013, p. 90) também reconhecem que a LC nº 140/2011 “substituiu o critério do impacto direto pelo atendimento a tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo”.

selhos Estaduais de Meio Ambiente do que efetivamente criar algum direito ou dever aos Municípios em termos de licenciamento. Por isso, a tipologia pode ser mais restritiva do que uma definição de impacto local comportaria.

A opção da nova legislação foi clara: evitar os intermináveis conflitos e discussões que travavam o licenciamento ambiental por uma questão meramente formal (órgão competente).

5.4. A influência direta para a mensuração dos impactos ambientais e a área diretamente afetada (ADA)

A influência direta para a avaliação de impacto foi abandonada pela LC nº 140/2011; porém, a delimitação dos impactos ainda é importante, porque o seu artigo 18 somente autorizou a aplicação dos novos critérios posteriormente a entrada em vigor da LC nº 140/2011. Os processos que deram entrada anteriormente à sua promulgação ainda convivem com a regra antiga, com a aplicação da Resolução do Conama nº 237/1997, embora, depois de concluídos (autorização dada ou LO emitida), tenham que ser transferidos para os órgãos competentes segundo a LC nº 140/2011, conforme se verá no próximo item.

A superação da mensuração de impacto direto nada mais é do que uma consequência do abandono do critério de abrangência do impacto. Sobre esse ponto, a OJN 43/2012/PFE-IBAMA/PGF/AGU é precisa:

Assim, apesar dos incisos previstos no art. 4º da Resolução CONAMA coincidirem, em sua maioria, com as alíneas do inciso XIV do art. 7º da LC nº 140/2011, não se pode ignorar que o critério do *caput* (art. 4º), que orientava a aplicação dos incisos, encontra-se revogado. Além disso, houve alterações no texto dos incisos, principalmente referente à definição de competência unicamente pela localização física do empreendimento, não mais havendo que se cogitar da abrangência dos impactos diretos ou indiretos causados pela atividade.

Assim, se antes um empreendimento localizado, em sua totalidade, em um Estado, mas que causasse impacto direto em outro país ou em Estado diverso, era licenciado pelo Ibama, agora, não há que se falar em competência federal. O Ibama será competente, nesse caso, apenas se o empreendimento ou atividade for contemplado em ato do Poder Executivo (art. 7º, XIV, “h”) ou estiver, fisicamente, localizado ou desenvolvido em mais de um Estado ou extrapole os limites territoriais do país (BRASIL, 2012).

A importância da compreensão do impacto ser direto ou indireto reside na mudança de competência para licenciar. Se for admitido o impacto indireto, a área de abrangência será muito maior e certamente

extrapolará o município ou mesmo o Estado-membro, fazendo com que a competência para licenciar seja quase sempre federal e, algumas vezes, estadual. Essa maior abrangência pode fazer o impacto recair sobre áreas que desloquem a competência para a União, por exemplo.

Essa questão desdobra-se em duas etapas: (i) definir se o impacto deve ser direto (ADA) ou indireto e (ii) o que é impacto direto.

Quanto à primeira etapa, vê-se que o critério utilizado pela legislação é indubitavelmente o impacto direto (Resolução do Conama nº 237/1997, arts. 4º, III, e 5º, III). A doutrina é pacífica em relação ao critério adotado pela Resolução do Conama nº 237/1997 ser o do impacto direto,³¹ entendimento também encampado pela AGU.³² Temos a convicção de que foi o impacto ambiental direto que a Resolução do Conama nº 237/1997 escolheu como critério para a repartição da competência licenciatória (FARIAS, 2013, p. 50).

O impacto direto também é respaldado pela nossa jurisprudência:

10. A legislação atinente à espécie fixou a área sob *influência direta* dos impactos ambientais do empreendimento como elemento definidor da competência para o licenciamento ambiental. Correta a sentença recorrida ao prestigiar a competência do IBAMA, uma vez que compete à autarquia o licenciamento previsto em caso de dano de âmbito nacional e regional. A zona costeira do país não conhece divisões políticas e o Delta do Parnaíba situa-se entre os Estados do Maranhão e Piauí.³³

“[...] III – Competência exclusiva do IBAMA para a análise do licenciamento objeto do feito principal afastada, pois esta teria lugar somente se impactos ambientais diretos ultrapassassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados”.³⁴

No caso em tela, como não se vislumbra a ocorrência de nenhuma das hipóteses acima descritas, permanece – repita-se – a competência do órgão estadual para o licenciamento em questão. Ressalte-se, por pertinente, que a atividade mineradora se dá em área próxima à reserva indígena, mas não em área a esta pertencente.³⁵

³¹ SILVA, 2012; LEUZINGER, CUREAU, 2013, p. 89; NASCIMENTO, 2013, p. 103.

³² “[...] na determinação de competências para a realização do licenciamento ambiental, deve prevalecer o critério do alcance do ‘impacto ambiental direto’” (Parecer 312/2004 CONJUR/MMA/CGU/AGU).

³³ TRF da 1ª Região, 5ª T., v.u., AC 2001.40.00.006531-7 / 0006530-49.2001.4.01.4000/PI, rel. Des. Selene Maria de Almeida, j. em 16/12/2013, e-DJF1 10/1/2014, p. 290 – destacou-se. No mesmo sentido: TRF da 1ª Região, 5ª T., v.u., AI 0025801-69.2008.4.01.0000 / 2008.01.00.025509-1/MA, rel. Des. Selene Maria de Almeida, j. em 12/11/2008, e-DJF1 21/11/2008, p. 976.

³⁴ TRF da 3ª Região, 3ª T., v.u., AR no AI 2007.03.00.036133-5 / 0036133-75.2007.4.03.0000 (Ac. 298.034), rel. Des. Cecília Marcondes, j. em 19/9/2007, DJU 17/10/2007.

³⁵ TRF da 3ª Região, 4ª T., v.u., AC 2003.61.04.001816-9 / 0001816-14.2003.4.03.6104 (Ac. 1.062.702), rel. Des. Mônica Nobre, j. em 26/2/2009, e-DJF3 Judicial 2 24/3/2009, p. 929.

A definição de impacto direto (segunda etapa) demanda análise técnica que costuma esbarrar em divergências técnico-científicas ou metodológicas. Nascimento (2013, p. 114) bem pontua a questão:

A questão é eminentemente de ordem técnica e, além da diversidade de fatores, comporta no âmbito das ciências aplicadas, como a biologia, uma diversidade de entendimentos, sem que se possa apontar necessariamente qual o correto, ou mesmo, qual estaria equivocado. Ouvir vários técnicos pode, por vezes, gerar igual número de avaliações de impacto ambiental, cada qual com pequenos ou grandes pontos de divergência.

Tal constatação é fundamental porque, em face dessas divergências metodológicas, técnicas e/ou científicas, o Judiciário deve ser deferente com as análises realizadas pelos órgãos ambientais (*Chevron doctrine*).

Nos demais casos, nos quais não se trabalha com o revogado critério de abrangência de impacto, não se pode usar o impacto direto porque ele causa mudança nos critérios de repartição de competência previstos na legislação. Usa-se, então, o conceito de área diretamente afetada (ADA), que engloba o espaço físico ocupado exclusivamente pelo empreendimento.

Nesse tema, deve-se empregar interpretação restritiva para não transformar a ADA em área de influência direta, o que traria uma indevida distorção nos critérios de repartição de competências administrativas ou aglutinaria projetos que podem ser licenciados separadamente (desmembramento do licenciamento ambiental).³⁶ Sem a ADA, a delimitação do que caracterizaria o empreendimento se tornaria algo inadmissível no licenciamento ambiental, mormente para fins de delimitação de competências, trazendo insegurança jurídica ao tema.

Importante destacar que ao ter a função de ser o critério para delimitar a competência, a ADA também delimita o que será licenciado, uma vez que baliza a localização do empreendimento.

5.5. As competências comuns ambientais na Constituição e na LC nº 140/2011

As diretrizes da competência administrativa ambiental estão assim dispostas no artigo 23 da Constituição:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

³⁶ Sobre o desmembramento do licenciamento ambiental, distinguindo-o da fragmentação (vedada), ver Bim (2014, p. 351-355).

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural; [...]

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII – preservar as florestas, a fauna e a flora; [...]

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

XI – registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios. [...]

Parágrafo único. Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (BRASIL, 1988)

Isso implica dizer que, depois da entrada em vigor desse dispositivo, qualquer ente público passou a ter competência para aplicar a legislação ambiental, ainda que a norma não tenha sido de autoria do ente que a aplique.

O problema é que essa competência comum gerou muitos conflitos de competência, uma vez que o parágrafo único do dispositivo mencionado previa que uma lei complementar regulamentaria a matéria estabelecendo o federalismo cooperativo. Na ausência dessa lei complementar, os entes federativos disputavam a prioridade no exercício de certas atribuições bem como rejeitavam outras atribuições, o que gerava insegurança jurídica, mormente pela leitura míope da competência comum, que considerava que todos deviam proteger tudo ao mesmo tempo, dando espaço para conveniências e ineficiências administrativas.

Por isso, com base no parágrafo único do artigo 23 da CF, foi promulgada a LC nº 140/2011, que regulamentou os seus incisos III, VI e VII. Ela atribuiu como competência administrativa diversas funções à União (art. 7º), Estados (art. 8º), Municípios (art. 9º) e Distrito Federal (art. 10).

Em termos de licenciamento ambiental, aos Estados cabem as competências que não são da União, nem dos Municípios (competência residual). Além da CF, a própria LC nº 140/2011 assegurou ao Município competência fiscalizatória e autorizativa em sentido amplo, fato infelizmente ainda não pacífico, mesmo após a assertividade da CF.

É importante destacar que existe previsão para que a União defina a sua competência por ato do chefe do Poder Executivo, não necessariamente seu chefe, a partir de proposição da Comissão Tripartite,³⁷ considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento, em dois casos: (i) naqueles previstos em tipologia (art. 7º, XIV, *h*) e (ii) empreendimento terra-mar, ou seja, aqueles que compreendem, concomitantemente, área terrestre e marítima da zona costeira (art. 7º, parágrafo único).³⁸

Em relação às competências municipais, cabe aos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade, estabelecer a tipologia das atividades ou empreendimentos que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local (art. 9º, XIV, *a*).

Os Estados-membros não têm tipologia para si, uma vez que sua competência é residual: o que não for da competência da União e dos Municípios é estadual.

Algumas questões sobre o direito intertemporal em relação a LC nº 140/2011 merecem ser comentadas. A LC nº 140/2011 somente é aplicada a processos de licenciamento e autorização ambiental iniciados a partir de sua vigência (art. 18, *caput*). Isso não significa que o processo autorizativo deva ficar para sempre no órgão ambiental se o processo decisório começou antes da vigência da LC nº 140/2011.³⁹ Como bem destacado no Parecer nº 50/2013/CONEP/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU:

³⁷ Ressalte-se que, embora a proposição parta da comissão tripartite, de forma alguma o ato do Executivo será um referendo do que foi proposto. Ele pode alterar, suprimir, adicionar etc. o que for proposto pela comissão tripartite de forma livre, em pleno ato político, somente se balizando pelos limites da LC nº 140/2011.

³⁸ A previsão de tipologia terra-mar baliza a interpretação do próprio dispositivo, especialmente na conjugação da alínea *b* (“localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva”). Isso porque empreendimentos terra-mar podem estar no mar territorial ao mesmo tempo em que estão na terra, uma vez que mar territorial é “uma faixa de doze milhas marítima de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil” (Lei nº 8.617/1993, art. 1º). Assim, um píer poderia ser enquadrado como estando em mar territorial e atrair a competência da União pela alínea *b*, quando estaria fora pela tipologia do parágrafo único. A forma de conciliar tais disposições é considerar que entre elas não existe sobreposição. Se o empreendimento estiver concomitantemente em terra e em mar, ainda que em mar territorial (o que estaria abrangido no conceito de faixa “marítima da zona costeira”), aplica-se a tipologia. Se estiver exclusivamente em mar territorial, aplica-se a alínea *b*.

³⁹ “Essa transição não deve demorar mais do que o mínimo necessário. Se for licenciamento ambiental, a transição deve ocorrer logo após a expedição da LO. Não se faz necessário aguardar o monitoramento pós-operacional, uma vez que este é constante, prorrogando a transferência até a eventual renovação da LO. O órgão licenciador com essa competência temporária decorrente do *caput* do artigo 18 da LC 140/11, deve transferir, tão logo seja possível, o processo decisório para o ente atualmente competente. É dever do intérprete restringir ao máximo possível essa perpetuação de competência” (BIM, 2014, p. 136).

[...] 21. Assim, caso fosse orientada para o cenário fático permanente, a norma do art. 18, *caput*, subverteria a lógica do diploma. Isso, considerando a premissa normativa de que o exercício de uma pluralidade de entes da mesma ação administrativa – contrariando a sistemática estanque de distribuição de competências – põe em risco os objetivos insculpidos na Lei.

22. De fato, a compatibilização da norma do art. 18, *caput*, com as demais disposições da LC nº 140/2011 só se faz possível enquanto seja entendida como excepcionalidade voltada ao atendimento de conjuntura transitória, situada no curto período – anterior e posterior – que orbita a data de vigência da Lei Complementar. [...]

29. Entretanto, a regra de transição não alberga a prorrogação, *ad eternum*, da competência para emissão de autorizações e licenças e para as atividades decorrentes, referente aos processos iniciados antes da vigência da LC nº 140/2011, por ente que, pelas regras dos arts. 7º, 8º, 9º e 10, não é mais competente para exercê-la.

30. Atuação em sentido contrário não encontra fundamento nas razões expostas nos itens 23 a 27, *supra*, viola a sistemática de distribuição de competência escolhida pelo legislador e ameaça os objetivos delineados no art. 3º da Lei. Trata-se, portanto, de anomalia não autorizada pela norma excepcional;⁴⁰

As tipologias previstas para a União e para os Municípios somente entrarão em vigor por meio do seu ato instituidor (art. 18, § 1º e 2º), devendo os processos de licenciamento ambiental ser conduzidos conforme a legislação em vigor (art. 18, § 3º). Há divergência sobre o que seria a legislação em vigor. Para uns seria o artigo 4º da Resolução do Conama nº 237/1997,⁴¹ para outros seria a própria LC nº 140/2011,⁴² posicionamento que se defende, uma vez que, entre outros motivos, o critério de amplitude de impacto (nacional ou regional) previsto no artigo 4º Resolução do Conama nº 237/1997 é mera cópia do § 4º do artigo

⁴⁰ Parecer 50/2013/CONEP/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU, aprovado pelo Procurador-Chefe Nacional do IBAMA, em 16/4/2013, mediante Despacho 258/2013/AGU/PGF/PFE-IBAMA-SEDE, nos autos do PA 02001.001703/2012-12. O item 3 da ementa do Parecer ficou assim redigido: “3. Competência para aprovar criadouros de fauna silvestre. Alcança a regra do artigo 18, *caput*, da Lei Complementar nº 140/2011. Norma voltada para a tutela da situação transitória que circunda a edição da LC. Regra que não alberga perpetuação de competência em desacordo com a distribuição ordinária feita pelos arts. 7º, 8º, 9º e 10 da LC. Interpretação sistemática da LC. Necessidade de transferência, no tempo oportuno, do passivo das autorizações e licenças ambientais ao ente competente pelas novas regras.”

⁴¹ Câmara (2012, p. 39-40); Nota 04/2013/GABIN/PFE-IBAMA-SEDE, do Procurador-Chefe Nacional do Ibama, em 22/03/2013, no PA 02001.001697/2010-31, que suspendeu a vigência do item *c* da conclusão da OJN 43/2012/PFE-IBAMA/PGF/AGU. Posteriormente tal suspensão provisória foi confirmada, em 26/5/2014, pela Nota 05/2014/GABIN/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU, do Procurador-Chefe Nacional do Ibama, no PA 02001.007045/2012-72.

⁴² Bim (2014, p. 137-139); OJN 33/2012/PFE-IBAMA/PGF/AGU; OJN 43/2012/PFE-IBAMA/PGF/AGU, item *c* (suspensa pela Nota 04/2013/GABIN/PFE-IBAMA-SEDE, do Procurador-Chefe Nacional do Ibama, em 22/3/2013, no PA 02001.001697/2010-31).

10 da Lei nº 6.938/1981, que foi expressamente revogado pela LC nº 140/2011 sem nenhum lapso temporal (art. 21).

5.6. Atuação supletiva e subsidiária

A LC nº 140/2011 regulamentou a atuação supletiva e a atuação subsidiária dos órgãos ambientais.

Na atuação supletiva, um ente federativo substitui a outro originalmente detentor das atribuições nas seguintes hipóteses (art. 15):

I – inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado ou no Distrito Federal, a União deve desempenhar as ações administrativas estaduais ou distritais até a sua criação;

II – inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Município, o Estado deve desempenhar as ações administrativas municipais até a sua criação; e

III – inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado e no Município, a União deve desempenhar as ações administrativas até a sua criação em um daqueles entes federativos (BRASIL, 2011).

Também deflagra a competência supletiva a não observância dos prazos estabelecidos para tramitação dos processos de licenciamento (art. 14, § 3º). Deve-se tomar cuidado para que esse tipo de atuação supletiva não prestigie a morosidade e a ineficiência, despejando carga de trabalho para outro ente que, inevitavelmente, funcionará de forma ineficiente e extrapolará seus prazos. Por isso, defende-se que

a instauração da competência supletiva, salvo motivo de força maior e com certa razoabilidade, é inconstitucional. Sem a força maior, estar-se-ia dando ao ente ineficiente o pretexto legal para continuar a sê-lo. Sem a razoabilidade, transformar-se-ia o ente que receberia a competência supletiva em um ente igualmente ineficiente. A patente desarrazoabilidade dessa regra se evidencia caso o órgão federal extrapole os prazos para licenciar. Qual seria a solução, uma vez que não há como deslocar o licenciamento para outro ente?

São milhares de municípios que fariam o licenciamento ambiental recair em 27 entes estaduais e esses em apenas um ente federal. Nesse cenário, premiar-se-ia a ineficiência do licenciamento ambiental, ao invés de prestigiá-lo, uma vez que cria uma sobrecarga no órgão competente para assumir a competência supletiva e geraria efeito cascata no sistema, restando a questão do parágrafo anterior. (BIM, 2014, p. 83)

Na atuação subsidiária, há uma colaboração com a atividade de outro órgão ambiental, não substituição, como ocorre na atuação supleti-

va. Aqui há a ação do ente da Federação que visa a auxiliar no desempenho das atribuições decorrentes das competências comuns, quando solicitado pelo ente federativo originariamente detentor das atribuições definidas na LC nº 140/2011 (art. 16). Sua forma será, em regra, por meio de apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro, embora isso não impeça outras formas de cooperação.

5.7. Competência licenciatória, fiscalizatória e unidades de conservação

No que diz respeito às Unidades de Conservação (UCs), a competência licenciatória é do ente federativo responsável pela sua instituição: se a UC for criada pela União, a competência será federal; pelo Estado, será estadual; e pelo Município, será municipal.

Contudo, nas Áreas de Proteção Ambiental (APAs), o critério de instituição da unidade de conservação não se aplica, sendo neutro e exigindo que haja encaixe em qualquer outro critério da LC nº 140/2011. É o entendimento adotado pela AGU e pelo Ibama (OJN 43/2012/PFE-IBAMA/PGF/AGU⁴³).

Outra questão diz respeito à competência para licenciar e da desnecessidade de licenciamento se houver outro instrumento de proteção ambiental que tenha analisado o empreendimento.

Quanto à competência dos órgãos gestores das UCs para licenciar, é necessário conferir na sua lei instituidora se isso foi previsto, uma vez que a LC nº 140/2011 distribui as competências entre os entes federativos, pertencendo à autonomia federativa escolher o órgão ou en-

tidade públicas que a executarão. Por exemplo, na Lei de criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) não existe tal competência.

Há polêmica quanto a se poder considerar licenciado algum empreendimento dentro de UC, caso ele, por exemplo, esteja contemplado dentro do plano de manejo da UC (estudo ambiental – Resolução do Conama nº 237/1997, art. 1º, III). Note-se que foi efetuado estudo ambiental e o órgão gestor da UC, mesmo sem competência para licenciar, sem dúvida detém o controle ambiental do empreendimento, podendo autorizar a intervenção desde que o estudo ambiental realmente contemple a atividade ou empreendimento, uma vez que é perfeitamente apto, em tese, para prever impactos ambientais, estabelecer mitigantes e condicionantes, ainda que com metodologia diferenciada e com naturais complementações e detalhamentos quando da instalação da atividade ou empreendimento. Obviamente esse empreendimento deve ter relação com a gestão da unidade de conservação. Entretanto, por questão formal, isto é, ausência de competência para licenciar do ICMBio, a AGU entendeu que essa autarquia não poderia autorizar empreendimento em termos de licenciamento ambiental, ainda que ele estivesse previsto no plano de manejo da UC.⁴⁴

Pode haver concorrência no exercício da atividade de fiscalização no mesmo nível de competência quando os órgãos gestores das unidades de conservação têm personalidade jurídica apartada do órgão licenciador e fiscalizador, como ocorre no nível federal.

⁴³ “[...] IV. Competência do Ibama, no caso de empreendimentos localizados em Áreas de Proteção Ambiental – APAs, não existirá apenas em razão do ente instituidor da unidade de conservação. Será necessário que algum dos critérios previstos nas alíneas do inciso XIV do art. 7º esteja presente no caso concreto” (BRASIL, 2012).

⁴⁴ Parecer 20/2013/CONEP/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU, aprovado pelo Procurador-Chefe Nacional do IBAMA, em 14/3/2014, mediante Despacho 135/2014/AGU/PGF/PFE-IBAMA-SEDE, nos autos do PA 02001.000646/2014-16.

É a legislação do ente federativo que ditará a relação entre os órgãos ambientais. No âmbito federal, o Ibama tem competência para licenciar e fiscalizar, enquanto o ICMBio é o gestor das unidades de conservação federais.

A competência para a fiscalização ambiental nas áreas das unidades de conservação, bem como nas respectivas zonas de amortecimento (ZA), pertence ao órgão gestor da unidade de conservação. A ZA também está sob o poder de polícia do órgão gestor da unidade de conservação (UC) porque sua função é a de proteger a própria UC, sendo, do ponto de vista dos atributos que justificaram a criação da UC, indissociável desta.

A Lei nº 9.985/2000 prevê os órgãos executores do SNUC de forma genérica em todos os níveis federativos, exceto na seara federal ao atribuir tal encargo ao ICMBio e, em caráter supletivo, ao Ibama (art. 6º, III). Na Lei nº 11.516/2007, que criou o ICMBio, está expresso que compete a essa autarquia o exercício do poder de polícia ambiental para a proteção das unidades de conservação instituídas pela União (art. 1º, IV), o que não exclui o poder de polícia supletivo a ser exercido pelo Ibama (art. 1º, parágrafo único).

No âmbito federal, o ICMBio, em regra, é o ente competente para fiscalizar as questões relativas ao meio ambiente quando está em jogo UCs, somente se admitindo a fiscalização pelo Ibama pela competência supletiva, excetuado o caso de medidas cautelares (LC nº 140/2011, art. 17, § 2º, e Lei nº 9.784/1999, art. 45).

Caso mais complexo é o poder de fiscalizar do órgão gestor da UC fora da unidade de conservação ou de sua zona de amortecimento, quando a atividade pode afetar diretamente a UC. Poluir um rio que gere reflexos na UC pode justificar o poder de polícia do órgão gestor da UC, mas tal poder deve ser motivado,

sob pena de vício de competência. Esse é o posicionamento da AGU:

[...] 6. Visando evitar conflito de competência entre IBAMA e ICMBio, quando esta autarquia pretender realizar fiscalização fora das unidades de conservação e zonas de amortecimento deverá motivar seu ato baseado em circunstâncias que justifiquem a adoção da medida como forma de proteção de uma UC. A ausência de motivação poderá acarretar vício de competência por parte do ICMBio. (ementa da OJN 17/2010/PFE-IBAMA/PGF/AGU)⁴⁵

O Ibama somente atua em face de competência supletiva, o que pressupõe o não atuar, por parte do ICMBio, quando deveria. A AGU entende que a competência supletiva deve ser analisada caso a caso, não vedando a atuação em colaboração.⁴⁶

Antes da edição da LC nº 140/2011, a AGU entendeu que, “ocorrendo dupla atuação em face do mesmo infrator e sobre os mesmos fatos, prevalecerá o auto de infração lavrado em primeiro lugar” (OJN 17/2010/PFE-IBAMA/PGF/AGU).

Entretanto, deve-se atentar ao fato de que o Ibama somente deverá atuar quando houver omissão do ICMBio, o que pressupõe uma provocação desse e não pura e simplesmente

⁴⁵Na OJN 17/2010/PFE-IBAMA/PGF/AGU ficou consignado que o ICMBio “não pode se omitir diante de fato ocorrido fora da UC, mas que vá atingi-la direta ou indiretamente, pois que a Lei nº 11.516/2007 não restringiu a competência deste órgão executor ao exercício da fiscalização de atos praticados dentro da Unidade, mas, ao revés, incumbiu-lhe de defender, proteger, fiscalizar e monitorar as Unidades de Conservação, seja em face de atividades nocivas internas, seja externas.”

⁴⁶[...] 3. A competência fiscalizatória do IBAMA para a proteção das Unidades de Conservação Federais e respectivas Zonas de Amortecimento está condicionada a que a autarquia federal primariamente competente (ICMBio), por qualquer razão injustificada, deixe de atuar quando deveria. É possível ainda que o IBAMA atue em regime de cooperação com o ICMBio, desde que lhe seja solicitada tal colaboração;” (ementa da OJN 17/2010/PFE-IBAMA/PGF/AGU)

um ilícito ambiental dentro de uma UC ou de sua ZA não fiscalizado. A regra do artigo 17, § 2º, da LC nº 140/2011, por analogia, pode ajudar a caracterizar a inércia do órgão gestor da UC.

Caso o ICMBio entenda não haver sanção a ser aplicada, deve prevalecer o seu entendimento, uma vez que não se poderá falar em inércia que deflagre a competência supletiva. Não se faz necessária a analogia com o artigo 17, § 3º, da LC nº 140/2011, uma vez que se trata de órgãos no mesmo nível federativo. Se fosse para aplicar tal dispositivo, prevaleceria a posição do Ibama, que é o órgão licenciador.

5.8. Da possibilidade de convalidação do licenciamento ambiental conduzido por ente incompetente

A Administração Pública “utiliza-se de diversificados procedimentos, que recebem a denominação comum de *processo administrativo*” (MEIRELLES, 2013, p. 761). Um desses processos administrativos é o de licenciamento ambiental,⁴⁷ instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981, art. 9º, IV), que “corresponde a uma sucessão de atos administrativos, que tem por escopo imediato o deferimento ou não de um requerimento de licença ambiental” (SILVA, 2009, p. 207). Como esclarece Benjamin, “o direito ambiental tomou de empréstimo ao direito administrativo o procedimento de licenciamento” (MILARÉ; BENJAMIN, 1993, p. 74).

As licenças ambientais são atos administrativos⁴⁸ expedidos no processo administrati-

vo de licenciamento ambiental. São “essencialmente uma decisão administrativa permissiva” (GOMES, 2007, p. 582).

Antunes (2014, p. 59) é explícito ao enfatizar a importância do “conhecimento aprofundado do direito administrativo” para o estudo do licenciamento ambiental, uma vez que ele está submetido às regras de natureza administrativa. É pelo processo administrativo que a função administrativa se transforma em ato (SCHIRATO, 2010, p. 19), a licença ambiental. Por isso, a compreensão da processualidade administrativa e da teoria dos atos administrativos são fundamentais para o correto enquadramento do licenciamento ambiental efetuado por órgão incompetente. A importância do processo administrativo aumenta porque ele se configura “como ponto de encontro ou ponto de convergência de vários princípios e regras comuns que presidem à atividade administrativa” (MEDAUAR, 1993, p. 69), como é a teoria dos atos administrativos, com a sua imanente possibilidade de invalidação ou convalidação. Desse modo, o procedimento administrativo de licenciamento ambiental deve observar o disposto na Lei nº 9.784/1999, no que couber (MACIEL, 2012, p. 118-119). A própria Lei nº 9.784/1999 não deixa dúvida sobre a aplicação de seus preceitos a qualquer processo administrativo, na falta de disposição específica em “lei própria” (art. 69).

Ao vedar o licenciamento de um mesmo empreendimento por mais de um órgão ambiental, a unicidade do licenciamento ambiental enseja a possibilidade de haver vício de competência porque aquela entidade que o iniciou – ou que o conduziu em algum momento – pode não ter competência para tanto.

É o regime jurídico dos atos e do processo administrativo que possibilita a eventual convalidação dos atos administrativos constantes no licenciamento ambiental, quando há deslo-

⁴⁷ LC nº 140/2011, art. 2º, I, Portaria Interministerial MMA/MJ/MinC/MS 419/2011, art. 2º, V, e Resolução do Conama nº 237/1997, art. 1º, I.

⁴⁸ Resolução do Conama nº 237/1997, art. 1º, II; Portaria Interministerial MMA/MJ/MinC/MS 419/2011, art. 2º, IV.

camento do processo administrativo para outro órgão ou entidade do Sisnama.

A “convalidação ou saneamento é a técnica utilizada pela Administração Pública para suprir vício que desnatura o ato administrativo, com efeitos retroativos à data em que foi praticado, a fim de que ele possa continuar a produzir os efeitos desejados” (NOHARA, 2013, p. 221).

Na falta de adoção expressa de algum critério pelo direito positivo e com pequenas variações em seu conteúdo, parte da doutrina divide a convalidação em três espécies: ratificação, conversão e reforma.⁴⁹

A distinção entre nulidade relativa e absoluta não conta com respaldo na Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, diploma cujo artigo 55 não distingue as nulidades para os fins de admitir a convalidação.⁵⁰ Segundo essa lei, os dois requisitos previstos para convalidar um ato administrativo são (i) a ausência de lesão ao interesse público e (ii) a ausência de prejuízo a terceiros (CARVALHO FILHO, 2013b, p. 283).

Com efeito, a AGU reconhece a possibilidade de se convalidar vícios ocorridos em convênios, não cabendo, em rol taxativo, os vícios convalidáveis;⁵¹ ou seja, nega que exista uma catalogação rígida do que pode ou não

ser convalidado pela Administração Pública federal.

Segundo Carlos Ari Sundfeld, a convalidação, “eliminando o ato, o substitui e herda seus efeitos, tomando-os como seus e fazendo-os sobreviver”. É um ato que contém dupla finalidade: (i) reconhecer a invalidade do ato passado e (ii) herdar os efeitos que ele produziria, tornando-os seus, salvando-o do desfazimento. Dessa forma, “o ato de convalidação retroage e outorga, aos efeitos que haviam sido produzidos pelo ato inválido, uma validade que lhes faltava” (SUNDFELD, 1990, p. 51-52).

Outro argumento em prol da possibilidade de convalidação do ato administrativo viciado é o princípio da conservação dos valores jurídicos (ARAÚJO, 1999, p. 130-131; CRETELLA JÚNIOR, 1995, p. 412). Excetuados os casos de vício de competência em atos discricionários, para alguns juristas o que existe é o dever de convalidar,⁵² mostrando quão importante é a preservação dos atos jurídicos.

A conservação do ato administrativo vem ao encontro de diversos preceitos constitucionais: a economicidade (art. 70, *caput*), a eficiência (art. 37, *caput*) e a celeridade (art. 5º, LXXVIII). Pela convalidação, evita-se a repetição de ato estatal e, conseqüentemente, o dispêndio dos recursos humanos e materiais que isso implicaria, bem como o atraso da decisão estatal, garantindo um prazo razoável de duração do processo administrativo, sendo um meio de facilitar a celeridade de sua tramitação.

Esse é o espírito do federalismo cooperativo que anima a defesa do meio ambiente (CF, art. 23): o de possibilitar a atuação de qualquer entes estatais “visando ao melhor resultado na matéria. A finalidade constitucional é a

⁴⁹ ARAÚJO, 1999, p. 142; CRETELLA JÚNIOR, 1995, p. 415; CARVALHO FILHO, 2013a, p. 166; AMARAL, 2012, p. 514-515; OLIVEIRA, 2013, p. 311; MOREIRA NETO, 2006, p. 216-217.

⁵⁰ Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria administração.

⁵¹ Parecer cuja ementa é a seguinte: “Aplicação da teoria da convalidação dos atos administrativos ao regramento atinente ao convênio administrativo. Possibilidade, desde que observados os requisitos legais, em especial o interesse público primário.” (Parecer Conjur-MT/CGU/AGU 243/2013, aprovado pelo Advogado-Geral da União, em 5/7/2013, nos autos do Processo Administrativo 00400.0006975/2013-61).

⁵² MELLO, 2013, p. 485; DI PIETRO, 2012, p. 254; ZANCANER, 2008, p. 64-66, 76, 87; SILVA, 2001, p. 133.

cooperação produtiva entre eles, e não, evidentemente, uma superposição inútil e dispendiosa” (BARROSO, 2003, p. 128). A convalidação, nesses casos, reconhece a cooperação produtiva, ainda que não previamente acordada, evitando que haja mais de uma instância executando exatamente o mesmo trabalho, em sobreposição inútil e, *ipso facto*, dispendiosa. A própria LC nº 140/2011 previu essa cooperação ao falar em gestão eficiente, ações administrativas sem sobreposição e eficientes (art. 3º, I e III).

Uma licença ambiental expedida sem que o órgão prolator tenha competência para tanto contém vício de competência. Mas esse vício seria passível de convalidação pelo órgão competente? A resposta afirmativa não suscita nenhuma dúvida.

A possibilidade de convalidar atos maculados por vícios de competência é pacífica.⁵³ Weida Zancaner (1993, p. 85-86) aduz que dentre os vícios convalidáveis se encontram os de competência. Não importa se a incompetência é do agente, da pessoa jurídica de direito público ou do órgão (SUNDFELD, 1990, p. 61).⁵⁴ Odete Medauar (2012, p. 174) classifica como ratificação a espécie de preservação do ato administrativo que corrige defeito relativo à competência, e Sergio de Andréa Ferreira (1981, p. 116) leciona ser possível a “confirmação ou ratificação, pela autoridade competente, do ato praticado por órgão incompetente” – ambos sacramentando a possibilidade da convalidação na hipótese de vício de competência.

Na convalidação do licenciamento ambiental por vício de competência, ou de forma, haveria o reconhecimento da invalidade do processo de licenciamento e/ou dos atos nele praticados (v.g. licenças expedidas, parecer ou exame técnico, termo de referência), mas o órgão competente os tomaria para si, tornando-os seus e salvando-os do desfazimento, caso entenda que há motivos para tal.

Dentro de sua *expertise* técnica e discricionariedade administrativa, o órgão licenciador competente do Sisnama, ao analisar o processo administrativo de licenciamento, decidirá se é o caso de convalidar. Somente poderá fazê-lo se for constatada a ausência de lesão ao interesse público e de prejuízo a terceiros. Essa análise, embora seja discricionária, não dispensa motivação, implicando, em regra, uma avaliação caso a caso.

Diferenças de procedimento não devem obstar a convalidação porque os vícios de forma também podem ser convalidados, e o processo

⁵³ FERREIRA, 1981, p. 116; FARIA, 2000, p. 258; SILVA, 2001, p. 129; COELHO, 2004, p. 170; SIMÕES, 2004, p. 141-142; OLIVEIRA, 2013, p. 310; NOHARA, 2013, p. 223.

⁵⁴ Ferreira (1981, p. 110) também cita que o vício de incompetência “pode ser do funcionário, do órgão que ele ocupa, ou da pessoa administrativa que este integra.”

administrativo, inclusive o de licenciamento ambiental, orienta-se pelo informalismo ou formalismo moderado.

Por meio da OJN 33/2012/PFE-IBAMA/PGF/AGU, a AGU entendeu que era possível a convalidação de licenciamento ambiental conduzido por órgão incompetente do Sisnama (órgão estadual de meio ambiente – OEMA). Ao analisar um licenciamento ambiental de duplicação e reforma de estrada que atravessava terras indígenas, que estava sendo efetuado por OEMA, a AGU foi peremptória:

[...] É que sendo do Ibama a competência licenciatória em questão, não se pode negar que os atos anteriormente realizados o foram com vício de competência, sendo, destarte, anuláveis ou convalidáveis. Com efeito, o vício de competência, que atinge determinado ato administrativo, é de natureza extrínseca, podendo ser convalidado pela autoridade competente. [...]

Assim, na situação concreta sob exame, caso o Ibama decida delegar a competência licenciatória em questão, deverá necessariamente decidir sobre a validade dos atos já praticados, podendo convalidá-los, por meio de uma ratificação ou exigindo reformas. (OJN 33/2012/PFE-IBAMA/PGF/AGU)

Ao reconhecer a incompetência do OEMA, tendo em vista a manifestação do órgão licenciador competente (Ibama) de que os procedimentos adotados pelo OEMA eram compatíveis com os seus, o TRF da 3ª Região decidiu pela validade dos atos praticados até a expedição da licença prévia concedida pelo órgão incompetente e determinou a remessa do processo administrativo de licenciamento ao órgão competente:

[...] 5. Faz-se de rigor o encaminhamento do procedimento ao IBAMA para que se manifeste no sentido de dar prosseguimento ao licenciamento, com o aproveitamento dos atos praticados até a expedição da Licença Prévia pela Secretaria do Meio Ambiente, inclusive.⁵⁵

O TRF da 5ª Região já decidiu pelo cabimento da convalidação administrativa em caso gerado por ação civil pública, na qual se alegava a competência do Ibama para o licenciamento. A Corte reconheceu a validade de licenciamento concedido por órgão estadual porque ele foi ratificado pelo Município competente para a prática do ato:

[...] – Há, pois, de um lado, as opiniões dos órgãos encarregados da concessão do licenciamento ambiental, todos acordes no sentido da com-

⁵⁵ TRF da 3ª Região, 6ª T., m.v., AI 0036432-28.2002.4.03.0000 (Ac. 162.230), rel. Des. Fed. Mairan Maia, j. em 30/3/2005, DJU 25/4/2005.

petência do Município de Fortaleza, inclusive, destaque-se, do próprio IBAMA, e, de outro lado, o MPF em sentido diverso.

– De outra banda, *nada obstante que o licenciamento tenha sido inicialmente deferido pela SEMACE (Superintendência Estadual do Meio Ambiente do Ceará) e posteriormente ratificado pelo Município de Fortaleza, cuida-se de mera irregularidade formal*, que, no caso, é insuficiente ao provimento do agravo de instrumento. (grifo nosso)⁵⁶

Ressalte-se que não há impedimento da convalidação do licenciamento conduzido por ente incompetente porque o ato seria supostamente indelegável ou porque já foi impugnado (BIM, 2014, p. 274-280).

6. Conclusões

A Constituição Federal dispõe basicamente sobre dois tipos de competência: a competência administrativa e a competência legislativa. A primeira cabe ao Poder Executivo e diz respeito à faculdade para atuar com base no poder de polícia (preventivo, repressivo ou simplesmente ordenador), ao passo que a segunda cabe ao Poder Legislativo e diz respeito à faculdade para legislar a respeito dos temas de interesse da coletividade.

As normas gerais expedidas pela União nem sempre são apenas um patamar mínimo de proteção, mas podem ser o próprio espaço de admissibilidade de uma conduta, tendo o condão de esgotar a matéria ao criar uma situação em que a edição de legislação pelos demais entes seja incompatível com a escolha política das normas gerais.

Havendo concorrência entre os tipos de legislação, a específica deve prevalecer, não havendo que se falar em melhor proteção ambiental. Isso fica ainda mais evidente quando se trata da intersecção da legislação privativa da União com a concorrente dos demais entes federativos. O caso concreto fornecerá a resposta sobre qual legislação prevalecerá ou eventualmente de como harmonizá-las, mas a legislação local ou estadual não pode pôr em xeque a federal ou a estadual.

Deve-se ter cautela na afirmação de que, nas hipóteses em que as noções de norma geral e especial não sejam suficientemente claras para a solução de conflitos envolvendo a aplicação de normas da União e dos Estados, deve prevalecer, no caso concreto, a norma que melhor garante a efetividade do direito fundamental tutelado, dando-se preferência àquela mais restritiva sob a ótica da preservação da qualidade ambien-

⁵⁶TRF da 5ª Região, 2ª T., m.v., AI 132.377-CE (Proc. 0004540-61.2013.4.05.0000), rel. Des. Fed. Paulo Machado Cordeiro (conv.), j. em 17/09/13, DJe 23/9/2013, p. 65.

tal (*in dubio pro natura*). Em primeiro lugar, porque conseguir uma interpretação unívoca é praticamente impossível. Em segundo lugar, porque raramente haverá apenas conflitos entre normas ambientais, sendo precipitado dar mais peso ao meio ambiente. E, mormente, terceira razão, porque pode haver critério de especialidade entre elas, com a ingerência, por exemplo, em serviços públicos mantidos pelo ente que editou a norma geral, quando não alguma privativa (ADPF-MC 316).

Havendo competência comum para se proteger o meio ambiente, criou-se um mito de que as três esferas federativas tinham o dever de tutelar o bem protegido, sem qualquer “benefício de ordem” entre elas. Nada mais equivocado e desarrazoado. A competência comum não significa que todos devam fazer tudo ao mesmo tempo, ao talante do intérprete. Embora exista um espaço (discricionário) de planejamento estratégico do órgão, sua atuação prioritária em fiscalização deve corresponder a sua matéria de licenciamento. Assim, somente pode haver exigência de que ele fiscalize se o órgão ambiental competente para licenciar se omitir e ele for o próximo na cadeia da competência supletiva, nos mesmos moldes do licenciamento ambiental, aplicando-se a racionalidade federativa e o princípio da subsidiariedade.

Nem se argumente que quanto mais órgãos ambientais fiscalizando, ou autorizando, o mesmo objeto, melhor para o meio ambiente. O argumento é falacioso porque ignora que uma atuação desordenada, com sobreposições, gera uma deficiência na proteção ambiental, uma vez que há perda de eficiência. Dois órgãos protegendo ambientalmente o mesmo objeto impossibilita que um deles possa fiscalizar outro ainda não fiscalizado, diminuindo a amplitude da proteção ambiental. Ademais, haveria ainda mais ineficiência porque a pro-

habilidade de existirem conflitos entre os órgãos ambientais aumentaria, gerando dispêndio de energia para resolver esses conflitos que poderia ser utilizado na fiscalização ou autorizações ambientais em si.

Isso fica ainda mais claro no licenciamento ambiental, que é *único*, isto é, praticado por apenas um ente da federação (LC nº 140/2011, art. 13, *caput*; Resolução do Conama nº 237/1997, art. 7º). Nossa legislação repudia o licenciamento efetuado por mais de um membro, embora garanta a possibilidade de participação no efetuado por outros via consulta a ser efetuada a outras esferas da federação quando da condução de um licenciamento ambiental. Não são admitidos licenciamentos paralelos sobre a mesma atividade ou empreendimento (múltiplo, sobreposto, dúplice ou tríplice), o que não foi admitido pelo REsp 588.022/SC, como erroneamente costuma se propalar baseado em sua ementa, e nem o conjunto, integrado ou complexo, no qual há uma divisão de trabalho no licenciamento conduzido por um ente, como ocorreu no caso do Rodoanel, no Estado de São Paulo, quando o TRF da 3ª Região homologou acordo que criou o licenciamento ambiental complexo.⁵⁷

A LC nº 140/2011 eliminou o critério de abrangência de impacto para delimitar a competência da União. Somente o que estiver previsto no artigo 7º da LC nº 140/2011 será de competência da União, inclusive nas tipologias ali previstas a partir do momento em que elas forem criadas. Enquanto não forem, aplica-se a LC nº 140/2011 pura e simplesmente.

Em relação ao direito intertemporal, importante destacar que a LC nº 140/2011 somente é aplicada a processos de licenciamen-

⁵⁷ TRF da 3ª Região, 6ª T., v.u., AC 0025724-15.2003.4.03.6100 (Ac. 990253), rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, j. em 09/03/2005, DJU 22/3/2005.

to e autorização ambiental iniciados a partir de sua vigência (art. 18, *caput*), o que não significa que o processo autorizativo deva ficar para sempre no órgão ambiental se o processo decisório começou antes da vigência da LC nº 140/2011. Como bem destacado no Parecer 50/2013/ CONEP/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU, entender que a regra do *caput* do artigo 18 perpetuaria uma competência distorcida subverte a lógica do diploma legal. Essa regra é uma regra de transição, para evitar rupturas nos processos autorizativos, não encampando uma prorrogação eterna da competência.

Ao vedar o licenciamento de um mesmo empreendimento por mais de um órgão ambiental, a unicidade do licenciamento ambiental enseja a possibilidade de haver vício de competência porque aquela entidade que o iniciou – ou que o conduziu em algum momento – o pode não ter competência tanto. Entretanto, esse vício é convalidável, como entenderam a AGU (OJN 33/2012/PFE-IBAMA/PGF/AGU) e os Tribunais Regionais Federais das 3ª e 5ª Regiões, caso o órgão competente para licenciar entenda estar diante de elementos para tanto.

Sobre os autores

Talden Farias é doutor em Recursos Naturais pela UFCG, doutorando em Direito da Cidade pela UFRJ e mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB. Advogado e professor da UFPB.

E-mail: taldenfarias@hotmail.com.

Eduardo Fortunato Bim é doutorando em Direito do Estado pela USP, mestre em Direito pela Unimep e especialista em Direito Ambiental pela Unimep. Procurador federal.

Email: eduardo.bim@agu.gov.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁵⁸

ENVIRONMENTAL COMPETENCE: LEGISLATIVE AND ADMINISTRATIVE

ABSTRACT: This paper aims to study the distribution of legislative and administrative environmental powers, seeking to contribute to the establishment of criteria in the case of resolving impasses to discuss matters little addressed by the doctrine.

KEYWORDS: ENVIRONMENTAL COMPETENCY. COMMON COMPETENCY. ENVIRONMENTAL MONITORING. ENVIRONMENTAL LICENSING. VALIDATION.

⁵⁸ Sem revisão do editor.

Referências

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. v. 2.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Convalidação do ato administrativo*. São Paulo: LTr, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*: tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. reformulada de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 2 set. 1981.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 1.086/SC. Relator: Min. Ilmar Galvão. DJ, 1º ago. 1994. *Diário da Justiça*, 16 set. 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 1.086/SC. Relator: Min. Ilmar Galvão. DJ, 10 ago. 2001. *Diário da Justiça*, 10 ago. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 291.188/RN. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ, 8 out. 2002. *Diário da Justiça*, 14 nov. 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 588.022/SC. Relator: Min. José Delgado. DJ, 17 fev. 2004. *Diário da Justiça*, 5 abr. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.035/PR. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ, 6 abr. 2005. *Diário da Justiça*, 14 out. 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 592.682/RS. Relatora: Min. Denise Arruda. DJ, 6 dez. 2005. *Diário da Justiça*, 6 fev. 2006a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.645/PR. Relatora: Min. Ellen Gracie. DJ, 31 maio 2006. *Diário da Justiça*, 1º set. 2006b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.544/RS. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ, 28 jun. 2006. *Diário da Justiça*, 17 nov. 2006c.

_____. Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. *Diário Oficial da União*, 9 dez. 2011.

_____. Advocacia Geral da União. Procuradoria Federal Especializada/Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – PFE/IBAMA. *Orientação jurídica normativa n. 43/2012*. Brasília, 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.245.149/MS. Relator: Min. Herman Benjamin. DJ, 9 out. 2012. *Diário da Justiça eletrônico*, 13 jun. 2013a.

_____. Advocacia Geral da União. Procuradoria Federal Especializada/Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – PFE/IBAMA. *Orientação jurídica normativa n. 49/2013*. Brasília, 2013b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 32.0333/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ, 20 jun. 2013. *Diário da Justiça eletrônico*, 18 fev. 2014a.

_____. Ministério do Meio Ambiente. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Portaria conjunta nº 2, de 26 de agosto de 2014. *Diário Oficial da União*, 27 ago. 2014b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Referendo na medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 316/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 25 set. 2014. *Diário da Justiça eletrônico*, 1º dez. 2014c.

CÂMERA, Bárbara Suely Guimarães. *Nível único de competência para o licenciamento ambiental: mutações e possibilidades jurídicas*. 2012. 189 f. Dissertação (Mestrado)–Universidade Salvador (UNIFACS). Salvador, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Para natura, inovação e tecnologia de produtos Ltda. (parecer). In: ASPECTOS controversos do direito ambiental: tutela material e tutela processual. Belo Horizonte: Fórum, 2013a, p. 261-296.

_____. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada em matéria ambiental: parecer jurídico encomendado por Secovi-SP e Fiabci-SP. São Paulo: Secovi, 2013b.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 12. reimpr. Coimbra: Almedina, 2013c.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. rev. ampl. e atual. até 31.12.2012, 2. impr. São Paulo: Atlas, 2013a.

_____. *Processo administrativo federal: comentários à Lei nº 9.784/99, de 29.1.1999*. 5. ed. rev. ampl. e atual. até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013b.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos atos administrativos especiais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.

FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. São Paulo: Fórum, 2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição federal. *Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, v. 90, p. 245-251, 1995.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA, Sergio de Andréa. *Direito administrativo didático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Curso de direito ambiental*. 3. ed. Curitiba: Arte & Letra, 2009.

_____. *Curso de direito ambiental*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discriminação constitucional das competências ambientais: aspectos pontuais do regime jurídico das licenças ambientais. *Revista de direito ambiental*, v. 9, n. 35, p. 39-55, jul./set. 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de protecção do ambiente*. Coimbra: Coimbra, 2007.

GRECO, Leonardo. Competências constitucionais em matéria ambiental. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 116, p. 135-152, out/dez. 1992.

KRELL, Andreas J. Autonomia municipal e proteção ambiental: critérios para definição das competências legislativas e das políticas locais. In: A APLICAÇÃO do direito ambiental no Estado federativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 147-203.

LEUZINGER, Marcia Dieguez, CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria geral do direito ambiental*. São Paulo: RT, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 9. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com as Leis 9.966, 9.974, 9.984 e 9.985 de 2000. São Paulo: Malheiros, 2001.

MACIEL, Marcela Albuquerque. Competência para o licenciamento ambiental: uma análise das propostas de regulamentação do art. 23 da CF. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 15, n. 2.716, 8 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17978/competencia-para-o-licenciamento-ambiental>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

_____. *Compensação ambiental: instrumento para a implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade do direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993.

_____. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Dêlcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. atual. até a emenda constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

MILARÉ, Êdis; BENJAMIN, Antonio Herman V. Estudo prévio de impacto ambiental: teoria, prática e legislação. São Paulo: RT, 1993.

MILARÉ, Êdis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Direito do ambiente*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Impacto ambiental: aspectos da legislação brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: J. de Oliveira, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 14. ed. atual. com a EC nº 40/03. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Luís Carlos Silva de. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial*. 14. ed. 2. tiragem, totalmente rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Direito administrativo sistematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NASCIMENTO, Sílvia Helena Nogueira. *O Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA e a competência para o licenciamento ambiental na Lei Complementar nº 140/2011*. 2013. 193 f. Dissertação (Mestrado)–Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt d'. Notas sobre alguns aspectos polêmicos do licenciamento ambiental. *Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 61, p. 273-298, 2006.

_____. Assessoria jurídica da fundação estadual de engenharia do meio ambiente. *Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 62, p. 443-458, 2007.

QUISPE, Iván K. Lanegra. *El (Ausente) Estado ambiental: razones para la reforma de las instituciones y las organizaciones públicas ambientales en el Perú*. Lima: Realidades, 2008

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. O Mercosul, os agrotóxicos e o princípio da precaução. *Revista de direitos difusos*, v. 2 n. 13, p. 1677-1691, jun. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. A competência constitucional legislativa em matéria ambiental: à luz do “federalismo cooperativo ecológico” consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de direito ambiental*, v. 18, n. 71, p. 55-116, jul./set. 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Processo administrativo como instrumento do Estado de direito e da democracia. In: ATUAIS rumos do processo administrativo. São Paulo: RT, 2010.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. rev. e ampl. de Acordo com a nova Constituição. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. rev. e atual. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Luiz Eduardo Lessa. Procuradoria do patrimônio e do meio ambiente. *Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 58, p. 312-318, 2004. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/762965/DLFE-46246.pdf/Revista_58_Pareceres_pg_312_a_318.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2015.

SILVA, Maurício de Jesus Nunes da. A revogação da licença ambiental. *Revista de direito ambiental*, v. 14, n. 53, p. 187-222, jan./mar. 2009.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. Comentários sobre a nova lei de competências em matéria ambiental (LC 140, de 08.12.2011). *Revista de direito ambiental*, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 55-76, abr./jun. 2012.

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SMOLENTZOV, Daniel. *Zona de amortecimento de unidade de conservação da natureza*. 2013. 134 f. Dissertação (Mestrado)–Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*. São Paulo: RT, 1990.

TEIZEN, Thaís. A atividade fiscalizatória ambiental na vigência da lei complementar nº 140/11. 2014. 231 f. Dissertação (Mestrado)–Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. *Licenciamento ambiental*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2013.

TRENNEPOHL, Terence Dornelles. *Fundamentos de direito ambiental: incluindo lições de direito urbanístico (Lei nº 10.257/01, Estatuto da Cidade)*. 2. ed. rev. ampl. e atual. com jurisprudência, 2. tiragem. Salvador: JusPodivm, 2007.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Critérios de definição de competências em matéria ambiental na estrutura federativa brasileira. In: RASLAN, Alexandre Lima (Org.). *Direito ambiental*. Campo Grande: UFMS, 2010, p. 219-243.

_____. Competências legislativa, administrativa e judicial em matéria ambiental: tendências e controvérsias. In: CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio (Org.). *Direito ambiental no século XXI: efetividade e desafios*. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 29-74.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil

Uma análise comparada

ÉRIKA CAPELLA FERNANDES

JETE JANE FIORATI

Resumo: Durante muito tempo, o Brasil assumiu uma posição bastante peculiar perante a regulamentação internacional relativa ao investimento estrangeiro direto. Embora tenha assinado catorze tratados bilaterais de investimento (BITs) nos anos 90, o País jamais chegou a ratificá-los. Contudo, em 2015, a tradicional posição brasileira sofreu uma modificação bastante notável, na medida em que teve início a assinatura de Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs) com alguns parceiros comerciais. Dada a peculiaridade desses acordos, mostra-se oportuna a comparação de seus dispositivos com as regras presentes nos BITs assinados pelo País. O artigo analisa as normas materiais e procedimentais contidas nos acordos, com ênfase nos seguintes aspectos: preâmbulo dos acordos; definição de investidor e investimento; standards de proteção do investimento estrangeiro e mecanismos de solução de controvérsias.

Palavras-chave: ACFI. BIT. Direito internacional dos investimentos. *Standards* de proteção do investimento.

1. Introdução

Embora sejam encontradas referências à existência de investimentos estrangeiros diretos (doravante IED) desde a Antiguidade e durante a Idade Média, momento no qual a proteção do investimento confundia-se com o tratamento assegurado aos indivíduos estrangeiros (SCHEFFER, 2013, p. 5); entende-se que o investimento estrangeiro direto nos moldes atualmente conhecidos teve início apenas no contexto de expansão colonial europeia do século XIX.

Recebido em 25/5/15

Aprovado em 31/8/15

A forte onda de políticas nacionalistas adotadas pelos Estados recém-independentes no período pós-colonial impelia o investidor estrangeiro a recorrer ao seu Estado de origem para solicitar a proteção do seu investimento. Este, por sua vez, intervinha em favor de seu nacional tanto por meio da proteção diplomática quanto pelo uso de força militar (também conhecida como *gunboat diplomacy*). Ambas as alternativas eram questionáveis e suscitavam grande número de controvérsias entre Estados exportadores e Estados importadores de capital, provocando particular insatisfação entre os Estados latino-americanos.

Nesse contexto, o estabelecimento de um regime internacional concebido em termos multilaterais para regular os investimentos estrangeiros afigurava-se como a melhor opção. Os esforços no sentido de criar instrumentos jurídicos para regulamentar a matéria foram incrementados após a Segunda Guerra Mundial. Contudo, os interesses contrapostos desses Estados quanto aos aspectos materiais do regime dificultavam a obtenção de consenso, a ponto de tornar inviável a celebração de um acordo multilateral.

Dada a dificuldade na negociação de um acordo multilateral, muitos dispositivos concernentes ao tratamento dos investimentos estrangeiros foram inseridos em acordos celebrados em âmbito regional, como é o caso do Tratado da Carta de Energia, do Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA) e dos protocolos do Mercosul, além dos acordos celebrados em âmbito bilateral, também denominados tratados bilaterais de investimento (ou BITs, na sigla inglesa). Celebrados entre dois Estados, os BITs almejam regulamentar o tratamento a ser conferido ao investidor de um desses Estados ao investir no território do outro Estado.

Os tratados bilaterais de investimento tornaram-se a principal fonte de regulamentação dos investimentos estrangeiros, estabelecendo um conjunto de direitos dos investidores e assegurando-lhes um mecanismo adjudicatório internacional para exigir o cumprimento desses direitos ou garantir indenização em caso de violações.

O primeiro BIT foi pactuado entre Alemanha e Paquistão em 1959. Progressivamente, surgiram diversos modelos similares – fato justificado em razão da maior facilidade na obtenção de acordo entre dois Estados do que entre uma pluralidade de Estados com interesses antagônicos. Ademais, do ponto de vista dos Estados desenvolvidos, mostra-se mais viável a celebração de acordos bilaterais – nos quais os Estados menos desenvolvidos têm pouco poder de barganha – do que a assunção de compromissos multilaterais, em que os Estados menos desenvolvidos têm a possibilidade de unir-se para reivindicar a contemplação de seus interesses.

Até o ano de 2014, foram celebrados 2.902 BITs, além de 334 acordos de investimento em outras modalidades (UNCTAD, 2014, p. 114). Não obstante a variedade de modelos, é possível identificar um conjunto de semelhanças entre eles.

Com efeito, a maior parte dos BITs apresenta conteúdo similar, consistente na previsão de *standards* de proteção do investimento e mecanismos de solução de controvérsias, de tal modo que a convergência entre as regras previstas nesses acordos conduz à uma multilateralização *de facto* do regime internacional dos investimentos (SCHILL, 2009, p. 11).

Na década de 1990, marcada por políticas de liberalização comercial e pela busca de atração de investimentos, o Brasil assinou catorze BITs. Os acordos foram assinados entre os anos de 1994 e 1999 com os seguintes países: Bélgica e Luxemburgo, Chile, Cuba, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Itália, Coreia do Sul, Holanda, Portugal, Suíça, Reino Unido e Venezuela. Dentre eles, apenas seis acordos foram submetidos ao Congresso Nacional: aqueles celebrados com a França, Alemanha, Suíça, Portugal, Chile e Grã-Bretanha. Porém, todos foram retirados da pauta no ano de 2002 (AZEVEDO, 2001, p. 6).

Em um cenário mundial caracterizado pela progressiva expansão dos acordos bilaterais de investimento entre Estados com diferentes níveis de desenvolvimento, o Brasil permaneceu como um dos poucos países do mundo a não participar de nenhum BIT – não obstante ser uma das economias mais importantes da América Latina, visto que representa, ao mesmo tempo, um destino e fonte de IEDs.

Ao final de março e início de abril de 2015, a tradicional posição assumida pelo Estado brasileiro sofreu uma modificação bastante expressiva, em razão da assinatura de dois

Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (doravante ACFI) com parceiros comerciais na África.

Os ACFIs assinados pelo Brasil com Moçambique e Angola em 30 de março e 1º de abril de 2015, respectivamente, configuram um novo modelo de acordo de investimentos com características bastante particulares, sendo possível identificar neles três aspectos distintos: (i) a presença de dispositivos similares àqueles tradicionalmente existentes nos BITs, tais como a cláusula da nação mais favorecida, o tratamento nacional e as regras sobre expropriação e indenização devida; (ii) a inserção de provisões novas, não encontradas nos BITs, como a previsão de um Comitê Conjunto e de Pontos Focais; (iii) a omissão de algumas regras geralmente encontradas nos BITs, como o tratamento justo e equitativo e a solução de controvérsias investidor-Estado.

Tendo-se em vista as especificidades contidas nos ACFIs, mostra-se oportuna a comparação de seus dispositivos com as antigas regras presentes nos BITs assinados pelo país. A comparação entre as provisões contidas nas duas modalidades de acordo permite compreender de maneira mais efetiva a mudança na posição assumida pelo Brasil perante a regulamentação internacional dos investimentos, assim como identificar as implicações – positivas e negativas – do novo modelo.

Não obstante a assinatura de catorze tratados bilaterais de investimento pelo Brasil, a comparação proposta neste artigo restringe-se àqueles que foram submetidos ao Congresso Nacional na década de 1990, abrangendo os BITs celebrados pelo Brasil com a França, Suíça, Alemanha, Portugal, Chile e Grã-Bretanha. Os dispositivos constantes nos seis tratados bilaterais de investimento serão comparados com os dispositivos presentes no ACFI Brasil-

-Moçambique e no ACFI Brasil-Angola, incluindo-se as normas materiais e procedimentais neles presentes.

2. Preâmbulos dos BITs e dos ACFIs

No texto do preâmbulo, os seis BITs assinados pelo Brasil invocavam como um de seus objetivos a criação de condições favoráveis à realização dos investimentos estrangeiros, evidenciando a necessidade de promoção e proteção dos investimentos contra riscos não comerciais, a fim de “estimular iniciativas empresariais e promover prosperidade econômica” (BIT celebrado com Suíça, Grã-Bretanha, Alemanha, Chile e Portugal) e também “estimular a transferência de capitais e tecnologia entre os países, no interesse do seu desenvolvimento econômico” (BIT entre Brasil e França).

Na leitura desses preâmbulos, infere-se que o objetivo dos tratados consistia, primordialmente, na promoção e proteção do investimento estrangeiro. Os seis tratados bilaterais, tais quais redigidos, implicavam o reconhecimento expresso, por parte dos Estados contratantes, do potencial do fluxo de investimentos estrangeiros em gerar crescimento econômico, razão pela qual sua atração – ao menos na modalidade direta – seria desejável.

Esses acordos inserem-se no contexto marcado por políticas de atração de IEDs e subscreveram-se com a intenção de sinalizar à comunidade internacional uma postura receptiva por parte do Estado brasileiro quanto ao investimento estrangeiro.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho de parecer emitido pela Comissão das Relações Exteriores a respeito do acordo firmado entre Brasil e Portugal, o qual evidencia os benefícios dele advindos:

O Tratado em questão deverá, de modo inequívoco, irradiar impulsos positivos para a ampliação dos intercâmbios existentes no desenvolvimento de mercados, com a criação de empregos, sobretudo com a abertura crescente de oportunidades para os novos e vitais atores do processo de globalização: pequenos e médios empresários. São estes agentes de desenvolvimento econômico que deverão, em última instância, se beneficiar da aprovação do Acordo em exame. (BRASIL, 1997)

Com efeito, as possíveis vantagens resultantes do ingresso de IEDs no território do Estado receptor não se restringem a vantagens de natureza monetária, mas incluem a possibilidade de melhorias no seu desenvolvimento socioeconômico. Entre os benefícios proporcionados pelo IED, encontram-se a contribuição à balança de pagamentos do país, a

criação de empregos, o acesso à tecnologia moderna e o aumento de produtividade, de modo que o IED pode ser compreendido como um fator vital no desenvolvimento econômico de Estados mais pobres (SUTHERLAND, 1979, p. 367).

Entretanto, importa notar que tais benefícios apenas serão auferidos desde que aliados à implementação de políticas adequadas a essa finalidade. Apesar de, em teoria, ser possível a obtenção de benefícios pelo Estado receptor de investimentos, na prática torna-se difícil atrair investimentos de qualidade, aptos a contribuir para a geração de empregos ou aumento de competitividade das empresas locais.

No que tange aos ACFIs, nota-se a formulação de preâmbulos mais extensos, se comparados ao preâmbulo sucinto dos BITs da década de 90. Entre os diversos objetivos expostos no preâmbulo dos ACFIs, encontram-se o incentivo ao aprofundamento nos laços de amizade e cooperação entre as partes; o estímulo e apoio aos investimentos bilaterais; o reconhecimento do papel fundamental dos investimentos para crescimento e desenvolvimento econômico dos Estados; a compreensão dos benefícios resultantes da parceria entre os Estados em matéria de investimentos; o realce na importância de um ambiente transparente, ágil e amigável para investimentos; a reafirmação da autonomia legislativa dos Estados e do espaço para desenvolverem políticas públicas; o estreitamento de vínculo entre setor privado e governo; a busca por diálogo e iniciativas governamentais que contribuam para o aumento dos investimentos.

Os preâmbulos, idênticos no ACFI Brasil-Moçambique e no ACFI Brasil-Angola, enfatizam o estímulo e apoio aos investimentos, reconhecendo sua importância e os benefícios deles advindos. Contudo, diferentemente dos antigos BITs, não se limitam a reconhecer a ne-

cessidade de criar condições favoráveis para a promoção e proteção do investimento estrangeiro. Em lugar disso, enfatizam a necessária parceria a ser estabelecida entre as partes a fim de proporcionar benefícios amplos e recíprocos. Logo, o preâmbulo dos ACFIs revela-se mais equilibrado, pois almeja contemplar não somente o interesse dos investidores, mas também dos Estados receptores de investimento, tal qual a tendência atualmente reivindicada no regime internacional dos investimentos estrangeiros.

O preâmbulo do novo modelo de acordo traz um elemento particularmente relevante, ao afirmar a “autonomia legislativa e espaço para políticas públicas”, ou seja, preocupa-se em salvaguardar a capacidade regulatória do Estado para adotar medidas de interesse público, ainda que afetem direta ou indiretamente os interesses do investidor.

Ao analisar a inserção de interesses regulatórios do Estado no preâmbulo de tratados bilaterais de investimento, a autora Aikaterini Titi argumenta acerca da importância dessa previsão:

Although the main purpose of an investment treaty is the promotion and protection of reciprocal investment between the contracting parties, rather than the preservation of regulatory space (it would be incongruous to claim the opposite, since, in any event, the parties have more regulatory space in the absence of an IIA [international investment agreement]), it may be apposite to include regulatory interests in the preamble to ensure that investment promotion and protection are not the only considerations when interpreting a treaty (TITI, 2014, p. 119).

Outro elemento de destaque no preâmbulo dos ACFIs consiste na inserção do termo “transparência” como um requisito fundamen-

tal em um ambiente de investimentos. Com efeito, a necessidade de assegurar transparência no regime internacional dos investimentos, bem como a preservação da capacidade regulatória dos Estados, constituem duas das principais reivindicações dos Estados importadores de capital.

Importa notar que o preâmbulo de um tratado indica seu objeto e propósito, mas não cria direitos ou obrigações legalmente exigíveis para as partes. Contudo, sua importância não pode ser menosprezada, sobretudo no que diz respeito à sua utilidade como ferramenta interpretativa à disposição do árbitro. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ao tratar da interpretação dos tratados, dispõe em seu artigo 31 que “Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”. Para averiguar o contexto do tratado, o julgador deverá observar “além do texto, seu preâmbulo e seus anexos” (BRASIL, 2009).

A função do preâmbulo dos BITs foi discutida por tribunais arbitrais responsáveis por decidir controvérsias relativas a investimentos.

No caso *SGS v. Philippines*¹, o tribunal arbitral baseou-se no preâmbulo do BIT, o qual previa como um dos objetivos do tratado a criação e a manutenção de condições favoráveis para os investimentos, e decidiu que quaisquer incertezas na interpretação do acordo deveriam ser resolvidas de modo a favorecer a proteção dos investimentos. No caso *Lemire*², decidido em 2011, o tribunal arbitral também recorreu ao preâmbulo do BIT, o qual estabelecia ser desejável o tratamento justo e

equitativo para manter um quadro jurídico estável para os investimentos. Uma vez que o tratamento justo e equitativo está intimamente ligado à noção de expectativas legítimas do investidor, os árbitros entenderam ser necessário examiná-las antes de proferir a decisão.

Portanto, ainda que o preâmbulo não crie direitos ou obrigações legalmente exigíveis para as partes, deve ser redigido com cautela, uma vez que futuros tribunais arbitrais poderão utilizá-lo como base para decidir determinados aspectos de uma eventual controvérsia entre as partes. A redação cuidadosa do preâmbulo pode impedir os árbitros de enfatizarem exclusivamente a promoção e proteção dos investimentos e incentivá-los a considerar também os interesses do Estado receptor do investimento.

O preâmbulo dos ACFIs avançou bastante se comparado ao preâmbulo dos BITs, mas é necessário que as previsões ali estipuladas encontrem amparo no texto do tratado. A simples menção à preservação da autonomia legislativa das partes, por exemplo, deveria ser reforçada ao longo do texto, sob pena de tornar-se apenas uma intenção, e não um direito legalmente exigível.

3. Definições presentes nos acordos

Após o preâmbulo, os seis BITs em análise trazem em seu texto os seguintes dispositivos: definições de investidor e investimento; regras sobre promoção e admissão do investimento; *standards* de proteção do investimento; regras sobre expropriação e indenização devida; livre transferência de investimentos e rendas; sub-rogação no caso de seguradoras de investimento; mecanismos de solução de controvérsias; e, finalmente, disposições finais sobre entrada em vigor, prorrogação e denúncia do

¹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. versus Republic of the Philippines*, Caso ICSID No ARB/02/6, decisão de janeiro de 2004.

² *Joseph Charles Lemire versus Ukraine*, Caso ICSID No. ARB/06/18, decisão de março de 2011.

tratado. Além disso, os BITs celebrados pelo Brasil com Alemanha, Suíça e Chile contêm protocolo ao final, com o objetivo de esclarecer algumas provisões contidas no tratado.

Por sua vez, os ACFIs contêm as seguintes disposições: objeto do acordo; mecanismos de execução; definições; comitê conjunto; pontos focais (*Ombudsmen*); troca de informações entre as partes; relação com o setor privado; agendas temáticas; regras sobre expropriação, nacionalização e indenização; responsabilidades social corporativa; *standards* de proteção do investimento; regras sobre transparência; transferências; mecanismos de prevenção e resolução de disputas; aplicação do acordo; disposições finais e transitórias e anexos.

Dentre os primeiros elementos constantes de qualquer acordo de investimentos, encontram-se as definições de investimento e investidor. Ambos os elementos são essenciais para identificar quais investimentos e quais investidores estão abrangidos pela proteção assegurada no tratado.

3.1. Definição de investimento

Nos BITs assinados pelo Brasil, o termo “investimento” recebe definições variadas, mas semelhantes, sobretudo no que tange à sua amplitude. Investimento corresponde a “todos os tipos de haveres” (BIT assinado com Grã-Bretanha e com Suíça); a “todos os haveres, tais como bens, direitos e interesses de toda e qualquer natureza” (BIT Brasil-França); a “todo tipo de haveres, tais como bens e direitos de qualquer natureza, adquiridos ou exercidos de conformidade com a legislação da parte recipiente” (BIT Brasil-Chile); a “toda espécie de haveres investidos ou reinvestidos por um investidor de uma Parte Contratante no território da outra, de acordo com a legislação desta última” (BIT Brasil-Alemanha);

ou a “toda espécie de bens e direitos adquiridos pela aplicação ou reaplicação de recursos, efetuadas de acordo com a legislação da Parte Contratante recipiente” (BIT Brasil-Portugal).

Na sequência, os BITs trazem uma lista exemplificativa de investimentos, tais como: bens móveis ou imóveis, direitos reais, ações ou outras formas de participação societária, direitos sobre créditos, direitos autorais, direitos de propriedade intelectual, concessões. Em todos os BITs analisados, há previsão expressa de que o rol listado não é exaustivo.

Uma abordagem diferente é encontrada nos ACFIs. Enquanto o ACFI Brasil-Angola relega a definição de investimento e investidor para a regulamentação pelo direito interno dos Estados, no ACFI Brasil-Moçambique o termo “investimento” restringe-se a bens ou direitos destinados à produção de bens e serviços, tais como: sociedade, empresa, participação societária, propriedade ou direitos de propriedade, valor investido sob os direitos de concessões de negócios conferidas por lei, decisão administrativa ou contrato.

Destarte, é possível notar que a definição de investimento contida no texto dos tratados bilaterais de investimento era muito mais ampla que a definição ora presente nos ACFIs.

Com efeito, a tradicional definição de investimento encontrada nos BITs demonstra uma abordagem abrangente, permitindo caracterizar diversas operações como “investimentos”, o que é favorável para os investidores, mas pode contrariar os interesses do Estado receptor de investimentos.

Essa situação fica clara no Parecer emitido pela Comissão de Relações Exteriores ao analisar o BIT Brasil-Suíça. À época, manifestou-se no sentido de que “o texto acordado pelos dois países não denota preocupação alguma com a adoção de critérios acerca do tipo de investimento que se quer promover e prote-

ger” (BRASIL, 1996). Ainda segundo o mesmo parecer, o acordo “elege um objetivo vago de atração de capital, fornece garantias e vantagens amplas a este, congela no tempo tais prerrogativas, sem, em momento algum, estabelecer critérios para selecionar os investimentos que seriam mais convenientes ao País” (BRASIL, 1996).

Destarte, a amplitude do conceito de investimento colocaria o interesse dos investidores acima dos interesses do conjunto dos atores econômicos e da política de desenvolvimento a ser implementada pelo governo.

Embora não seja desejável uma conceituação demasiadamente ampla de investimento, deve-se ressaltar que tampouco é desejável uma conceituação excessivamente restritiva, a qual excluiria diversas atividades do âmbito de aplicação dos acordos.

3.2. Definição de investidor

Quando dois Estados concluem um acordo de promoção e proteção recíproca de investimentos, seu maior propósito consiste em garantir proteção a investidores estrangeiros, e não aos investidores nacionais que investem em seu próprio país. Sendo assim, em regra, o tratado protege o investidor que possui a nacionalidade do Estado de origem do investimento e que, ao mesmo tempo, não possui a nacionalidade do Estado receptor do investimento. Os dois requisitos são cumulativos e ambos devem ser preenchidos pelo investidor para que lhe seja assegurada a proteção prevista nos acordos de investimento.

Para estabelecer um procedimento de arbitragem com base em um BIT, o Estado receptor de investimentos deve ser uma das partes do BIT e o investidor deve demonstrar que é nacional da outra parte do BIT (SCHREUER, 2010, p. 521).

Para um investidor pessoa natural, a questão da nacionalidade torna-se menos problemática, na medida em que as leis internas de um Estado determinam se a pessoa natural pode ser considerada nacional daquele Estado. Contudo, ressalva-se que não há implicação direta entre residir em um país e adquirir a sua nacionalidade. Portanto pode ser considerado como investidor estrangeiro aquele indivíduo que reside no território do Estado receptor de investimentos, mas não é seu nacional.

No caso de pessoas naturais com mais de uma nacionalidade, podem existir algumas dificuldades. Geralmente, nega-se a proteção dos acordos de investimento para pessoas naturais que possuem simultaneamente a nacionalidade do Estado de origem e do Estado receptor do investimento – uma vez que, conforme anteriormente exposto, um BIT tenciona proteger estrangeiros e não investidores nacionais.

A nacionalidade das pessoas jurídicas é matéria de grande debate no direito internacional dos investimentos. Em regra, verifica-se a nacionalidade da pessoa jurídica com base no critério do lugar de sua constituição (ou incorporação) ou sede (*siège social*). Portanto, a empresa deve estar constituída ou ter sede em outro território que não seja o Estado receptor de investimentos. Contudo, é possível adotar o critério do controle, caso em que se verifica a nacionalidade dos detentores de capital da empresa. Assim, uma pessoa jurídica constituída no Estado receptor de investimentos, que a princípio não seria considerada estrangeira, poderá ser considerada estrangeira caso o controle seja exercido por estrangeiros.

Os seis BITs analisados definem investidor como a pessoa natural nacional de uma das Partes (ou seja, do Estado de origem do investimento) ou a pessoa jurídica cuja nacionalidade é definida com base em seu lugar de constituição e sede. Apenas os BITs da Suíça e França referem-se ao critério do controle.

O ACFI Brasil-Moçambique define investidor como a pessoa natural nacional de uma das partes ou a pessoa jurídica, desde que esta possua sede no território de uma das Partes (Estado de origem do investimento) e ali tenha o centro de suas atividades econômicas, nos termos do seu Artigo 2.4. (ACORDO, 2015a).

Não obstante a ausência de definição de investidor, o ACFI Brasil-Angola chega a um resultado muito similar ao prever que, em seu Artigo 16.3:

[...] qualquer parte pode denegar os benefícios previstos no presente acordo a um investidor da outra parte ou aos investimentos desse investidor se o investidor pessoa jurídica não for constituído conforme a legislação de uma parte, não possuir sede em território de uma parte e ali não realizar atividades ou negócios substanciais.

Trata-se da assim chamada cláusula de denegação de benefícios (ACORDO, 2015b).

Imagine-se a situação de um acordo de investimentos firmado entre os Estados A e B. Um investidor pessoa jurídica investe no território do Estado A e alega ser um investidor estrangeiro (e por isso exige aplicação da proteção garantida no BIT), pois é nacional do Estado B. Contudo, verifica-se que a sede dessa pessoa jurídica ou suas atividades substanciais concentram-se em um Estado C, que não é parte do acordo de investimentos. Nesse caso, seria possível negar-lhe proteção, de modo a impedir que sejam cometidos abusos. A principal preocupação consiste em impedir que empresas sem nenhuma ligação com as partes contratantes do acordo de investimentos possam usufruir dos benefícios dele resultantes.

Busca-se limitar a ocorrência do chamado *treaty shopping*, também conhecido pela expressão “empresas de conveniência” (*corporations of convenience*) ou, ainda, “planejamento de nacionalidade” (*nationality planning*), situação em que a sociedade é estabelecida em determinado Estado com a única finalidade de valer-se da proteção prevista nos BITs firmados por aquele Estado.

Em síntese, ambos os ACFIs celebrados pelo Brasil apresentam uma definição de investidor mais restrita do que aquela usualmente encontrada nos BITs, com a preocupação central de minimizar a ocorrência de eventuais abusos.

4. Standards de proteção do investimento nos BITs e nos ACFIs

Os acordos de promoção e proteção recíproca de investimento, sejam os tratados bilaterais de investimento, sejam os novos modelos de ACFIs, protegem os investimentos estrangeiros por meio de, basicamente, dois tipos de normas: normas de natureza substancial e de natureza procedimental.

As normas de natureza substancial conferem direitos ao investidor e aos seus investimentos, tais como: direito de receber tratamento justo e equitativo; direito de receber tratamento não discriminatório, consubstanciado na cláusula da nação mais favorecida e tratamento nacional; direito de receber plena proteção e segurança; e, finalmente, direito de receber indenização em caso de expropriação. Esses são os chamados *standards* de proteção do investimento.

Igualmente importantes e recorrentes nos acordos de investimento, as normas procedimentais preveem mecanismos de solução de controvérsias em caso de violações dos direitos substanciais conferidos ao investidor.

Em primeiro lugar, serão analisados os *standards* de proteção do investimento encontrados nos BITs e nos ACFIs. Em um segundo momento, o enfoque dirige-se aos meios de solução de controvérsias previstos no texto desses acordos.

4.1. Tratamento justo e equitativo

Considerado o mais importante *standard* de proteção do investimento (SCHREUER, 2010, p. 125), a cláusula de tratamento justo e equitativo já constava do texto da Carta de Havana de 1948. Embora a Carta de Havana jamais tenha entrado em vigor, seus dispositivos influenciaram a redação de futuros acordos.

Além de estar presente nas tentativas de estabelecer um acordo multilateral de investimentos e nos acordos celebrados a nível regional, o tratamento justo e equitativo consta explicitamente da maior parte de tratados bilaterais de investimento. Contudo, tão grande quanto a importância dessa cláusula é sua imprecisão. A vagueza e ambiguidade decorrem da ausência de definição nos BITs sobre os elementos que permitem identificar um tratamento como *justo e equitativo*. A esse respeito, a doutrina divide-se basicamente em duas correntes.

De acordo com a primeira corrente, a cláusula de tratamento justo e equitativo tem significado idêntico ao chamado *padrão mínimo internacional* de tratamento a ser assegurado aos estrangeiros e à sua propriedade. Essa é a interpretação conferida ao tratamento justo e equitativo previsto no artigo 1105 do NAFTA.

Contudo, para a segunda corrente, o tratamento justo e equitativo deve ser interpretado como uma garantia autônoma, que não se confunde com o padrão mínimo internacional e que deve ser analisada com seu pleno significado, isto é: um tratamento caracterizado

por considerações de justiça, equidade e boa-fé. Embora as delimitações conceituais dessa espécie de tratamento sejam relativamente imprecisas, é justamente essa falta de precisão que fornece ao conceito a flexibilidade necessária para torná-lo adaptável conforme o caso concreto.

Entre os internacionalistas, prevalece a ideia de que o tratamento justo e equitativo é um conceito autônomo e não se confunde com o padrão mínimo internacional. Esta é a visão defendida pelos consagrados autores Christoph Schreuer e Rudolf Dolzer (DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 134).

O significado da cláusula tornou-se mais claro a partir das decisões proferidas por tribunais arbitrais, os quais começaram a identificar um *corpus* de características que permitem preencher o conceito do tratamento justo e equitativo.

As principais características consideradas pelos árbitros ao analisar se o investidor recebeu tratamento justo e equitativo coincidem com os compromissos de transparência, estabilidade, respeito às expectativas legítimas do investidor, cumprimento com obrigações contratuais, devido processo legal, boa-fé e garantia de não ser tratado de modo coercitivo ou perseguido (SCHREUER, 2010, p. 125).

Destarte, a cláusula possui duas dimensões distintas: uma dimensão procedimental, que se relaciona ao devido processo legal; e uma dimensão substantiva, que implica a aceitação dos compromissos de razoabilidade, estabilidade, não discriminação e transparência (VANDELDE, 2010, p. 52).

Em síntese, o tratamento justo e equitativo representa a garantia de acesso à justiça e ao devido processo legal; garantia de ordenamento jurídico estável, previsível e transparente; condução transparente dos procedimentos administrativos ou judiciais; proteção das ex-

pectativas legítimas do investidor e, por fim, tratamento não abusivo do investidor e do investimento. A estabilidade no ordenamento jurídico do Estado receptor de investimentos deve ser equilibrada com a liberdade do Estado em legislar e alterar seu ordenamento jurídico. Segundo o entendimento predominante, o investidor só poderá exigir estabilidade no ordenamento jurídico do Estado se lhe foi oferecido um *compromisso específico* nesse sentido.

Por sua vez, o conceito da expressão “legítima expectativa” exige que seja considerada não apenas a conduta do Estado, mas do próprio investidor. Se o investidor realiza seu investimento em uma área altamente regulamentada, não poderá alegar que a mudança na legislação do Estado equivale à violação do tratamento justo e equitativo, tal qual evidenciado no trecho abaixo:

Acknowledging the investor's legitimate expectations may, *a contrario*, serve to favor, not the investor, but the host State. An obvious example is where an investor invests in a highly regulated area, or in circumstances where stringent and evolving local regulation should be anticipated, such as with respect to environmental protection: One cannot postulate that the environmental regime should be absolutely frozen, especially in the case of large-scale economic development projects and of technological innovation and changing environmental expectations and accepted standards (FORTIER; DRYMER, 2004, p. 307).

A construção do conceito da expressão “tratamento justo e equitativo”, com base nos elementos listados, permite que esse *standard* de proteção do investimento seja utilizado não apenas como uma garantia do investidor, mas também como uma importante ferramenta na mão dos árbitros que lhes permite, na análise

de cada caso concreto, balancear os interesses antagônicos do investidor e do Estado, equilibrando os distintos interesses envolvidos em uma operação transnacional. Nesse sentido, destacam-se as palavras de Mara Valenti:

The case-law rendered so far has disclosed the different factors which make up the standard, filling it with content. The pattern that has emerged is, in my opinion, an adequate tool in the hands of the arbitrator to handle the FET [fair and equitable treatment] standard. The latter lastly appears as a principle whose application should not be made to the host State's disadvantage and to the benefit of the foreign investor alone. Contrary to the long-standing investor-oriented approach, the standard thus seems to be in line with – and to contribute to – the recent trend affecting international investment law as a whole (VALENTI, 2014, p. 55).

Dada a difusão da cláusula de tratamento justo e equitativo nos acordos relativos a investimentos, sejam aqueles estabelecidos em âmbito bilateral, regional ou multilateral; questionou-se se essa garantia teria o *status* de direito costumeiro internacional. Em caso afirmativo, o tratamento justo e equitativo seria exigível mesmo se não previsto expressamente nos tratados bilaterais de investimentos.

Entretanto, o melhor entendimento parece ser no sentido de responder negativamente a essa questão (VASCIANNIE, 2000, p. 164). Afinal, apesar da constante previsão nos acordos, não existem evidências suficientes para comprovar a aceitação unânime dessa garantia por todos os Estados, inclusive se considerarmos as grandes divergências de opinião historicamente defendidas pelos países exportadores e importadores de capital. Destarte, faltaria o requisito de *opinio juris*, essencial para a caracterização do direito costumeiro internacional.

Os BITs firmados pelo Brasil com Portugal, França, Chile, Suíça, Alemanha e Grã-Bretanha preveem que cada Parte Contratante deverá dispensar um tratamento não discriminatório, justo e equitativo aos investimentos realizados por investidores da outra Parte Contratante.

Nesse aspecto, o BIT Brasil-França é particularmente relevante, pois é o único que especifica exemplos de atos considerados contrários ao tratamento justo e equitativo, o que se extrai da redação do Artigo 3:

Quaisquer restrições à compra e ao transporte de matérias primas e matérias auxiliares, energia e combustíveis, bem como de meios de produção e de exploração de qualquer espécie, qualquer obstáculo à venda e ao transporte dos produtos no interior do país e para o exterior, assim como quaisquer outras medidas de efeito análogo (ACORDO, 1995a).

Os ACFIs celebrados pelo Brasil não fazem referência ao tratamento justo e equitativo. Essa omissão pode ter consequências negativas, sobretudo se considerarmos que não há unanimidade no sentido de que o tratamento justo e equitativo seja uma regra de direito costumeiro internacional. Assim, para ter aplicação, a cláusula deve constar expressamente no acordo.

A importância de prever o tratamento justo e equitativo no texto dos ACFIs decorre principalmente de sua capacidade de balancear os distintos interesses envolvidos, sejam aqueles dos investidores estrangeiros ou dos Estados receptores de investimento.

É possível argumentar que, embora ausente a previsão de tratamento justo e equitativo no texto dos ACFIs, a omissão pode ser contornada por meio da cláusula da nação mais favorecida. Desse modo, os investidores brasileiros

poderiam amparar-se em acordos firmados por Moçambique e Angola com terceiros Estados, os quais contêm a exigência de tratamento justo e equitativo, e exigir a aplicação dessa garantia. Contudo, esse mesmo caminho não estaria disponível para investidores de Moçambique, uma vez que o Brasil não possui acordos de investimento assinados e ratificados com outros países. Considerando-se que um dos propósitos do ACFI é a cooperação entre as partes contratantes, é forçoso concluir que essa diferença de tratamento não se justifica.

4.2. Cláusula da nação mais favorecida e tratamento nacional

Além do tratamento justo e equitativo, igualmente difundidas nos acordos bilaterais ou regionais de investimentos são as cláusulas da nação mais favorecida e o tratamento nacional, consideradas *standards* de proteção dos investimentos estrangeiros do tipo contingencial.

Os padrões de proteção dos investimentos chamados contingenciais são aqueles cujo significado é variável conforme cada contexto específico. Assim a simples referência feita a um *standard* do tipo contingencial no BIT não permite inferir qual tratamento será conferido ao investidor, pois o preenchimento do significado dependerá de uma situação concreta. É o caso da cláusula da nação mais favorecida e do tratamento nacional, cujo significado somente será preenchido na medida em que se comparar o tratamento conferido ao investidor estrangeiro àquele conferido aos investidores nacionais ou aos investidores de um terceiro país.

A cláusula da nação mais favorecida e o tratamento nacional decorrem do princípio de não discriminação. Ambas as garantias representam o compromisso do Estado de não tratar o investidor estrangeiro de modo discriminatório, seja com relação aos investidores nacionais do Estado receptor de investimentos, seja com relação a investidores estrangeiros provenientes de um terceiro Estado.

A previsão de tratamento nacional implica a proibição de que o Estado receptor de investimentos ofereça ao investidor estrangeiro um tratamento menos benéfico que aquele proporcionado aos seus investidores nacionais. Contudo, questiona-se a abrangência temporal dessa garantia.

Discute-se se a obrigação do Estado de oferecer o mesmo tratamento a investidores estrangeiros e nacionais já existe antes do início do investimento ou surge apenas após sua realização. Embora a primeira opção seja encontrada em alguns acordos de investimento celebrados pelos EUA e no Capítulo XI do NAFTA, predomina a segunda posição (SCHEFER, 2013, p. 304). Portanto, a maior parte dos BITs permite que

o Estado exija dos estrangeiros o cumprimento de condições ou formalidades mais onerosas que aquelas exigidas dos nacionais, antes de iniciarem o investimento em seu território – sem que isso implique discriminação.

Com relação à cláusula da nação mais favorecida, sua inserção no BIT permite que o investidor estrangeiro que exerce atividade no território de um determinado Estado possa exigir que lhe seja assegurado o mesmo tratamento benéfico conferido por esse Estado ao investidor de um terceiro país. Bastante antiga e de uso recorrente no sistema multilateral do comércio, a cláusula da nação mais favorecida impede que um Estado estabeleça tratamentos diferentes conforme a nacionalidade do investidor.

A regra geral consiste em limitar a abrangência da cláusula da nação mais favorecida para as garantias substanciais previstas no acordo. A possibilidade da aplicação procedimental da cláusula, para estender a jurisdição prevista no BIT a outros Estados, foi objeto de controvérsia entre tribunais arbitrais.

No famoso caso *Maffezzini*³, o argentino Emilio Maffezzini, que iniciara seu investimento na Espanha em 1989, requereu instituição de procedimento arbitral no ICSID alegando o descumprimento do BIT Argentina-Espanha. Por sua vez, a Espanha argumentou que o investidor não havia cumprido um requisito exigido pelo BIT Argentina-Espanha, consistente na obrigação de submeter eventuais controvérsias, primeiramente, a julgamento perante as cortes locais. Por esse motivo, argumentou o Estado, o tribunal arbitral seria incompetente para decidir.

Ao proferir a sua decisão, o tribunal rejeitou o argumento da Espanha e acatou o en-

³ *Emilio Agustín Maffezzini versus Kingdom of Spain*, Caso ICSID No. ARB/97/7, decisão de janeiro de 2000.

tendimento do investidor, no sentido de que a cláusula da nação mais favorecida prevista no BIT Argentina-Espanha possibilitava a aplicação do tratamento mais benéfico previsto no BIT Chile-Espanha, o qual não previa a exigência de submeter o caso às cortes locais.

O entendimento manifestado pelos árbitros suscitou muita discussão e críticas, de modo que, em alguns tratados bilaterais de investimento, foi inserido um dispositivo para explicitar que a cláusula de nação mais favorecida não poderia ser interpretada dessa maneira.

Em casos mais recentes, como o caso *Plama v. Bulgaria*⁴ e *Salini v. Jordan*⁵, os tribunais decidiram não ser possível a aplicação da cláusula da nação mais favorecida para as disposições procedimentais do tratado.

Finalmente, cumpre destacar a existência de exceções à aplicação da cláusula da nação mais favorecida e do tratamento nacional. É comum a previsão expressa nos BITs de que essas cláusulas não podem ser aplicadas de modo a estender a terceiros países as vantagens decorrentes de acordos regionais de integração econômica ou acordos de tributação.

Em todos os seis BITs assinados pelo Brasil e submetidos ao Congresso Nacional na década de 90, previram-se expressamente o tratamento nacional e a cláusula de nação mais favorecida, excepcionando-se apenas os privilégios resultantes de participação em organização econômica regional e as disposições de matéria tributária. O BIT firmado com a Grã-Bretanha excepciona, além dessas duas hipóteses, o caso de disposições consti-

⁴ *Plama Consortium Limited versus Republic of Bulgaria*, Caso ICSID No. ARB/03/24, decisão de fevereiro de 2005.

⁵ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. versus The Hashemite Kingdom of Jordan*, Caso ICSID No. ARB/02/13, decisão de novembro de 2004.

tucionais relacionadas à aquisição de bens e serviços pelo Poder Público.

Nos ACFIs, o dispositivo que trata da matéria intitula-se “tratamento aos investidores e investimentos”, diferente dos BITs, no qual eram empregadas as expressões “tratamento nacional e cláusula da nação mais favorecida”. Contudo, as disposições previstas em ambas as modalidades de acordo assemelham-se.

Ambos os ACFIs preveem, em seu Art. 11.2, o tratamento nacional ao afirmarem que:

Cada Parte, observada a legislação aplicável, permitirá aos investidores da outra Parte estabelecer investimentos e conduzir negócios em condições não menos favoráveis que as disponíveis para os investidores domésticos (ACORDO, 2015a & 2015b).

Ao mesmo tempo, a cláusula da nação mais favorecida é encontrada na previsão de que:

Cada Parte permitirá aos investidores da outra Parte estabelecer investimentos e conduzir negócios em condições não menos favoráveis que as disponíveis para outros investidores estrangeiros (ACORDO, 2015a & 2015b).

As ressalvas admitidas no ACFI Brasil-Moçambique dizem respeito a privilégios resultantes de zonas de livre comércio, uniões aduaneiras ou mercados comuns, bem como resultantes de quaisquer acordos para evitar a dupla tributação.

O ACFI Brasil-Angola admite exceções mais amplas, ao ressaltar os privilégios obtidos em razão de uniões aduaneiras ou econômicas, mercados comuns, zonas de livre comércio ou acordos internacionais de cooperação econômica, bem como acordos para evitar a dupla tributação ou outros acordos internacionais de natureza fiscal.

Um dispositivo peculiar é encontrado no ACFI Brasil-Angola, o qual estabelece em seu artigo 11.6:

Cada Parte poderá prever, com base em leis e regulamentos, formalidades especiais ligadas às atividades de investimento dos investidores da outra Parte no seu território, desde que tais formalidades especiais não prejudiquem a substância dos direitos de tais investidores e o princípio da não discriminação (ACORDO, 2015b).

A linguagem desse dispositivo não é clara, o que torna problemático compreender em quais outras hipóteses (além da participação em orga-

nização regional e de acordos de matéria tributária) poderiam ser exigidas outras formalidades especiais dos investidores estrangeiros, sem ferir o tratamento nacional e a cláusula da nação mais favorecida.

Na sequência, o ACFI firmado com Angola garante que os investidores estrangeiros não serão discriminados com respeito ao acesso à jurisdição de caráter judicial e administrativo (órgãos singulares e colegiados da justiça e órgãos administrativos) e à defesa de seus direitos.

Finalmente, cumpre observar a última parte do artigo 11 do ACFI Brasil-Angola, em que se estabelece que “Cada Parte deve observar e respeitar as obrigações assumidas expressamente em relação aos investimentos dos investidores da outra Parte”. Essa previsão, não encontrada no texto do ACFI assinado com Moçambique, corresponde à chamada *umbrella clause*, cuja estipulação suscita controvérsias.

O emprego da “cláusula guarda-chuva” destina-se a elevar uma obrigação assumida entre o investidor e o Estado receptor do investimento ao patamar de obrigação assumida entre Estados. Desse modo, eventual violação de um contrato de investimentos equipara-se à violação do BIT, o que amplia a proteção do investidor estrangeiro e lhe permite o acesso a mecanismos de solução de controvérsias previstos no texto do tratado bilateral de investimentos. Alguns Estados não são favoráveis à inclusão desse dispositivo. É o caso do Canadá, razão pela qual *umbrella clauses* não são previstas no Capítulo XI do NAFTA.

Nesse aspecto, aparenta haver uma contradição na redação dos ACFIs em análise. Por um lado, o ACFI Brasil-Angola admite maiores exceções ao tratamento nacional e à cláusula da nação mais favorecida do que o ACFI Brasil-Moçambique, o que mostra uma postura mais positiva para o Estado receptor de investimentos do que para os investidores.

Por outro lado, no mesmo dispositivo, o ACFI Brasil-Angola prevê a *umbrella clause*, muito mais benéfica para o investidor do que para o Estado, uma vez que amplia a extensão do acordo e, conseqüentemente, a proteção aos investimentos estrangeiros.

4.3. Plena proteção e segurança

Em grande parte dos acordos de investimento, a cláusula que garante o tratamento justo e equitativo refere-se também à plena proteção e segurança do investimento. Contudo, configuram duas garantias autônomas.

A afirmação da plena proteção e segurança representa o comprometimento do Estado de adotar medidas direcionadas à proteção das pessoas e aos bens relacionados ao investimento. Trata-se de assegurar a proteção física do investimento contra interferências externas, sejam elas desencadeadas pela ação do Estado, sejam por terceiros. Além da proteção física, entende-se que a plena proteção e segurança abrangem também a proteção legal do investimento, com a exigência de que se possibilite acesso do investidor aos órgãos jurisdicionais domésticos do Estado receptor.

Todavia, o dever do Estado de assegurar proteção física e legal ao investimento não implica sua responsabilização absoluta. A cláusula de plena proteção e segurança corresponde a uma obrigação de conduta e não de resultado, de modo que não será caracterizada responsabilização do Estado se comprovado que foram empregados os meios possíveis para proteger o investimento – independente do resultado alcançado (SCHEFER, 2013, p. 313).

Diante da alegação do investidor de que o Estado violou a garantia de plena proteção e segurança, os tribunais arbitrais deverão investigar se o Estado agiu com a *due diligence* (DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 162). Deve-

-se ponderar se o Estado empregou as medidas adequadas e cabíveis que tem o dever de exercer em tais circunstâncias. Nessa análise, torna-se necessário considerar o desenvolvimento do Estado e os recursos à sua disposição, em uma observação minuciosa de sua capacidade financeira e institucional.

Nos BITs celebrados pelo Brasil com a Suíça e com a Grã-Bretanha, a previsão de plena proteção e segurança consta na mesma cláusula que assegura o tratamento justo e equitativo. Nos BITs assinados com Alemanha e França, a garantia de plena proteção e segurança está inserida em dispositivo autônomo (artigo 4º no BIT Brasil-Alemanha e artigo 5º no BIT Brasil-França).

No que tange ao BIT celebrado com o Chile, embora não seja empregada a expressão “plena proteção e segurança”, tal qual nos acordos supracitados, é possível inferir a previsão de que

Cada Parte Contratante protegerá, em seu território, os investimentos efetuados, de conformidade com sua legislação, por investidores de outra Parte Contratante e não criará obstáculos, por meio de medidas injustificadas ou discriminatórias, à gestão, à manutenção, à utilização, à fruição, à extensão, à venda ou, se for o caso, à liquidação de tais investimentos (ACORDO, 1994a).

O acordo bilateral assinado entre Brasil e Portugal é o único – dentre aqueles analisados – que não prevê a plena proteção e segurança dos investimentos. Entretanto, na situação hipotética de que os seis acordos tivessem sido ratificados pelo Brasil, a cláusula da nação mais favorecida explicitamente prevista no BIT Brasil-Portugal possibilitaria a extensão da plena proteção e segurança para os investidores portugueses, haja vista que tal garantia é reconhecida aos investidores dos outros cinco países.

Com relação aos acordos de cooperação e facilitação de investimentos, não se encontra a previsão de plena proteção e segurança. Entretanto, ambos os ACFIs preveem a compensação em caso de destruição do investimento, no todo ou em parte, por forças e autoridades da outra parte, nos termos do Art. 12 de ambos os acordos (ACORDO, 2015a, 2015b).

5. Regras sobre expropriação e indenização devida

A expropriação de propriedades situadas em seu território, pertençam a nacionais ou a estrangeiros, é reconhecida internacionalmente como um direito do Estado. Entretanto, a legalidade da expropriação condiciona-se à observância de quatro requisitos que devem ser satisfeitos cumulativamente.

Em primeiro lugar, a expropriação deve ser motivada por razões de interesse público. Em segundo lugar, a medida deve ser não discriminatória, ou seja, o Estado não pode expropriar com base nas características particulares de um investidor. A terceira exigência diz respeito ao cumprimento do devido processo legal, instituto destinado a assegurar o respeito a garantias processuais. Finalmente, o último requisito corresponde à exigência do pagamento de indenização. Trata-se do requisito mais controverso, dadas as divergências de entendimento entre Estados exportadores e importadores de capital acerca dos critérios empregados para estabelecer a indenização devida.

A presente seção abordará, inicialmente, as divergências em matéria de indenização devida em caso de expropriação. Posteriormente, a análise concentra-se nos casos de expropriação indireta – muito recorrentes e controversos no direito dos investimentos.

5.1. Indenização devida

Em 1938, após a nacionalização de companhias norte-americanas estabelecidas no México, o secretário de Estado dos EUA, Cordon Hull, fez uma declaração que se tornaria célebre, ao afirmar que as regras de direito internacional exigiam compensação pronta, adequada e efetiva para os investidores prejudicados. Esses requisitos tornaram-se conhecidos como “Fórmula Hull” e determinavam que o investidor deveria ser indenizado de forma rápida e deveria receber o valor de mercado de seus investimentos, a ser pago em moeda conversível.

Por sua vez, os Estados em desenvolvimento argumentavam que a indenização não deveria seguir todos aqueles requisitos, mas deveria basear-se tão somente em um “padrão apropriado”. Embora inicialmente se opusessem à fórmula Hull, a assinatura constante de BITs por esses Estados após os anos 80 levou-os a aceitar cláusulas que contivessem a exigência de indenização pronta, efetiva e adequada.

Os seis BITs objeto de análise tratam da expropriação e indenização devida, embora utilizem diferentes termos, como “desapropriação” e “nacionalização” (BITs assinados com Grã-Bretanha, Suíça, França, Chile, Portugal). Apenas o BIT assinado com a Alemanha emprega o termo “expropriação”.

Alguns autores conferem aos termos “expropriação” e “nacionalização” duas acepções distintas, com a argumentação de que a expropriação refere-se a medidas individualizadas de interesse público, destinadas a atingir a propriedade de uma determinada empresa, ao passo que a nacionalização refere-se a medidas governamentais que interferem em propriedades de um completo setor da economia ou diversos setores econômicos, com o intuito de transferi-los ao domínio público (FONSECA, 2008, p. 116).

Embora os quatro requisitos da expropriação sejam citados nos acordos, há divergência entre eles quanto à modalidade de indenização devida.

Os BITs assinados com a Grã-Bretanha e o Chile utilizam a expressão “indenização imediata, adequada e efetiva”. O BIT assinado com a Suíça fala apenas em “indenização efetiva e adequada”, embora ressalve que deverá ser paga sem demora. O BIT celebrado com a Alemanha diz que “a indenização deverá ser paga de imediato, em moeda conversível e livremente transferível”. No caso do BIT entre Brasil e França, há a previsão de “indenização pronta e adequada”. Com relação ao BIT entre Brasil e Portugal, prevê-se a necessidade de “justa e pronta indenização”. As diferentes maneiras de redação do dispositivo referente à indenização demonstram a falta de consenso entre os Estados acerca dessa matéria.

Uma das críticas aos tratados bilaterais de investimento assinados pelo Brasil na década de 90 dizia respeito ao conflito das regras indenizatórias previstas nos BITs com os preceitos constitucionais vigentes. Ao emitir parecer sobre o BIT Brasil-Suíça, a Comissão de Relações Exteriores manifestou-se no sentido de que a forma de indenização prevista no acordo colidia com os preceitos constitucionais acerca da desapropriação de imóveis urbanos e rurais, uma vez que, no caso de imóvel urbano, a Constituição brasileira prevê a possibilidade de pagamento em dinheiro ou títulos da dívida pública, Art. 182, §3º, ao passo que, em se tratando de imóvel rural, o texto constitucional prevê o pagamento com títulos da dívida agrária, Art. 184, *caput* (BRASIL, 1996).

Os recentes ACFIs assinados pelo Brasil empregam os termos “expropriação” e “nacionalização” e exigem o cumprimento dos quatro requisitos tradicionais para a legalidade da expropriação. No que tange à indenização,

o ACFI Brasil-Angola refere-se à “justa compensação, adequada e efetiva” e o ACFI Brasil-Moçambique exige “adequada e efetiva indenização”.

Da análise desses acordos, infere-se a ausência de exigência de “pronta indenização”. Ambos os acordos apenas ressalvam que ela deve ser paga “sem demora”, conforme a legislação do Estado onde a expropriação ocorreu. Nesse aspecto, a redação dos ACFIs, comparada à dos BITs, revela-se mais adequada, uma vez que se coaduna com os preceitos constitucionais brasileiros, respondendo a uma das principais críticas que levou ao fracasso na assinatura dos BITs nos anos 90.

5.2. Expropriação indireta

Embora a expropriação direta, caracterizada pela transferência do título de propriedade para o Estado, tenha sido comum no passado, atualmente ela deixou de ser a regra. Hoje, predomina a ocorrência da chamada expropriação indireta, em que não há a transferência formal do título de propriedade, mas redução do valor econômico do investimento ou perda de controle pelo investidor, em decorrência de medidas adotadas pelo Estado.

A expropriação indireta também é denominada “expropriação de fato”, “medidas equivalentes à expropriação” ou “expropriação *creeping*”. O último termo é empregado para designar a hipótese em que a redução no controle ou uso da propriedade ocorre após a sucessão de diversas ações tomadas pelo Estado. Nesse caso, uma medida isolada não é expropriatória, mas o conjunto de medidas ou ações tomadas pelo Estado caracteriza expropriação.

A maior dificuldade em tratar dos aspectos relativos à expropriação indireta consiste em diferenciar uma medida regulatória permitida, que o Estado tem total liberdade para adotar,

e uma medida regulatória de natureza expropriatória, que implica a responsabilização do Estado a indenizar o investidor.

Em determinados momentos, é possível que um Estado, fazendo uso de seu poder regulamentador, estipule certas regras relacionadas à tributação, ao comércio, ao meio ambiente, à saúde, para proteger o interesse público, e tais regras podem indiretamente afetar os interesses do investidor. É o caso das medidas adotadas pela Austrália para regulamentar as embalagens de cigarro, o que, na visão dos investidores desse ramo, prejudicava seus investimentos, razão pela qual iniciaram procedimento arbitral contra o Estado australiano.

De um lado, há a necessidade de proteger o interesse dos investidores estrangeiros, garantindo-lhes segurança jurídica, para que não sejam prejudicados economicamente por uma medida regulatória adotada pelo Estado. De outro lado, há o interesse do Estado em implementar medidas de interesse público, com a preservação de sua soberania.

Um interessante exemplo trazido pelo Professor Andrew Newcombe auxilia a ilustrar o tema. No exemplo hipotético, um investidor estrangeiro possui um empreendimento voltado ao setor de propaganda e controla cerca de 70% dos *billboards* da cidade. Uma pesquisa sugere que muitos acidentes de trânsito são causados pela distração dos motoristas, em decorrência dos anúncios. Por tal motivo, o governo decide proibir esse tipo de propaganda, o que acarretará grandes prejuízos financeiros para o investidor. Nesse caso, o Estado será condenado a indenizar o investidor, ou será isento de pagar compensação, uma vez que a medida voltava-se nitidamente para a proteção do interesse público? (NEWCOMBE, 2005, p. 4).

A questão é bastante delicada, haja vista que se, de um lado, o Estado sempre for condenado a indenizar, isso equivale a reduzir ou eli-

minar seu espaço de manobra para desenvolver políticas públicas. Teme-se que a condenação do Estado ocasionaria um “*chilling effect*” – o Estado se absteria de adotar medidas de interesse público de modo a evitar condenações. De outro lado, se o investidor sempre tiver que suportar os prejuízos, isso equivale a anular a proteção estabelecida no tratado bilateral de investimento.

A solução que, em um primeiro momento, afigura-se como ideal parece ser o estabelecimento, de modo objetivo, nos tratados bilaterais de investimento, das medidas regulatórias não consideradas expropriatórias. A fixação de regras objetivas nos tratados vincularia a ação dos tribunais arbitrais, uma vez que os BITs são os principais instrumentos em que os árbitros baseiam-se para proferir suas decisões.

Diversas abordagens são empregadas pelos tribunais arbitrais para estabelecer a diferenciação entre uma medida regulatória de interesse público, não indenizável, e uma medida com efeitos expropriatórios, indenizável.

A primeira abordagem possível consiste em focar exclusivamente os efeitos da medida. Uma vez que a medida impacta negativamente o investimento, configurando prejuízo econômico ao investidor, ela é considerada expropriatória, independentemente da intenção do Estado ao adotá-la. Embora essa concepção já tenha sido empregada em casos relevantes (como o caso *Metalclad v. Mexico*⁶), ela tem a desvantagem de anular eventuais distinções entre regulação e expropriação.

A segunda abordagem concentra-se em averiguar os efeitos da medida para o investidor, por meio da análise de suas expectativas legítimas. Em regra, uma medida não discri-

minatória de interesse público não será considerada expropriatória e indenizável, a menos que o Estado tenha oferecido compromissos específicos para o investidor, no sentido que se absteria de adotar essas medidas.

Uma terceira teoria empregada em arbitragens de investimento enfoca não somente os efeitos da medida, mas também a sua finalidade. Se a finalidade do Estado consiste em promover interesses públicos legítimos, a medida é vista como regulação e não expropriação.

O caso *Tecmed*⁷ trouxe uma quarta abordagem para a análise da expropriação indireta. Nesse caso, o tribunal arbitral fez referência à proporcionalidade, estabelecendo que, para não configurar expropriação, a medida adotada pelo Estado, além de legítima e justificável, deve ser proporcional.

Em razão da recorrente alegação de expropriação indireta no âmbito dos tribunais arbitrais e dos diversos aspectos envolvidos para sua configuração, muitos tratados bilaterais de investimentos passaram a inserir dispositivos para regulamentar o tema. Um exemplo interessante é o BIT Canadá-China, o qual estabelece distintos fatores a serem considerados pelos árbitros para determinar a caracterização de expropriação, tais como o impacto da medida, as características da medida e as expectativas legítimas do investidor. O tratado ressalva que, em regra, as medidas adotadas pelo Estado para a proteção da saúde, da segurança e do meio ambiente não caracterizam expropriação indireta.

Com o escopo de mitigar a incerteza que paira nesse campo, a atitude mais adequada consiste na previsão expressa nos acordos de investimento dos requisitos que permitem

⁶ *Metalclad Corporation versus United Mexican States*, Caso ICSID No. ARB(AF)/97/1, decisão de agosto de 2000.

⁷ *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA versus The United Mexican States*, Caso ICSID No. ARB (AF)/00/2, decisão de maio de 2003.

a caracterização de expropriação indireta. Além disso, a clareza é importante para os sistemas de seguro contra riscos políticos contratados pelos investidores, tais como a Agência Multilateral de Garantias de Investimento (na sigla inglesa, MIGA). Essas políticas cobrem riscos como a expropriação, daí a importância de definir as hipóteses em que a expropriação se configura.

Nesse sentido, foi elaborada uma recomendação pela Comissão Europeia para a redação dos novos acordos de investimento celebrados no âmbito da União Europeia: *“Future EU agreements will provide a detailed set of provisions giving guidance to arbitrators on how to decide whether or not a government measure constitutes indirect expropriation”* (EUROPEAN COMISSION, 2013).

Ao estabelecerem as regras sobre expropriação e indenização devida, os seis BITs analisados neste trabalho abrangem o caso de expropriação indireta. O BIT Brasil-Grã-Bretanha cita “medidas de efeito equivalente à nacionalização ou desapropriação”. No mesmo sentido, o BIT Brasil-Alemanha trata de “medidas com efeitos equivalentes à expropriação ou à nacionalização”. O BIT Brasil-Suíça abrange “medidas de desapropriação, nacionalização ou quaisquer outras medidas da mesma natureza ou de efeitos semelhantes”.

De maneira mais ampla, o BIT Brasil-França ressalva a ocorrência de “medidas de desapropriação ou de nacionalização ou quaisquer outras medidas cujo efeito consista em privar os investidores da outra Parte, direta ou indiretamente, dos investimentos que lhes pertençam”. Finalmente, os BITs Brasil-Chile e Brasil-Portugal referem-se à “nacionalização, desapropriação ou qualquer outra medida de características ou efeitos similares”.

Os ACFIs não fazem nenhuma referência à possibilidade de expropriação indireta. Esse aspecto contrasta com a maioria dos modelos de tratados bilaterais de investimento, principalmente a nova geração de BITs. Trata-se de uma falha dos ACFIs. Afinal, uma vez que a expropriação direta deixou de ser a regra, é fundamental estabelecer os requisitos da expropriação indireta, demarcando os limites que permitem diferenciar as medidas regulatórias legitimamente adotadas pelo Estado e as medidas expropriatórias.

6. Mecanismos de solução de controvérsias

A solução de controvérsias relativas a investimentos comporta duas possibilidades: (i) solução de controvérsias entre Estados, ou seja, entre o Estado receptor do investimento e o Estado de origem do investidor

estrangeiro; (ii) solução de controvérsias diretamente entre Estado receptor do investimento e investidor estrangeiro.

A solução de controvérsias entre Estados pode ocorrer perante a Corte Internacional de Justiça e a Corte Permanente de Arbitragem. Entretanto, a desvantagem dessa hipótese reside no fato de exigir o exercício da proteção diplomática do investidor por parte do seu Estado de origem.

Uma vez ocorrido um conflito entre investidor estrangeiro e Estado receptor do investimento, o investidor estrangeiro recorre ao seu Estado de origem para solicitar proteção. Este, caso julgue conveniente, pode assumir a disputa, tornando-se parte na controvérsia.

A desvantagem da proteção diplomática deve-se ao fato de ser um ato discricionário do Estado. Além disso, se o Estado aceitar proteger o investimento feito pelo seu nacional no exterior, ao acionar o Estado receptor perante mecanismos internacionais, a disputa passa a ser sua, cabendo-lhe a palavra final sobre acordos e montantes de indenização devidos.

No final do século XIX, alguns países desenvolvidos, credores de Estados da América Latina, exerceram intervenção econômica e militar na região, sob a justificativa de exercerem a proteção diplomática de seus nacionais (DIAS, 2010, p. 156). A partir disso, os países latino-americanos desenvolveram teorias contrárias à internacionalização da demanda, com destaque para a Doutrina Calvo, elaborada pelo jurista argentino Carlos Calvo em 1868.

A Doutrina Calvo baseava-se na premissa de que os estrangeiros que investem em um Estado teriam os mesmos direitos de receber proteção que um nacional do referido Estado, não podendo solicitar um nível de proteção mais elevado (RAMINA, 2009, p. 59). Assim, o estrangeiro não poderia invocar a proteção diplomática.

Outra alternativa para a resolução de disputa entre as partes consiste no recurso ao Poder Judiciário do Estado receptor de investimentos. Contudo, na perspectiva do investidor, a submissão do litígio às cortes nacionais apresenta uma série de desvantagens, como o temor de que os tribunais não sejam imparciais, a falta de competência técnica dos juízes nacionais e a morosidade dos procedimentos judiciais.

Para superar as dificuldades decorrentes da proteção diplomática e do recurso ao Poder Judiciário, os investidores estrangeiros pensaram em meios alternativos. Nesse contexto, foi elaborada a Convenção de Washington de 1965, responsável por instituir o Centro Internacional de Solução de Disputas sobre Investimentos (ICSID, na sigla inglesa), no âmbito do qual são constituídos tribunais arbitrais com competência de resolver os litígios relacionados a investimentos.

A solução de controvérsias diretamente entre um investidor estrangeiro e um Estado receptor de investimento é a opção preferida pelos investidores, uma vez que evita os inconvenientes da proteção diplomática e também os sistemas internos de solução de controvérsias nos tribunais do Estado receptor.

A grande maioria dos tratados bilaterais de investimentos dispõe que eventuais controvérsias deverão ser submetidas à arbitragem, seja *ad hoc* institucionalizada. Na maioria dos casos, dá-se preferência à arbitragem institucionalizada, por dispor de procedimentos previamente estabelecidos e facilitadores da execução da sentença. Nesse aspecto, o ICSID é órgão predominante na solução internacional de controvérsias em matéria de investimentos.

Os BITs assinados pelo Brasil nos anos 90 previam a solução de controvérsias entre Estados e a solução de controvérsias entre Estado e investidor. No primeiro caso, os Estados deveriam buscar solução amigável da controvérsia e, não sendo possível, submetê-la a um tribunal arbitral constituído *ad hoc*. No segundo caso, não sendo possível a negociação amigável entre o Estado e o investidor, este poderia optar pelo recurso ao Poder Judiciário ou pela arbitragem internacional, a ser realizada no âmbito do ICSID ou perante um tribunal *ad hoc*.

Alguns tratados bilaterais de investimento (como aqueles assinados pelo Brasil com Portugal, Chile e França) exigem estabelecimento de consultas entre as partes por um período temporal mínimo de seis meses, antes de permitir o recurso à arbitragem. Trata-se do chamado *waiting period*, cuja exigência busca estimular a negociação amigável para a resolução da disputa.

Além disso, é possível encontrar em alguns BITs (BIT Brasil-Portugal e BIT Brasil-Chile, por exemplo) a regra *fork in the road*, cláusula

recorrente nos acordos de investimento, segundo a qual o investidor deve escolher apenas um foro de solução da disputa, ou as cortes nacionais do Estado receptor, ou a arbitragem internacional. A partir do momento em que o investidor inicia o procedimento em uma dessas vias, não poderá recorrer à outra.

Os mecanismos de solução de controvérsias previstos nos BITs suscitaram muitas críticas, sendo um dos principais motivos responsáveis por obstar a ratificação desses acordos. Alegou-se que o acesso direto ao foro internacional pelo investidor estrangeiro conflitaria com dispositivos constitucionais e discriminaria investidores brasileiros.

Essa posição ficou clara no parecer emitido pela Comissão de Relações Exteriores quando analisou o BIT assinado com a Suíça. Segundo esse parecer, o acesso ao foro internacional pelo investidor estrangeiro conflitaria com o princípio de esgotamento de recursos internos e com o princípio de inafastabilidade da jurisdição, além de implicar redução da soberania do Estado. O parecer mencionava também o custo material dos cofres públicos na manutenção de representantes legais no exterior. Além disso, posicionava-se no sentido de que a escolha do foro pelo investidor favorecia os investidores estrangeiros e estabelecia tratamento discriminatório para os investidores nacionais, cuja única opção seria o recurso à justiça local (BRASIL, 1996).

Ao contrário dos BITs assinados pelo Brasil, os ACFIs omitiram-se quanto à possibilidade de acesso direto ao foro internacional pelo investidor estrangeiro. Focados principalmente na prevenção de litígios, os ACFIs celebrados com Angola e Moçambique estabelecem a solução negociada de disputas, com auxílio de um Comitê Conjunto. Caso não seja possível solucionar o litígio, os Estados poderão recorrer a mecanismos de arbitragem. Permite-

-se apenas a arbitragem entre Estados e não há menção à arbitragem investidor-Estado.

Ambos os ACFIs afirmam que os Estados “poderão recorrer” à arbitragem internacional. Da forma como o texto está redigido, não há reconhecimento automático do compromisso dos Estados em estabelecer a arbitragem, de modo que ambos deverão, posteriormente, expressar seu consentimento. Caso não apresentem seu consenso, não será possível estabelecer a arbitragem (HAMILTON; GRANDO, 20--).

No atual cenário internacional, os mecanismos de solução de controvérsias diretamente entre investidor e Estado tornaram-se alvo de crescentes debates e críticas. Discute-se a viabilidade de inclusão desses mecanismos no Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (TTIP) e no Acordo Compreensivo Econômico e Comercial (CETA), em negociação entre EUA e União Europeia, bem como Canadá e União Europeia, respectivamente. Outros Estados, como Austrália, manifestam seu desejo de excluir a arbitragem investidor-Estado dos acordos de investimento (FERNANDES, 2015, p. 37).

O temor quanto à solução de controvérsias diretamente entre investidor e Estado explica a ausência de sua previsão nos ACFIs. Todavia, não obstante os benefícios da proposta dos ACFIs em resolver amigavelmente os conflitos, tal proposta revela-se insuficiente. Afinal, em muitos desses casos, não é possível chegar a uma solução negociada do conflito – hipótese em que a única alternativa para o investidor será solicitar a intervenção de seu Estado de origem.

Portanto, a solução de controvérsias tal como estabelecida nesses acordos comporta as desvantagens da proteção diplomática. Uma vez que o Estado de origem do investidor opte por não exercê-la, o investidor estrangeiro permanecerá sem outro recurso, a não ser o acesso ao Poder Judiciário do Estado receptor – e, por conseguinte, terá de enfrentar todas as dificuldades daí decorrentes.

7. Inovações contidas nos ACFIs

Nos ACFIs, é possível identificar diversos dispositivos que não são tradicionalmente encontrados nos tratados bilaterais de investimentos.

Entre as principais inovações trazidas pelo novo modelo brasileiro, pode ser citada a previsão de um Comitê Conjunto; o estabelecimento de Pontos Focais; a previsão de troca de informações entre as partes; o incentivo ao envolvimento do setor privado, além de disposições concernentes à responsabilidade social corporativa, transparência e desenvolvimento de agendas temáticas.

O Comitê Conjunto consiste em um órgão composto por representantes governamentais dos Estados, ao qual incumbe a competência de monitorar a implementação do acordo, discutir possibilidades de expansão dos investimentos entre as partes, coordenar agendas de cooperação e facilitação, acolher a participação do setor privado e da sociedade civil e buscar a resolução amigável de conflitos. No ACFI assinado com Angola, prevê-se uma função adicional ao Comitê Conjunto, concernente à elaboração de um mecanismo arbitral de solução de controvérsias entre Estados.

A criação de Pontos Focais, também denominados *Ombudsmen*, tem o escopo de prover os investidores estrangeiros com apoio governamental por parte do Estado receptor de investimentos. No caso do Brasil, serão estabelecidos no âmbito da Câmara do Comércio Exterior.

Ambos os ACFIs estabelecem agendas temáticas a serem discutidas entre as autoridades governamentais dos Estados, com a inclusão de temas de interesse para o fomento e incremento dos investimentos bilaterais, a fim de alcançar um entendimento comum na matéria.

Outro ponto de relevo é a referência expressa, no Artigo 10 de ambos os acordos em apreço, à responsabilidade social corporativa, dispositivo cuja redação é idêntica nos dois acordos:

Os investidores e seus investimentos deverão se empenhar em realizar o maior número possível de contribuições ao desenvolvimento sustentável do Estado receptor e da comunidade local, por meio da adoção de um elevado grau de práticas socialmente responsáveis, tomando por referência os princípios voluntários e padrões definidos no Anexo II – Responsabilidade Social Corporativa (ACORDO, 2015a; 2015b).

Em conjunto, todas essas inovações, assim como a previsão de troca de informações entre as partes, o incentivo ao envolvimento do setor privado e os dispositivos referentes à transparência, providenciam um regime jurídico caracterizado, sobretudo, pelo diálogo entre as partes envolvidas e pela busca de solução amigável de conflitos, motivo pelo qual o ACFI pode ser compreendido como um “BIT *light*” (RITTNER, 2015).

8. Conclusão

A assinatura de ACFIs pelo Brasil evidencia uma notável modificação na postura do país perante a regulamentação internacional dos investimentos estrangeiros. Com efeito, a postura brasileira sempre foi considerada bastante peculiar, por ser um dos únicos países do mundo

a não ratificar nenhum tratado bilateral de investimentos, tampouco assinar a Convenção de Washington de 1965, responsável por instituir um centro especializado em arbitragem de investimentos.

Com base na análise dos modelos de BITs assinados pelo Brasil na década de 90, embora não tenham sido ratificados, e mediante a comparação com os ACFIs celebrados recentemente; é possível identificar diferenças bastante expressivas entre ambos.

O ACFI resulta de uma iniciativa elaborada pelo Itamaraty, pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e pelo Ministério da Fazenda, após discussões com o setor privado, com foco na cooperação entre os Estados, intercâmbio de informações, prevenção de conflitos e resolução amigável de controvérsias por meio de negociações.

O preâmbulo dos ACFIs busca garantir equilíbrio entre os distintos interesses envolvidos: do investidor, do Estado e da sociedade. Nesse sentido, representa um avanço se comparado aos BITs, os quais focavam apenas a proteção do investimento. A referência à preservação da autonomia legislativa do Estado, no preâmbulo dos ACFIs, revela-se bastante positiva, por assegurar o espaço para os interesses regulatórios do Estado. Contudo, tal afirmação também deveria constar expressamente no texto do tratado, uma vez que o preâmbulo, por si só, é incapaz de criar direitos ou obrigações.

Com relação às definições de investimento e investidor, os ACFIs apresentam definições mais restritas do que aquelas formuladas nos tradicionais BITs. Definições mais restritas são adequadas para os interesses do Estado receptor de investimentos. Entretanto, ao mesmo tempo, definições demasiadamente restritas podem deixar sem proteção grande número de investidores, aos quais não será assegurado nenhum benefício resultante do tratado.

No que concerne aos *standards* de proteção de investimentos, nos ACFIs, a cláusula da nação mais favorecida e o tratamento nacional seguem a mesma tendência encontrada nos BITs. A garantia de plena proteção e segurança não consta do texto dos ACFIs. Outra notável omissão no texto dos ACFIs diz respeito à cláusula de tratamento justo e equitativo. A falta de menção a esse *standard* de proteção do investimento apresenta aspectos negativos, especialmente em razão de seu potencial de equilibrar os interesses dos Estados e dos investidores.

As regras de expropriação previstas nos ACFIs diferem daquelas contidas nos BITs, pois não há previsão de que a indenização deve ser “pronta”. Contudo, o maior problema diz respeito à ausência de regras sobre a expropriação indireta, a qual é muito mais recorrente, complexa e problemática que a expropriação direta.

Finalmente, no que tange aos mecanismos de solução de controvérsias, os ACFIs preveem apenas a possibilidade de solução de controvérsias entre Estados. Ao contrário dos BITs, não admitem a solução de controvérsias diretamente entre investidor e Estado.

A solução de conflitos entre Estados poderá ser realizada via arbitragem, mas o texto do ACFI não expressa, por si só, consentimento à arbitragem. Ademais, o modelo tal qual estabelecido comporta os riscos da proteção diplomática. Na hipótese de recusa do Estado de origem do investidor em acionar o Estado receptor de investimentos, ao investidor não restará outro meio de resolver a controvérsia, a não ser o recurso ao Poder Judiciário – alternativa que também não se apresenta como a melhor opção, em matéria de investimentos estrangeiros.

Em resumo, a assinatura de ACFIs pelo Brasil representa um avanço, por indicar uma mudança no comportamento do país. Contudo, o “modelo *light*” de acordo ainda não confere ampla segurança jurídica aos investidores, mormente no que se refere à ausência de recurso à arbitragem investidor-Estado.

Sobre as autoras

Érika Capella Fernandes é mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP.

E-mail: erika_capella@hotmail.com

Jete Jane Fiorati é mestre e doutora em Direito. Professora Adjunta de Direito do Comércio Internacional da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP.

E-mail: jete@franca.unesp.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁸

COOPERATION AND FACILITATION INVESTMENT AGREEMENTS AND BILATERAL INVESTMENT TREATIES SIGNED BY BRAZIL: A COMPARATIVE ANALYSIS

ABSTRACT: Abstract: For a long time, the Brazilian position towards the international regime governing foreign direct investment was very peculiar. Although Brazil had signed fourteen bilateral investment treaties (BITs) in the 90s, the country has never ratified any of them. However, in 2015, this scenario has started to change and the country has begun to sign Cooperation and Facilitation Investment Agreements (CFIAs) with its commercial partners. The CFIAs signed by Brazil represent a new model of investment agreements and have particular features. Considering the peculiarities of these new agreements,

⁸ Sem revisão do editor.

it seems appropriate to compare their rules with the old rules found in the bilateral investment agreements signed by Brazil. The comparison between these rules allows us to understand the changes in the Brazilian position and to identify the implications of the new agreement. This paper compares the rules found in the CFIA's signed by Brazil with Angola and Mozambique and the rules found in the bilateral investment treaties signed in the 90s. This paper analyzes the substantial and procedural norms found in both kinds of agreements with special regard to the following aspects: preamble; definitions of investment and investor; standards of investment protection and dispute settlement mechanisms.

KEYWORDS: COOPERATION AND FACILITATION INVESTMENT AGREEMENTS. BILATERAL INVESTMENT TREATIES. INTERNATIONAL INVESTMENT LAW. STANDARDS OF INVESTMENT PROTECTION.

Referências

ACORDO entre o governo da República Federativa Do Brasil e o governo da República do Chile sobre promoção e proteção recíproca de investimentos. 1994a. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1994/b_42/at_download/arquivo/>. Acesso em: 10 nov. 2015.

ACORDO entre o governo da República Federativa Do Brasil e o governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte sobre promoção e proteção de investimentos. 1994b. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1994/b_20/>. Acesso em: 10 nov. 2015.

ACORDO entre o governo da República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça sobre a promoção e a proteção recíproca de investimentos. 1994c. <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1994/b_85/>. Acesso em: 10 nov. 2015.

ACORDO entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo da República Francesa sobre promoção e proteção recíproca de investimentos. 1995a. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_17/at_download/arquivo/>. Acesso em: 10 nov. 2015.

ACORDO entre a República Federativa do Brasil e a República Federal da Alemanha sobre promoção e proteção recíproca de investimento. 1995b. <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_73/>. Acesso em: 10 nov. 2015.

ACORDO Brasil-Moçambique de cooperação e facilitação de investimentos (ACFI). Maputo, 30 mar. 2015a. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8511:acordo-brasil-mocambique-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-maputo-30-de-marco-de-2015&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280>. Acesso em: 10 nov. 2015.

ACORDO Brasil-Angola de cooperação e facilitação de investimentos (ACFI). Luanda, 1^a abr. 2015b. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8520:acordo-brasil-angola-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-luanda-1-de-abril-de-2015&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280>. Acesso em: 10 nov. 2015.

AZEVEDO, Débora Bithiah. *Acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, 2001. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/arquivos-pdf/pdf/102080.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Parecer da comissão de relações exteriores sobre o acordo entre o governo da República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça sobre a promoção e a proteção

recíproca de investimentos. Relator: Dep. Aroldo Cedraz. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, v. 61, n. 224, p. 31621, 3 dez. 1996.

_____. Parecer da comissão de relações exteriores sobre o acordo entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo da República Portuguesa. Relator: Dep. Robério Araújo. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, v. 52, n. 20, p. 3452, 4 fev. 1997.

_____. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial da União*, 15 dez. 2009.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e o direito internacional*. Curitiba: Juruá Ed., 2010.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

EUROPEAN COMMISSION. *Investment protection and investor-to-state dispute settlement in EU agreements: fact sheet*. nov. 2013. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf>. Acesso em: 13 out. 2015.

FERNANDES, Érika Capella. New concerns in international investment law: balancing investor's rights and host state's interests in investment arbitration. *Young Arbitration Review*, Lisboa, v. 17, p. 36-42, abr. 2015.

FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá Ed., 2008.

FORTIER, L. Yves; DRYMER, Stephen. Indirect expropriation in the law of international investment: I know it when I see it, or caveat investor. *ICSID Review*, v. 19, n. 2, p. 293-327, 2004.

HAMILTON, Jonathan C., GRANDO, Michelle. Brazil and the Future of Investment Protections. *Latin Arbitration Law*, 20---. Disponível em: <<http://latinarbitrationlaw.com/brazil-and-the-future-of-investment-protections/>> Acesso em 10 nov. 2015.

NEWCOMBE, Andrew. The boundaries of regulatory expropriation in international Law. *ICSID Review*, v. 20, n. 1, p. 1-57, 2005.

RAMINA, Larissa L. O. *Direito internacional dos investimentos: solução de controvérsias entre Estados e empresas transnacionais*. Curitiba: Juruá Ed., 2009.

RITTNER, Daniel. Com modelo 'light', Brasil conclui primeiro acordo de investimentos. *Valor Econômico*, Brasília, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3976244/com-modelo-light-brasil-conclui-primeiro-acordo-de-investimentos>> Acesso em: 13 out. 2015.

SACERDOTI, Giorgio. The application of BITs in time of economic crisis. In: _____ et al (Ed). *General Interests of Host States in International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SCHEFER, Krista Nadakavukaren. *International investment law: text, cases and materials*. Northampton, MA: Edward Elgar Pub., 2013.

SCHILL, Stephan. *The multilateralization of the international investment law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

SCHREUER, Christoph. Fair and equitable treatment. In: HOFFMANN, A.K. (Ed). *Protection of foreign investments through modern treaty arbitration: diversity and harmonisation*. Association Suisse de l'Arbitrage. 2010.

_____. Nationality of investors: legitimate restrictions vs. business interests. *ICSID Review*, v. 24, n. 2, p. 521-527, 2009.

SIMÕES, Bruno Graça. *Entre a soberania e a liberdade: admissão e estabelecimento de investimentos internacionais*. Dissertação (Mestrado em Direito)–Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SUTHERLAND, P. F. The world bank convention on the settlement of investment disputes. *The international and comparative law quarterly*, v. 28, n. 3, jun. 1979.

TITI, Aikaterini. *The right to regulate in international investment law*. Baden-Baden: Nomos, 2014.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *World Investment Report 2014. Investing in SDGs: an action plan*. Genève: UNCTAD, 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

VALENTI, Mara. The protection of general interests of host states in the application of the fair and equitable treatment standard. In: SACERDOTI, Giorgio et al (Ed). *General Interests of Host States in International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. *New York University journal of international law and politics*, v. 43, n. 1, p. 43-106, 2010. Disponível em: <<http://nyujilp.org/wp-content/uploads/2013/02/43.1-Vandeveld.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2015.

VASCIANNIE, Stephen. The fair and equitable treatment standard in investment law and practice. *British Yearbook of International Law*, v. 70, n. 1, p. 99-164, 2000.

Ausência de prazos prescricionais na atuação do Tribunal de Contas da União e seus reflexos sobre a segurança jurídica

CARLOS MAURÍCIO LOCIKS DE ARAÚJO

Resumo: Este artigo analisa aspectos relacionados à ausência de normas de prescrição na atuação do Tribunal de Contas da União (TCU), lacuna que permite que o órgão restrinja direitos ou imponha sanções ao jurisdicionados. Sob a premissa de a prescrição ser amplamente aplicada no Direito Administrativo, identificam-se formas alternativas para superar essa lacuna, partindo-se de convergências doutrinárias e da própria jurisprudência do Tribunal. Entre as soluções, destacam-se: o arquivamento de processos para reparação de danos ao erário causados por fatos ocorridos há dez anos ou mais; e o uso da analogia com normas de Direito Administrativo para aplicar o prazo prescricional mais comum. Tais premissas apontam para o uso da analogia para justificar a prescrição em processos de atos sujeitos a registro. Verifica-se que a jurisprudência do TCU revela certa resistência em aplicar a segurança jurídica, o que sugere a necessidade da criação de normas próprias de prescrição para o TCU.

Palavras-chave: Prescrição. Segurança jurídica. Tribunal de Contas da União. TCU. Direito Administrativo.

1. Introdução

Questão tormentosa quando se fala de segurança jurídica no âmbito de atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) é a ausência de normas de prescrição em favor dos jurisdicionados. Tal peculiaridade manifesta-se, principalmente, sob três aspectos, que, embora sejam aqui analisados com enfoque na atuação da Corte Federal de Contas, estão

Recebido em 30/1/15
Aprovado em 13/4/15

presentes também, de modo geral, nas demais cortes de contas do País, haja vista a diretriz de simetria definida no art. 75 da Constituição Federal. São eles:

a) a imprescritibilidade das ações de ressarcimento movidas pelo Estado em face dos agentes causadores de dano ao Erário mediante atos ilícitos (§ 5º do art. 37 da Constituição Federal e Súmula-TCU 282)¹;

b) inexistência de normas expressas de prescrição sobre a pretensão punitiva do Tribunal de Contas (julgamento pela irregularidade de contas, multas e demais sanções previstas em lei);

c) ausência de normas expressas de prazo prescricional ou decadencial para a análise dos atos sujeitos a registro (admissões, aposentadorias e pensões).

É largamente consabido que a prescrição é um dos principais institutos jurídicos mais valiosos para a concretização do princípio da segurança jurídica. Rudolf Von Ihering, ao defender a importância da realização prática do direito, rememora o conceito do *dessuetudo*² romano, para sustentar a perda de direitos concretos como resultado do não uso prolongado (IHERING, 1999, p. 44). Celso Antônio Bandeira de Mello, enfeixando as convergências doutrinárias sobre o tema, assinala que prescrição – e também a decadência – são institutos voltados à proteção da estabilidade e da segurança jurídica (MELLO, 2013).

¹“§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” (BRASIL, 1988). “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis” (BRASIL, 2012b).

²Embora o *dessuetudo* não seja acolhido no Direito brasileiro, há casos de normas que caem em desuso por força dos costumes, sendo por isso revogadas formalmente em momento posterior, a exemplo dos crimes de sedução e adultério, que, após anos de rejeição pelos costumes, deixaram de existir por força da Lei nº 11.106/2005.

Uma das razões para essa estabilização é que a persistência no tempo de uma determinada situação, sem alterações, sedimenta nas pessoas a expectativa de sua continuidade. E tal expectativa, embora não se apoie em uma certeza positiva, induz um estado de conforto espiritual, de acomodação, no ser que vivencia a situação fática temporalmente consolidada. Faz com que o indivíduo deixe de antever a possibilidade de mudança do *status* jurídico que se estabilizou no tempo. No outro polo da relação jurídica, o sujeito legitimado a alterar esse *status* (mediante uma ação judicial ou administrativa) não deve quedar-se inerte, por tempo indefinido, sob pena de perder o direito de agir. É o que se traduz na clássica parêmia latina de que o direito não socorre os que dormem – *dormientibus non succurrit ius* (XAVIER, 1997). É nesse aspecto que o instituto da prescrição se radica na segurança jurídica.

Nessa linha, a prescrição apresenta-se em quase todas as relações jurídicas entre o Estado brasileiro e as pessoas (físicas e jurídicas), compreendendo as esferas fiscal, penal, cível e administrativa³. Essa proteção normativa, a expressar-se quase como regra geral, impede que as pessoas sofram ações coercitivas, punitivas ou de cobranças extemporâneas tentadas pelo Estado.

Não obstante, a ação de controle externo a cargo do Tribunal de Contas da União, de forma muito peculiar – e estranha à segurança jurídica –, não é contemplada por nenhuma

³Citam-se, como exemplos, os prazos de prescrição estabelecidos no Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966), no Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/1940), na Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) e na Lei nº 9.873/1999 (fixa o prazo de cinco anos para a prescrição da ação punitiva, no exercício do poder de polícia, por infrações administrativas); no caso da decadência, a Lei nº 9.784/1999 (que regula o processo administrativo federal) define que decai em cinco anos o direito de revisão de ofício dos atos administrativos (descrito no subitem 2.3 do Capítulo 2).

norma específica nesse sentido. Há uma assimetria normativa nesse aspecto, elevando os poderes de controle externo, no que tange à prescrição, a um patô superior ao poder de sanção do Estado em face de ilícitos criminais, tributários, administrativos e civis.

Tal desequilíbrio normativo parece mais evidente quando se considera que o Decreto nº 20.910/1932⁴ impõe ao particular a prescrição quinquenal do direito de ação de cobrança contra a Fazenda Pública, prazo que tem sido aplicado também ao Estado com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, nesse ponto, se apoia no princípio da simetria⁵. Contudo, essa regra não tem alcançado os processos de controle externo – cujos débitos decorrem de atos ilícitos –, em face da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal – e seguida pelo TCU – ao disposto no § 5º do art. 37 da Constituição Federal, comentado mais adiante.

Quanto ao poder de aplicar multas e outras sanções decorrentes de ilicitudes administrativas, não há normas específicas de prescrição dirigidas ao TCU, o mesmo ocorrendo em relação à competência do Tribunal de Contas⁶ para negar registro a atos de aposentadorias, reformas e pensões.

Em que medida o TCU busca conciliar essa estranha peculiaridade do controle externo com o cânon da segurança jurídica? Essa a pergunta que se busca responder nas próximas linhas.

2. A imprescritibilidade das ações de ressarcimento por prejuízos ao Erário decorrentes de atos ilícitos

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mandado de segurança MS 26.210-DF, em 4/9/2008, considerou a taxatividade da parte final do texto do § 5º do art. 37 da Constituição Federal para declarar imprescritível o direito de cobrança, pelo Estado, dos prejuízos a ele causados em virtude de atos ilícitos (BRASIL, 2008b).

Eis o que dispõe o referido dispositivo: “§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, ser-

⁴“Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim 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” (BRASIL, 1932).

⁵REsp 1284645/RS (DJE 10/2/2012), entre muitos outros precedentes.

⁶Embora haja dezenas de tribunais de contas no Brasil, o uso eventual, na presente dissertação, dos termos “Tribunal de Contas” ou simplesmente “Tribunal”, com iniciais maiúsculas, refere-se ao Tribunal de Contas da União.

vidor ou não, que causem prejuízos ao erário, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*” (BRASIL, 2008b, grifo do autor).

Para fundamentar tal conclusão, o Ministro Ricardo Lewandowski adotou expressamente a interpretação dada ao mencionado dispositivo constitucional por José Afonso da Silva, nos termos do seguinte escólio citado no voto condutor do referido MS 26.210-DF⁷:

“A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral do direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim e especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providências à sua apuração e à responsabilidade do agente, a sua inércia gera a perda de o seu *ius persequendi*. E o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: [...]. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus nno succurrit ius*)” (BRASIL, 2008b).⁸

Interessante notar que, embora o constitucionalista citado pelo Ministro Lewandowski tenha abraçado a interpretação literal da ressalva contida na parte final do §5º do art. 37 da Constituição Federal, o referido doutrinador conclui a análise dessa questão, pontuando que isso representou um “prêmio” para a “Administração inerte”, o que denota um laivo de desaprovação à opção feita pelo constituinte ao criar tal ressalva. Isso está escrito na última frase da parte original do segmento acima reproduzido, não incorporada à citação feita pelo Ministro Lewandowski: “Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada” (SILVA, 2009, p. 673).

⁷Tratou-se de mandado de segurança impetrado contra o Acórdão 2.967/2005-TCU (BRASIL, 2005), em que o Tribunal de Contas da União julgou irregulares as contas especiais de ex-bolsista de doutorado do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq), que, embora tenha concluído o doutoramento, não retornou ao País para aplicar seus conhecimentos, condição exigida na concessão da bolsa. A responsável foi condenada a restituir, atualizado monetariamente e acrescido de juros, o valor histórico de R\$ 167.021,15, recebido em 18/9/2001. A alegação da impetrante que motivou a discussão sobre a imprescritibilidade do débito foi de que incidiria, na espécie, a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/1932 (comentado neste capítulo). Entre as outras razões que fundamentaram a denegação da segurança sobressaiu o fato de que a então bolsista sabia antecipadamente da obrigação de retornar ao País (o que afastaria a boa-fé).

⁸Trecho de citação de José Afonso da Silva contido no voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Excluiu-se a transcrição do § 5º do art. 37 da Constituição, já reproduzido no parágrafo anterior.

Contra essa tese votou apenas o Ministro Marco Aurélio, que, fazendo preponderar o princípio da segurança jurídica, interpretou a ressalva constitucional no sentido de que ela apenas remeteria à legislação já existente sobre o tema, recepcionada pela Constituição de 1988. Tal dicção foi assim exarada pelo Ministro Marco Aurélio:

“A ressalva remete à legislação existente e recepcionada pela Carta de 1988; a ressalva remete à disposição segundo a qual prescrevem as ações, a partir do nascimento destas, em cinco anos, quando se trata – repito – de dívida passiva[⁹] da Fazenda. E isso homenageia a almejada segurança jurídica: a cicatrização de situações pela passagem do tempo” (BRASIL, 2008b).

A exegese vencedora no STF foi acolhida pelo TCU, que a converteu na Súmula 282, publicada em 20/8/2012. O enunciado assim dispõe: “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”. Conquanto a matéria tenha sido sumulada pelo TCU somente em 2012, os precedentes que a embasaram remontam a novembro de 2008¹⁰; ou seja, depois do julgamento do precitado MS 26.210-DF, o TCU já começou a alinhar-se ao Pretório Excelso.

⁹Embora essa referência às dívidas “passivas” da Fazenda Pública não tenha sido esclarecida nesse voto do Ministro Marco Aurélio, tudo indica que ele quis fazer referência ao prazo de prescrição quinquenal previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, que, conquanto se refira, em seu texto, apenas às dívidas passivas da Fazenda, tem sido estendido pela jurisprudência também às dívidas ativas, ou seja, aquelas cobradas pela Fazenda. Essa dicção baseia-se no princípio da simetria, que veda o tratamento diferenciado, a favor do Estado, que adviria da interpretação literal desse decreto.

¹⁰Primeiro precedente utilizado para a Súmula 282 (BRASIL, 2012b): Acórdão 2.709/2008. Esse foi o acórdão que uniformizou a jurisprudência do Tribunal sobre o tema, ao abraçar a tese vencedora no MS 26.210-DF.

Interessante pontuar que a leitura da questão feita pelo Supremo Tribunal Federal parece coincidir com a *mens legislatoris* que norteou a elaboração da Carta de 1988. De acordo com estudo coordenado por André de Carvalho Ramos (2011), os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte que culminaram com a Carta de 1988 chegaram a apreciar, no ponto em comento, um substitutivo que continha, entre outras disposições, a seguinte: “§ 2º São imprescritíveis os ilícitos dos quais resultar prejuízo ao erário”. O referido estudo assinala que essa redação só não foi acolhida expressamente porque a comissão responsável por sua análise teria optado por um texto mais conciso, sendo suficiente, nesse caso, a ressalva contida na parte final do multicitado § 5º do art. 37 da Lei Maior (RAMOS, 2011, p. 16-17).

Embora esse entendimento seja acolhido pela grande maioria dos doutrinadores, há vozes contrárias. Conforme o citado estudo coordenado por André de Carvalho Ramos, opinam contra a imprescritibilidade (a favor da prescrição): Ada Pellegrini Grinover, Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho, Clito Fornaciari Júnior, Elody Nassar, Marcelo Colombelli Mezzomo.

De modo geral, esses autores apoiam suas conclusões na ligação do princípio da segurança jurídica com o Estado de Direito, pontuando que, sob tal premissa, a imprescritibilidade só seria admitida nos casos em que isso ficasse claramente expresso no texto constitucional – por exemplo, mediante o uso da palavra “imprescritíveis” ou termo equivalente –, o que não se verificaria na hipótese em foco.

A reforçar o coro dos que não acolhem a tese do STF pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos ao Erário decorrentes de ilícitos, Celso Antônio Bandeira de Mello revela sua mudança de posição quanto ao tema, passando a defender a tese da prescri-

ção. Esse giro de entendimento, segundo o autor, foi motivado por um argumento de Emerson Gabardo, baseado no fato de que a imprescritibilidade, em casos da espécie, implicaria, com o avançar do tempo em relação aos fatos geradores do dano ao Erário, um prejuízo ou mesmo uma eliminação do direito de defesa. Tal questão é analisada no próximo subtítulo.

Por outro lado, o mencionado estudo coordenado por André de Carvalho Ramos anota quinze autores que seriam alinhados com a tese majoritária da imprescritibilidade¹¹.

Outro aspecto digno de nota é que, antes do julgamento do MS 26.210-DF, a jurisprudência do TCU oscilava entre as teses da imprescritibilidade e da prescrição baseada na regra geral do Código Civil¹², sendo esta última a então corrente majoritária.

Durante a vigência do antigo Código Civil, a tese da prescritibilidade adotava o prazo vintenário¹³. Com a vigência do novo estatuto, materializado na Lei nº 10.406/2002 (que começou a vigorar a partir de 11/1/2003), esse entendimento passou a considerar o prazo de dez anos¹⁴.

Como visto, após o referido pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, o TCU alinhou firmemente sua jurisprudência com a tese da imprescritibilidade, o que culminou com a anotada Súmula 282.

O precedente assentado pelo MS 26.910-DF foi seguido também no âmbito do Supremo Tribunal Federal, contando-se várias decisões nesse sentido¹⁵.

Não obstante, a questão voltou à tona mais recentemente no STF. A despeito da posição vencedora no julgamento do MS 26.910-DF e das decisões que a seguiram, encontra-se pendente de julgamento no Supre-

¹¹ José Afonso da Silva, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Sérgio Monteiro Medeiros, Wallace Paiva Martins Júnior, Marcelo Figueiredo, José Adércio Leite Sampaio, José Jairo Gomes, Edilson Pereira Nobre Junior, Waldo Fazzio Junior, Diógenes Gasparini, Celso Bastos, Alexandre de Moraes, Emerson Garcia, Rogério Pacheco Alves e Fábio Medina Osório. Embora o estudo também arrole Celso Antônio Bandeira de Mello entre os defensores da imprescritibilidade, esse autor reviu sua posição, conforme anotado (RAMOS, 2011).

¹² Ac. 78/2005-Plenário, Ac. 78/2005-Plenário, Ac. 486/2001-2ª Câmara, Ac. 08/1997-2ª Câmara, Ac. 11/1998- 2ª Câmara, Ac. 486/2001-2ª Câmara e Ac. 743/2003-1ª Câmara, entre outros.

¹³ Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas" (Lei nº 3.071/1916, com redação dada pela Lei nº 2.437/1955).

¹⁴ Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor." (Lei nº 10.406/2002).

¹⁵ RE 578.428/RS-AgR, Segunda Turma, Relator: Ministro Ayres Britto, DJe 14/11/2011; RE 646.741/RS-AgR, Segunda Turma, Relator: Ministro Gilmar Mendes, DJe 22/10/2012; AI 712.435/SP-AgR, Primeira Turma, Relatora: Ministra Rosa Weber, DJe 12/4/2012; AI 819135 AgR/SP, Primeira Turma, Relator: Ministro Luiz Fux, DJe 19/8/2013.

mo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 669.069/MG, que trata da mesma questão, reconhecida como de repercussão geral pelo Tribunal Pleno¹⁶. A natureza ainda controversa da matéria foi assim resumida pelo relator, o Ministro Teori Zavascki:

“4. A questão transcende os limites subjetivos da causa, havendo, no plano doutrinário e jurisprudencial, acirrada divergência de entendimentos, fundamentados, basicamente, em três linhas interpretativas: (a) a imprescritibilidade aludida no dispositivo constitucional alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao erário; (b) a *imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa*; (c) o dispositivo não contém norma apta a consagrar imprescritibilidade alguma. É manifesta, assim, a relevância e a transcendência dessa questão constitucional”¹⁷ (BRASIL, 2013b, grifo nosso).

3. Proteção ao direito de ampla defesa – solução alternativa à imprescritibilidade

Não obstante a tese predominante da imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao Erário, a jurisprudência do TCU – antes mesmo da consolidação do citado entendimento – já privilegiava, em certa medida, o princípio da segurança jurídica nos casos de tomadas de contas especiais motivadas por fatos ocorridos há mais de dez anos.

A solução encontrada foi interessante, porquanto o Tribunal de Contas não invocou apenas a segurança jurídica para assim decidir, mas também a garantia constitucional de ampla defesa, inserta no art. 5º, inciso LV¹⁸, da Lei Maior, para considerar que, passados dez anos ou mais dos fatos geradores de uma tomada de contas especial¹⁹, o exercício da

¹⁶“EMENTA: ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO. AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA RESSALVA FINAL PREVISTA NO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.” Repercussão geral reconhecida mediante acórdão de 2/8/2013, proferido no RE 669.069/MG (BRASIL, 2013b).

¹⁷Trecho da fundamentação adotada pelo Ministro Teori Zavascki no acórdão que declarou a repercussão geral no RE 669.069/MG.

¹⁸“LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

¹⁹A tomada de contas especial é um processo específico dos tribunais de contas, sendo assim definido nos termos do art. 8º da Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU): “Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário,

ampla defesa pelo responsável fica comprometido, em virtude da dificuldade em obter ou recuperar os documentos probatórios necessários à comprovação da regular aplicação dos recursos públicos questionados.

Essa inteligência foi incorporada às normas internas do Tribunal de Contas da União por meio da Instrução Normativa TCU 56/2007, sucedida pela IN-TCU 71/2012, que, no ponto em questão, assim dispõe:

“Art. 6º Salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial, nas seguintes hipóteses:

[...]

II – houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente” (BRASIL, 2012c).

O Ministro Ubiratan Aguiar, ao relatar o Acórdão 2.647/2007-TCU-Plenário, que aprovou a versão original da norma em destaque, assim pontuou a relevância da segurança jurídica ao ponto em questão:

“47. Por considerar este assunto de suma importância, resolvi incluir esta previsão no projeto substitutivo que apresentei, por entender que representa medida de eficiência e de estrita observância ao princípio da segurança jurídica, estatuído na Constituição Federal, com o fito de preservar, estabilizar e harmonizar as relações sociais e jurídicas constituídas no ‘seio estatal’” (BRASIL, 2007).

No que tange à proteção do direito de ampla defesa, o Relator apoiou-se em precedentes do próprio TCU para incluir esse objetivo entre os fundamentos da aludida norma, quando assim afirmou: “Essa ocorrência [decorso de dez anos ou mais] tem levado o Tribunal a considerar iliquidáveis as contas dos responsáveis, ordenando seu trancamento, em razão do óbice intransponível ao exercício do contraditório e da ampla defesa”²⁰ (BRASIL, 2007).

Embora essa norma interna não obrigue – mas apenas autorize – a dispensa da instauração da TCE na hipótese em comento, a jurisprudência do TCU tem convergido para uma adoção mais generalizada desse procedimento, com algumas exceções²¹. E, nesse sentido, vale

a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano”.

²⁰ Nesse sentido: Ac. 2.750/2005, 711/2006, 716/2006 e 1.425/2006, da 1ª Câmara; Ac. 1.849/2005, 2.105/2005, 462/2006, 637/2006 e 64/2007, da 2ª Câmara.

²¹ Pelo arquivamento da TCE: Acórdão 938/2012 – 2ª Câmara; Acórdão 1.080/2012 – 2ª Câmara; Acórdão 4.776/2013 – 2ª Câmara; e outros. Precedente contrário ao arquivamento

anotar que, na mesma assentada em que aprovou a IN TCU 56/2007, o Tribunal de Contas estendeu a recém-criada norma a todos os processos abertos que se enquadrassem na hipótese descrita²².

De fato, não há como desvincular da ideia de segurança jurídica o longo intervalo de tempo que orienta esse dispositivo (dez anos). Trata-se, aqui, da dimensão de expectativa ou de previsibilidade – elemento nuclear da segurança jurídica – quanto aos efeitos jurídicos das condutas do gestor público, notadamente no que tange à atuação dos órgãos de controle.

Segundo se extrai da experiência comum²³, é alta a probabilidade de que, passados dez anos dos fatos geradores, o agente público não possua mais os documentos necessários ao exercício de sua defesa nem tenha os meios necessários para produzi-los. E por que isso ocorre? Por certo, não é razoável exigir que uma pessoa mantenha consigo, em boa ordem, por mais de dez anos, todos os documentos alusivos a determinado período de gestão pública, na expectativa de que um dia, talvez,

mento: Acórdão 4.210/2014 – 2ª Câmara (nesse precedente, embora se tratasse da hipótese autorizativa do arquivamento, o Tribunal considerou que, no curso do processo, foram identificados vários documentos que demonstravam a possibilidade de exercício do direito de defesa).

²² “9.2. autorizar, desde logo, o arquivamento dos processos de tomada de contas especial em andamento no âmbito do Tribunal, cujo valor do débito, atualizado monetariamente, seja inferior a R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais), ou que tenha transcorrido dez anos desde o fato gerador, observado o disposto no art. 5º, § 5º, da Instrução Normativa referida no subitem anterior, em atendimento aos princípios da racionalidade administrativa e da economia processual, dando-se ciência ao órgão instaurador e aos responsáveis;” (BRASIL, 2007).

²³ Trata-se, aqui, do conceito emprestado do art. 335 da Lei nº 5.869/1973 (Código de Processo Civil): “Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”. Segundo Nelson Palaiá, “As máximas de experiência são resultantes de observações de um indivíduo sobre vários fatos que tiveram a mesma relação de causa e efeito” (PALAIA, 2006, p. 1).

algum órgão de controle venha a solicitá-los. Nem há garantia de que as repartições públicas mantenham todas essas peças por período tão longo.

Tal comportamento justifica-se porque o decurso de dez anos ou mais sem que os órgãos de controle suscitem dúvidas sobre a regularidade de determinada gestão produz uma justa expectativa nos responsáveis de que seus atos estão regulares.

Esse é o vínculo entre o decurso do tempo e a segurança jurídica nos casos da espécie, ou seja, a expectativa, a previsão, a quase certeza, de que os documentos não serão mais necessários.

Conforme antecipado no subtítulo anterior, análise muito parecida é apresentada por Emerson Gabardo, o que gerou, inclusive, a mudança da posição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o tema. Nas palavras deste último, seu giro de entendimento decorreu precisamente do argumento de Emerson Gabardo, exposto em congresso havido em 2009, no sentido de que a imprescritibilidade consagraria a “minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo” (MELLO, 2013, p. 1081). E assim arremata: “Não é crível que a Constituição possa abonar resultados tão radicalmente adversos aos princípios que adota no que concerne ao direito de defesa”.

A par disso, as próprias normas administrativas que regem as prestações de contas dos dinheiros públicos geralmente definem períodos para a manutenção dos documentos probatórios. Exemplo disso é o prazo de dez anos fixado na Portaria Conjunta 127/2008 – dos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão; da Fazenda; e do Controle e

da Transparência (a que se vincula a Controladoria-Geral da União) – para a guarda dos documentos comprobatórios da execução de convênios e termos de parceria com recursos federais²⁴. Isso reforça a tese da prescritibilidade no caso em comento.

Ainda nesse passo, Bandeira de Mello considera que a interpretação compatível com a segurança jurídica e o direito de defesa que se pode extrair da parte final do § 5º do art. 37 da Lei Maior é que o prazo de prescrição para as ações de ressarcimento decorrentes de ilícitos geradores de dano ao Erário deve ser distinto daquele definido para a apenação da conduta, ou seja, do ilícito propriamente dito (MELLO, 2013, p. 1081). Como se vê, é a mesma dicção sustentada por parte dos autores que dissentem da tese abraçada pelo STF e pelo TCU, conforme anotado no subtítulo anterior.

Mello (2013) considera, assim, que os prazos aplicáveis aos casos de dano ao Erário devem ser os mesmos para a anulação dos atos viciados, ou seja, cinco anos. Isso quando houver boa-fé. Já no caso de má-fé, o autor propõe o prazo geral do Código Civil, de dez anos.

A associação do direito de defesa com o instituto da prescrição e a segurança jurídica também foi consignada pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, ao relatar o Acórdão 1.803/2010-TCU-Plenário, quando assinalou em seu voto que “o prazo prescricional visa proporcionar a segurança das relações jurídicas e, inclusive, permitir o amplo exercício do direito de defesa” (BRASIL, 2010b).

4. Ausência de norma expressa sobre prescrição da pretensão punitiva do TCU

O segundo ponto a analisar, no que tange ao tema tratado neste capítulo, é a inexistência de normas expressas sobre prazos de prescrição para o exercício dos poderes de sanção pelo TCU. Em vista disso, o Tribunal de Contas pode, por exemplo, aplicar multas a gestores públicos em virtude de atos ocorridos há dez, quinze anos ou mais.

Antes de prosseguir, convém lembrar que os poderes de sanção do TCU podem expressar-se por meio das multas previstas nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU), da pena de inabilitação temporária (de cinco a oito anos) para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, defi-

²⁴“Art. 3º [...] § 3º O conveniente ou contratado deverá manter os documentos relacionados ao convênio e contrato de repasse pelo prazo de dez anos, contado da data em que foi aprovada a prestação de contas [pelo órgão concedente, não pelo TCU]” (BRASIL, 2008).

nida no art. 60 da mesma lei, e da declaração de “inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”, conforme art. 46 da LOTCU.

Em que pese o entendimento contido na IN-TCU 71/2012, quanto à dispensa de TCEs geradas por fatos acontecidos há dez anos ou mais, em respeito à segurança jurídica e ao direito de ampla defesa, essa dicção não tem sido aplicada pelo Tribunal de Contas aos atos irregulares passíveis apenas de multas ou outras sanções, ou seja, que não tenham produzido dano ao Erário.

A matéria tem sido objeto de acirrados debates na Corte de Contas, principalmente em virtude da existência de diversos diplomas legais que, embora não dirigidos ao controle externo, convergem para a utilização do prazo prescricional (ou decadencial²⁵) de cinco anos nas relações jurídicas entre o poder público e seus jurisdicionados²⁶.

As discussões jurisprudenciais sobre o tema frequentemente tangenciam a possibilidade da aplicação analógica, aos processos do TCU, da prescrição quinquenal prevista no art. 1º da Lei nº 9.873/1999²⁷ (dispõe sobre prazo

de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal).

Contudo, um dos argumentos adotados pelo TCU para rejeitar essa tese é que tal lei refere-se apenas ao exercício do poder de polícia, hipótese que não se aplicaria aos processos de controle externo. Essa dicção foi claramente assentada no Acórdão 71/2000-TCU-Plenário, cujo voto condutor, do Ministro Bento José Bugarin, expôs os seguintes fundamentos:

“Mais recentemente, a Lei nº 9.873, de 23/11/99, estabeleceu o prazo de cinco anos para a prescrição da ação punitiva da Administração Pública Federal, no exercício de poder de polícia.

O Analista, invocando as lições proferidas por renomados doutrinadores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo, 5ª ed., Editora Atlas), destaca que ‘o fundamento do poder de polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados. A administração tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem estar coletivo, e ela o faz usando de seu poder de polícia, ...que é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.’

Assim, as prerrogativas judicantes atribuídas a esta Corte não têm como fundamento o exercício do poder de polícia, mas sim o exercício de atividades de controle externo, de previsão constitucional” (BRASIL, 2000).

Embora esse aresto seja de 2000, a dicção nele abraçada ecoou na jurisprudência do Tribunal de Contas nos anos seguintes, sendo replicada, por exemplo, no Acórdão 1.214/2010-TCU-Plenário, cujo voto condutor afastou expressamente dos processos de controle externo a prescrição advinda do poder de polícia definida na Lei nº 9.873/1999.

²⁵No caso do art. 54 da Lei nº 9.784/1999.

²⁶Adota-se, aqui, o conceito amplo de *jurisdicionado*, estendido para além das pessoas sujeitas à atuação do Poder Judiciário, ou seja, a todos sujeitos ao campo de atuação dos órgãos de fiscalização e controle, incluindo as autoridades fazendárias, as agências reguladoras e demais autoridades administrativas com poder de sanção sobre as pessoas sob seu arco de competências. No caso do TCU, embora não se trate de órgão judiciário, mas administrativo, a sua Lei Orgânica (Lei nº 8.443/1992) utiliza expressamente o termo “jurisdição” em várias passagens, com destaque para o seu art 4º: “O Tribunal de Contas da União tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência” (BRASIL, 1992).

²⁷“Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado” (BRASIL, 1999b).

Em linha semelhante, porém com argumentos de mais amplo alcance, a fundamentação do Acórdão 1.083/2011-TCU-Plenário afastou dos processos de controle externo não apenas a incidência do prazo prescricional da Lei 9.873/1999, como também daqueles fixados em outros diplomas legais que, em tese, poderiam ser invocados por analogia para suprir a lacuna em estudo. Isso é ilustrado na seguinte passagem do voto então apresentado pelo Ministro José Múcio Monteiro, relator do feito:

“31. Ao contrário do que alega o recorrente, a jurisprudência do Tribunal não adota o prazo prescricional de cinco anos para extinguir sua pretensão punitiva. A prescrição quinquenal, prevista na Lei 9.873/1999, que regula a ação punitiva movida pela Administração Pública Federal, não atinge a atividade judicante desta Corte, cujo fundamento legal tem escopo no exercício do controle externo, constitucionalmente previsto, e não no exercício do poder de polícia.

32. Ademais, também não se aplica ao processo do TCU o prazo decadencial previsto no artigo 54 da Lei 9.784/99, tendo em vista que esta lei não tem aplicação obrigatória no âmbito do Tribunal, que tem seus processos regulados pela Lei 8.443/92, como já decidido pela Corte de Contas quando do Acórdão 2.611/2007-Plenário.

33. Em adição, conforme entendimento adotado no voto condutor do Acórdão 874/2007-Primeira Câmara, o Decreto 20.910/32 não se aplica ao processo do TCU, tendo em vista que é aplicado exclusivamente às dívidas passivas da União e, no presente caso, este ente público figura no polo ativo da relação jurídica” (BRASIL, 2011).

Por outro lado, em outros julgados o Tribunal de Contas chegou a admitir à sua pretensão punitiva a aplicação analógica do prazo

prescricional geral de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil²⁸.

Contudo, até a conclusão deste trabalho, o TCU ainda não conseguira pacificar a matéria²⁹.

A questão chegou a ser objeto de processo específico, referente a representação administrativa formulada pela Consultoria Jurídica do TCU, em que propôs ao Tribunal que passasse a adotar prazo de prescrição para a aplicação de multas em seus processos. O Ministério Público junto ao TCU, representado no feito pelo então Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin, manifestou-se no sentido de que o Tribunal adotasse o prazo de prescrição decenal previsto no Código Civil, na aplicação de penalidades no exercício do controle externo³⁰.

Entretanto, o Plenário do TCU acolheu o voto do relator, Ministro Benjamin Zymler, para não conhecer da representação, optando por prosseguir analisando, em cada caso concreto, a possibilidade de incidência de prescrição.

Em que pese esse desfecho, o Ministro Benjamin Zymler deixou assentes várias considerações reveladoras de sua posição sobre o tema, favorável à aplicação do prazo de prescrição quinquenal sobre a pretensão punitiva do Tribunal, em analogia com as normas legais de prescrição nas relações entre Estado e indivíduos. Em suas considerações, o Ministro Zymler anotou os seguintes dispositivos legais, todos convergentes para a prescrição quinquenal: art. 23, inciso II, da Lei nº 8.429/1992; art. 142, inciso I, da Lei nº 8.112/1990; art. 1º do Decreto nº

²⁸ Ac. 771/2010-Plenário, Ac. 1.803/2010-Plenário, Ac. 474/2011-Plenário e Ac. 330/2007-1ª Câmara, entre outros.

²⁹ Ac. 1.463/2013-TCU-Plenário (Relator: Ministro José Múcio Monteiro).

³⁰ Relatório que integra o Acórdão 1.314/2013-TCU-Plenário (TC 021.540/2010-1; relator: Ministro Benjamin Zymler).

20.910/1932; art. 174 do Código Tributário Nacional; art. 1º da Lei nº 9.873/1999; art. 1º da Lei nº 6.838/1980; e art. 46 da Lei nº 12.529/2011. Não obstante, o mencionado relator concluiu que os casos futuros deveriam continuar a ser apreciados “segundo a visão particular de cada Relator em cada situação concreta examinada” (BRASIL, 2013b). Entende-se, contudo, que essa escolha implica riscos à segurança jurídica dos jurisdicionados, na medida em que permite, em tese, o surgimento de decisões díspares sobre o tema, em colisão com os requisitos de certeza do direito e previsibilidade das decisões, ambos inerentes à segurança jurídica.

No plano doutrinário, a analogia com as normas típicas do Direito Administrativo, convergentes para a prescrição quinquenal, encontra apoio nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que, inclusive, foram invocadas pelo Ministro Benjamin Zymler no voto referido. Sobre essa específica questão, Bandeira de Mello, ao enfrentar o tema das pretensões da Administração contra os administrados, anota não haver regra alguma a fixar um prazo prescricional geral para ações judiciais do Poder Público em face dos administrados, o que atrairia a analogia com outras normas legais. E tal analogia, prossegue o autor, não poderia dar-se com as regras do Direito Civil, mas sim com as do Direito Público. Veja-se a seguinte passagem:

“[...] parece-nos que o correto não é a analogia com o Direito Civil, visto que, sendo as razões de Direito Público, posto que, sendo as razões que o informam tão profundamente distintas que inspiram as relações de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte” (MELLO, 2013, p. 1079).

Nesse diapasão, o citado administrativista também converge para a adoção analógica do

prazo quinquenal previsto na maioria das normas sobre prescrição nas relações entre Estado e particulares (e vice-versa), tendo por base os prazos definidos no Decreto nº 20.910/1932 e nas Leis nºs 4.717/1965, 9.873/1999 e 9.784/1999³¹. Sobre esse ponto, Bandeira de Mello assim conclui:

“Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos. Ademais, salvo disposição legal explícita, não haveria razão prestante para distinguir entre Administração e administrados no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações.

Isto posto, estamos em que, *faltando regra específica que disponha de modo diverso*, ressalvada a hipótese de comprovada má-fé [...], o prazo para a Administração proceder judicialmente contra eles [os administrados] é, como regra, de cinco anos [...]” (MELLO, 2013, p. 1.080, grifo do autor).

Luís Roberto Barroso também defende o uso da analogia como forma de suprir lacunas na definição de prazos de prescrição no Direito Administrativo. Em artigo específico sobre prescrição administrativa (BARROSO, 2001), esse autor sustenta que o prazo prescricional de cinco anos já incidia sobre as multas aplicáveis pelo Banco Central do Brasil antes mesmo da publicação da Lei nº 9.873/1999, que, como visto, positivou esse prazo para as multas decorrentes do poder de polícia da Administração, hipótese em que se encaixa a atuação fis-

³¹ Decreto nº 20.910/1932 (dívidas passivas do Estado); Lei nº 4.717/1965 (ação popular); Lei nº 9.873/1999 (sanções decorrentes do poder de polícia), Lei nº 9.784/1999 (processo administrativo).

calizadora do Banco Central, nos termos da Lei nº 4.131/1962³², que não definia prazos de prescrição.

Barroso apoia-se na doutrina de Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Diógenes Gasparini, bem como em precedentes jurisprudenciais e em critérios extraídos do direito comparado (França, Itália e sistema anglo-saxão), para concluir que o prazo prescricional da Lei nº 9.873/1999 foi meramente declaratório, pois, antes mesmo de sua edição, a prescrição quinquenal já constituía regra do Direito Administrativo brasileiro. Demonstra isso citando diversos diplomas legais nesse sentido, parte dos quais já anotados.

No caso do TCU, poder-se-ia indagar se o uso da analogia por um órgão de controle para autolimitar seu poderes seria consonante com os objetivos colimados em sua missão constitucional, que é o exercício do controle externo.

Entende-se que é afirmativa a resposta a essa questão. Isso porque a atuação do TCU – como de qualquer ente público – deve amoldar-se não apenas às leis que o regem, em sentido estrito, mas também ao universo de preceitos constitucionais, nele incluídos os princípios, entre os quais se revela, no caso presente, o da segurança jurídica.

O princípio da legalidade pressupõe a sujeição da Administração não apenas à lei em sentido estrito, mas a todos os princípios jurídicos a ela aplicáveis, razão por que os princípios da legalidade e da segurança jurídica não se opõem, mas se complementam (MELLO, 2013; SILVA, 2013; VALIM, 2010). Nessa linha, Couto e Silva assinala que, atualmente, existe “uma tendência irreprimível a considerar que a Administração Pública está vinculada antes ao Direito do que propriamente à lei” (SILVA, 2013, p. 12).

Isso posto, a ausência de norma específica sobre prescrição nos processos de controle externo não obsta o uso da analogia com normas teleologicamente próximas às características do controle externo para suprir a lacuna. Norberto Bobbio bem leciona que as lacunas não representam a falta de uma solução, “mas de uma ‘solução satisfatória’, ou, em outras palavras, não a falta de uma norma, mas a falta de uma *norma justa*, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe” (BOBBIO, 1999, p. 140).

A lição demonstra a possibilidade de otimizar-se o princípio da segurança jurídica nos processos de controle externo a partir da aplicação analógica de outras normas sobre prescrição ou decadência aplicáveis ao Estado, em favor das pessoas sujeitas a seus poderes de sanção. E,

³² Essa lei, entre outras disposições, define as hipóteses de multas administrativas aplicáveis pelo Banco Central em face de irregularidades em operações cambiais.

na hipótese em estudo, a analogia apoia-se em sólido propósito: a concretização do princípio da segurança jurídica nos processos de controle externo. Não é demais recordar que os princípios têm força normativa, conforme amplamente reconhecido pela doutrina, com destaque para o escólio de Friederich Müller, Ronald Dworkin, Robert Alexy, entre outros doutrinadores (BONAVIDES, 2003, p. 276-77).

Nesse compasso, registra-se que o prazo quinquenal para a prescrição da pretensão punitiva do TCU foi admitido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 894.539/PI, de 2009, quando, ao dar provimento parcial a recursos interpostos pela União e pelo Ministério Público Federal contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que admitira, em processo de tomada de contas especial do TCU, a prescrição das pretensões punitiva e de condenação em débito por dano ao Erário, o STJ acolheu a tese da prescrição quinquenal incidente sobre a aplicação de multas pelo TCU, e reafirmou a imprescritibilidade da imputação de débito por dano ao Erário. Tal entendimento é revelado na ementa desse acórdão:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. [...]

1. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Por decorrência lógica, tampouco prescreve a Tomada de Contas Especial no que tange à identificação dos responsáveis por danos causados ao Erário e à determinação do ressarcimento do prejuízo apurado. Precedente do STF.

2. Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra, o prazo quinquenal.

[...]

4. Recursos Especiais parcialmente providos para afastar a prescrição relativamente ao ressarcimento por danos causados ao Erário” (BRASIL, 2009).

Não obstante os argumentos aqui apresentados em favor da utilização, por analogia, de um prazo de prescrição à pretensão punitiva no âmbito do TCU, a matéria ainda não foi pacificada, embora continue sendo objeto de discussões incidentais em outros processos que se seguiram à aludida representação formulada pela Consultoria Jurídica do TCU.

Um dos exemplos atuais é o processo TC 011.101/2003-6, versando sobre tomada de contas especial, em que se discute, incidentalmente, a

possibilidade de aplicar-se, no caso concreto, a prescrição da pretensão punitiva do TCU por fatos ocorridos entre sete e dez anos antes da primeira decisão do Tribunal que ordenou a audiência³³ dos responsáveis.

Posto em discussão mais de uma vez no Plenário do Tribunal, o processo foi objeto de diversos pedidos de vista, em função da ausência de consenso quanto à possibilidade de aplicar, por analogia, a prescrição sobre a pretensão do Tribunal de aplicar multas aos responsáveis. Nas discussões até aqui havidas, alguns ministros revelaram posições contrárias ao uso da prescrição, seja sob a alegação de imprescritibilidade, seja sob o argumento de que se trata de matéria sujeita a reserva legal. Outros sinalizam tendência favorável à prescrição, porém sem convergência quanto ao prazo a adotar: se dez ou cinco anos³⁴. Até a conclusão deste artigo, a matéria ainda não havia sido decidida em nenhum dos dois processos, mantendo-se a questão pendente de uniformização jurisprudencial.

5. Ausência de prazos prescricionais ou decadenciais aplicáveis aos atos sujeitos a registro (admissões, aposentadorias, reformas e pensões)

Provavelmente a lacuna normativa que impõe os mais graves prejuízos ao princípio da segurança jurídica seja aquela incidente sobre o poder de apreciação, para fins de registro, dos atos de admissão, aposentadoria, reforma e pensão pelo TCU, exercido com base na competência expressa no art. 71, inciso III, da Constituição Federal.

Como recorte metodológico, o presente artigo analisa apenas os atos de aposentadoria e pensão, por representarem a maioria dos atos apreciados pelo Tribunal de Contas³⁵.

O rito de apreciação desses atos de pessoal³⁶ é, atualmente, definido na IN-TCU 55/2007. Segundo essa norma, após a publicação no Diário

³³ A figura formal da “audiência” nos processos de controle externo do TCU representa a intimação do responsável para apresentar defesa (“razões de justificativa”) diante de fatos que podem ensejar-lhe a aplicação com multa e outras sanções (ver art. 12 da Lei nº 8.443/1992).

³⁴ A situação desse processo pode ser verificada na página do TCU na Internet. Disponível: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2&doc=1&dpp=20&p=0>>.

³⁵ Segundo a base de jurisprudência do TCU, disponível na Internet, no ano de 2013 foram proferidos 974 acórdãos referentes a irregularidades em atos de aposentadorias e pensões, e apenas 27 acórdãos relativos a irregularidades em atos de admissões e reformas militares. Fonte: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario>>. Acesso em 15/9/2014.

³⁶ A expressão “atos de pessoal” é aqui utilizada com forma generalizada para englobar todas as espécies de atos sujeitos a registro. Trata-se de uma expressão comumente

Oficial da União do ato de admissão, aposentadoria, reforma militar ou pensão, ele deve ser remetido ao respectivo órgão de controle interno que, após emitir parecer prévio sobre a sua legalidade, encaminha-o ao TCU, para fins de registro. Uma vez no Tribunal de Contas, o ato é apreciado inicialmente pela unidade técnica responsável (Secretaria de Fiscalização de Pessoal – Sefip), seguindo para pronunciamento do Ministério Público junto ao TCU, para, enfim, chegar o processo conclusivo ao Relator, que o submete ao Colegiado.

Quando o TCU considera existir alguma ilegalidade na concessão, seja a ausência de algum requisito essencial à emissão do próprio ato³⁷, seja alguma incorreção no cálculo dos vencimentos ou dos proventos, o Tribunal, mediante acórdão, nega-lhe registro e, nos termos do art. 262 do seu Regimento Interno³⁸, fixa o prazo de quinze dias, a contar da ciência da deliberação, para que o gestor responsável interrompa os pagamentos decorrentes do ato impugnado, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade responsável omissa.

Embora a IN-TCU 55/2007 e suas normas precedentes estabeleçam prazos razoáveis para esse fluxo de análises³⁹, é relativamente frequente que esse iter processual consuma 5, 10, 15 anos até a disponibilização do ato ao TCU. A base de jurisprudência do TCU revela a existência de pelo menos 19 acórdãos, no período de 2012 a agosto de 2014, em que se questiona a legalidade de atos de aposentadoria ou pensão que geravam vantagens há mais de 10 anos à data de sua apreciação pelo Tribunal. Levantamento realizado pela Secretaria de Fiscalização de Pessoal do TCU, incorporado ao voto do Ministro Valmir Campelo ao relatar o Acórdão 587/2011-TCU-Plenário, revela os tempos elevados entre a emissão dos atos e sua apreciação pelo Tribunal de Contas, com destaque para o período entre sua expedição e a remessa ao TCU, que, no caso das aposentadorias, gira em torno de 8 a 9 anos. Dessa forma, não é raro que um aposentado, após dez anos ou mais de inatividade, receba uma notificação administrativa para que reassuma seu cargo ou

utilizada em acórdãos do TCU. A base de jurisprudência do Tribunal informa a existência, apenas em 2014, de 61 acórdãos adotando essa expressão. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ListaDocumentos?qn=10&p=0>>. Acesso em 12 set. 2014.

³⁷ Exemplos comuns: admissão sem concurso público, insuficiência do tempo de contribuição previdenciária para implementar o direito à aposentadoria e não atendimento de condições legais para a percepção de pensão.

³⁸ Art. 262. Quando o ato de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão for considerado ilegal, o órgão de origem fará cessar o pagamento dos proventos ou benefícios no prazo de quinze dias, contados da ciência da decisão do Tribunal, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa” (BRASIL, 2003).

³⁹ Se contabilizados todos os prazos definidos na IN-TCU 55/2007 (arts. 7º, 11 e 12), o ato deveria ser disponibilizado ao TCU em um prazo de até 180 dias, podendo alcançar 300 dias, caso haja diligência do controle interno ao órgão de origem.

de que parte de seus proventos será reduzida, em virtude da impugnação de seu ato de concessão pelo TCU.

Tais informações revelam a dimensão do prejuízo à segurança jurídica produzido pela ausência de prazos prescricionais ou decadenciais no exercício da competência do TCU de apreciar os atos de pessoal para fins de registro.

No tocante aos atos administrativos ampliativos de direitos, incide, como regra geral, o prazo decadencial de cinco anos para que a Administração possa anulá-los. Isso está disposto no art. 54 da Lei Geral do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999):

“Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato” (BRASIL, 1999a).

Contudo essa regra não tem alcançado a apreciação de atos sujeitos a registro no âmbito do TCU. Isso porque, apoiado em arestos do STF⁴⁰ – a reconhecer que o ato de aposentadoria é complexo e, por isso, somente se aperfeiçoa com o registro pela Corte de Contas –, o TCU convergiu sua jurisprudência no sentido de afastar o prazo decadencial da Lei nº 9.784/1999 dos processos de atos de pessoal

sujeitos a registro. Assim foi editada a Súmula-TCU 278:

“Os atos de aposentadoria, reforma e pensão têm natureza jurídica de atos complexos, razão pela qual os prazos decadenciais a que se referem o § 2º do art. 260 do Regimento Interno e o art. 54 da Lei nº 9.784/99 começam a fluir a partir do momento em que se aperfeiçoam com a decisão do TCU que os considera legais ou ilegais, respectivamente” (BRASIL, 2012a).

O conceito de ato complexo⁴¹ foi aplicado aos atos sujeitos a registro, sob o entendimento de que sua formação depende da participação de vários órgãos, sendo aperfeiçoados somente com registro pelo TCU, nos termos da Constituição Federal. Assim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal converge no sentido de que a decadência prevista no art. 54 da Lei nº 9.784/1999 não opera no *iter* entre a publicação do ato sujeito a registro e a sua apreciação colegiada pelo TCU. Somente a partir de então é que tal prazo começaria a fluir.

Essa possibilidade de revisão após o registro do ato está prevista no § 2º do art. 260 do Regimento Interno do TCU, que estabelece as seguintes condições:

“§ 2º O acórdão que considerar legal o ato e determinar o seu registro não faz coisa julgada administrativa e poderá ser revisto de ofício pelo Tribunal, com a oitiva do Ministério Público e do beneficiário do ato, dentro do prazo de cinco anos da apreciação, se verificado que o ato viola a ordem jurídica, ou a qualquer tempo, no caso de comprovada má-fé” (BRASIL, 2003).

⁴⁰ RE 195.861 (Rel. Min. Marco Aurélio – 2ª Turma – Dj: 17/10/1997); MS 24.997-8 (Rel. Min. Eros Grau – Pleno – Dj: 1º/4/2005); MS 24.958-7 (Rel. Min. Marco Aurélio – Pleno – Dj: 1º/4/2005); MS 25.015-1 (Rel. Min. Eros Grau – Pleno – Dj: 1º/4/2005); MS 25.192 (Rel. Min. Eros Grau – Pleno – Dj: 6/5/2005); e outros.

⁴¹ Ver MS 24.997 e outros, cuja ementa inclui a seguinte assertiva: “3. O ato de aposentadoria configura ato administrativo complexo, aperfeiçoando-se somente com o registro perante o Tribunal de Contas. Submetido a condição resolutiva, não se operam os efeitos da decadência antes da vontade final da Administração” (BRASIL, 2005a).

Desse modo, não há nenhum prazo decadencial nem prescricional para a apreciação original dos atos da espécie pelo TCU, para efeito de seu primeiro registro. Assim, no que tange à segurança jurídica, o servidor interessado – em tese – somente poderia começar a nutrir a expectativa de ver sua concessão legalmente aperfeiçoada após o respectivo registro pelo TCU.

Ocorre que se trata de uma peculiaridade jurídico-administrativa provavelmente ignorada pela maioria dos interessados, entre os quais se incluem motoristas, auxiliares de serviços, técnicos agrícolas, viúvas, menores pensionistas e outras categorias das quais não parece razoável esperar conhecimento dessa peculiaridade do Direito Administrativo.

O procedimento usual para o servidor que deseja aposentar-se é dirigir-se ao setor de recursos humanos da sua repartição e indagar, inicialmente, quando implementará seu direito ou se já implementou⁴². Se receber resposta positiva, apresenta seu requerimento administrativo e aguarda o deferimento. Dito de outra forma, o interessado confia nas orientações e nos procedimentos adotados pela área de recursos humanos do órgão ou entidade pública em que trabalha. É aí que se finca o princípio da proteção da confiança nos casos do gênero, o qual será analisado a seguir.

A única norma objetiva, de aplicação obrigatória, que visa a resguardar o respeito à segurança jurídica em virtude da demora na apreciação de atos sujeitos a registro pelo TCU, é o franqueamento do direito de defesa ao interessado, antes do julgamento do respectivo ato. Isso ocorre sempre que ultrapassado o

⁴²Essas orientações são aplicadas, por exemplo, aos próprios servidores do TCU (“Dirija-se ao SGF, preencha e assine o formulário...”), conforme se verifica em sua página na Internet, no link: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/aposentadoria_pensao/concessao>.

prazo de cinco anos após o ingresso do ato no TCU. Trata-se de entendimento firmado por meio do Acórdão 587/2011-TCU-Plenário, por força de decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de mandados de segurança contra acórdãos da Corte de Contas⁴³.

Importa esclarecer que, nos termos dos arts. 259 a 263 do Regimento Interno do TCU, a regra geral aplicável aos processos de atos sujeitos a registro é que as concessões sejam apreciadas sem a oitiva prévia dos interessados. A razão disso é que o exame de tais processos apresenta natureza objetiva, pautada em documentos e informações fornecidos pelo órgão responsável pela emissão original do ato. Nesse sentido, o art. 263 do RITCU impõe, como regra, que a relação entre os interessados nesses atos e o Tribunal de Contas seja feita apenas por intermédio do respectivo órgão de origem⁴⁴.

Por outro lado, a impugnação de atos sujeitos a registro geralmente decorre de irregularidades de natureza objetiva (a exemplo da contabilização indevida de tempo de serviço ou do não cumprimento de requisitos de idade para a inativação), que raramente podem ser sanadas mediante um procedimento de defesa por parte de um interessado que está inativo ou que recebe sua pensão há cinco anos ou mais. A exceção costuma ocorrer apenas quando o aposentado ou pensionista apresenta ao TCU algum provimento judicial a amparar seu direito. Assim, esse contraditório geralmente não elide as irregularidades identificadas na fase de instrução do processo.

⁴³MS-25.116 e MS-25.403, rel. Min. Ayres Britto; decisões monocráticas de mérito na mesma linha (nos termos do art. 205 do Regimento Interno do STF): MS-25.343 e MS-27.296, rel. Min. Ellen Gracie; entre outros.

⁴⁴Art. 263. O relator ou o Tribunal não conhecerá de requerimento que lhe seja diretamente dirigido por interessado na obtenção de quaisquer benefícios ou vantagens de caráter pessoal, devendo a solicitação ser arquivada após comunicação ao requerente” (BRASIL, 2003).

A par disso, convém reiterar que a exigência, junto aos interessados, de documentos probatórios relativos a atos ou fatos ocorridos há longo tempo colide não apenas com o princípio da segurança jurídica, mas também com a garantia constitucional de ampla defesa.

Considera-se, portanto, que uma das possibilidades jurídicas de preservar a segurança jurídica em casos da espécie é – à semelhança do que se propõe em relação à pretensão punitiva do TCU – a aplicação da analogia com o prazo prescricional de cinco anos, consagrado em diversas normas de regência das relações entre Administração e administrados, em respeito ao princípio da segurança jurídica e à garantia de ampla defesa.

Cumpra observar, contudo, que, dada a natureza complexa do ato sujeito a registro, seria possível objetar essa prescrição sob o argumento de que, se o TCU não apreciá-lo, então o ato nunca se aperfeiçoará. No entanto, esse óbice pode ser superado caso se aplique, também por analogia, a fórmula da homologação pelo decurso do tempo, anotada no Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966), ao prever a homologação automática do crédito tributário decorrente de autolancamento após cinco anos, quando não houver dolo, fraude ou simulação⁴⁵.

Note-se que os aposentados e pensionistas sequer têm a responsabilidade atribuída aos gestores públicos, de prestar contas aos órgãos de controle e de guardar por tempo razoável os documentos alusivos aos seus períodos de gestão. Tal peculiaridade recomenda, com mais intensidade, o uso da analogia para suprir a

lacuna quanto aos prazos de prescrição nesse ramo de atuação do TCU.

Por outro lado, deve-se ponderar que a eventual aplicação analógica de um prazo prescricional à apreciação pelo TCU dos atos sujeitos a registro implicaria a perda de objeto de expressiva quantidade de atos em estoque pendentes de apreciação. Isso pode explicar, ao menos em parte, o fato de o TCU não aplicar aos atos de pessoal a mesma regra de proteção ao direito de ampla defesa que utiliza nos processos de contas (dispensa da instauração ou arquivamento de TCEs motivadas por fatos ocorridos há mais de dez anos), tampouco utilizar, por analogia, o prazo de prescrição quinzenal comumente utilizado na legislação que rege as relações entre Administração e particulares.

6. Notas conclusivas

A indefinição de prazos prescricionais no âmbito do TCU prejudica a expressão dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança no controle externo exercido pelo Tribunal.

No que tange aos débitos decorrentes de ilícitos, o TCU segue entendimento do Supremo Tribunal Federal, baseado em uma leitura restritiva da parte final do § 5º do art. 37 da Constituição da República, no sentido de que as respectivas ações de cobrança são imprescritíveis. No entanto, a instrução normativa do Tribunal de Contas sobre tomadas de contas especiais⁴⁶ prevê a dispensa desse processo de contas quando decorridos dez anos ou mais desde os fatos geradores, por considerar que o direito de ampla defesa fica prejudicado sob

⁴⁵ Art. 150 [...] § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação” (BRASIL, 1966).

⁴⁶ Instrução Normativa-TCU 71/2012 (BRASIL, 2012c).

tal hipótese. Tal solução amolda-se também ao princípio da segurança jurídica.

Em relação ao poder de sanção do TCU, também não existe norma específica alguma que lhe imponha prazo de prescrição para punir os jurisdicionados. Conquanto parte expressiva da doutrina convirja para admitir a aplicação analógica, à espécie, do prazo prescricional de cinco anos, por ser de adoção generalizada nas diversas leis que regem o tema na Administração Pública, o TCU ainda não pacificou a matéria, estando o assunto sob discussão. Essa delonga gera reflexos negativos sobre a segurança dos jurisdicionados.

Quanto aos atos sujeitos a registro, a ausência de prazos de prescrição ou decadência também resulta em prejuízos à segurança jurídica dos interessados, embora existam soluções juridicamente plausíveis para a utilização analógica de prazos prescricionais ou outras formas de proteção à segurança jurídica nesse campo de atuação do Tribunal de Contas.

A par disso, existe forte convergência doutrinária no sentido da utilização do referido prazo quinquenal, mediante analogia, nos processos dos tribunais de contas. Essa dicção é reforçada pelo fato de a segurança jurídica e a proteção da confiança serem princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito e também porque a Administração Pública deve obediência não apenas às leis e aos regulamentos estritos do Direito Administrativo, mas a todo o ordenamento jurídico, o que inclui os princípios garantidores dos direitos individuais.⁴⁷

Não obstante, o TCU reluta em aplicar essa analogia, recomendada pela doutrina em favor da segurança jurídica, mantendo-se imune aos prazos de prescrição. A matéria está sob discussão no âmbito do Tribunal de Contas; porém, até a conclusão do presente artigo, não havia surgido decisão definitiva sobre o tema, prevalecendo a opção por analisar a matéria caso a caso.⁴⁸

O Tribunal de Contas da União, como quaisquer outros órgãos e entidades detentores de poderes estatais, deve obediência não apenas às leis e aos regulamentos específicos que norteiam sua atuação (associados à legalidade em sentido estrito), mas também aos princípios de direito (insertos no conceito de legalidade em sentido amplo) que devem guiar as relações entre Estado e indivíduos, universo em que se incluem a segurança jurídica e a proteção da confiança.

⁴⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, Diógenes Gasparini, Hely Lopes Meirelles, Luís Roberto Barroso e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (BARROSO, 2001).

⁴⁸ Processos TC 021.540/2010-1 (Ac. 1.314/2013-TCU-Plenário rel. Min. Benjamin Zymler), TC 011.101/2003-6 e TC 007.822/2005-4 (estes sem decisão de mérito até a conclusão deste trabalho).

Sem prejuízo dessas conclusões, as questões ora apresentadas recomendam estudos mais detidos no âmbito do Poder Legislativo para avaliar a conveniência de suprir as lacunas normativas na definição de prazos prescricionais para o exercício das atribuições de controle externo a cargo do TCU, o que pode ser feito mediante ajustes na Lei nº 8.443/1992.

Sobre o autor

Carlos Maurício Lociks de Araújo é auditor federal de controle externo e assessor de ministro no TCU. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP/Universidade de Granada (Espanha). Especialista em Avaliação de Políticas Públicas pelo ISC/UFRJ. Graduado em Direito e Engenharia Agrônoma pela UnB.
email: cmlociks@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁴⁹

ABSENCE OF PRESCRIPTION PERIODS IN THE ACTION OF BRAZIL'S FEDERAL COURT OF ACCOUNTS AND ITS REFLECTIONS ON THE LEGAL CERTAINTY

ABSTRACT: This article examines aspects related to the absence of rules of prescription on the Tribunal de Contas da União (TCU) and its relationship with the legal certainty for those under its jurisdiction. This gap allows, in principle, that the control body to restrict rights or imposes sanctions after many years of motivating the irregularity control action. Under the premise that the prescription is widely applied in the Brazilian administrative law as a way to protect the legal certainty of the administered, it was identified alternative ways to overcome this gap, assuming of doctrinal convergence and the case-law of the TCU. Among the solutions identified are: archiving processes to repair damage to the Exchequer (imprescriptible, according to the case-law of the Brazilian's Supreme Court) caused by events that occurred ten years ago or more, on the grounds that the elapsed time generates irreversible injury to full defense; 2) using the analogy with statute of limitations of administrative law to apply the most common prescription period – five years – to the punitive power of TCU. The same assumptions point to the use of analogy to justify the limitation period in cases of “acts subject to registration” (retirement, pension and the like). It turns out, however, that the case-law of the TCU reveals a bias of resistance in applying the legal certainty at the expense of the full exercise of their powers, which suggests, as an alternative more effective, the need for the creation of specific statute of limitations for the TCU.

KEYWORDS: PRESCRIPTION. STATUTE OF LIMITATIONS. LEGAL CERTAINTY. FEDERAL COURT OF ACCOUNTS. TCU. ADMINISTRATIVE LAW.

⁴⁹ Sem revisão do editor.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da lei nº 9.873/99. *Revista de Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 4, jul. 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____. Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Regula a prescrição quinquenal. *Diário Oficial da União*, 8 jan. 1932. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*, 5 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. [Código Tributário Nacional]. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário do Congresso Nacional*, 15 set. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 28 abr. 2015.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 dez. 2014.

_____. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da união, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial da União*, 12 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____. Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 11 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, 1º fev. 1999a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____. Lei n. 9.873, de 23 de novembro de 1999. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 24 nov. 1999b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9873.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 71. Relator: Ministro Bento José Bugarin. DJ, 26 abr. 2000. *Diário Oficial da União*, 10 maio 2000.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. *Regimento interno do Tribunal de Contas da União*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 24.997/DF. Relator: Ministro Eros Grau. DJ, 22 fev. 2005. *Diário da Justiça*, 1º abr. 2005a.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2.647. Relator: Ministro Valmir Campelo. DJ, 29 nov. 2005b.

_____. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa 55/2007. *Diário Oficial da União*, 26 out. 2007a.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2.967. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. DJ, 5 dez. 2007b.

_____. Portaria n. 127, de 29 de maio de 2008. *Diário Oficial da União*, 30 ago. 2008a. Disponível em: <https://www.convenios.gov.br/portal/arquivos/Portaria_127_com_suas_alteracoes_ultima_19jan10.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____. Mandado de segurança n. 26210/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ, 4 set. 2008. *Diário da justiça eletrônico*, 10 out. 2008b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 894.539/PI. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ, 20 ago. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 27 ago. 2009.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.214. Relator: Ministro Augusto Nardes. DJ, 26 maio 2010a.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.803. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. DJ, 28 jun. 2010b.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.083. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. DJ, 27 abr. 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula n. 278*. Brasília, 3 jun. 2012a. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Sumulas.faces;jsessionid=4EA493B79580D94F0D7ADAB08562729D>>. Acesso em: 25 maio 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula 282*. Brasília, 15 ago. 2012b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Sumulas.faces>>. Acesso em: 25 maio 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. *Instrução Normativa 71/2012*. Brasília, 28 nov. 2012c. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Normativos.faces>>. Acesso em: 12 maio 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.314. Relator: Ministro Benjamin Zymler. DJ, 29 maio 2013a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no recurso extraordinário 669.069/MG. Relator: Ministro Teori Zavaski. *Diário da Justiça*, 2 ago. 2013b.

JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução de João Vasconcelos. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

PALAIÁ, Nelson. O fato notório, a notoriedade do fato e as máximas de experiência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1076, 12 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8500>>. Acesso em: 5 maio 2015.

RAMOS, André de Carvalho (Coord.). *A imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/Imprescritibilidade-ebook.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista Eletrônica Ad Judicia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 1-24, out./dez. 2013. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/arquivos/file_527a403845914.pdf>. Acesso em: 5 maio 2015.

VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

XAVIER, Ronaldo Caldeira. *Latim no direito*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

A governança dos desastres ambientais e no direito comparado norte-americano e europeu

FERNANDA DALLA LIBERA DAMACENA

Resumo: Problemas sociais complexos como os associados ao meio ambiente, mudanças climáticas e desastres não se encaixam, suficientemente, no âmbito de organizações e instituições individuais. A governança fornece, através de redes de colaboração entre diversas entidades, uma forma de lidar com essas novas questões sociais. A compreensão da governança no âmbito dos desastres sugere, entre outros pontos relevantes, o conhecimento da estrutura política e normativa relacionada ao direito comparado. Este artigo abordará os principais aspectos da governança dos desastres no âmbito comparado, a partir da experiência normativa americana e europeia. O estudo do Direito comparado tem forte relevância no processo de estruturação e desenvolvimento do direito dos desastres no Brasil. Um breve olhar sobre a estrutura normativa dos desastres no Brasil permite a identificação dessa influência. Os sistemas estudados ainda sofrem com desastres e têm também dificuldades políticas e jurídicas. Todavia, uma das maiores lições desses contextos é a identificação e o reconhecimento dos erros do passado com base nos diagnósticos dos principais problemas do presente, e o fortalecimento de uma perspectiva preponderantemente preventiva, fundamentada na assimilação da noção de risco.

Palavras-chave: Desastre. Governança. Direito Comparado.

Introdução

Ainda recente no Brasil, o Direito dos Desastres é um ramo do direito consolidado e bastante desenvolvido no âmbito do direito comparado. Os sistemas norte-americano e europeu possuem experiência

Recebido em 26/11/14
Aprovado em 30/4/15

e normatização robusta sobre a matéria, razão pela qual serão objetos deste estudo.

A gestão dos processos de prevenção, mitigação, respostas de emergência, compensação e reconstrução de áreas atingidas por eventos extremos está diretamente relacionada ao tema da governança. A materialização da *governança dos desastres* (TIERNEY, 2012, p. 341) demanda, dentre outros pontos relevantes, o conhecimento da estrutura política e normativa relacionada ao direito comparado.

Governança dos desastres é uma expressão pouco utilizada no campo da literatura relacionada aos desastres (TIERNEY, 2012, p. 363). Esse conceito surgiu, em parte, a partir do reconhecimento de que as funções tradicionalmente realizadas por entidades públicas são, hoje, frequentemente, realizadas por diversos conjuntos de atores. Esses últimos incluem não só as instituições governamentais, mas também entidades do setor privado e sociedade da civil. Problemas sociais complexos, como os associados ao meio ambiente, mudanças climáticas e desastres não se encaixam, suficientemente, no âmbito de organizações e instituições individuais. A governança fornece, por meio de redes de colaboração entre diversas entidades, uma forma de lidar com essas novas questões sociais.

Tendo essa perspectiva como pano de fundo, o artigo abordará comparativamente os principais aspectos da governança dos desastres, a partir da experiência política e normativa norte-americana e europeia. Dividido em duas partes, o estudo elucida inicialmente, o plano norte-americano de resposta aos desastres. Na sequência, ilustra a evolução do plano legislativo e as influências sociais e políticas nesse contexto. Como último tópico, são abordadas duas matérias muito debatidas no sistema jurídico norte-americano em relação aos desastres: a primeira diz respeito à compensação pós-de-

sastres; a segunda trata da relevância dos serviços ecossistêmicos como forma de prevenção e recuperação diante da hipótese de ocorrência ou concretização desses eventos extremos. Na segunda parte do artigo, a título de contextualização histórica, expõe-se o quadro legal europeu de atuação antidesastres existente antes da entrada em vigor do Tratado de Funcionamento da União Europeia. Nesse contexto são estudadas as dimensões normativas relativas às inundações, constantes na Diretiva 60/2007, e a gestão dos riscos tecnológicos, com destaque para as Diretivas Seveso I e II, e o Regulamento nº 1726/2003 do Parlamento e Conselho Europeu. Por fim, enfatizam-se as atuais diretrizes normativas do âmbito europeu, cenário em que a preocupação com a atuação preventiva da defesa civil e a atenção às vulnerabilidades são matérias de cooperação consolidadas.

1. Plano Americano de Resposta a Desastres – aspectos gerais

O Plano Nacional de Resposta Americano *Natural Response Framework* (NRF) tem um amplo espectro de abordagem. Engloba desde os denominados incidentes graves, mas meramente locais, até as calamidades naturais catastróficas e os ataques terroristas. Apesar de priorizar bastante a recuperação e o planejamento, compreendido como um elemento fundamental de preparação e resposta, é considerado atividade de segurança pátria essencial. Em termos de preparação (prevenção), seis são os critérios previstos pelo plano como atividades essenciais para o enfrentamento de um desastre: planejar, organizar, treinar, equipar, exercitar, avaliar e melhorar (UNITED STATES, 2008, p. 1-27).

Essa conformação nem sempre foi assim. Os ataques de 11 de setembro tiveram grande

influência na evolução, reformulação e ampliação de esforços para uma gestão nacional comum de desastres e contra o terror (UNITED STATES, 2008, p. 2).

O termo “resposta” no título do plano está diretamente alinhado a uma proposição muito clara ao longo de todo o quadro: responder eficazmente a um desastre é responsabilidade compartilhada dos governos em todos os níveis, do setor privado, das ONGs e dos cidadãos. Nessa linha, o plano descreve as principais tarefas relacionadas com três fases de resposta: preparação, resposta e recuperação. Na estrutura de atuação e responsabilidades compartilhadas, o secretário de Segurança Interna é a figura responsável pelo gerenciamento de incidentes domésticos, grandes catástrofes ou outras emergências, bem como pela coordenação dos recursos federais utilizados na prevenção, resposta ou recuperação de ataques terroristas.

A estrutura do quadro de resposta é baseada em um Sistema Nacional de Gerenciamento de Incidentes (NIMS), particularmente em seu Sistema de Comando de Incidentes (ICS). Nos Estados Unidos, diferentemente do Brasil (gestão a cargo do Ministério da Ciência, Tecnologia e Integração, por meio do Centro Nacional de Monitoramento e Alertas de Desastres Naturais – Cemaden), a coordenação geral do sistema é de um departamento (Departamento de Segurança Nacional – DHS) que, entre suas subdivisões internas, comporta diversas agências, sendo a *Federal Emergency Management Agency* – FEMA (agência federal) o ápice da estrutura em termos de desastres. Essa agência tem “braços” regionais, estaduais e locais para auxílio imediato (UNITED STATES, 2008, p. 6).

Caso uma situação de desastre exija recursos superiores aos disponíveis no estado, as agências locais podem solicitar assistência

federal diretamente. O pedido deve ser direcionado ao governo do estado ou ao governo federal. Se deferido, o financiamento vem do Fundo de Desastres, que é gerenciado pela FEMA. A declaração de emergência é mais limitada e, geralmente, sem programas de recuperação de longo prazo.

A exceção a essa regra são as situações de desastres definidas na lei *Stafford*, quando há a necessidade de uma declaração presidencial, conforme se verificará a seguir.

1.1. Do plano legislativo

Promulgada em 1988, a *Stafford Act* é peça central da política de desastre norte-americana. Ela define juridicamente como desastres federais são declarados, determina os tipos de assistência a serem prestados pelo governo federal e estabelece as modalidades de partilha de custos entre os governos federal, estadual e local.

No ano 2000, essa lei sofreu alterações com a *Disaster Mitigation Act* (Law 106-390, 2000) entre as quais a criação de um programa para prevenção e mitigação, que pretendia simplificar a administração dos desastres e controlar os custos federais de assistência considerados altos.

A política federal de desastre foi alvo de muitas mudanças desde a aprovação da primeira lei de assistência a desastres de 1950, mas nada foi capaz de transformar a legislação como os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001. Desde então a prevenção contra o terrorismo assumiu uma posição de vanguarda na agenda política nacional, relegando a resposta e a preocupação com desastres a um segundo plano no sistema. Como parte da estratégia antiterrorismo, em junho de 2002, foi criado o Departamento de Segurança Interna dos EUA (DHS) com o objetivo de realinhar

as atividades do governo em um único departamento, cuja principal missão era proteger o país. A criação do Departamento foi responsável por significativa transformação do governo federal, permitindo uma abrangente análise e revisão da política de desastre e o estabelecimento de um sistema que servisse a dúplice necessidade: resposta a desastres “naturais” e combate ao terrorismo.

No auge da guerra contra o terror, a administração Bush havia manifestado a opção por limitar o âmbito de atuação do governo federal na área de respostas a desastres “naturais”, pois os custos de repasse aos estados e localidades menores, nesses casos, estavam muito altos. A criação do Departamento de Segurança Interna dos EUA apenas acelerou esforços para reduzir o tamanho e o escopo de programas federais de resposta a desastres naturais. A incorporação da FEMA ao departamento foi uma das estratégias para tanto, pois a cada 4 dólares destinados à agência, três eram encaminhados ao combate do terrorismo. Os recursos para resposta de emergência e recuperação dos desastres se tornaram cada vez mais escassos. Além disso, por simplesmente ter sido transferida para o Departamento de Segurança Interna, a agência federal perdeu um número considerável de funcionários e, juntamente, a capacidade de atuação efetiva em caso de desastres (MOSS, 2009, p. 1-23).

A Agência de Gestão de Emergências Federais (*Federal Emergency Management Agency – FEMA*) é responsável pela realização das disposições da *Lei Stafford* e distribui grande parte da assistência prevista. Antes da criação do Departamento de Segurança Interna (*Homeland Security Act of 2002*), a FEMA era uma agência independente que se reportava diretamente ao presidente. No entanto, em 2002, o departamento estabeleceu um novo quadro jurídico de organizações e atividades. Nesse novo esquema, houve a incorporação da agência, que continua a coordenar respostas federais a desastres, mas perdeu a sua independência decisional.

Em 2005, o furacão Katrina desvelou o abrandamento das políticas de prevenção a desastres, revelando que, apesar da criação do Departamento de Segurança Interna, o país continuava mal preparado para responder e se recuperar de uma grande catástrofe. Problemas sistêmicos de gestão, alocação de recursos e liderança dentro da FEMA também foram trazidos à luz. Em resposta, o Congresso tentou corrigi-los com uma nova lei, a *Post-Katrina Emergency Reform Act*, de 2006. Assinada pelo mesmo presidente que havia privilegiado o combate ao terrorismo, a Lei implementou a construção de uma gestão profissional e técnica dentro da FEMA, desde a chefia até os funcionários, que passaram a ter plano de carreira. Antes, a definição da chefia era política, e a qualificação do agraciado com o cargo não era levada em consideração.

Para melhorar a resposta aos desastres, a *Post-Katrina Emergency Reform Act* estabeleceu uma nova nomenclatura denominada “incidentes catastróficos”. Segundo definição legal (SEC. 501, (3)), trata-se de

“qualquer desastre natural, ato de terrorismo ou outros desastres provocados pelo homem que resultem em níveis extraordinários de causalidades, danos ou perturbações que afetem gravemente a população (incluindo evacuações em massa), infra-estrutura, meio ambiente, economia ou o governo em uma determinada área” (UNITED STATES, 2006).

Um dos problemas dessa definição é que ela não foi incorporada ou não alterou o *Stafford Act*, mas passou a vigorar paralelamente a esse dispositivo (MOSS, 2009, p. 23).

1.2. A compensação no contexto jurídico norte-americano dos desastres

As indenizações e a cobertura por seguros após a ocorrência de um desastre são dois pontos amplamente debatidos nos Estados Unidos. Nesse país, as perdas oriundas de desastres, principalmente de origem climática, representam um desafio permanente para o governo e para o setor privado. O sistema americano conta com programas federais que asseguram os indivíduos contra perdas por desastres “naturais”. Alguns são de contratação obrigatória, outros são seguros privados. Os mais conhecidos são o Programa Federal de Seguro Agrícola – *Federal Crop Insurance* (BARNETT, 1999, p. 139-155)¹ e o Programa Nacional de

¹ Administrado pela *Federal Crop Insurance Corporation* (FCIC), o programa oferece seguros subsidiados contra perdas de safra causada por uma grande variedade de fenômenos naturais (por exemplo, seca, inundação, vento, furacão, tornado, queda de raio, terremoto, vida selvagem, infestação de insetos e doenças de plantas). Os produtores

Seguros de Inundação (PNIF), obrigatório. Além do subsídio a esse tipo de programa, os investimentos por parte do governo são muito dispendiosos em função do tipo de produto oferecido pelo mercado de seguros, que não assume a cobertura de alguns desastres. Nesses casos, o governo age para oferecer a cobertura faltante ou auxilia o setor privado para que o faça (FARBER, c2010, p. 321, 330).

Os desastres têm causado uma verdadeira tensão no mercado norte-americano de seguros em função de dois fatores principais, ambos já conhecidos por muitas seguradoras: a grande probabilidade de ocorrência e a magnitude. Essa realidade redundava em menores coberturas e aumento dos valores de contratação, posto que o risco de ocorrência de eventos climatológicos no país tem aumentado consideravelmente e visualiza-se um futuro preocupante diante das mudanças climáticas (THOMAS; LEICHENKO, 2011).

Essa resposta da economia aos desastres gera uma série de consequências. A primeira delas é que as populações expostas às áreas mais vulneráveis acabam, por mais essa razão, sendo as maiores prejudicadas. Ademais, em uma catástrofe, muitos documentos são perdidos, de maneira que fica difícil e, por vezes, impossível comprovar a contratação de um seguro. Some-se a isso, o fato de que muitas empresas de seguro transferem suas sedes para outra localidade, deixando os segurados desamparados, ou tentam alegar que o tipo de seguro contratado não cobre o tipo de evento (o seguro era para tornado e não para enchente, por exemplo), o que já resultou, inclusive, em demandas judiciais (THOMAS; LEICHENKO, 2011).

O governo federal tem desenvolvido um importante papel na economia norte-americana

que aderem ao programa pagam uma taxa administrativa que varia conforme a cultura e o município.

na, assumindo riscos pelos quais o setor privado não se responsabilizaria ou o faria por um custo muito alto, o que tornaria sua contratação inviável (FARBER, 2010, p. 241). Outra possibilidade assecuratória, além da existência dos fundos de compensação e dos seguros anteriormente mencionados, são os empréstimos que a FEMA está autorizada a conceder às pessoas para que se recuperem de um desastre. O custo da atuação estatal nesses moldes é bastante alto e tem sido, por anos, motivo de constantes estudos e alterações em legislações que buscam saídas para diminuí-lo.

No Brasil, o legislador simplesmente silenciou sobre o tema. Atualmente, após a ocorrência de um desastre, o Governo Federal depende de créditos extraordinários, via edição de medidas provisórias, para alocar recursos e atender emergencialmente à população atingida, vez que esses recursos não estão reservados em programação orçamentária aprovada no início do exercício financeiro.

1.3. A relevância dos serviços ecossistêmicos no contexto norte-americano de prevenção e resiliência – um exemplo a ser seguido

O direito dos desastres norte-americano considera o que denomina *infraestrutura natural* estratégia preventiva e mitigadora dos desastres, valorando os ecossistemas não apenas como *bens ambientais*, mas sobretudo os *serviços ecossistêmicos* (NUSDEO, 2012) de prevenção e proteção prestados por esses bens contra desastres naturais. Os desastres ambientais têm exercido um papel significativo em determinar como se entendem e valoram os serviços ambientais nessa tradição jurídica (HIROKAWA, 2011, p. 545).

Como pertinentemente observa Verchchick (2010, p. 11- 27), a maioria das infraestruturas de que se tem conhecimento são do

tipo cinza (represas, diques, pontes à base de cimento e outros componentes), *mas algumas infraestruturas, aliás, a maior parte delas, é verde* (pântanos, corais, florestas, matas ciliares, topo de morros, etc). Toda essa infraestrutura natural (verde) auxilia no enfrentamento de desastres de duas maneiras.

“Primeiro, a natureza bloqueia, suavizando ou redirecionando o impacto das forças naturais que enfurecidamente se direcionam às pessoas. Após o impacto, ajuda no provimento de bens e serviços importantes para a recuperação física e econômica da região afetada.”

Por essas razões, o autor propõe que esse tipo de ecossistema seja visto como uma espécie de infraestrutura pública, advindo daí o papel governamental de monitoramento e manutenção.

O manejo de ecossistemas pode contribuir para a redução mais eficaz dos riscos de desastres de duas maneiras principais. Bem geridos, os ecossistemas podem mitigar o impacto da maioria dos desastres naturais, como deslizamentos de terra, furacões e ciclones. Além disso, ecossistemas produtivos podem suportar atividades sustentáveis geradoras de renda e ser também recursos importantes para as pessoas e comunidades na sequência de uma catástrofe. Para que possam realizar essas contribuições, é essencial que os ecossistemas sejam tomados em conta nos esforços de reconstrução na fase de resposta, pós-desastre (SUDMEIER-RIEUX, 2006).

Os serviços ecossistêmicos também exercem importante função na construção da resiliência de uma comunidade afetada de forma mais célere, isto é, a preservação dos ecossistemas e de seus serviços desenvolve um papel de grande importância na fase pós-desastre (SUDMEIER-RIEUX, 2006, p. 1). Por tal razão, a indicação da doutrina norte-americana consiste em dizer que as estratégias preventivas a

desastres devem enfatizar controles estruturais naturais (infraestruturas naturais) e controles não estruturais (estudos, avaliações, mapas de risco, zoneamentos, etc.) (VERCHICK, 2010, p. 78).

O Direito dos Desastres nos Estados Unidos utiliza o benefício dos serviços ambientais como medidas estruturais preventivas, estratégia estrutural inexistente ou, para dizer o mínimo, inexplorada no cenário brasileiro até o momento.

Importante salientar, contudo, que os estudos sobre a relação entre desastre e infraestrutura natural não são conclusivos, pois a proteção proporcionada por um ecossistema natural depende de uma conjugação de diversos fatores, como o tipo de desastre, a geografia, a população exposta, entre outros. De toda forma, um passo importante na composição da política de desastres é a identificação e o delineamento dos recursos naturais, dos riscos correlatos, das estruturas vulneráveis, assim como das vulnerabilidades. (VERCHICK, 2010, p. 26).

2. Os desastres no âmbito europeu

Na União Europeia, a proteção civil não é uma nova matéria de cooperação, mas um domínio que vem ganhando relevo e que recentemente se constitucionalizou (ARAGÃO, 2011). Com o Tratado de Lisboa, a União passou a dispor de competência para desenvolver ações destinadas a apoiar, coordenar ou completar as ações dos Estados-membros relativamente à proteção civil.

Atualmente, a proteção civil na União Europeia assenta-se em dois pilares: um mecanismo destinado a facilitar uma cooperação reforçada nas intervenções de socorro, e um instrumento financeiro para a proteção civil dirigido

para a concessão de assistência financeira aos Estados, apoiando e complementando os seus esforços. Ambos os instrumentos são reflexos da dupla dimensão da intervenção da União Europeia: uma intervenção na prevenção dos riscos, e uma intervenção após a verificação da catástrofe (ARAGÃO, 2011, p. 75).

Paralelamente e anteriormente à constitucionalização e à entrada em vigor do Tratado de Funcionamento da União Europeia, o quadro legal Europeu de atuação antidesastres pode ser dimensionado de duas maneiras: de um lado, a prevenção de acidentes graves, regulamentada por duas Diretivas – Seveso I (UNIÃO EUROPEIA, 1982) e II (UNIÃO EUROPEIA, 1996) e pelo Regulamento 1726/2003, do Parlamento e Conselho Europeu; de outro, a prevenção de catástrofes naturais e humanas, regulamentada pela Diretiva 60/2007.

2.1. Dimensões normativas relacionadas às inundações: do diagnóstico à busca de solução

A temática dos desastres naturais na União Europeia teve início com o tratamento das inundações. As primeiras luzes sobre o problema foram lançadas pelas recomendações de uma Comunicação da Comissão ao Conselho, Parlamento, Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, denominada Gestão dos Riscos de Inundação – Proteção contra as Cheias e Inundações, sua Prevenção e Mitigação.

No período entre 1998 e 2002, mais de 100 eventos provocaram grandes prejuízos no continente. As cheias catastróficas dos rios Elba e Danúbio, em 2002, foram históricas, com grandes prejuízos econômicos, sociais e ecológicos. Do ponto de vista ecológico, observou-se que as inundações podem ter consequências am-

bientais graves quando, por exemplo, as instalações de tratamento de águas residuais são inundadas ou quando são afetadas fábricas que detêm grandes quantidades de substâncias químicas tóxicas. Inundações podem também destruir as zonas úmidas e reduzir a biodiversidade.

As inundações podem ocorrer quando a capacidade dos sistemas de drenagem naturais ou construídos pelo homem não conseguem escoar o volume de água proveniente das precipitações intensas ou quando as proteções contra as inundações falham. A experiência demonstrou que as medidas locais de proteção contra as cheias tomadas num determinado ponto têm repercussões a montante/jusante. Por exemplo, se numa área se recorrer a soluções de engenharia para evacuar a água de um rio, isso apenas significa que a água chegará mais depressa às áreas situadas à jusante. Essa conclusão demonstra a importância de que a proteção contra inundações seja abordada de forma concertada e coordenada em toda a extensão do rio. Ademais, se, por um lado, em algumas situações excepcionais, estimar a probabilidade e extensão das cheias em determinadas áreas é uma tarefa complexa, por outro, o fato de determinadas chuvas, tempestades ou marés provocarem tantos prejuízos é fortemente influenciado por atividades humanas. O abate de florestas na parte superior das bacias de recepção, o desvio do curso dos rios, a supressão de planícies de inundação naturais, o recurso a práticas de drenagem inadequadas e, sobretudo, a construção em grande escala em áreas de alto risco de inundação são apenas algumas das explicações.

Diagnosticado o problema e tendo em consideração que os compromissos da Europa em relação ao desenvolvimento sustentável poderiam ficar seriamente comprometidos, a Comissão recomendou aos Estados o desenvolvimento de plano de gestão dos riscos de inundação com as seguintes diretrizes: um trabalho por bacia hidrográfica, a cooperação internacional entre rios transfronteiriços e um programa de ação coordenada da União Europeia para a proteção contra as cheias. Ademais, uma das observações formuladas pela Comissão foi que as medidas futuras deveriam ser distintas das decisões do passado, quando a proteção contra as cheias era efetuada essencialmente em nível local. Para o sucesso das metas recomendadas, estima-se que, no período de 1998 a 2020, o investimento total em medidas de proteção contra as cheias alcancem 12,3 milhões de euros. Além disso, foi criado um atlas do Reno para chamar a atenção dos habitantes do vale do Reno para os riscos de cheias. O atlas inclui mapas que representam o perigo de cheias (mapas básicos) e permitem visualizar o perigo de inundação para o homem e os bens materiais em caso de inundações extremas.

Anos mais tarde, a Diretiva 60/2007 (UNIÃO EUROPEIA, 2007) regulamentou as proposições da Comissão definindo linhas de atua-

ção relativas à avaliação e gestão dos riscos de inundações, com destaque, em exemplificativa síntese, para as seguintes diretrizes: atuação coordenada e integrada entre os Estados-membros, informação, atualização contínua, observação dos princípios de solidariedade, responsabilidade compartilhada e incentivo à participação popular.

O objetivo da diretiva, exposto no item (23), é o estabelecimento de um quadro de medidas de redução dos riscos de prejuízos causados por inundações, sendo que sua realização não pode ser bem sucedida pela atuação de um ou outro Estado-membro, mas apenas alcançada em nível comunitário.

Considerando o objetivo e as diretrizes apontadas, algumas determinações merecem destaque: i) a diretiva compreende as inundações como fenômeno natural potencializado por atividades humanas; ii) a redução dos riscos e das consequências associadas às inundações deve ter por base a bacia hidrográfica; iii) a prevenção e a redução das inundações requerem, além da coordenação entre Estados-membros, a cooperação com países terceiros; iv) em caso de inundações, a atuação da Proteção Civil deve dar-se em nível de cooperação reforçado, com apoio e assistência dos Estados-membros; v) as decisões técnicas, financeiras e políticas, em matéria de gestão de riscos de inundações, dependem da elaboração de mapas de zona de risco de inundação, *incluindo informações sobre potencial fonte de poluição ambiental resultante das inundações*; vi) os elementos dos planos de gestão dos riscos de inundações deverão ser periodicamente revistos e, se necessário, atualizados, tendo em consideração os efeitos prováveis das alterações climáticas na ocorrência de inundações; vii) os Estados-membros deverão basear suas avaliações, cartas e planos nas *melhores práticas e melhores tecnologias disponíveis*, de

maneira a não acarretar custos excessivos no domínio da gestão dos riscos de inundações.

O princípio da solidariedade é muito importante no contexto da gestão dos riscos de inundações, pois incentiva os Estados-membros a procurarem uma repartição equitativa de responsabilidades, nos casos em que determinadas medidas são decididas conjuntamente para benefício de todos. O auxílio financeiro rápido, para os casos de emergência e na fase que a precede, tem como centro de custeio o Fundo de Solidariedade da União Europeia.

O modelo Europeu poderia ser observado para a efetivação das perspectivas de gestão de risco de inundações prevista pela Lei nº 12.608/2012. O modelo proposto pela diretiva é compatível, em muitos pontos, com as determinações da lei brasileira.

2.2. Dos riscos tecnológicos

Os riscos tecnológicos são tratados de forma mais abrangente através das Diretivas Seveso I (UNIÃO EUROPEIA, 1982) e II (UNIÃO EUROPEIA, 1996). A denominação das diretivas tem origem em um grave acidente ocorrido na Cidade de Seveso, na Itália, em 1976, em decorrência de um vazamento de tetrachlorodibenzoparadioxin (TCDD), mais conhecida como dioxina. Alguns anos após o episódio e também em reação a alguns desastres históricos anteriores, o bloco europeu voltou os olhares para os riscos envolvendo substâncias perigosas, razão pela qual, por meio da Diretiva 82/501/CCE (Seveso I) e do Conselho, foram traçadas as primeiras linhas de regulamentação da matéria. Dentre elas, pode-se mencionar um quadro inicial de medidas de segurança a serem adotadas pelos fabricantes de substâncias perigosas, com maior rigor para instalações novas ou para o manuseio de substâncias mais perigosas.

Para atender a pedidos do Conselho e representantes de governo, a Diretiva 96/82/CCE (Seveso II) revogou a anterior, ganhando contornos mais abrangentes, ainda que tenha replicado a Seveso I em alguns pontos. De forma sucinta, as palavras *segurança, direito à informação e planejamento* resumem bem os objetivos da Seveso II. Fruto de um período posterior a grandes catástrofes industriais, a Diretiva priorizou claramente algumas das falhas detectadas em casos como Bhopal e Chernobyl. Tendo em conta essas falhas, uma das inovações importantes da Seveso II foi a inclusão de disposições relativas ao controle do planejamento da ocupação dos solos quando do licenciamento de novas instalações e do desenvolvimento de urbanizações nas imediações de instalações existentes.

No que concerne ao planejamento e à segurança, a Diretiva 96/82/CCE estabelece a obrigatoriedade e os critérios dos planos de emergência interno (para funcionários) e externo (para que a população saiba como agir em caso de desastre), bem como o prazo de 5 (cinco) anos para atualização do plano de segurança em situações de normalidade ou, a qualquer tempo, frente a situações de “quase acidente” – quando em inspeção de rotina são detectadas falhas nas instalações, problemas em maquinários ou vazamentos. O quesito informação engloba um verdadeiro intercâmbio de informações entre o operador e as autoridades competentes, entre essas e o Estado-membro, que tem a obrigação de informar imediatamente e esclarecer ao público o que se passa. Nesse passo, merece atenção especial o destaque da Diretiva para a questão da confidencialidade, ao estabelecer que os Estados-membros devem tomar *medidas destinadas a assegurar a transparência das informações*, estando as autoridades competentes obrigadas a disponibilizá-las a qualquer pessoa singular ou coletiva que as solicite.

Com relação à prevenção de acidentes graves, merece destaque, ainda, o Regulamento 1726/2003 do Parlamento e Conselho Europeu (UNIÃO EUROPEIA, 2003). A regulamentação surgiu em atenção à recomendação feita pela comunicação da Comissão sobre a segurança do transporte marítimo de hidrocarbonetos, que propôs a retirada de serviço dos petroleiros de casco simples, até a data limite de 2015, quando deve acontecer a total substituição por casco duplo.

2.3. O (re)conhecimento das vulnerabilidades como estratégia para a efetivação da resiliência

Em um cenário de desastre, a capacidade de medir a vulnerabilidade cada vez mais é compreendida como um passo fundamental para a redução eficaz do risco e a promoção de uma cultura de resistência

aos desastres. À luz do aumento da frequência desses eventos extremos, conhecer e medir a vulnerabilidade torna-se, então, um instrumento de auxílio à ciência no caminho de transição para um mundo mais sustentável e resiliente. (BIRKMANN, 2006).

Vulnerabilidade e resiliência, fatores transversais intrínsecos aos desastres (CARVALHO; DAMACENA, 2013), são vocábulos comumente tratados como sinônimos na literatura. Entretanto, para efeitos deste trabalho, entende-se que a resiliência, diferentemente da vulnerabilidade, assume importante papel após o fato (desastre) e está relacionada à reconstrução das comunidades destruídas, o que demanda extraordinários recursos humanos e materiais. Desse modo, tão fundamental quanto prevenir um desastre é garantir que uma localidade dele se recupere (MCDONALD, 2003, p. 9). Essa é uma preocupação constante no enfrentamento político e normativo europeu e norte-americanos dos desastres.

Em consistente passagem, Aragão (2011, p. 70-71) argumenta que, para garantir uma proteção civil sustentável nos planos social, ambiental e até econômico, a proteção civil europeia deve priorizar a identificação das vulnerabilidades sociais, com vistas ao desenvolvimento de capacidades de autoproteção e ao reforço da resistência e da resiliência. Nessa perspectiva, a *coesão econômica, social e territorial* são objetivos fundamentais. Ademais, se no Direito do Ambiente já existem regimes jurídicos de prevenção de riscos em que o nível de proteção ambiental depende da *fragilidade do bem jurídico* protegido, com maior razão, também na proteção civil, o nível de exigência na prevenção de catástrofes deve depender do *grau de vulnerabilidade social*. Para a autora portuguesa, atualmente, a previsibilidade – e, portanto, a possibilidade de prevenção – dos riscos não depende tanto da sua origem como dos alvos dos seus efeitos. Dessa forma, conhecer o tecido social, identificar os fatores de vulnerabilidade social e atuar no reforço da resistência e da resiliência é a melhor forma de reduzir os efeitos das catástrofes. Nesse contexto, é relevante destacar a importância da consciência social dos riscos, o que torna cada vez mais importante o desenvolvimento, entre as populações, de ações destinadas a reduzir as vulnerabilidades sociais e a fomentar o desenvolvimento da capacidade de adoção de medidas de autoproteção.

Em linha de raciocínio semelhante, no contexto norte-americano, Farber (2007, p. 3-4) analisa a vulnerabilidade a partir da estreita relação entre desastre e desigualdade. Nesse escopo, o autor pondera que, apesar de os terremotos e furacões não serem produtos da desigualdade, seus impactos podem cair de forma muito desigual em diferentes segmentos da sociedade. Logo, a desproporção no impacto de um desastre está in-

timamente relacionada a fatores como gênero, idade e raça. Em relação ao binômio raça e catástrofe, o autor menciona diversos exemplos, dentre eles, o Furacão Katrina, ressaltando que as notícias telejornalísticas da época claramente demonstraram que a maioria das pessoas “presas” em New Orleans eram afro-americanos, pertencentes ao espectro de menor renda da sociedade. Segundo dados do serviço de pesquisa do Congresso dos Estados Unidos, aproximadamente 272.000 norte-americanos negros foram deslocados por inundações e danos, contabilizando 73% da população afetada pelo furacão naquela circunscrição. Ou seja, aqueles que já sofrem quotidianamente, são mais propensos a estar em perigo e são menos capazes de tomar medidas defensivas ou reconstrutivas de suas vidas depois de uma catástrofe (FARBER, 2007, p. 5-7).

Em termos globais, a exteriorização da vulnerabilidade fica transparente quando se verifica que o impacto mais severo das mudanças climáticas, por exemplo, vem sendo sentido pelas populações mais vulneráveis que menos contribuíram para o problema. O relatório da ONU – *Millennium Development Goals Report* (NAÇÕES UNIDAS, 2006, p. 6-10) demonstra que o risco de morte ou invalidez e as perdas econômicas devido a desastres naturais estão aumentando globalmente, concentrados, principalmente, nos países mais pobres. Segundo o mesmo documento, estima-se que 97% dos riscos globais de mortalidade por desastres naturais atinjam populações de baixa renda.

Diante dessa realidade, a *World Conference on Disaster Reduction* (2005), realizada em Janeiro de 2005, no Japão, teve como tema “Construir a Resiliência das Nações e das Comunidades aos Desastres”. Na ocasião foi aprovado um quadro de ações a serem implementadas de 2005 a 2015. O encontro focou a promoção de abordagens estratégicas siste-

máticas de redução das vulnerabilidades aos riscos, destacando como prioridade: *a observação de que diversidade cultural, idade e grupos vulneráveis devem ser levados em consideração quando do planejamento para a redução de risco de desastres*. Segundo a declaração, o ponto de partida para a redução de riscos de desastres e para a promoção de uma cultura de resiliência reside no *conhecimento dos riscos e das vulnerabilidades físicas, sociais, econômicas e ambientais que a maioria das sociedades enfrenta, e das maneiras pelas quais aqueles e as vulnerabilidades estão mudando no curto e longo prazo* (NAÇÕES UNIDAS, 2005, p. 1-25).

Com o desastre da Chevron, no campo de Frade, bacia de Campos, Rio de Janeiro, o Brasil teve uma amostra seriíssima do quão grave pode ser a falta de plano de resiliência. Por que resiliência? Porque ocorrido o desastre, fruto da ausência ou falha da prevenção, os esforços se voltam para a mitigação dos efeitos imediatos e para a “reconstrução” ou remediação do cenário afetado. A mitigação imediata, no caso, estaria relacionada ao estancamento do vazamento de inúmeros barris de óleo no mar, mas isso não foi possível num primeiro momento, porque a empresa não contava com planos, técnicas e ferramentas de atuação pós-desastre. Geralmente nesses casos, quanto maior a demora em sustar a causa do desastre, maior a magnitude dos danos e, por consequência, menor a chance de retorno próximo ao *status* anterior (CARVALHO; DAMACENA, 2013).

Casos como o da Chevron, principalmente em tempos de pré-sal, revelam a importância de uma atuação efetiva dos órgãos reguladores e fiscalizadores, especialmente diante de atividades com imenso potencial desastroso como o das petrolíferas. Provocam a reflexão acerca de como a estrutura de planejamento e de prevenção a desastres precisa ser desenvolvida neste país e como o direito à informação é des-

privilegiado em situações que tais. Ademais, é sabido que multas (sanções administrativas) não reduzem as irreversibilidades já causadas no ecossistema, tampouco abrandam os reflexos sociais e econômicos daí advindos. Após o desastre, o Plano Nacional de Contingência foi reformulado para incluir nas estratégias de controle os acidentes petrolíferos. Entretanto, até o momento as medidas permanecem no papel.

A redução das vulnerabilidades e o aprimoramento da resiliência têm como um de seus principais desafios a integração dos diversos tipos de informações, conhecimentos, experiências e o desenvolvimento de projetos colaborativos envolvendo cientistas, juristas e políticos que têm visões diversas e operam por meio de códigos bastante distintos. Profissionais e estudiosos de diversas áreas relacionadas aos desastres, entre elas o Direito (pela normatização e aplicação), têm o dever de priorizar a prevenção e a imposição de modelos de socorro e recuperação avançados tecnologicamente, principalmente para atividades de altíssimo risco. Para tanto, a divulgação eficaz das informações sobre os riscos e o desvelamento das vulnerabilidades são medidas obrigatórias (DAMACENA, 2012).

Sabe-se, contudo, que a configuração dessa realidade demanda a coordenação de esforços de uma ampla rede de parceiros – governança. O objetivo primordial dessa rede é identificar as vulnerabilidades, planejar a partir delas e, assim, buscar a redução substancial das perdas ocasionadas por desastres, com vistas à construção de nações e comunidades resilientes, condição essencial para a sustentabilidade.

Considerações finais

O artigo abordou os principais aspectos da governança dos desastres a partir das experi-

ências política e normativa norte-americana e europeia. Uma característica comum dos contextos em análise é a influência que os acontecimentos da sociedade exercem sobre a atividade executiva e legislativa. Desastres sempre aconteceram, nem por isso houve tantas demandas executivas ou legislativas. O que as tem desencadeado em âmbito internacional e nacional é o aumento do número de ocorrências e a magnitude de suas consequências no contexto social.

Nos Estados Unidos e na União Europeia, a discussão sobre a temática dos desastres é antiga, pois esses países sofrem há mais tempo com os impactos de eventos dessa natureza. Em ambos os casos, observa-se o aprendizado com os erros do passado, na reestruturação de instituições ou de normas. Nos Estados Unidos, isso aconteceu, claramente, após o Furacão Katrina. Na União Europeia, a eclosão de diversos incidentes e a detecção de falhas no planejamento e prevenção ao longo da história têm ditado os caminhos a serem seguidos pelos Estados-membros, consolidados em Diretivas, Regulamentos e no Tratado de Funcionamento. Em todos os casos, verificam-se os ditames de uma construção sólida de prevenção (política ou legislativa), sem desconsiderar a recuperação e a resiliência em relação aos desastres.

Nos Estados Unidos, o furacão Katrina teve um inestimável custo (perdas humanas, sofrimento e perda de propriedades), mas acima de tudo legou uma grande desconfiança pública na habilidade do governo para responder, eficazmente, a desastres naturais e a outras emergências. Alguns cidadãos americanos correlacionam essas falhas às incertezas causadas pelo federalismo. Falhas na coordenação podem fazer com que recursos limitados sejam desperdiçados na duplicação de esforços. Adicionalmente, a existência e sobreposição de planos e poderes para responder a um desastre acabam

encorajando cada nível de governo a esquivar-se de suas responsabilidades, esperando que o outro tome uma atitude e requeira a ação. Tendo por base essas e outras justificativas é que a própria *Stafford Act* já foi diversas vezes alterada e, ao que tudo indica, muitas outras reformas estão por vir (FARBER, 2007, p. 73-74). De todo modo, tanto a legislação quanto a política norte-americana antidesastres são altamente desenvolvidas. A doutrina especializada do *Disaster Law* é outro ponto forte do sistema.

No bloco europeu, a política comum relativa ao meio ambiente, em termos legislativos, tem buscado a cooperação e a excelência da prevenção e precaução. Essa mesma diretiva pode ser vislumbrada também em relação aos desastres. Um exemplo dessa afirmação é a previsão expressa do artigo 196 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Desde a Diretiva relativa à prevenção de acidentes industriais graves associados a substâncias químicas perigosas, de 1982, cujo fim era a prevenção de riscos tecnológicos, até a mais recente relativa à avaliação e gestão de riscos de inundação, orientada à prevenção de um risco natural induzido pelos seres humanos, a União Europeia tem alargado, continuamente, sua intervenção em matéria de proteção civil. Os resultados positivos ou negativos dessas disposições especificamente serão vistos no futuro, pois os Estados-membros ainda têm prazo para internalização de algumas Diretivas.

Contudo, já há uma obrigação imposta aos Estados-membros da União Europeia, no que diz respeito ao desenvolvimento de políticas de proteção civil que tomem em consideração as vulnerabilidades sociais e a resiliência dos valores expostos ao risco, a par da consideração da extensão, magnitude, complexidade, probabilidade, duração, frequência e reversibilidade do risco. Ademais, a tônica do bloco

europeu parece inclinar-se à compreensão de que a concepção de políticas de proteção civil que resguardem quem mais precisa (tanto no momento da crise como no período de recuperação) é mais justa e eficaz.

Os aportes do direito comparado são de grande relevância para a evolução do direito dos desastres no Brasil, atualmente regulamentado pelas Leis nºs 12.340/2010 e 12.608/2012. Em que pese o avanço legislativo proporcionado pelas mencionadas leis, há muito a ser desenvolvido, principalmente no campo da prevenção. O conhecimento e o investimento em medidas para a redução da vulnerabilidade social, ecológica, bem como o estímulo ao desenvolvimento de cidades resilientes são imposição legislativa também no Brasil. Essa determinação legislativa precisa ser observada para legitimar estratégias de proteção civil, racionalizar recursos, hierarquizar objetivos e fundamentar prioridades para a construção de cidades mais resilientes.

O planejamento para o enfrentamento de eventos extremos, especialmente os hidrológicos (secas e inundações), em um cenário de mudanças climáticas, é uma necessidade no Brasil. A seca da região sudeste e as inundações da região sul, em 2014 e 2015, respectivamente, demonstram a importância da gestão dos riscos ambientais no contexto da governança dos desastres. Essa gestão engloba a participação dos poderes públicos, da sociedade, dos organismos não governamentais, entre outros. No cenário brasileiro, são urgentes muitas das estratégias de gestão de risco de desastres.

Pelo que foi apresentado ao longo deste artigo, pode-se observar que muitas das necessidades brasileiras atuais já foram questões emergentes na gestão e no direito comparado. Dentre elas, destaca-se: i) a importância da revitalização dos mananciais e a valorização dos serviços ecossistêmicos; ii) o mapeamento e a

gestão das áreas de risco e a mitigação dos principais problemas, como a retirada das pessoas desses locais, quando for o caso, e a posterior fiscalização pública que impeça a moradia em tais áreas; iii) a comunicação entre as diretrizes do parcelamento do solo urbano e da defesa civil (o que, aliás, é imposição legal); iv) o efetivo serviço de limpeza urbana e a sensibilização do cidadão em relação às consequências do lançamento do lixo, que entope bueiros e canalizações; v) a inclusão dos riscos tecnológicos; vi) os investimentos em sistemas de drenagem naturais ou construídos pelo homem que permitam o escoamento do volume de água proveniente das precipitações intensas. Além dessas, muitas outras medidas (de responsabilidade dos poderes públicos e do cidadão) são fundamentais num quadro de governança dos desastres. Todas têm o objetivo maior, constitucionalmente assentado, de tutela do ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações presentes e futuras.

A tutela dos bens jurídicos (patrimônio, vida, ecossistemas) sujeitos a desastres é um desafio para a maioria dos sistemas jurídicos no mundo. Contudo, ainda que possam causar algumas irreversibilidades, os desastres não têm apenas um cunho negativo. Podem representar a oportunidade de construção de uma estrutura política e jurídica sólida, sistêmica, integrada, preventiva, cientificamente ancorada, cidadã e, acima de tudo, sustentável.

O estudo do Direito comparado tem forte relevância no processo de evolução e desenvolvimento do direito dos desastres no Brasil. Os sistemas estudados ainda sofrem com desastres e têm também suas dificuldades políticas e jurídicas. Todavia, entre suas maiores lições estão o reconhecimento dos erros do passado, o diagnóstico dos principais problemas do presente e o planejamento futuro com forte viés preventivo.

Nessa perspectiva, percebe-se que a avaliação e a gestão dos riscos e, conseqüentemente, das vulnerabilidades devem assumir visibilidade crescente tanto na definição de políticas públicas, com vistas ao delineamento de cidades mais resilientes e sustentáveis, quanto na formulação de critérios jurídicos quando da necessidade de imposição de responsabilidades.

Sobre a autora

Fernanda Dalla Libera Damacena é professora de graduação e de especialização na Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. É especialista e mestre em Direito Público e advogada.
email: fer.dl.damacena@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês²

THE GOVERNANCE OF ENVIRONMENTAL DISASTERS IN THE NORTHERN AMERICAN AND EUROPEAN COMPARATIVE LAW

ABSTRACT: Complex social problems such as those associated with the environment, climate change and disasters do not fit sufficiently within organizations and individual institutions. Governance provides, through collaborative networks among various entities, a way to deal with these new social issues. The understanding of governance in the context of disasters suggests, among other relevant issues, knowledge of the policy and regulatory framework related to comparative law. This article will address the main aspects of governance of disasters when it comes to comparative law, concerning the American and European regulatory experience. The study of comparative law has strong relevance in the process of structuring and development of the law of disasters in Brazil. A brief look at the regulatory framework of disasters in Brazil allows the identification of this influence. The studied systems still suffer from disasters and remain presenting their political and legal difficulties. However, one of the greatest lessons from these contexts is the identification and recognition of the mistakes of the past, based on the diagnosis of the main problems of the present, and the strengthening of a predominantly preventive approach, based on the notion of risk of assimilation.

KEYWORDS: DISASTER. GOVERNANCE. COMPARATIVE LAW.

Referências

- ARAGÃO, Alexandra. Prevenção de riscos na União Europeia: o dever de tomar em consideração a vulnerabilidade social para uma protecção civil eficaz e justa. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 93, p. 71-93, 2011.
- BARNETT, Barry J. US government natural disaster assistance: Historical analysis and a proposal for the future. *Disasters*, v. 23, n. 2, p. 139-155, 1999.
- BIRKMANN, Jorn. Measuring vulnerability to promote disaster-resilient societies: conceptual frameworks and definitions. IN: *Measuring vulnerability to natural hazards: Towards disaster resilient societies*, 2006. p. 9-54. United Nations: University Press, 2006.
- CARVALHO, Délton W. de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos Desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *A formação sistêmica de um direito dos desastres*. 2012. 154f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais). Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.
- FARBER, Daniel A. Disaster law and inequality. *Law & Ineq*, v. 25, p. 297, 2007.
- FARBER, Daniel et al. *Disaster, law and policy*. Frederick, MD: Aspen Publishers, c2010.
- HIROKAWA, Keith H. Disasters and ecosystem services deprivation: from Cuyahoga to the deepwater horizon. *Albany Law Review*, v. 74, n. 1, p. 543, 2011.
- MCDONALD, Roxana. *Introduction to natural and man-made disasters and their effects on buildings*. [S.l.]: Architectural Press, 2003.
- MOSS, Mitchell; SCHELLHAMER, Charles; BERMAN, David A. The Stafford Act and priorities for reform. *Journal of Homeland Security and Emergency Management*, v. 6, n. 1, 2009.

²Sem revisão do editor.

NAÇÕES UNIDAS. *World Conference on Disaster Reduction*. Japan, 2005. Disponível em: <<http://www.unisdr.org/2005/wcdr/wcdr-index.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

_____. The millennium development goals report 2006. New York, 2006. Disponível em: <<http://www.un.org/zh/millenniumgoals/pdf/MDGReport2006.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

NUSDEO, Ana Maria. *Pagamento por serviços ambientais: sustentabilidade e disciplina jurídica*. São Paulo: Atlas, 2012.

SUDMEIER-RIEUX, Karen et al. (Ed.). *Ecosystems, Livelihood and Disasters: An integrated approach to disaster risk management*. United Kingdom: Cambridge, 2006.

THOMAS, Adelle; LEICHENKO, Robin. Adaptation through insurance: lessons from the NFIP. *International Journal of Climate Change Strategies and Management*, v. 3, n. 3, p. 250-263, 2011.

TIERNEY, Kathleen. Disaster governance: social, political, and economic dimensions. *Annual Review of Environment and Resources*, v. 37, p. 341-363, 2012.

UNIÃO EUROPÉIA. Directiva do conselho de 24 de junho de 1982 relativa aos riscos de acidentes graves de certas actividades industriais. *Jornal oficial da União Européia*, 5 ago. 1982. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31982L0501&qid=1435081317789&from=EN>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

_____. Council directive 96/82/EC of 9 december 1996 on the control of major-accident hazards involving dangerous substances. *Official Journal of the European Communities*, 14 jan. 1997. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=C ELEX:31996L0082&rid=3>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

_____. Regulamento (CE) nº 1726/2003, que entrou em vigor na União em 21 de outubro de 2003 e proíbe o transporte de petróleo e frações petrolíferas pesados em navios de casco simples. *Jornal oficial da União Europeia*, 1ª out. 2003.

_____. Diretiva 2007/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007 relativa à avaliação e gestão dos riscos de inundações. *Jornal oficial da União Européia*, 6 nov. 2007. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:288:0027:0034:PT:PDF>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

UNITED STATES. *Disaster Mitigation Act of 2000*. [Public law 106-390]. Oct. 30, 2000. Disponível em: <<http://www.fema.gov/library/viewRecord.do?id=1935>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

_____. *Post-Katrina Emergency Reform act of 2006*. Washington DC, 2006. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/109th-congress/senate-bill/3721>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

_____. *National Response Framework*. Washington DC: Homeland Security, 2008. Disponível em: <<http://www.fema.gov/pdf/emergency/nrf/nrf-core.pdf>>. Acesso em 23 jun. 2015.

_____. *The Stafford act* [Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act, Public Law 93-288, as amended, 42 U.S.C. 5121 et seq.], 2013. Disponível em: <<https://www.fema.gov/media-library/assets/documents/15271>>. Acesso em: 23 jun 2015.

VERCHICK, Robert R. M. *Facing Catastrophe: Environmental Action for a Post-Katrina World*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

Sobre democracia, cidadania e a atuação da Defensoria Pública como instituição de transformação subjetiva, social e política

DOMINGOS BARROSO DA COSTA
ARION ESCORSIN DE GODOY

Resumo: Neste artigo, aborda-se a atuação da Defensoria Pública com foco no potencial emancipatório que o agir da instituição pode impulsionar, a partir da conscientização de seus assistidos acerca dos processos históricos, sociais e políticos de dominação que caracterizam a sociedade brasileira. Para tanto, exploram-se noções de democracia, cidadania, acesso à justiça e educação em direitos, buscando delinear balizas que revelem as possibilidades e limitações que se apresentam a partir das modificações legislativas ocorridas nos últimos anos quanto à formatação institucional, notadamente a Emenda Constitucional n.º. 80, de 2014. Nesse contexto, portanto, com base na estrutura e no potencial que lhe foram conferidos pela Constituição de 1988, destaca-se a Defensoria Pública como instituição fundamental para a transformação desse quadro de desigualdades, a partir da efetivação do amplo acesso à justiça e da dinamização das relações de poder, que têm por pressupostos a promoção da educação em direitos e a difusão da consciência cidadã.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Acesso à justiça. Democracia. Cidadania. Educação em direitos.

1. Consideração introdutórias

Com o presente estudo, procura-se destacar a importância da Defensoria Pública como instituição fundamental à democratização do país, especialmente com base em sua missão de “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento

Recebido em 25/5/14
Aprovado em 20/10/14

jurídico” (art. 4º, III, da Lei Complementar nº 80/94), o que veio reforçado pela nova redação do artigo 134 da Constituição Federal, a contar da Emenda Constitucional nº 80, de 2014, aprovada de forma expedida – em cerca de 14 meses de tramitação – pelo Congresso Nacional. Trata-se, portanto, do objetivo institucional de assegurar à população assistida a devida educação em direitos, que há de servir como referência e assim permear todas as formas de atuação da Defensoria Pública e, logo, de seus agentes.

Releva notar que a abordagem proposta ganha em importância na medida em que se constata o risco de a educação em direitos, objetivo abrangente e abstrato, esvaziar-se em simples retórica discursiva, mecanizando a atuação da Defensoria Pública a ponto de integrá-la às engrenagens de conservação do poder estabelecido. É justamente o que não se pode admitir, considerando-se o contexto de desigualdade social e histórico paternalismo em que se insere a Defensoria Pública, instituição de transformação subjetiva, social e política.

2. Autonomia cidadã e Defensoria Pública no contexto brasileiro

Como bem lembra Paulo Freire (2013, p. 81), analisando as dinâmicas relacionais de poder e alteridade, comum é que o oprimido carregue o opressor dentro de si, o que faz necessário um trabalho de conscientização quanto a essa insuspeita hospedagem, a qual possibilite àquele acessar sua autonomia em relação a quem sempre o manteve subjugado na posição de *outro* radical, contraponto necessário à afirmação de uma superioridade. Mas, em se tratando de Brasil, esse trabalho de conscientização não há de restringir-se apenas ao âmbito das relações sociais e individuais, à redução das diferenças que isolam nossas elites dos indivíduos e grupos que, historicamente mantidos à margem do poder, confirmam a condição privilegiada de minorias que concentram para si o monopólio das decisões e privilégios.

De um modo geral, pode-se afirmar que o próprio Brasil ainda não se emancipou da condição de *colônia*, na medida em que nossa pauta política, econômica e mesmo nossa produção de conhecimento sempre se ajustam àquilo que pensam e de nós esperam os ditos países desenvolvidos – nossas *metrópoles* –, tendo por referência as *verdades* lá proclamadas.

Bom exemplo do que se acaba de afirmar pode inclusive ser extraído de nosso modo *alienado* de produzir Direito, com o que se salienta o histórico gosto pelo que é *alheio*, tanto no que diz respeito às leis

que importamos para regular nossas condutas, quanto no que concerne à preferência por referenciais estrangeiros em nossas construções teóricas. Ou seja, justamente em nossa produção jurídica, que deveria ser expressão máxima de nossa autonomia, insistimos em nos revelar submissos e dependentes de padrões alheios de comportamento e pensamento (heteronomia). A importação de leis e políticas é antigo costume brasileiro, já descrito e denunciado por pensadores da envergadura de Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 160) e Raymundo Faoro (2001, p. 357).

Já é tempo, portanto, de nos emanciparmos, abandonarmos a postura de colonizados – seja pessoal, seja coletivamente –, inclusive no que diz respeito à construção de nossas ideias –, o que, certamente, não implica o abandono completo de referenciais externos, desde que, analisados sob uma perspectiva crítica, sejam aplicáveis à nossa realidade. É chegado o momento de pensarmos a nós mesmos, o que implica produzir saber com base em nossa própria realidade cultural, de nossos próprios processos de subjetivação e socialização, pois só assim assumiremos como nossos os problemas que nos afligem, convertendo-nos em autores de nossa própria história, enquanto sujeitos e enquanto sociedade brasileira.

Fato é que essas primeiras considerações ganham em importância na medida em que a temática cuja abordagem se propõe é atravessada pelo Direito, que, consoante destacado, no Brasil, ainda tem seu desenvolvimento vinculado – e dependente – de importações teóricas, de modo que nossas orientações hermenêuticas, nossas leis e políticas públicas frequentemente não vão além da simples imitação de opções e práticas que supostamente obtiveram êxito nos países em que originalmente foram elaboradas e aplicadas. O grande problema, entretanto, é que nossa *imitação colonizada*

dá-se, via de regra, sem qualquer questionamento quanto à aplicabilidade dessas teorias, políticas públicas e leis em nossa cultura, que tem características bem diversas e peculiares se comparada à norte-americana e à europeia, nossas *metrópoles do saber* preferidas.

Mas, apesar dessa *mentalidade colonizada*, às vezes algo novo surge. É o que se pode afirmar em relação à criação da Defensoria Pública e à alocação constitucional de suas funções como essenciais à Justiça (CF, arts. 134 e 135). Sem qualquer pretensão de originalidade – uma vez que se trata de instituição presente em boa parte da América Latina¹ –, certo é que, nos moldes em que aqui estabelecida, a Defensoria Pública rompe com o circuito que se pode afirmar *clássico* de poder, emergindo como instrumento de suma relevância para a redução das desigualdades sociais e expansão da cidadania. Noutros termos, em nosso contexto historicamente marcado por uma abissal distância entre aqueles poucos que para si conservam o poder e aqueles muitos outros que a ele não têm acesso, eleva-se a Defensoria Pública como instituição guardiã dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º) e indispensável ao alcance de seus objetivos (CF, art. 3º).

3. Alguns apontamentos sobre Democracia

Enquanto regime político fundado na autonomia popular para a escolha dos rumos a serem adotados pelo Estado na administração da

¹ Conforme Diagnóstico da Defensoria Pública na América, lançado em 2012, pela Associação Interamericana de Defensorias Públicas, ainda que com variações de diversas naturezas, a instituição se faz presente na Bolívia, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, República Dominicana, Uruguai e Venezuela.

sociedade, não há dúvidas de que a democracia, para efetivar-se, depende de cidadãos autônomos, ou seja, capazes de regerem a si mesmos (daí, auto/nomia) em respeito à igual liberdade dos outros cidadãos com os quais convivem em sociedade. Fundada em valores como liberdade e igualdade, uma democracia não pode ser tomada ou convertida em regime de ditadura de uma elite detentora do poder, ainda que por isso – por deter o poder e dominar a esfera pública midiaticizada – ela termine por se converter em suposta representação da maioria. Pelo contrário, assumindo as diferenças e conflitos interpessoais como circunstâncias e movimentos não só inevitáveis, mas necessários nos processos de coexistência humana, a democracia acolhe as controvérsias e diversidades, abrindo espaço para que se manifestem e promovam as transformações de que sejam portadoras.

Essas primeiras considerações já são suficientes para demonstrar que a liberdade e a igualdade que estão na base da democracia não correspondem aos conceitos que geralmente são associados a essas palavras. Em uma democracia, liberdade não equivale a ausência de limites, e igualdade não significa ausência de diferenças.

Pelo contrário. Em perspectiva democrática, a igualdade está vinculada à condição humana e à inexistência de superioridade ou inferioridade de um sujeito em relação a outros, justamente porque todos têm em comum a humanidade. E, se o conceito democrático de igualdade tem como referência a condição humana, é de se concluir que não admite exclusões que procurem fundamento nas características e escolhas que tornam cada pessoa única, mesmo porque a pluralidade é justamente o que diferencia e identifica o ser humano². Ou

²“A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto da igualdade e da distinção.

seja, os seres humanos são iguais porque são diferentes; na verdade, têm de ser diferentes uns dos outros para adquirirem personalidade e se tornarem indivíduos, de modo que eliminar diferenças equivale a atentar contra a humanidade, contra a condição humana que nos iguala. Assim, a igualdade democrática é a igualdade das – e nas – diferenças.

Muitos equívocos também se notam nas representações que se costuma vincular ao conceito de liberdade. Ao contrário do que vulgarmente se pensa, liberdade não corresponde a uma ausência de limites. Ao menos não sob perspectiva democrática, em que a ideia de liberdade relaciona-se necessariamente à de autoridade (legítima), em tenso equilíbrio cuja ruptura pode indicar licenciosidade ou autoritarismo (FREIRE, 2013, p. 86).

A liberdade democrática pressupõe autonomia, ou seja, consciência de limites e capacidade de agir segundo essa consciência, que considera a liberdade de outras pessoas que compartilham de um mesmo mundo. Nenhuma liberdade é, portanto, ilimitada; se não há limites, o que há é licenciosidade, incompatível com a democracia que só floresce entre cidadãos iguais e livres em sua igualdade.

Pode-se afirmar, portanto, que a efetivação de uma democracia depende de cidadãos que reconheçam autoridades, exercendo sua liberdade nos limites e em respeito às diferenças daqueles que lhes são iguais em humanidade³.

Se não fossem iguais, os homens não poderiam compreender uns aos outros e os que vieram antes deles, nem fazer planos para o futuro, nem prever as necessidades daqueles que virão depois deles. Se não fossem distintos, sendo cada ser humano distinto de qualquer outro que é, foi ou será, não precisariam do discurso nem da ação para se fazerem compreender. Sinais e sons seriam suficientes para a comunicação imediata de necessidades e carências idênticas” (ARENDE, 2010, p. 219-220).

³“Ainda não se descobriu outra forma de existência humana a não ser a compartilhada com outros seres humanos; e tal compartilhamento não se faz possível se não sob a mediação de alguma Lei que se mostre suficien-

Ou seja, o processo de consolidação de uma democracia é movido por cidadãos conscientes de seus direitos e de seus deveres, que saibam de suas possibilidades e de seus limites, de modo que possam ser responsabilizados por eventuais excessos ou abusos.

Entretanto, reconhece-se que as considerações até aqui alinhavadas constituem a democracia idealmente concebida, que dista muito do que se apresenta a nós, brasileiros, como um regime democrático. Aliás, em se tratando de Brasil, liberdade e igualdade, pressupostos de uma democracia, são ideais ainda muito afastados de nossa realidade, que se marca por insuperável desigualdade social, fruto de toda uma história de autoritarismos e licenciosidades, a partir dos quais as minorias que conformam as elites detentoras do poder oprimem e usufruem da servidão de uma maioria mantida fora dos centros de decisão. Nesse sentido, valem-se especialmente de políticas assistencialistas, pelas quais, “anestesiando a consciência oprimida, prorroga[m], *sine die*, a necessária mudança da sociedade” (FREIRE, 2013, p. 78).

Pode-se concluir, portanto, que, na dinâmica desses processos de servidão historicamente consolidados, sem ter espaço para afirmar-se, anestesiadas pelas políticas assistencialistas – e, atualmente, pela sedução do consumo –, as parcelas empobrecidas e marginalizadas da população jamais tiveram condições de se definir, de modo que sua posição nas dinâmicas relacionais de poder sempre foi determinada pelas elites, que se esforçam para mantê-las na con-

temente capaz de possibilitar essa coexistência. Ou seja, uma Lei que distancie e aproxime, diferencie e iguale ao ponto de possibilitar a consciência da alteridade, capaz de impedir que um excesso de proximidade e igualdade converta o outro em objeto apropriável para consumo, passível de ser narcisicamente devorado; ou que um excesso de distanciamento e diferença o torne alienígena, dessemelhante ao ponto de poder ser reificado, posto à mercê de uma vontade alheia” (COSTA, 2013, p. 111).

dição de *outro radical*, de excluídas, com o que confirmam sua própria inclusão e hegemonia.

“A leitura é simples: o papel de enunciadores coube sempre às elites. Outros segmentos da sociedade brasileira, agentes da narrativa no papel de povo, não tiveram acesso à posição de falantes – apropriados do direito de voz, são ‘falados’ por aqueles que, no contexto de tais práticas discursivas, foram os enunciadores e os mentores do ‘nós’.

Ora, sequer é necessário argumentar o quanto essas enunciações, a produção dos discursos ‘oficiais’, significam um lugar privilegiado de fala, por sua maior visibilidade, sua aura de legitimidade, sua chancela de veridicidade. Importa ressaltar a ausência do povo nesse lugar – o que, de resto, não mudou tanto desde o período analisado até hoje” (FRANÇA, 2002, p. 40).

Apesar de todo o exposto relativamente aos históricos processos de exclusão social, há evoluções que devem ser reconhecidas, especialmente no que diz respeito às garantias de amplo acesso à Justiça, sem o que, não há dúvidas, impossível se cogitar igualdade ou liberdade, cidadania ou democracia. Assim, em um contexto histórico marcado pela desigualdade social como é o brasileiro, destaca-se como fundamental o papel da Defensoria no processo de consolidação democrática, na medida em que a assistência jurídica integral que deve assegurar aos vulneráveis (CF, art. 134) envolve a conscientização e educação em direitos e deveres (art. 4º, III, da Lei Complementar nº 80/94), sem o que não se pode pensar em igualdade, liberdade, cidadania ou, enfim, democracia. Aliás, a fim de evitar qualquer leitura assistencialista e, portanto, paternalista, indispensável afirmar que à Defensoria Pública cabe a orientação aos sujeitos vulneráveis ou em situação de vulnerabilidade que a ela se apresentem não só quanto aos di-

reitos que podem acessar ou exercer, mas também quanto aos limites e deveres que devem observar como condição para seu acesso e exercício. Assim, extrapola-se a finalidade puramente *judiciária* da instituição – por alguns imaginada –, inserindo-a verdadeiramente no processo de evolução democrática. Trata-se, afinal, de mais um aspecto da missão pública de que a instituição foi investida pela Constituição.

4. Defensoria Pública, acesso à justiça e construção de cidadania em um contexto democrático

Trabalhadas as considerações necessárias no que concerne à democracia enquanto regime de igualdade e liberdade, cabe-nos situar historicamente a introdução da Defensoria Pública no ordenamento jurídico brasileiro. Entendemos de suma relevância pontuar que a Defensoria Pública, como instituição constitucional e nacionalizada, surgiu no auge do processo de redemocratização do país, formalmente consolidado na Constituição de 1988. Foi criada, portanto, justamente em meio a um movimento de expansão do ideal de cidadania, com esforços voltados à redução das desigualdades sociais e à garantia de dignidade a todo ser humano, sem discriminações de qualquer espécie.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a Defensoria Pública foi introduzida no cenário jurídico brasileiro para assegurar efetiva cidadania a todos, sem distinções, especialmente em virtude de sua missão de garantir à população vulnerável a possibilidade de acesso à justiça. Se atualmente a desigualdade social incomoda tanto, é precisamente porque pode agora ser denunciada. Quem sofre suas piores consequências passou a poder expressar-se juridicamente, a partir de mecanismos postos à sua disposição para combater essa desigualdade, afirmando-se cidadão numa comunidade de iguais. Passou a poder exigir do poder público o medicamento de que depende para sobreviver, a creche para o filho, o reconhecimento de paternidade e a pensão alimentícia da criança esquecida pelo pai, entre outros exemplos.

É aí que a Defensoria Pública acompanha o sujeito em sua afirmação como cidadão. Vale destacar que o conceito de cidadania é fortemente vinculado à noção de pessoa como sujeito de direitos, mas não se pode esquecer também de deveres. Por meio da Defensoria Pública, as pessoas que antes, por ausência de recursos econômicos, só se viam diante de um juiz quando réus em processos, hoje podem atuar como protagonistas, personagens principais na solução de seus conflitos.

Ou seja, vinculando a Defensoria Pública à proteção dos vulneráveis, daqueles apequenados por qualquer motivo numa relação, a Cons-

tuição atribuiu-lhe a importante função de conduzir a pessoa à cidadania. Cabe à instituição, portanto, acompanhar (assistir) o sujeito no difícil caminho em busca de uma tão sonhada igualdade, o que passa, necessariamente, pela garantia da possibilidade de buscar a solução de seus conflitos junto ao Poder Judiciário.

Mas esse caminho rumo à cidadania passa também, já em um estágio mais avançado do que se entende por *acesso à justiça*, pela conscientização do cidadão de que os interesses em conflito são seus e que, por isso mesmo, deve por eles responsabilizar-se, engajando-se na solução. Não há cidadania sem responsabilidade, ou seja, sem que o sujeito seja capaz de responder por sua liberdade de escolha, por sua igualdade em relação aos outros cidadãos com os quais convive em sociedade.

Pontue-se, por oportuno, que mais difícil do que garantir ao sujeito os direitos que lhe são assegurados pelo ordenamento jurídico é libertá-lo dos grilhões do paternalismo assistencialista com os quais os detentores do poder procuram mantê-lo escravo. Diz-se aqui de uma servidão a ferros menos perceptíveis, mas não menos aprisionadores que aqueles outrora utilizados na contenção física de escravos e prisioneiros. Uma servidão que garante a subsistência, mas não a existência política; que mata a fome e anestesia com pequenos confortos, para que tudo permaneça como está.

Não se refere aqui a uma estratégia nova, como já bem alertava Etienne de La Boétie, em seu *Discurso da Servidão Voluntária* (1999). Refere-se, sim, a um antigo estratagema empregado e reempregado ao longo da história na contenção das massas, às quais se garantem pequenos lazeres e a *boca sempre cheia* para que não reivindicuem o que realmente importa: a parcela de poder que lhes cabe, da qual não abrem mão seus senhores.

Portanto, para a Defensoria Pública, em sua missão de “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico” (art. 4º, III, da Lei Complementar nº 80/94), mais importante que garantir o acesso burocratizado a direitos é orientar o sujeito a quem pretende assegurar cidadania sobre as responsabilidades que tem no processo de solução de seus conflitos, o que muitas vezes pode dar-se inclusive sem a intervenção do Judiciário.

Perceba-se, então, que, ao fomentar a iniciativa e o engajamento do próprio cidadão na solução de seus conflitos – ao invés de pura e simplesmente aguardar a dádiva estatal –, a Defensoria Pública serve-lhe de intermediária no processo em que deixará de ser um *ente* puramente jurídico e abstrato – detentor de direitos igualmente abstratos e inacessíveis na prática – para revelar-se sujeito de seu destino e cidadão *concreto*. Enfim, a cidadania não pode ser compreendida como mero *status*

jurídico, mas sim como exigência de atuação real e política, fundamentada em direitos realizáveis (BELLO, 2013, p. 163).

Nesse sentido, sempre que possível, caberá ao Defensor Público privilegiar a solução extrajudicial de litígios (art. 4º, II, da Lei Complementar nº 80/94), orientando os cidadãos no exercício de sua liberdade de escolha, de sua autonomia, em igualdade de condições entre as partes envolvidas. Por esse meio, possibilitará que o sujeito que assiste faça-se responsável por suas próprias decisões, emancipando-o da relação com o pai-juiz e da servidão em que se apassiva ao preferir que os rumos de sua vida sejam definidos por um terceiro.

Pelos meios extrajudiciais de solução de conflitos, é o próprio cidadão quem faz a Justiça e vivifica o Direito, ao dele se apoderar, aplicando-o a si próprio em suas relações, no que transforma sua realidade pelo intercâmbio de iguais liberdades. Conduzir o cidadão até esse nível avançado de cidadania democrática também é missão da Defensoria Pública, que deve orientá-lo e servir de ponte de comunicação a todos que se interessem por buscar, pelo diálogo transformador, a solução de seus problemas, tornando-se, assim, independentes em relação ao Estado-Juiz, ao qual devem ser reservados apenas os problemas de suma gravidade, cuja solução dependa da autoridade pública imperativa, soberana.

É de se concluir, portanto, que, na medida em que garante ao cidadão o acesso ao instrumental simbólico pelo qual possa valer-se do Direito para solucionar seus conflitos, a Defensoria Pública insere-o no poder, principalmente porque nada mais é o Direito positivado que a linguagem desse poder que se concentra no Estado. Assim, permite que o sistema seja transformado *por dentro e de dentro* dele próprio.

Tais afirmações merecem uma análise mais aprofundada, ao que nos propomos no tópico seguinte.

4.1. Sobre alguns circuitos mais sutis de exclusão social e manutenção do *status quo*

Acima dissemos que o simples acesso a direitos mínimos, além de não assegurar igualdade e liberdade efetiva a ponto de converter o sujeito em cidadão, muitas vezes se apresenta como verdadeiro mecanismo de conservação do poder, um estratagema histórico – e, até certo ponto, inconsciente – de que se valem as elites governantes para se verem preservadas de uma população crítica e suas exigências. Ou seja, visa somente a manter o sujeito e a população minimamente satisfeitos, a ponto de não se darem ao trabalho de chamar para si a responsabilidade da reivindicação.

Nesse sentido, cabe salientar que, contemporaneamente, essa garantia de acesso a direitos mínimos tem sido apresentada e confundida com investimentos públicos para facilitação e expansão do consumo. Veja-se que as principais atividades que permitiram a ascensão de considerável parcela da população à “classe C” – categoria absolutamente questionada por nós – baseou-se em programas de “transferência de renda”, como o Bolsa Família, ou, prioritariamente, em iniciativas que permitiram a facilitação de crédito ou a redução de juros ou impostos para setores determinados, seja no que diz respeito à aquisição de bens imóveis – como o “Minha Casa, Minha Vida” –, seja no que tange ao acesso a bens móveis – de geladeiras a carros, por exemplo. Como já adiantado, toda essa série de medidas teriam, para muitos teóricos de plantão, permitido que renegados históricos – a chamada *ralé*, segundo Jessé Souza (2012, p. 182) – deixassem justamente o *piso social* para estarem incluídos na cidadania por meio do consumo. Não que se negue, obviamente, a indispensabilidade de um patamar econômico mínimo para o exercício de determinados direitos. Contudo, parece-nos equivocado estabelecer que, necessariamente, tão somente em razão do acesso a certo volume de recursos – ou de bens –, determinada pessoa se converteria automaticamente em cidadão pleno.

É evidente, outrossim, que, embora os grandes méritos desses programas devam ser reconhecidos – afinal, caminha-se para a erradicação da miséria –, não se pode blindá-los contra um olhar crítico e uma análise que vá um passo além das aparências. Certo é que tais auxílios financeiros governamentais têm por resultante a inclusão de uma certa parcela da população na cadeia de consumo, o que, em termos de economia, provocou um aquecimento do mercado, devido ao que se tem iden-

tificado como uma ascensão econômica e social de classes antes privadas de determinados bens e serviços – com destaque para eletrodomésticos, carros, turismo etc. Em outras palavras, ainda que efetivamente aplaquem a fome e a miséria, não é menos certo que os referidos programas são de interesse mercadológico, na medida em que abrem um novo nicho de escoamento dos produtos em circulação.

Posto isso, uma vez que procuramos desenvolver o presente texto de uma perspectiva crítica, cabe questionar se o interesse mercadológico, não estaria à frente dos demais, especialmente porque, como nos revela a realidade, a capacidade de consumo não equivale à cidadania. Nas tramas da dinâmica em que se movimenta o interesse mercadológico, há muitas forças encobertas a serem desveladas por integrarem silenciosamente esses circuitos sutis de conservação do poder.

Nesse trabalho de desvelamento, interessante observar primeiramente que, em uma *sociedade de consumo*, como é a nossa, o sentimento de *inclusão* do sujeito depende de seu acesso à condição de *consumidor* (BAUMAN, 1999). Noutros termos, a sensação de *pertencimento social* tem por pressuposto a capacidade do sujeito de consumir os objetos e serviços – infundáveis – postos à sua disposição pelo mercado. Assim sendo, não há dúvidas de que os programas governamentais de auxílio financeiro e facilitação de crédito a que nos referimos também garantem aos sujeitos que diretamente deles se beneficiam uma *sensação* de pertencimento social provavelmente nunca antes experimentada.

Eis a questão. Afinal, embora a condição de consumidor possa assegurar um *sentimento* de pertencimento social – a ilusão de que se pode *ter*, assim como os outros *têm* –, ela termina por apenas tornar mais *doce* e imperceptível a dominação que se consoma a partir

de mecanismos de inclusão cultural (a cultura do consumo) e exclusão social. A esse respeito, tratando-se de fenômeno globalizado, importantes se mostram as seguintes considerações de Jock Young (2002, p. 125-126):

“A ordem social do mundo industrial avançado é uma ordem que engole seus membros. Ela consome e assimila culturalmente massas de pessoas através da educação, da mídia e da participação no mercado. Meios de comunicação de massa ubíquos, prolíficos em seus canais, assumem uma proporção cada vez maior do tempo de lazer e divulgam imagens globais de sucesso, de expectativas e desejos.

O mais crucial de tudo é que há uma imagem do que é o estilo de vida normal, de que bens e que nível de conforto podem ser esperados se entramos no jogo. Há imagens do estilo de vida das estrelas, com certeza, mas há também imagens, nas novelas e na sucessão interminável de dramas ficcionais e histórias jornalísticas factuais, das recompensas da vida cotidiana. Grande parte dessas imagens são assimiladas pelo cantinho do olho: eis o pano de fundo do drama, absorvido diariamente sem ser o centro da atenção. O conforto de apartamentos, o modelo do carro, o estilo de lazer e a liberdade de estilo de vida – tudo é absorvido pelo espectador”.

Como afirma o autor, os circuitos de infinita sedução do consumo entorpecem, tornando dóceis especialmente aqueles que neles se viram recém-inseridos. O detalhe aqui é importante: *viram-se inseridos* porque, em verdade, no caso brasileiro, o que se verificam são concessões governamentais, *negócios de pai para filho*, que possibilitaram às massas sentirem-se pertencentes à casta daqueles privilegiados que podem consumir.

O grande problema é que, como antecipado, a condição de consumidor, embora superficialmente incluyente, está longe de equivaler

à de cidadão, entendido como sujeito livre, autônomo porque consciente de sua igualdade em relação aos demais, responsável por suas escolhas e capaz de interferir nos processos de transformação do poder a que se faz integrado. Como observa Milton Santos (2012, p. 56):

“O consumidor não é o cidadão. Nem o consumidor de bens materiais, ilusões tornadas realidades como símbolos: a casa própria, o automóvel, os objetos, as coisas que dão *status*. Nem o consumidor de bens imateriais ou culturais, regalias de um consumo elitizado como o turismo e as viagens, os clubes e as diversões pagas; ou de bens conquistados para participar ainda mais do consumo, como a educação profissional, pseudo-educação que não conduz ao entendimento do mundo.

O eleitor também não é forçosamente cidadão, pois o eleitor pode existir sem que o indivíduo realize inteiramente suas potencialidades como participante ativo e dinâmico de uma comunidade. O papel desse eleitor não-cidadão se esgota no voto; sua dimensão é singular, como é a do consumidor, esse ‘imbecil feliz’ de que fala H. Laborit (1986, p. 201).

O cidadão é multidimensional. Cada dimensão se articula com as demais na procura de um sentido para a vida. Isso é o que dele faz o indivíduo em busca do futuro, a partir de uma concepção de mundo, aquela individualidade verdadeira no dizer de B. Ollman, dotada de uma nova sensibilidade, rompida com a ‘sensibilidade mutilada’ descrita por Marcuse (1973, pp. 74-75), quando se refere à sociedade existente como *reproduzida* não apenas na mente, na consciência do homem, mas *também nos seus sentidos* [...] até que a familiaridade opressiva com o mundo objetual seja quebrada” (2012, p. 56).

Assim, embora hoje as parcelas mais vulneráveis da população possam afirmar-se consumidoras – sempre ávidas por fruir os *direitos* que têm ou que pensam ter –, ainda há muito

a se percorrer para que possam acessar a cidadania que as integre aos processos de transformação do poder. Os obstáculos ainda são muitos, especialmente no que diz respeito ao acesso a uma educação de qualidade, de fato transformadora, que supere o aprendizado técnico, vá além da transferência de conhecimento e possa formar sujeitos críticos (FREIRE, 2013), cidadãos de fato e de direito.

Domesticada pelos circuitos de consumo e políticas assistencialistas, que lhe aferram a necessidades materiais continuamente renovadas e que clamam por pronta satisfação, boa parte da população ainda excluída dos núcleos de poder mantém-se alheia ao que efetivamente teria de reivindicar para alcançar a cidadania. Permanece, pois, alienada pelo consumo, mas convalidando tacitamente as medidas de poder às quais está submetida. Noutras palavras, satisfeita em consumir, não chama para si a responsabilidade de inserir-se criticamente nos processos de transformação social.

Expostos os mecanismos mais sutis de um sistema estabelecido de dominação pela *servidão voluntária*, cabe agora tratar do que compete à Defensoria Pública na difusão e conscientização da cidadania (art. 4º, III, da Lei Complementar nº 80/94).

4.2. Do papel da Defensoria Pública na difusão da consciência cidadã

Para difundir a cidadania, necessário, primeiramente, que se garantam condições ao sujeito de conscientizar-se de sua função nos mecanismos de poder estabelecidos, orientando-o quanto à necessidade de uma postura responsável relativamente às suas possibilidades de reger-se a si mesmo e, pelas vias legítimas, protagonizar transformações em suas relações e na sociedade que integra. Noutros termos, apropriando-nos de valiosas lições de Paulo Freire (2013), podemos afirmar que a ascensão à cidadania implica, necessariamente, a conscientização do sujeito acerca de sua condição humana de ser inacabado – dizendo-se, aqui, de uma *falta* radical, ontológica, impossível de ser satisfeita pelo que se faça consumível –, destinado à transcendência (ao *Ser Mais* freiriano), a uma busca incessante por *saber-se* e *falar-se* no mundo em que interage com outros, livres e iguais. Ao atuar em seu mundo como agente transformador, o sujeito inscreve-se na história pela ação e pelo discurso (AREN-DT, 2010, p. 219-220) e voltando-se ao passado e projetando-se para o futuro, rompe com a servidão em que também é mantido por meio dos circuitos de consumo.

Nesse percurso, avulta-se o papel da Defensoria Pública enquanto mediadora da inserção legítima do sujeito nos sistemas de poder, que se expressam pela linguagem do Direito. Ao assegurar aos vulneráveis o acesso

ao instrumental necessário para inserirem-se na linguagem do poder e se comunicarem por meio de seus símbolos, a Defensoria Pública viabiliza sua atuação cidadã – a capacidade de influenciar nas tomadas de decisão e, assim, de serem agentes transformadores, seja de sua própria história, seja da sociedade que integram.

Em outras palavras, na medida em que possibilita ao sujeito valer-se do Direito para reger-se em suas relações e transformá-las pelas vias legítimas – com destaque para a possibilidade de solucionar extrajudicialmente seus conflitos, consoante anteriormente exposto, a título de exemplo –, a Defensoria Pública assegura-lhe condições de alcançar a cidadania, orientando-o na transição de uma situação apassivada, sempre à espera de concessões do Estado, para uma postura ativa de apropriação dos instrumentais jurídicos do poder para transformá-lo *de dentro* de seu próprio sistema (de poder).

Cabe destacar que a oposição dentro/fora merece especial consideração diante da realidade quotidianamente experimentada pelos Defensores Públicos em sua atuação. Daí porque se afirmar a importância de transformações que sejam feitas *de dentro* do sistema de poder. Isso porque as transformações feitas à margem do sistema de poder e as insurgências contra ele dirigidas muitas vezes têm por efeito *convalidá-lo*, confirmando a condição de excluídos daqueles que assim atuam, na medida em que terminam assimilados pelo poder enquanto seu *outro*, o contraponto que ratifica sua identidade e sua expressão pela força.

Duas situações comuns no cotidiano da Defensoria Pública são emblemáticas em demonstrar o que se acaba de afirmar.

A primeira delas diz respeito à habitação (moradia e infraestrutura urbana). Não obstante seja comum que a população vulnerável dê-se por satisfeita – mais uma vez, a *servidão voluntária* – em poder adquirir ou receber

uma casa, a questão da habitação e das condições mínimas de existência digna no meio urbano não se resumem à posse ou propriedade de um imóvel. Afinal, de nada adianta ter uma casa se não se conta com saneamento básico ou condições de mobilidade urbana.

James Holston, em interessante pesquisa de campo levada a efeito no Município de São Paulo, a propósito da reivindicação de direitos urbanos, narra que os próprios moradores admitiam que o único recurso – efetivo e simbólico – que tinham na década de 70 era “bater no oficial de justiça” (HOLSTON, 2013, p. 303). A situação, contudo, começou a se alterar a partir do momento em que os próprios interessados passaram a “estabelecer novas articulações de cidadania” (HOLSTON, 2013, p. 304), superando o discurso vitimizado e com finalidade clientelista, com o que teve início a organização de entidades representativas dos interesses coletivos. Como destaca Holston (2013, p. 311):

“Uma mudança crucial ocorreu nos movimentos e organizações sociais urbanos quando os moradores começaram a entender suas necessidades sociais como direitos de cidadão e a gerar argumentos apoiados nesses direitos para justificar suas exigências. Muitas influências contribuíram para essa mudança, para tornar possível aos moradores considerar que suas necessidades seriam mais bem atendidas não só alegando direitos existentes, mas também inventando novos direitos que surgiam de lutas políticas e legais específicas sobre práticas reais – na verdade, ao considerar esses novos direitos objetivo dessas lutas”.

Ou seja, o avanço se dá tanto em termos de discurso – não mais sustentado na busca por *favores* –, quanto em termos de atitude – abandonando-se a passividade. Enfim, o – agora – cidadão se desvencilha do *status* meramente

jurídico para exercitar o direito como instrumento de verdadeiro poder – e não de opressão, única vertente até então conhecida. É o que Holston (2013) denomina de “cidadania insurgente”, que empresta nome à obra citada.

Nesse cenário, portanto, de conhecimento e exercício de direitos, se avulta em relevância o caráter público da Defensoria institucionalizada nacionalmente pela Constituição de 1988, notadamente porque é reiterada a percepção destacada por Holston (2013, p. 315) de que “A SAB [Sociedade de Amigos do Bairro] já havia contratado e demitido vários advogados, alegando ter sido enganada por todos”, devendo, por imposição legal, se constituir a instituição como *porto seguro* público de reivindicações da população em situação de vulnerabilidade.

Merece ênfase, ainda, o fato de que as cidades brasileiras se estruturaram na ilegalidade, entendida aqui como a desconformidade entre as previsões normativas – decorrente, inclusive, da já tratada *importação acrílica* de legislação e *conhecimento* – e a realidade consolidada pela atuação efetiva dos atores sociais. Em síntese: os instrumentos de ordenação urbanística – leis de parcelamento do solo, planos diretores etc. – não dirigem e muito menos se refletem na realidade vivida.

Por isso, quando está em debate o direito à cidade ou à moradia, a situação há de ser tratada com maior cautela, não podendo o trabalho prático do jurista se resumir, como geralmente ocorre, à busca por uma solução normativa para o caso em pauta, voltada à *correção* de eventual ilegalidade.

Note-se que, por exemplo, uma usucapião ajuizada de forma açodada em relação a uma área que, no curso do processo se verifica como pública, pode implicar não só na improcedência do pleito, mas, especialmente, na retirada do requerente – e de seus vizinhos – do local.

Paralelamente, se inexistirem contrapartidas por parte do poder público, não se pode perder de vista que a regularização registral de um imóvel nem sempre atenderá aos reais interesses do cidadão, como destacado por Lucio Kowarick (2009, p. 164-166).

Observe-se que, por vezes, em uma área de ocupação não há pagamento de impostos, nem de serviços como energia, água ou “TV a cabo”. Contudo, estando a área regularizada, tais serviços tendem a ser cobrados, o que pode conduzir à expulsão do cidadão daquele local. Tal dado irrecusável acarreta uma peculiaridade paradoxal. Como ilustra Milton Santos (2013, p. 125):

“Nessas condições, cada solução se impõe como um problema. Melhorar uma via pública significa aumentar também a possibilidade de implantação ou melhoria do transporte público e criar uma valorização que acabará por expulsar daquela vizinhança os mais pobres”.

É dizer: nesse âmbito, toda atuação deve ser levada a efeito com extrema cautela, até porque, em geral, as *melhorias urbanas* de que se trata poderão ter por efeito não só a expulsão de quem as reclamou, como também de toda uma coletividade que se encontre na mesma situação.

Fundamental pontuar que não se advoga, evidentemente, que a Defensoria fomente a ilegalidade ou a clandestinidade. O que se defende é a necessidade de se conscientizar o cidadão a respeito dos efeitos – inclusive colaterais – de certas providências, permitindo que, de antemão, se busque pela via política a adoção de medidas que assegurem contrapartidas, neutralizando eventuais efeitos indesejados que poderiam surgir de uma atuação puramente jurídica.

Necessário, ainda, reconhecer o *know how* decorrente de reiteradas atuações, notadamente por meio de núcleos especializados, como o Núcleo de Defesa Agrária e de Moradia (NUDEAM) da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, que, em fevereiro de 2014, atendia, de forma coletiva, a cerca de 50.000 pessoas, em pelo menos 10 comunidades, conforme informativo interno da instituição. Assim, pelo volume em que se dá a atuação, é inegável que os agentes com atribuição específica têm conhecimento mais adequado, inclusive para buscar vias extrajudiciais, como a chamada usucapião administrativa, regulada pela Lei Federal nº 11.977/09, ou para investir em soluções como a mediação de conflitos habitacionais, que, em fevereiro de 2014, envolvia cerca de 25 mil pessoas no âmbito do NUDEAM.

Daí a importância fundamental de uma atuação estratégica da Defensoria Pública em situações tais, especialmente pelas vias extrajudicial e política, já que a pronta judicialização do caso pode conduzir, como observado, à negação do direito que havia sido *autoconstruído* pelo cidadão.

A segunda situação que cabe analisar como emblemática da necessidade de se conscientizar a população de que a condição cidadã depende de uma capacidade de transformação social *de dentro* dos mecanismos de poder vincula-se à questão da criminalidade relacionada aos extratos sociais mais vulneráveis da população.

Não há dúvidas de que a prática de condutas criminosas em alguma medida revela a insurgência de seu agente contra as leis estabelecidas pelo sistema de poder. E, também não raro, essa insurgência motiva-se pela busca do sujeito por uma identidade alternativa àquela à qual não foi possível ter acesso pelos meios legítimos disponíveis (MERTON, 1970) – nesse sentido, vide letras de *funk* e *rap*, em que se faz apologia a condutas criminosas como expressão de revolta e inconformismo contra o sistema de poder estabelecido.

O problema é que, via de regra, a esse sujeito que decide pela busca de uma identidade por meio do crime falta o senso crítico – consciência

– necessário à percepção de que suas formas de insurreição são justamente aquelas esperadas pelo *sistema* para reafirmar-se. Ou seja, embora tais sujeitos aparentemente rejeitem o sistema do qual são excluídos, com a prática de condutas criminosas, são por ele absorvidos, *incluídos de fora*, como o contraponto que ratifica esse sistema, na medida em que legitimam a aplicação de suas leis. Convertem-se no *outro* necessário à convalidação da identidade do sistema, com o que perpetuam sua condição marginal e contribuem para a conservação do estado de coisas estabelecido.

Sem meios termos, é um *tiro que sai pela culatra*, com outros tantos efeitos perversos, e que se atribui à ausência de percepção crítica de que o caminho mais curto de transformação do sistema de poder há de ser percorrido de dentro de suas tramas, e não à sua margem.

Como destacado alhures (COSTA, 2012), no final das contas, longe de serem desviantes, tais indivíduos servem ao sistema, ao qual conferem o mais legítimo direito de mantê-los e a toda miséria social que representam sob o mais amplo e radical controle, desviando as atenções para longe daquilo que realmente importa: a grande corrupção, as omissões do Estado e tantas outras questões cuja solução dependeria da garantia a todos, indistintamente, das condições de acesso à cidadania, que implica liberdade e igualdade efetivas.

Sobre a perversidade dos circuitos acima desconstruídos, destacando o que denomina eficácia inversa da prisão, à luz da seletividade do sistema penal – e, logo, do sistema carcerário –, Foucault (1987, p. 230) assinala que

“[...] a prisão, ao aparentemente ‘fracassar’, não erra seu objetivo, ela o atinge na medida em que suscita no meio das outras uma forma particular de ilegalidade, que ela permite separar, pôr em plena luz e organizar como um meio relativamente fechado mas penetrável. Ela contribui para estabelecer uma ilegalidade, visível, marcada, irredutível a um certo nível e secretamente útil – rebelde e dócil ao mesmo tempo; ela desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou se deve tolerar. Essa forma é a delinquência propriamente dita. Não devemos ver nesta a forma mais intensa e mais nociva da ilegalidade, aquela que o aparelho penal deve[ria] mesmo tentar reduzir pela prisão por causa do perigo que representa; ela é antes um efeito da penalidade (e da penalidade de detenção) que permite diferenciar, arrumar e controlar as ilegalidades. Sem dúvida a delinquência é uma das formas de ilegalidade; em todo caso, tem suas raízes nela; mas é uma ilegalidade que o ‘sistema carcerário’, com todas as suas ramificações, investiu, recortou, penetrou, organizou, fechou num meio definido e ao qual deu um papel instrumental, em relação às outras ilegalidades. Em resumo, se a oposição jurídica ocorre entre a legalidade e a prática ilegal, a oposição estratégica ocorre entre as ilegalidades e a delinquência”.

Como antecipado, pensando contrariar o estado de coisas posto a partir da criminalidade, o sujeito termina por convalidá-lo. Pego na *teia* penal e encarcerado, acaba por confirmar sua condição de *outro* radical, do contraponto necessário à validação do sistema perante a opinião pública, consolidando uma *identidade criminosa* que tende a conduzi-lo à reincidência e ao reingresso no aparelho penal/prisonal.

Diante desse quadro, em cumprimento a sua missão de difusão e conscientização da cidadania, cabe à Defensoria Pública denunciar, trazendo à tona e a público esses circuitos perversos de conservação do poder estabelecido. E isso não só como meta institucional, mas também como dever atribuível a cada um de seus agentes em sua atuação cotidiana junto à população vulnerável, no interior dos presídios, no processo penal ou nos eventos públicos em que deva manifestar-se.

5. Considerações finais

Por todo o exposto, é possível concluir que a Defensoria Pública é instituição inserida no sistema de poder para garantir seu dinamismo e insurgir-se contra sua apropriação excludente por parte da elite detentora do poder econômico. Tendo por missão precípua a difusão e conscientização da cidadania, é de se exigir da Defensoria Pública que, por intermédio da linguagem do Direito, atue efetivamente no sentido de inserir a todos, em igual medida e com liberdade responsável, nos fluxos de poder.

Não à toa, portanto, depara-se com persistente resistência à implantação das Defensorias Públicas por todo Brasil, sem mencionar todas as dificuldades opostas a seu aparelhamento. Quem pretende conservar-se indefinidamente no poder não faz concessões.

Nesse sentido, revela-se fundamental que as distorções e limitações verificadas nos Diagnósticos da Defensoria Pública formulados pelo Ministério da Justiça e o Mapa da Defensoria Pública no Brasil concebido pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas sejam superadas por uma política de investimentos e valorização dessa instituição, a qual se apresenta, consoante exposto, como via de acesso a uma cidadania efetiva.

Porém, deve-se evitar a percepção ou a construção de uma imagem da instituição como *redentora dos fracos e oprimidos*, ou mesmo *salvadora dos pobres*. A admissão desses rótulos de marcado cunho paternalista conduziria às mesmas armadilhas que acabamos de denunciar. A sociedade como um todo já está suficientemente aparelhada – ou abarrotada – de representantes morais, cívicos ou jurídicos. Não precisamos

de mais. Assim, a Defensoria não pode se bastar; não pode pretender substituir o cidadão ou suprir generosamente as eventuais deficiências determinantes de sua opressão e impeditivas de seu acesso a uma autonomia cidadã. Deve atuar com ele para que, por suas próprias forças e valendo-se de seu senso crítico, alcance a igualdade e a liberdade sem as quais não há cidadania.

Sobre os autores

Domingos Barroso da Costa é bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Criminologia e Direito Público. Mestre em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Defensor Público no Rio Grande do Sul.

Arion Escorsin de Godoy é bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa/PR. Especialista em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Ambiental e Novos Direitos pela Universidade de Caxias do Sul. Defensor Público no Rio Grande do Sul.
email: a_godoy21@yahoo.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁴

ABOUT DEMOCRACY, CITIZENSHIP AND THE ACTING OF PUBLIC DEFENDER AS AN INSTITUTION OF SUBJECTIVE, SOCIAL AND POLITICAL TRANSFORMATION

ABSTRACT: This article presents the acting of Public Defender focusing on the emancipatory potential that the institution can raise from awareness of their assisted about historical processes, social and political domination that characterize Brazilian society. For this purpose, it is explored notions of democracy, citizenship, access to justice and education in law, seeking to define markers that reveal the possibilities and limitations that arise from the legislative changes about the institutional format in the last years, specifically the constitutional amendment number 80/2014. In this context, therefore, the constitution of 1988 granted structure and potential to Public Defender. The Public Defender highlights itself as a key institution for a transformation of this situation of inequality from the realization of broad access to justice and dynamics of power relations, that intend to promote education in law and spreading of citizenship awareness.

KEYWORDS: PUBLIC DEFENDER. ACCESS TO JUSTICE. DEMOCRACY. CITIZENSHIP. EDUCATION IN LAW.

Referências

ARENDETT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. 407 p.

⁴Sem revisão do editor.

ASSOCIAÇÃO INTERAMERICANA DE DEFENSORIAS PÚBLICAS - AIDEF. *Diagnóstico de la Defensoría Pública en América*. [S.L.]: AIDEF, 2012. Disponível em: <http://www.aidef.org/wtksite/diagnostico_defensoriaamerica.pdf>. Acesso em: 25 maio 2014.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BELLO, Enzo. *A cidadania na luta política dos movimentos sociais urbanos*. Caxias do Sul: EDUCS, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 ago. 2014.

_____. Lei complementar n. 84 de janeiro de 1994. *Diário Oficial da União*, 13 jan. 1994.

BRASIL. Ministério da Justiça. Estudo diagnóstico da defensoria pública no Brasil. 2004. Disponível na internet em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/Diag_defensoria.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. II Diagnóstico da defensoria pública no Brasil. 2006. Disponível na internet em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/Diag_defensoria_II.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. 2009. Disponível na internet em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/III%20Diagn%C3%B3stico%20Defensoria%20P%C3%ABlica%20no%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2015.

_____. Emenda constitucional n. 80, de 4 de junho de 2014. *Diário Oficial da União*, 5 jun. 2014.

COSTA, Domingos Barroso da. *A crise do supereu e o caráter criminógeno da sociedade de consumo*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. Circuitos perversos II: os efeitos criminógenos da mídia exploradora da violência como espetáculo. *Boletim do IBCCRI*, nº 236, jul. 2012.

_____. Algumas considerações sobre sujeito, lei, culpa e processo civilizatório. In: ROSÁRIO, Ângela Buciano do; MOREIRA, Jacqueline de Oliveira (Org.). *Culpa e laço social: possibilidades e limites*. Barbacena: EdUEMG, 2013.

COSTA, Domingos Barroso da; GODOY, Arion Escorsin de. *Educação em direitos e Defensoria Pública: cidadania, democracia e atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva*. Curitiba: Juruá, 2014.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANÇA, Vera Regina Veiga. *Discurso de identidade, discurso de alteridade: a fala do outro*. In: FRANÇA, Vera Regina Veiga (Org.). *Imagens do Brasil: modos de ver, modos de conviver*. Belo Horizonte: Autêntica, 2002.

FREIRE, Paulo. *Conscientização: teoria e prática da libertação: uma introdução ao pensamento de Paulo Freire*. 3. ed. São Paulo: Moraes, 1980.

_____. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 46. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLSTON, James. *Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS - IPEA. *ANADEP e Ipea lançam Mapa da Defensoria Pública no Brasil*. 13 mar. 2013. Disponível na internet em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>>. Acesso em: 7 ago. 2015.

KOWARICK, Lucio. *Viver em risco*. São Paulo: Editora 34, 2009.

LA BOÉTIE, Etienne de. *Discurso da servidão voluntária*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

MERTON, Robert K. *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970. 758 p.

SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. 5. ed. 3. reimp. São Paulo: EdUSP, 2012.

_____. *O espaço do cidadão*. 7. ed. 1. reimp. São Paulo: EdUSP, 2012.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2002. 314 p.

O caráter dinâmico dos regimentos internos das Casas Legislativas

VICTOR AGUIAR JARDIM DE AMORIM

Resumo: Este estudo objetiva investigar as concepções relativas à natureza das normas regimentais, para responder à seguinte questão: qual é a dimensão da autonomia do Poder Legislativo para a autonormatização diante da acentuada constitucionalização do direito parlamentar no Estado Democrático de Direito? É necessário, pois, verificar os contornos da independência do Poder Legislativo nessa matéria, para colmatar a disciplina constitucional referente ao funcionamento adequado às vicissitudes do funcionamento parlamentar. O entendimento da rigidez constitucional em torno do direito parlamentar, supostamente calcado na supremacia da Constituição, conduz à forte limitação do Poder Legislativo para disciplinar internamente as minúcias do procedimento legiferante, levando em conta os aspectos da dinamicidade inerente aos processos políticos. Essa característica deve ser compatibilizada com o paradigma do Estado Democrático de Direito, evitando-se a rigidez dos regimentos internos no sentido de dificultar as adequações pontuais que possam acarretar a alteração ou o afastamento circunstancial de determinada norma regimental.

Palavras-chave: Democracia. Separação de Poderes. Poder Legislativo. Direito parlamentar. Regimento interno.

1. Introdução

O presente estudo tem por objetivo investigar as concepções (e suas respectivas evoluções em paralelo às transformações nos paradigmas do Estado moderno) a respeito da natureza das normas regimentais, tema até agora inexplorado com a devida profundidade na academia brasileira.

Para tanto, pretende-se enfrentar a seguinte pergunta-problema: em qual medida se apresenta a autonomia e independência do Poder Legis-

Recebido em 6/4/15
Aprovado em 12/5/15

lativo de autonormatização diante da acentuada constitucionalização do direito parlamentar no paradigma do Estado Democrático de Direito?

A formulação de uma resposta ao problema implica o levantamento da produção teórica a respeito da natureza das normas regimentais no paradigma do Estado Liberal, contexto no qual se advogava a existência de uma emblemática “soberania” do Parlamento, dada a experiência inglesa que influenciou o pensamento jurídico europeu desde o século XVII.

Depois, será analisado o impacto nas conjecturas sobre a natureza do regimento interno em face do advento do Estado Democrático de Direito, em meados do século XX, que acarretou a acentuada constitucionalização do direito parlamentar.

Por fim, verificar-se-ão os contornos da independência do Poder Legislativo em matéria de autonormatização para colmatar a disciplina constitucional referente ao procedimento e funcionamento interno em atenção à dinâmica e vicissitudes do funcionamento parlamentar.

Cumpre destacar a relevância do presente trabalho por destoar da óptica observada nos estudos acadêmicos produzidos nas três últimas décadas, os quais se propõem a analisar a natureza das normas regimentais tendo como pressuposto a justificação da possibilidade de sindicabilidade jurisdicional da atividade parlamentar, notadamente as chamadas “questões internas”. Ou seja, mira-se o Legislativo, mas acerta-se o Judiciário. O enfoque desta pesquisa é o Parlamento, em especial a compatibilização da dinamicidade do funcionamento parlamentar e a expansão constitucional em matéria de regulação das atribuições e limites dos Poderes.

2. A natureza dos regimentos internos

2.1. Investigações em torno da natureza das normas regimentais no paradigma do Estado Liberal: a “soberania” do Parlamento

Por desempenhar função de cunho essencial para a formação do Estado moderno, o Poder Legislativo sempre se ressentiu da necessidade de observância de determinado procedimento para o desenvolvimento direto ou indireto de atividades legiferantes.

O fenômeno torna-se ainda mais latente a partir dos eventos de independência do Parlamento, quando são estabelecidas as bases para a institucionalização da função legislativa, considerando-o como centro do poder político. O marco histórico de tal transformação é a “Revolução Gloriosa” ocorrida em 1689 na Inglaterra (ÁLVAREZ, 1998, p. 45-

48), quando o Legislativo se evidencia como poder praticamente soberano (LOLME, 1992, p. 141; GARCÍA-PELAYO, 1991, p. 250-251).

Em tal contexto, extrai-se do art. 9º do *Bill of Rights*, de 13 de fevereiro de 1689, que “the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament should not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament” (UNITED KINGDOM, 1689).

Por apresentar *status* de verdadeiro poder soberano, convencionou-se que competiria ao próprio Parlamento estabelecer os contornos e eventuais limites a respeito da autonomia parlamentar no que tange, principalmente, à liberdade do uso da palavra, ao funcionamento interno, à disciplina dos procedimentos e às regras de debate. Instituiu-se, conforme formulação de Edward Coke (1552-1634), a autonomia parlamentar nos mesmos moldes da autonomia então conferida ao Poder Judiciário. Com esteio em tal premissa, William Blackstone (1723-1780), em sua obra “Comentários sobre as Leis de Inglaterra”, assevera que “todo lo que se refiere a una cámara del Parlamento debe ser examinado, discutido y juzgado en esa cámara y no en otro sitio” (ÁLVAREZ, 1998, p. 48).

No curso do século XVIII, o direito continental europeu é extremamente influenciado pelas bases da “autonomia parlamentar” inglesa. Na França, por ocasião dos debates iniciais da Assembleia Nacional Constituinte em 1789, trava-se a discussão a respeito da necessidade de ação de um regulamento para assegurar o bom andamento dos trabalhos legislativos, tendo em vista a experiência das tumultuadas e improdutivas sessões anteriores. Dessa forma, em 29 de julho de 1789, é aprovado o regimento definitivo da Assembleia Constituinte e são estabelecidas regras essenciais de funcionamento, notadamente os trâmites internos, a ordem dos debates e a concessão da palavra – clara influência da prática parlamentar inglesa.

Cumprido salientar que a experiência decorrente da organização e do funcionamento da Assembleia Constituinte – que culminou na promulgação da Constituição francesa em 1791 – foi basilar para a consolidação da independência do Poder Legislativo no “Novo Regime”, que, a partir da nova carta constitucional, se converteu em depositário da soberania nacional, cujas decisões eram capazes de materializar a “vontade geral” da nação (ÁLVAREZ, 1998, p. 49). Assim, foi o Parlamento dotado de meios de defesa contra eventuais investidas de outros Poderes, em especial o Judiciário, formado, em sua essência, por membros privilegiados no *Ancien Régime*.

Neste ponto, saliente-se o alerta de Giuseppe Floridia no sentido de que a independência ostentada pelo Legislativo francês no pós-Constituição de 1791 não podia ser confundida com soberania, porquanto isso seria atributo exclusivo do poder constituinte (FLORIDIA, 1986, p. 41-44). De acordo com o jurista italiano, os primeiros textos constitucionais da França não se alinharam às teorias que propugnavam a diferenciação e a separação entre a “instituição” Parlamento e o ordenamento normativo geral, de modo que as normas parlamentares foram integradas ao último (FLORIDIA, 1986, p. 46). Como efeito natural, observou-se a incorporação pelo próprio texto constitucional de normas típicas de direito parlamentar, conforme se constata no art. 7º, Seção III, da Constituição de 1791¹.

¹“Article 7. – Seront néanmoins exécutés comme lois, sans être sujets à la sanction, les actes du Corps législatif concernant sa constitution en Assemblée délibérante; – Sa police intérieure, et celle qu’il pourra exercer dans l’enceinte extérieure qu’il aura déterminée; – La vérification des pouvoirs de ses membres présents; – Les injonctions aux membres absents; – La convocation des Assemblées primaires en retard; – L’exercice de la police constitutionnelle sur les administrateurs et sur les officiers municipaux; – Les questions soit d’éligibilité, soit de validité des élections. – Ne sont pareillement sujets à la sanction, les

É exatamente na ausência de distinção do “direito parlamentar” em relação às normas gerais que desponta a diferenciação do processo de incorporação da experiência inglesa por parte dos alemães em relação ao que se passou na França em fins do século XVIII.

De acordo com Aranda Álvarez (1998, p. 53), se para a teoria constitucional francesa “el Parlamento era el centro del sistema de gobierno, para el Derecho alemán es un componente más del Estado Administración”. Com efeito, “la cuestión central que preocupará a la doctrina alemana será el ajuste de las normas parlamentarias con el Derecho objetivo del Estado” (ÁLVAREZ, 1998, p. 53).

De fato, foi precursora a doutrina alemã na investigação da natureza dos regimentos internos, sendo pioneiro nesse intento Paul Laband (1838-1918), segundo o qual o regimento seria um “estatuto autônomo”, expressão de um direito estatutário similar ao produzido no âmbito das corporações, obrigando, assim, apenas os membros da respectiva Câmara (VIDAL MARÍN, 2005, p. 58). Logo, “la separación entre la institución parlamentaria y el resto de la organización burocrática del Estado llega hasta el extremo de representar a la corporación parlamentaria distinta de la persona jurídica estatal” (ÁLVAREZ, 1998, p. 53).

Por seu turno, inspirados na tradição inglesa, os juspublicistas alemães Rudolf von Gneist (1816-1895) e Julius Hatschek (1872-1926) propõem-se a assegurar a autonomia de ação do Parlamento e enaltecem a autolegitimação do Poder Legislativo.

Ao discorrer a respeito da possibilidade de apreciação da regularidade na tramitação de lei pelo Poder Judiciário, em conferência realizada no ano de 1863 na cidade de Ber-

lim, Gneist valeu-se, pela primeira vez, da expressão “*interna corporis*” (GNEIST, 1863) para referir-se à liberdade conferida ao Parlamento para regulamentar e dispor não apenas do procedimento de trabalho legislativo, mas também dos assuntos que lhe são submetidos. No caso, Gneist, propondo-se a responder sobre a admissibilidade de controle externo dos atos do Legislativo – que se negara a aprovar determinada proposta orçamentária –, afirmou que, em tese, tal controle seria possível, exceto se se tratasse dos estágios de formação da lei no interior do Parlamento (CASTILLO, 2000, p. 65).

[L]a concepción tradicional de *interna corporis* se refiere, por un lado, a la libertad en la ordenación de los temas de discusión, al modo de dirigir esas discusiones ahí como al procedimiento de deliberación; por otro, a la competencia exclusiva en la facultad de elaborar los “códigos” de procedimiento, y lo que es más importante, la facultad de valorar discrecionalmente sobre el modo de atenerse a la disciplina parlamentaria e interpretar y modificar sus preceptos. En definitiva, lo que se pretende es que la Cámara, en aquellas materias que comienzan y concluyen en su interior, no esté sometida a ningún control externo. En última instancia, la concepción amplia de *interna corporis* es una propuesta más en la idea clásica de garantizar la independencia del Parlamento y los parlamentarios, en el ejercicio de sus funciones institucionales frente a los demás poderes públicos (ÁLVAREZ, 1998, p. 55).

Hatschek (1973), em sua obra *Das Parlamentsrecht des Deutschen Reiches*, editada em 1915, buscou evidenciar o caráter consuetudinário do direito parlamentar, derivado das práticas legislativas consagradas pelo uso contínuo e reiterado (*longus usus*). Por conseguinte, seriam as normas regimentais regras meramente convencionais, carentes, portanto,

actes relatifs à la responsabilité des ministres ni les décrets portant qu'il y a lieu à accusation” (FRANCE, 1791).

de força jurídica, de modo que sua vigência derivaria tão somente de uma “facticidade empírica”.

Na França, na mesma linha de Hatschek, Maurice Hauriou (1856-1929), que também se notabilizou por distinguir o Estado da sociedade, ressaltou a natureza consuetudinária dos regimentos das Casas Legislativas, que não passam de simples acordos e práticas parlamentares, “cuyo cumplimiento por parte de los integrantes de las Cámaras se reserva a estas últimas a través de sus propios instrumentos, sin que puedan intervenir al respecto los jueces, los cuales no serían competentes para conocer de ellos” (VIDAL MARÍN, 2005, p. 57).

Léon Duguit (1923, p. 430), na obra *Manuel de Droit Constitutionnel*, cuja primeira edição circulou em 1921, define o regimento como um conjunto de disposições que determinam, sistemicamente, a ordem e o método de trabalho de cada Casa Legislativa, tratando-se, a seu ver, de uma espécie de “direito interno”. Quanto à tendência de incorporação de normas específicas de direito parlamentar nos textos constitucionais observada nos primórdios do “Novo Regime” francês (vide art. 7º, Seção III, da Constituição de 1791), pontua Duguit (1923, p. 430) que: “par la force des choses, les règlements des assemblées politiques contiennent souvent des dispositions très importantes, qui pourraient très justement trouver leur place dans la loi constitutionnelle”.

Para o jurista francês, os regulamentos das Casas Legislativas não são leis, mas simplesmente resoluções, ou seja, disposições normatizadas por uma única Câmara. Cada regulamento é aplicado apenas no âmbito da Casa que o aprovou, tornando-se obrigatório a partir do momento em que é votado, sem a necessidade de promulgação ou mesmo de publicação (DUGUIT, 1923, p. 431). O fato de não ser o regimento uma lei resulta na impossibilidade de conter disposições que lhe sejam contrárias, não apenas em relação à lei constitucional, mas também quanto a qualquer lei ordinária.

Ainda no âmbito da doutrina francesa de valorização da autonomia do Poder Legislativo, Joseph Barthélemy e Paul Duez, no *Traité de Droit Constitutionnel*, de 1933, destacam que, a despeito de seu caráter consuetudinário, por resultarem de um acordo de vontade entre os parlamentares, os regimentos obrigam juridicamente toda a Câmara, “sobrevivendo” a distintas legislaturas (VIDAL MARÍN, 2005, p. 59).

Ressalte-se que os juspublicistas alemães e franceses, até o início do século XX, admitiam a autolegitimação dos Parlamentos tendo por pressuposto separação entre Estado e sociedade, de modo que seria a Câmara um órgão da sociedade e os parlamentares membros livres e iguais de uma associação. Com efeito, “con su constitución se estipula un ‘pacto’ que garantice su buen funcionamiento, de tal manera que tal

pacto solo vale para aquellos que lo han estipulado y no para Asambleas venideras” (ÁLVAREZ, 1998, p. 66).

Objetivando romper com tal entendimento, Georg Jellinek (1851-1911), em sua obra *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, de 1892, assevera que o Parlamento constitui-se como um órgão do Estado, de forma que o direito parlamentar tem natureza estatal, cuja inobservância ou descumprimento não representaria uma violação de um direito subjetivo, mas uma lesão ao ordenamento objetivo do Estado (ÁLVAREZ, 1998, p. 66).

Com esteio em tais pressupostos, Jellinek afirma que os regimentos internos são integrados por normas de naturezas distintas. Aquelas destinadas a disciplinar o procedimento de votação, a participação nas sessões, as interpelações de autoridades e as eleições para a direção da Câmara apresentam natureza jurídica, integrando, dessa forma, a organização estatal. A seu turno, as determinações a respeito das moções, sucessão dos oradores e a forma de votações têm caráter de regulamentos administrativos e, assim, não ostentam o *status* de norma jurídica (VIDAL MARÍN, 2005, p. 76-77).

Os espanhóis Luis Sánchez Agesta (1987-1988, p. 345) e Leon Martínez Elipe (1987, p. 1573-1632), por sua vez, consideram que o regimento interno não é apenas “lei interna”, mas sim “lei material”, porquanto a sua abrangência e aplicabilidade extrapola os limites da respectiva Casa Legislativa, afetando terceiros e as relações interinstitucionais entre Poderes e demais autoridades.

2.2. O advento do Estado Democrático de Direito: constitucionalização do direito parlamentar

O fim da Segunda Guerra Mundial e o advento do Estado Democrático de Direito no continente europeu, caracterizado pela valorização e reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico (“Estado Constitucional”), parece pôr termo à corrente de pensamento, gestada sob o pálio do Estado Liberal, tendente a sustentar uma “técnica de liberdade do Parlamento”, atribuindo-lhe ares de soberania para fazer frente aos demais Poderes (ÁLVAREZ, 1998, p. 57).

Assim, o Estado Democrático de Direito, nos dizeres de Gustavo Zagrebelsky (1992, p. 48-49), “destrona” a Lei como a mais alta instância do ordenamento jurídico, que deixa de ser a medida exclusiva de todas as coisas no campo do Direito, papel assumido pela Constituição, que converte a própria Lei em objeto de mensuração. Logo, é a Constituição que passa a desempenhar a função de manter a união e a paz da socie-

dade, retirando tal missão da Lei e, conseqüentemente, desmitificando o papel do Parlamento.

La supremacía de la Constitución y su ubicación central en la validez de todo el ordenamiento jurídico obliga a que la interpretación de sus normas – también las parlamentarias – se deban hacer de acuerdo con dichos principios y reglas. La soberanía del Parlamento decae en favor de su consideración como órgano constitucional – Poder constituido – sometido al Derecho estatal. Por ello, tanto su función como su estructura y relación con el resto de órganos constitucionales se ha de hacer desde la posición que a cada uno les ha atribuido la Constitución, sin que ello suponga, a nuestro entender, restar presunción de legitimidad constitucional al Parlamento y sus decisiones (ÁLVAREZ, 1998, p. 58-59).

Trata-se do “Estado Constitucional”, qualificação identificada pelo constitucionalismo moderno, consoante concepção de José Joaquim Gomes Canotilho (2008, p. 93), *in verbis*:

O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um *Estado de direito democrático*. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de *direito* e Estado *democrático*. Estas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em, Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão de Estado de direito. Esta dissociação corresponde, por vezes, à realidade das coisas: existem formas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos. O *Estado constitucional democrático de direito* procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito (grifo do autor).

Tal transformação influencia diretamente as teorias sobre os limites da independência do Poder Legislativo (agora, mais do nunca, limitado por uma Constituição) e, conseqüentemente, a natureza dos regimentos internos.

Na concepção de Jordi Capó Giol (1983, p. 14), o Parlamento perde seu *status* de soberano, porquanto suas competências não estão à disposição de um direito próprio (corporativo), pois quem as outorga é a própria Constituição. Ademais, fica evidente que os poderes do Estado não fundamentam a sua legitimidade a partir de uma concessão parlamentar. Além disso, o Poder Legislativo não se autolegitima, atuando simplesmente por delegação dos cidadãos a quem, de fato e em última instância, pertence o poder.

É com esteio em tal compreensão que a doutrina italiana sobre o tema se desenvolve a partir da década de 1950. Alfonso Tesaurò (1959, p. 193-206) consigna que os regimentos não constituem normas *interna*

corporis pelo fato de as Câmaras, assim como quaisquer outros órgãos estatais, estarem destinadas a realizar fins do Estado e, assim, a exercer os poderes jurídicos por meio do desenvolvimento das funções de legislação e execução. Com efeito, os regimentos estão destinados a realizar a função de integração da Constituição para dispor sobre a organização e as atividades do Poder Legislativo. Em igual sentido, Vezio Crisafulli (1960, p. 775-810) pontua que os regimentos são dotados de juridicidade por serem produto da atividade normativa de um poder do Estado cujas funções se encontram expressamente previstas no texto constitucional.

Diante da emergência do “Estado Constitucional”, parece superada a ideia do regimento como fonte primária do direito parlamentar, porquanto o eixo do ordenamento jurídico passa a ser ocupado, em caráter indubitável e absoluto, pela Constituição.

Desse modo, dois aspectos de extrema importância redimensionam as teorias a respeito da natureza dos regimentos, em especial aquelas orientadas pelos primados do Estado Liberal e pela tradição do parlamentarismo inglês: a) as normas de direito parlamentar ostentam juridicidade, porquanto emanadas de um órgão pertencente ao Estado; b) a “constitucionalização” do direito parlamentar.

Pero se tiene que destacar que la constitucionalización del Derecho parlamentario no se ha limitado a las relaciones interinstitucionales sino que, en muchos sentidos, ha sido la propia Constitución la que se ha preocupado de los aspectos más estrictamente parlamentarios, como la composición, funcionamiento y organización interna de las Cámaras.

[...]

Esta dirección, que amplía el campo de constitucionalización del marco parlamentario, se ha acentuado posteriormente en el constitucionalismo más reciente (MARTINEZ ELIPE, 1985, p. 413-430).

Diante de tal quadro e no afã de garantir a independência do Poder Legislativo no contexto da “nova” configuração institucional do “Estado Constitucional”, ganham relevo os empreendimentos teóricos no sentido de reputar o regimento interno como conjunto de normas de diversas naturezas jurídicas.

Nesse sentido, Temistocle Martines assevera ser impossível reduzir a um fundamento jurídico único a variedade de normas regimentais. Para tanto, propõe uma classificação de tais normas em três grandes grupos: a) normas de direta referência em disposição constitucional (fundamento constitucional); b) normas que regulam relações entre as Câmaras e seus membros (poder de supramacia especial); c) normas que estabelecem a organização interna da Câmara (típico poder

de regulamentação interna conferido a todo e qualquer órgão estatal). Contudo, somente a algumas deles se poderá atribuir caráter de normas jurídicas, tais como as normas de execução das disposições constitucionais e, entre as normas de supremacia especial, somente às concernentes ao poder disciplinar. Ademais, careceriam de juridicidade as normas de polícia interna e de organização intestina do Parlamento (SILVIO, 1968, p. 26-29).

Em sentido similar, Marino Bon Valsassina alterca que não existe uma única categoria de normas nos regimentos parlamentares, havendo, a seu ver, duas espécies, cada qual com um fundamento e uma natureza jurídica distinta. A partir de tal afirmação, o jurista italiano assinala que existem nos regimentos: a) normas internas: são aquelas que não pertencem ao ordenamento jurídico geral do Estado e sim ao “ordenamento particular” da instituição legislativa, pelas quais a Câmara se autogoverna e, em virtude de uma relação de supremacia especial, regulamenta a conduta de seus membros e daqueles que, por questões circunstanciais, com ela se relacionam; b) normas externas: são aquelas que incidem sobre a esfera jurídica de terceiros, caracterizadas por ser uma manifestação imediata de autonomia do Poder Legislativo, mas subordinada à Constituição (VIDAL MARÍN, 2005, p. 78-79).

A partir do “paradigma” inaugurado com o “Estado Constitucional”, parte considerável dos juristas que se debruçaram sobre o assunto passa a defender a plena integração das normas regimentais ao ordenamento jurídico e, como regras de direito positivo dotadas de previsão constitucional, a sua obrigatória observância (CANOTILHO, 2008, p. 922-923; BARBOSA, 2010, p. 173-192; BERNARDES JÚNIOR, 2009, p. 110-111) por todos os seus destinatários, não apenas os internos (os parlamentares), mas todo e qualquer cidadão ou autoridade.

A natureza dos regimentos das assembleias políticas está longe de ser pacífica. Seja ela qual for, se as próprias assembleias podem modificar as normas regimentais quando lhes aprouver, não poderão dispensar-se de as cumprir enquanto estiverem em vigor. Quando o Parlamento vota uma lei, ou uma resolução, o objecto da deliberação é o projecto ou a proposta e não o regimento; essa deliberação tem de se fazer nos termos que este prescreve e não pode revestir o sentido de modificação tácita ou implícita das suas regras. O princípio que aqui se projecta para além do princípio hierárquico é sempre o de que o órgão que pode modificar a lei sob que vive deve, pelo menos, fazê-lo específica e directamente. Doutro modo, frustrar-se-ia a missão ordenadora do Direito e comprometer-se-ia a própria idéia de institucionalização jurídica do poder (MIRANDA, 2003, p. 486).

Partindo da análise de Jorge Miranda, constata-se que a atribuição de juridicidade e cogência incondicional e ampla ao regimento interno é calcada no pressuposto da institucionalização jurídica do poder e, conseqüentemente, na onipotência do Judiciário para apreciar, inclusive, as “circunstâncias políticas” – na expressão de Jeremy Waldron (2004, p. 102-103) –, visto que, em última instância, a “constitucionalização” total do Estado fundamentaria a legitimidade da apreciação jurisdicional.

3. A dinâmica da atuação legislativa e os contornos da autonomia parlamentar: o papel do regimento e o binômio consenso/dissenso

Diante da expansão da regulamentação pelo próprio texto constitucional dos aspectos procedimentos e da rotina de funcionamento dos Poderes, deve-se empreender uma análise da tensão entre uma disciplina constitucional mais verticalizada a respeito da matéria le-

gislativa e a dinamicidade política inerente à lógica da engrenagem parlamentar. Trata-se, portanto, da tentativa de estabelecimento ou conformação das balizas atinentes à autonomia parlamentar no contexto do atual paradigma do Estado Democrático de Direito, no qual está implícita a superação do ideal liberal de “soberania” de desígnios do Parlamento.

Na concepção do jurista italiano Andrea Manzella, a Constituição estabelece em seu conteúdo um quadro de atribuições e princípios procedimentais de natureza elementar, conferindo, assim, um espaço ao poder autonormativo do Poder Legislativo de colmatar a disciplina referente ao procedimento e funcionamento interno em atenção à dinâmica e vicissitudes do funcionamento parlamentar (VIDAL MARÍN, 2005, p. 44).

Leon Martinez Elipe (1987, p. 1573-1632) sustenta que a crescente rigidez oriunda da regulação constitucional do direito parlamentar poderá ser resolvida a partir da própria “espontaneidade e dinamicidade” do Parlamento, porquanto a “dinamicidad del ordenamiento jurídico parlamentario que mitigará las rigideces derivadas de los textos escritos, acomodando sus normas a la realidad social del momento e, incluso, si fuera preciso, modificándolos o dejándolos obsoletos” (VIDAL MARÍN, 2005, p. 46).

O entendimento da rigidez constitucional relativo ao direito parlamentar supostamente calcado na supremacia da Constituição conduz, de fato, à acentuada limitação do Poder Legislativo a respeito da autonomia para disciplinar internamente as minúcias do procedimento de formação das leis, levando em conta os aspectos da dinamicidade inerente aos processos políticos.

Considerando a atual quadra de desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo em países que adotam textos constitu-

cionais prolixos e analíticos – o que já implica acentuada “constitucionalização do direito parlamentar” –, admitir a ampliação da materialidade constitucional das normas regimental é relegar a suposta autonomia do Parlamento ao campo da história.

É exatamente nesse ponto que reside a crítica à postura de conferir legitimidade ao Poder Judiciário para atribuir a “materialidade constitucional” a determinadas normas regimentais. Nota-se, nesse contexto, uma superposição de Poderes e não uma relação harmônica ou de *check and balances*. Afinal, ainda que haja consenso (o que envolve a minoria), a manifestação política estaria sendo substituída pela apreciação jurídica de um pequeno número de juízes.

Destacam-se, por oportuno, as palavras de Dieter Grimm (2006, p. 19-20), *in verbis*:

Disso sofre a separação entre direito e política, pois a aplicação do direito torna-se forçosamente o seu próprio criador de normas. A tarefa política da decisão programadora passa para as instâncias que devem tomar decisões programadas e que somente para tanto estão legitimadas e aparelhadas. Isso não tinge apenas a vinculação legal da administração. *Onde faltam critérios legais que determinem a conduta dos destinatários da norma de forma suficiente, a jurisdição também não pode fiscalizar se os destinatários se comportaram legalmente ou não. Porém, se ela aceitar sua missão de fiscalização, ela não vai mais utilizar critérios preestabelecidos, mas impor suas próprias noções de exatidão. Dessa maneira, ela se transforma, em escala intensificada, em poder político que, ele mesmo, assume funções de legislação. Então, a decisão política migra para onde ela não tem que ser responsabilizada politicamente, enquanto que à responsabilidade política não corresponde mais nenhuma possibilidade decisória. Nesse ponto, no nível da aplicação do direito paira a ameaça de uma nova mistura das esferas funcionais de direito e política, para a qual ainda não são visíveis soluções convincentes nos dias de hoje.*

Em consequência, observa-se a plena judicialização do processo legislativo, retirando do Parlamento, sob a alegação de estabelecimento da segurança jurídica e da criação de instrumentos de defesa da minoria, a possibilidade de disciplinar, em última instância, os espaços deliberativos de colmatação do procedimento legiferante conferido pela própria Constituição.

Conforme formulação do jurista brasileiro Francisco Campos (1956, p. 106-107; 112-113; 115), ainda que sob a égide de Constituições rígidas, a autonomia parlamentar sustenta-se em “atos de legislação” e “atos de jurisdição” do Parlamento a respeito da extensão de seus próprios privilégios e da incidência dos limites constitucionais à função legislativa.

[A] fonte quase exclusiva do Direito parlamentar são os regulamentos internos das assembleias. *Por estes regulamentos as casas do Parlamento desenvolvem, interpretam e constroem as regras constitucionais relativas ao seu funcionamento, assim como exercem a função, sobre todas soberana, de criar o direito próprio ao campo especial da sua atividade, como é o caso, por exemplo, do Direito Penal disciplinar, complexo de relações, de sanções e de restrições que a Câmara, por sua própria autoridade, institui como legislador e aplica como juiz.* Os atos de que se compõe a atividade parlamentar são, portanto, a um só tempo, atos de legislação e atos de jurisdição. A autonomia parlamentar envolve para o Congresso a faculdade de compor-se ou constituir-se, de regular o seu funcionamento e de estabelecer e definir os seus privilégios, dentro dos amplos limites que a Constituição prescreve à sua atividade criadora na esfera dos negócios da sua economia.

[...]

A Câmara é o soberano juiz da conveniência e da utilidade das regras que ela julga indispensáveis à regularidade do seu funcionamento, instituindo, a um só tempo, pelo exercício do poder regulamentar, a sua disciplina e pela sua competência jurisdicional decidindo, de maneira irrecorrível, como uma corte de justiça, os casos que emergem sob o império do regulamento por ela própria votado e promulgado.

[...]

Todas as questões relativas à economia interna das assembleias políticas, particularmente aquelas que entendem direta e indiretamente com a sua autonomia, parecem, por sua própria natureza, reservadas à sua exclusiva competência; *nem de outra maneira se poderia conceber a independência do Congresso, particularmente se, em face dele e concorrendo com a sua competência, se instituísse, sobre a mesma matéria, uma jurisdição estranha, a que ficasse subordinada a sua autoridade.*

Em sentido similar, o jurista paulista Oscar Alzaga Villaamil reputa que o Poder Legislativo, em razão de suas conquistas históricas e de seu fundamental papel no ideal de pluralismo político, goza de uma espécie de “resíduo de soberania” nas democracias modernas ociden-

tais, de modo que a sua prerrogativa de autonormatividade surge como mecanismo de limitação de eventuais ingerências do Poder Executivo (VIDAL MARÍN, 2005, p. 87-88).

De fato, a dinamicidade inerente ao funcionamento do Parlamento deve ser compatibilizada com o paradigma do Estado Democrático de Direito, evitando-se a rigidez dos regimentos internos “constitucionalizados” no sentido de dificultar – para não dizer inviabilizar – as adequações pontuais e oportunas à conjuntura política que venham, inclusive, a implicar na alteração ou afastamento circunstancial de determinada norma regimental.

La constitucionalización de contenidos típicos del Derecho parlamentario responde a cierta desconfianza del constituyente sobre las futuras fuerzas políticas parlamentarias, tratando, en consecuencia, de salir al paso de su constante modificación. Tales disposiciones parlamentarias constitucionalizadas quedan sometidas a los procedimientos de reformas constitucional. No obstante, a pesar de esta rigidez, será en estas parcelas, precisamente, donde se producirá, por obra del ordenamiento jurídico parlamentario o lo que es lo mismo, por la voluntad de las fuerzas políticas parlamentarias, la “suspensión de eficacia temporal de los preceptos constitucionales” o la “modificación tácita de la Constitución”. *La rigidez constitucional no puede extenderse a excesivos pormenores ahogando o debilitando la “autonormatividad” de las Cámaras que, no obstante los límites constitucionales, harán valer la dinamicidad, flexibilidad y espontaneidad del Derecho parlamentario* (MARTINEZ ELIPE, 1985, grifo nosso, p. 413-430).

Há que se conferir a devida apreciação e qualificação à suposta “inobservância” pontual das normas regimentais, porquanto a condução procedimental propriamente dita está submetida aos mesmos pressupostos da materialidade da função legiferante: respeito aos

limites estabelecidos na Constituição e a decisão majoritária como critério democrático por excelência. Não é dado atribuir à alteração circunstancial do regimento interno os mesmos efeitos de violação à Constituição e, também, ignorar a diferença entre uma minoria “vencida” e uma minoria “sufocada”.

A inobservância ou afastamento pontual de uma regra regimental (que não seja reprodução do texto constitucional), a partir de um consenso formado no seio da Casa Legislativa tendente a viabilizar a tramitação de determinado projeto de lei, não enseja necessariamente um desrespeito à Constituição.

Como exemplo que materializa tal hipótese – e, ainda, atende aos reclamos de “normatização” para a garantia de “segurança jurídica” –, tem-se a previsão contida no art. 412, III, do Regimento Interno do Senado Federal (RISF). Tal dispositivo, cuja redação foi estabelecida pela Resolução nº 35/2006², estabelece a possibilidade de prevalência de acordo de líderes sobre norma regimental desde que aprovado, mediante voto nominal, pela unanimidade dos Senadores presentes na sessão, resguardado o

²Decorrente da aprovação do Projeto de Resolução nº 27/2006. Do parecer lavrado pelo Senador Edison Lobão, aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em 31/05/2006, destaca-se o seguinte trecho: “devemos ressaltar que tentativas de reformar o regimento das Casas legislativas têm dificuldade de prosperar em sua tramitação pela simples razão de não atender aos interesses dos parlamentares: ora das correntes partidárias majoritárias, ora das minoritárias. De fato, *somente quando há sobeja demonstração de que determinadas normas regimentais desagradam às diversas correntes políticas da Casa emergem as condições determinantes para modificar o regimento interno. Essas modificações sempre se justificam pela necessidade de remover os entraves ao bom andamento dos trabalhos legislativos, observando-se, no entanto, as garantias constitucionais das minorias parlamentares.* Nesse sentido, o projeto de resolução em exame resultou de percuientes debates na Comissão Especial, criada com a finalidade de estudar a reforma do nosso Regimento Interno, e que *optou por propor modificação apenas das normas regimentais em relação às quais os membros da Comissão entenderam haver elevado consenso na Casa*” (BRASIL, 2006).

quórum mínimo de três quintos dos votos dos membros da Casa.

Art. 412. A legitimidade na elaboração de norma legal é assegurada pela observância rigorosa das disposições regimentais, mediante os seguintes princípios básicos:

[...]

III – impossibilidade de prevalência sobre norma regimental de acordo de lideranças ou decisão de Plenário, exceto quando tomada por unanimidade mediante voto nominal, resguardado o quórum mínimo de três quintos dos votos dos membros da Casa.

Destaque-se que o RISF estabelece a possibilidade de afastamento circunstancial de norma regimental, positivando, assim, o papel do consenso e a própria dinamicidade do funcionamento do Parlamento.

Note-se também que a aplicação do inciso III do art. 412 exige o consenso, dado que o eventual requerimento para o afastamento de norma regimental deverá ser aprovado pela unanimidade dos parlamentares presentes na sessão, desde que presentes, no mínimo, três quintos dos membros da Casa.

Foi o que ocorreu, por exemplo, durante a tramitação da Proposta de Emenda nº 12-A/2006 no Senado Federal, quando, após a aprovação do Requerimento nº 1.600/2009, foi afastada a previsão do art. 362 do RISF que estabelecia a necessidade de um interstício mínimo de cinco dias entre cada turno de votação. Em virtude da aplicação do art. 412, III, do Regimento, a votação do projeto em dois diferentes turnos efetivou-se por meio de duas sessões realizadas no mesmo dia (2 de dezembro de 2009).

À guisa de conclusão, vale lembrar a instigante observação feita pelo deputado na Constituinte de 1987-1988 e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, o jurista Nelson Azevedo

Jobim: “só existe Regimento Interno onde não existe consenso” (informação verbal)³. Logo, considerando o regimento como “ordenamento interno” e dinâmico por excelência, diante de eventual consenso no sentido de se afastar um regra regimental, não haveria propriamente ofensa à Constituição, mas um adequado exercício da autonomia parlamentar conduzido por fatores políticos que lhe são inerentes.

4. Considerações finais

A investigação da natureza das normas regimentais remonta ao século XVIII, quando na Inglaterra se advogava a existência de emblemática “soberania” do Parlamento. A experiência inglesa e o mito criado em torno da “Revolução Gloriosa” influenciaram o pensamento jurídico europeu (notadamente na França e na Alemanha), que imputava ao direito parlamentar uma natureza de “direito interno” à plena disposição do Poder Legislativo e com características de prática costumeira e infensa a qualquer tipo de controle externo.

O fim da Segunda Guerra Mundial e o advento do Estado Democrático de Direito no continente europeu, caracterizado pela valorização e reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico (“Estado Constitucional”), parecem pôr termo à corrente de pensamento, gestada sob o pálio do Estado Liberal, tendente a sustentar uma “técnica de liberdade do Parlamento”, atribuindo-lhe ares de soberania para fazer frente aos demais Poderes.

Tal transformação influencia diretamente as teorias sobre os limites da independência do

³Segundo o Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor durante aula ministrada no curso de pós-graduação *strictu sensu* no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) no mês de outubro de 2014.

Poder Legislativo (agora, mais do nunca, limitado por uma Constituição) e, conseqüentemente, a natureza dos regimentos internos.

Diante da emergência do “Estado Constitucional”, parece superada a ideia do regimento como fonte primária do direito parlamentar, porquanto o eixo do ordenamento jurídico passa a ser ocupado, em caráter indubitável e absoluto, pela Constituição.

Dois aspectos de extrema importância reorientam as teorias a respeito da natureza dos regimentos, em especial àquelas orientadas pelos primados do Estado Liberal e a tradição do parlamentarismo inglês: a) as normas de direito parlamentar ostentam juridicidade, porquanto emanadas de um órgão pertencente ao Estado; b) a “constitucionalização” do direito parlamentar.

A partir do “paradigma” inaugurado com o “Estado Constitucional”, parte considerável dos juristas que se debruçaram sobre o assunto passa a defender a plena integração das normas regimentais ao ordenamento jurídico e a sua obrigatória observância por toda a sociedade e pelo próprio Parlamento, por serem regras de direito positivo dotadas de previsão constitucional.

Assim, diante da expansão da regulamentação pelo próprio texto constitucional dos aspectos procedimentos e da rotina de funcionamento dos Poderes, estabeleceu-se uma tensão entre a disciplina constitucional mais verticalizada a respeito da matéria legislativa e a dinamicidade política inerente à lógica da engrenagem parlamentar.

O entendimento a respeito da rigidez constitucional em torno do direito parlamentar supostamente calcado na supremacia da Constituição conduz, de fato, à forte limitação do Poder Legislativo a respeito da autonomia para disciplinar internamente sobre as minúcias do procedimento de formação das leis, levando em conta os aspectos da dinamicidade inerente aos processos políticos.

A dinamicidade que caracteriza o funcionamento do Parlamento deve ser compatibilizada com o paradigma do Estado Democrático de Direito, evitando-se a rigidez dos regimentos internos no sentido de dificultar – para não dizer inviabilizar – as adequações pontuais e oportunas à conjuntura política que, mediante consenso dos parlamentares (incluindo a minoria), impliquem a alteração ou o afastamento circunstancial de determinada norma regimental.

Sobre o autor

Victor Aguiar Jardim de Amorim é mestrando em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Orientador e avaliador dos cursos de pós-graduação

em Direito Legislativo e Administração Legislativa promovidos pelo Instituto Legislativo Brasileiro (ILB). Analista Legislativo do Senado Federal e advogado.
Email: victorja@senado.gov.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁴

THE DYNAMIC CHARACTER OF THE INTERNAL REGULATIONS OF THE LEGISLATIVE HOUSES

ABSTRACT: The present study intends to investigate the conceptions about the nature of the parliamentary internal rules in order to face the question-problem: in what extent the legislative power has the autonomy and independence of self regulation in the face of surplus constitutionalization of the parliamentary law inside of paradigm of the democratic state? It is necessary, before that, to examine the contours of legislative power independence on self regulation to complement the constitutional discipline regarding the procedure and internal functioning, in attention of the dynamics and vicissitudes of the parliamentary functioning. The understanding of the constitutional rigidity around the parliamentary right allegedly established by the supremacy of the Constitution, leads, in fact, to the strong limitation of the Legislative Power in respect of the autonomy to discipline internally on the details of the laws formation procedure, taking into account the aspects of the dynamics inherent in political processes. The dynamism inherent to the Parliament functioning must be made compatible with the paradigm of democratic state, avoiding the rigidity of the internal regulations in order to make difficult – for not to say make impracticable – the timely and opportune adjustments to the political situation that may come, even, to imply in the circumstantial modification or removal of certain regimental rule.

KEYWORDS: DEMOCRACY. SEPARATION OF POWERS. LEGISLATIVE POWER. PARLIAMENTARY RIGHT. INTERNAL RULES.

Referências

ÁLVAREZ, Elviro Aranda. *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo e democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. *O controle jurisdiccional do processo legislativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BRASIL. *Parecer no , de 2006*. Relator: Edison Lobão. Sala da Comissão, 31 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=24674&tp=1>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1956. v. 2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

⁴Sem revisão do editor.

CASTILLO, Antonia Navas. *El Control Jurisdiccional de los Actos Parlamentarios sin Valor de Ley*. Madrid: Editorial Colex, 2000.

CRISAFULLI, Vezio. Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti. *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, ano X, n. 1, p. 775-810, jan./mar., 1960.

DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel: théorie générale de l'État*. 4. ed. Paris: E. de Boccard Éditeur, 1923.

FRANÇA. *Constitution de 1791*. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

FLORIDIA, Giuseppe. *Il Regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*. Milão: A. Giuffrè Editore, 1986.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1991.

GIOL, Jordi Capo. *La institucionalización de las Cortes Generales*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1983.

GNEIST, Heinrich Rudolf Hermann Friedrich von. *Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen?: Verhandlungen des Vierten Deutschen Juristentages*. Mainz: G. Jansen, 1863. Disponível em: <<https://play.google.com/store/books/details?id=YMpSAAAACAAJ&rdid=book-YMpSAAAACAAJ&rdot=1>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HATSCHKE, Julius. *Das Parlamentsrecht des Deutschen Reiches*. Berlin: De Gruyter, 1973. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=VtMCS1MFzvgC&pg=PR1&lpq=PR1&dq=HATSCHKE+%22Das+Parlamentsrecht+Des+Deutschen+Reiches%22&source=bl&ots=4RIUPv_S2a&sig=T_mD43vQWk0pHwPOVGacNqr50nU&hl=pt-BR&sa=X&ei=i3_vVImtE4PfoAS7x4KYDQ&ved=0CEMQ6AEwBw#v=onepage&q=HATSCHKE%20%22Das%20Parlamentsrecht%20Des%20Deutschen%20Reiches%22&f=false>. Acesso em: 20 fev. 2015.

JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Mohr: Freiburg im Breisgau, 1892. Disponível em: <<https://archive.org/stream/systemdersubjek00jellgoog#page/n9/mode/2up>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

LOLME, Jean Louis de. *Constitución de Inglaterra*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

MARTINEZ ELIPE, Leon. Fuentes del derecho y del ordenamiento jurídico parlamentario. In: I JORNADAS DE DERECHO PARLAMENTARIO, 1985. v. 2. p. 413-430. Disponível em: <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/194F11E09484D800052577AE00669037/\\$FILE/FuentesdelDerechoydelOrdenamientoJuridico.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/194F11E09484D800052577AE00669037/$FILE/FuentesdelDerechoydelOrdenamientoJuridico.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2015.

_____. Las fuentes del Derecho Parlamentario. *Las Cortes Generales*, Madri, v. 3, p. 1573-1632, 1987.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SANCHEZ AGESTA, Luis. El Reglamento Parlamentario. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Madri, n. 73, p. 345, 1987-1988.

SILVIO, Traversa. La natura giuridica delle norme dei regolamenti parlamentari. In: LONGI (Org.). *Il regolamento della Camera dei Deputati: storia, istituti, procedure*. Roma: Camera dei Deputati, 1968. p. 26-29. Disponível em: <http://documenti.camera.it/bpr/3121_testo02.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2015.

TESAURO, Alfonso. Sulla natura giuridica dei regolamenti parlamentari. *Rassegna di Diritto Pubblico*, Nápoles, p. 193-206, 1959.

UNITED KINGDOM. *The Bill of Rights*. An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and settling the Succession of the Crown. 1689.

VIDAL MARÍN, Tomás. *Los Reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2005.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi Editore, 1992.

Conheça outras obras publicadas pela
Coordenação de Edições Técnicas

www.senado.leg.br/livraria

