

Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 206

Brasília | abril – junho/2015

Ano 52



SENADO FEDERAL





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

SUPLENTES DE SECRETÁRIO

Senador Sérgio Petecão

Senador João Alberto Souza

Senador Elmano Férrer

Senador Douglas Cintra



Brasília | ano 52 | nº 206
abril/junho – 2015

**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

IMPRESSO NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES
DIRETOR: Florian Augusto Coutinho Madruga

PRODUZIDO NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS
COORDENADORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. **REVISÃO DE ORIGINAIS:** Kippatrick Campelo, Vilma de Sousa e Thiago Adjuto. **REVISÃO DE REFERÊNCIAS:** Bianca Rossi. **REVISÃO DE PROVAS:** Larissa Fernandes, Stella Tavares e Maria José Franco. **EDITORAÇÃO ELETRÔNICA:** Angelina Almeida e Letícia Tôrres. **PROJETO GRÁFICO:** Lucas Santos. **CAPA:** Daniel Marques. **FOTO DA CAPA:** Regina Lucia de Sousa Rodrigues.

CORPO TÉCNICO: Alessandro Hirata – Adriana Alves Zaban – Ana Carla Bliacheriene – Ana Carolina da Motta Kohlitz – Ana Lucia Romero Novelli – Antônio Flávio Testa – Arlindo Fernandes de Oliveira – Benedito Cerezzo Pereira Filho – Benjamin Miranda Tabak – Bruno Dantas – Caetano Ernesto Pereira de Araújo – Camilo Zufelato – Carlos Fernando Mathias de Souza – Carlos Henrique Rubens Tomé Silva – Cláudio Araújo Reis – Cynthia Carneiro – Danilo Augusto Barboza de Aguiar – Eduardo Saad Diniz – Fabiana Severi – Fabiano Augusto Martins Silveira – Fernando Boarato Meneguin – Flávia Orsi Leme Borges – Flávia Santinoni Vera – Frederico Quadros D’Almeida – Gilberto Guerzoni Filho – Gustavo Saad Diniz – Ivan Dutra Faria – Jair Aparecido Cardoso – João Henrique Pederiva – João Trindade Cavalcanti Filho – José Carlos Evangelista Araújo – Leany Barreiro de Sousa Lemos – Luiz Renato Vieira – Marcio de Oliveira Junior – Márcio Pereira P. Garcia – Marco Aurélio Gumiélio Valério – Marcos Magalhães de Aguiar – Marcos Paulo de Rocha Eirado – Maria Luiza de Freitas Valle Egea – Nuno M. M. Coelho – Paulo Henrique Soares – Paulo Lopo Saraiva – Paulo Ricardo dos Santos Meira – Pérlio Henrique Barroso – Rafael Silveira e Silva – Renato Monteiro de Rezende – Ronaldo Costa Fernandes – Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior – Rubens Beçak – Rudinei Baumbach – Sebastião Sérgio da Silveira – Tatiana Lacerda Prazeres – Thiago Cortez Costa – Thiago Marrara – Tiago Ivo Odon – Valerio de Oliveira Mazzuoli

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
Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 3303-3575, -3576 e -3579
Fax: (61) 3303-4258. E-Mail: livros@senado.leg.br

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

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

Sumário

- 7 **Rational Decision Making**
Parâmetro para o controle judicial das deliberações do Poder Executivo?
Tomás T. S. Bugarin
Fernando B. Meneguin
- 33 **O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas**
O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano
Lenio Luiz Streck
- 53 **Os serviços ecossistêmicos como medidas estruturais para prevenção dos desastres**
Délon Winter de Carvalho
- 67 **As prerrogativas constitucionais dos Procuradores do Estado**
Reinaldo Pereira e Silva
- 83 **Áreas de Preservação Permanente Urbanas**
O Novo Código Florestal e o Judiciário
Paulo de Bessa Antunes
- 103 **O artigo 54 da Lei 9.784/99 e as relações jurídico-administrativas anteriores**
Edilson Pereira Nobre Júnior
- 111 **Os Estados no centro e os Estados na periferia**
Alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann
Marcelo Neves
- 137 **As evoluções históricas e a “historiografia” dos juristas**
Reflexões sobre o surgimento do *judicial review*
Francysco Pablo Feitosa Gonçalves
João Paulo Fernandes Allain Teixeira
- 165 **Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios**
André Saddy
Rodrigo Azevedo Greco

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

- 205 **O cidadão vai ao Parlamento**
Etnografia de visitas cívicas ao Congresso Nacional
Antonio Teixeira de Barros
- 223 **O financiamento do Sistema Nacional de Unidades de Conservação no Brasil**
Características e tendências
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy
Márcia Dieguez Leuzinger
- 245 **Democracia Representativa**
Revisitando John Stuart Mill
Paulo R. dos S. Corval
- 271 **Liberdade de religião e o ensino religioso nas escolas públicas de um Estado laico**
Perspectiva jusfundamental
Fabiana Maria Lobo da Silva
- 299 **Empresa agrária e Estado Democrático Social de Direito**
Walfrido Vianna Vital da Silva
- 317 **A integração formal do *Patent Prosecution Highway* (PPH) no âmbito do *Patent Cooperation Treaty* (PCT)**
Uma análise juseconómica
Dany Rafael Fonseca Mendes
Adalberto Amorim Pinheiro
Michel Angelo Constantino de Oliveira
Cecília Barbosa Macêdo Correa

Rational Decision Making

Parâmetro para o controle judicial das deliberações do Poder Executivo?

TOMÁS T. S. BUGARIN

FERNANDO B. MENEGUIN

Sumário

1. Introdução.
2. Controle judicial da discricionariedade do Poder Executivo.
3. *Wednesbury Unreasonableness – Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* (1948).
4. *Rational Decision Making – Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service – GCHG case* (1894).
5. Argumentos contrários à apreciação judicial da racionalidade da decisão do Poder Executivo.
6. O panorama atual.
7. Conclusão.

1. Introdução

Tomás T. S. Bugarin é pós-graduando e bacharel em Direito, advogado e pesquisador do *Economics and Politics Research Group* – EPRG, CNPq/UnB.

Fernando B. Meneguin é mestre e doutor em Economia. Bacharel em Direito, Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal e pesquisador do *Economics and Politics Research Group* – EPRG, CNPq/UnB.

A ponderação entre a postura ativista e a auto contenção judicial é tema que tem ocupado espaço central no debate jurídico-constitucional contemporâneo. A função do juiz, na qualidade de agente político não eleito, tem suscitado intensas discussões, principalmente quando se observam decisões judiciais com acerbada carga político-ideológica.

Vivemos tempos de relativa estabilidade institucional, em que há respeito, ao menos formal, à independência entre os Poderes da República. As instituições brasileiras, embora em processo de amadurecimento, parecem ter internalizado o ideal do Estado Democrático de Direito. Nesse sistema,

“Democracia significa soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. *Constitucionalismo*, por sua vez, traduz a ideia de poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, abrigados, como regra geral, em uma Constituição escrita. Na concepção tradicional, a soberania popular é encarnada pelos agentes públicos eleitos, vale dizer: o Presidente da Re-

pública e os membros do Poder Legislativo. Por outro lado, a proteção da Constituição – isto é, do Estado de direito e dos direitos fundamentais – é atribuída ao Poder Judiciário [...]” (BARROSO, 2014, p. 446).

Não obstante, frequentemente ocorrem entroques entre os referidos Poderes republicanos, e nem poderia ser diferente. Por exemplo, o Legislativo, constituído por um corpo político integralmente eleito, tende naturalmente a tomar decisões consonantes com a “vontade da maioria”, enquanto o Judiciário tem como função, poder e dever resguardar os direitos das minorias e preservar o núcleo essencial da Constituição contra maiorias ocasionais. Disso deriva o caráter contramajoritário de decisões jurisdicionais verificado em diversificadas ocasiões (e.g. declaração de inconstitucionalidade de determinada lei).

Neste artigo trataremos de outra hipótese de tensão entre os Poderes Executivo e Judiciário numa específica situação: o controle judicial da *racionalidade* do Poder Executivo no desempenho de sua função administrativa (ao exercitar sua discricionariedade corporificada por atos administrativos), bem como no desempenho de sua função governamental (editando políticas públicas a serem implementadas). Significa dizer que refletiremos sobre possível ajuste, segundo o modelo constitucional brasileiro, que pode haver decorrente da intromissão judicial na apreciação de estudos, fatos e provas que embasam o processo de tomada de decisão do Executivo.

De partida, cumpre delimitar o que se entende por *racionalidade do processo decisório* (ou *rational decision making*). Nos dizeres dos docentes Carol Harlow e Richard Rawlings (2010, p. 105, tradução nossa)¹,

“Decisão racional consiste no processo de ‘seleção de alternativas que conduzem à realização de objetivos previamente selecionados’ ou ‘a seleção da alternativa que irá maximizar os valores daquele que decide’, sendo feita a seleção seguida de uma ampla análise das alternativas e suas consequências. Racionalidade não dita um objetivo, mas atua como um caminho até o objetivo: ‘a razão pode apenas auxiliar a realizar objetivos estabelecidos de comum acordo, na forma mais eficiente’”.

O breve relato de um caso emblemático julgado pela Suprema Corte estadunidense auxiliará a esclarecer o objeto do presente estudo; trata-se do famigerado *Motor Vehicle Manufacturers' Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co* (U.S., 1983).

Em 1981, órgão do governo responsável pela segurança no trânsito (*National Highway Traffic Safety Administration* – NHTSA) revogou o ato *Standard 208*, segundo o qual todos os veículos automotores produzidos a partir de setembro de 1982 deveriam estar equipados com cintos de segurança automáticos ou *airbags*. Segundo a NHTSA, estudos demonstravam que a exigência não reduziria significativamente a morte em razão da colisão de carros (inclusive porque havia evidências de que o uso do cinto não aumentaria, ainda que automatizado) e, por outro lado, imporia um custo desnecessário aos fabricantes. Argumentou-se que, além de se tratar de uma medida desarrazoada e pouco prática, o aumento de custo para os consumidores os induziria a crer que a regulação era ineficiente. Por essas razões, a NHTSA entendeu conveniente e oportuno revogar o *Standard 208*. Contra essa

¹ “Rational choice is the process of ‘selecting alternatives which are conducive to the achievement of previously selected

goals’ or ‘the selection of the alternative which will maximize the decision-makers values’, the selection being made following a comprehensive analysis of alternatives and their consequences. Rationality does not dictate goals but acts as a pathway to a goal: ‘all reason can do is help us reach agreed-on goals more efficiently’”

decisão administrativa, empresas de seguro pleitearam ao Judiciário a sua revisão, a fim de determinar a restauração do referido *Standard*. Em 1983, a Suprema Corte dos Estados Unidos apreciou a questão e decidiu que a conclusão da administração pública não havia sido racional, pois as razões apontadas não justificariam a revogação do ato administrativo. Segundo aquele Tribunal, em sua análise das provas e estudos apresentados, era de se esperar um aumento do uso de cintos de segurança (após serem automatizados), assim como uma queda de mortes com a implementação de *airbags*. Assim, os benefícios justificariam os custos adicionais. Logo, no entender dos magistrados, apesar da incerteza (*substantial uncertainty*) relativamente à eficiência e conveniência da regulação apresentada pela Administração naquele caso, não havia motivos suficientes para fundamentar a revogação do *Standard* 208.

Note-se que, no caso acima, o Judiciário analisou em profundidade as provas coligidas, os estudos realizados e os fatos apurados no bojo do processo administrativo. Foi além, incursionando no debate acerca da racionalidade da decisão discricionária tomada pela administração pública. Portanto, o controle jurisdicional não se ateve a questionamentos de legalidade, expandindo-se à apreciação da coerência lógica da decisão administrativa e de seus fundamentos técnicos.

No panorama brasileiro, variados casos hipotéticos podem ser apresentados, ilustrando bem os dilemas que envolvem o controle judicial da racionalidade do Poder Executivo. Apontemos alguns:

(i) O Governo Federal, durante o primeiro mandato da Presidente Dilma (2010-2014), adotou políticas econômicas que foram duramente criticadas. Dentre elas estava a desoneração segmentada e isolada de determinados bens, sob o fundamento de estimular o consumo, o que

supostamente seria a melhor forma de impulsionar o crescimento econômico (e.g. redução do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI sobre veículos nacionais e eletrodomésticos da “linha branca”, desoneração da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, incidente sobre combustíveis, etc.). Caso instado para tanto, poderia o Poder Judiciário avaliar a racionalidade dessa política econômica e, eventualmente, entender que estudos firmes demonstravam que tal decisão era “irracional”, pouco convincente, e que não produziria os resultados esperados e desejados pelo Governo? Se não fizesse tal análise expressamente, poderia o Judiciário exercer o mesmo controle, mas sob o fundamento da aplicação do princípio da eficiência que deve pautar a atuação administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição Federal – CF)?

(ii) Suponhamos que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), após vários estudos, entenda que determinada substância não induz torpor suficiente para figurar na lista de entorpecentes ilícitos e que, portanto, podem ser objeto material dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33 da Lei 11.343/06) ou posse de entorpecente para consumo próprio (art. 28 da Lei 11.343/06), por exemplo. Poderia o Judiciário alterar tal decisão, apoiando-se em estudos que ele considera mais qualificados, robustos ou críveis, ou suscitando a inidoneidade de dúvida substancial quanto ao efeito entorpecente da droga?

(iii) Atualmente, o tempo de espera máximo para ser atendido pelo Serviço de Aendimento ao Consumidor (SAC) de empresas é, em regra, de 1 minuto. Tal determinação foi estabelecida pelo Poder Executivo, por meio do Decreto nº 6.523/08, regulamentado pela Portaria nº 2.014/08 do Ministério da Justiça. Caso a Administração Pública entendesse demasiadamente exíguo esse prazo, que impõe custos consideráveis às empresas, e decidisse

aumentá-lo, tal decisão estaria sujeita ao controle judicial, sob a perspectiva de sua racionalidade, isto é, poderia um magistrado analisar se há estudos suficientes que demonstram não compensar os custos de tal medida, à vista dos benefícios? A conclusão se alteraria caso tal análise fosse feita invocando-se o princípio da proteção do consumidor (art. 5º, XXXII, e art. 170, V, ambos da CF)?

Todas essas hipóteses estão relacionadas a uma questão ainda pouco desenvolvida na academia brasileira: qual é o limite da sindicância judicial quanto à racionalidade administrativa e governamental?

Dessa maneira, o presente texto discutirá as balizas da intervenção do Judiciário na avaliação dos fatos, provas e estudos acolhidos pelo Executivo para pautar sua decisão, e o controle que aquele Poder pode exercer sobre a racionalidade desenvolvida nesse processo.

Para tanto, iniciaremos investigando o sistema tradicional de controle judicial de atos administrativos discricionários, segundo regras já estabelecidas e pacificamente aceitas pela doutrina e jurisprudência.

Passaremos à análise de dois casos paradigmáticos que, na tradição do *common law* inglês, alargaram os parâmetros da revisão judicial (*judicial review*) da atuação executiva, a saber: *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* (ENGLAND, 1947) e *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* (U.K., 1984).

Em continuação, questionaremos a adequação dos limites do controle judicial de atos administrativos discricionários estabelecidos pelas Cortes norte-americanas e inglesas ao Direito pátrio, bem como os entraves e possíveis inconvenientes da aceitação da racionalidade como critério de controle judicial do Poder Executivo.

Em seguida, desenvolveremos o debate por meio de exemplos corriqueiros no cotidiano do Poder Judiciário, ressaltando a importância da reflexão acerca do *rational decision making* no direito brasileiro.

Finalmente, apresentaremos conclusões acerca do tema, abrindo questões a serem futuramente desenvolvidas.

2. Controle judicial da discricionariedade do Poder Executivo

Consoante se afirmou na introdução, o presente artigo tratará do controle judicial da racionalidade do Poder Executivo no exercício da função governamental e da função administrativa.

Quanto à intervenção do Judiciário na função governamental, a literatura e jurisprudência nacional ainda não firmaram regras claras. Entretanto, quanto à sindicância da função administrativa, já há desenvolvidos estudos e abundante jurisprudência. Por essa razão,

abordaremos inicialmente o controle judicial da discricionariedade administrativa no desempenho da *função administrativa*, cabendo destacar que as conclusões serão, *mutatis mutandis*, aplicáveis à sindicância da atividade governamental.

De longa data se pacificou, na doutrina brasileira e na estrangeira, o entendimento de que a discricionariedade administrativa se sujeita ao controle jurisdicional.

Interessa-nos, neste momento, investigar tal controle relativamente aos fatos apontados pela Administração como *ratio decidendi* (fundamentos definitivos para a tomada de decisão), nos casos em que remanesce discricionariedade na atuação do Poder Executivo, conquanto serão esses “pressupostos fáticos” que formarão e consubstanciarão a *racionalidade* da decisão.

Discricionariedade, como bem asseverou Lord Diplock (U.K., 1976, tradução nossa)², “envolve um direito de escolher entre mais de uma via possível, havendo espaço para que uma pessoa razoável tenha opinião divergente daquela que será escolhida”³.

Desse modo, a lei poderá conferir ao administrador certa esfera de liberdade para, em casos legalmente delineados *in abstracto*, avaliar qual é a medida que otimize a realização do interesse público *in concreto*, preferindo uma solução legítima, em detrimento de outra(s) em tese possível(is).

Não obstante, como bem assinala Celso Antonio Bandeira de Mello, ao desvelar a nítida distinção entre *discricionariedade* e *arbitrariedade*:

² Voto do Lord Diplock no caso *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council*.

³ “[...] involves a right to choose between more than one possible course of action upon which there is room for reasonable people to hold differing opinions as to which is to be preferred.”

“Qualquer regulação normativa é, por definição, o lineamento de uma esfera legítima de expressão e ao mesmo tempo uma fronteira que não pode ser ultrapassada, pena de violação do Direito. [...] não há comportamento administrativo tolerável perante a ordem jurídica se lhe faltar afinamento com as imposições normativas, compreendidas sobretudo no espírito, no alcance finalístico que as anima, e, sobre isto, a última palavra só pode ser do Judiciário”⁴ (MELLO, 2010, p. 961, 975).

Em complemento, ressalta o mestre administrativista que o Poder Judiciário, uma vez instado para tanto, poderá investigar os motivos, a finalidade e a causa do ato, para fins de garantia do princípio da legalidade. Nota-se que todos esses três parâmetros envolvem a análise de fatos, senão vejamos.

Em relação ao primeiro aspecto – *exame dos motivos* –, firmou-se que, acaso inexistente o motivo, ou se as consequências dele extraídas forem incompatíveis com a margem conferida por lei, poderá o ato ser nulificado, por violação ao princípio da legalidade e aplicação direta da *teoria dos motivos determinantes*. A propósito,

“A análise dos pressupostos de fato que embasaram a atuação administrativa é recurso impostergável para aferição do direito e o juiz, neste caso, mantém-se estritamente em sua função quando procede ao cotejo entre o enunciado legal e a situação concreta” (MELLO, 2010, p. 979).

⁴ A lição do publicista de que é constitucionalmente cometido ao Judiciário, em geral, e ao Supremo Tribunal Federal, em especial, formatar o conteúdo normativo das leis (em sentido amplo) e proceder, com definitividade, à dicção de sua exegese, perfilabizado escólio do Min. Aliomar Baleeiro, ecoado pela doutrina, que ponderou: “O Supremo Tribunal Federal pode dizer a última palavra sobre a Constituição. Ele é infalível, porque é definitivo, desde que não há mais recurso. Quando o Supremo diz, e mesmo quando ele erra, está certo.” Recurso Extraordinário (RE) nº 69.486/SP (BRASIL, 1970).

Quanto ao segundo parâmetro – *exame da finalidade* –, tem-se admitido que o Judiciário aprecie os fins que o administrador pretendia alcançar, para garantir a legitimidade da atuação administrativa. Tal exame visa a assegurar, igualmente, a prevalência do princípio da legalidade e da impessoalidade, afastando eventuais *desvios de poder*.

Por fim, o exame da *causa do ato* consiste na perquirição judicial da “congruência, de uma compatibilidade lógica, isto é, de uma relação de pertinência entre o elemento empírico, que serviu de suporte para a prática do ato, e o seu conteúdo, tendo em vista a finalidade do ato” (MELLO, 2010, p. 983). De igual forma, tal exame pelo juiz não deve redundar na eliminação da discricionariedade do administrador, mas se pautar numa análise lógico-objetiva.

Destarte, inexiste dúvida de que o Poder Judiciário pode exercer controle sobre a discricionariedade administrativa. Afinal, “evidentemente, a autoridade administrativa, cuja existência e poderes derivam da lei, não poderá atuar validamente fora dos limites legalmente impostos” (THOMPSON; GORDON, 2014, p. 551, tradução nossa)⁵. No entanto, tal controle externo deve restringir-se à verificação da legalidade, ao menos em regra.

Noutros termos, caberá ao juiz incursionar na avaliação de fatos, não para substituir a discricionariedade do administrador pela sua própria, mas para assegurar que não houve violação dos estreitos ditames da lei no proceder da autoridade administrativa.

Nesse sentido é o escólio impecável de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Com relação aos *atos discricionários*, o controle judicial é possível [,] mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei. Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a *opção legítima* feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto” (DI PIETRO, 2012, p. 224, grifo do autor).

Embora, em teoria, a solução possa parecer simples, no plano dos fatos situam-se diversas hipóteses que se inserem numa *zona cinzenta*.

⁵ “It is axiomatic that a public authority which derives its existence and its powers from statute cannot validly act outside those powers”.

Nessa área de dúvida encontram-se aqueles casos em que não há clara e frontal violação à lei (como haveria, por exemplo, no caso de manifesto *abuso de discricionariedade*, que acaba por qualificar a arbitrariedade administrativa). Ao contrário, há, nesse espaço de incerteza, uma *potencial infração oblíqua*, ou uma decisão que desafie a lógica, a racionalidade humana, trazendo possíveis prejuízos à realização do interesse público no maior grau possível.

Dentre esses casos cita-se, com frequência, a violação da proporcionalidade ou razoabilidade. Há, de fato, uma linha tênue, porquanto o magistrado, ao concluir que a decisão administrativa é desproporcional ou desarrazoada, declarando-a ilegal (e, portanto, nulificando o ato administrativo), acaba incursionando na própria racionalidade administrativa.

Todavia, ainda nessa hipótese, entrevê-se o acautelamento da legalidade, sob o prisma do abuso da discricionariedade. É que, nos dizeres da *Administrative Procedural Act* norte-americano, “as ações, inferências e conclusões da agência [administração pública] serão ilegais se forem tidas como inconsistentes, arbitrárias ou tomadas com abuso de discricionariedade” (tradução nossa)⁶.

Se o ato é desproporcional, por desatender ao critério de *adequação, necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito* (trinômio que compõe o princípio da proporcionalidade), não há dúvida de que ele será ilegal e, portanto, passível de censura jurisdicional.

A propósito, em recente julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 658.312/SC pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o Ministro Gilmar Mendes ponderou que “a Corte só poderia invalidar a discriminação feita pelo legislador se ela fosse arbitrária” (BRASIL, 2014b). Embora a questão envolvesse o exercício da função normativa pelo Congresso Nacional, a terminologia adotada pelo Ministro indica a proximidade entre o raciocínio desenvolvido e os estudos doutrinários e a legislação estrangeiros, notadamente o *Administrative Procedural Act* norte-americano.

No entanto, sobreleva notar que o tema do controle da racionalidade da decisão é mais amplo, englobando, em certas ocasiões, os supracitados parâmetros (e.g. se um ato for manifestamente desproporcional, a decisão poderá ser irracional; da mesma forma, se os motivos não justificarem a decisão, poderá haver irracionalidade), mas podendo ir além. Quando se analisa a *racionalidade*, não se está a restringir a perquirição à violação da legalidade; este critério abrange todo o espectro analítico dos caminhos possíveis para atingir metas predeterminadas, inclusive opções que não violentem abertamente qualquer regramento legal.

⁶ “[...] the agency's actions, findings and conclusions would be unlawful, if it were found to be capricious, arbitrary or an abuse of discretion”.

Respeita, portanto, à própria formação da convicção do administrador (extensível ao governante no desempenho da função de governo), que deve guiar seu processo decisório à luz da realização do interesse público, meta última a ser colimada pelo Estado. Daí que, enquanto a perquirição da proporcionalidade, da finalidade, das causas e motivos se relacionam ao ato administrativo perfeito e acabado, a racionalidade está ligada ao mérito propriamente dito, ao nexo que deve haver entre a decisão, seu embasamento e o objetivo que se visa atingir, de modo que a perquirição recai sobre elementos que antecederam a elaboração do ato.

É verdade que os parâmetros de controle não são facilmente distinguíveis, mormente quando a análise revolve ao redor da *razoabilidade* do ato. Todavia, pensamos que, mesmo nesse caso, eles não se confundem. Isso porque a racionalidade pode ser aferida com maior objetividade e tecnicidade, enquanto a razoabilidade tem ínsito elevado grau de subjetividade.

Aliás, essa diferenciação foi o móvel determinante de *Lord Lester* e *Sir Jowell* ao propugnarem pela substituição do critério de *reasonableness* (razoabilidade) por *rationality* (racionalidade). Assim,

“Jowell e Lester atacaram a amplitude semântica do *Wednesbury unreasonableness*, pois entenderam que se conferia subjetividade ou ‘forte’ discricionariedade ao Judiciário, argumentando que ‘razões de honestidade intelectual exigem mais profunda explicação do motivo pelo qual o ato é irrazoável’. [...] No caso GCHQ, ocasião em que se substituiu razoabilidade por racionalidade, era especialmente importante que a revisão judicial ostentasse caráter científico, objetivo e apolítico” (HARLOW; RAWLINGS, 2010, p. 107, tradução nossa)⁷.

⁷ “Jowell and Lester attacked the loose texture of *Wednesbury unreasonableness* for conferring subjective or ‘strong’ discretion on the judiciary, arguing that ‘intellectual honesty

Para avançar e melhor fincar as diferenças, revela-se conveniente analisar, na seção seguinte, o precedente que estabeleceu, no direito inglês, o *wednesbury unreasonableness* como paradigma de controle Judicial do Poder Executivo. Após essa discussão, a seção 4 apresenta o estudo do caso GCHQ, no qual houve a mudança da nomenclatura – e do conteúdo – conferida ao controle, passando de *razoabilidade* para *racionalidade*.

3. *Wednesbury Unreasonableness – Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation (1948)*

Nesta seção, analisa-se caso precursor sobre o controle judicial tendo por premissa a irrazoabilidade, ou seja, a alteração ou invalidação realizada pelo Judiciário em razão do absurdo do mérito de norma ou ato administrativo. Trata-se do julgamento do caso *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation*, mais conhecido como *Wednesbury Unreasonableness*, realizado em 1948 pela Corte de Apelação britânica.

Em termos fáticos, o caso se resume à apreciação de uma licença concedida pela *Wednesbury Corporation* para operar um cinema com a condição de que nenhuma criança ou adolescente com menos de quinze anos pudesse entrar no estabelecimento aos domingos.

No decorrer do julgamento, ficou assentado que o Judiciário poderia intervir para alterar uma decisão administrativa com o fundamento de ser ela irrazoável, desde que cumpridas as três condições seguintes (que ficaram conhecidas como o teste de *Wednesbury*):

requires a further and better explanation as to why the act is unreasonable’. [...] In the highly charged GCHQ case where the change [from reasonableness to rationality] was made, it was especially important for judicial review to appear scientific, objective and apolitical”.

(i) na decisão, foram considerados elementos estranhos ao caso;

(ii) na escolha feita pela autoridade pública, não foram considerados todos os elementos relevantes; e

(iii) a decisão é tão irrazoável que nenhuma outra autoridade pública consideraria tal solução.

O termo *Wednesbury Unreasonableness* é usado para descrever a terceira condição: nenhuma outra autoridade pública razoável poderia decidir daquela maneira (irrazoabilidade da escolha feita).

Ao julgar o caso, os juízes da *Court of Appeal of England and Wales* estabeleceram que não bastaria a mera alegação de irrazoabilidade “subjetiva”. Seria imprescindível passar-se pelas condicionantes acima citadas, subsumindo-se a alegada violação a uma das categorias *supra* para invalidar a decisão administrativa desarrazoada. Desse modo, firmou-se um padrão que serviria para testar as situações de aparente *unreasonableness*. Naquele caso específico, entendeu-se que a limitação (proibição de menores de 15 anos frequentarem o cinema aos domingos) não violaria qualquer das condicionantes, motivo pelo qual o Judiciário não poderia invalidá-la.

4. Rational Decision Making – Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service – GCHQ case (1984)

A análise do caso GCHQ se revela fundamental, pois nele foram estabelecidos critérios de revisão judicial das deliberações discricionárias do Poder Executivo. Iniciemos com uma síntese fática.

Em 25 de janeiro de 1984, o Secretário de Assuntos Exteriores e do Reino Unido (*Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*) anunciou à Câmara dos Comuns (*House of Commons*) que o governo havia decidido

implementar restrições sindicais aos servidores da Sede de Comunicações do Governo (*Government Communications Headquarters – GCHQ*).

A partir daquela data, não mais seria assegurado aos servidores públicos da GCHQ o direito à sindicalização. Poderiam apenas se filiar a uma associação de servidores do departamento aprovada pelo diretor do referido órgão. Até então, permitia-se a livre associação sindical desses servidores, e havia seis confederações sindicais (*national trade unions*) ali representadas.

Segundo foi demonstrado, entre fevereiro de 1979 e abril de 1981, ocorreram sete manifestações de insatisfação por parte dos servidores públicos, com o apoio dos entes de classe. A mais relevante se deu em 9 de março de 1981, quando 25% dos funcionários promoveram uma greve de um dia.

Argumentou o Secretário que a paralisação do trabalho foi extremamente nociva à administração pública e à segurança nacional. O GCHQ desempenhava diversas atividades relacionadas à segurança do Reino Unido, tais como assegurar a comunicação militar e oficial e desenvolver ações de coleta de inteligência para o Governo, de modo que greves poderiam trazer graves implicações.

Em face das manifestações apoiadas pelas confederações sindicais, o Secretário entendeu por bem vedar a associação sindical, decisão tomada sem consultar quaisquer das pessoas afetadas. Segundo alegou, a prévia consulta daria margem a novas greves, em prejuízo do interesse público.

Contra essa medida, o Conselho dos Sindicatos de Servidores Públicos Civis (*Council of Civil Service Unions – CCSU*) e os servidores prejudicados pleitearam a revisão judicial, e o caso foi levado à Câmara dos *Lords* (que, à época, desempenhava também função jurisdicional). Dentre os temas analisados, perquiriu-se

acerca da possibilidade da revisão judicial de decisões governamentais e, caso positivo, sobre quais seriam essas bases.

Lord Diplock, em seu voto, admitiu a revisão judicial da atuação administrativa (mesmo os atos oriundos da Coroa) e assinalou três balizas: (i) ilegalidade; (ii) irracionalidade; e (iii) irregularidade procedural (acrescentou como possível quarto critério, ainda a ser edificado, a proporcionalidade).

Em razão de sua importância, concentremo-nos no segundo critério. Nos dizeres do referido jurista:

“Por ‘irracionalidade’, refiro-me ao que pode ser sucintamente nominado como ‘*Wednesbury unreasonbleness*’ [...]. Aplica-se a uma decisão tão ultrajante à lógica ou a um padrão moral aceitável que nenhuma pessoa sensata que refletisse sobre a questão a ser decidida a ela chegaria. Se uma decisão se encaixa nessa categoria é uma questão que juízes, por seu treinamento e experiência, deveriam estar aptos a responder, caso contrário, haveria algo seriamente errado com o nosso sistema judicial” (U.K., 1984, tradução nossa)⁸.

Note-se que foi proposta, categoricamente, a substituição do termo “irrazoabilidade” (*unreasonableness*) por “irracionalidade” (*irrationality*). De qualquer modo, em virtude da inspiração do raciocínio no *wednesbury unreasonbleness*, o *judicial review* estaria restrito àqueles casos aberrantes, em que o desvio do Executivo estivesse patente.

Em seguida, Lord Diplock asseverou que, embora não houvesse motivo para excluir aprioristicamente a *irracionalidade* como critério de controle judicial de decisões administrativas tomadas no exercício de prerrogativas próprias do Poder Executivo, seria tarefa árdua vislumbrar uma hipótese que justificaria a sindicância em tais casos, justamente porque as deliberações ministeriais normalmente envolvem questões de política governamental. Assim, a análise deveria ser casuística⁹.

⁸ “By ‘irrationality’ I mean what can by now be succinctly referred to as ‘*Wednesbury unreasonableness*’ (see *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corp* [1947] 2 All ER 680, [1948] 1 KB 223). It applies to a decision which is so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it. Whether a decision falls within this category is a question that judges by their training and experience should be well equipped to answer, or else there would be something badly wrong with our judicial system”.

⁹ “While I see no a priori reason to rule out ‘irrationality’ as a ground for judicial review of a ministerial decision taken in the exercise of ‘prerogative’ powers, I find it difficult to envisage in any of the various fields in which the prerogative remains the only source of the relevant decision-making power a decision of a kind that would be open to attack through the judicial process on this ground. Such decisions will generally involve the application of government policy. The reasons for the decision-maker taking one course rather than another do not normally involve questions to which, if disputed, the judicial process is adapted to provide the right answer, by which I mean that the kind of evidence that is admissible under judicial procedures and the way in which it has to be adduced tend to exclude from the attention of

Lord Fraser, por sua vez, citando Lord Brightman, salientou que “a questão a ser julgada não é se o mérito da instrução ministerial é conveniente, justo ou justificável. Essas matérias não devem ser decididas por Cortes. [...] a revisão judicial se preocupa não com a decisão em si, mas com o processo decisório” (U.K., 1984, tradução nossa)¹⁰.

Ao final, a Câmara alta rejeitou o apelo do CCSU e dos servidores sindicalizados, mantendo a decisão administrativa. Um dos pontos comuns aos votos e que fundamentou o desprovimento está em que se tratava de questão que envolvia a segurança nacional. Assim, o governo (Poder Executivo) seria o mais apto a avaliar e tomar as providências que melhor assegurassem esse fundamental valor social.

Da sucinta análise dos dois casos acima, podemos extrair importantes conclusões:

(i) Trilha-se, de longa data, um movimento visando a estabelecer critérios objetivos para a revisão judicial do mérito das deliberações discricionárias do Poder Executivo.

(ii) A irracionalidade foi admitida como critério de controle judicial da discricionariedade administrativa, embora em casos excepcionais de desvios flagrantes.

(iii) Já então se reconhecia a necessidade de avaliar qual Poder tinha condições de tomar a melhor decisão, devendo os demais Poderes serem deferentes à deliberação.

Destaque-se, entretanto, que, como se pôde perceber, propomos neste artigo um

the court competing policy considerations which, if the executive discretion is to be wisely exercised, need to be weighed against one another, a balancing exercise which judges by their upbringing and experience are ill-qualified to perform. So I leave this as an open question to be dealt with on a case to case basis if, indeed, the case should ever arise” (U.K., 1984).

¹⁰ “The issue here is not whether the minister’s instruction was proper or fair or justifiable on its merits. These matters are not for the courts to determine. [...] As Lord Brightman said [...] Judicial review is concerned, not with the decision, but with the decision-making process”.

delineamento mais claro entre *racionalidade* e *razoabilidade*. O primeiro, segundo entendemos, consiste na avaliação da razão na escolha de caminhos e decisões que realizem metas predeterminadas, estabelecendo um nexo lógico-pragmático entre o meio preferido (em detrimento de outras opções legítimas) e o fim colimado. Trata-se, portanto, de uma análise objetiva da relação entre decisão e objetivo. O segundo, por sua vez, seria a investigação da sensatez, conveniência, justeza da decisão, cuja análise pode ser mais ou menos rigorosa, a depender do grau de deferência que se pretende que os Poderes Republicanos mantenham entre si.

5. Argumentos contrários à apreciação judicial da rationalidade da decisão do Poder Executivo

Há, essencialmente, três argumentos relevantes que teoricamente obstaculizariam o controle jurisdicional da rationalidade do Poder Executivo ou, quando menos, evidenciariam ser ele prejudicial.

O primeiro e mais conhecido argumento é o da *separação de poderes*. De fato, quando o Poder Judiciário exerce ingerência sobre a rationalidade de determinada decisão administrativa, acaba por haver o risco de uma sobreposição da discricionariedade própria do magistrado.

Inexistindo ilegalidade a ser afastada, mas simples discordância do senso do Executivo, qualquer controle realizado pelo Judiciário acabaria furtando àquele Poder o direito de adotar a sua opção legítima. Sendo assim, a avaliação jurisdicional do *rational decision making* acabaria por macular a independência e coexistência harmônica preconizada na Constituição Federal (art. 2º).

O argumento da tripartição dos poderes é especialmente relevante quando se trata do con-

trole da função governamental, máxime por não serem os magistrados eleitos, de modo a não estarem investidos de legitimidade democrática direta.

Há, todavia, outros dois argumentos, de igual importância.

Como já sinalizado, o Poder Executivo possui uma máquina administrativa altamente especializada, com servidores qualificados e acesso a robustas bases de dados. O Judiciário, por sua vez, não conta com igual estrutura.

Há vários exemplos de excessos cometidos pelos membros do Poder Judiciário que, justamente por não deterem especialização em todos os setores, podem ser tidos como prejudiciais. Para ilustrar, pode-se citar uma decisão relativamente recente da primeira instância da Justiça Federal da 1^a Região. Apesar de existir em funcionamento um mercado de transporte aéreo com preços oscilando conforme as regras de oferta e demanda e de haver uma agência reguladora controlando o setor, uma magistrada condenou a empresa TAM Linhas Aéreas¹¹ a: a) ofertar aos usuários, nos voos com destino para e/ou origem em Imperatriz-MA, no mínimo, 50% dos assentos com a tarifa denominada “básica”; b) nos meses de alta demanda, em especial dezembro/2013 e janeiro/2014, cobrar do usuário-consumidor o valor máximo de até 50% da tarifa máxima do plano “básico”. A argumentação básica é que houve elevação exagerada das tarifas na alta temporada.

Com noções de economia e conhecimento do setor aéreo, pode-se inferir que, se o trecho Brasília-Imperatriz fosse extremamente lucrativo, outras empresas teriam interesse em oferecer voos entre essas cidades. Se não o fazem, é possível concluir pela inexistência de rentabilidade elevada. Além disso, se os preços praticados estivessem razoáveis numa perspectiva de equilíbrio ao longo do ano, a partir do momento que houve o tabelamento, a empresa talvez não tenha mais interesse em manter essa linha, uma vez que ela não é obrigada a trabalhar de forma deficitária. Outra possível consequência perversa da decisão é o aumento das tarifas dessa linha em períodos não tabelados. Como as elevadas tarifas de dezembro e janeiro possivelmente subsidiavam os meses de baixa demanda, com a intervenção, quem viajar no restante do ano possivelmente terá de pagar mais caro. (MENEGUIN; BUGARIN, 2014).

Nota-se como uma decisão judicial tem o poder de alterar completamente o equilíbrio do mercado e prejudicar um número muito maior de consumidores do que os supostamente beneficiados.

Não sem motivo, há quem entreveja na separação dos poderes a *finalidade de especializar funções estatais*, para que se viabilize maior eficiência no seu desempenho. Nesse sentido, ensina José Afonso que

¹¹ Processo 0009029-10.2013.4.01.3701 – TRF da 1^a Região.

“A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação” (SILVA, 2014, p. 111).

Nessa esteira, apontam os professores da *Massachusetts Institute of Technology*, Nicholas Ashford e Charles Caldart (1996, p. 79, tradução nossa)¹²:

“Alguns estudiosos defendem que magistrados não são qualificados para entender e interpretar dados altamente técnicos. Por isso, segundo argumentam, tribunais deveriam ser deferentes à qualificada *expertise* da agência nessas matérias, exceto nos casos em que houvesse equívocos evidentes na racionalidade”.

Deveras, em muitos casos o magistrado não é o *agente* que possui as melhores condições de avaliar a racionalidade que sustenta a decisão administrativa. Mornente em casos complexos, que envolvem diversas variáveis e ponderam grande volume de dados, o corpo técnico que possui o Poder Executivo, pelo menos a princípio, seria mais indicado para avaliar as opções e decidir pela que melhor realiza o objetivo, desenvolvendo, portanto, a racionalidade decisória.

Esse segundo argumento – *especialização imanente ao corpo técnico do Poder Executivo* – deve ser particularmente considerado quando se trata de decisões oriundas das agências reguladoras, indicando ser preju-dicial a intervenção judicial no tocante à racionalidade no desempenho da função administrativa, por carecer de *expertise* para adequadamente exercer o controle sob esse parâmetro.

Por fim, há uma terceira ponderação, de indiscutível consistência, que infirma a prudência do controle jurisdicional tanto da função administrativa, quanto da governamental: *o processo judicial não foi estruturado para avaliar a racionalidade de decisões complexas do Poder Executivo*, não sendo o meio adequado para enfrentar tal questão. Isso porque as ferramentas processuais não propiciam o debate necessário para elucidar a dimensão do problema a ser resolvido.

Cabe a um juiz forçar a internação de um paciente em uma Unidade de Terapia Intensiva (UTI) de hospital público que já se encontra lotada?

¹² “Some commentators argue that lay judges are simply not qualified to understand and interpret such [highly technical] data. Thus, their argument runs, courts should defer to an agency's specialized expertise in these matters except in cases of obvious errors in reasoning”.

Cabe a um magistrado alterar a política pública de saúde desviando recursos orçamentários para a compra de um medicamento que beneficiará um único paciente? Qual o reflexo disso no bem-estar social? Tais questões são complexas e imensamente debatidas. As respostas certamente não são simples, o que reforça a posição de ser temerário uma única pessoa, desconhecedora de todos as variáveis que contornam o tema, modificar monocraticamente a política pública planejada pelo Poder Executivo.

No Brasil há possibilidade de oitiva de peritos, admissão do *amicus curiae* e realização de audiência pública¹³, na qual especialistas podem oferecer esclarecimentos ao magistrado. Ainda assim, tais instrumentos processuais são de aplicabilidade limitada e se revelam débeis quando comparados ao sobranceiro aparato técnico que possui o Poder Executivo.

Esse ponto foi percipientemente enfrentado por Lord Diplock, que formulou um argumento de reforço: os magistrados, à luz de sua formação, não são, *a priori*, qualificados para avaliar a racionalidade da decisão administrativa. Comentando o voto do jurista e político inglês, ponderam Carol Harlow e Richard Rawlings (2010, p. 107, tradução nossa)¹⁴:

“Limites também são estabelecidos por Lord Diplock na referência a ‘decisões que geralmente envolvem a aplicação de políticas governamentais’. Nesse ponto, ele sugere que o processo judicial não está adaptado para fornecer a resposta correta, porque a decisão envolve ‘fundamentos de políticas conflitantes que, caso bem exercida a discreção executiva, precisam ser sopesados: um exercício de sopesamento que os juízes, pela sua própria educação e experiência, estão pouco capacitados a realizar’”.

6. O panorama atual

Como bem acentuam Ashford e Caldart (1996, p. 79, tradução nossa)¹⁵: “É importante reiterar que, independentemente das cautelas adotadas por um tribunal revisor no escrutínio dos detalhes da racionalidade da agência [administração pública], o judiciário não está autorizado a

¹³ Aliás, são frequentes as críticas ao Judiciário, notadamente ao STF, por não dar o devido peso às opiniões e exposições dos especialistas que se pronunciam nas audiências públicas. Isso revela que, não raro, tais instrumentos processuais não realizam seu desiderato.

¹⁴ “*Boundaries are also set by Lord Diplock’s reference to ‘decisions of a kind that generally involve the application of governmental policy’. Here, he suggests, judicial process is not adapted to provide the right answer, because the decisions involve ‘competing policy considerations which, if the executive discretion is to be wisely exercised, need to be weighed against one another: a balancing exercise which judges by their upbringing and experience are ill-qualified to perform’.*”

¹⁵ “*It is important to reiterate that, no matter how carefully a reviewing court scrutinizes the details of the agency’s reasoning, the court is not empowered to overturn an administrative decision merely because it disagrees with the agency’s policy determinations*”.

reformar uma decisão administrativa simplesmente porque discorda da política formulada pelo Executivo.”

Se é para muitos intuitivo que o Poder Judiciário deve ser deferente à discricionariedade do Executivo, desde que não haja ilicitude a ser combatida ou evidente desvio a ser corrigido (e.g. desvio de finalidade, abuso de poder, atuação flagrantemente desproporcional), pensamos que o prejuízo advindo da ausência de debate doutrinário acerca do controle da racionalidade da decisão administrativa, enquanto paradigma de sindicância jurisdicional, já é sentido no âmbito nacional.

De fato, sob fundamentos diversos, há variadas situações em que magistrados avaliam a racionalidade decisória do Poder Executivo, embora não o façam expressamente. Podemos destacar dois casos iterativos no cotidiano jurisdicional para exemplificar.

Caso 1. Controle jurisdicional da racionalidade no desempenho de função governamental: o benefício assistencial e o critério da miserabilidade econômica

A Constituição Federal de 1988, cumprindo sua índole *cidadã*, assegurou ao idoso e ao portador de deficiência que comprovarem não possuírem meios de prover a própria subsistência, ou de tê-la provida por sua família, o direito à percepção de um salário mínimo mensal, a título de benefício assistencial (art. 203, V).

Ao regulamentar o mencionado preceptivo constitucional, a Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), com a atual redação dada pela Lei nº 12.435/11, estabeleceu que se considera “incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo” (art. 20, § 3º).

Dessa forma, segundo a LOAS, há dois requisitos que devem ser atendidos em situação de cumulativa ocorrência para que o cidadão faça jus ao benefício assistencial: (i) ser idoso ou portador de deficiência; e (ii) encontrar-se em situação de miserabilidade econômica, ocorrente quando a renda familiar *per capita* for inferior a ¼ do salário mínimo nacional.

Analisemos o segundo requisito – renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo –, que foi objeto de acirrada discussão doutrinária e jurisprudencial.

Inicialmente, cumpre salientar que esse padrão objetivo de aferição de miserabilidade foi estabelecido por Lei e, portanto, foi alvo de aprofundada reflexão.

Na esfera do Poder Legislativo, o tema passou pelo crivo da Comissão de Seguridade Social e Família, Comissão de Finanças e Tributação e Comissão de Constituição e Justiça, todas da Câmara, e pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, Comissão de Assuntos Econômicos e Comissão de Assuntos Sociais, do Senado, bem como pelo Plenário de ambas as Casas Legislativas.

Ademais, a Presidência da República, que conta com assessoramento altamente qualificado, entendeu que os cofres públicos poderiam arcar com os custos gerados pelo benefício assistencial, aprovando o critério objetivo (1/4 de salário mínimo *per capita*). Esta intelecção foi simbolizada por meio da sanção presidencial da Lei nº 12.435/11, que manteve o valor como paradigma.

Portanto, após ampla análise, entendeu-se que a concessão do benefício àqueles que comprovassem renda familiar inferior a ¼ do salário mínimo não oneraria demasiadamente o erário, e que a instituição dessa política pública, tal como preconizado pelo constituinte, seria salutar, nos moldes desenhados pela Lei nº 8.742/93.

Seguindo os ditames legais, a administração pública passou a negar a concessão do benefício assistencial ao idoso ou deficiente que integrava família com renda *per capita* superior ao limite máximo legalmente estabelecido. Muitas dessas pessoas recorreram ao Poder Judiciário, pleiteando o estabelecimento do benefício, a despeito do não preenchimento de um dos requisitos.

A orientação predominante nos Tribunais Regionais Federais firmou-se pela possibilidade da concessão do benefício assistencial, ainda que a renda familiar *per capita* superasse ¼ do salário mínimo, desde que houvesse outros elementos que indiciassem a situação de miserabilidade econômica (e.g. necessidade de comprar remédios caros não fornecidos pelo SUS, custear tratamento médico especializado, contratar enfermeira).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consolidou-se que

“A limitação do valor da renda *per capita* familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo”¹⁶.

Em 1998, o STF, divergindo do entendimento jurisprudencial amplamente prevalecente, reconheceu a constitucionalidade do critério legal matemático estabelecido na LOAS, ao julgar improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.232/DF. Naquela oportunidade, consignou o Min. Nelson Jobim que “compete à lei dispor sobre a forma de comprovação. Se a legislação resolver criar outros

mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma [1/4 do salário mínimo *per capita*]. Portanto, não há interpretação conforme possível, porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição”¹⁷.

Assim, naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal foi deferente à racionalidade e decisão dos Poderes Legislativo e Executivo.

Todavia, em 2013, a própria Corte Suprema reviu seu posicionamento quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 567.985/MT. Os ministros reconhecerem *incidenter tantum* a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, passando a admitir que outros critérios fossem utilizados pelos magistrados para aferir a miserabilidade econômica dos postulantes ao benefício assistencial.

O fundamento da reversão jurisprudencial (*overruling*) foi, em síntese: (i) que o parâmetro objetivo legalmente estabelecido poderia acarretar a exclusão do direito assistencial a pessoas miseráveis, que realmente precisariam do auxílio estatal; e (ii) que, “Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei nº 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei nº 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei nº 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas” (BRASIL, 2013).

¹⁶ REsp (Recurso Especial) nº 1.112.557/MG (BRASIL, 2009b).

¹⁷ ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 1.232-1/DF (BRASIL, 2001).

No que concerne ao primeiro argumento, é assente, em doutrina e jurisprudência, que o art. 203, V, da CF constitui norma de eficácia limitada, dependendo de regulamentação infraconstitucional. Vale dizer que o constituinte, por meio de norma programática, outorgou ao legislador ordinário o poder-dever de dar concreção ao preceptivo constitucional, densificando o conceito jurídico indeterminado que é “miserabilidade”. Melhor dizendo, competia ao legislador infraconstitucional estabelecer o que se entendia por “não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”, na literalidade do dispositivo constitucional.

Ao desconsiderar a escolha política (1/4 do salário mínimo), o Pretório Excelso acabou exercendo, obliquamente, controle do *decision making* dos órgãos políticos (Presidência da República e Casas do Congresso Nacional).

Oportuno pontuar que, relativamente ao segundo argumento, se evidencia com maior força o controle jurisdicional da racionalidade que embasou a decisão política (do Legislativo e do Executivo), principalmente ao ponderar que outras legislações estabeleciam critérios mais elásticos para a concessão de direitos assistenciais. Ao assim proceder, o STF, embora indiretamente, afirmou que a racionalidade em que se apoiaram as outras decisões políticas deveria ser aplicada também para o benefício assistencial.

Desde essa decisão paradigmática, os Tribunais, de forma amplamente majoritária, se não unânime, têm aceitado outras provas de miserabilidade, reconhecendo o direito à percepção de um salário mínimo legal mesmo para aqueles que auferem renda familiar *per capita* superior a ¼ do salário mínimo¹⁸.

¹⁸ Nesse sentido, ver TRF-1, AC 180146120134019199, DJe 16/10/2013; TRF-2, AC/RE 201402010065423, DJe

O resultado, que contou com a colaboração Judicial, foi a implantação do programa social que mais onera os cofres públicos, superando inclusive o dispêndio com o bolsa família. Estima-se que em 2015 o gasto será de quase R\$ 42 bilhões e, como bem destacou Pedro Fernando Nery,

“Em relação à pobreza, o Benefício de Prestação Continuada (BPC) não é considerado o instrumento mais efetivo para reduzi-la. Desde a sua implantação e até recentemente, o BPC, junto com as transferências do INSS, ajudou a retirar da pobreza milhões de idosos e deficientes pobres, mas gastos adicionais com o benefício não trazem mais resultados significativos nessa direção” (NERY, 2014).

Sem questionar os méritos do benefício assistencial, o fato é que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 567.985/MT, alargou o espectro de potenciais beneficiários, sem elaborar qualquer estudo técnico quanto ao impacto de sua decisão. Indo além, desconsiderou o critério objetivo traçado pelos Poderes Executivo e Judiciário.

Para agravar a situação, consagrou-se situação de insegurança jurídica que apenas sobrecarrega o próprio Judiciário. Isso porque a administração deve sempre pautar sua atuação em lei. Assim sendo, está impedida de apreciar se, no caso, apesar da renda familiar superar ¼ do salário mínimo, o postulante está em situação de miserabilidade (uma vez que a lei não lhe confere tal discricionariedade)¹⁹. Logo, só

09/10/2014; TRF-3, AC 00337173720124039999, DJe 13/09/2013; TRF-4 AG 200104010887366; e TRF-5, REO 00034470620104058201.

¹⁹ É bem verdade que, atualmente, se pugna pela vinculação da administração pública não só à legalidade, mas também à legitimidade e juridicidade. Assim, em tese, a autoridade administrativa poderia adotar o posicionamento do STF e conceder o benefício assistencial àqueles cuja renda familiar se situa em patamar pouco acima do limite de ¼ do salário mínimo *per capita*. Não obstante, como se trata de aplicação direta da Constituição (e de norma de eficácia

resta ao pretenso beneficiário recorrer ao Judiciário e, em realidade, nem mesmo ele sabe se faz jus ao benefício, já que a aferição da miserabilidade passou a ser bastante flexível e subjetiva.

Possivelmente, nesse caso, o controle do *rational decision making* tenha contribuído para criar ainda mais ineficiências em nosso sistema jurídico, econômico e social.

De qualquer modo, o mesmo raciocínio está sendo estendido ao auxílio-reclusão, tendo decidido o Superior Tribunal de Justiça que

“É possível a concessão de auxílio-reclusão aos dependentes do segurado que recebia salário de contribuição pouco superior ao limite estabelecido como critério de baixa renda pela legislação da época de seu encarceramento [...] quando o caso concreto revelar a necessidade de proteção social, permitindo ao julgador a flexibilização do critério econômico para deferimento do benefício pleiteado, ainda que o salário de contribuição do segurado supere o valor legalmente fixado como critério de baixa renda no momento de sua reclusão” (Recurso Especial – REsp nº 1.479.564) (BRASIL, 2014a).

Aguardemos o desfecho para avaliar as consequências da consolidação desta nova intelecção pretoriana.

Caso 02. Controle jurisdicional da racionalidade no desempenho de função administrativa: decisões em processos administrativos disciplinares

É consabido que todos os servidores públicos civis da União se submetem à disciplina da Lei nº 8.112/90. Segundo esse regime jurídico, a pena de demissão deverá ser aplicada quando comprovado que o servidor praticou ato tipificado como crime contra a administração pública (art. 132, I, do referido diploma normativo).

Doutro lado, é certo que as esferas judicial e administrativa são independentes.

Ora, para que haja uma condenação criminal, exige-se prova cabal acerca da materialidade e autoria delitiva. Tal exigência decorre diretamente da possibilidade de ser aplicada pena privativa de liberdade, extraível igualmente do princípio de presunção de inocência. No mais, o juiz é livre para valorar e sopesar as provas, devendo apenas motivar o seu convencimento.

limitada de *lege ferenda*), e por envolver princípios de baixa densidade normativa (mormente a dignidade da pessoa humana), a prática revela que, na enorme maioria dos casos de renda familiar per capita superior ao limite legal, o benefício assistencial é denegado. Sobremais, a limitação probatória na via administrativa (não há elaboração de estudos familiares e sociais, como ocorre na via judicial) igualmente dificulta a concessão do referido benefício nessas situações limítrofes, forçando o postulante a recorrer ao Judiciário.

A via administrativa é menos rígida na exigência de prova exaustiva (inclusive porque a sanção mais grave a ser aplicada é a demissão), sendo certo que a administração pública, ao decidir um processo administrativo disciplinar, possui liberdade para avaliar o panorama fático-probatório, devendo igualmente motivar sua convicção.

Posto isso, é absolutamente uníssona a jurisprudência em afirmar que a absolvição criminal não vincula a Administração Pública, salvo se o decreto absolutório se fundamentar em negativa de autoria ou inexistência do fato²⁰. Há, ainda, posição doutrinária e jurisprudencial que pugna pela repercussão quando a absolvição na esfera criminal decorrer de prova da existência de uma excludente de ilicitude²¹.

Afora essas hipóteses de sentença absolutória (respectivamente, art. 386, incisos I, IV e VI, do CPP), a Administração Pública é livre para deliberar acerca da ocorrência, ou não, de falta funcional praticada pelo servidor público.

Embora essa seja a tradicional posição jurisprudencial²², em verdade, o Judiciário muitas vezes se imiscui na discricionariedade administrativa, notadamente na valoração das provas e formação da convicção (*decision making process*), mesmo quando inexiste ilegalidade a ser afastada. Veja-se, por exemplo, o arresto abaixo colacionado:

²⁰ Lei 8.112/90, art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria (BRASIL, 1990).

²¹ “A sentença penal absolutória que reconhece a ocorrência de causa excludente de ilicitude (estado de necessidade) faz coisa julgada no âmbito administrativo, sendo incabível a manutenção de pena de demissão baseada exclusivamente em fato que se reconheceu, em decisão transitada em julgado, como lícito” (BRASIL, 2011).

²² Nesse sentido, ver STJ, Mandado de Segurança (MS) nº 16.554/DF, DJe 16/102014; Agravo Regimental (AgRg) no Agravo em Recurso Especial (AREsp) nº 221.072/SP, DJe20/08/2014; e AgRg no Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 43.078/SP, DJe 24/06/2014.

“MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. FORMAÇÃO INSUFICIENTE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DESPROPORTIONALIDADE DA PENA DE DEMISSÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Consoante orientação traçada pela Egrégia Terceira Seção do STJ, a infração funcional consistente em recebimento de vantagem econômica indevida, e de resto todas as infrações que possam levar à penalidade de demissão, deve ser respaldada em prova convincente, sob pena de comprometimento da razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes.

2. *No caso, o acervo probatório não se mostra suficiente para comprovar, de maneira ampla e indubitável, a atuação da agente da polícia federal em cobrar propina do estrangeiro que se encontrava com visto de turista expirado no território nacional, evidenciando a desproporcionalidade da pena aplicada.*

3. Não obstante a independência das esferas penal e administrativa, mister ressaltar que a imetrante foi absolvida do crime de corrupção passiva, por falta de provas, na Ação Penal Pública que tramitou perante a primeira vara federal do Rio de Janeiro.

4. *Segurança concedida para anular a Portaria 47, de 18.01.2008, que demitiu o imetrante do cargo de Agente da Polícia Federal, determinando-se sua reintegração ao cargo, assegurando-lhe os efeitos da segurança à data da publicação do ato de demissão*” (BRASIL, 2009a, grifo nosso).

Cabe destacar, por oportuno, que os ministros não concluíram estar provado que o servidor público *não praticou fato tipificado como crime, ou que não havia provas para manter a condenação administrativa*. Apenas afirmou que *as provas seriam insuficientes*.

Para fundamentar a anulação do ato administrativo que impôs a pena de demissão, o STJ considerou que haveria desproporcionalidade. Contudo, não parece ser esse o caso, senão vejamos.

Concluindo-se que houve a prática de corrupção (deliberação esta que seria de competência da Administração Pública), é *adequada* a aplicação da pena de demissão, inteligência que se extrai da literalidade do art. 132, I, da Lei 8.112/90. Igualmente, a medida é *necessária* para sancionar suficientemente o infrator, não havendo sanção substitutiva que cumpra esse desiderato. Por fim, atendido está o requisito da *proporcionalidade em sentido estrito*, uma vez que, sopesando-se os valores envolvidos, constata-se, com hialina clareza, que a conduta do servidor público é grave o suficiente para ensejar a pena de demissão (no caso, a prática de corrupção passiva).

Haveria desproporcionalidade a ser afastada pelo Judiciário caso o servidor público tivesse sido demitido por haver se apropriado de pequena quantidade de grampos, algumas poucas canetas ou resmas de papel (fato formalmente tipificado no artigo 312 do Código Penal – CP).

Outrossim, seria combatível o ato administrativo que demitisse o funcionário à míngua de lastro probatório mínimo que comprovasse a grave falta funcional, não em virtude da desproporcionalidade, mas em razão de outro vício – no caso, poderia haver abuso de discricionariedade ou abuso de poder, desvio de finalidade, vício do ato administrativo na motivação (*teoria dos motivos determinantes*), a depender do caso –, ou, até mesmo, ao fundamento do *Wednesbury unreasonableness*, conquanto nenhuma pessoa racional chegaria à mesma conclusão a que chegou a autoridade administrativa (*irrazoabilidade*).

A bem ver, no caso apresentado, o ato administrativo em si nem sequer era discricionário. A discricionariedade residia na margem conferida à Administração para avaliar o acervo probatório do processo administrativo disciplinar como, de resto, sói ocorrer com todos os atos administrativos cognominados

*discricionários*²³. Concluindo-se pela ocorrência de corrupção, a pena de demissão se impunha.

Com o devido respeito, não havia desproporcionalidade a ser repelida pelo Judiciário, a despeito da fundamentação do acórdão. Deveras, o que ocorreu foi a avaliação, pela Corte Superior, dos fatos e provas que embasaram a decisão administrativa, isto é, o escrutínio da racionalidade do processo decisório.

Em último plano, o que o STJ fez foi substituir a racionalidade da Administração Pública por sua própria racionalidade, indevidamente incursionando na discricionariedade administrativa sob o (incorreto) fundamento da prevalência do princípio da proporcionalidade.

Caso 03. Controle jurisdicional em face da interação conflituosa entre legalidade e eficiência

O controle judicial da racionalidade do Executivo surge muitas vezes em decorrência do dilema entre privilegiar a legalidade ou a eficiência, ambos princípios constitucionais que devem ser seguidos pela Administração Pública.

Percebem-se corriqueiramente situações em que o gestor público, ao perseguir o cumprimento estrito de todas as regras legais, imputa ao Estado uma ineficiência no aproveitamento dos recursos e na prestação dos serviços públicos. Nesse ponto, evidenciam-se hipóteses em que a escolha legislativa, sob a ótica do caso concreto, não apresenta a eficiência necessária

²³ Sobre o tema, obtempera Celso Antonio: “[...] não é o ato que é vinculado ou discricionário; tanto que se costuma afirmar que tais ou quais ‘elementos’ dele são sempre vinculados. Donde, por imperativo lógico, o ato, em si mesmo, nunca o seria, como bem observou Víctor Nunes Leal. Em verdade, discricionária é a *apreciação a ser feita pela autoridade quanto aos aspectos tais ou quais* e vinculada é sua situação em relação a tudo aquilo que se possa considerar já resoluto na lei, e, pois, excludente de interferência de critérios da Administração” (MELLO, 2010, p. 984, grifo do autor).

para o êxito da atuação administrativa. Em face desses casos, qual escolha deve realizar o administrador? Qual a margem de interferência do Poder Judiciário, no âmbito de seu controle jurisdicional, em casos de conflito entre esses princípios?

Esse tema é discutido em Santos e Meneguin (2014), que trazem o seguinte caso ilustrativo.

Nos autos da apelação nº 157-90.2000.01.3400, julgada em 03/05/2013, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF 1ª Região) afastou a aplicação da Instrução Normativa nº 13/99, da Secretaria de Defesa Agropecuária (Ministério de Agricultura e do Abastecimento), que previa prazo de 60 dias para licenciamento de importação de alho. Entendeu-se que o estabelecimento de prazo elástico violara o princípio da eficiência, especialmente considerando o caráter perecível do produto importado, bem como os riscos de perda do produto, caso cumprida a legislação, em seu rigor. Nesse sentido, o Estado-Juiz determinou que a União afastasse a regra impugnada, para processar o pedido de licenciamento em prazo exíguo.

Na ocasião, ponderou o TRF da 1ª Região:

“A Administração Pública deve pautar seus atos dentro dos princípios constitucionais, notadamente o da eficiência, que se concretiza pela condução racional e célere dos procedimentos que lhe cabem. A função administrativa deve ser desempenhada, não apenas com a observância ao princípio da legalidade, mas exigindo, outrossim, resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros” (BRASIL, 2013).

Novamente o que se percebe é uma atuação no sentido de reavaliar a racionalidade da Administração Pública, dessa vez sob o fundamento da eficiência.

7. Conclusão

O presente artigo buscou introduzir o tema do *rational decision making* como parâmetro de controle judicial da discricionariedade do Poder Executivo, a fim de viabilizar uma investigação doutrinária mais profunda.

Deveras, já se percebe, na atualidade, a realização de um controle judicial da racionalidade da decisão do Poder Executivo. É bem verdade que isso não é feito às escâncaras, mas implicitamente.

Mais importante do que rechaçar a possibilidade da sindicância do *rational decision making process*, é reconhecer a sua existência e traçar, com clareza, suas balizas. Dessa forma se atenuará a tensão entre Poderes da República, evitando-se a cognominada *guerrilha institucional*.

Para tanto, cabe à doutrina fornecer subsídios aos magistrados. Contudo, o tema reclama maior aprofundamento e análise acadêmica no Brasil.

Os juízes, por sua vez, têm evitado enfrentar a questão, conquanto é mais simples suscitar um princípio constitucional e a sua prevalência normativa, do que refletir sobre os lindes da atividade jurisdicional no perscrutar da racionalidade da decisão do Poder Público.

O resultado, que pode ser problemático, é não só a fundamentação pouco hígida, mas, principalmente, uma indevida postura ativista do judiciário. Não raro, sob o fundamento da força normativa constitucional, se aplica inadequadamente um princípio de baixa densidade normativa, apenas para substituir a discricionariedade da autoridade administrativa pela racionalidade do julgador, ou seja, para fazer valer o seu “senso de justiça”.

De fato, como advertiu Oliveira (2013, p. 406), “Quando não há contrariedade expressa em relação a um dispositivo da Constituição, recorre-se aos *princípios*. Assim, nada parece haver que não esteja previsto em algum princípio constitucional”.

Como ponderaram, com propriedade, os catedráticos da Liverpool Law School, Brian Thompson e Michael Gordon (2014, p. 551, tradução nossa)²⁴, a lei

“[...] não pode abdicar de sua generalidade e abstração, de modo que ela não deve só viabilizar a mudança da política, como também conceder abertura para modificação ou abandono da referida política. A questão recorrente é quando, onde e como devem os tribunais intervir para proteger a população de prejuízos nesse processo”.

É dizer, qual seria o limite de intromissão jurisdicional na avaliação da decisão do Poder Executivo, quando não houver qualquer ilegalidade?

O controle da racionalidade pode ser, em bases excepcionais, um fundamento da tutela jurisdicional, mas é preciso que haja antes cuidadosa reflexão, para que não se estiole a independência e harmonia entre os Poderes da República. A regra, portanto, há de ser a deferência judiciária.

Não sem razão de preocupação, ocupou-se do tema Aliomar Baleeiro, que, no exercício da atividade judicante, consignou:

“[...] aqui tenho dito que, conquanto me pareça, e sempre tenha parecido, o Supremo Tribunal Federal é um órgão político na mais pura, nobre e helênica acepção da palavra, todavia, a fim de que possa resguardar essa

²⁴ “[...] since it [statutory body] cannot abdicate its general remit, not only must it remain free to change policy; its undertakings are correspondingly open to modification or abandonment. The recurrent question is when and where and how the courts are to intervene to protect the public from unwarranted harm in this process”.

majestade de órgão político, ele não deve pretender ocupar uma área reservada pela Constituição ao Poder Legislativo”²⁵

lição que pode ser estendida sem maiores dificuldades, ao Poder Executivo. Indo além, em ressonância à reflexão de Lord Diplock (*supra*), obtemperou o Ministro, em julgamento no qual se discutia o controle judicial de ato administrativo autorizativo de reforma em imóvel que, segundo se alegava, poderia ocasionar prejuízos à saúde pública, por ser a obra insuficientemente arejada e iluminada:

“Certo é que o juiz, do ponto de vista técnico, não é o mais indicado e, do ponto de vista jurídico, não é, em absoluto, competente para dizer a palavra decisiva. Sem ferir a lei, não pode substituir-se à autoridade pública investida da competência legal, para decidir como se pode construir de acordo com o poder de polícia em matéria de edificações urbanas”²⁶.

Portanto, é força reconhecer inexistir ineditismo na tese de fortalecimento do princípio da deferência.

Não obstante, até que se estabeleça uma disciplina clara, preponderará a situação bem descrita por John Griffith, malgrado o nosso sistema jurídico seja próprio do *civil law*:

“Juízes, na tradição criativa do *common law*, frequentemente inventam ou redescobrem regras de direito que lhes permite intervir e exercer julgamentos políticos em áreas que, até então, se entendia estarem fora de sua esfera de competências. Nessas ocasiões [...] legisladores e autoridades administrativas são continuamente surpreendidos ao descobrir que, na visão dos juízes, eles não possuem os poderes que pensavam ter” (HARLOW; RAWLINGS, 2010, p. 106, tradução nossa)²⁷.

Referências

ASHFORD, Nicholas A.; CALDART, Charles C. *Technology, Law and the Working Environment*. Washington D.C: Island Press, 1996.

²⁵ Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 14.612/SP (BRASIL, 1967).

²⁶ Recurso Extraordinário (RE) nº 60.385 (BRASIL, 1966).

²⁷ “*Judges themselves, in the common law tradition of judicial creativity, frequently invent or re-discover rules of law which enable them to intervene and to exercise political judgment in areas that hitherto had been understood to be outside their province. In the event [...] legislators and Ministers and public authorities are continuously being surprised to discover that, in the view of the judges, they do not have the powers they thought they had*”.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Recurso extraordinário n. 60.385/GB. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro. DJ, 3 maio 1966. *Diário da Justiça*, 3 ago. 1966.

_____. Recurso em mandado de segurança n. 14.612/SP. Relator: Ministro Pedro Chaves. DJ, 28 fev. 1967. *Diário da Justiça*, 19 abr. 1967.

_____. Recurso extraordinário n. 69.486/SP. Relator: Ministro Thompson Flores. *Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 18 nov. 1970. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=165449>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. 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*, Brasília, 1º dez. 1990.

_____. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 8 dez. 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 1.232/DF, de 27 de agosto de 1998. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ, 27 ago. 1998. *Diário da Justiça*, 1º jun. 2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 13.581. Relator: Ministra Jane Silva. DJ, 1º dez. 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, 4 fev. 2009a.

_____. Recurso especial n. 1.112.557/MG. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJ, 28 out. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 20 nov. 2009b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.090.425/AL. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ, 1º set. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 567.985/MT. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 18 abr. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, 3 out. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal. 1ª Região. Apelação n. 157-90.2000.4.01.3400. Relator: Juiz Federal Wilson Alves de Souza. *Diário da Justiça Federal da 1ª Região*, 3 maio 2013.

_____. Recurso especial n. 1.479.564/SP. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJ, 6 nov. 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, 18 nov. 2014a.

_____. Informativo n. 769. *Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 24 a 28 de novembro de 2014b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo769.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

ENGLAND. Court of Appeal. Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation. [1947] EWCA Civ 1. *Royal Courts of Justice*, 10 nov. 1947. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1947/1.html>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Law and Administration*. New York: Cambridge University Press, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENEGUIN, Fernando B.; BUGARIN, Maurício S. *Regulação ótima e a atuação do judiciário: uma aplicação de teoria dos jogos*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, nov. 2014. (Textos para discussão, n. 160). Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td160>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

NERY, Pedro Fernando. Qual o programa social mais caro do Brasil? (Não é o Bolsa Família). *Brasil, Economia e Governo*, 11 nov. 2014. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/11/11/qual-o-programa-assistencial-mais-caro-do-brasil-nao-e-o-bolsa-familia>. Acesso em: 30 abr. 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

SANTOS, Pedro Felipe de O.; MENEGUIN, Fernando B. Há incompatibilidade entre eficiência e legalidade? *Revista de informação legislativa*, v. 51, n. 201, p. 7-16, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/502949>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

THOMPSON, Brian; GORDON, Michael. *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2014.

UNITED KINGDOM. Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service. [1983] UKHL 6. *House of Lords Decisions*, 22 nov. 1984. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1983/6.html>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. Secretary of State for Education and Science v. Tameside. MBC [1976] UKHL 6. *House of Lords Decisions*, 21 oct. 1976. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1976/6.html>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

UNITED STATES. Supreme Court. Motor Veh. Mfrs. Ass'n v. State Farm Ins. 463 U.S. 29, (1983). *Court of Appeals For The District Of Columbia Circuit*, 24 jun. 1983. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=463&invol=29>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas

O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano

LENIO LUIZ STRECK

Sumário

1. O novo e o velho – finalmente expungimos o livre convencimento do novo CPC. 2. Rumo à superação do velho modelo social-protagonista? Esperamos que sim. 3. Efetividades quantitativas ou qualitativas? O problema dos positivismos. 4. Seríamos uma corruptela do *common law*? O CPC e os “precedentes”. 5. Os embargos declaratórios conviverão com o fim do “livre convencimento”? 6. As tutelas de urgência e de evidência e, ainda, o excessivo protagonismo judicial. 7. O julgamento por equidade em casos de jurisdição voluntária: uma perigosa janela à intromissão de predadores externos ao direito. 8. Os “precedentes” e a incindibilidade entre *questão-de-fato* e *questão-de-direito*. 9. Considerações finais: *habemus* CPC, mas, sem romper – materialmente – com o modelo “social-protagonista”, apenas repetiremos os erros do passado.

1. O novo e o velho – finalmente expungimos o livre convencimento do novo CPC

Lenio Luiz Streck é Professor Titular do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos (RS), doutor e pós-doutor em Direito, Procurador de Justiça (MP/RS) e presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ).

Quando se examina o Projeto do novo Código de Processo Civil (CPC) – agora já em fase final, à espera de aprovação por parte do Senado –, não se pode deixar de reconhecer alguns avanços consistentes. Não obstante, há de se ter muito cuidado para evitar que a própria dogmática jurídica, a partir de uma hermenêutica de bloqueio, proporcione retrocessos ao novo texto que aí vem. Como exemplo, lembremos sempre do que o Poder Judiciário fez com o art. 212 do CPP (ou seja, mesmo que o legislador tenha dito que “o juiz somente

poderá fazer perguntas complementares”, nem juízes, nem STJ, nem o STF levaram em conta essa inovação legislativa). Ou seja, não adianta simplesmente alterar a lei.

Travei uma batalha contra o poder discricionário, travestido de livre convencimento, que infestava o Projeto em sua redação original. Dizia eu que de nada adiantará exigir do juiz que enfrente todos os argumentos deduzidos na ação (vejam-se os artigos 499 e seguintes do Projeto) se ele tiver a liberdade de invocar a “jurisprudência do Supremo”, que afirma que o juiz não está obrigado a enfrentar todas as questões arguídas pelas partes. Dá-se com uma mão e tira-se com a outra... (STRECK, 2013).

De há muito venho alertando a comunidade jurídica para esse problema do protagonismo judicial, que deita raízes em uma questão paradigmática e não meramente “técnica”. Veja-se, por exemplo, a seguinte decisão, que se repete nas várias instâncias da justiça brasileira:

“O sistema normativo pátrio utiliza o princípio do livre convencimento motivado do juiz, o que significa dizer que o magistrado não fica preso ao formalismo da lei nem adstrito ao laudo pericial produzido nos autos, devendo o julgador analisar o caso concreto, levando em conta sua livre convicção pessoal¹.”

E o que dizer de recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que “criou” um recurso sustentado na tese da existência de “macrolides”, como pode ser visto no recente Resp. 1.251.331-RS (BRASIL, 2013)?

Depois de muita discussão, o relator do Projeto, Dep. Paulo Teixeira, obtendo a concordância de um dos protagonistas do Projeto, Freddie Didier, aceitou minha sugestão de retirada do livre convencimento. Considero isso uma conquista hermenêutica² sem precedentes no campo da teoria do direito de *terrae brasiliis*. O Projeto, até então, adotava um modelo solipsista *stricto sensu*, corolário do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, bastando para tanto ler o que prescrevia art. 378:

¹ Recurso Cível 5001367-22.2011.404.7119, Rel. Juiz Paulo Paim da Silva, 4^a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais/RS, julgado em 5/7/2012.

² Permito-me ser repetitivo e insistir na “questão da filosofia”, embora setores importantes do direito desconsiderem o fato de a filosofia ser condição de possibilidade do próprio direito. Ainda assim, faço a seguinte observação: o que se tem visto no plano das práticas jurídicas nem de longe chega a poder ser caracterizado como “filosofia da consciência”; trata-se de uma vulgata disso. Em meus textos, tenho falado que o solipsismo judicial, o protagonismo e a prática de discricionariedades se enquadram paradigmaticamente no “paradigma epistemológico da filosofia da consciência”. Advirto, porém, que é evidente que o *modus decidendi* não guarda estrita relação com o “sujeito da modernidade” ou até mesmo com o “solipsismo kantiano”. Esses são muito mais complexos. Aponto essas “aproximações” para, exatamente, poder fazer uma anamnese dos discursos, até porque não há discurso que esteja “em paradigma nenhum”, por mais sincrético que seja. Ver, nesse sentido, Streck (2014a).

“O juiz *apreciará livremente* a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

Já o artigo 401 dizia que “A confissão extrajudicial será livremente apreciada pelo juiz”. E no artigo 490 lia-se que “A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e outra”.

Portanto, as expressões que tratavam do livre convencimento ou livre apreciação foram expungidas do Projeto³. A justificativa sugerida por mim e acatada, em termos gerais, pelo Deputado Relator foi a de que

“embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. Na medida em que o Projeto passou a adotar o policentrismo e coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado ‘coparticipação’, com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do ‘livre convencimento’. O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão.”

A relatoria da Câmara entendeu muito bem o problema. Não mais se pode elaborar Códigos como se estivéssemos em um paradigma jurídico-político no qual o Estado é(ra) visto como inimigo do cidadão. É a partir dessa pergunta e da resposta que se dê a ela que saberemos em que situação nos encontramos, em termos de avanços ou retrocessos democráticos. Parece correto dizer, por exemplo, com Dworkin (2002, p. 231) que uma Constituição como a nossa adota uma “teoria moral” específica: a de que o cidadão tem direitos “contra” o Estado. E que, nesse sentido, as cláusulas constitucionais deveriam ser compreendidas não como formulações específicas, mas como restrições, limitações ao Poder Público, sempre favorecendo a preservação dos direitos dos cidadãos. Sendo assim, a nossa pergunta pelo processo jurisdicional democrático

³ Embora ainda mereça certa reflexão, o § 5º do art. 157, ao aduzir que “Na localidade onde não houver inscrito no cadastro disponibilizado pelo tribunal, a nomeação do perito é de *livre escolha pelo juiz* e deverá recair sobre profissional ou órgão técnico ou científico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia” (grifo nosso).

começa a ser respondida da seguinte forma: o processo deve ser pautado por direitos e suas disposições têm o sentido de limite, de controle.

O processo (falo aqui do processo jurisdicional, mas essa observação serve também ao processo legislativo) deve servir como mecanismo de controle da produção das decisões judiciais. E por quê? Por pelo menos duas razões: a primeira, porque, como cidadão, eu tenho direitos, e, se eu os tenho, eles me devem ser garantidos pelo tribunal, por meio de um processo; a segunda, porque, sendo o processo uma questão de democracia, eu devo com ele poder participar da construção das decisões que me atingirão diretamente (de novo: isso serve tanto para o âmbito político como para o jurídico). Somente assim é que farei frente a uma dupla exigência da legitimidade, a mediação entre as autonomias pública e privada. Sou autor e destinatário de um provimento. Por isso é que tenho direito de participar efetivamente do processo.

Há de se perceber que o Projeto, no seu art. 10, adota, desde sua redação original, a garantia do contraditório como garantia de influência e não surpresa, que deve nortear todo o debate processual, o que já era defendido por parcela da doutrina pátria há bons anos, em especial por Dierle Nunes (2003)⁴. É a partir do art. 10 que temos de ler o restante do CPC.

2. Rumo à superação do velho modelo social-protagonista? Esperamos que sim

Ao se fazer uma análise mais detida do CPC Projetado, cuja atual redação da Câmara terminou com 1.086 dispositivos, vislumbra-se que

⁴Nesse sentido, Nelson Nery Junior (2010, p. 207) também defende essa questão, mesmo antes da reforma legislativa.

as bases fundantes do Projeto, antes alicerçadas no desgastado modelo social protagonista, paraíso da escola instrumentalista, podem estar se alterando.

Não é fácil acabar com os fantasmas de Oskar Bülow, Menger, Klein, Carnelutti, Couture, Liebman e outros que continuam a atazanar a alma de alguns processualistas brasileiros. Trata-se de uma coagulação de sentidos. Os instrumentalistas – mormente eles – continuam a acreditar que a solução do processo está no “protagonismo judicial”. Nisso há um *dejà vu*, que nos remete ao século XIX.

Com efeito, lemos, nas últimas décadas, que a interpretação do direito é nitidamente dependente de um sujeito cognoscente: o julgador. E essa questão vem de longe; na verdade, da virada do século XIX para o século XX. Desde então, há um problema filosófico-paradigmático que continua presente nos diversos ramos do direito, passados dois séculos, mormente na problemática relacionada à jurisdição e ao papel destinado ao juiz – especialmente no processo civil. Desde Oskar Von Bülow – questão que também pode ser vista em Anton Menger e Franz Klein –, a relação publicística está lastreada na figura do juiz como um porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo, com poderes para além da lei, tese que viabilizou, na sequência, a Escola do Direito Livre.

Essa aposta solipsista está lastreada no paradigma racionalista-subjetivista, que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida, na sequência, em Chiovenda, para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei; em Carnellutti, de cuja obra se depreende que a jurisdição é “prover”, “fazer o que seja necessário”; também em Couture, para o qual, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, o problema da escolha do juiz é, em última análise, o problema da justiça; em Liebman, para

quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei.

No Brasil, essa dependência do juiz atravessou o século XX (v.g., de Carlos Maximiliano a Paulo Dourado de Gusmão), sendo que tais questões estão presentes na *concepção instrumentalista do processo*, cujos defensores admitem a existência de escopos metajurídicos, estando permitido ao juiz realizar determinações jurídicas, *mesmo que não contidas no direito legislado*, com o que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da “boa escolha dos juízes” e, consequentemente, de seu (“sadio”) protagonismo. Por todos, basta remeter o leitor às concepções instrumentalistas, pelas quais juízes e tribunais devem ter “amplo poder de direção” e, com sua sensibilidade, até mesmo devem poder adequar o procedimento à “correta aplicação da técnica processual” (BEDAQUE, 2006, p. 45, 64-65, 571).

Nesse sentido, embora tenha sido alterado o teor da redação original do art. 107 do PLS 166 que tramitou no Senado⁵, a redação do projeto atual ainda continua perigosa ao afirmar que:

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;”

Portanto, não era sem razão que o Projeto do CPC, que veio do Senado e agora foi alterado na Câmara, não abria mão do livre convencimento ou da livre apreciação das provas. Para termos uma ideia de como a opção pelo protagonismo judicial está presente em parcela significativa de nossa doutrina processual, cito as palavras de Cândido Rangel Dinamarco (apud CATTONI DE OLIVEIRA, 2013, p. 217):

“Ser sujeito à lei não significa ser preso ao rigor das palavras que os textos contêm, mas ao espírito do direito do seu tempo. Se o texto aparenta apontar para uma solução que não satisfaça ao seu sentimento de justiça, isso significa que provavelmente as palavras do texto ou foram mal empregadas pelo legislador, ou o próprio texto, segundo a *mens legislatoris*, discrepa dos valores aceitos pela nação no tempo presente. Na medida em que o próprio ordenamento jurídico lhe ofereça [ao juiz] meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça, ao afastar-se das aparências verbais do texto e atender aos valores subjetivos à lei, ele [o juiz] estará fazendo cumprir o direito.”

⁵“Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”.

Lendo Dinamarco, não tenho receio em afirmar que, acaso se mantivesse a redação original do Projeto, este já nasceria velho, porque favoreceria algo que se pode chamar de Juristocracia (ou Judiciariocracia). Mais do que isso, o Projeto não somente apostava na Judiciariocracia. Na verdade, apostava na Judiciariocracia dos Tribunais Superiores, porque as instâncias inferiores deveriam obedecer – detalhadamente – à jurisprudência (direito de precedentes) construída no âmbito dos Tribunais Superiores. Mas a jurisprudência do andar de cima não teria que seguir também os seus próprios precedentes? Eis aí também uma questão que ajudei a alterar no Projeto, como demonstrarei na sequência.

De todo modo, o Projeto não deveria continuar apostando em atos de ofício, como, por exemplo, o art. 377, pelo qual o juiz pode determinar provas *ex officio*. De que modo o processo pode ser democrático, se o sistema é “processual-presidencialista”? Por outro lado, a estrutura do Projeto deveria ser elaborada levando-se em conta o grande aumento da complexidade das litigiosidades no Brasil, pós-1988, que deixaram de ser bipolares (litígios individuais) e se tornaram coletivas, repetitivas e de interesse público (*Public interest litigation*).

Não se pode querer, entretanto, um Código perfeito.

3. Efetividades quantitativas ou qualitativas? O problema dos positivismos

O Projeto, em um olhar preliminar, aposta demasiadamente na figura dos precedentes. Isso pode ser um problema. Mas pode também não ser, dependendo de como esse fenômeno será tratado pela doutrina e pela jurisprudência. Por exemplo, não adianta fazer um “modelo de extermínio de ações repetidas” sem uma teoria decisional! Não tenho nenhum receio em afirmar isso.

O projeto corre o risco de cair em uma armadilha hermenêutica. Mal aplicada a tese dos precedentes, pode-se cair em uma *falácia semântica* ou na *crença na plenipotenciariedade dos conceitos*, como se fosse possível a uma lei, a uma súmula ou a uma ementa jurisprudencial prever todas as hipóteses de aplicação de forma antecipada⁶. Nesse sentido, a tese dos precedentes só funcionará se adotar uma postura hermenêutica, aquilo que se denomina de *applicatio* a partir de Gadamer e que foi retrabalhado

⁶ Não devemos esquecer que a Constituição estabelece que os juízes e tribunais julgarão causas... Não está escrito em lugar nenhum que juízes e tribunais julgarão teses ou enunciados assertóricos. Pelo que se pode perceber, o Projeto do novo CPC aposta muito mais na construção de teses (súmulas, enunciados, ementários resultantes de incidentes de unificação jurisprudencial) do que na resolução de causas. Essa denúncia já é feita, de há muito, por autores como Alexandre Bahia.

por mim na Crítica Hermenêutica do Direito (STRECK, 2014b, p. 82-91).

Não se pode simplesmente transportar a doutrina da *common law* para o nosso Código de Processo Civil (STRECK; ABBOUD, 2013). Se não superarmos as posturas positivistas (falo dos diversos positivismos, que, como se sabe, são muitos), corremos o risco de uma importação indevida e desastrosa. Explico: sem um olhar hermenêutico, o novo CPC corre o risco de acumular dois positivismos: o velho exegetismo, pela apostila em uma espécie de conceptualização (saudades da *Begriff für Jurisprudenz*⁷), e o positivismo pós-exegético de perfil normativista, porque apostila no poder discricionário dos juízes (eis aí o protagonismo judicial).

Ao acabar com o livre convencimento, o risco desse segundo problema diminui. Porém, há que se ter uma vigilância epistêmica, para evitar que a cotidianidade das práticas do Judiciário reprise o livre convencimento e, portanto, as posturas decisionistas. A própria doutrina, se mal compreender essa nova realidade, poderá contribuir para enterrar o novo CPC.

4. Seríamos uma corruptela do *common law*? O CPC e os “precedentes”

A redação original dos artigos 520 e seguintes do Projeto dava a nítida impressão de que nosso sistema jurídico não é da família do *civil law*. Vejamos: o art. 520 afirmava que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável”, e o art. 522 estabelecia que, “Para os fins deste Código, considera-se julga-

mento de casos repetitivos: I – o do incidente de resolução de demandas repetitivas; II – o dos recursos especial e extraordinário repetitivos”.

Esses dispositivos mereceram minha contundente crítica. A questão mais grave referia-se à *commonização* que representavam. Poucos juristas se davam conta de que, com o Projeto, qualitativamente, havia uma grande chance de perda no nosso sistema decisório, porque, de um lado, esse Projeto não combatia a possibilidade de o STJ e o STF continuarem a decidir discricionariamente e, de outro, ele atribuía, irrefletidamente, efeito vinculante para a quase totalidade das decisões desses tribunais (inclusive dos *obter dictum*).

Sendo mais claro: o Projeto trazia um modelo de “como-seguir-precedentes”... Só que esse modelo só servia para as instâncias inferiores. Não havia nada que indicasse que quem faz o precedente devesse sofrer algum controle. Por que quem elabora os precedentes mais relevantes não precisa seguir os caminhos que as instâncias inferiores devem seguir?

Por isso, um ponto importantíssimo foi a aceitação por parte do relator de outra sugestão de minha lavra, que contou com o auxílio de Dierle Nunes, qual seja, a introdução de um novo parágrafo 1º ao artigo 521 do Projeto. Por esse novo preceito, “[...] O órgão jurisdicional observará o disposto no artigo 10 e no artigo 499, parágrafo 1º, na formação e aplicação do precedente judicial”.

Trata-se da adoção do contraditório como garantia de influência e não surpresa. Vejamos o que diz o artigo 10 de que fala o aludido parágrafo 1º: “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”. E o que diz o artigo 499? São elementos essenciais da sentença:

⁷ A Jurisprudência dos Conceitos foi uma forma de positivismo exegético predominante na Alemanha do século XIX.

“I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

Parágrafo 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Parágrafo 2º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada.

Parágrafo 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

Vejamos: a crítica que eu sustentava, de que apenas o “andar de baixo” estava obrigado a cumprir a criteriologia e apenas esses (juízes

e tribunais não superiores) estavam obrigados a seguir a jurisprudência, agora está sanada, porque o “andar de cima” está jungido a sua própria jurisprudência. E não poderá mudá-la a seu talante. Uma conquista hermenêutica e democrática.

Outro avanço do presente projeto no tocante ao respeito aos precedentes é a possibilidade de julgamento liminar de improcedência. À redação atual deste instituto, assim aduz:

“Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada [...]” (grifo nosso).

Pois bem. O novo art. 333, por sua vez, não permite ao juiz que decida liminarmente com esteio em uma decisão de improcedência por ele anteriormente proferida – utilizando-se de um mero recurso de “copia e cola” –, mas, ao contrário, passa a exigir que a fundamentação seja feita em súmulas, acórdãos de recursos repetitivos, incidentes de resolução de demandas repetitivas, assunção de competência ou em frontal contradição à norma jurídica extraída de ato normativo.

Outro ponto importante – e que constava em minha crítica – era sobre a obrigação dos tribunais manterem a estabilidade da jurisprudência. Dizia eu, de forma contundente, que a estabilidade é diferente da integridade e da coerência do Direito, pois a “estabilidade” é um conceito autorreferente, isto é, em relação direta com os julgados anteriores. Já a integridade e a coerência guardam um substrato ético-político em sua concretização, isto é, são dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do caso. Pois muito bem.

A inteligência do relator e de Fredie Didier foram cruciais para o acatamento dessa minha

sugestão de caráter dworkiniano, simples, mas que poderá mudar a história da aplicação do direito de *terrae brasili*s: trata-se da exigência de coerência e integridade, ao lado da estabilidade. Explico: significa dizer que, em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica.

Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão igual consideração por parte dos juízes. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir do círculo hermenêutico. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política. A integridade significa rechaçar a tentação da discricionariedade.

5. Os embargos declaratórios conviverão com o fim do “livre convencimento”?

Se eu tivesse que escolher um instituto que represente simbolicamente o “estado de natureza hermenêutico” (homenagem a Hobbes), escolheria os embargos declaratórios. Vejamos

já pelo nome: “embargos”. Imagine-se uma “obra embargada”... Assim é uma decisão judicial ou acórdão que sofre “embargos”. Tratar-se-ia, pois, de algo com gravíssimas consequências. No restante do direito, quando se fala em “embargo” é porque algum obstáculo é posto à livre disposição de algum bem. Mas, no âmbito do processo (civil e penal), a palavra “embargo(s)” passou a sofrer de “anemia significativa”. E, consequentemente, ocorreu a banalização de uso.

Trata-se, pois, de uma virose epistêmica que assola o direito, produto da vulgata do voluntarismo que assaltou o direito. Isso vem de longe. Perguntava de há muito: como é possível que um Código de Processo Civil (também o de processo penal) admita que um juiz ou tribunal, agentes políticos do Estado, produzam decisões (sentenças e acórdãos) omissas, obscuras ou contraditórias? E pior: como é possível que, passados tantos anos e tantas teorias, um novo Código de Processo Civil continue a apostar nesse artifício anti-hermenêutico?

Ora, se a fundamentação é um dever fundamental do juiz e um direito igualmente fundamental do utente, de que modo se pode admitir que sejam lançadas/promulgadas sentenças com esses vícios? Só para registrar: a Corte Europeia dos Direitos Humanos⁸ declarou, de há muito, que a fundamentação, antes de um dever dos juízes e tribunais, é um direito fundamental do cidadão. Fundamentação frágil gera nulidade.

Parece evidente que a previsão da possibilidade de um juiz ou tribunal produzir decisões omissas, contraditórias ou obscuras fere frontalmente o art. 93, IX, da Constituição, além dos dispositivos que tratam do devido processo legal

⁸ É a proibição do “lack of reasoning”, pela interpretação do *processo equitativo* previsto no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Vejam-se os julgados da *European Court of Human Rights: H. v. Belgium A127-B (ECHR, 1987)*, §53 e *Hiro Balani v. Spain A303-B (ECHR, 1994)*, §27.

e do contraditório. Absolutamente inconstitucional! Nesse ponto, o novo CPC estabelece exatamente isso em capítulo próprio (V), artigos 1035 e segs. Pior, desta vez, ampliou seu espectro de aplicação, acolhendo a criação pretoriana ao abarcar no texto a possibilidade de o juiz corrigir erros materiais (v.g., erros de digitação) e, ainda, no bojo de decisões interlocutórias.

Sempre pensei que uma decisão omissa (vejam no dicionário o significado da palavra “omissão”...) seria nula, irrita, nenhuma. Igualmente, parece evidente que uma sentença contraditória (portanto, que fere o raciocínio lógico) também deveria ser nula, irrita, nenhuma. Uma decisão obscura demonstra obscuridade de raciocínio e está longe, portanto, daquilo que o próprio CPC estipula como requisito da sentença.

Por certo – e não me tomem por ingênuo –, a incorporação dos embargos no sistema processual brasileiro acabou por gerar um subproduto que, no contexto atual, confere certa importância (pragmática) para o instituto. Isso é óbvio. Até mesmo não se nega que, em casos limitados, uma decisão poderia demandar um esclarecimento. Mas não do modo como hoje se age. O que quero dizer com isso? Refiro-me ao fato de que a morosidade da justiça, a dificuldade de tramitação de inúmeros recursos que seriam aplicáveis às hipóteses de sentenças nulas (por ausência ou insuficiência de fundamentação, vale dizer que sentenças omissas, obscuras ou contraditórias são, ao final, sentenças com fundamentação insuficiente, portanto, nulas) fazem com que os embargos sejam instrumentos úteis para sanar erros materiais cometidos pelo juízo a partir de uma intervenção “cirurgicamente” mais precisa no desenrolar processual.

Só que isso acaba por gerar um círculo vicioso progressivo: na medida em que temos embargos, temos mais recursos no Judiciário; se temos mais recursos, temos mais trabalho; se temos mais trabalho e não aumentamos a estrutura humana/funcional que opera com tudo isso, temos mais morosidade... Enfim, no fundo, os embargos, no lugar de remédios, acabam por se constituir como parte da causa da doença.

Quero dizer que, além de a própria existência dos embargos de declaração ser algo, digamos assim, estupefaciente e bizarro, também a sua operacionalidade em *terrae brasilis* deixa muito a desejar. Acaba dando ao processo contornos, para dizer o menos, de um *jogo* (não raro, de cartas marcadas!).

Com a exigência de que os julgamentos tenham que manter a coerência e a integridade e diante do fim do livre convencimento, não serão mais toleradas decisões genéricas como aquelas que dizem: “O juiz, na linha de precedentes do STF, não está obrigado a responder a todas as questões articuladas pelas partes. As razões de meu convencimento são suficientemente claras. Rejeito os embargos”. Decisão desse jaez deverá receber a pecha de nulidade. Simples, pois.

Bem compreendido isso, penso que poderemos avançar, mesmo que o Projeto tenha mantido os Embargos de Declaração. Só que, agora, os embargos devem ser lidos à luz dos artigos 10 e 499. Elementar! Nunca mais veremos feitos como o RE. 222.752 (BRASIL, [2003])⁹, *verbis*:

“Re 222752 – Recurso Extraordinário

Recurso Extraordinário

1. Emb. Decl. No Recurso Extraordinário
2. Emb. Decl. Nos Emb. Decl. No Recurso Extraordinário
3. Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. No Recurso Extraordinário
4. Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. No Recurso Extraordinário
5. Ag. Reg. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. No Recurso Extraordinário
6. Ag. Reg. No Ag. Reg. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. No Recurso Extraordinário
7. Ag. Reg. No Ag. Reg. No Ag. Reg. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. No Recurso Extraordinário
8. Emb. Decl. No Ag. Reg. No Ag. Reg. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. No Recurso Extraordinário.”

Assume relevância o voto do Min. Gilmar Mendes no MS 24.268/04¹⁰, em que ele promove, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, uma autêntica homenagem ao direito-dever fundamental de as decisões serem fundamentadas. Penso que, com essa decisão, já poderíamos derrubar essa virose epistêmica representada pelos embargos declaratórios.

De acordo com a referida decisão, o cidadão que entra em juízo tem:

- “a) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- b) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defensor a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- c) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmefähigkeit*) para contemplar as razões apresentadas” (BRASIL, 2004).

⁹Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/verProcessoRecurso.asp?incidente=1694028>>.

¹⁰Para uma análise mais detalhada do voto ver Streck (2011, p. 601-602).

O mesmo voto do Min. Gilmar Mendes incorpora ainda a doutrina de *Dürig/Assmann*, ao sustentar que o dever de conferir atenção ao direito das partes não envolve apenas a obrigação de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), mas também a de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*).

Penso que esse tipo de decisão, na esteira dos artigos 10 e 520 do novo CPC, pode ser um antídoto contra a banalização dos embargos. Aliás, em *Comentários à Constituição do Brasil*, na especificidade do art. 93, IX, deixamos claro, o Min. Gilmar Mendes e eu, que a obrigatoriedade da fundamentação é, assim, corolário do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma obrigação do magistrado ou do Tribunal, trata-se de um direito fundamental do cidadão, de onde se pode afirmar que, em determinadas circunstâncias e em certos casos, uma decisão, antes de ser atacada por embargos declaratórios, é nula por violação do inciso IX do art. 93 (MENDES; STRECK, 2013, p. 1325).

6. As tutelas de urgência e de evidência e, ainda, o excessivo protagonismo judicial

Apesar dos avanços, o Projeto não foi bem na parte destinada às tutelas de urgência e de evidência, sofrendo, nesse ponto, de um anti-hermeneutismo, uma vez que dependente – e eis, aqui, de novo, o busílis da questão – em demasia do protagonismo judicial.

Nas tutelas de urgência (art. 301) – cautelar ou de mérito –, concentram-se nas mãos de *heróis de toga* a verificação de existência de uma certa *probabilidade* do direito, somada ao *perigo na demora*, ao passo que, na tutela da evidência (art. 306), com fundamento em prova documental, o legislador permite a concessão da *antecipação (dos efeitos) da tutela* – esta, agora, entendida como gênero.

Ora, indispesável que o magistrado, ao decidir a antecipação da tutela, tenha em mente os critérios de integridade e coerência, a fim de evitar abusos na forma de *achismos processualizados*. Torna-se indispesável que o ato decisional esteja imbuído de fundamentos que respeitem todo um conjunto (histórico) de construção do direito, blindando-o contra arbitrariedades interpretativas. Mais que isso: faz-se mister que o intérprete tenha como parâmetro o filtro constitucional, a fim de legitimar democraticamente a sua decisão. Deve ser mitigada, portanto, qualquer remissão a um pretenso “poder geral de cautela”, porquanto só pode ser exercido dentro dos limites aqui delineados.

Embora o art. 299 do novo Projeto disponha que “[...] Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela antecipada, o juiz justificará as razões de seu convencimento de modo claro e preciso” – o

que reforça a necessidade de uma decisão precária também ser pautada pelos critérios da coerência e da integridade –, o art. 297 determina que “[...] A tutela antecipada conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, *a qualquer tempo, ser revogada ou modificada*” (grifo nosso).

Impende ressaltar que a tutela só pode ser revogada ou modificada diante de circunstâncias que a justifiquem. Não basta que o juiz mude de opinião, como quem muda de roupa. Logo, qualquer mudança na ordem decisional deve surgir a partir da *facticidade* e não dos achismos de um juiz ou tribunal que, muitas vezes, por conveniência meramente política, cassa (ou concede) decisões liminares.

7. O julgamento por equidade em casos de jurisdição voluntária: uma perigosa janela à intromissão de predadores externos ao direito

O problema das decisões por equidade não passou desapercebido por alguns estudiosos que se desdobraram para assegurar o aperfeiçoamento do texto do CPC Projetado. Tanto assim que, notando a sobrevivência do atual regime no Projeto, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias apresentou ao Congresso Nacional proposta sugerindo a supressão dos dispositivos que autorizavam o juiz a decidir via equidade, no que acabou tendo êxito, ao menos em parte¹¹.

¹¹ Em artigo escrito em obra já publicada, Ronaldo Brêtas faz um apanhado de todas as sugestões que apresentou ao Congresso Nacional, inclusive aquela na qual sugeriu a supressão dos artigos que autorizam as decisões por equidade. Confira-se seu raciocínio, elaborado antes do projeto chegar à Câmara dos Deputados: “O texto normativo do art. 108 apresenta o seguinte conteúdo: ‘O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.’ Entendemos que esse trecho deve ser suprimido, por afrontar visivelmente a principiologia constitucional do Estado Democrático de Direito, renumerando-se os artigos subsequentes, que forem mantidos. Assim o é, porque, no Estado Democrático de Direito brasileiro, que adota o sistema jurídico romano-germânico (*civil law*), o juiz não pode decidir por equidade. Se houver alguma norma que o autorize a tanto, será inconstitucional, porque o agente público decisior (juiz) sempre estará vinculado à *reserva legal*, garantia fundamental do povo, conforme prevê o art. 5º, inc. II, da Constituição Federal: ‘Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.’ A expressão lei, no texto constitucional, deve ser entendida como ordenamento jurídico, vale dizer, conjunto de princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais que compõem, vinculando os órgãos jurisdicionais, quando proferem suas decisões. Daí a inarredável sujeição do Estado Democrático de direito ao princípio constitucional da legalidade, que o estrutura constitucionalmente, como proclamam as normas do art. 37 da Constituição Federal, que mencionam o dito princípio estruturante do Estado Democrático de Direito *em primeiro lugar*, na enumeração que empreende. [...] A supressão ora sugerida ficará harmonizada com a proposta legislativa apresentada na própria Exposição de Motivos, pois um dos objetivos ali declarados, na elaboração de um Novo Código de Processo Civil, aliás, o primeiro, foi ‘estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal’, em razão da ‘necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal.’ Pelas mesmas razões, o parágrafo único do art. 689 também deverá ser suprimido do texto do Projeto, pois permite que, nos procedimentos não contenciosos, possa o juiz decidir com inobservância do critério da legalidade estrita, destarte, autorizando-lhe fraudar o texto da Constituição, ao julgar com afronta à inarredável garantia da reserva legal.” (DIAS, 2011. p. 551-566).

É que o *Relatório Paulo Teixeira* baniu o texto previsto no art. 120 do “substitutivo” originado do Senado Federal, de modo que atualmente, pela proposta da Câmara dos Deputados, desaparece o dispositivo que autorizava o juiz a decidir por equidade nos casos previstos em lei. Não obstante, permanece no Projeto, inserido no Capítulo XVI (“Dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária”), agora em seu art. 738, parágrafo único, a previsão de que “o juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente e oportuna” (DELFINO, 2014).

Essa opção merece críticas. Afinal, o fim do art. 738, até por coerência, haveria de ser o mesmo infligido ao já mencionado art. 120, isto é, também o parágrafo único do art. 738 deveria ter sido eliminado do Projeto. Sobretudo tal dispositivo, cujo teor é ainda mais invasivo por autorizar o juiz, sem melindre algum, a simplesmente abandonar a “legalidade estrita” para adotar solução que ele mesmo, a partir de seu prudente arbítrio, considere a mais *conveniente e oportuna*¹².

Em outros termos: admitir legislativamente o desapego à “estrita legalidade” quando da atuação jurisdicional, como faz o parágrafo único do art. 738, é a prova de que, nesse particular, perma-

necemos presos à metodologia da filosofia da consciência (e/ou de suas vulgatas voluntaristas), ainda submissos ao “sujeito da subjetividade”, situados paradoxalmente no espaço-tempo da modernidade, esquema que já deveria estar sepultado pelo paradigma da linguagem. O que faz o legislador é nada mais que conservar um regime (inconstitucional) cuja maior característica é o extravasamento do arbítrio judicial, que autoriza o julgador a avançar para além do direito, pautando-se em critérios próprios, extraídos sabe-se lá de onde (moral, política, religião, etc.), com o objetivo de fundamentar suas decisões, uma espécie de ressalva à democracia e a tudo aquilo que de melhor ela representa¹³.

Entretanto, penso que esse tipo de paradoxo do novo CPC poderá ser corrigido por uma adequada hermenêutica, a partir de uma interpretação totalizante, que leve em conta a ossatura de todo o Projeto, como, por exemplo, o abandono do livre convencimento e a exigência da integridade e da coerência na formação da jurisprudência.

8. Os precedentes e a incindibilidade entre questão-de-fato e questão-de-direito

Penso que o novo Projeto de Código de Processo Civil poderia ter um avanço maior. Um dos motes ainda não superados é a tentativa de separar *questões de fato* de *questões de direito*.

O Código de Processo Civil em vigor já incorre neste mal-entendido quando, v.g., aduz ser possível a decisão liminar de improcedência

¹² No mesmo artigo, depois de apresentar uma correlação entre *julgamento por equidade* e *realismo jurídico*, Dias (2011, p. 556) leciona, de maneira contundente, que “o sistema processual brasileiro, ao autorizar, mesmo que excepcionalmente, a jurisdição por equidade, torna-se de certa maneira *autofágico* e passa a nutrir-se à custa de sua própria substância. Decisões proferidas sem apoio normativo, desapegadas a construções legítimas nascidas do *devido processo legislativo*, não só atentam contra o princípio da legalidade, como também, e por consequência, consomem alguns dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a exemplo da segurança jurídica. É o Estado Democrático de Direito canibalizando-se, consumindo e extinguindo, por ação própria, ideais que deveria concretizar. Quem perde com isso são sempre os brasileiros, a cada dia mais sufocados por uma atmosfera jurisprudencial esquizofrênica, com teses para todos os gostos, cuja característica manifesta é a imprevisibilidade”.

¹³ Não desconheço o árido debate travado entre os processualistas acerca da natureza da jurisdição voluntária, muitos deles adeptos a corrente que a rotula como atividade administrativa. Ressalto, entretanto, que para mim a jurisdição voluntária detém natureza jurisdicional, e por ser assim não deve haver dúvida de que o juiz, também ao decidir em procedimentos de tal jaiz, está mesmo vinculado à legalidade, obrigado a respeitar a autonomia do direito.

quando a matéria controvertida for *unicamente de direito* (art. 285-A). Assim também quando prevê o julgamento direto do mérito pelo Tribunal, em apelação de processo extinto sem julgamento do mérito, se a causa versar questão *exclusivamente de direito* (art. 515, §3º). Ainda, quando no âmbito dos recursos repetitivos diante do STJ, aduz que só podem ser suspensos aqueles com fundamento em *idêntica questão de direito* (art. 543-C, *caput*).

Embora de maneira escamoteada, essa tentativa de “lógica objetivadora” permeia diversas técnicas de filtragem e de vinculação, como a negativa de recursos manifestamente inadmissíveis (art. 557, *caput* e § 1º), o sobrerestamento de recursos extraordinários (art. 543-B), a repercussão geral (art. 543-A) e a súmula vinculante (Lei 11.417/06).

O novo Projeto de Código de Processo Civil abusa da expressão *questão de direito*, fazendo referência a uma possível questão que não fosse relacionada a um fato. Podem ser citados como exemplos o julgamento de casos repetitivos (art. 522, parágrafo único), o incidente de assunção de competência (art. 959, *caput*), o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 988, *caput*) e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. 1.049, *caput*).

Todavia, impende ressaltar que, sob uma perspectiva hermenêutica, é impossível fazer tal distinção, porquanto a interpretação do direito é sempre uma aplicação (*applicatio*) e, por isso, pressupõe o mundo prático. E, ainda que alguém não tenha dada por superada a relação sujeito-objeto, tanto o fato quanto o direito fazem parte da causa de pedir, um dos elementos (indispensáveis) da ação. Ora, os fatos só terão importância para o direito se forem fatos juridicamente relevantes – e, daí, a necessária imbricação entre questões de fato e questão de direito, o que, em linguagem hermenêutica, denominamos de diferença ontológica.

Neste sentido, leciona Castanheira Neves (1995, p. 511):

“E assim temos de concluir, quanto a este último sentido, que o direito não pode prescindir do facto e que o facto não pode prescindir do direito. Na verdade, se por um lado não há validade que não seja validade de algo, e de algo que relativamente a essa intenção fundamentalmente se ofereça na contingência da facticidade, também a validade jurídica não poderá deixar de ter um contingente e material sujeito-objeto a predicar, e no qual se cumpra – o predicado não prescinde do sujeito e terá nele justamente de se afirmar predicado, uma *questio juris* é sempre a *questio facti*. Por outro lado, sendo os factos de um problema concreto de direito o objeto intencional da respectiva questão-de-fato, e por esta são determinados, não é menos certo que também eles não têm sentido sem referência à questão-de-direito, pois uma *quaestio facti* é necessariamente a *quaestio facti* de uma certa *quaestio juris*.”

Assim, verifica-se que a redação do novo Projeto padece de uma impropriedade técnica: quando o legislador refere-se à *questão de direito* (ou expressões congêneres) não quer, na verdade, se reportar a questões que não sejam munidas de questões de fato, mas sim a causas que não demandem diliação probatória, em especial de natureza testemunhal e/ou pericial. Assim que deveremos ler esse texto.

A título exemplificativo, podemos pensar nas demandas que buscam a devolução de expurgos inflacionários decorrentes da aplicação de índices inferiores aos devidos sobre a caderneta de poupança no início da década de 1990. Nesse caso, é óbvio que aquele que peticiona em juízo o faz porque à época era titular de uma caderneta de poupança. Também é evidente que deverá provar essa condição com a juntada dos extratos respectivos, mormente para que se torne possível o cálculo do valor devido.

Nessa hipótese, os documentos juntados são indispesáveis para o processamento da demanda, sob pena de indeferimento da petição inicial. Por outro lado, a causa proposta não exige maior dilação probatória: não é necessário ouvir testemunhas para afirmação da titularidade da conta-corrente, tampouco se torna necessária perícia grafotécnica. Assim, todas as provas necessárias ao julgamento da demanda já foram colhidas e, por isso, torna-se possível aplicar aos “casos similares” – e que também não dependem de prova – as mais variadas “técnicas de objetivação” do processo (súmula vinculante, julgamento de demandas repetitivas, incidente de assunção de competência, entre outros).

Diferentemente ocorre, por exemplo, em demandas em que a prova documental inicial não se faz suficiente ao julgamento da demanda. Nessa hipótese, será indispesável dilação probatória e, como cada caso torna-se um caso particular em razão das peculiaridades das provas a serem colhidas, jamais poderá ser feito um juízo de similaridade.

Portanto, podemos concluir que a “lógica” dos precedentes não pode determinar como parâmetro de escolha do objeto de sua aplicação a distinção questão-de-direito, como se fosse possível cindi-la de uma pretensa questão-de-fato. Por isso, a redação do novo Projeto deveria ser mais clara e precisa utilizando-se da expressão “questão que não demande dilação probatória” (ou algo do gênero) no lugar de “questão de direito”. De todo modo, também aqui a interpretação da ossatura do Código, se a doutrina efetivamente vier a doutrinar, levará a esse sentido. Um texto jurídico não se interpreta por partes. Por isso, o círculo hermenêutico: do todo para a parte, da parte para o todo.

9. Considerações finais: *habemus CPC, mas, sem romper – materialmente – com o modelo “social-protagonista”, apenas repetiremos os erros do passado*

Nunca estive de má vontade com o Projeto do novo CPC. Tudo o que escrevi foi para criticar o instrumentalismo processual e seus efeitos colaterais, presentes até que o Relator, Dep. Paulo Teixeira, assumisse, corajosamente, a tese de que havia algo mais a ser tratado no Projeto. Esse *plus* dizia respeito aos paradigmas filosóficos e à necessidade de controlar as decisões judiciais.

Um dos pontos centrais a favor do novo CPC é o abandono do livre convencimento e da livre apreciação da prova. Simbolicamente isso representa o desejo de mudar. E saltar paradigmaticamente. Com efeito, seja do ponto de vista normativo, seja do ponto de vista performativo, “livre convencimento” (ou livre apreciação da prova) não é o mesmo que “decisão fundamentada”. Isso porque da perspectiva normativa do princípio

que exige a fundamentação das decisões, o juiz não tem a opção de se convencer por qualquer motivo, uma espécie de discricionariedade em sentido fraco que seja, mas deve explicitar com base em que *razões*, que devem ser intersubjetivamente sustentáveis, ele decidiu desta e não daquela maneira, conforme bem diz Marcelo Cattoni. É claro que nenhuma decisão se dá no *vácuo*, mas num contexto histórico-institucional. Todavia, na sua fundamentação, o juiz deve posicionar-se explicitamente em relação a esse contexto institucional.

Realmente, ser correto e decidir de forma imparcial não é uma tarefa fácil. Exige exercício prático, senso de dever, capacidade de adotar uma atitude reflexiva em relação às próprias precompreensões, garantia de comparticipação dos destinatários da decisão no processo deliberativo, aprendizado institucional e debate público. O resto é *desculpa* para fugir de responsabilidades.

O Projeto do novo CPC, ao apostar no livre convencimento (com esse nome ou outro qualquer) fazia uma *leitura idealista* projetando uma dicotomia entre normas e fatos, uma perspectiva monológica e solipsista da questão que desconsidera que a normatividade é uma construção intersubjetiva interna à realidade, embora não se deixe reduzir a uma mera força do factual. Ora, do ponto de vista hermenêutico-crítico, a “realidade” não é um obstáculo, mas é constitutiva, reflexivamente, do processo hermenêutico de concretização da normatividade. Basta pensar em autores como Friedrich Müller ou Ronald Dworkin, por exemplo. Até porque “a realidade em si” não existe, a realidade é uma construção hermenêutica; o que há são tradições, paradigmas, precompreensões, permanentemente *em disputa e em conflito*, dessa e nessa mesma *realidade*, em face do horizonte de uma história efectual enquanto aprendizado social de longo prazo, cujo sentido permanece também em aberto.

Além disso, falar em *livre convencimento*, sobretudo quando sabemos que nenhum sentido se constrói fora deste “espaço” hermenêutico, é correr o risco de adotar uma atitude performativa irreflexiva em relação a essas tradições, paradigmas e precompreensões; é correr o risco de perpetuar, portanto, preconceitos e práticas institucionais com as quais se pretendia romper exatamente por meio de uma reforma legislativa.

Alvíssaras, portanto. Outro ponto de fundamental importância diz respeito à obrigatoriedade de a jurisprudência adotar os princípios da coerência e da integridade, problemática que levantei já nas 3^a e 4^a edições de *Verdade e Consenso*. O Projeto abandona a simplicidade da exigência da “estabilidade” e passa a exigir coerência e integridade. Isso, aliado ao art. 10 do projeto e à expunção do livre convencimento, há de dar um salto para além do velho instrumentalismo das tentações do fator Oskar Büllow (social protagonismo fruto de uma visão solipsista do processo – e do mundo).

Ficaram ainda alguns pontos que poderiam ter sido mais bem desenvolvidos, como o problema do agir de ofício do juiz (arts. 2; 139, IV; 337 e 550), que se apresenta contraditório ao que dispõe o restante do Projeto. Também o poder cautelar do juiz representa um passo atrás, isto é, um passo na direção do velho social-protagonismo, incoerente, portanto, com os ditames dos artigos 10 e 520 e seguintes do Projeto.

De todo modo, creio que do projeto e sua complexidade podem ser retirados alguns princípios norteadores do novo Código, como o da necessidade de manter a coerência e a integridade da jurisprudência (incluídos os precedentes), a vedação do livre convencimento, o que implica um menor protagonismo e a necessidade da adoção do paradigma da intersubjetividade, ou seja, a subjetividade do juiz deve ser suspensa e

controlada pela intersubjetividade estruturante do direito. Essa é a *holding* do novo “sistema”. Sem compreendê-lo, corremos o risco de fazer uma revolução à avessas. Raciocínios pequeno-gnosiológicos ainda assentados nos paradigmas objetivistas ou subjetivistas (ou de suas vulgatas voluntaristas) podem, rapidamente, provocar a derrocada de uma boa ideia.

É o que veremos na sequência.

Referências

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. Mandado de segurança n. 24.268/MG. Relator: Ministra Ellen Gracie. DJ, 5 fev. 2004. *Diário da Justiça*, 17 set. 2004.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento processual. Recurso extraordinário n. 222752. [DJ, 15 abr. 2003]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoRecurso.asp?incidente=1694028>>. Acesso em: 1º abr. 2015.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n.1251331/RS. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. DJ, 28 ago. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, 24 out. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100964354&dt_publicacao=24/10/2013>. Acesso em: 2 mar. 2015.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Processo constitucional*. 2. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Pergamum, 2013.
- DIAS, Ronaldo Brétas de Carvalho. Projeto do novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado: exame técnico e constitucional. In: ROSSI, Fernando et al. (Org.). *O futuro do processo civil: uma análise crítica ao Projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS – ECHR. Case of *H. v. Belgium A127-B*. [Application no. 8950/80]. Strasbourg, 30 nov. 1987. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57501>>. Acesso em: 23 maio 2014.
- _____. *Hiro Balani v. Spain A303-B*. [Application no. 18064/91]. Strasbourg, 9 dez. 1994. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57910>>. Acesso em: 2 mar. 2015.
- DELFINO, Lúcio. A paradoxal decisão por equidade no Estado Democrático de Direito: apontamentos sobre o “Relatório Paulo Teixeira”. In: PIMENTEL, Alexandre Freire et al. (Coord.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil*. Editora JusPodivm, 2014. p. 235-255. v. 3.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NEVES, A. Castanheira. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito. In: _____. *Digesta, escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1.

NUNES, Dierle José Coelho. *O recurso como possibilidade jurídico-discursiva das garantias do contraditório e da ampla defesa*. Dissertação (Mestrado). Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica, 2003.

_____. O princípio do contraditório. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, v. 5, n. 29, p. 73-85, mai./jun. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Novo CPC decreta a morte da lei: viva o common law!*. *Revista Consultor Jurídico*, 12 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em: 3 mar. 2015.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

_____. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014b.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Os serviços ecossistêmicos como medidas estruturais para prevenção dos desastres

DÉLTON WINTER DE CARVALHO

Sumário

Introdução. 1. Prevenção e mitigação dos desastres. 2. O governo dos riscos catastróficos e a incerteza. 2.1. Medidas estruturais. 2.1.1. Infraestrutura verde ou natural. 2.1.2. Infraestrutura cinza ou construída. Considerações finais.

Introdução

O Direito dos Desastres traz à lume uma necessária radicalização da prevenção *lato sensu*, exigindo um papel protagonista dos instrumentos de avaliação e gestão de riscos catastróficos. Os processos de decisão, em sede jurisdicional ou administrativa, devem sempre ser permeados pela necessidade de evitar e antecipar os desastres. Para tanto, a gestão dos eventos extremos depende da eficaz interação entre *medidas estruturais* e *não estruturais* para prevenção de desastres.

Entre as medidas estruturais, encontram-se as obras de infraestrutura construídas pelo homem, assim como, mais contemporaneamente, os *serviços ecossistêmicos*, como infraestrutura verde ou natural, os quais vêm exercendo também forte influência sobre os estudos de avaliação de risco e demais medidas não estruturais. O presente trabalho chama a atenção para a tendência mundial de utilização institucionalizada dos serviços ecossistêmicos como estratégia estrutural preventiva para gerir riscos de desastres ambientais.

As pesquisas mais atuais na área de prevenção a desastres demonstram a necessidade de construção de um direito que assegure o meio ambiente ecologicamente equilibrado não apenas como bem jurídico (de uso comum do povo), mas também os *serviços ecossistêmicos* por sua alta importância e eficácia difusa.

Délton Winter de Carvalho pós-doutor em Direito pela University of California at Berkeley (USA), doutor e mestre em Direito pela UNISINOS (RS) e professor do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS.

Em casos de regulação jurídica dos desastres, bem como de atuação dos organismos institucionais competentes para lidar com eventos extremos, a prevenção *lato sensu* (prevenção e precaução) exerce um papel central. Isso se dá em razão da própria magnitude extrema dos desastres, assim como de suas constantes incertezas e indeterminações causais. A prevenção, de forma circular e sistemática, deve permear e nortear todas as fases de um fenômeno de consequências catastróficas, desde sua prevenção propriamente dita até a reconstrução do patrimônio, da economia e do ambiente afetados.

O Direito, por seu turno, detém forte vinculação estruturante com o horizonte passado, demonstrando limites e dificuldades operacionais para explorar os instrumentos existentes e demonstrar os prognósticos razoáveis acerca dos possíveis danos ambientais catastróficos.

Ao descrever o papel do Direito nesse cenário de prevenção dos desastres, o presente texto delimita sua análise à função preventiva do Direito e aos diversos instrumentos úteis para identificação, avaliação, gestão e comunicação dos riscos de desastres. Num primeiro momento, exploram-se os caminhos para subsidiar decisões que tenham a função de identificar e gerenciar os riscos extremos, lançando mão de uma descrição e reflexão crítica acerca das *medidas estruturais* e *medidas não estruturais* de prevenção dos riscos catastróficos.

As *medidas não estruturais* consistem em estudos e informações que instrumentalizam os processos de tomada de decisão, a fim de permitir a antecipação, quer preventiva quer mitigatória, de eventos extremos. Dentre tais instrumentos, destacam-se o estudo de impacto ambiental e as avaliações de riscos ambientais, que adquirem novas nuances e funções quando utilizados para a prevenção de desastres. Mais especificamente, existem os chamados *instrumentos de política nacional de proteção e defesa civil*, previstos na Lei de Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei nº 12.608/12). Nesse contexto, mesmo instrumentos já existentes no cenário jurídico (como é o caso do plano diretor, de cadastros, mapas de riscos, planos de emergência, entre outros) ganham novas funções e, além de propiciar uma integração de dados e informações, orientam os processos decisórios com base no Estado de Direito, limitando a discricionariedade, bem como restringindo as possibilidades de decisões alheias à prevenção.

1. Prevenção e mitigação dos desastres

A gestão do risco deve, circular e sistematicamente, permear todas as fases estratégicas de um desastre. A título exemplificativo, de infraestruturas de engenharia civil danificadas por um desastre, devem ser reconstruídas

de modo a evitar novos eventos catastróficos e a serem resilientes a novos eventos, sobretudo no que diz respeito às mudanças climáticas e seus eventos climáticos extremos. Merece destaque o fato de a Lei de Proteção e Defesa Civil (BRASIL, 2012) fazer expressa menção ao protagonismo da função preventiva na gestão dos desastres, sendo *diretriz* da referida política nacional “a prioridade às ações preventivas relacionadas à minimização de desastres”¹, e seu objetivo “a redução dos riscos de desastres”².

Um problema de racionalidade que enfrenta qualquer expectativa de adoção de medidas preventivas ou precaucionais pelo setor econômico é o custo dessa adoção, que deve ser menor do que os custos *post factum*, ou seja, de remediação. Assim, o direito, em uma dimensão preventiva ou punitiva, deve estimular essa equação (BRUGGEMAN, 2010, p. 28-30), não apenas pela imposição de internalização de custos, mas sobretudo por instrumentos de dissuasão (medidas preventivas), poder de polícia e criminalização em matéria ambiental. O direito deve, ainda, minimizar as falhas existentes na *subvalorização* mercadológica e econômica dos serviços ecossistêmicos, tornando justo e racional o uso e o proveito dos recursos naturais.

Outro desafio decorre das características dos próprios riscos catastróficos, que consistem, em muitos casos, em riscos de baixa probabilidade, porém com grandes perdas (vidas, propriedade e serviços ecossistêmicos). A inserção da incerteza nos contextos de decisão dificulta a imposição de medidas preventivas adequadas, pois *não há como gerenciar riscos adequadamente se você não consegue medi-los adequadamente*. Nesse sentido, mesmo o desconhecimento deve ser ponderado na construção de tais descrições

sustentadas por padrões e programas de decisão principiológicos, tais como a prevenção (para a qual há a necessidade de descrição quantificável do risco, quer em suas probabilidades e/ou magnitudes) e a precaução (que gerencia decisões em contextos de dúvida e incerteza científicas a partir de *hipóteses científicamente ponderáveis*). Assim, a aprendizagem, a informação e os modelos de decisão em contextos de incerteza devem ser tomados em consideração com grande atenção, quer no diagnóstico, quer, acima de tudo, na fundamentação, atendendo ao *Princípio da Motivação* das decisões administrativas e jurisdicionais.

O direito, em sua função preventiva à ocorrência de desastres, deve atuar como um observador da gestão técnica e política do risco, controlando o nível de prevenção em situações críticas. Há, assim, uma estabilidade-dinâmica na operacionalidade do direito em situações críticas. O direito ainda serve para trazer à tona, questionar e mapear os pressupostos, pré-juízos e pré-compreensões estruturantes da *racionalidade social* ao longo dos processos de tomada de decisão nas organizações (públicas ou privadas).

Cabe destacar também que, quando aprofundada, a *circularidade* no gerenciamento dos riscos leva à observação de que *sistemas de infraestruturas críticas interconectadas* apresentam um padrão para análise e gerenciamento de risco com uma constituição que segue o seguinte padrão: *normalidade; interrupção; falha sistêmica; resposta de emergência; recuperação; nova normalidade*. Nessa equação, deve ser salientado o fato de que muitas vezes é possível que a interrupção operacional que leve a desastres ou colapsos seja temporária, com o sistema sendo capaz, estruturalmente, de retornar à (velha) normalidade, processo ao qual se denomina *restauração*. Em casos como esses, muitas vezes não há a percepção

¹ Ver inciso III do art. 4º da Lei nº 12.608/2012.

² Ver inciso I do art. 5º da Lei nº 12.608/2012.

de nenhuma interrupção contínua no sistema, seja em relação à infraestrutura de engenharia civil, cibernética ou mesmo verde.

Um sistema em colapso consiste em algo profundamente *diverso do sistema em modo operacional normal* e, em virtude de sua constante capacidade de apresentar cenários imprevisíveis, oferece profunda complexidade ao planejamento, ao preparo e, acima de tudo, às *respostas emergenciais*. Em muitos casos, uma *mitigação substancial* no período recente pós-desastre faz-se diante de um cenário absolutamente complexo e caótico, sem que tenha havido antecipação e preparação adequadas. *Essa constatação atribui uma relevância ainda maior às estratégias preventivas a desastres.*

Finalmente, o ciclo processual acima é capaz de demonstrar que, após a recuperação, o que será obtido não será uma *velha normalidade*, mas sim uma *nova normalidade*, com novas características, tais como estímulos à inovação, novos serviços ecossistêmicos, novas formas cotidianas de vida e novos padrões de qualidade ambiental, gerando novos aprendizados para prevenção de futuras ocorrências. É nesse ponto que as *irreversibilidades*³ são percebidas, numa confrontação entre a *velha normalidade* (pré-desastre) e a *nova normalidade* (pós-recuperação e reestabilização).

2. O governo dos riscos catastróficos e a incerteza

A informação detém um papel fundamental na gestão dos desastres, uma vez que não apenas facilita a prevenção de tais eventos, mas também fornece às partes envolvidas e aos possíveis afetados motivação e potencial de mo-

³ Acerca do papel da irreversibilidade no Direito, ver Sunstein (2010). Tomando em consideração a irreversibilidade na jurisprudência e no Direito brasileiro, ver Carvalho (2011).

bilização. A coleta, produção e publicização de informações, a partir de um *direito de saber*, são um importante instrumento para a prevenção dos desastres, pois não só estimulam a reflexão sobre atividades de risco, como também potencializam a participação dos afetados nas decisões potencialmente causadoras de danos catastróficos.

A *prevenção* ocorre em momento anterior ao evento, ao passo que a *mitigação* se inicia no mesmo momento do evento e segue temporalmente, afetando positivamente (diminuindo) a magnitude do evento. As *mudanças climáticas* impõem um novo grau de dificuldade e complexidade à sociedade global no que diz respeito à adoção de medidas para mitigação do aquecimento do Planeta e suas consequências. Surge aí o sentido de *adaptação*⁴: diante da incapacidade de *prevenir* (uma vez que o processo de mudança climática já parece estar em curso), e pelo fato de a *mitigação* satisfatória mostrar-se lenta e complexa, a *adaptação* às novas características climáticas consiste em mais uma etapa de um ciclo de gerenciamento de risco de desastres.

Na percepção crítica de Austin Sarat e Javier Lezaum, a ênfase e o crescimento da atenção ao termo *resiliência* nada mais são do que um crescente ceticismo na capacidade de antecipação em casos de riscos catastróficos. Para o autor, há um crescente interesse pelo tema da resiliência na literatura sobre desastre e gestão de crises em contraposição à ênfase em planejamento e antecipação (SARAT; LEZAUM, 2009, p. 5).

⁴ A Lei de Política Nacional sobre Mudança do Clima (BRASIL, 2009) conceitua adaptação como as “iniciativas e medidas para reduzir a vulnerabilidade dos sistemas naturais e humanos frente aos efeitos atuais e esperados da mudança do clima” (art. 2, I). Ainda, a vulnerabilidade, para os fins dessa legislação, consiste no “grau de suscetibilidade e incapacidade de um sistema, em função de sua sensibilidade, capacidade de adaptação, e do caráter, magnitude e taxa de mudança e variação do clima a que está exposto, de lidar com os efeitos adversos da mudança do clima, entre os quais a variabilidade climática e os eventos extremos” (art. 2, X).

O grande desafio que se coloca à gestão dos desastres decorre exatamente de uma das principais características desses eventos: *a incerteza*. Os desastres não apenas chamam a atenção para a premência da gestão dos riscos, mas também, e sobretudo, demonstram os desafios de gerenciamento da ignorância, do desconhecimento, da incerteza e da precaüidade dos dados que envolvem as probabilidades e as magnitudes dos riscos catastróficos. Ao mesmo tempo que os desastres justificam a sua prevenção, as incertezas e os limites cognitivos do homem impõem, em muitos casos, uma ausência ou, pelo menos, grande dificuldade para a realização dessa prevenção.

2.1. Medidas estruturais

No Direito brasileiro, como já referido, a prevenção dos desastres envolve, por evidente, a avaliação (estudo das ameaças, do grau de vulnerabilidade do sistema e dos corpos receptores, e a síntese conclusiva, com avaliação e hierarquização dos riscos catastróficos e definição das áreas de maior risco) e a gestão dos riscos de desastres (medidas estruturais e não estruturais). As estratégias para atuação preventiva aos desastres são compostas a partir de medidas estruturais e não-estruturais. Nota-se que, *tradicionalmente*, as medidas estruturais são compreendidas *apenas* como aquelas decorrentes da engenharia civil (infraestrutura construída pelo homem), tais como diques, barragens, obras de contenção de erosão e deslizamentos, entre outras. Por tal motivo, havia, antes da instituição do novo modelo de Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (instituído pela Lei nº 12.608/12), a convicção acerca da prioridade das medidas não estruturais sobre as estruturais⁵, dando ênfase às estratégias de construção de informações e conhecimento acerca dos riscos ambientais em detrimento do dispêndio de recursos financeiros em obras de infraestrutura civil, geralmente mais onerosas temporal e financeiramente.

2.1.1. Infraestrutura verde ou natural

Note-se que um dos caminhos mais recentes, construtivos e criativos adotados pelo Direito dos Desastres consiste em tomar a *infraestrutura natural* como estratégia *estrutural* preventiva e mitigadora dos desastres, valorando os ecossistemas não apenas como *bens ambientais*, mas sobre-tudo como *serviços ecossistêmicos* de prevenção e proteção contra desastres naturais. Os desastres ambientais têm exercido um papel significativo

⁵Ver item 1.2. da Política Nacional da Defesa Civil, p. 15: “Em princípio, as medidas não-estruturais devem ser consideradas prioritariamente” (BRASIL, 2007).

em determinar como se entendem e se valoram os serviços ambientais (HIROKAWA, 2011, p. 545). Não se pode olvidar que os serviços ecosistêmicos também exercem uma 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). Contudo, é na fase preventiva que têm maior importância. Por tal razão, 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). As medidas estruturais construídas artificialmente devem ser utilizadas também, porém subsidiariamente à infraestrutura natural e aos estudos avaliativos. O Direito dos Desastres começa a demonstrar a relevância operacional dos serviços ambientais como *medidas estruturais preventivas*, estratégia estrutural inexistente ou, para dizer o mínimo, inexplorada, no cenário brasileiro até o momento.

Pensar os serviços ambientais como infraestrutura verde atribui um maior destaque à integração entre os elementos ambientais e aqueles construídos pelo homem, o que potencializa a aptidão para um desenvolvimento comprometido com a sustentabilidade presente e futura. A sociedade tem apresentado um constante aumento de demanda por serviços ambientais e maior confiança em sua disponibilidade e fornecimento, ao mesmo tempo que tem demandado por desenvolvimento socioeconômico e expansão territorial.

Sob o ponto de vista conceitual, parte-se da noção de que *infraestrutura* consiste em fundações, fazendo menção especial a instalações básicas em relação às quais a continuidade e o crescimento de uma comunidade fazem-se

dependentes. Há, a partir desse conceito, uma valorização dos serviços ambientais fornecidos para a vida humana. Desenvolvido, primeiramente, no planejamento urbano de grandes cidades, o conceito de *infraestrutura verde* atribui atenção às áreas ambientalmente relevantes para a qualidade de vida nos grandes centros urbanos. Assim, a infraestrutura verde nada mais é do que *uma rede interconectada de espaços ambientais que conservam valores e funções ecossistêmicas, provendo benefícios associados às populações humanas*. A importância dessa concepção frente a visões mais tradicionais de desenvolvimento consiste na ênfase na integração entre valores conservacionistas, ordenação e planejamento de ocupação do solo, gestão do crescimento e planejamento da infraestrutura construída (ou cinza). O termo infraestrutura verde enfatiza *sistemas interconectados* de áreas naturais e outros espaços abertos que, uma vez protegidos e geridos, promovem benefícios ecológicos à sociedade e ao ambiente (BENEDICT; MACMAHON, 2001, p. 1-7).

O *ecossistema*, por sua vez, é um complexo dinâmico de comunidades vivas, que inclui microrganismos, plantas, animais e seres humanos, e seu ambiente não vivo, interagindo como uma unidade funcional em uma dada área. Ecossistemas são, portanto, vistos como sistemas humanos e ecológicos integrados que trabalham em conjunto para prover a gama de bens e outros benefícios necessários para suportar vida, meios de subsistência e bem-estar humanos. Já os serviços ecosistêmicos, são os *benefícios que as pessoas obtêm dos ecossistemas*. Esses incluem os *serviços de provisionamento*, como alimentos, água, madeira e fibras; *serviços de regulação*, que afetam clima, enchentes, doenças, resíduos, qualidade da água, mitigação de perigos naturais, controle de processos de erosão do solo, purificação da água; *serviços culturais*, que proporcionam lazer, benefícios

estéticos e espirituais; e *serviços de apoio*, tais como a formação do solo, a fotossíntese, e o ciclo dos nutrientes (MA, 2005, p. vii).

Por seu turno, a expressão *meio ambiente* é usada muitas vezes, com um sentido mais abrangente, que inclui tanto os elementos naturais quanto os elementos humanos construídos, que cercam e afetam a vida, o desenvolvimento e a sobrevivência de organismos e comunidades (MA, 2005, p. vii; PEDRR, 2010, p. 10). O sentido de *meio ambiente* (arts. 225, CF, e 3, I, da Lei 6.938/81) abrange e supera o de serviços ecossistêmicos, sendo uma noção que compreende bens e serviços decorrentes destes.

Os serviços ambientais e seu respectivo pagamento encontram aderência ao sistema jurídico pátrio por estarem compreendidos na noção de *instrumentos econômicos* como mecanismos de implantação da Política Nacional de Meio Ambiente (art. 9º, XIII, Lei nº 6.938/81). Nesse aspecto, enquanto os *serviços ecossistêmicos* são passíveis de valoração econômica com base na avaliação de sua relevância para viabilizar a qualidade de vida humana, as *funções ecossistêmicas* são *processos ecológicos essenciais* que dão suporte às cadeias ecossistêmicas (por exemplo, a decomposição de materiais forma a estrutura do solo; a transformação de energia e materiais em estrutura vegetal fornece *habitat* para outros organismos) (RUHL; KRAFT; LANT, 2007, p. 16) e não são passíveis de tal atribuição valorativa e mercadológica. Essas funções geram benefícios à vida humana, os quais costumam ser nomeados de serviços ecossistêmicos. Os serviços não correspondem diretamente às funções, podendo determinados serviços decorrer de duas ou mais funções ecossistêmicas (EETEN; ROE, 2002, p. 15-16). Entretanto, essa diferenciação não é pacífica, exatamente pela proximidade, indeterminação e acoplamento intenso.

Diversos estudos (PEDRR, 2010) demonstram que os ecossistemas e seus respectivos serviços beneficiam a redução dos riscos de desastres em duas formas preponderantemente. Primeiramente, os ecossistemas (tais como banhados, florestas e sistemas costeiros) podem *reduzir a exposição física* aos perigos naturais, servindo como barreiras protetivas naturais ou amortecedores que mitigam impactos (PEDRR, 2010, p. 12-14). A segunda forma pela qual os ecossistemas podem diminuir os riscos de desastres é pela *redução das vulnerabilidades socioeconômicas* inerentes aos riscos de impactos. Além da relevância preliminar de proteção dos ecossistemas e de suas funções regulatórias, os ecossistemas também sustentam a subsistência humana e fornecem bens essenciais, tais como alimentos, fibras, medicamentos e materiais para construção, sendo, portanto, igualmente relevantes para o *fortalecimento da segurança humana, bem como da resiliência contra desastres* (PEDRR, 2010, p. 14-16).

Entre 1991 e 2010, segundo o Atlas Brasileiro de Desastres Naturais, o número de pessoas afetadas no Brasil por desastres foi de 96.220.879.

Apesar de a estiagem e a seca serem a espécie de desastre que mais afeta a população no país (50,34%), são as inundações bruscas, que afetam 29,56% das vítimas, os eventos responsáveis pelo maior número de mortes (com 43,19%) (ATLAS..., 2012, p. 28-29). Diante desse cenário, ganham especial importância para a prevenção de desastres em nosso país os serviços ecossistêmicos que previnem inundações e os consequentes deslizamentos de terra, com especial destaque para as florestas e áreas alagadiças.

A título exemplificativo da *capacidade preventiva e mitigatória dos serviços ecossistêmicos em relação a desastres, as florestas de montanhas e a vegetação em encosta*⁶ exercem os seguintes serviços com efeito preventivo e mitigador: i) cobertura vegetal e estruturas de raízes protegem contra a erosão e aumentam a estabilidade de taludes pela ação de manter o solo compacto, evitando, assim, deslizamentos de terra; ii) as florestas protegem contra queda de rochas e estabilizam a neve, reduzindo o risco de avalanches; iii) florestas de captação, especialmente florestas primárias, reduzem o risco de inundações, aumentando a infiltração de chuva e atrasando os picos de fluxos de água que ocasionam as inundações, a exceção de situações em que o solo esteja saturado; iv) florestas sobre as bacias hidrográficas são importantes para a recarga e purificação de água, mitigação da seca e salvaguarda do abastecimento de água potável para algumas das principais cidades do mundo (PEDRR, 2010, p. 13).

Da mesma forma, *áreas alagadiças e planícies aluviais* i) exercem o controle de cheias em áreas costeiras, bacias hidrográficas interiores e áreas montanhosas sujeitas ao derretimento glacial; ii) turfeiras, campos úmidos e outras áreas alagadiças armazenam água, liberando-a lentamente, o que reduz a velocidade e o volume de escoamento superficial após chuvas fortes ou derretimento de neve na primavera; iii) zonas úmidas costeiras, planícies de maré, deltas e estuários reduzem a altura e velocidade de tempestades (*storm surges*) e maremotos; iv) pântanos, lagos e várzeas servem de verdadeiros reservatórios de água, pois liberam

⁶ A questão florestal tem especial importância no contexto brasileiro em razão do crescimento e intensificação das ocorrências de deslizamentos, combinado esse fenômeno com a recente alteração do chamado Código Florestal (Lei nº 12.651/12), que fragiliza a tutela de áreas de proteção permanente e reservas legais. É a partir da ocupação de áreas especialmente vulneráveis que se tem uma intensificação das probabilidades e magnitudes de riscos de inundações, deslizamentos, terremotos, incêndios, entre outros. Esse fator de agravamento de riscos catastróficos é especialmente relevante no caso brasileiro, uma vez os desastres ambientais, cada vez mais constantes no país, apresentam relação direta com a ocupação irregular de áreas de preservação permanente – APP (vegetação em topo e encostas de morros, nas margens de rios, lagos e lagoas artificiais, etc.). Nesse sentido, os deslizamentos ocorridos no vale do rio Itajaí em 2008 e na zona serrana do Rio de Janeiro em 2011 têm ligação importante, porém não exclusiva, com o estado de conservação da vegetação natural nos topos de morros, nas encostas e mesmo nos sopés. Neste sentido, ver Silva (2011, p. 69).

e escoam lentamente os excessos da estação chuvosa, abastecendo ecossistemas em períodos de estiagem (PEDRR, 2010, p. 13-14).

A perspectiva da utilização dos serviços ambientais como critério para avaliação, quantificação e gestão de riscos e danos ambientais detém sustentação constitucional no âmbito brasileiro, uma vez que o art. 225, §1º, I, da Constituição Federal estabelece como incumbência do Poder Público “preservar e restaurar os *processos ecológicos essenciais* e prover o manejo ecológico das espécies e *ecossistemas*” (grifo nosso). Nesse sentido, os serviços ecossistêmicos apresentam sustentação constitucional, sendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado uma síntese jurídico-conceitual que é, simultaneamente, garantia de um *bem jurídico comum* e de *serviços ecossistêmicos* oriundos dele. Trata-se de um bem/serviço que atua como uma *infraestrutura*. Em outras tintas, sua relevância essencial ao bem estar transindividual justifica a sua manutenção, recuperação e constante monitoramento no Estado de Direito Constitucional.

A importância da *infraestrutura verde* ou natural como elemento de proteção contra desastres se dá em razão dos serviços prestados pelos recursos naturais, justificando uma atenta *manutenção e monitoramento* desses bens. O sentido atribuído à *infraestrutura verde* é constituído em distinção àquilo que tradicionalmente chamamos de *infraestrutura* (cinza ou construída), tendo como exemplos as barragens, os diques, as estradas, entre outras obras de engenharia civil. A *infraestrutura natural*, por sua vez, tem como espécies as áreas alagadas, as florestas, os marismas, as dunas, as restingas, entre outros ecossistemas capazes de atuar como proteção contra desastres naturais.

Esses serviços, pensados como *infraestrutura natural*, podem ajudar a lidar com os desastres em duas formas. *Primeiro*, atuando

como um *bloqueio natural* aos impactos de um desastre, diminuindo ou desviando as forças da natureza da direção das comunidades humanas. *Ainda*, após os impactos, a infraestrutura natural servirá para *prover bens e serviços de fundamental importância para a recuperação econômica e física do local atingido* (VERCHICK, 2010, p. 25-42). É evidente que o papel dos serviços ecossistêmicos apresenta limites, sendo, portanto, relevante a sua utilização combinada com infraestruturas construídas pelo homem, numa abordagem híbrida (PEDRR, 2010, p. 15).

A observação do meio ambiente como *infraestrutura verde* demonstra não apenas sua condição de *bem ambiental*, mas também de *serviços ecossistêmicos*⁷, o que encoraja uma maior valorização do *monitoramento*, da *manutenção e recuperação* destas áreas. Tais infraestruturas têm um enorme potencial para a proteção das comunidades humanas de inundações, terremotos, tempestades, furacões, fogos, deslizamentos, entre outras catástrofes.⁸

De outro lado, em virtude da grande dificuldade de descrição e quantificação exata dos serviços ambientais, bem como da indeterminação dos beneficiários desses serviços, a atribuição de instrumentos de financiamento para manutenção econômica sustentável das estruturas naturais constitui um grande desafio. Assim, a dificuldade de institucionalização dos serviços ecossistêmicos tem relação direta com a dificuldade de identificação e delimitação de seus beneficiários, uma vez que esses serviços beneficiam, na maioria dos casos, uma coletividade indeterminada. Tal dificuldade é

⁷ Para Keith H. Hirokawa (2011, tradução nossa) “‘serviços ecossistêmicos’ referem-se a uma ampla gama de condições e processos, através dos quais os ecossistemas naturais e as suas espécies ajudam a sustentar e preencher a vida humana”.

⁸ Acerca das características da *infraestrutura natural* e sua importância na mitigação aos desastres naturais, ver Verchick (2010, p. 11-24).

acrescida da necessidade de um sistema de direitos de propriedade que seja capaz de valorar economicamente e assegurar juridicamente a aderência desses direitos à propriedade. Estudos como *Millennium Ecosystem Assessment* (MA, 2005), demonstram que o valor dos serviços ambientais é bastante superior ao seu valor de mercado, o que evidencia uma *subvalorização*, uma desigualdade no usufruto da qualidade ambiental e uma evidente apropriação privada desses serviços. Esse déficit de valoração econômica é decorrente da ausência de um mercado para tais serviços (SALZMAN; THOMPSON; DAILY, 2001, p. 311-312), em virtude do pouco conhecimento acerca deles e da dificuldade de identificação dos beneficiados.⁹

A perspectiva dos serviços ecossistêmicos (*ecosystems services approach*) serve, cada vez mais, ao detalhamento técnico do mapeamento dos bens e suas funções ecológicas. A partir de uma base construtivista, os serviços ecossistêmicos são capazes de *acoplar*, num mesmo ato comunicacional, diversas estruturas de racionalidade comunicativa e de decisão (científica, econômica, jurídica, política). Portanto, essa perspectiva explora o conhecimento corrente, enfatizando a interdisciplinaridade ambiental, integrando a ciência emergente ou contemporânea, a economia dos serviços ecossistêmicos e a sua avaliação dentro da área de atuação jurídica de regras e incentivos (SALZMAN; THOMPSON; DAILY, 2001, p. 313).

A exemplo da infraestrutura natural, aquelas construídas pelo homem também apresentam uma relevância essencial de serviço e função pública de proteção contra desastres. Nessa espécie, que adota uma perspectiva mais tradicional, destaca-se a importância da qualidade

da concepção, da construção e, sobretudo, da manutenção das obras de engenharia civil (FARBER et al, 2010, p. 63-71).

2.1.2. Infraestrutura cinza ou construída

Quando apresentar limites, a infraestrutura verde deve ser combinada com infraestruturas construídas pelo homem, em uma abordagem estratégica híbrida. Isso dará maior efetividade às defesas estruturais contra desastres. Via de regra, a manutenção e a restauração de ecossistemas como infraestrutura verde apresentam-se mais vantajosas, numa análise de custo-benefício, do que a infraestrutura de engenharia civil, quando se leva em consideração toda a gama de benefícios fornecidos pelos ecossistemas (SUDMEIER-RIEUX, 2009; NELLEMANN; CORCORAN, 2010; CONVENIENT..., 2009).

Conforme já vislumbrado, tradicionalmente, as medidas estruturais se limitavam a compreender as infraestruturas de engenharia civil, sendo, portanto, estratégias subsidiárias em relação às medidas não-estruturais em razão de seus custos serem, via de regra, mais elevados quando comparados com as das medidas não-estruturais. Além disso, as obras de engenharia tendem a ser mais onerosas também temporalmente e, frequentemente, promovem novas intervenções no ambiente, resultando em *impactos ambientais*, muitas vezes, significativos. Contudo, a inserção dos serviços ecossistêmicos compreendidos como medida estrutural, a partir da noção de infraestrutura natural, altera tal prevalência. As estratégias de utilização de obras de engenharia civil para prevenção e mitigação de desastres compreendem obras tais como diques, muros de contenção, obras de drenagem, entre outras possibilidades.

Importante mencionar que as obras de infraestrutura, seja para prevenção de desastres, seja para outras funções estruturais (tais como

⁹Sobre as falhas sistêmicas e os déficits de justiça que engendram a degradação e o consumo exagerado dos recursos naturais globais, ver Verchick (2010, p. 43-60).

mobilidade urbana, geração de energia, etc), devem ser *resilientes* às *mudanças climáticas*, considerando os prognósticos de intensificação dos eventos climáticos extremos, elevação dos oceanos e elevação da temperatura média. Em tais cenários, há uma tendência cada vez mais clara de utilização combinada e integrada de infraestruturas naturais e cinzas.

A legislação pátria não apresenta maiores referências à necessidade de implementação de obras infraestruturais para a redução de riscos de desastres, prevendo apenas a necessidade de os municípios incluídos no cadastro nacional de os municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos elaborarem plano de implantação de obras e serviços para a redução de riscos de desastres (BRASIL, 2010)¹⁰. Há, assim, uma ênfase na realização de planejamento como condição para a execução das estratégias estruturais tradicionais.

Considerações finais

Com a promulgação da Lei de Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei nº 12.608/12), a nova estrutura normativa para gestão de desastres no Brasil exige a consolidação do Direito dos Desastres como estrutura jurídica orientadora das decisões concernentes a prevenção e resposta a eventos extremos. Nesse sentido, apesar de não haver uma referência normativa expressa, uma das mais promissoras tendências de estratégia estrutural preventiva a desastres consiste na utilização dos serviços ecossistêmicos como verdadeiras “barreiras protetivas” contra eventos climáticos extremos e como fatores de ampliação da capacidade resiliente de comunidades atingidas.

Essa perspectiva é enfatizada por tais serviços serem, por evidente, mais baratos que estratégias tradicionais, como aquelas decorrentes de obras de engenharia civil, as quais, além de apresentarem onerosidade financeira, ocasionam severos impactos durante a sua construção. Isso sem falar no lapso temporal da construção de grandes obras de infraestrutura civil.

Diferentemente, os serviços ecossistêmicos tendem a fazer uso dos ecossistemas já existentes em uma determinada localidade, com funções ambientais de prevenção e mitigação de eventos extremos. No caso específico do perfil brasileiro de desastres, centrado em eventos de inundações e deslizamentos, a relevância da proteção a ecossistemas, tais como banhados e áreas alagadas, assim como a florestas de encostas, entre outras, têm profunda relevância na prevenção aos desastres e suas

¹⁰Ver art. 3-A, parágrafo segundo, III, da Lei nº 12.340/10.

consequências ambientais, patrimoniais e pessoais. A proteção jurídica contra a ocupação de áreas ambientalmente relevantes e a tutela de áreas de preservação permanente fortalecem a base normativa dessas estratégias. Nesse sentido, os serviços ecossistêmicos permitem um verdadeiro acoplamento estrutural entre os sistemas do Direito, da Economia e da Ciência, orientado para potencializar a *infraestrutura verde* das cidades e seu potencial preventivo.

Finalmente, há de se destacar que os serviços ecossistêmicos encontram sustentação no contexto normativo ambiental brasileiro no art. 225, parágrafo primeiro, inciso I, da Constituição Federal, bem como no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 6.938/81.

Referências

- ATLAS brasileiro de desastres naturais 1991 a 2010: volume brasil. Florianópolis: CEPED/UFSC, 2012.
- BRASIL. Lei n. 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*, Brasília, 2 set. 1981.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2015.
- _____. Ministério da Integração Nacional. *Política nacional de defesa civil*. Brasília: Secretaria Nacional de Defesa Civil, 2007.
- _____. Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 dez. 2009. [Edição extra].
- _____. Lei n. 12.340, de 1º de dezembro de 2010. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 dez. 2010.
- _____. Lei n. 12.608, de 10 de abril de 2012. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 abr. 2012.
- BENEDICT, Mark A.; MACMAHON, Edward T. *Green Infrastructure: Smart Conservation for the 21st Century*. Washington D.C.: Sprawl Watch Clearinghouse, 2001. p. 1-7. Disponível em: <<http://www.sprawlwatch.org/greeninfrastructure.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2015.
- BRUGGEMAN, Véronique. *Compensating Catastrophe Victims: a Comparative Law and Economics Approach*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.
- CARVALHO, Délton Winter de. A construção probatória para a declaração jurisdicional da ilicitude dos riscos ambientais. *Revista da AJURIS*, ano XXXVIII, n. 123, set. 2011.
- CONVENIENT solutions to an inconvenient truth: ecosystem-based approaches to climate change. Washington D.C.: The World Bank, 2009. (Environment and development).
- EETEN, Michel J. G. van; ROE, Emery. *Ecology, Engineering, and Management: Reconciling Ecosystem Rehabilitation and Service Reliability*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- FARBER, Daniel et. al. *Disaster Law and Policy*. 2nd. ed. Boston: Aspen, 2010.
- HIROKAWA, Keith H. Disasters and Ecosystem Services Deprivation: From Cuyahoga to the Deepwater Horizon. *Albany Law Review*. v. 48, n. 1, 2011.

MILLENNIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT – MA. *Ecosystems and Human Well-Being: current state and trends*. Washington: Island Press, 2005. v. 1.

NELLEMANN, C.; CORCORAN, E.(Ed.). *Dead planet, living planet: biodiversity and ecosystem restoration for sustainable development: a rapid response assessment*. Norway: United Nations Environment Programme, GRID-Arendal, 2010.

PARTNERSHIP FOR ENVIRONMENT AND DISASTER RISK REDUCTION – PEDRR. *Demonstrating the Role of Ecosystem: based Management for Disaster Risk Reduction*. ISDR, 2010. Disponível em: <www.pedrr.net>. Acesso em: 20 jan. 2015.

RUHL, J.B.; KRAFT, Steven. E.; LANT, Christopher L. *The Law and Policy of Ecosystem Services*. Washington: Island Press, 2007.

SALZMAN, James; THOMPSON, Barton H.; DAILY, Gretchen C. Protecting Ecosystem Services: Science, Economics, and Law. *Standford Environmental Law Journal*, n. 20, p. 309, 2001.

SARAT, Austin; LEZAUM, Javier (Ed.). *Catastrophe: Law, Politicas, and the Humanitarian Impulse*. Boston: University of Massachusetts Press, 2009.

SILVA, José Antônio A. (Coord.). *O Código Florestal e a ciência: contribuições para o diálogo*. São Paulo: SBPC/ABC, 2011.

SUDMEIER-RIEUX, Karen et al. (Ed.). *Ecosystems, Livelihood and Disasters: An integrated approach to disaster risk management*. Cambridge: IUCN, 2006.

SUNSTEIN, Cass. *Irreversibility. Law, Probability and Risk*, Oxford, set./dec., 2010. v. 9.

VERCHICK, Robert R. M. *Facing Catastrophe: Environmental Action for a Post-Katrina World*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

As prerrogativas constitucionais dos Procuradores do Estado

REINALDO PEREIRA E SILVA

Sumário

1. Introdução.
2. Das prerrogativas constitucionais.
3. Da intransferência e da indisponibilidade.
4. Da imposição constitucional da organização da carreira.
5. Do princípio constitucional da impessoalidade.
6. Da autonomia funcional.
7. Considerações finais.

1. Introdução

O presente artigo parte do pressuposto de que a Administração Pública, quando descumpre a imposição do art. 132 da Constituição Federal de 1988, regra geral também adota comportamentos comissivos, que atentam contra as prerrogativas constitucionais dos Procuradores do Estado. O fenômeno analisado, para a demonstração do pressuposto, é a escolha por parte da Administração Pública do “nuto” como critério para a definição da lotação e para a movimentação funcional dos Procuradores do Estado. O objetivo deste artigo, é contribuir para a compreensão das implicações dessa opção administrativa para a carreira da Advocacia de Estado.

2. Das prerrogativas constitucionais

Embora possam revestir-se de mais de um significado, não necessariamente conflitantes, para os propósitos deste artigo, as prerrogativas constitucionais são definidas como as atividades funcionais constitucionalmente imputadas, em caráter intransferível e indisponível, a uma determinada categoria de agentes, do que lhe resulta, como consequência, o dever de atuar enquanto carreira de Estado¹. Dito isso, é fácil identificar, na Cons-

Reinaldo Pereira e Silva
é doutor em Direito
pela UFSC, Professor
Associado de Direito
Constitucional na
UFSC e Procurador
do Estado de Santa
Catarina.

¹ Em sentido estrito, as carreiras de Estado correspondem àqueles conjuntos de cargos públicos que integram o núcleo estratégico do Estado porque essenciais à sua funcionalidade

tituição Federal de 1988, que duas são as prerrogativas constitucionais da carreira de Procurador do Estado: a representação institucional do Estado-membro em juízo e a consultoria jurídica². Com efeito, é mais do que claro o que a Constituição Federal de 1988 prescreve em seu art. 132:

“Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exerçerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias” (BRASIL, 1988).

A outorga dessas duas prerrogativas aos Procuradores do Estado decorre da concepção de Estado de Direito estabelecida pela Constituição Federal de 1988, que, ao institucionalizar a Advocacia de Estado como advocacia preventiva e repressiva³, delineou seu perfil constitucional como carreira de Estado e discriminou as atividades inerentes aos agentes que a compõem. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “o conteúdo normativo do art. 132 da Constituição revela os limites materiais em cujo âmbito processar-se-á a atuação funcional dos integrantes da Procuradoria-Geral do Estado e do Distrito Federal. Nele, contém-se norma de eficácia vinculante e cogente para as unidades federadas locais, que não permite conferir senão aos Procuradores o exercício, intransferível e indisponível, das funções de representação judicial e de consultoria jurídica da respectiva unidade federada” (BRASIL, 2013).

A institucionalização da Advocacia de Estado, segundo Silva (2013, p. 637), “significa a institucionalização dos órgãos estaduais de representação e de consultoria dos Estados, uma vez que os Procuradores a que se incumbe essa função, no art. 132 da Carta Magna, hão de ser organizados em carreira dentro de uma estrutura administrativa unitária em que sejam todos congregados, ressalvado o disposto no art. 69 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que autoriza os Estados a manter consultorias jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais,

enquanto Estado de Direito. Em sentido forte, Estado de Direito não é o Estado que apenas exerce o poder *sub lege*, mas que o exerce subordinado ao reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais do homem. Ver Bobbio (2006, p. 32; 1995, p. 6-7).

²Embora o artigo, por questão de estilo, fale em “Procuradores do Estado”, evidentemente que se refere aos “Procuradores dos Estados e do Distrito Federal”, tal qual estabelecido no art. 132 da Constituição Federal de 1988.

³Silva (1997, p. 103-108); Manzari (1987); Pavone (2002).

desde que, na data da promulgação da Constituição, tenham órgãos distintos para as respectivas funções [...]. É, pois, vedada a admissão ou contratação de advogados para o exercício das funções de representação judicial (salvo, evidentemente, impedimento de todos os Procuradores) e de consultoria daquelas unidades federadas, porque não se deram essas funções aos órgãos, mas foram diretamente imputadas aos Procuradores”.

Com efeito, as atividades constitucionais de representação e de consultoria, por expressa determinação do art. 132, não são funções da Procuradoria Geral do Estado como instituição, e sim prerrogativas dos Procuradores do Estado como agentes, e de todos os Procuradores do Estado em igualdade de condições, já que igualmente habilitados a seu exercício por concurso público de provas e títulos⁴. Daí por que a todos os Procuradores do Estado deve ser assegurada, em uma carreira organizada, a possibilidade de exercer as prerrogativas que lhes são constitucionalmente imputadas. Não pode a Procuradoria Geral do Estado, a pretexto de coordenar o trabalho dos Procuradores e de administrar o regular funcionamento das atividades internas, subtrair dos Procuradores as possibilidades de exercício das prerrogativas que lhes são próprias, porque as prerrogativas constitucionais da carreira, segundo firme jurisprudência excelsa, são intransferíveis e indisponíveis⁵.

A prerrogativa da representação institucional do Estado-membro em juízo consiste no dever tanto de promover quanto de responder a ações judiciais em prol do interesse público. O dever de promover é exercido, em regra, como instrumento de recuperação de créditos fiscais, também abrangendo, com vistas a outras tantas finalidades, a condenação por improbidade administrativa. O dever de resposta, em regra, é exercido como defesa, assumindo a natureza jurídica de ônus, embora alcance, em caráter excepcional, a possibilidade do reconhecimento do pedido do autor⁶. A prerrogativa constitucional da representação habilita o Procurador do Estado a praticar, independentemente de instrumento procuratório, todos os atos do processo, promovendo quaisquer medidas judiciais necessárias à garantia e à promoção do interesse público, com a ressalva da autonomia funcional plena apenas naquelas hipóteses em

⁴ Em verdade, cada Procurador do Estado, enquanto agente, é também um órgão individual. Nesse sentido, mais do que um simples agente, cuja função é servir de meio colaborador dos órgãos do Estado, o Procurador do Estado incorpora uma “organicidade unipessoal”, o que faz com que a expressão de sua vontade enquanto órgão individual seja imputável ao próprio Estado (MOREIRA NETO, 1992, p. 93).

⁵ Ver Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.261 (BRASIL, 2010). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 881-1 (BRASIL, 1997). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.679 (Brasil, 2003).

⁶ Ver Voto do Min. Marco Aurélio na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 470-1 (BRASIL, 2002).

que a liberdade técnica concorre legitimamente com a discricionariedade administrativa, a exemplo do poder de celebrar acordos judiciais. A prerrogativa da consultoria jurídica, por sua vez, consiste no dever de exercer o controle interno da legalidade em todos os contextos de funcionamento da Administração Pública estadual, bem como no dever de exercer a fiscalização da legalidade dos atos da Administração Pública estadual⁷. Também aqui a autonomia funcional dos Procuradores do Estado deve ser institucionalmente garantida, só que “para o bom controle da legalidade interna, da orientação da Administração quanto a seus atos, em ordem a que esses não se pratiquem apenas de acordo com a vontade do administrador, mas também conforme a lei”⁸.

Assim como a prerrogativa da representação institucional do Estado-membro em juízo, a prerrogativa da consultoria jurídica do Procurador do Estado se insere no Título IV da Constituição Federal de 1988, dedicado à Organização dos Poderes, mais propriamente dentro do estipulado pelo constituinte originário como funções essenciais à Justiça. A Justiça, aqui, não é entendida apenas como um atributo do Poder Judiciário, assumindo um sentido que envolve juntamente com os demais Poderes do Estado e se lança para além deles, arrastando-os consigo. Daí porque Moreira Neto (1992, p. 92) fala da essencialidade das tais prerrogativas, ou, se se preferir, das funções, na manutenção do Estado Democrático de Direito e na construção do Estado de Justiça, ressaltando que, pela designação constitucional, “elas não podem deixar de existir, com as

⁷ A prerrogativa constitucional da consultoria pode assumir “uma forma de atuar passiva, na qual a função é provocada pelo interessado, e uma forma ativa, na qual é exercida sem provocação, em caráter fiscalizatório” (MOREIRA NETO, 1992, p. 88). Assim como a forma passiva de atuação da prerrogativa constitucional da consultoria impõe a organização da carreira e da profissionalização de seus quadros, como condição para o efetivo exercício do controle interno, também a forma ativa de atuação da prerrogativa da consultoria, para dar sentido à determinação constitucional da eficiência do agir administrativo, igualmente pressupõe a existência de um corpo permanente de Procuradores em constante e planejada ação preventiva.

⁸ Voto do Min. Néri da Silveira na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 881-1 (BRASIL, 1997). “A previsão, em sede constitucional, da atuação dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, obrigatoriamente organizados em carreira, radicou na necessidade, verificada durante o funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte, de se garantir às *Unidades Federadas* um corpo jurídico estruturado e bem preparado para as tarefas de orientação jurídica, com isenção e imparcialidade, em defesa da legalidade e da constitucionalidade em todos os contextos de funcionamento da Administração Pública estadual. Esses requisitos constitucionais de investidura, aliados ao caráter efetivo do provimento, asseguram requisitos mínimos de qualificação e independência funcional, além de impessoalidade e tecnicidade com os quais a função deve ser exercida. Afasta-se, assim, desses cargos, a figura dos protegidos políticos, dos pareceres encomendados, da defesa propositadamente deficiente. A preocupação fica ainda mais relevante na área de licitações e contratos. Ora, como admitir a atuação de um comissionado em tais casos? Qual o requisito para a investidura num cargo assim? Não precisa mais que uma assinatura do governador. A mínima experiência de vida demonstra que se um titular de cargo demissível *ad nutum* ‘contrariar interesses’ será, certamente, substituído imediatamente por alguém que se dobre em troca do cargo” (BRASIL, 2013).

características e roupagens orgânicas que lhes são próprias, e nem tolhidas ou prejudicadas no seu exercício”.

À diferença da prerrogativa constitucional da representação, que é facilmente compreendida a partir da perspectiva jurisdicional de Justiça, a prerrogativa constitucional da consultoria se define a partir de uma perspectiva não-jurisdicional. Em quaisquer de suas perspectivas, a Justiça incorpora exigências concretas⁹, não se devendo esperar das funções que lhe são essenciais senão eficiência e independência técnica. É por essa razão que, para não se transmutar em uma arrumação temporária, o Supremo Tribunal Federal ressalta a necessidade de a consultoria jurídica constituir-se num corpo técnico permanente, a exemplo do que também deve ocorrer com a representação judicial. Não é admissível que as prerrogativas constitucionais sejam desempenhadas por terceiros ou por ocupantes de cargos de provimento fiduciário, dos quais não se exige a profissionalização na carreira. É impositivo ainda, na estrutura administrativa unitária da Procuradoria Geral do Estado, assegurar aos Procuradores a possibilidade de optarem pelo exercício da advocacia consultiva ou da postulatória, cada qual organizada em um corpo técnico que não seja provisório, e cujo ingresso deve dar-se de acordo com regras que assegurem a todos iguais oportunidades. Qualquer outra decisão contraria a Constituição Federal de 1988 porque ofende as prerrogativas da carreira de Procurador, cuja indisponibilidade e cuja intransferência, como acima ressaltado, são de há muito proclamadas pela jurisprudência da Suprema Corte.

⁹ “A Justiça incorpora exigências concretas de respeito à personalidade de cada homem (como ser absoluto e autônomo) e de todos os homens [...] As exigências concretas da Justiça voltam continuamente à consciência dos homens; realizam-se por um trabalho permanente; transformam o direito em vigor” (MONTORO, 2000, p. 282). Ver Cotta (1985, p. 139-143).

3. Da intransferência e da indisponibilidade

A intransferência é a qualidade de intransferível, o mesmo que inalienabilidade. A intransferência das prerrogativas constitucionais da Advocacia de Estado significa que à Administração é vedado ceder a terceiros as atividades funcionais constitucionalmente imputadas aos Procuradores, salvo a contratação de advogado para o exercício da prerrogativa de representação na excepcionalíssima hipótese de impedimento de todos os Procuradores¹⁰. Indisponibilidade, por sua vez, é a qualidade de indisponível, daquilo de que não se pode dispor. A indisponibilidade das prerrogativas constitucionais da Advocacia de Estado significa que à Administração é imposto o dever de regulamentar as possibilidades de seu exercício de maneira igualitária, uma vez que as atividades funcionais que são constitucionalmente imputadas aos Procuradores, por serem de ordem pública, “não podem, por isso mesmo, comportar exceções nem sofrer derrogações sequer previstas ou autorizadas pelo próprio texto da Lei Fundamental” (BRASIL, 2013).

Tanto a transferência das prerrogativas constitucionais dos Procuradores a terceiros quanto o arranjo não igualitário das possibilidades de seu exercício implicam afronta direta ao art. 132 da Constituição Federal de 1988 e, em consequência, inconstitucionalidade de natureza material. E, como toda afronta direta à Constituição e toda inconstitucionalidade,

¹⁰ O Supremo Tribunal Federal, em caráter excepcional, admite que o Estado constitua mandatário *ad judicia* para atuar em causa específica, a despeito da existência de Procuradores do Estado à disposição. Em sentido contrário é o voto do Min. Celso de Mello. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 409-4 (BRASIL, 2009). O precedente do Supremo Tribunal Federal, ao admitir a excepcionalidade do exercício da representação por um terceiro e sempre para causa específica, na verdade é uma confirmação da regra da intransferência.

num regime de Constituição rígida, clamam igualmente por controle. E é da natureza do controle de constitucionalidade a exigibilidade de conduta diversa^{11,12}. Com isso, chega-se ao seguinte raciocínio: se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera a transferência injustificada a terceiros e a disposição das prerrogativas constitucionais dos Procuradores como violações ao art. 132 da Constituição Federal de 1988, não há como não inferir a exigência de que a carreira da Advocacia de Estado seja organizada de modo a não permitir que as prerrogativas dos Procuradores possam ser desempenhadas por terceiros ou por ocupantes de cargos de provimento comissionado, e de modo a não permitir que essas mesmas prerrogativas possam ser tratadas como se fossem cargos de natureza jurídica fiduciária¹³.

4. Da imposição constitucional da organização da carreira

É incontroverso que o art. 132 da Constituição Federal de 1988, a par da pouca relevância da discussão acerca de sua natureza jurídica¹⁴, exige a implementação de medidas necessárias à organização da carreira da Advocacia de Estado. Para Rocha, a Constituição de 1988 define de

maneira obrigatória a organização da carreira dos Procuradores do Estado, com a expressa nomeação de seu cargo, bem como com a indicação explícita de suas funções (representação judicial e consultoria jurídica). Nessa carreira, as funções devem ser ordenadas em caráter institucional permanente, não podendo ser detidas pelos Procuradores do Estado senão em regime de exclusividade¹⁵. O caráter vinculante do art. 132 não se restringe, no entanto, ao legislador ordinário, alcançando, em diferente medida, também o administrador público. Desse modo, ambos podem incorrer em descumprimento da Constituição por comportamento omissivo. No caso da Administração Pública, o que se pretende demonstrar daqui em diante é que à omissão em cumprir a imposição do art. 132, regra geral, somam-se comportamentos comissivos, violadores das prerrogativas constitucionais dos Procuradores do Estado.

Não há a menor dúvida de que o exercício por terceiros das prerrogativas constitucionais dos Procuradores do Estado viola o art. 132 da Constituição Federal de 1988. A transferência é violação facilmente demonstrável. Já a disposição é uma violação mais insidiosa, requerendo, para seu desvelar, um esforço argumentativo bem maior. Um padrão de arranjo não igualitário é o tratamento por parte da Administração Pública das prerrogativas constitucionais dos Procuradores do Estado como se fossem cargos de provimento comissionado. Seu *modus operandi* consiste na adoção do “nuto” como critério para a definição da lotação, valendo-se a Administração Pública do “nuto” também como critério para a movimentação funcional. Ora, o “nuto” viola o art. 132 da Constituição Federal de 1988, excluindo a organização da carreira da Advocacia de Estado, porque apenas se harmoniza com cargos de provimento precário

¹¹ Ver Crisafulli (1970, p. 90-91).

¹² “Não é só o Judiciário que possui o poder de controlar a constitucionalidade do ato emanado de órgão do Poder Público. Se a última palavra sobre a questão está com os juízes e os tribunais, nada impede, porém, que os outros Poderes também as resolvam, nas esferas de suas atribuições. A diferença entre o controle judicial e a verificação de inconstitucionalidade de outros Poderes reside em que o primeiro é definitivo *hic et nunc*, enquanto a segunda está sujeita a exame posterior pelas Cortes de Justiça” (BRASIL, 1980).

¹³ “Através como padrão jurídico fundamental, que se impõe ao Estado, aos governantes e aos governados, as normas constitucionais condicionam todo o sistema jurídico, daí resultando a exigência absoluta de que lhes sejam conformes todos os atos que pretendam produzir efeitos jurídicos dentro do sistema” (DALLARI, 1995, p. 173).

¹⁴ Ver Reale (2000, p. 99).

¹⁵ Ver Rocha (1998, p. 24-25).

e transitório, ou seja, cargos que pela sua natureza não se organizam em carreira. Desse modo, por meio da adoção do “nuto”, não são asseguradas a todos os Procuradores iguais oportunidades para opção de exercício das prerrogativas constitucionais. O que significa dizer que, no caso da lotação, não se cogita considerar a ordem de classificação no concurso de ingresso¹⁶, contrariando-se, em consequência, o princípio constitucional da impessoalidade. Mas a violação das prerrogativas pelo critério do “nuto”, como visto, não se cinge à contrariedade à impessoalidade quando da lotação. Com efeito, da mesma maneira que a lotação do Procurador não é orientada por parâmetros imparciais quando definida a partir do “nuto”, assim também a permanência no exercício das prerrogativas não é segura se a movimentação funcional encontra-se sujeita ao “nuto” da autoridade que define a lotação, o que torna o exercício da função essencial à Justiça incompatível com a autonomia funcional característica da Advocacia de Estado.

Não convém dourar a pílula alegando que eventual lotação de um Procurador do Estado em inobservância à ordem de classificação no concurso de ingresso não ocorre por simples “nuto”, mas se realiza pautada pelo sentimento de confiança da autoridade que define a lotação¹⁷. Um Procurador não pode e não deve ser preterido por outro, no que concerne à possibilidade de exercício de suas prerrogativas constitucionais, com base num critério tão subjetivo como o sentimento de confiança. Uma vez que o cargo de Procurador do Estado é de provimento efetivo e sua carreira é de Estado, a Constituição Federal de 1988 exige, por imperativo de racionalidade, que os atos administrativos de lotação se orientem por critérios socialmente controláveis. Ademais, no que concerne ao exercício em si de suas prerrogativas constitucionais, é evidente que um Procurador não pode e não deve sujeitar-se à confiança de outrem como condição de exercício. E assim deve ser porque, além de não deter cargo de provimento fiduciário, ao Procurador do Estado é imputada função essencial à Justiça e ao regime da defesa do interesse público e do controle da legalidade dos atos da Administração Pública estadual, cujo exercício somente é compatível com a plena garantia institucional da autonomia funcional.

Para melhor ilustrar as diferentes formas como pode se dar a violação do art. 132 por meio da disposição das prerrogativas constitucionais dos

¹⁶ A ordem de classificação no concurso de ingresso, que, no somatório dos concursos realizados na carreira, se define como antiguidade, é o exemplo utilizado neste artigo de critério objetivo. Evidentemente que podem existir outros critérios objetivos e que eles podem ser empregados pela Administração Pública para a definição da lotação dos Procuradores do Estado, desde que não se trate da lotação inicial.

¹⁷ “A exclusividade dos Procuradores do Estado para as atividades de consultoria e representação jurídica, entendidas aqui como assessoramento e procuratório judicial, é incompatível com a natureza dos cargos em comissão, que se definem como de estrita confiança da autoridade nomeante” (BRASIL, 2010).

Procuradores do Estado, convém ao menos registrar um exemplo local. No Estado de Santa Catarina, desde o advento da Constituição Federal de 1988, a Administração Pública tem observado a ordem de classificação no concurso de ingresso para a lotação inicial dos Procuradores do Estado nos órgãos de execução da prerrogativa constitucional da representação judicial, sempre com exclusão da consultoria jurídica, como se a atividade típica de Procurador fosse apenas a representação judicial, e a consultoria jurídica fosse uma atividade atípica. Por uma opção administrativa que persiste até os dias de hoje, a lotação na consultoria jurídica, sob o impróprio título de “designação”, ocorre de acordo com o critério do “nuto”. Desse modo, não são asseguradas a todos os Procuradores do Estado de Santa Catarina iguais oportunidades de exercício da prerrogativa da consultoria. Entretanto, a violação da prerrogativa constitucional pelo critério do “nuto” não se cinge à lotação em contrariedade à impessoalidade. Assim como a “designação” do Procurador para o exercício da prerrogativa da consultoria no Estado de Santa Catarina é pautada pela subjetividade, também o tempo de permanência em seu exercício encontra-se sujeito ao “nuto” da autoridade designante. A Lei Complementar nº 317, de 30 de dezembro de 2005, atual Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado, dispõe, em seu art. 7º, inciso II, que compete ao Procurador Geral do Estado designar Procuradores do Estado para o desempenho de funções de consultoria jurídica. Mas não diz só isso. O mesmo dispositivo confere ao Procurador Geral do Estado competência para designar Procuradores do Estado para quaisquer funções de natureza contenciosa, ou não. O que significa dizer que o instituto da designação, nos termos legais, é de emprego geral¹⁸. A rigor, designação é sinônimo de lotação. Mas o que importa mesmo ressaltar é que não há, na lei de 2005, a determinação de um critério para a definição da lotação na consultoria jurídica. Como também não havia nas leis anteriores. A adoção do “nuto” no Estado de Santa Catarina, como critério para a definição da lotação e, em consequência, da permanência, é uma opção administrativa de há muito tempo, que persiste às mudanças legislativas por pura inércia. Fato é que lotação e permanência sujeitáveis ao “nuto” na consultoria jurídica do Estado de Santa Catarina, para muito além de ilegais, são práticas administrativas flagrantemente inconstitucionais, já que submetem uma prerrogativa constitucional essencial à Justiça e inerente à condição de todo Procurador do Estado ao mesmo tratamento destinado a um cargo de provimento comissionado.

¹⁸ Art. 7º, inciso II: “Compete ao Procurador Geral do Estado designar Procurador do Estado para o desempenho de funções de natureza contenciosa ou não, bem como de consultoria jurídica” (BRASIL, 2005).

Em relação à lotação e à movimentação, a adoção do critério do “nuto” por parte da Administração Pública viola o art. 132 da Constituição Federal de 1988, porque contraria o princípio constitucional da impessoalidade e também porque torna incompatível o exercício das prerrogativas constitucionais dos Procuradores do Estado com a autonomia funcional característica da Advocacia de Estado.

5. Do princípio constitucional da impessoalidade

A contrariedade ao princípio constitucional da impessoalidade é manifesta na prática administrativa de adotar o critério do “nuto” para definir a lotação quer na representação judicial, quer na consultoria jurídica, já que resulta em tratamento desigual, sem qualquer justificativa plausível, do conjunto dos Procuradores¹⁹. Ao revés, cumpre ao Estado assegurar a todos os Procuradores a possibilidade do exercício de suas prerrogativas constitucionais de acordo com critérios impessoais, porque, segundo Bacellar Filho (2002, p. 94), “o princípio constitucional da impessoalidade implica, para a Administração Pública, o dever de agir segundo regras objetivas e racionalmente controláveis. Dessa forma, acentua-se a funcionalidade do agir administrativo e concretiza-se o princípio da igualdade”.

Diversos dispositivos constitucionais tratam do princípio da igualdade, sendo que a interpretação mais recorrente do princípio da impessoalidade, insculpido na Constituição Federal de 1988, no *caput* de seu art. 37 e de-

talhado em seus incisos I, II e XXI, não é outra senão a do dever da Administração Pública de destinar a todos um tratamento igualitário, enquanto espécie do gênero. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da igualdade é norma constitucional autoaplicável; vinculante de todas as manifestações do Poder Público em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios; e de duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; e (b) o da igualdade perante a lei. Nesse sentido, “a igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório” (BRASIL, 1991).

Para Satta (1989, p. 1), o princípio da impessoalidade “exprime um conceito tão óbvio que chega a ser banal”: em um modelo estatal, regido pela soberania popular, é absolutamente impensável que o aparato por meio do qual a comunidade se organiza possa agir com o propósito de beneficiar a um e de prejudicar a outro. Mello (2000, p.102), ao discorrer sobre o princípio da impessoalidade, ensina que, no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, “se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos sem discriminações, benéficas ou detrimentosas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igual-

¹⁹ O princípio da igualdade não significa absoluta paridade de tratamento. Circunstâncias diversas autorizam disciplinas diferentes. Mas jamais se pode admitir, num regime de Constituição rígida, tratamentos desiguais sem qualquer justificativa plausível (“discriminazioni arbitrarie”) (MARTINES, 2007, p. 352-353).

dade. Assim como ‘todos são iguais perante a lei’ (art. 5º, *caput*), *a fortiori* têm de sê-lo perante a Administração²⁰. Da mesma forma que o princípio da igualdade, que se constitui em gênero, o princípio da imparcialidade é norma constitucional autoaplicável, insusceptível, portanto, de regulamentação ou complementação, e vinculante de todos os critérios a serem adotados pela Administração Pública quando da aplicação da lei.

Não há como negar que o “nuto” é o mais subjetivo dos critérios de decisão, inconcordável com o princípio constitucional da imparcialidade. Não é por outra razão que se pode dizer que, pelo critério do “nuto”, a Administração Pública transmuta a natureza jurídica do ato administrativo que deveria ser a lotação do Procurador do Estado no quadro de carreira em algo similar ao provimento de um cargo comissionado, utilizando-se impropriamente do instituto da designação. Tudo isto em expressa violação do art. 132. Por outro lado, segundo Maia e Queiroz (2007, p. 229-230), a lotação de acordo com a ordem de classificação no concurso de ingresso, além de privilegiar os candidatos, em tese, mais bem preparados, traduz um critério eminentemente objetivo, evitando que a Administração Pública quebre o princípio constitucional da imparcialidade, seja beneficiando um candidato com classificação inferior por motivo de interesse privado, seja evitando a perseguição de um outro candidato com a imposição arbitrária de sua lotação. De fato, “seria incoerente respeitar as nomeações pela ordem de classificação e, de outra banda, não se respeitar essa mesma ordem para a escolha das lotações iniciais”. Assim, “o direito subjetivo de o candidato escolher sua lotação inicial em conformidade com a ordem de classificação

deflui da própria Constituição Federal de 1988, sendo uma decorrência lógica do princípio proibitivo da quebra da ordem de classificação dos aprovados (arts. 37, IV, 93, I, e 129, § 1º), bem como dos princípios da moralidade e da imparcialidade”.

6. Da autonomia funcional

De acordo com Bruni e Palatiello, não integrando a hierarquia burocrática, porque considerada uma instituição de colaboração – contenciosa e consultiva – de toda a Administração Pública, é fora de discussão a independência e a autonomia funcional, de ordem técnico-profissional, de que goza a Advocacia de Estado²¹. Também é fora de discussão que ao Estado cumpre garantir aos Procuradores as condições institucionais para que suas prerrogativas constitucionais possam ser exercidas com independência técnica, sujeitas apenas aos princípios da legalidade, da moralidade e da indisponibilidade do interesse público. Como essas duas assertivas são conexas entre si, a premissa que daí decorre é que somente no contexto de garantia institucional tem sentido falar da autonomia funcional.

É oportuno abrir um parêntese para esclarecer que interesse público é a dimensão pública dos interesses dos indivíduos delimitada historicamente pela ordem constitucional, conformando-se num interesse comum a todos. É interesse que cumpre ao Estado resguardar e promover^{22,23}. No entanto, “é um erro supor que, sendo o interesse público interesse do Estado, todo e qualquer interesse do Estado seria *ipso*

²¹ Ver Bruni e Palatiello (2011, p. 38).

²² Ver Pereira (2003, p. 43-44).

²³ “Interesse público é a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto participante da sociedade (entificada juridicamente no Estado)” (MELLO, 2000, p. 58).

²⁰ Sobre “l’imparzialità dell’azione amministrativa”, ver Vergottini (2006, p. 561-562); Cassese (2009, p. 13).

facto um interesse público” (MELLO, 2000, p. 60). Em outras palavras, é um erro supor que quaisquer interesses da entidade que representa o todo se identifica com o interesse público, porque o Estado pode ter, legítima ou ilegitimamente, interesses que lhe são particulares. Os interesses particulares do Estado, à diferença do que ocorre com os dos indivíduos, só são legítimos se servem de instrumento à realização do interesse público em sua acepção primária. Nessa medida, os interesses particulares legítimos do Estado são qualificados como interesses públicos secundários²⁴ (ALESSI, 1953, p. 151-153). Já os interesses ilegítimos do Estado são interesses particulares divorciados do interesse público. Não é por outra razão que indisponível deve ser apenas o interesse público entendido em sua acepção primária. O interesse público secundário do Estado deve ser considerado disponível na medida da legalidade. E os interesses particulares ilegítimos do Estado, a exemplo da recusa em responder pela lesão causada a terceiros, ou a resistência em corrigir monetariamente débitos em atraso, são verdadeiros caprichos da Administração. Nesse último caso, nem tem sentido falar de disponibilidade na medida da legalidade, porquanto “tal proceder, não obstante seja comum, é fruto de uma falsa compreensão do dever administrativo ou resultado de ignorância jurídica”²⁵ (MELLO, 2000, p. 65).

Fechado o parêntese, é chegada a hora de enfrentar a afirmação da incompatibilidade do exercício das prerrogativas constitucionais com a autonomia funcional inerente à Advocacia de Estado quando sujeito ao “nuto” da autoridade que designa a lotação. Como anteriormente afirmado, pela dinâmica da carreira ou por interesse público, a lotação dos Procuradores do Estado não é definitiva, mesmo quando orientada sua designação por critérios objetivos, daí porque também é imperiosa, quando da implementação das medidas necessárias à organização da carreira, a adoção de critérios que possibilitem demonstrar objetivamente a necessidade da movimentação funcional. Ainda que se argumente que o Procurador designado, quer para o exercício da prerrogativa da representação, quer para o da consultoria, de acordo com o critério do “nuto”, é titular de um cargo de provimento efetivo, o fato é que, se a permanência no exercício da prerrogativa constitucional a que foi designado sujeita-se à fidúcia, além de não integrar um corpo jurídico permanentemente estruturado, o Procurador termina por não ter garantida sua autonomia funcional, já que, na prática, é “demissível” *ad nutum*. Não é demais reafirmar que, pela imposição constitucional do art. 132, é vedado à Administração Pública

²⁴ Sobre a ponderação entre interesses públicos secundários à luz do interesse público primário, ver Giannini (1993, p. 48-51).

²⁵ Sobre o conceito de “interesse alla buona amministrazione”, ver Falzone (1953, p. 147).

tratar a prerrogativa da representação e a prerrogativa da consultoria do Procurador do Estado como se fossem cargos de natureza fiduciária.

De acordo com decisão plenária do Supremo Tribunal Federal e, no particular, unânime, no exercício de suas prerrogativas constitucionais, apenas o Procurador Geral do Estado e seu substituto legal são titulares de cargo de provimento comissionado. O que significa dizer que sequer os cargos de Procurador Chefe do Contencioso e da Consultoria Jurídica podem ser de livre nomeação e exoneração pelo Governador do Estado. Assim, se as atribuições do Procurador Chefe são idênticas às dos demais Procuradores do Estado, apenas com a diferença de ser responsável por coordenar o trabalho do restante da equipe de Procuradores, o que a Suprema Corte não tolera é a existência de cargos fiduciários na estrutura da Procuradoria Geral do Estado, porque não se prestam os Procuradores às atribuições de direção, chefia, nem mesmo de assessoramento transitório e precário do Governador do Estado (BRASIL, 2009). Em outras palavras, não admitindo o Supremo Tribunal Federal que sequer o cargo de Procurador Chefe seja de provimento comissionado, absolutamente nada justifica que os demais Procuradores do Estado sujeitem-se ao “nuto” para poder exercer suas prerrogativas, a não ser que se faça “letra morta” da essencialidade de sua função à Justiça.

Quando a permanência no exercício das prerrogativas da carreira de Procurador do Estado encontra-se subjugada pelo “nuto”, não há que se falar em sua garantia institucional. E é exatamente no contexto em que não se pode falar da garantia institucional das prerrogativas da carreira que a autonomia funcional se fragiliza, em prejuízo, entre outros bens sociais, da defesa técnica e do controle da legalidade. Se é certo que o cargo de Procurador do Estado, pela essencialidade de suas prerrogativas à Justiça, não pode ser de provimento comissionado, é igualmente certo que seu trato administrativo, como se fiduciário fosse, importa em grave atentado contra a Constituição Federal de 1988 e sua ordem de valores.

7. Considerações finais

A representação institucional do Estado-membro em juízo e a consultoria jurídica são prerrogativas de índole constitucional outorgadas, com exclusividade, a todos os Procuradores do Estado, operando a Constituição Federal de 1988, em seu art. 132, uma inextinguível imputação de duas específicas atividades funcionais essenciais à Justiça. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, “essas prerrogativas institucionais, que são de ordem pública, encontram assento na Constituição Federal. Não podem, por isso mesmo, comportar exceções nem sofrer derrogações sequer previstas ou autorizadas pelo próprio texto da Lei Fundamental”

(BRASIL, 2013). A dimensão impositiva da Constituição, portanto, impede que as prerrogativas da carreira de Procurador do Estado se sujeitem a um disciplinamento que não seja de natureza geral ou que sofram derrogações pela vontade da Administração Pública. Desse modo, seja por força de lei, seja em decorrência de prática reiterada, nada disso pode afastar os Procuradores do Estado das possibilidades de exercício de suas prerrogativas, já que elas lhes são constitucionalmente indisponíveis para a promoção e o resguardo do interesse público e para o controle interno e a fiscalização da legalidade dos atos da Administração Pública estadual. Com efeito, enquanto conteúdo de uma carreira de Estado, as prerrogativas constitucionais dos Procuradores do Estado são indispensáveis à funcionalidade do Estado enquanto Estado de Direito.

Da mesma forma que a prerrogativa constitucional da representação, a prerrogativa constitucional da consultoria é atividade funcional inderrogavelmente imputada a todos os Procuradores do Estado. Para a garantia do acesso de todos os Procuradores do Estado às possibilidades de exercício de suas prerrogativas constitucionais, cumpre à Administração Pública, quando da implementação das medidas necessárias à organização da carreira, a adoção de um critério objetivo para a definição da lotação. Isto significa que a ordem de classificação no concurso de ingresso deve ser o critério a ser considerado pela Administração Pública, desde a nomeação ou desde a vacância do cargo, em não sendo a lotação inicial. Logo, viola a Administração Pública a Constituição Federal de 1988 quando por meio do “nuto” discrimina negativamente o acesso do conjunto dos Procuradores às possibilidades de exercício do conteúdo normativo do art. 132. Trata-se da violação da Constituição Federal de 1988 pela inobservância do princípio da impessoalidade. Além disso, para a garantia da autonomia funcional, cumpre à Administração Pública, quando da implementação das medidas necessárias à organização da carreira, a adoção de critérios que possibilitem demonstrar objetivamente a necessidade da movimentação funcional. O “nuto”, como condição de exercício das prerrogativas constitucionais, não só gera um constrangimento para a autonomia funcional, mas produz um verdadeiro empecilho para sua garantia institucional. Ao contrário do que determina o art. 132, a opção administrativa pelo “nuto” tem o condão de desorganizar a carreira da Advocacia de Estado, de atentar contra as prerrogativas constitucionais dos Procuradores do Estado consideradas essenciais à Justiça e de impedir a profissionalização de seus quadros e a especialização de sua atividade. Ao invés do “nuto”, o que deve presidir as decisões administrativas sobre as lotações e as movimentações funcionais dos Procuradores do Estado é o compromisso, verdadeiramente democrático, com a aplicação imparcial de critérios objetivos, previsíveis e racionalmente controláveis.

Referências

- ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Giuffrè, 1953.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Profissionalização da Função Pública*. Madrid: INAP, 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação n. 980/SP. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ, 21 nov. 1979. *Diário da Justiça*, 19 set. 1980.
- _____. (Constituição 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 fev. 2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 409 AgR/AC – ACRE. DJ, 18 abr. 1990. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, 29 jun. 1990.
- _____. Mandado de injunção n. 58/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 14 dez. 1990. *Diário da Justiça*, 19 abr. 1991.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 881-1 MC/ES. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 2 ago. 1993. *Diário da Justiça*, 25 abr. 1997.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 470-1. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ, 1º jul. 2002. *Diário da Justiça*, 11 out. 2002.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.679-7. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ, 8 out. 2003. *Diário da Justiça*, 21 nov. 2003.
- _____. Lei complementar n. 317, de 30 de dezembro de 2005. Dispõe sobre a organização e o funcionamento da Procuradoria Geral do Estado, o regime jurídico dos Procuradores do Estado e estabelece outras providências. *Diário Oficial*, 30 dez. 2005.
- _____. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2682/AP – AMAPÁ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ, 12 fev. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 jun. 2009.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.261 – Rondônia. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ, 2 ago. 2010. *Supremo Tribunal Federal*, 20 ago. 2010.
- _____. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 4.843. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 6 fev. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 mar. 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23076729/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4843-df-stf>>. Acesso em: 23 fev. 2015.
- BOBBIO, Norberto. *Il Futuro della Democrazia*. Torino: Einaudi, 1995.
- _____. *Liberalismo e Democrazia*. Milano: Simonelli, 2006.
- BRUNI, Alessandra; PALATIELLO, Giovanni. *La Difesa dello Stato nel Processo*. Torino: UTET, 2011.
- CASSESE, Sabino. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2009.
- COTTA, Sergio. *Il Diritto nell'Esistenza: Linee di Ontofenomenologia Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1985.
- CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale: Introduzione al Diritto Costituzionale Italiano*. Padova: CEDAM, 1970.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FALZONE, Guido. *Il Dovere di Buona Amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1953.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1.
- MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MANZARI, Giuseppe. Avvocatura dello Stato. In: SACCO, Rodolfo (Org.). *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1987.

MARTINES, Temistocle. *Diritto Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 116, p.79-102, out./dez. 1992.

PAVONE, Pietro. *Lo Stato in Giudizio: Enti Pubblici ed Avvocatura dello Stato*. Milano: Giuffrè, 2002.

PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da fazenda pública em juízo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Reforma administrativa: o novo regime constitucional do procurador do estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 49/50, p.15-36, jan./dez. 1998.

SATTA, Filippo. Imparzialità della Pubblica Amministrazione. In: LANFRANCHI, Lucio (Org.). *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Treccani, 1989. v. 15.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Reinaldo Pereira e. A função Social do Procurador do Estado. *Justiça & Democracia: revista de informação e debates da associação juízes para a democracia*, São Paulo, v. 3, p.103-108, 1997.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale*. Padova: CEDAM, 2006.

Áreas de Preservação Permanente Urbanas

O Novo Código Florestal e o Judiciário

PAULO DE BESSA ANTUNES

“Todas as coisas se definem sempre pelas suas funções e potencialidades; por conseguinte, quando elas não têm mais suas características próprias, não se deve dizer mais que se trata das mesmas coisas, mas apenas que elas têm o mesmo nome (homônima). É evidente, nessas condições, que a cidade existe naturalmente e que é anterior aos indivíduos, pois cada um destes, isoladamente, não é capaz de bastar-se a si mesmo e está [em relação à cidade] na mesma situação que uma parte em relação ao todo; o homem que é incapaz de viver em comunidade, ou que disso não tem necessidade porque basta-se a si próprio, não faz parte de uma cidade e deve ser, portanto, um bruto ou um deus.” Aristóteles.

Sumário

Paulo de Bessa Antunes é Professor Adjunto IV da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Coordenador do Programa de Pós Graduação do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da UNIRIO. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procurador Regional da República (aposentado). Presidente da Comissão de Direito Ambiental do Instituto dos Advogados Brasileiros.

1. Introdução. 2. Competência Municipal em matéria ambiental. 3. Novo Código Florestal: Lei geral. 3.1. As alterações legislativas. 3.2. Conceito legal de Área de Preservação Permanente. 4. Política Urbana e Estatuto da Cidade. 4.1. Função Social da Cidade e Propriedade Urbana. 5. A solução dos conflitos entre leis. 6. Interpretação judicial. 6.1. Supremo Tribunal Federal. 7. Conclusão.

1. Introdução

O presente artigo objetiva examinar as chamadas Áreas de Preservação Permanentes (APP) urbanas à luz do novo código florestal e da jurisprudência de nossos tribunais judiciais.

O tema é relevante na medida em que a nova redação da Lei nº 12.651/2012, por força do veto à conversão da Medida Provisória nº 571,

de 25 de maio de 2012, retirou do mundo jurídico os parágrafos que davam aos municípios o poder para disciplinar o instituto em áreas urbanas.

Dessa forma, criou-se um vazio legal que, aparentemente, deu às APPs, seja em área urbana, seja em área rural, o mesmo tratamento.

Como se pretende demonstrar, a Lei nº 12.651/2012 não implicou inovação legislativa de tal monta que a tenha tornado apta a invalidar a jurisprudência que a antecedeu, nem a afastar a natureza finalística das APPs.

2. Competência Municipal em matéria ambiental

Não se desconhece a aridez e dificuldade do tema relativo às competências ambientais em um regime federativo. No que tange especificamente às competências municipais em matéria ambiental, veja-se:

“De acordo com o artigo 23 da Lei Fundamental, os Municípios têm competência administrativa para defender o meio ambiente e combater a poluição. Contudo, os Municípios não estão arrolados entre as pessoas jurídicas de direito público interno dotadas de competência para legislar sobre meio ambiente. No entanto, seria incorreto e insensato dizer-se que os Municípios não têm competência legislativa em matéria ambiental, visto que teriam que abrir mão de sua autonomia constitucional para cumprir os próprios mandamentos constitucionais” (ANTUNES, 2007, p. 112).

O entendimento acima foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como demonstra a seguinte decisão relatada pelo Ministro Celso de Mello (BRASIL,2013d):

“Essa mesma compreensão do tema é também perfilhada por autorizado magistério doutrinário..... como se depreende da expressiva lição de PAULO DE BESSA ANTUNES (...): ‘O artigo 30 da Constituição Federal atribui aos Municípios competência para legislar sobre: assuntos de interesse local; suplementar a legislação federal e estadual no que couber; promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. Parece claro, na minha análise, que o meio ambiente está incluído no conjunto de atribuições legislativas e administrativas municipais e, em realidade, os Municípios formam um elo fundamental na complexa cadeia de proteção ambiental. A importância dos Municípios é evidente por si mesma, pois as populações e as autoridades locais reúnem amplas condições de bem conhecer os problemas e mazelas ambientais de cada localidade, sendo certo que são as primeiras a localizar e identificar o problema. É através dos Municípios que se pode implementar o princípio ecológico de agir localmente, pensar globalmente. Na verdade, entender que os Municípios

não têm competência ambiental específica é fazer uma interpretação puramente literal da Constituição Federal.”

Nesse particular há que se registrar que em regime federativo não há propriamente uma hierarquia entre os integrantes da federação, mas uma repartição de competências, cabendo a cada um dos diferentes entes exercerem a parcela que lhe foi atribuída pela Constituição. Não se esqueça de que o tema relativo às APPs urbanas cuida, simultaneamente, de: (i) interesse local; (ii) suplementação de legislação federal; (iii) uso do solo urbano; (iv) proteção ao meio ambiente; e (v) política urbana. É dentro desse contexto multifacetado que deverá ser examinada a proteção ambiental em área urbana.

3. Novo Código Florestal: Lei geral

O Novo Código Florestal é lei geral federal editada conforme as diretrizes constantes do artigo 24, VI c/c os §§ 1º, 2º e 4º da Constituição Federal. Como lei geral, o *Novo Código Florestal demanda regulamentação seja no âmbito federal, seja no âmbito local*. Em tema de aplicação da norma geral federal pelos Estados e Municípios, independentemente de qualquer consideração, veja-se a seguinte decisão do STF (ADI 2.303 MC/RS):

“ALIMENTOS TRANSGÊNICOS. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO-MEMBRO. LEI ESTADUAL QUE MANDA OBSERVAR A LEGISLAÇÃO FEDERAL. 1. Entendimento vencido do Relator de que o diploma legal impugnado não afasta a competência concorrente do Estado-membro para legislar sobre produtos transgênicos, inclusive, ao estabelecer, malgrado superfetação, acerca da obrigatoriedade da observância da legislação federal. 2. *Prevalência do voto da maioria que entendeu ser a norma atentatória à autonomia do Estado quando submete, indevidamente, à competência da União, matéria de que pode dispor. Cautelar deferida*” (BRASIL, 2003).

Aos Estados, conforme pacífica jurisprudência do STF compete adaptar a lei geral às realidades locais, dando cumprimento ao determinado pela Constituição Federal.

“Ao tempo em que dispõe sobre a competência legislativa concorrente da União e dos estados-membros, prevê o art. 24 da Carta de 1988, em seus parágrafos, duas situações em que compete ao estado-membro legislar: (a) quando a União não o faz e, assim, o ente federado, ao regulamentar uma das matérias do art. 24, não encontra limites na norma federal geral – que é o caso ora em análise; e (b) quando a União edita norma geral sobre o tema, a ser observada em todo território nacional, cabendo

ao estado a respectiva suplementação, a fim de adequar as prescrições às suas particularidades locais” (BRASIL, 2013b).

No mesmo sentido, convém analisar o decidido na ADI 2.396 MC/MS:

“(...) 5. Repartição das Competências legislativas. CF arts. 22 e 24. Competência concorrente dos Estados-membros. Produção e consumo (CF, art. 24, V); proteção de meio ambiente (CF, art. 24, VI); e proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII).

No sistema da CF/88, como no das anteriores, a competência legislativa geral pertence à União Federal. A residual ou implícita cabe aos Estados que “podem legislar sobre as matérias que não estão reservadas à União e que não digam respeito à administração própria dos Municípios, no que concerne ao seu peculiar interesse” (Representação nº 1.153-4/RS, voto do Min. Moreira Alves).

O espaço de possibilidade de regramento pela legislação estadual, em casos de competência concorrente abre-se: (1) toda vez que não haja legislação federal, quando então, mesmo sobre princípios gerais, poderá a legislação estadual dispor; e (2) quando, existente legislação federal que fixe os princípios gerais, caiba complementação ou suplementação para o preenchimento de lacunas, *para aquilo que não corresponda à generalidade; ou ainda, para a definição de peculiaridades regionais*” (BRASIL, 2001b).

3.1. As alterações legislativas

O Projeto de lei que deu origem à Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, ao ser publicado como lei, teve vários artigos, parágrafos, incisos e alíneas vetados no dia de sua publicação, dando ensejo à edição da Medida Provisória nº 571, de 25 de maio de 2012 a qual teve por finalidade evitar que os pontos que mereceram vetos fossem transformados em limbo jurídico, sem a adequada regulação. Desta forma, foram vetados os §§ 7º e 8º do artigo 4º do Projeto de Lei aprovado pelo Congresso Nacional que assim dispunham:

“Art. 4º [...]

§ 7º Em áreas urbanas, as faixas marginais de qualquer curso d’água natural que delimitem as áreas da faixa de passagem de inundação terão sua largura determinada pelos respectivos Planos Diretores e Leis de Uso do Solo, ouvidos os Conselhos Estaduais e Municipais de Meio Ambiente.

§ 8º No caso de áreas urbanas e regiões metropolitanas, observar-se-á o disposto nos respectivos Planos Diretores e Leis Municipais de Uso do Solo” (BRASIL, 2012b).

Em consequência, a Medida Provisória nº 571/2012 inclui no artigo 4º os §§ 9º e 10, com base nas seguintes razões constantes da exposição de motivos que acompanha a Medida Provisória:

“15. É proposta, ainda, no art. 4º, a inclusão dos parágrafos 9º e 10º, com a finalidade de garantir que os Planos Diretores e Leis de Uso do Solo em áreas urbanas respeitem os limites de proteção às margens dos cursos d’água, reduzindo o potencial de conflito entre a legislação municipal e a federal. Tais dispositivos visam a suprir vetos aos §§ 7º e 8º do texto aprovado pelo Congresso, cujo conteúdo se mostrava excessivamente permissivo e capaz de gerar grave retrocesso à luz da legislação em vigor, ao dispensar, em regra, a necessidade da observância dos critérios mínimos de proteção, que são, ademais, essenciais para a prevenção de desastres naturais e proteção da infraestrutura. Sem a observância dos limites estabelecidos no art. 4º, cada ente municipal poderia vir a adotar um critério diferente para definição da largura da faixa de passagem de inundação ou de APP, o que poderia ser inadequado ao permitir a manutenção e ampliação de áreas de risco” (BRASIL, 2012c).

Entretanto, a conversão da Medida Provisória em lei acarretou novas transformações legislativas, resultando no seguinte texto:

“Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

§ 7º (VETADO).

§ 8º (VETADO).

§ 9º Em áreas urbanas, assim entendidas as áreas compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglorações urbanas, as faixas marginais de qualquer curso d’água natural que delimitem as áreas da faixa de passagem de inundação terão sua largura determinada pelos respectivos Planos Diretores e Leis de Uso do Solo, ouvidos os Conselhos Estaduais e Municipais de Meio Ambiente, sem prejuízo dos limites estabelecidos pelo inciso I do caput. (Incluído pela Medida Provisória nº 571, de 2012).

§ 9º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

§ 10. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglorações urbanas, observar-se-á o disposto nos respectivos Planos Diretores e Leis Municipais de Uso do Solo, sem prejuízo do disposto nos incisos do caput. (Incluído pela Medida Provisória nº 571, de 2012)” (BRASIL, 2012d).

Fato é que não restou no texto legal qualquer referência ao tratamento a ser dado às APPs situadas em área urbana, possibilitando a errônea conclusão de que o administrador deveria dispensar às APPs em área urbana o mesmo tratamento adotado para as áreas rurais. Contudo, análise mais detalhada do contexto constitucional e legal aplicável demonstra que tal conclusão não se sustenta.

3.2. Conceito legal de Área de Preservação Permanente

Como se sabe, as Áreas de Preservação Permanente, ainda que sob a designação de florestas protetoras, existem no Direito Brasileiro de longa data, tendo sido introduzidas pelo Decreto nº 4.421, de 28 de dezembro de 1921, que, em seu artigo 3º, I , §§ 1º, 2º ,3º e 4º, estabeleceu que eram protetoras as florestas que servissem para *(i) beneficiar a higiene e a saúde pública; (ii) garantir a pureza e abundância dos mananciais aproveitáveis à alimentação; (iii) equilibrar o regime das águas correntes que se destinam não só às irrigações das terras agrícolas como também às que servem de vias de transporte e se prestam ao aproveitamento de energia; (iv) evitar os efeitos danosos dos agentes atmosféricos; (v) impedir a destruição produzida, pelos ventos; (vi) obstar a deslocação das areias movediças como também os esbarrocamentos, as erosões violentas, quer pelos rios, quer pelo mar; e (vii) auxiliar a defesa das fronteiras.*

A norma estava alicerçada em *critério finalístico* como elemento basilar para a definição das então denominadas florestas protetoras, *sendo absolutamente necessário que elas exercessem as funções ambientais descritas na norma*. Posteriormente, o Código Florestal de 1934, ao tratar do tema, manteve as florestas protetoras, dando-lhes tratamento bastante semelhante, conforme dispunha o artigo 4º, sendo certo que a natureza finalística da norma permaneceu intocada. Assim eram consideradas como protetoras as florestas “que, por sua localização, servirem conjunta ou separadamente para qualquer dos fins seguintes”: (i) conservar o regime das águas; (ii) evitar a erosão das terras pela ação dos agentes naturais; (iii) fixar dunas; (iv) auxiliar a defesa das fronteiras, de modo julgado necessário pelas autoridades militares; (v) assegurar condições de salubridade pública; (vi) proteger sítios que por sua beleza mereçam ser conservados; (vii) asilar espécimes raros de fauna indígena.

A revogada Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal), em sua redação original, assim dispunha:

“Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: a) ao longo dos rios ou de outro qualquer curso d’água, em faixa marginal cuja largura mínima será: 1 - de 5 (cinco) metros para os rios de menos de 10 (dez) metros de largura; 2 - igual à metade da largura dos cursos que meçam de 10 (dez) a 200 (duzentos) metros de distância entre as margens; 3 - de 100 (cem) metros para todos os cursos cuja largura seja superior a 200 (duzentos) metros; b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais; c) nas nascentes, mesmo nos chamados ‘olhos d’água’, seja qual for a sua situação topográfica; d) no topo de morros, montes, montanhas e serras; e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive; f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; g) nas bordas dos taboleiros ou chapadas; h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, nos campos naturais ou artificiais, as florestas nativas e as vegetações campestres.”

Deve ser observado que a Lei nº 4.771/1965 foi editada no regime Constitucional de 1946, no qual a competência para dispor sobre florestas era da União, não se falando de competência concorrente, como constava da alínea “l”, do inciso XV do artigo 5º daquela Carta. Como se pode constatar, o legislador de 1965 utilizou a expressão “pelo só efeito desta lei”, o que poderia dar a entender que o conceito de APP teria sido reduzido a uma mera localização, abrindo-se mão do conceito de função ambiental; todavia, a posterior evolução legislativa da matéria se encarregou de sanar qualquer mal-entendido, sendo certo que a *Medida Provisória nº 2.166-67 de 2001* *acrescentou o § 2º, I, ao artigo 1º do Código Florestal reafirmando o conceito finalístico* para que se pudesse determinar a existência ou não de APP. Merece transcrição o texto normativo:

“Art. 1º

.....
§ 2º Para os efeitos deste Código, entende-se por: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)

II - área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)” (BRASIL, 2012d).

A Lei na 12.651/2012, Novo Código Florestal, em seu artigo 3º manteve o mesmo conceito de APP, não tendo trazido qualquer alteração ao quadro normativo revogado. Logo, a vegetação a ser suprimida ou suprimida, ou mesmo a área em si mesma, esteja ela coberta ou não por vegetação, somente pode ser tida como de preservação permanente se capaz de exercer as funções ambientais estabelecidas pela lei de regência.

É importante realçar que a novel legislação, no *caput* do artigo 4º, utiliza a expressão “em áreas rurais ou urbanas”, o que poderia levar o intérprete apressado a aceitar como verdade o fato de que em qualquer área urbana seja possível identificar APPs. Em nossa opinião, a simples inclusão da expressão “áreas urbanas” não é suficiente para afastar a função finalística da norma, muito menos para atribuir função ambiental a área que, concretamente analisada à luz da Hidrologia, da Botânica ou de outra ciência ambiental aplicada, não apresente as características necessárias para o aperfeiçoamento do conceito jurídico.

A Lei nº 12.651/2012 adotou o conceito de áreas consolidadas em APP exatamente para dar tratamento jurídico adequado às diferentes áreas que, muito embora compreendidas nos afastamentos e locais tratados pelo artigo 4º, não ostentassem a necessária função ambiental prevista no artigo 3º. Com isto, o legislador buscou evitar que a aplicação do artigo 4º se transformasse em uma atividade aleatória e lotérica. Ademais, como qualquer direito, não há que se falar em absolutismo do artigo 4º e de sua aplicação a qualquer transe. No particular, veja-se que o conceito de áreas consolidadas, ou seja, sem função ambiental, encontra respaldo na melhor jurisprudência do STF:

“Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no

âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III)” (BRASIL, 2006).

A Lei nº 12.651/2012 estabeleceu a possibilidade de que estudos técnicos indiquem a existência ou não de função ambiental para a admissão de edificação nas áreas consolidadas em “APP urbanas”, devendo tais estudos contemplar, no mínimo, as seguintes hipóteses previstas no Artigo 64, § 2º:

“(i) caracterização da situação ambiental da área a ser regularizada; (ii) especificação dos sistemas de saneamento básico; (iii) proposição de intervenções para a prevenção e o controle de riscos geotécnicos e de inundações; (iv) recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização; (v) comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental, considerados o uso adequado dos recursos hídricos, a não ocupação das áreas de risco e a proteção das unidades de conservação, quando for o caso; (vi) comprovação da melhoria da habitabilidade dos moradores propiciada pela regularização proposta; e (vii) garantia de acesso público às praias e aos corpos d’água (Artigo 64, § 2º)”.

Vale acrescentar que, na forma do artigo 65 da Lei nº 12.651/2012, quando se tratar de regularização fundiária de interesse específico dos assentamentos inseridos em área urbana consolidada que ocupem área de preservação permanente não identificadas como áreas de risco, o legislador admitiu, ao longo de rios ou qualquer curso d’água, a manutenção de faixa não edificável de largura mínima de 15 (quinze) metros (Artigo 65).

Assim resta claro que o próprio Novo Código Florestal é dotado de normas aptas a dotar o administrador de instrumentos para, no caso concreto, identificar a função ambiental das chamadas “APPs urbanas” e dar-lhes tratamento adequado ao conjunto da legislação aplicável.

4. Política Urbana e Estatuto da Cidade

Tem sido comum que se postule a aplicação do Código Florestal às áreas urbanas sem que se leve em conta que a própria Constituição Federal tenha especializado o chamado direito urbanístico, como ramo autônomo do direito, voltado exclusivamente para a construção de cidades sustentáveis e capazes de cumprir sua função social. Com efeito, a Constituição Federal estabelece em diversos artigos que as áreas urbanas devem merecer tratamento legal específico, havendo uma esfera de competência da União (Artigo 21, XX), uma de competência concorrente com os Estados (Artigo 24, I), uma exclusiva dos Estados (Artigo 25, § 3º). Além disso, existem as competências exclusivas dos municípios, vinculadas ao

interesse local (Artigo 30, I, II e VIII) que se aperfeiçoam com o poder outorgado aos municípios para suplementar as legislações federal e estadual no que couber. Isso para que não se esqueça de que o planejamento da ocupação do solo urbano é uma atribuição do poder local.

E mais: à União foi outorgada a competência específica para estabelecer normas gerais de política urbana (Artigo 182, c/c Art. 21, XX), a qual deve ser executada pelo Município, conforme o disposto em seu Plano Diretor. Como se sabe, o STF já assentou definitivamente que a Constituição deve ser interpretada como um todo harmônico. A *Constituição é um todo* e deve ser interpretada de forma a assegurar a compatibilidade entre todos os seus comandos, haja vista que a Constituição não pode ser tida como um conjunto caótico de normas: “Mas, é lugar comum que o ordenamento jurídico e a Constituição, sobretudo, não são aglomerados caóticos de normas; presumem-se um conjunto harmônico de regras e de princípios.” (BRASIL, 2004). A orientação do STF reflete velha concepção doutrinária que pode ser resumida na opinião de Carlos Maximiliano (1981, p. 128): “O Direito não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma em seu lugar próprio”.

Podemos afirmar existirem, no caso, pelo menos, *dois sistemas de proteção ambiental, distintos, previstos na Constituição* e materializados pela legislação ordinária, (i) o primeiro voltado para a generalidade dos ecossistemas e biomas, expresso pelo Novo Código Florestal e outras normas de igual teor e o (ii) *segundo especificamente voltado para a proteção ambiental das áreas urbanas, visto que relativo à ocupação do solo urbano e à implantação de políticas urbanas aptas a materializar a chamada função social da cidade.*

Desnecessário dizer que a hipótese tratada em (ii) indica a existência de direito especial. Como, assentado pelo STF: “A lei, sabemos, não contém palavras inúteis” (BRASIL, 2012i). Com muito mais razão o legislador constituinte não se utiliza de palavras inúteis no Texto Constitucional. De fato, o Constituinte quis estabelecer e estabeleceu regime próprio para a proteção ambiental em áreas urbanas, o qual não se confunde com o regime geral de proteção ambiental estabelecido pelo Código Florestal.

4.1. Função Social da Cidade e Propriedade Urbana

A ideia de que deve haver uma prevalência absoluta dos limites métricos definidos no Código Florestal sobre a função ambiental concretamente avaliada sob as diretrizes especificamente urbanas é, em nossa opinião, evidente contradição com o *artigo 182 da Constituição Federal,*

especificamente voltado para as políticas urbanas. Tanto é verdade que, em seu § 4º, determina uma série de medidas capazes de obrigar o proprietário a edificar no solo urbano sob pena de imposição de severas penalidades, pois se estaria admitindo a existência de solo urbano sem valor ambiental, servindo de estoque para a especulação imobiliária. O STF (BRASIL, 2008a; BRASIL, 2009d), de forma pacífica, tem reconhecido o poder-dever de o Município dispor sobre política urbana como uma das emanações essenciais de sua autonomia, deferida pela Constituição Federal, conforme se depreende do RE 387.047:

“Solo criado é o solo artificialmente criado pelo homem (sobre ou sob o solo natural), resultado da construção praticada em volume superior ao permitido nos limites de um coeficiente único de aproveitamento. [...] Não há, na hipótese, obrigação. Não se trata de tributo. Não se trata de imposto. Faculdade atribuível ao proprietário de imóvel, mercê da qual se lhe permite o exercício do direito de construir acima do coeficiente único de aproveitamento adotado em determinada área, desde que satisfeita prestação de dar que consubstancia ônus. Onde não há obrigação não pode haver tributo. *Distinção entre ônus, dever e obrigação e entre ato devido e ato necessário.* [...] Instrumento próprio à política de desenvolvimento urbano, cuja execução incumbe ao Poder Público municipal, nos termos do disposto no art. 182 da Constituição do Brasil. Instrumento voltado à correção de distorções que o crescimento urbano desordenado acarreta, à promoção do pleno desenvolvimento das funções da cidade e a dar concreção ao princípio da função social da propriedade [...]” (BRASIL, 2008a).

E mais no RE 226.942:

“Município de Belo Horizonte. Pedido de licença de instalação de posto de revenda de combustíveis. Superveniência de lei (Lei 6.978/1995, art. 4º, § 1º) exigindo distância mínima de duzentos metros de estabelecimentos como escolas, igrejas e supermercados [...]. Requerimento de licença que gerou mera expectativa de direito, insuscetível – segundo a orientação assentada na jurisprudência do STF –, de impedir a incidência das novas exigências instituídas por lei superveniente, inspiradas não no propósito de estabelecer reserva de mercado, como sustentado, mas na *necessidade de ordenação física e social da ocupação do solo no perímetro urbano e de controle de seu uso em atividade geradora de risco, atribuição que se insere na legítima competência constitucional da municipalidade*” (BRASIL, 2000).

E ainda, no AC 2.383-MC-QO:

“A *Carta Magna impôs a concretização da política de desenvolvimento e de expansão urbana das cidades com mais de vinte mil habitantes por meio de um instrumento específico: o plano diretor (§ 1º do art. 182)*. Plausibilidade da alegação de que a Lei Complementar distrital 710/2005, ao permitir a criação de projetos urbanísticos “de forma isolada e desvinculada” do plano diretor, violou diretamente a Constituição republicana. Perigo da

demora na prestação jurisdicional que reside na irreversibilidade dos danos que decorrerão do registro de áreas, para fins de parcelamento, com base na mencionada lei” (BRASIL, 2012d).

5. A solução dos conflitos entre leis

Os conflitos entre leis, e mesmo entre artigos constitucionais, devem ser solucionados segundo critérios legais que, no direito brasileiro, estão principalmente – mas não só – estabelecidos pela chamada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, instituída pelo Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, conforme redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. É importante ressaltar que o Decreto-Lei nº 4.657/1942 foi editado como “Lei de Introdução ao Código Civil”, muito embora ele fosse entendido pela doutrina jurídica mais abalizada como *norma de aplicação de normas de direito em geral*, motivo pelo qual se justificou a sua mudança de nome.

Conforme disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. Significa dizer que, em regra, somente uma norma legal derroga uma lei. Além disso, a revogação pode ser explícita ou tácita, visto que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.” E mais: “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior” (BRASIL, 1942).

Uma norma especial tem aplicação preferencial em relação à norma geral, como é pacífico na doutrina e na jurisprudência nacional e internacional. Em matéria ambiental, dado ser concorrente a competência legislativa, o tema se torna mais complexo, tendo em vista que o Estado Brasileiro é organizado em quatro níveis políticos administrativos, o que demanda do intérprete da norma esforço para definir precisamente o âmbito de competência de cada um dos entes federativos, de forma a se identificar adequadamente o complexo normativo aplicável ao caso concreto. Diante do elevado número de normas voltadas para a proteção ambiental, tal construção hermenêutica se torna fundamental, na medida em que o sistema de controle de constitucionalidade e o federalismo cooperativo adotado pela Constituição Brasileira estabelecem um verdadeiro “condomínio legislativo” (BRASIL, 2008c), com esferas de poder que devem ser identificadas.

O Novo Código Florestal é a lei que fornece a proteção ambiental geral, ou seja, aquela aplicável genericamente aos locais que não estejam submetidos a regime especial de tutela. É importante que se consigne que

o regime constitucional permite amplamente a utilização dos recursos ambientais. No entanto, não pode ser feita de qualquer forma, pois ele determina que a atividade econômica se faça com respeito ao meio ambiente, conforme preceitua o artigo 170 da Constituição Federal.

Assim, a legislação geral visa assegurar o chamado desenvolvimento sustentável, não se confundindo com normas aplicáveis aos locais nos quais o Poder Público, no cumprimento de determinações constitucionais, estabeleceu regimes próprios de tutela. No caso das cidades, mediante a adequada aplicação do planejamento urbano cuja expressão legislativa máxima é o Plano Diretor, expressamente previsto na Constituição Federal.

A propósito, vale relembrar a lição do Professor Paulo Affonso Leme Machado que assim tratou do tema: “A Constituição não pretendeu que o país tivesse o mesmo regime jurídico ambiental, mas quis que alguns espaços geográficos fossem especialmente protegidos” (MACHADO, 2009, p. 149). Como tem sido reiteradamente decidido pelo STF (BRASIL, 2001a), a lei especial tem a preferência sobre a lei geral. Observe-se o seguinte trecho do acórdão referente à Extradição nº 795: “Tratado bilateral, no Brasil, tem hierarquia de lei ordinária e natureza de lei especial, que afasta a incidência da lei geral de extradição”.

Na mesma direção da prevalência da lei especial sobre a lei geral, vai a jurisprudência do STJ: “A regra geral do Código Civil não prevalece sobre a norma especial do art. 59 do DL 167/67, que disciplina o financiamento concedido para o implemento de atividade rural” (BRASIL, 2012h).

Assim, não temos dúvida em afirmar que as áreas urbanas, destinatárias de normas constitucionais próprias e específicas, devidamente densificadas por legislação especial, não estão juridicamente submetidas ao mesmo regime jurídico de proteção ambiental destinado às áreas rurais.

6. Interpretação judicial

Com efeito, a jurisprudência de inúmeros tribunais pátrios (federais e estaduais) mostra resistência (i) à adoção do conceito de APP em área urbana e (ii) admite a possibilidade de que o município disponha sobre a matéria. O Tribunal Regional Federal da 2^a Região, por exemplo, entendeu que:

“Em áreas urbanas, na melhor interpretação do parágrafo único do art. 2º do Código Florestal, devem prevalecer os limites fixados na lei municipal ainda que inferiores a 30 metros, contados do nível mais alto do rio, para delimitação da área de preservação permanente” (BRASIL, 2012a).

Em outro julgado, a mesma Corte Regional Federal entendeu de forma semelhante:

“[...] IV Código Florestal: art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: 1 – de 30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura; Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. V – A aplicabilidade do Código Florestal na zona urbana passa, necessariamente, pela interpretação do parágrafo único do art. 2º acima mencionado, pois o referido dispositivo ao determinar à observância dos limites estabelecidos no caput, pareceu entrar em contradição, o que demanda a sua interpretação. VI – Enfim, a melhor interpretação leva ao reconhecimento de que a expressão ‘limites’ foi inserida no texto do parágrafo único como restrição máxima, ou seja, leva à proibição de que venham a ser exigidos padrão de proteção superior ao contido no artigo 2º do Código Florestal, consoante sustentam diversos estudiosos da matéria, a exemplo de Ana Lucia Moreira Borges e Ronald Victor Romero Magri. (Borges, A. L. M. e Magri, R. V. R. Vegetação de Preservação Permanente e Área Urbana – uma interpretação do art. 2º, do Código Florestal. Revista de Direito Ambiental 2, São Paulo : RT, abr.-jun. 1996. (Pág. 71-76)) VII – Recurso provido para se permitir o prosseguimento da obra, desde que respeitados os limites de 15(quinze) metros estabelecidos na legislação municipal” (BRASIL, 2008b).

No mesmo sentido, existe decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “*O Código Florestal determina para as áreas urbanas que se observe o Plano Diretor do Município*” (BRASIL, 2009b).

Diferente não é o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

“Consoante asseverado pelo Município de Natal, a Resolução nº 303/2002 do CONAMA, ao considerar as dunas, por si só, como área de preservação permanente, extrapolou os limites de suas atribuições, pois não poderia se sobrepor às normas municipais de uso e ocupação do solo, sob pena de infração ao princípio da autonomia municipal. Assim, no caso presente, a norma a ser seguida para definir as áreas protegidas no âmbito do município de Natal é o plano Diretor e as normas específicas de zoneamento, de molde que tendo a área de Lagoinha (ZPA-5) sido disciplinada pela Lei Municipal nº 5.565/04, será esta norma que ali estabelecerá as normas de uso e ocupação do solo, e não uma norma administrativa do CONAMA, ante a ausência de respaldo legal e de se contraditar com as normas específicas editadas pelo Município” (BRASIL, 2007).

No que se refere especificamente ao conflito interpretativo entre as diferentes normas que, em tese, podem incidir sobre a hipótese, julgo conveniente trazer à colação, ainda, a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (BRASIL, 2012e):

“APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AMBIENTAL E ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE LICENÇA AMBIENTAL PRÉVIA NEGADO, DIANTE DA NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DE 30 METROS DO CORPO D’ÁGUA, CONFORME DISPÕE O ART. 2º, ‘A’, 1, DO CÓDIGO FLORESTAL. INAPLICABILIDADE. IMÓVEL INSERIDO EM ÁREA URBANA INEQUIVOCADAMENTE CONSOLIDADA. INCIDÊNCIA, NO CASO, DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE, PARA DETERMINAR O AFASTAMENTO DE 5 METROS AO LONGO DO CÓRREGO. SENTENÇA QUE CONCEDEU A ORDEM MANTIDA. APELOS E REMESSA DESPROVIDOS. ‘Considerado o conflito reinante da legislação federal com a estadual e a municipal acerca das faixas não edificáveis em áreas de preservação permanente ao longo dos cursos d’água situados em região urbana, deve-se interpretar com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para que a edificação, além de preservar razoavelmente o meio ambiente, seja adequada a uma boa ordenação da cidade e cumpra a função social da propriedade sob o píleo do desenvolvimento sustentável, da precaução e da cautela, em atenção a cada caso concreto’ (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2011.092623-4, de Itajaí, rel. Des. Jaime Ramos, j. 31-05-2012).”

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (BRASIL, 2012b), igualmente, tem decidido no mesmo sentido das decisões acima apontadas:

“EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DEMOLIÇÃO PARCIAL. DESCABIMENTO. Na hipótese de área urbana, a regulamentação quanto à ocupação do solo frente a áreas de preservação permanente caberá aos planos diretores municipais e leis de uso do solo, conforme § único, do artigo 2º da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal). Assim, adequada incidência, no caso, da Lei Federal nº 6.766/79 que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, devendo ser adotada como área não passível de edificação, aquela correspondente a faixa de 15 (quinze) metros, de cada lado, ao longo das águas correntes, conforme dispõe o inciso III, artigo 4º, da referida lei. Portanto, sendo permitida a edificação na faixa de 15 (quinze) metros a contar da margem d’água, não há falar invasão da área construída na área de preservação permanente, já que o limite da construção encontra-se aproximadamente 23 metros de distância do arroio, descabendo a demolição da obra. Embargos infringentes desacolhidos.”

6.1. Supremo Tribunal Federal

Ainda que restrito ao exame de Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado sobre a pertinência da aplicação dos conceitos de áreas de preservação permanente contidos no Código Florestal em áreas urbanas legalmente definidas pelos planos diretores municipais. Normalmente, tais manifestações se caracterizam pela manutenção de decisões tomadas nas instâncias ordinárias que reconhecem

a prevalência dos critérios estipulados pelos planos diretores dos municípios. Ver os seguintes trechos de decisões do STF (BRASIL, 2013c):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório. 1. Recurso extraordinário interposto com base na alínea a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra julgado da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que decidiu: ‘..... DANO AMBIENTAL. CONSTRUÇÕES IRREGULARES EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE... CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE ADEQUADO E DIREITO À MORADIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. PRECEDENTE DA TURMA. 1 – Apelação e remessa oficial em que se discute a demolição de 200 (duzentas) casas de precárias condições, construídas, irregularmente, em área de preservação permanente (mangue), localizada no entorno da Avenida Tancredo Neves, Município de João Pessoa, no Estado da Paraíba. 2 – É legítimo o Município de João Pessoa para figurar no polo passivo da presente demanda, visto que é dever do Poder Público Municipal zelar pela defesa e preservação do meio ambiente em vista a promover a fiscalização do cumprimento das normas ambientais. (STJ. RESP 1.113.789. Segunda Turma, Min. Castro Meira. DJE 29.6.2009.); (AC 495.377. TRF5. Segunda Turma, Des. Fed. Francisco Wildo. DJe 14.4.2011). 3 – *Em caso de colisão entre direitos fundamentais, em razão destes não serem absolutos, impõe-se proceder à compatibilização entre os mesmos, mediante o emprego do princípio da proporcionalidade, o que permitirá, por meio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, harmonizá-los, através da redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos ou de apenas um deles apenas.* 4 – ‘In casu’ não é razoável a demolição imediata de todos os imóveis irregulares localizados na área de preservação permanente, tendo em vista que tal ato representará um agravante ao dano ambiental já existente, além de causar inegável impacto social decorrente do desalojamento de diversas famílias. [...] Pois bem. Esse novo *Código Florestal*, sancionado com alguns vetos, foi publicado no Diário Oficial da União em 25 de maio de 2012, após a interposição do primeiro recurso de embargos de declaração aviado pelo IBAMA. E ocorre que esse novo *Código Florestal* brasileiro é explícito e categórico de que é considerada área de preservação permanente toda e qualquer área de manguezal, o que é extremamente o caso dos autos. Mais ainda, o novo *Código Florestal*, também de forma explícita, determina que essa área de preservação permanente se aplica, mesmo em áreas urbanas, e que a legislação municipal deve respeitar os limites por ele estabelecidos. Determina ainda, o novo *Código Florestal*, que essas mesmas áreas urbanas são destinadas ao reflorestamento, devendo esse ônus ser satisfeito pelos proprietários das terras assim qualificadas.

[...]

Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO.

3. Razão jurídica não assiste ao Recorrente.

[...]

Na verdade, dentro do paradigma cooperativo de federalismo que ora se defende no Brasil, propõe-se que os Municípios, como entes mais próximos à população, tenham papel de destaque na administração municipal para impedir as ocupações e gerir o planejamento urbano. 'In casu', é incontestável a conduta omissiva do Município de João Pessoa na fiscalização das construções irregulares empreendidas em área de preservação permanente, localizadas no Bairro do Ipê/PB, causadoras de degradação do meio ambiente e, consequentemente, da 'sadia qualidade de vida' à qual se refere o *caput* do art. 225 da CF.

Neste diapasão, com fulcro no princípio da proporcionalidade, entendo que a melhor solução foi dada pelo douto magistrado de primeiro grau, não determinar a imediata e abrupta retirada dos réus moradores da área, com a demolição de suas casas, sobretudo porque tal ato acarretaria em uma maior lesão à área de preservação permanente e ao direito de moradia, o qual tem cunho constitucional.

[...]

O Tribunal de origem reconheceu 'a conduta omissiva do Município de João Pessoa na fiscalização das construções irregulares empreendidas em área de preservação permanente, localizadas no Bairro do Ipê/PB, causadoras de degradação do meio ambiente e, consequentemente, da 'sadia qualidade de vida' à qual se refere o *caput* do art. 225 da CF' (fl. 439). Assentou 'a necessidade de se encontrar um meio de acomodar as pessoas afetadas pela medida, inclusive com o auxílio dos órgãos de assistência social do MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA' (fl. 440). Determinou, ainda, que 'a adoção de medidas acautelatórias em vista a minorar os danos causados, cabendo ao Município de João Pessoa, efetivamente, fiscalizar a ocupação e uso do espaço bem como evitar reformas ou novas obras, coibindo novas invasões da área por outras famílias, de modo a impedir que novos imóveis sejam construídos no local, providenciando a demolição dos que foram erguidos' (fl. 140). Essa decisão conforma-se ao que requerido neste recurso extraordinário, o que evidencia a falta de interesse recursal do Recorrente: [...]

4. Ademais, não há que se falar em contrariedade ao art. 97 da Constituição da República, pois o Tribunal de origem não declarou inconstitucional ou afastou, por julgar inconstitucional, qualquer lei infraconstitucional:

[...]

Nada há a prover quanto às alegações do Recorrente.

5. Pelo exposto, nego seguimento a este recurso extraordinário (art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Publique-se.

Brasília, 27 de agosto de 2013.

Ministra CÂRMEN LÚCIA" (BRASIL, 2013c).

Ainda em relação ao STF RE 598721/SC, confirma a previdência da legislação municipal:

“Ministério Públíco Federal interpõe recurso extraordinário contra acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional da 4ª Região, assim ementado: ‘ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. CONSTRUÇÃO DE SUPERMERCADO. ZONA URBANA. Não há de se cogitar de limitações ambientais ao direito de construir, dentro da zona urbana, mediante licença da Administração Municipal’ (fl. 741).

[...]

O recurso especial paralelamente interposto já foi definitivamente rejeitado pelo Superior Tribunal de Justiça (fls. 431 a 476) [...]

Decido.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário” (BRASIL, 2013a).

Quanto à possibilidade de que o Poder Públíco possa dispor sobre a utilização de áreas de preservação permanente, veja-se (BRASIL, 2010):

“PREFEITO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO interpõe recurso extraordinário (folhas 178 a 195) contra acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado: ‘Representação por Inconstitucionalidade. Lei Complementar no. 78/2005 do Município do Rio de Janeiro. Alterações ao Decreto no. 11.990/2003 que regulamentou o plano diretor do Parque Municipal Ecológico de Marapendi. Área de proteção ambiental. Inclusão na APA do Lote no. 27 do PAL no. 31.418. Supostas inconstitucionalidades. Violações teóricas dos arts. 7º, 112, 229, 234, 261, 268 e 231, § 1º da Constituição Estadual. Inocorrência. Meras modificações de regras e critérios do plano diretor, sem alterá-lo em substância, sem eiva de inconstitucionalidade. Legislação que não trouxe novas atribuições ao Poder Executivo Municipal. Competência do Município. Política urbana municipal. Iniciativa atribuída a qualquer vereador. Normas de aplicação deferida, e não de aplicação ou execução imediata. Áreas de preservação permanente cuja utilização, por particular, é plenamente viável dentro das restrições e limitações fixadas pelo Poder Públíco. A aprovação do plano diretor é de competência da Câmara Municipal, a quem cabe, da mesma forma, deliberar sobre eventuais alterações. Inexistência, em princípio, de qualquer prejuízo ambiental, urbanístico ou ecológico ocasionado pela Lei Complementar nº 78/2005. Inocorrência de vício de iniciativa. Inexistência de qualquer inconstitucionalidade. Representação improcedente’ (folha 154).

Insurge-se, no apelo extremo, fundado na alínea “a” do permissivo constitucional, contra alegada contrariedade aos artigos 2º, 182 e 225, da Constituição Federal, em razão de ter sido violado o princípio da separação entre os poderes, de não ter sido observada a norma que prevê a aprovação do Plano Diretor para ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes, além de representar sérias ofensas ao dispositivo que assegura um meio ambiente ecologicamente equilibrado. [...]

Decido [...]

Ante o exposto, não conheço do recurso [...]
MINISTRO DIAS TOFFOLI”

7. Conclusão

De acordo com o que foi acima exposto, consideram-se áreas de preservação permanente aquelas que apresentam dois requisitos fundamentais, (i) a função ambiental e (ii) as definições geográficas contempladas no Novo Código Florestal. Não há que se confundir a mera localização geográfica com o conceito legal de área de preservação permanente. Por um lado, há uma continuidade na tradição jurídica brasileira especificamente ligada ao tema. Por outro lado, como foi amplamente demonstrado, o Poder Judiciário brasileiro tem reconhecido aos Municípios a possibilidade legal, na verdade o poder-dever, de dispor sobre o solo urbano, definindo as áreas protegidas. Assim, caso fique constatada a inexistência de valor ambiental (rectius: função ambiental), o município poderá dar destinação ao uso do solo, com vistas a cumprir a função social das cidades.

Referências

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BRASIL. Decreto n. 4.421, de 28 de dezembro de 1921. *Diário Oficial da União*, 12 jan. 1922.
- _____. Decreto n. 23.793, de 23 de janeiro de 1934. *Diário Oficial da União*, 21 mar. 1935.
- _____. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, 9 set. 1942.
- _____. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). *Diário Oficial da União*, 19 set. 1946.
- _____. Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965. *Diário Oficial da União*, 16 set. 1965.
- _____. Constituição (1988). BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 235.736. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ, 21 mar. 2000. *Diário da Justiça*, 26 maio 2000.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 795 EU. DJ, 8 ago. 2001. *Diário de Justiça da União*, 6 abr. 2001a.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2396/MS. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ, 26 set. 2001. *Diário de Justiça da União*, 14 dez. 2001b.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 2303 MC/RS. Relator: Ministro Maurício Corrêa. DJ, 23 nov. 2000. *Diário de Justiça da União*, 5 dez. 2003.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 344882/BA. DJ, 7 abr. 2003. 07/04/2003. *Diário da Justiça*, 6 ago. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3540 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 1º set. 2005. *Diário da Justiça da União*, 3 fev. 2006.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n. 383688. Relator: Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho. *Diário da Justiça Eletrônico*, 1º fev. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 387.047. Relator Ministro Eros Grau. DJ, 6 mar. *Diário da Justiça Eletrônico*, 2 maio 2008a.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento n. 150496 Relator: Desembargador Federal Reis Friede. *Diário da Justiça da União*, 12 maio 2008b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2903/PB. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 1º dez. 2005. *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 set. 2008c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 226.942. Relator Ministro Menezes Direito. DJ, 21 out. 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, 15 maio 2009a.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação/Reexame Necessário n. 200772080036820. Relator: João Pedro Gebran Neto. *Diário da Justiça Eletrônico*, 30 set. 2009b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 599120/RJ. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ, 1º fev. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, 4 fev. 2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível n. 495807. Relator: Desembargadora Federal Maria Amelia Senos De Carvalho. Diário eletrônico da Justiça Federal da 2ª Região, 13 fev. 2012a.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes n. 70047910237. Relator: Jorge Maraschin dos Santos. DJ, 13 abr. 2012. *Diário da Justiça*, 24 mar. 2012b.

_____. Medida Provisória n. 571, de 25 de maio de 2012. *Diário Oficial da União*, 25 maio 2012c.

_____. Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012. *Diário Oficial da União*, 25 maio 2012d.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação cível em mandado de segurança n. 2011.092623-4. Relator: Desembargador Jaime Ramos. DJ, 31 maio 2012e.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 2.383 MC-QO/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ, 27 mar. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, 28 jun. 2012f.

_____. Lei n. 12.727, de 17 de outubro de 2012. *Diário Oficial da União*, 18 out. 2012g.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 908.752/MG. DJ, 16 out. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, 26 out. 2012h.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 716270/RS. Relator: Ministra Cármem Lúcia. DJ, 7 dez. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 dez. 2012i.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 598721/SC. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ, 1º fev. 2013 *Diário da Justiça Eletrônico*, 8 fev. 2013a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2818/RJ. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ, 9 maio 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, 1º ago. 2013b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 761680/PB. Relatora: Ministra Cármem Lúcia. DJ, 27 ago. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, 4 set. 2013c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 665688/SC. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, 29 set. 2013d.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação cível em mandado de segurança n. 2012.029113-4. Relator: Francisco Oliveira Neto. DJ, 8 out. 2013e.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SOUZA, Nelson Rosário de. *Fundamentos da ciência política*. Curitiba: IESDE Brasil, S.A., 2010. Disponível em: <[http://books.google.com.br/books?id=vRG3aiLYphYC&pg=PA14&lpg=PA14&dq=%E2%80%9CTodas+as+coisas+se+definem+sempre+pelas+suas+fun%C3%A7%C3%B5es+e+potencialidades;+por+conseguinte,+quando+elas+n%C3%A3o+o+se+deve+dizer+mais+que+se+trata+das+mesmas+coisas,+mas+apenas+que+elas+tem+o+mesmo+nome+\(hom%C3%B3nima\).+%C3%89+evidente,+nessas+condi%C3%A7%C3%B5es,+que+a+cidade+existe+naturalmente+e+que+%C3%A9+anterior+aos+in](http://books.google.com.br/books?id=vRG3aiLYphYC&pg=PA14&lpg=PA14&dq=%E2%80%9CTodas+as+coisas+se+definem+sempre+pelas+suas+fun%C3%A7%C3%B5es+e+potencialidades;+por+conseguinte,+quando+elas+n%C3%A3o+o+se+deve+dizer+mais+que+se+trata+das+mesmas+coisas,+mas+apenas+que+elas+tem+o+mesmo+nome+(hom%C3%B3nima).+%C3%89+evidente,+nessas+condi%C3%A7%C3%B5es,+que+a+cidade+existe+naturalmente+e+que+%C3%A9+anterior+aos+in)>.

O artigo 54 da Lei 9.784/99 e as relações jurídico-administrativas anteriores

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

A partir da segunda metade da centúria passada, foi-se consolidando, na contínua evolução do Estado de Direito, modelo que transpôs a Constituição para a centralidade do sistema jurídico, prestigiando sobremodo os direitos fundamentais, o que é capaz de influenciar decisivamente a elaboração da legislação administrativa¹.

O fenômeno, além de implicar a menção, nas Constituições elaboradas a partir de então, de diretrizes para a atuação da Administração Pública, disseminou a elaboração, nos mais diversos ordenamentos, de leis de procedimento administrativo, elaboradas não somente para disciplinar as prerrogativas da atuação administrativa, mas também, igual e primordialmente, para assegurar a participação do cidadão na defesa dos seus direitos e dos da coletividade². A função administrativa, assim, passa a existir não somente para o Estado, mas, sobretudo, para o administrado.

Inserindo-se nesse contexto, a Constituição de 1988 contemplou, com pormenor, o tratamento da Administração Pública (Título III, Capítulo VII, arts. 37 a 42), tendo sido seguida, aproximadamente um decênio após, pela Lei 9.784/99, responsável por disciplinar o procedimento administrativo no âmbito da Administração Pública Federal Direta e Indireta.

O presente artigo, versando sobre o controle de legalidade exercido pela Administração, discorre sobre a aplicação do art. 54 da Lei 9.784/99

Edilson Pereira Nobre Júnior é Professor da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Mestre e doutor em Direito Público pela UFPE. Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quinta Região.

¹ A esse respeito e com enfoque na mutação do direito administrativo germânico após a Lei Fundamental de 1949, interessante a percepção de Rainer Wahl (2013, p. 57): “O Direito Administrativo depende da Constituição em sua gênese, em sua ulterior vigência e interpretação. Não só a aplicação das leis (pela Administração), mas também seu surgimento e sua interpretação estão e permanecem determinados pelo princípio do Estado de Direito e pelos direitos fundamentais”. “(El Derecho administrativo depende de la Constitución en su génesis, en su ulterior vigencia y en su interpretación. No solo la aplicación de las leyes (por la Administración), sino también su surgimiento y su interpretación están y permanecen determinadas por el principio del Estado de Derecho y por los derechos fundamentales).”

² Sobre a importância do procedimento administrativo, na qualidade de instrumento tendente a aproximar a Administração do cidadão, apresenta-se digna de leitura a abordagem – densa, aliás –, realizada por Raimundo Márcio Ribeiro Lima (2013).

quanto às relações jurídicas consolidadas antes de sua vigência.

Dentre as diversas previsões da Lei 9.784/99, há o seu art. 54, *caput*, que, a pretexto de restringir a possibilidade de invalidação dos atos administrativos ampliativos da posição jurídica dos administrados, inerente à atividade de controle interno, enuncia: “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decaí em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé” (BRASIL, 1999a).

Ao pôr em prática o preceito, o Superior Tribunal de Justiça, desincumbindo-se da sua tarefa de guardião da autoridade, inteireza positiva e uniformidade interpretativa da legislação infraconstitucional (art. 105, III, alíneas *a* a *c*, CF), consolidou o entendimento segundo o qual o prazo constante do art. 54 da Lei 9.784/99 somente se reflete nas relações jurídico-administrativas antecedentes, a contar de sua vigência, coincidente com o dia 30 de janeiro de 1999, não aproveitando, para o seu fim típico, os intervalos de tempo transcorridos.

Espelha essa tendência – que se mantém tranquila – o deliberado no MS 9.112 – DF³, impetrado por servidora aposentada contra

ato do Presidente da Corte, especificadamente o Ato STJ 158, de 30/4/2003, o qual reviu as vantagens de sua aposentadoria, determinando o resarcimento ao erário de importâncias percebidas indevidamente. A impetrante alegou a incidência do disposto no art. 54 da Lei 9.784/99, pelo fato de o ato alvo de invalidação pelo impetrado ter sido editado em 21/11/94, argumentação afastada, razão pela qual a concessão parcial da segurança, unicamente para o fim de obstar a devolução das verbas percebidas, em face da boa-fé do administrado.

Observa-se, tanto na ementa quanto na motivação do voto-condutor, o entendimento de que a vigência do dispositivo se impõe para o futuro, não podendo recuar no tempo, para limitar a atuação da Administração em face de atos passados. Ademais, invoca, a título de reforço, que, antes da Lei 9.784/99, não se encontrava o Poder Público sujeito a condicionamento temporal, tendo em vista assim dispor o art. 114 da Lei 8.112/90.

Outra amostra de realce dessa orientação recaiu no desate de Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em REsp 445.100 – RS, que teve sua origem em pretensão de servidora pública deduzida frente à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, questionando a incidência da orientação constante do Parecer GQ 203/99 da Advocacia-Geral da União⁴.

Na fundamentação desse julgado, é de se notar a menção a vários outros precedentes, dentre os quais despertam atenção os Embargos de Declaração no Agravo Regimental nº EREsp 571450 – RS⁵, no qual se explicita que, antes da Lei 9.784/99, inexistia restrição temporal a que a Administração procedesse à invalidação dos seus atos, quando ilegais.

³ Eis a ementa do julgado: “ADMINISTRATIVO – ATO ADMINISTRATIVO: REVOCAGÃO – DECADÊNCIA – LEI 9.784/99 – VANTAGEM FUNCIONAL – DIREITO ADQUIRIDO – DEVOLUÇÃO DOS VALORES. 1. Até o advento da Lei 9.784/99, a Administração podia revogar a qualquer tempo os seus próprios atos, quando eivados de vícios, na dição das Súmulas 346 e 473/STF. 2. A Lei 9.784/99, ao disciplinar o processo administrativo, estabeleceu o prazo de cinco anos para que pudesse a Administração revogar os seus atos (art. 54). 3. A vigência do dispositivo, dentro da lógica interpretativa, tem início a partir da publicação da lei, não sendo possível retroagir a norma para limitar a Administração em relação ao passado. 4. Ilegalidade do ato administrativo que contemplou a impetrante com vantagem funcional derivada de transformação do cargo efetivo em comissão, após a aposentadoria da servidora. 5. Dispensada a restituição dos valores em razão da boa-fé da servidora no recebimento das parcelas. 6. Segurança concedida em parte” (BRASIL, 2005).

⁴ Terceira Seção, v.u., rel. Min. Félix Fischer, DJU de 4/6/2007.

⁵ Terceira Seção, v.u., rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 12/9/2005.

Com o devido respeito, sou de que o ponto de vista que se consolidou na seara pretoriana não se apresenta como o mais adequado para demarcar o alcance do art. 54 da Lei 9.784/99, a estatuir barreira à invalidação das decisões administrativas favoráveis aos administrados, fazendo extinguir o direito potestativo da Administração de fazê-lo quando transcorrido o prazo que menciona⁶.

Incialmente, é de ser destacado que o primeiro argumento invocado pela Corte Superior, qual seja o de que a lei deverá ter sua aplicação para o futuro, não se afigura a mais correta.

A incidência da lei para o futuro é regra que consta do pórtico do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que, nesse particular, procura instrumentalizar o princípio da segurança jurídica.

Daí que não se pode deixar de abstrair que a segurança jurídica, no atual quadrante da nossa evolução jurídica, é de ser considerada um direito fundamental. A menção do compromisso do Estado Democrático brasileiro com a finalidade de assegurar a segurança, constante do Preâmbulo da Lei Básica vigente, bem como

outras referências no curso do seu texto (art. 5º, XXXVI e XL, e art. 150, III), espelha essa noção⁷.

Por isso, numa síntese sobremodo feliz, Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 41) expõe que direito e segurança são conceitos literalmente inseparáveis, pois, acima de tudo, o direito é, em sua essência, um projeto para implantação da segurança.

Assentada a qualidade de direito fundamental que deve ser atribuída à segurança jurídica, é preciso não perder de vista uma observação dirigida à delimitação dos seus destinatários.

Não se pode, assim, esquecer que os direitos fundamentais tiveram a sua elaboração voltada para a luta contra os abusos do poder – inicialmente o político e, atualmente, também o econômico. A consequência é que a sua invocação é dirigida em favor dos particulares. O Estado, em regra, não pode fazê-lo.

Dissertando sobre esse aspecto, Hesse (1996, p. 106) sustenta que as pessoas jurídicas de direito público, por via de regra, não podem invocar em seu benefício direitos fundamentais. As ressalvas para tanto seriam, inicialmente, as situações nas quais tais entes se achem inseridos nas áreas constitucionalmente tuteladas pelos direitos fundamentais como, por exemplo, a autonomia universitária e as atividades de rádio e televisão, estas acobertadas pela liberdade de expressão. Noutra hipótese se têm os direitos de natureza procedural, de que é exemplo o direito ao juiz natural. O entendimento do

⁶Trata-se de caducidade ou decadência, a qual, conforme a doutrina, representa a extinção do próprio direito, distinguindo-se da prescrição, que é o desaparecimento de uma pretensão jurídica, e, igualmente, da preclusão, consistente na perda de uma oportunidade processual (BANDEIRA DE MELLO, 2012). Sendo assim, afigura-se lícito afirmar que se consuma independente de atuação judicial, pelo transcurso do seu prazo no âmbito interno da Administração. Tanto é assim que Agnelo Amorim Filho (Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, ano 94, nº 836, p. 14, junho de 2005), ao instante de classificar o direito potestativo quanto à forma de seu exercício, mencionou como espécies as seguintes: a) direitos exercitáveis mediante simples manifestação de vontade do seu titular, sem necessidade de apelo às vias judiciais; b) direitos exercitáveis pela simples manifestação de vontade do seu titular, sem necessidade de recurso ao Judiciário, salvo se aquela que sofre a sujeição não concordar com a forma de seu exercício; c) direitos que somente podem ser exercidos por meio de ação judicial. Quanto à competência de invalidação dos atos administrativos, segue-se o seu encaixe nas duas primeiras hipóteses.

⁷Ideia similar parece ser a que compartilha a doutrina estrangeira. Por exemplo, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (2013, p. 143) é categórico em afirmar que constitui o princípio da segurança, juntamente com o da liberdade e o da justiça, um dos três critérios dirigentes que o preâmbulo da Constituição espanhola de 1978 cita expressamente, e o art. 9.3 insere dentre os princípios jurídicos que tal diploma reconhece. Jorge Enrique Romero-Pérez (2013, p. 150) acentua que os valores essenciais numa sociedade, de acordo com a cultura ocidental, são, entre outros, a paz, a justiça, a liberdade, a segurança jurídica e a igualdade.

autor encontra ressonância na jurisprudência germânica⁸.

Essa tônica parece ser a sufragada pelo Supremo Tribunal Federal e com especial destaque para a questão inerente à possibilidade ou não de aplicação retroativa de normas legais. Basta ver a Súmula 654, em cuja redação se vê: “A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado”.

A partir de uma leitura dos precedentes que ensejaram tal orientação sumular, nota-se a forte e relevante semelhança de sua *ratio decidendi* com o ponto de vista da restrita invocação de direitos fundamentais pelo Estado. Por exemplo, o RE 153.662- 4 - SP⁹ ratificou o entendimento favorável à aplicação do Decreto 83.080/79 para reger a aposentadoria do recorrido, a qual fora deferida em 1977, época em que vigorava o Decreto 72.771. Afastou-se, assim, a alegação do INSS de violação ao art. 5º, XXXVI, da Lei Fundamental.

Também o RE 167.887- 9 - SP¹⁰, no qual se provera recurso com vistas ao reconhecimento

da procedência do pedido, sob o argumento de que o art. 11 do Decreto 10.348, editado pelo Distrito Federal, poderia ser aplicado para o passado, por estabelecer benefício para o particular.

Idem o RE 177.888-1 - RS¹¹, em cujo desate prevaleceu a legitimidade constitucional do art. 9º da Lei 9.127/90, emanada do Estado do Rio Grande do Sul, estatuindo que o seu instituto de previdência restabelecesse as pensões daqueles que preenchiam os requisitos do art. 41, §6º, da Constituição da correspondente unidade federativa.

Portanto, é possível concluir que o Pretório Excelso uniformizou compreensão no sentido de que a vedação à retroatividade das leis somente pode ser suscitada pelos particulares. Quanto ao ente estatal, o qual editou a norma, não é lícito fazê-lo, de maneira que a sua aplicação pode beneficiar os administrados, mesmo quando se trate de relações anteriores à sua vigência.

E, como se não bastasse, o próprio Superior Tribunal de Justiça, quando do desenlace do REsp 1258389 - PB¹², manteve a improcedência

⁸ De fato, o Tribunal Constitucional alemão, em sede de recurso constitucional (BVerfGE 21, 362), apreciou questão em que o recorrente, pessoa jurídica de direito público, incumbida da prestação da seguridade social, impugnou decisão proferida por tribunal federal, em litígio relativo a responsabilidade civil, apontando violação ao seu direito fundamental à propriedade e à igualdade. O Tribunal Constitucional não conheceu do recurso, por ausência de legitimidade ativa, justamente sob o argumento de que os direitos fundamentais não são aplicáveis em favor das pessoas jurídicas de direito público quando se desincumbem de tarefas públicas. Noutra oportunidade (BVerfGE 31, 314), propendeu-se pela possibilidade de emissora de rádio ou televisão, organizada sob a forma de pessoa jurídica de direito público, defender o seu direito à liberdade de comunicação. Tais decisões se encontram, nas partes essenciais, em coletânea elaborada por Jürgen Schwabe (2005, p. 170-174).

⁹ 1^a T., v.u., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 7/4/2000.

¹⁰ 1^a T., v.u., rel. Min. Octávio Gallotti, DJU de 18/8/2000.

¹¹ 1^a T., v.u., rel. Min. Moreira Alves, DJU de 6/8/99.

¹² Quarta Turma, v.u., rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 15/4/2014. Tudo decorreu do fato de que a ré, nos programas Tribuna Livre, Rádio Valverde e Rede Verdade, pelos seus apresentadores, teria denegrido a imagem da municipalidade, razão pela qual o pedido desta tinha como lastro jurídico o art. 5º, V e X, da Constituição Federal. Eis esclarecedora passagem substancial da ementa: “DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFORMAÇÕES VEICULADAS EM REDE DE RÁDIO E TELEVISÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL AJUIZADA POR MUNICÍPIO CONTRA O PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. RECONHECIMENTO LIMITADO.1. A tese relativa à indenização pelo dano moral decorrente de ofensa à honra, à imagem, violação da vida privada e intimidade das pessoas somente foi acolhida às expressas no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, incisos V e X), que o alçou ao seletivo catálogo de direitos fundamentais. Com efeito, por essa ótica de abordagem, a indagação acerca da aptidão de alguém sofrer dano moral passa necessariamente pela investigação da possibilidade teórica de titularização de direitos fundamentais, especifi-

de pedido de indenização por danos morais que formulou o Município de João Pessoa (PB) em detrimento da Rádio e Televisão Paraibana Ltda., desenvolvendo justamente o entendimento que reconhece a titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas de direito público unicamente se forem de natureza processual ou na hipótese de implicar também direitos oponíveis ao Poder Público, nas mesmas condições dos particulares.

Por esse primeiro fundamento, inexiste razão a justificar a inaplicabilidade do art. 54 da Lei 9.784/99 para o fim da consolidação das decisões administrativas ampliativas de direitos dos administrados, levadas a cabo antes da vigência do referido diploma.

Não desconheço que o ponto de vista pretoriano alvo de comentário possui outro lastro, qual seja o de que, antes do art. 54 da Lei 9.784/99, não havia uma previsão de limite de tempo para a Administração invalidar os seus atos quando supostamente ilegais.

camente daqueles a que fazem referência os incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal. 2. A inspiração imediata da positivação de direitos fundamentais resulta precipuamente da necessidade de proteção da esfera individual da pessoa humana contra ataques tradicionalmente praticados pelo Estado. É bem por isso que a doutrina vem entendendo, de longa data, que os direitos fundamentais assumem “posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos” (MENDES, Gilmar Ferreira [et. al.]. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 222-223). 3. Em razão disso, de modo geral, a doutrina e jurisprudência nacionais só têm reconhecido às pessoas jurídicas de direito público direitos fundamentais de caráter processual ou relacionados à proteção constitucional da autonomia, prerrogativas ou competência de entidades e órgãos públicos, ou seja, direitos oponíveis ao próprio Estado e não ao particular. Porém, ao que se pôde pesquisar, em se tratando de direitos fundamentais de natureza material pretensamente oponíveis contra particulares, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nunca referendou a tese de titularização por pessoa jurídica de direito público. Na verdade, há julgados que sugerem exatamente o contrário, como os que deram origem à Súmula n. 654, assim redigida: “A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado”. 4. Assim, o reconhecimento de direitos fundamentais – ou faculdades análogas a eles – a pessoas jurídicas de direito público não pode jamais conduzir à subversão da própria essência desses direitos, que é o feixe de faculdades e garantias exercitáveis principalmente contra o Estado, sob pena de confusão ou de paradoxo consistente em se ter, na mesma pessoa, idêntica posição jurídica de titular ativo e passivo, de credor e, a um só tempo, devedor de direitos fundamentais, incongruência essa já identificada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE 15, 256 [262]; 21, 362. *Apud*. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: DelRey, 2013, p. 639). 5. No caso em examé, o reconhecimento da possibilidade teórica de o município pleitear indenização por dano moral contra o particular constitui a completa subversão da essência dos direitos fundamentais, não se mostrando presente nenhum elemento justificador do pleito, como aqueles apontados pela doutrina e relacionados à defesa de suas prerrogativas, competência ou alusivos a garantias constitucionais do processo. Antes, o caso é emblemático e revela todos os riscos de se franquear ao Estado a via da ação indenizatória. 6. Pretende-se a responsabilidade de rede de rádio e televisão local por informações veiculadas em sua programação que, como alega o autor, teriam atingido a honra e a imagem da própria Municipalidade. Tal pretensão representa real ameaça a centros nervosos do Estado Democrático de Direito, como a imprensa livre e independente, ameaça que poderia voltar-se contra outros personagens igualmente essenciais à democracia [...]” (BRASIL, 2014).

O argumento não prospera. Basta recordar que sempre frisou a doutrina, de forma incisiva e de há muito, que, mesmo inexistindo previsão legal a respeito, a competência de invalidação dos atos administrativos não se afigurava peregrina, esgotando-se com o passar do tempo.

A menção a dois autores é demasiado eloquente. Um deles é Almiro do Couto e Silva (1987, p. 46-63), ao sustentar que, nessas situações, haver-se-ia que harmonizar os princípios da legalidade e segurança jurídica, sendo de relevante a boa-fé dos administrados. A outra, Weida Zancaner (1996, p. 94-98), em procurando sistematizar o assunto, acentuou que, excetuados os atos que denomina absolutamente inválidos, os quais são os que têm por seu objeto um comportamento criminoso, estaria a Administração limitada no tempo para proceder à invalidação dos atos ampliativos de direitos¹³.

O que se contorveteu – e até permaneceu no terreno da incerteza – foi a fixação, à míngua de lei, de tal prazo, pois, enquanto Weida Zancaner oscilava entre o prazo geral de prescrição das ações pessoais, previsto na legislação civil, e o de cinco anos, de acordo com a Lei 4.771/65 e o Decreto 20.910/32, conforme ausente ou não a boa-fé, Almiro do Couto e Silva, agora noutro escrito¹⁴, advogou a aplicação do prazo de cinco anos, a que se reporta o art. 21 da Lei 4.717/65. E assim se fez com respaldo na jurisprudência, sendo de se enfatizar, dentre vários julgados, o RE 108182-1 – SP¹⁵, no qual preponderou

¹³ Da lição é de irrecusável transcrição a seguinte passagem: “O dever de invalidar não se coaduna com a inéria administrativa, e é por esta razão que não pode a Administração Pública, a seu talante, fazer e desfazer atos viciados de benefícios por um lapso demasiado longo de tempo” (ZANCANER, 1996, p. 96).

¹⁴ Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da Administração Pública com relação a seus atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, nº 204, p. 30, abr./jun. de 1996.

¹⁵ Demais da pujante motivação, para a qual foi providencial parecer da lavra do Dr. Gilmar Mendes, eis, impecá-

a assertiva de que o poder-dever, inerente à Administração Pública, de invalidação das decisões administrativas não está – e nunca esteve – liberto de lindes por parte da ordem jurídica.

Sendo assim, é mais uma vez de fácil observação que o advento do art. 54 da Lei 9.784/99, longe de criar instituto até então inexistente, serviu para declarar, fixando em bases sólidas, o intervalo de tempo que a ordem jurídica, no plano da Administração Federal, confere para fins de invalidação das decisões administrativas que tenham acarretado benefícios para a esfera jurídica dos administrados.

É certo que, no que concerne às relações entre a Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, e seus servidores estatutários, o art. 114 da Lei 8.112/90 estabelece a possibilidade de a Administração, a qualquer tempo, invalidar os seus atos, desde que eivados de ilegalidade.

A primeira observação que se faz é que o referido preceito não pode, como comprehende o Superior Tribunal de Justiça, servir de óbice à incidência do art. 54 da Lei 9.784/99 sobre as decisões administrativas anteriores, com o cômputo de seu prazo antes da sua vigência. É que o art. 114 da Lei 8.112/90 está na contramão do sistema jurídico pátrio que, como visto, adota como uma de suas diretrizes a segurança jurídica.

Num cenário de proliferação excessiva de leis pelo qual muitos ordenamentos vêm passando, faz-se preciso guardar a advertência de Zagrebelsky (2007, p. 11-12, 22-23, 44-45), ao referir-se a um dualismo representativo de uma

vel, a mensagem exarada pela ementa do julgado: “Anulação de concurso público, sem prévio processo administrativo e defesa dos interessados, em estágio probatório. Súmulas 20 e 21. Se não se nega à Administração a faculdade de anular seus próprios atos, não se há de fazer disso o reino do arbítrio. Jurisprudência da Corte, aplicável à hipótese. Recurso extraordinário conhecido e provido” (STF, Primeira Turma, v.u., rel. Min. Oscar Corrêa, DJU de 24/10/86).

tensão entre o Direito como substância (*ius*) e o Direito como forma (*lex*). Assim, a lei somente pode conter o direito à medida que se identifique com os traços culturais da sociedade, dos quais não se pode excluir, de forma alguma, a segurança jurídica.

Por essas razões, não vislumbramos óbice a que o art. 54 da Lei 9.784/99 possa ser aplicado às relações jurídicas anteriormente formadas, não somente a partir da sua vigência, mas também a partir do instante no qual essas passaram a produzir sua eficácia, de modo a preservar incólume a validade dos atos que, ao instante de sua entrada em vigor, já tinham produzido seus efeitos há mais de um lustro.

Referências

- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, ano 94, n. 836, jun. 2005.
- BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- _____. Estado de direito e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 41.
- BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de Janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º fev. 1999a.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos AgRg nos EREsp 571450/RS. Relator: Ministro Gilson Dipp. DJ, 24 ago. 2005. *Diário da Justiça*, 12 set. 2005a.
- _____. Mandado de segurança n. 9.112. Relator: Ministra Eliana Calmon. DJ, 16 fev. 2005. *Diário da Justiça*, 14 nov. 2005b.
- _____. Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial n. 445.100 / RS. Relator: Ministro Félix Fischer. DJ, 25 abr. 2007. *Diário da Justiça*, 4 jun. 2007.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1258389/PB. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 17 dez. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, 15 abr. 2014.
- HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernesto et al (Coord.). *Manual de derecho constitucional*. Madri: Marcial Pons, 1996.
- LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração pública dialógica*. Imprenta: Curitiba, Juruá, 2013.
- MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El principio de seguridad jurídica en el derecho administrativo. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
- ROMERO-PÉREZ, Jorge Enrique. Derechos y seguridad jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização de Martins Leonardo. Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins,

Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldes Ferreira. Berlin: Konrad-Adenauer, 2005.

SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, n. 84, out./dez. 1987.

_____. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da Administração Pública com relação a seus atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, n. 204, abr./jun. 1996.

WAHL, Rainer. *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*. Madri: Marcial Pons, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il giudice delle leggi artefice del diritto*. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2007.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

Os Estados no centro e os Estados na periferia

Alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann

MARCELO NEVES

Sumário

1. Introdução: sociedade mundial e diferença “modernidade central/modernidade periférica”. 2. O Estado democrático de direito na modernidade central: a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 3. Limites à formação e realização do Estado democrático de direito na modernidade periférica do ponto de vista da noção de diferenciação funcional. 4. O paradoxo das tendências a uma “periferização do centro” e seus limites em uma sociedade mundial assimétrica.

1. Introdução: sociedade mundial e diferença “modernidade central/modernidade periférica”

Quando se parte do pressuposto teórico-sistêmico fundamental de que a sociedade moderna constituiu uma sociedade mundial, pensa-se em um contexto comunicacional unitário que, como sistema social abrangente, está diferenciado primariamente em diversos subsistemas (LUHMANN, 1975; 1987a; 1993; 1997; LUHMANN; DE GIORGI, 1992; STICHWEH, 2000).¹ Isso, contudo, não exclui uma diferenciação segmentária secundária em Estados como organizações territoriais estritamente delimitadas, válida tanto para o sistema político quanto para

Marcelo Neves é
Professor Titular de
Direito Público da
Faculdade de Direito
da Universidade de
Brasília.

¹Portanto, não cabe falar de “sociedade brasileira” (nem francesa, alemã, argentina etc.) nesse contexto teórico (muito menos em termos de uma singularidade cultural buscada pelos chamados “intérpretes do Brasil”). O Brasil como formação político-jurídica territorial (colônia ou Estado) é uma decorrência da expansão da sociedade mundial (moderna).

o sistema jurídico (LUHMANN, 1998; 2000a; 1993). Nesse contexto, a teoria dos sistemas de Luhmann, apesar de toda a ênfase no conceito de uma sociedade (mundial) única, não é indiferente aos problemas que, como consequência do desenvolvimento assimétrico dessa sociedade, emergem em diversas regiões do globo. É certo que Luhmann já havia observado esses problemas por meio da dicotomia “sociedade tradicional/sociedade moderna”, própria das teorias da modernização, e assim os situou, de certo modo, em contradição com seu próprio conceito de uma única sociedade (mundial) (1983a, p. 65; 1987a, p. 96; 1965, p. 101). Mas essa bifurcação da sociedade mundial em centro e periferia não é negligenciada, mas sim enfaticamente destacada por ele:

“É por fundamentos políticos que se persiste na segmentação regional do sistema político da sociedade mundial em Estados, apesar de permanente perigo de guerra; e são fundamentos econômicos que forçam a diferenciação da sociedade em centro e periferia, em regiões superdesenvolvidas e regiões carentes de desenvolvimento” (LUHMANN, 1986a, p. 168).²

Isso significa que, embora a distinção entre centro e periferias tenha fundamentos econômicos, ela pressupõe uma segmentação territorial dos sistemas político e jurídico em *Estados*. Luhmann não desconhece que a bifurcação entre modernidade central e periférica, que não é identificável com a distinção pré-moderna entre centro e periferia (LUHMANN, 1997, p. 613; 663-678; LUHMANN; DE GIORGI, 1992, p. 255, 275) e que tem um sentido completamente distinto da diferença entre centro e periferia de um sistema funcional (LUHMANN, 1993, p. 321, 333; 2000a, p. 244, 316), encontra-se em uma relação de tensão com a diferenciação funcional (LUHMANN, 1997, p. 169), que, segundo a teoria dos sistemas de Luhmann (1997, p. 707, 743; 1993, p. 572), tem o primado na sociedade (mundial) moderna. Além disso, Luhmann destaca que essa bifurcação, em nenhum caso, implica a negação da existência da sociedade mundial:

“A queixa disseminada acerca da exploração pós-colonial dos países periféricos pelas nações industriais – teoria sob títulos como dependência e marginalidade – não é uma prova contra a sociedade mundial, seja o que for sustentado em relação a ela em termos de conteúdo. O entrelaçamento em escala mundial de todos os sistemas funcionais é difícil de ser contestado” (LUHMANN, 1993, p. 572).

Apesar disso, cabe perguntar se o paradigma teórico-sistêmico, por ter sido demasiadamente impregnado pelo seu contexto de surgimento, isto

² Nesse sentido é possível designar-se a “sociedade mundial como sistema internacional estratificado de desenvolvimento” (HEINTZ, 1982, p. 17, 33).

é, pela experiência dos Estados na modernidade central, não estaria em condição de dar conta das diferenças de construção e desenvolvimento estatal entre centro(s) e periferia(s) da sociedade mundial, e extrair disso as consequências corretas para a descrição e explicação dos limites do primado da diferenciação funcional nessa sociedade.³

Ainda que a sociedade mundial importe cada vez mais condições limitativas comuns para a capacidade funcional e para a força legitimadora do Estado em todas as regiões do globo terrestre, os diferentes desenvolvimentos da sociedade moderna no(s) centro(s) e na(s) periferia(s) supõem problemas diversos para as respectivas organizações político-jurídicas. Não utilizei o esquema “centro/periferia” da forma simplificadora e ideologicamente carregada das “teorias da exploração” dos anos sessenta e setenta.⁴ Também não se trata de uma concepção puramente econômica do sistema mundial como economia mundial capitalista.⁵ Entretanto, não se deve negligenciar que o surgimento da sociedade moderna foi acompanhado por uma forte desigualdade no desenvolvimento interregional⁶, com consequências significativas para a reprodução de todos os sistemas sociais, principalmente para o direito e a política enquanto

³ Remeto aqui a alguns textos anteriores: Neves (1992; 1998, p. 107; 1999; 2000a; 2000b, p. 171; 2003; 2004).

⁴ Sobre esse debate, ver, dentro da numerosa literatura, o panorama oferecido por Senghaas (1972; 1974; 1979).

⁵ A respeito, ver Wallerstein (1979); Hopkins e Wallerstein (1979). Luhmann (1997, p. 158) apresenta objeções a esse modelo: “Immanuel Wallerstein certamente fala de *world-system*, mas indica, com isso, um sistema de interação de diversas sociedades regionais, inclusive para a modernidade”. Luhmann adiciona “A especificidade do sistema mundial moderno é, então, apenas a possibilidade ilimitada da acumulação de capital” (1997, p. 159 n. 215). Ver também Teubner (1996, p. 259).

⁶ Esse problema relaciona-se com a divisão regional do trabalho, que, segundo Durkheim (1986, p. 164), “desenvolve-se a partir do século XIV”. Nesse sentido, Giddens (1991, p. 71, 75) inclui a divisão internacional do trabalho como uma dimensão da “globalização”.

sistemas estatalmente organizados. Mas essa situação também não diz respeito a um sistema de relações entre diversas sociedades regionais, que corresponderia a um conceito de sociedade centrado no Estado nacional (LUHMANN, 1997, p. 159; 1998, p. 374; 2000a, p. 220; 1995a, p. 117; TEUBNER, 1996, p. 258). Trata-se de uma cisão paradoxal que surge dentro da sociedade (mundial) moderna e cujas consequências para os Estados como fatores e resultados da diferenciação segmentária secundária do direito e da política em contextos sociais centrais ou periféricos são, em cada caso, diferentes.

Não se pode negar, portanto, que a atual sociedade mundial é altamente fragmentada e por isso é possível a aplicação do esquema “centro/periferia” em diferentes níveis⁷. Também é necessário chamar a atenção para o fato de que, no transcurso dos recentes desenvolvimentos da sociedade mundial, constatam-se tendências em direção a uma crescente “mobilidade nas distribuições” de centros e periferias,⁸ por um lado, e em direção a uma periferização paradoxal dos centros, por outro (NEVES, 1998, p. 153). Além disso, cabe advertir que, quando utilizei centro/periferia como diferença da sociedade moderna (mundial), na virada da década de 1980 para a década de 1990, considerei-a apenas como uma diferença que se apresentava, entre outras diferenças, como relevante para a reflexão da sociedade mundial e o contexto brasileiro, levando em conta que ela tinha fundamentos econômicos e era condicionada pela segmentação político-jurídico territorial em Estados. Não a apresentei como a única diferen-

⁷ Nesse sentido, já se manifestavam, à época em que esse debate estava em destaque ver Galtung (1972, p. 35); Wallerstein (1979); Hopkins e Wallerstein (1979).

⁸ “Em uma perspectiva de longo prazo, haverá mais mobilidade [...] nas distribuições de centros e periferias do que a distinção instantânea permite supor à luz do atual estado de desenvolvimento” (LUHMANN, 1998, p. 377; 2000a, p. 224).

ça característica ou válida para a autorreflexão da sociedade mundial. Outras diferenças eram relevantes à época, como aquela entre bloco soviético (“leste”) e bloco “liberal” liderado pelos Estados Unidos (“oeste”), no âmbito da chamada “Guerra Fria”. Essa diferença desapareceu e outras se afirmaram, como a diferença entre fundamentalismo islâmico e ocidentalismo “liberal”, entre o capitalismo de Estado chinês e o capitalismo ocidental. A essas e outras diferenças não se aplica o modelo centro e periferia e, nesse sentido, o bloco soviético, o Irã e China não se apresenta(m), na relação com o ocidentalismo, primacialmente nem como modernidade central nem como modernidade periférica. Nesses termos, parece-me um truismo insistir que a sociedade moderna vai muito além da diferença entre centro e periferia, para afirmar a sua multiplicidade.⁹

Parece-me, porém, que a distinção entre modernidade central e periférica é analiticamente frutífera, na medida em que, definindo-se a modernidade pela complexidade social e pela dissolução de conteúdos morais imediatamente válidos para todas as esferas da sociedade, pode-se constatar que, em determinadas regiões estatalmente delimitadas (países periféricos), não houve a realização adequada da autonomia sistêmica de acordo com o primado

da diferenciação funcional, tampouco a preferência predominante pela inclusão generalizada da população nos distintos sistemas funcionais da sociedade (mundial) – traços que (ao menos supostamente) caracterizam outras regiões estatalmente organizadas (“países centrais”) (NEVES, 1992, p. 75; 1998, p. 138). O fato de que existam graus diversos quanto à diferenciação funcional e à inclusão por ela pressuposta não debilita o potencial analítico da diferença binária “modernidade central/periférica”, mas sim indica sua função como estrutura cognitiva de seleção das ciências sociais.

A seguir, abordarei, primeiramente, as características e os problemas dos Estados democráticos de direito na modernidade central a partir da perspectiva teórico-sistêmica de Luhmann. Em um segundo passo, serão tratados os limites da formação e da realização do Estado, como também a falta de autonomia operativa ou de uma (completa) diferenciação funcional do direito e da política na modernidade periférica. Por fim, concentrar-me-ei na tendência a uma paradoxal “periferização do centro”, que se tem desenvolvido no decurso da chamada “globalização”, e enfatizarei os limites dessa tendência em uma sociedade mundial assimétrica, cujos desafios para os Estados fragilmente institucionalizados da modernidade periférica são – tanto hoje como antes – mais difíceis do que para os Estados democráticos de direito da modernidade central. Por meio disso, será posto à prova, criticamente, a tese do primado da diferenciação funcional na atual sociedade mundial.

2. O Estado democrático de direito na modernidade central: a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann

Na modernidade central, o Estado encontrou seus limites e possibilidades de desen-

⁹ Parece-me equivocada a concepção segundo a qual a “multiplicidade da modernidade”, no sentido de Eisenstadt (2000), não comporta assimetrias. Na própria obra de Eisenstadt (2000), ao se falar do “surgimento” da modernidade na Europa Ocidental e da “transformação da modernidade euro-occidental” na América (o exemplo dos EUA), da “transformação da modernidade ocidental na Ásia (o exemplo do Japão)” e do “fundamentalismo como movimento moderno contra a modernidade” (estes são os títulos dos capítulos do livro de Eisenstadt), aponta-se para uma assimetria entre núcleos irradiadores de estruturas e ideias (semântica) e espaços sociais que as reproduzem e as transformam ou se confrontam com elas. Entretanto, o modelo de modernidade múltipla, nos termos de Eisenstadt (2000, p. 15), está relacionado primacialmente à noção de “identidade coletiva”, o que é incompatível com uma abordagem sistêmica.

volvimento sob a forma de Estado democrático de direito. No modelo teórico-sistêmico, este se apresenta, primeiramente, como autonomia operativa do direito, sendo caracterizado pela reprodução do sistema jurídico segundo um código de preferência binário (lícito/ilícito) e por operar em conformidade com seus programas (constituição, leis, atos decretos, negócios jurídicos, atos administrativos, sentenças etc.).¹⁰ Essa caracterização do Estado democrático de direito é insuficiente, pois essa forma de Estado pressupõe, além disso, uma diferenciação entre sistema jurídico e sistema político, o que resulta num tipo específico de relação entre ambos.

No Estado democrático de direito, portanto, não se trata apenas da autonomia do direito. Faz-se necessária, adicionalmente, a autopoiese da política. Partindo-se da definição da política como a esfera das decisões coletivamente vinculantes (LUHMANN, 1995a, p. 103, 132; 1998, p. 380; 2000a, p. 227) ou da generalização da influência (autoridade, reputação, liderança) (LUHMANN, 1988a, p. 75), a autopoiese da política significa que as comunicações correspondentes não são determinadas diretamente por fatores externos ou particularismos. O sistema político reproduz-se, primariamente, em conformidade com o código de preferência binário “poder superior/poder subordinado” (o que, atualmente, transformou-se na diferença entre governo e oposição)¹¹ e de acordo com seus próprios programas, estabelecidos por procedimentos eleitorais, parlamentares e administrativos.

A circulação de poder desdobra-se em um processo complexo, no qual o público escolhe programas políticos e elege dirigentes, os “políticos” condensam premissas para a tomada de decisões vinculantes e a administração (em sentido amplo) decide e, assim, vincula o público, o qual, por sua vez, reage em forma de eleições políticas ou mediante outras expressões de opinião. Essa circulação induz uma contracirculação:

“Assim, a política praticamente não pode operar sem projetos da administração. O público depende da pré-seleção de pessoas e programas no âmbito da política. A administração precisa, à medida que se expande em campos eficaciais complexos, da colaboração voluntária do público, tendo, pois, de conceder-lhe influência” (LUHMANN, 1981a, p. 164).

¹⁰ Sobre a autonomia operativa do direito, ver Luhmann (1993, p. 38-123; 1988b; 1985; 1984b; 1983b; 1981c); Neves (1998, p. 112; 2000b, p. 69; 2003).

¹¹ “O poder político é, primeiramente, codificado hierarquicamente segundo o esquema poder superior/poder subordinado”, não obstante “o código político seja praticado hoje, sobretudo, como distinção entre governo e oposição” (LUHMANN, 1986b, p. 199). O código de preferência primário do poder também pode ser formulado por meio da distinção mais radical entre poder e não-poder ou ausência de poder (LUHMANN, 1988a, p. 56; 1990, p. 193).

Essa dupla circulação implica que o sistema político constitui-se como uma esfera autorreferencialmente fechada de comunicações, a saber, não subordinada a critérios “absolutos”, jusnaturalísticos ou transcendentais. As informações do ambiente são relidas e processadas internamente, só se tornando politicamente relevantes quando são introduzidas na circulação e contracirculação do poder” (LUHMANN, 1981a, p. 164).

A dupla circulação de poder pode ser analisada de maneira mais aprofundada quando se inclui o povo nela (e na correspondente contracirculação): “*Povo/política/administração/público*” (LUHMANN, 2000a, p. 256; grifo nosso). À circulação oficial de poder *formal* Luhmann (2000a, p. 258-259) contrapõe a contracirculação do poder *informal*, que, de acordo com a respectiva interface em que se desdobra a circulação, assume formas inteiramente diversas¹². Caso a vista se concentre exclusivamente na interface “povo/política”, a compreensão da contracirculação (*informal*) acabaria em uma resposta do tipo “teoria das elites”: “todo poder emanaria dos políticos”. Dessa maneira, não apenas se desconsideraria a diferença entre poder formal e informal, mas também se negligenciaria que existem “outras interfaces no sistema”. Quando a vista se volta para o outro lado da circulação, a saber, a interface “administração/política”, pode-se observar que o contrapoder do povo coloca-se no primeiro plano e é decisivo para o fechamento do sistema: “O fechamento do sistema tem lugar no momento em que o público – o qual recebe instruções e é sobrecarregado pela administração – se transforma em povo; no momento em que a *volonté de tous* se converte em *volonté générale*. Essa transformação permanece, porém, um enigma. Ela só pode ser formulada como paradoxo” (LUHMANN, 2000a, p. 265).

No entanto, a autonomização do sistema político – em outras palavras, a emergência do modelo da circulação dinâmica de poder em lugar da estrutura hierárquica de relações entre dominadores (“de cima”) e dominados (“de baixo”) – só é possível se o próprio código de preferência do direito torna-se relevante dentro do sistema político. Tendo em vista que o poder é, “por natureza”, difuso e flutuante, só com a ajuda da distinção entre poder conforme e poder contrário ao direito põe-se um claro ou disjuntivo no âmbito da própria política (LUHMANN, 1988a, p. 43). Ao lado da diferença primária “poder/não-poder”, o esquema binário “lícito/ilícito” passa a desempenhar, na perspectiva de observação do sistema político, o papel de segundo código do poder (LUHMANN, 1986b, p. 199; 1988a, p. 34, 48, 56). Apenas a partir dessa inserção do código jurídico no sistema político, este pode constituir-se como circulação dinâmica e

¹² “Nos âmbitos hierárquicos, pode-se, portanto, observar que o poder é dirigido de cima para baixo e de baixo para cima” (LUHMANN, 2000a, p. 264).

generalizada de poder, afirmando-se frente às pressões particularistas e aos fatores imediatos do ambiente social.

No modelo teórico sistêmico, o Estado de Direito pode ser definido, em princípio, como relevância da distinção entre lícito e ilícito para o sistema político. Isso significa que “todas as decisões do sistema político estão subordinadas ao direito” (LUHMANN, 1986b, p. 199). Não implica, porém, uma desdiferenciação do político sob o jurídico (LUHMANN, 2000a). O que resulta é uma interdependência entre esses sistemas¹³. Da presença do segundo código não decorre a superposição das preferências “poder” e “lícito” ou “não-poder” (*Ohnmacht*) e “ilícito”, mas sim que “as disjunções poder/não-poder e lícito/ilícito referem-se reciprocamente” (LUHMANN, 1988a, p. 56). Assim como as decisões políticas subordinam-se ao controle jurídico, o direito positivo não pode prescindir, por exemplo, de legislação controlada e deliberada politicamente (LUHMANN, 1981a, p. 165). Da mesma maneira, enquanto a força física no âmbito da política submete-se ao controle do direito, ela depende, como coação jurídica, de variáveis políticas.

No Estado democrático de direito, a diferenciação entre política e direito realiza-se mediante a Constituição. Nessa perspectiva, Luhmann define a Constituição como “acoplamento estrutural” entre política e direito (1990, p. 193; 1993, p. 470; 1997, p. 782; 2000a, p. 389-392).¹⁴ Não se trata de um acoplamento operativo

como vínculo momentâneo entre operações do sistema e do ambiente (LUHMANN, 1993, p. 440). O acoplamento estrutural importa que o sistema pressuponha e conte duradouramente, no plano de suas próprias estruturas, com particularidades do seu ambiente (LUHMANN, 1993, p. 441). A Constituição assume a forma de acoplamento estrutural, na medida em que possibilita influências recíprocas permanentes entre direito e política, filtrando-as. Como “forma de dois lados” (*Zwei-Seiten-Form*), inclui e exclui, limita e facilita simultaneamente a influência entre ambos os sistemas (*ibidem*). Ao excluir certos “ruídos” intersistêmicos, inclui e fortifica outros (LUHMANN, 1990, p. 202). Enquanto para a política é provocadora de irritações, perturbações e surpresas jurídicas, para o direito provoca irritações, perturbações e surpresas políticas (LUHMANN, 1993, p. 442). Nesse sentido, “possibilita uma solução jurídica do problema de autorreferência do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de autorreferência do sistema jurídico” (LUHMANN, 1990, p. 202; 1993, p. 478).

Do ponto de vista do direito, a Constituição apresenta-se como estrutura normativa que possibilita e resulta de sua autonomia operacional (NEVES, 1992, p. 50; 1998, p. 61; LUHMANN, 1990, p. 185). Nesse sentido, Luhmann (1990, p. 187) observa que “a Constituição é a forma com a qual o sistema jurídico reage à própria autonomia. A Constituição deve, com outras palavras, substituir apoios externos, tais como os que foram postulados pelo direito natural”. Ela impede que critérios externos de natureza valorativa, moral e política tenham validade imediata no interior do sistema jurídico, delimitando-lhe, dessa maneira, as fronteiras. Conforme enfatiza Luhmann, “a Constituição fecha o sistema jurídico, enquanto o regula como um domínio no qual ela mesma reaparece. Ela constitui o sistema jurídico como

¹³ Interdependência entendida como simultaneidade paradoxal de dependência e independência recíprocas (LUHMANN, 1981a, p. 165).

¹⁴ O conceito de “acoplamento estrutural” ocupa um lugar central na teoria biológica dos sistemas autopoieticos de Maturana e Varela (1982, p. 143, 150, 251 e 287; 1980, p. XX; 1987, p. 85), à qual Luhmann explicitamente recorre na aplicação do mesmo aos sistemas sociais (LUHMANN, 1997, p. 100; 1993, p. 440; 1990, p. 204; 2000a, p. 373; 2002, p. 119; LUHMANN; DE GIORGI, 1992, p. 33).

sistema fechado através do reingresso no sistema". Enquanto normatização de processos de produção normativa, a Constituição apresenta-se como mecanismo reflexivo do sistema jurídico (norma de normas)¹⁵. A normatividade constitucional fixa os limites da capacidade de aprendizado do direito. Estabelece como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder a sua identidade/autonomia.¹⁶ Ou seja, a Constituição configura-se como o mecanismo mais abrangente de controle da autorreprodução jurídica e de filtragem das influências do ambiente no direito enquanto sistema autopoietico.

A Constituição também pode ser concebida como instância interna do sistema político (LUHMANN, 1973). Antes de tudo, pode ser vista como mecanismo da política, seja essa "instrumental" ou "simbólica" (LUHMANN, 1993, p. 478). Sendo assim, sempre é possível que o sentido político e o jurídico da Constituição desenvolvam-se em descompasso maior ou menor.¹⁷ Mas nos casos de simbolismo e instrumentalismo constitucional não está presente o Estado de Direito. Isto é, o conceito de Constituição como instrumento da política não exclui as situações de destruição direta ou

¹⁵ A esse respeito, ver Luhmann (1984a). Mais tarde, não se falará mais de "mecanismos reflexivos", mas sim, mais precisamente, de reflexividade (LUHMANN, 1987b, p. 601, 610-616).

¹⁶ Em conformidade com isso, Luhmann (1973, p. 165) escrevia: "Distinguem-se o sentido e a função da Constituição pelo emprego de negações explícitas, negações de negações, demarcações, impedimentos; a Constituição mesma é, conforme sua compreensão formal, a negação da alterabilidade ilimitada do direito".

¹⁷ Luhmann (1993, p. 478) onde ele – mencionando a minha abordagem do tema (NEVES, 1992), embora sem retirar as mesmas consequências a respeito da falta de autopoiese do direito – reconhece o problema de que a Constituição em muitos "países em desenvolvimento" reduz-se basicamente a um "instrumento de política simbólica". Mais tarde, refere-se à constitucionalização simbólica como alopoiese do direito (LUHMANN, 1997, p. 810), sem apresentar restrições. Retornarei a essa questão na terceira seção.

corrosão do acoplamento estrutural entre política e direito, que implicam a quebra da própria autonomia do sistema jurídico. Ao contrário, no Estado de Direito, a Constituição reingressa no interior do sistema político como mecanismo que viabiliza a inserção do código "lícito/ilícito" como segundo código da política. Nessa perspectiva, imuniza o sistema político em relação às pressões particularistas concretas. Trata-se de uma imunização jurídica recepcionada internamente pelo sistema político na construção de sua própria autonomia.¹⁸ Tal imunização envolve, sobretudo, a institucionalização do procedimento eleitoral democrático como forma de "generalização do apoio político", que serve de empecilho à manipulação do sistema político por interesses particularistas e encerra, inevitavelmente, a formação pluripartidária do parlamento, incompatível com o mandato imperativo (LUHMANN, 1983a, p. 165). Mas também protege o sistema político, mediante a instituição da chamada "divisão de poderes", contra uma expansão destrutiva de sua própria autonomia.

Na perspectiva luhmanniana, pode-se afirmar igualmente que a cidadania como mecanismo de "inserção de toda a população nas prestações de cada um dos sistemas funcionais da sociedade" (inclusão) pertence ao cerne do Estado democrático de direito (LUHMANN, 1981b, p. 25).¹⁹ Luhmann remete essa caracterís-

¹⁸ Em um sentido mais abrangente, o direito é conceituado por Luhmann (1993, p. 565) como sistema imunizante da sociedade.

¹⁹ Parsons (1994, p. 141), acompanhando Marshall, define a cidadania como inclusão, mas restringe o conceito à qualidade do membro da "comunidade societária": "O conceito de cidadania [...] refere-se à qualidade de ser membro pleno [full membership] do que chamarei *comunidadade societária* [societal community]. Este termo refere-se àquele aspecto da sociedade total como um sistema, o qual forma uma *Gemeinschaft*, que é o foco de solidariedade ou lealdade mútua dos seus membros, e que constitui a base consensual subjacente à sua integração política". Parsons (1972, p. 32, 118). Luhmann (1997, p. 619) aponta – com base na sua

tica ao surgimento das constituições na segunda metade do século XVIII²⁰ e, correspondentemente, à “transição da sociedade estratificada para a funcionalmente diferenciada”: “A inclusão básica de toda a população em todos os sistemas funcionais chamava-se, agora, no caso particular do sistema político, democracia” (LUHMANN, 2000a, p. 97). A exigência de inclusão de toda a população na política e no direito como sistemas funcionais diferenciados da sociedade (mundial) moderna é reforçada pela emergência do Estado de bem-estar, definido por Luhmann como “inclusão política realizada” (LUHMANN, 1981b, p. 27).²¹ A preferência pela inclusão nos Estados democráticos de bem-estar da modernidade central (embora hoje em crise) parece-me ser a que mais chama a atenção quando se os compara, historicamente, com os Estados da modernidade periférica.

O problema do Estado Democrático de Direito na modernidade central é, antes de tudo, de heterorreferência do Estado enquanto organização jurídico-política territorialmente determinada. De um ponto de vista externo, isso significa dificuldades de dar resposta adequada às exigências dos demais sistemas funcionais; na perspectiva interna, dificuldades de construir uma relação reciprocamente adequada entre política e direito.

Esse problema havia sido tratado por meio de palavras-chave (decerto, equívocas) de “juridificação” ou “estatalização” e “desjuridificação” ou “desestatalização”. A rigor, trata-se de um debate sobre a heterorreferência do sistema jurídico. Do ponto de vista sistêmico, a questão consiste em observar e descrever os efeitos do código poder/não-poder e lícito/ilícito no âmbito da organização estatal, por um lado, e no plano dos subsistemas da sociedade, por outro. A discussão dirige-se, em princípio, à expansão da política e do direito à custa da reprodução de outros sistemas sociais. Porém, como cada sistema funcional constitui um ambiente para os outros e não está subordinado a estes, a pretensão expansiva do Estado pode mostrar a incapacidade dos sistemas jurídico e político de observar, adequadamente, a autonomia do contexto (TEUBNER; WILKE, 1984; TEUBNER, 1984, p. 334; 1988; 1989, p. 81). O Estado é sobrecarregado

radicalização da concepção sistêmica e, em conformidade com isso, na rejeição do conceito de “*societal community*” de Parsons – para a “exploração”, por este, da análise de Marshall relativa ao desenvolvimento da cidadania. A partir de uma perspectiva sistêmica, Holz (2000, p. 193) propõe uma diferença entre *inclusão na sociedade* (ou em seus sistemas funcionais) e *cidadania* como qualidade de *membro de um Estado* (“nacionalidade”) (BORA, 2002, p. 76). Dessa maneira, desconhece a distinção entre o sentido técnico-jurídico de cidadania como “nacionalidade” (qualidade de membro de um Estado enquanto *organização*) e o sentido sociológico de cidadania como instituição político-jurídica de inclusão na sociedade.

²⁰ A própria constituição é considerada como “aquisição evolutiva da sociedade moderna” (LUHMANN, 1990).

²¹ Poder-se-ia complementar: o Estado de bem-estar é também inclusão jurídica realizada.

pelas exigências de seleção que provêm de um ambiente altamente complexo e composto, paradoxalmente, de sistemas operativamente fechados (ainda que cognitivamente abertos). Nesse sentido, a “juridificação” ou “estatalização” não implica apenas efeitos desintegradores das tarefas estatais para a sociedade, mas também respostas desintegradoras das exigências da sociedade para com o Estado, pois ela põe o Estado nos limites de sua capacidade funcional (TEUBNER, 1984, p. 322; 1998b, p. 206). O problema decorrente da expansão do direito e da política é inerente à complexidade estrutural do Estado e da sociedade moderna, não podendo ser tratado nem nos termos do esquema simplista da “desjuridificação” ou “desestatalização”, nem, ao contrário, conforme o modelo instrumental da implementação (TEUBNER, 1984, p. 326).

A questão da heterorreferência não se restringe à relação do Estado democrático de direito com o seu ambiente social. Também diz respeito ao vínculo complexo e problemático entre direito e política: expansão inadequada desta em detrimento do funcionamento daquele ou vice-versa. Fala-se, então, de “politização da justiça” ou “justicialização” da política. Como se pode deduzir dos termos, ambos os temas vêm tendo um tratamento mais restrito, referindo-se especificamente à relação da atividade política do parlamento e do executivo com o judiciário. Em uma perspectiva, aponta-se para um excesso de atividade jurisdicional de controle do legislativo e do governo, acentuando-se que, dessa maneira, reduz-se o espaço da discussão política e fica prejudicada a legitimidade democrática. Esse problema da “judicialização da política” tem ganhado especial relevância por força da atividade cada vez mais crescente e (coletivamente) vinculante dos tribunais constitucionais na Europa, principalmente na Alemanha (LOEWENSTEIN, 1975, p. 261-265; MAUS, 1994, p. 298-307; HA-

BERMAS, 1992, p. 292). O mesmo fato, porém, pode ser interpretado como “politicização da justiça”, desde que as cortes constitucionais estejam decidindo, fundamentalmente, de acordo com critérios políticos (MAUNZ, 1959, p. 220; LOEWENSTEIN, 1975, p. 261).

Não se pode negar que o Estado democrático de direito também tenha problemas de autorreferência na modernidade central. Mas os bloqueios à autonomia operacional dos sistemas jurídico e político são localizados, não apresentando tendências à generalização. Há uma forte legalidade e uma esfera pública consolidada. Os procedimentos político-jurídicos funcionam regularmente de acordo com a Constituição. Daí por que tratei os limites da heterorreferência como problema que se encontra em primeiro plano.

3. Limites à formação e realização do Estado democrático de direito na modernidade periférica do ponto de vista da noção de diferenciação funcional

Os fatores negativos da realização do Estado democrático de direito na modernidade periférica, ao contrário, relacionam-se, primariamente, com os limites à autorreferência dos sistemas político e jurídico (NEVES, 1992; 1999; 2000a; 2003; 2004). A situação torna-se grave, visto que emergem relevantes problemas de heterorreferência do Estado em uma sociedade mundial supercomplexa e, simultaneamente, persistem destrutivamente os bloqueios generalizados à reprodução autônoma dos sistemas jurídico e político, minando a Constituição como acomplimento estrutural entre ambos e enquanto intermediação sistêmico-procedimental da esfera pública pluralista.

O tratamento desse problema requer uma breve digressão em torno das características

estruturais da reprodução da sociedade na modernidade periférica. De acordo com o modelo sistêmico luhmanniano, a sociedade moderna caracteriza-se pela hipercomplexidade, indissociavelmente vinculada à diferenciação funcional das conexões de comunicação, que se realiza plenamente com a emergência de subsistemas autopoieticos (NEVES, 2000b, p. 20, 55). A elevada complexidade social e a dissolução de uma moral conteudístico-hierárquica diretamente válida em todas as esferas do agir e do vivenciar podem ser definidas como traços característicos da sociedade moderna. Entretanto, não se deve desconsiderar que, em determinadas regiões estatalmente delimitadas (“países periféricos”), não houve de maneira alguma a efetivação suficiente da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional, tampouco a realização generalizada da cidadania como instituição de inclusão social, que constituem supostamente características sociais de outras regiões estatalmente organizadas (“países centrais”). Nesse estrito sentido sistêmico-teórico, defino a modernidade periférica como modernidade negativa²².

Tendo como referencial o modelo da teoria dos sistemas, é possível uma releitura no sentido de afirmar que, na modernidade periférica, à hipercomplexidade social e à superação do “mo-

ralismo” fundamentador da diferenciação hierárquica, não se seguiu a construção de sistemas sociais que, embora interpenetráveis e mesmo interferentes, construam-se autonomamente no seu *tópos* específico. Daí resultam problemas sociais bem mais complicados do que aqueles que caracterizam os países da modernidade central. As relações entre as esferas funcionais de comunicação assumem formas autodestrutivas e heterodestrutivas, com consequências desastrosas para a integração sistêmica e a inclusão social. Nessa perspectiva, a modernidade não se constrói positivamente, como superação da tradição por força do surgimento de sistemas funcionais autônomos, mas antes negativamente, como hipercomplexidade desagregadora do moralismo hierárquico tradicional.

Essas observações gerais sobre a modernidade periférica como “modernidade negativa” tornam-se sobretudo relevantes quando se considera especialmente o problema dos obstáculos à realização do Estado democrático de direito. A partir do ambiente social, os sistemas jurídico e político são bloqueados generalizadamente na sua autoprodução consistente por injunções heterônomas de outros códigos e critérios sistêmicos, assim como pelos particularismos difusos que persistem na ausência de uma esfera pública pluralista. No interior do Estado, por sua vez, destacam-se as intrusões destrutivas do poder na esfera do direito.

Em face da sociedade enquanto contexto do Estado, pode-se falar de alopoiese do direito por força da prevalência de outros códigos de preferência sobre o código lícito/ilícito (NEVES, 2003). Isso significa que não estão definidas claramente as fronteiras de uma esfera de juridicidade (NEVES, 2004) e, portanto, não há espaço para a autoprodução circular do direito. A hipertrofia imperial do código econômico “ter/não ter” fortifica o extremo abismo de rendimentos e promove tanto privilégios quanto

²² Isso não tem nada a ver com uma atribuição de valor positivo à modernidade, no sentido de que esta constituiria uma sociedade “boa” ou “melhor” do que as formações sociais não modernas. Também não estou a falar de uma “sociedade” “desviante”, “defeituosa”, “insuficiente” etc. (na periferia) em comparação com uma “sociedade” “perfeita” no centro. Além de a ideia de várias sociedades modernas ser incompatível com o conceito de sociedade mundial – tal como proposto por Luhmann –, é impossível, do ponto de vista da teoria dos sistemas, caracterizar uma sociedade em uma escala do “bem” e do “mal”. O “negativo”, no contexto da expressão que utilizo, é apenas uma referência ao lado de uma diferença no sentido da teoria dos sistemas, sem implicar qualquer valoração ou moralização. Assim como nas formas-diferença luhmannianas, o lado negativo da diferença “centro/periferia” não implica qualquer postura valorativa, normativa ou moral.

“exclusões” contrárias ao direito, que impedem a autoprodução sistematicamente consistente do direito. Por sua vez, formas difusas de poder privado e redes de nepotismo sobrepõem-se ao código jurídico, corrompendo o direito e, assim, heteronomizando-lhe a reprodução operativa. Correspondentemente, a legalidade como generalização de conteúdos normativo-jurídicos é deformada no processo de concretização do direito.

Em tais circunstâncias, os procedimentos predominantemente jurídicos do Estado democrático de direito, tais como o jurisdicional e o administrativo de estrita execução da lei, sobretudo o policial, são invadidos por critérios extrajurídicos, que de forma incontrolável comprometem o processamento de casos jurídicos de acordo com critérios generalizados de constitucionalidade e legalidade, concretizados jurisdicional e administrativamente. É ingênuo a interpretação de que se trata aqui de uma ampla abertura cognitiva do direito aos interesses sociais. Do ponto de vista sistêmico, abertura cognitiva pressupõe fechamento operacional ou normativo.²³ Portanto, antes se trata de quebra do fechamento operacional, por força da qual se diluem as fronteiras entre o “campo jurídico” e outras esferas de comunicação. Disso resulta que o direito encontra-se permanentemente em crises de identidade, muito mais graves do que as crises de adaptação por que passa o sistema jurídico no Estado democrático de direito da modernidade central. Além do mais, cabe advertir que, na modernidade periférica, não se trata simplesmente de fenômenos localizados de “corrupção sistêmica” em detrimento dos acoplamentos estruturais no âmbito das organizações, tal como se observa em experiências

do Estado democrático de direito na Europa Ocidental e na América do Norte (LUHMANN, 1993, p. 445; 2000b, p. 295-297), nem de “valores de rejeição” no sentido de Gotthard Günther (1976, p. 286),²⁴ pois ambos os conceitos pressupõem a autopoiese dos respectivos sistemas. A chamada “corrupção sistêmica” tem tendência à generalização em experiências jurídicas típicas da modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando na alopoiese do direito.²⁵

Em consonância com isso, não se trata na modernidade periférica – ao contrário do sentido que tomou o debate sobre juridificação *versus* desjuridificação na modernidade central – de colonização sistêmica do mundo da vida pelo direito (HABERMAS, 1982, p. 524, 539), mas sim, primariamente, de colonização do direito pela sociedade. De fato, a emissão de textos constitucionais e legais no sentido da construção do Estado democrático de direito não resulta, na experiência dos países periféricos, em uma concretização normativa generalizada e relevante dentro dos parâmetros textuais²⁶. A concretização jurídica é violada por códigos de preferências os mais diversos. Sendo assim, os textos constitucionais e legais são degradados semanticamente por injunções particularistas e bloqueios de outros critérios sistêmicos, não se desenvolvendo no decorrer do processo concretizador suficiente força normativa nos termos textuais. Nesse sentido, é possível falar-se de

²³ “O fechamento não serve como um fim em si mesmo [...]. Trata-se de uma condição de possibilidade para a abertura. Toda abertura baseia-se no fechamento.” (LUHMANN, 1987b, p. 606).

²⁴ Luhmann reconhece que, “em caso extremo” de “corrupção sistêmica”, “não se pode mais falar de fechamento autopoietico” (1993, p. 82), mas não retira daí as devidas consequências empíricas para a sua construção teórica, tendo em vista que insiste fortemente na tese do primado da diferenciação funcional na sociedade mundial do presente (1993, p. 572; 1997, p. 743).

²⁵ Sobre o conceito de concretização, ver Müller (1995, 122, 166; 1994, p. 147-167, 184-222, 234-240).

uma tendência à desjuridicização fática. Portanto, o problema central não reside na produção de mais ou menos textos normativos, mas sim na superação das condições desjuridicizantes que determinam a colonização do direito pela sociedade.

Não obstante, o problema não se restringe à opressão do direito pela sociedade sistematicamente desestruturada em virtude da insuficiente diferenciação funcional e da carência de universalização da cidadania (isto é, de uma inclusão política e jurídica), mas abrange também mecanismos sociais destrutivos da autonomia operacional da política democrática. São relevantes aqui as invasões dos procedimentos eleitorais e legislativos pelo código econômico e por particularismos relacionais. Repetindo o que afirmei em relação ao direito, não se trata aqui de abertura cognitiva do sistema político para as exigências da economia e para os valores, as expectativas e os interesses presentes na esfera pública, mas antes de quebra do fechamento operacional da política, pressuposto sistêmico para a sua abertura em face de um ambiente social supercomplexo. Sobretudo nos casos graves e generalizados de corrupção e fraude eleitoral, o fenômeno manifesta-se mais claramente. Muitas vezes, o procedimento é deturpado de tal maneira que se transforma em um mero ritual: não há incerteza quanto aos resultados (LUHMANN, 1983a, p. 38). A eleição afasta-se assim radicalmente do seu modelo constitucional e legal. O código “lícito/ilícito” não funciona eficientemente como segundo código da política. Isso implica deficiente legitimação pelo procedimento. O que se impõe nesse contexto são “apoios” particularistas como mecanismos supridores da falta de legitimação política (generalizada) do Estado como organização (LUHMANN, 1995b, p. 255).

Além dos obstáculos à realização do Estado democrático de direito por fatores do ambiente social, evidencia-se na modernidade periférica uma relação destrutiva interna entre direito e política. Embora essa situação envolva bloqueios recíprocos entre política e direito, ela apresenta-se basicamente como sobreposição destrutiva do código do poder sobre o código “lícito/ilícito”. Este se caracteriza, então, como um código frágil, uma vez que não é complementado por critérios e programas suficientemente institucionalizados para enfrentar a força do código político. Daí porque a diferença entre lícito e ilícito não desempenha satisfatoriamente a função de segundo código do poder, estando ausente assim uma característica sistemática básica do Estado de direito. A constitucionalidade e a legalidade são postas frequentemente de lado conforme a respectiva relação concreta de poder. Nesse contexto, a Constituição como acoplamento estrutural entre sistemas político e jurídico é bloqueada. Não há, então, uma filtração simétrica das influências recíprocas entre política e direito. A concretização constitucional é deturpada sistematicamente pela pressão de

conformações particulares de poder. A postura subjugante da política em relação ao direito não importa, porém, autonomia e forte identidade do sistema político. Ao contrário, exatamente enquanto se afasta de qualquer vínculo (fixado constitucionalmente) ao código “lícito/ilícito”, a política fica exposta diretamente a particularismos relacionais e exigências econômicas concretas, não podendo, assim, reproduzir-se autonomamente. Essa fragilidade da política em relação ao seu ambiente social relaciona-se intimamente com a sua tendência expansiva e absorvente em face do direito.

As reflexões acima sobre os obstáculos à realização do Estado democrático de direito na modernidade periférica devem afastar a ideia equivocada de uma legalidade rígida em face dos problemas sociais, assim como o mito de um Estado forte diante de uma sociedade frágil. Nos dois casos, parte-se da concepção de que o problema reside primariamente na inadequada heterorreferência. Na verdade, trata-se antes de fragilidade do Estado perante as pressões de um ambiente social sistematicamente desestruturado pela insuficiente diferenciação funcional e pela ausência de universalidade da cidadania (inclusão político-jurídica generalizada). Nesse sentido, devem-se também evitar os *slogans* do pluralismo jurídico, que pressupõem implícita ou explicitamente a identidade/autonomia de uma esfera de juridicidade “oficial” em face da identidade/autonomia de esferas jurídicas “não oficiais”. Ao contrário, nas condições de reprodução do direito e da sociedade na modernidade periférica, trata-se de miscelânea social de códigos e critérios, que torna indefinidas e confusas as fronteiras do campo jurídico e da esfera estatal perante outros âmbitos do agir e vivenciar, assim como as fronteiras entre o direito e a política.

Um dos obstáculos que mais dificultam a realização do Estado democrático de direito

na modernidade periférica é a generalização de relações de subinclusão e sobreinclusão²⁷. Definida a inclusão como “acesso” e “dependência” aos sistemas sociais (LUHMANN, 1981b, p. 25), falta nesse caso uma das duas dimensões do conceito. Em ambas as direções (para “cima” ou para “baixo”), trata-se de limitação e unilateralidade da capacidade de atribuição dos sistemas funcionais em relação a pessoas. Aqui interessa especialmente o problema da falta de inclusão generalizada no sistema jurídico, no sentido da ausência de direitos e deveres partilhados reciprocamente. Isso significa a inexistência de cidadania como mecanismo de inclusão político-jurídica da população na sociedade.

Do lado dos subincluídos, generalizam-se situações em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas dependem de suas prescrições impositivas. Portanto, os “subcidadãos” não estão inteiramente excluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. Para os subincluídos, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdade. Os direitos fundamentais não desempenham nenhum papel significativo no seu horizonte de agir e vivenciar, inclusive no concernente à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais. Sendo a Constituição a estrutura normativa mais abrangente nas dimensões temporal, social e material do direito, isso vale para todo o sistema jurídico: aqueles que pertencem às ca-

²⁷ Distancio-me da terminologia “subintegração/sobreintegração” (NEVES, 1999; 1992, p. 94, 155); a respeito, ver Müller (1997, p. 47), para me aproximar do uso teórico-sistêmico de Luhmann e evitar mal-entendidos. O problema, contudo, continua sendo o mesmo.

madas sociais “marginalizadas” são integrados ao sistema jurídico, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc., não como detentores de direitos, credores ou autores. Porém é no campo constitucional que o problema da subinclusão toma um significado especial, na medida em que, com relação aos membros das camadas socialmente subalternas, as ofensas aos direitos fundamentais são praticadas principalmente nos quadros da atividade repressiva do “aparelho estatal”, ou seja, das ações violentas ilegais da polícia.

Ainda no que se refere aos subincluídos, generalizam-se as relações concretas nas quais têm acesso aos rendimentos do sistema jurídico, ainda que sigam sendo dependentes dele. Desse modo, os “subcidadãos” não são excluídos. Ainda quando eles carecem das condições reais para o exercício dos direitos fundamentais declarados na constituição, não estão liberados das responsabilidades e deveres aos quais a ordem estatal os submete. Para os subincluídos, as prescrições constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos de restrição de liberdades. Os direitos fundamentais não formam um rol significativo no horizonte de sua ação e vivência, nem sequer no que tange à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais. Posto que a constituição é um emaranhado de normas abrangentes, nas dimensões temporal, social e objetiva do direito, ela é válida para o sistema jurídico em sua totalidade. Quem pertence às classes baixas, “marginalizadas” em distintos aspectos e graus, são integrados no sistema regularmente como devedores, culpados, demandados, condenados, porém não como portadores de direitos, como credores ou acusadores. No campo da constituição, o problema da subinclusão adquire, em todo caso, um alcance especial, na medida em que os direitos fundamentais, especialmente no marco da atividade repressiva do “aparelho do

Estado”, das ações violentas não conformes ao direito da política, que são cometidas em referência a quem pertence à classe baixa.²⁸

A subinclusão é inseparável da sobreinclusão. Esta se refere à prática de grupos privilegiados que, principalmente com o apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do direito. Os sobreincluídos, em princípio, são titulares de direitos, de competências, poderes e prerrogativas, mas não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades. Sua postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental: usam, desusam ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas dos seus interesses. Nesse contexto, o direito não se apresenta como horizonte do agir e vivenciar político-jurídico dos sobreincluídos, mas antes como um meio de consecução de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais. Portanto, caso se pretenda insistir no termo “exclusão”, não apenas os subincluídos estariam “excluídos”, mas também os sobreincluídos: estes estariam “acima” do direito; aqueles, “abaixo”.

No cenário da sociedade mundial supercomplexa do presente, ninguém é absolutamente subincluído ou sobreincluído, pois as posições correspondentes não se baseiam em princípios ou normas firmes como nas sociedades pré-modernas, mas dependem

²⁸ Em relação ao caso brasileiro, ver, entre outros, Carvalho e Manuel (1997); Oliveira (1994; 1997); Capeller (1995, p. 166); Pinheiro (1991); Chevigney (1991, 1999); Neves (1992, p. 153). É certo que, no contexto de insuficiente efetividade dos direitos de cidadania, a violência contrária ao direito vai muito além da violação dos direitos fundamentais dos membros das classes baixas pela ação da polícia (RATTON JUNIOR, 1996; PERALVA, 1997); em contradição com a imagem dos direitos generalizados de cidadania, desenvolve-se uma “cultura de violência”, que também impregna as relações sociais dentro das classes baixas ver, por exemplo, Velho e Alvito (1996). Nessa “cultura de violência” destacam-se, no Brasil, os escandalosos massacres de crianças (MARTINS, 1993) e os linchamentos (MARTINS, 1991; BENEVIDES; FERREIRA, 1991).

de condições fáticas da reprodução das comunicações. Mas há indivíduos ou partes da população que se apresentam regularmente em um dos polos das relações de subinclusão e sobreinclusão. Eventualmente, o subcidadão agir como um sobreincluído, ofendendo, com expectativas seguras de impunidade, os direitos de outros. E, vice-versa, o sobrecidadão pode encontrar-se excepcionalmente na situação de um subincluído, especialmente quando sofre ofensa ou violência de agentes estatais, sem que os remédios jurídicos contra tais práticas lhe sejam realmente acessíveis. Além do mais, não se pode excluir uma esfera pública *restrita* de cidadãos, que se encontram regularmente em situações de integração simétrica na ordem jurídica. No entanto, a generalização de relações de subinclusão e sobreinclusão faz implodir a Constituição como ordem básica da comunicação jurídica e também como acoplamento estrutural entre política e direito. Isso tem efeitos alopoieticos, especialmente com relação à esfera jurídica. De fato, a diferenciação funcional e a autorreferência sistêmica implicam a inclusão generalizada da população nos diversos subsistemas da sociedade.

Essa interpretação do problema resulta de uma restrição crítica à formulação anterior de Luhmann no sentido de que a sociedade moderna (mundial) caracterizar-se-ia pelo princípio da diferenciação funcional, o qual, por sua vez, pressuporia inclusão de toda população nos diversos sistemas funcionais (LUHMANN, 1981d, p. 239; 1981b, p. 26, 35, 118; 1980, p. 31, 168)²⁹. Em resposta a essa postura crítica, Luh-

mann reviu posteriormente seu posicionamento com respeito à diferença “inclusão/exclusão” (LUHMANN, 1997, p. 169, 618-634; 1995a, p. 146; 1995b; 1993, p. 582; 2000a, p. 427; 2000c, p. 233, 242, 301; 2005, p. 80, 275), afirmando que ela funciona como uma metadiferença ou metacódigo, que mediatiza os códigos de todos os sistemas funcionais (LUHMANN, 1997, p. 632; 1993, p. 583). Mas se assim é, parece-me difícil que se possa continuar a sustentar que a sociedade moderna caracteriza-se pelo primado da diferenciação funcional e que a diferença “sistema/ambiente” é intrassocietariamente a principal. Para ser consequente com a proposição de que “inclusão/exclusão” serve como *metacódigo* que mediatiza todos os outros códigos, impõe-se admitir – radicalizando a tese – que a sociedade mundial é diferenciada primariamente de acordo com esta “metadiferença”.³⁰ No caso de “inclusão/exclusão” *versus* a diferença (orientada funcionalmente) “sistema/ambiente”, porém, trata-se de diferenças em concorrência na sociedade mundial contemporânea.

Caso se queira, entretanto, insistir na noção de um metacódigo “inclusão/exclusão”, deve-se considerar que a distribuição das zonas de inclusão e exclusão na sociedade mundial varia

de sociedade) de que “nenhum sistema social pode surgir sem inclusão” (1989, p. 162) e de que “não há exclusão de pessoas em relação à sociedade”, pois, “enquanto alguém participa da comunicação [...], participa da sociedade” (1989, p. 367). Trata-se antes de uma forma de distinção (inclusão/exclusão) que se refere ao modo como os sistemas sociais relacionam-se a pessoas e dentro da qual – conforme o respectivo contexto social, tipo de sociedade e setor da população – predomina a preferência pelo lado interno (inclusão) ou pelo lado externo (exclusão).

³⁰ Stichweh sustenta que essa conclusão estaria presente na própria obra de Luhmann: “Em Niklas Luhmann, encontra-se a tese de que a diferenciação entre inclusão e exclusão impõe-se como diferenciação primária do sistema da sociedade, prevalecendo sobre a diferenciação funcional” (1997, p. 132). Ele refere-se a Luhmann (1995b). Este mesmo insistia – apesar de caracterizar a diferença “inclusão/exclusão” como metadiferença – no primado da diferenciação funcional na sociedade mundial do presente (LUHMANN, 1997, p. 743; 1993, p. 572).

²⁹ Em Luhmann, a questão da inclusão de “pessoas” (enquanto endereços de processos de comunicação) nos sistemas funcionais (semântica da personalidade) não deve ser confundida com a questão da exclusão do “indivíduo” dos sistemas sociais ou da sociedade no âmbito do primado da diferenciação funcional (semântica da individualidade) (LUHMANN, 1989, p. 158, 347, 367), nem reduzida à assertiva genericamente válida (isto é, independente do tipo

imensamente. Nos contextos de comunicação do Estado democrático de direito e do Estado de bem-estar, na modernidade central, pode-se constatar ser a prevalência das zonas de inclusão sobre as de exclusão tão marcante que se pode falar de uma preferência predominante por inclusão na prática jurídica e política do Estado. Nos contextos comunicativos dos Estados da modernidade periférica, ao contrário, as zonas de exclusão prevalecem sobre as de inclusão em tão proeminente medida que se pode falar de uma preferência predominante por exclusão da prática jurídica e política do Estado.

Partindo primariamente da dependência (deveres, responsabilidades etc.) e não do acesso (direitos, ações etc.), Luhmann distingue, em sua obra tardia, entre “setor de inclusão” (no qual “os homens contam como pessoas”) e “setor de exclusão” (no qual “os homens não são mais percebidos enquanto pessoas, mas sim como corpos”), sustentando que o primeiro seria menos integrado e o segundo superintegrado (LUHMANN, 1993, p. 594; 1997, p. 631; 1995b, p. 259); nos termos dessa formulação, a integração é compreendida “como redução dos graus de liberdade de subsistemas” ou “como limitação dos graus de liberdade para seleções” (LUHMANN, 1997, p. 603, 631) e, portanto, negativamente enquanto dependência, não como acesso.³¹ Entretanto, tal como tenho formulado, subinclusão e sobreinclusão implicam a insuficiente inclusão, seja, respectivamente, por falta de acesso (de integração positiva) ou de dependência (de integração negativa), constituindo posições hierárquicas faticamente condicionadas (não classificações baseadas em princípio), a saber, o fato de ser integrado nos sistemas funcionais “por baixo” ou “por cima”. Como já afirmado acima, trata-se, em ambas as direções (para “baixo” ou para “cima”), de limitação e unilateralidade na capacidade de imputação dos sistemas sociais em suas referências a pessoas. No âmbito do direito, isso significa que os sobreincluídos têm acesso aos direitos (e, portanto, às vias e garantias jurídicas), sem se vincularem efetivamente aos deveres e às responsabilidades impostas pelo sistema jurídico; os subincluídos, ao contrário, não dispõem de acesso aos direitos, às vias e garantias jurídicas, embora permaneçam rigorosamente subordinados aos deveres, às responsabilidades e às penas restritivas de liberdade. Daí

³¹ Luhmann (1997, p. 618) distingue, com efeito, a integração (sistêmica) da inclusão (lado interno da diferença “inclusão/exclusão”) como “chance da consideração social de pessoas” (p. 620), pretendendo com isso “substituir” o tema da integração social, concernente à relação entre pessoas e sistemas sociais, “pela distinção inclusão/exclusão”. Ele fala, porém, de “apenas integração negativa” no setor de exclusão e de “integração de indivíduo e sociedade” no setor de inclusão (1995f, p. 148), assim como de “pessoas e grupos não integráveis” em referência à exclusão (1997, p. 621). De qualquer maneira, na obra tardia de Luhmann a expressão “integração” é empregada com relação ao problema da “inclusão/exclusão”, sem que haja univocidade a esse respeito.

porque tanto os subcidadãos quanto os sobrecidadãos são carentes de cidadania, que, enquanto mecanismo político-jurídico de inclusão social, pressupõe igualdade não apenas em relação aos direitos, mas também a respeito dos deveres (MARSHALL, 1976, p. 112), envolvendo uma relação sinaligmática de direitos e deveres fundamentais generalizados.

Os obstáculos à realização do Estado de direito na modernidade periférica manifestam-se de forma mais clara no plano constitucional. Nos Estados com constituições “semânticas” ou “instrumentais”, o direito subordina-se diretamente à política mediante uma legislação constitucional autocrática, de tal modo que fica prejudicada a formação da constituição como acoplamento estrutural entre direito e política. Nesse sentido, interessam em especial os casos de “constituição nominalista” ou “constitucionalização simbólica”, nos quais sobressai o bloqueio social destrutivo da concretização da constituição, seja esta definida como acoplamento estrutural entre direito e política ou como estrutura normativa mais abrangente do sistema jurídico. Com mais rigor, pode-se falar de insuficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional. Em outras palavras: há uma desconstitucionalização fática no processo de concretização jurídica (NEVES, 1996). Não se trata apenas do problema da eficácia das normas constitucionais. A situação é mais grave: ao texto constitucional não correspondem, em ampla medida, expectativas normativas de comportamento congruentemente generalizadas, faltando-lhe assim relevância jurídica; ele é carente de força normativa. Dessa maneira, não se constrói Constituição como ordem básica da comunicação jurídica ou como acoplamento estrutural entre política e direito em, em ampla medida, expectativas normativas de comportamento congruentemente generalizadas, faltando-lhe assim relevância jurídica:

ele é carente de força normativa. Isto não exclui que o texto constitucional, em detrimento de sua função jurídico-instrumental, desempenhe um papel hipertroficamente político-simbólico (constitucionalização simbólica), especialmente na forma de constituição-álibi (NEVES, 1998, p. 87). Dessa maneira, Constituição, seja como ordem básica da comunicação jurídica ou como acoplamento estrutural entre direito e política, não se constrói de modo funcionalmente satisfatório. Em tais circunstâncias, a política não apenas subjuga o direito; por meio do texto constitucional hipertroficamente simbólico, também o usa como meio lúdico ou como fachada que esconde a sua impotência.

4. O paradoxo das tendências a uma “periferização do centro” e seus limites em uma sociedade mundial assimétrica

Os desenvolvimentos assimétricos da sociedade mundial moderna entre centro(s) e periferia(s) podem ser relativizados sob as condições atuais. É pertinente indagar se desenvolvimentos por que vem passando a atual sociedade mundial não conduzirão a uma situação em que os problemas de exclusão e de deficiente diferenciação entre política e direito, que caracterizam tipicamente os Estados da modernidade periférica até hoje, não se estenderão também aos Estados da modernidade central. Essa possibilidade relaciona-se com a tendência a uma periferização paradoxal do centro (NEVES, 1998, p. 153)³². Ainda que não se trate de um desenvolvimento consolidado, surgiram novos problemas no plano da sociedade mundial que levaram a uma relativização da

³² Analogamente, mas em outra perspectiva, Beck (1997, p. 266-268) fala de “brasilianização da Europa” ou “brasilianização do Ocidente” (BECK, 1999, p. 7, 94).

diferença entre centro e periferia e que se relacionam com a “mobilidade nas distribuições” de centros e periferias, já acentuada por Luhmann.³³

Partindo de “que o acoplamento estrutural do sistema político e do sistema jurídico por meio da constituição não encontra correspondência no plano da sociedade mundial” (LUHMANN, 1993, p. 582), pode-se levantar a seguinte questão: em que medida, apesar de toda a variabilidade e fragmentação na sociedade mundial, a “globalização econômica” – isto é, a tendência expansiva do código econômico em escala global – pode conduzir, na modernidade central também, à destruição da autonomia dos sistemas jurídico e político segmentados territorialmente em Estados, com consequências demolitoras para a Constituição como acoplamento estrutural do direito e da política nos Estados de direito que estavam relativamente consolidados até a virada do século na Europa ocidental e da América do Norte? Especificando a questão, trata-se de determinar em que medida as constituições dos Estados democráticos de direito perdem normatividade jurídica no contexto da “globalização econômica” e podem-se transformar, com isso, em constituições (hipertroficamente) simbólicas.

Essa questão, que deve ser considerada à luz dos indícios de desenvolvimentos na direção de uma periferização paradoxal do centro na sociedade mundial moderna, está associada ao desmonte dos mecanismos do Estado de bem-estar clássico, ancorados na política, sem que tenham sido seriamente esboçados, nem mesmo em regiões do tradicional Estado de bem-estar, novos mecanismos de inclusão para a construção de uma sociedade de bem-estar fundada nos diversos subsistemas sociais. O problema redonda na iminente possibilidade de que as formas de exclusão que até recentemente eram típicas dos países periféricos estendam-se à modernidade central. Não se trata mais tão somente de uma “exclusão secundária”, mas sim de “exclusão primária” (MÜLLER, 1997, p. 50). No primeiro caso, não se provoca a destruição nem se põe em xeque a validade do código jurídico, “ele restringe ‘apenas’ a abrangência efetiva de sua vigência”. No segundo, a exclusão é tão disseminada e, portanto, o respectivo problema é de tal maneira agravado que se desencadeiam e generalizam consequências destrutivas para a validade de um código jurídico diferenciado e de uma Constituição como acoplamento estrutural entre direito e política, característica de Estado de direito. Não se trata, então, da metadiferença branda “inclusão/exclusão”, que, segundo Luhmann, “mediatizaria” os códigos dos sistemas funcionais, ou seja, seria transversal à diferenciação funcional da sociedade e, dessa maneira, à diferenciação do direito e à ordem constitucional (ver terceira seção),

³³ Ver *supra* nota 6.

antes de fenômenos generalizados de exclusão, que põem em questão e ameaçam de destruição a diferenciação funcional, a autonomia do direito e a normatividade constitucional. Luhmann não enfrenta essa pergunta a partir de uma perspectiva – por assim dizer – “neoliberal”, que dá ênfase à privatização mediante a economia mundial e descuida da importância dos Estados democráticos e sociais de direito para a reprodução da sociedade mundial, mas, antes, chama a atenção muita à problemática de exclusão. Assim, ele destaca o seguinte:

“Enquanto o Estado de bem-estar é impulsionado por esforços de inclusão da população no sistema político, existem *problemas residuais de exclusão* mesmo nos sistemas políticos desenvolvidos [...] Não se trata aqui do problema da igualdade de oportunidades ou da distribuição justa. Essas são fórmulas utópicas que encobrem as asperezas da realidade. ‘Problemas residuais de inclusão’ quer dizer que, também nas regiões altamente desenvolvidas da sociedade mundial, ficar para trás em um sistema funcional pode conduzir à dificuldade de acesso ou até à exclusão de acesso a outros sistemas [...] *Medidas políticas para evitar ou para diminuir exclusões podem ser resumidas sob o conceito de Estado social*. Essa distinção é importante tanto científica quanto politicamente, pois a necessidade previsível de reduzir o Estado de bem-estar não deveria conduzir a uma avalanche de exclusões” (LUHMANN, 2000a, p. 427, grifo nosso).

A pergunta, entretanto, permanece: no transcurso do desenvolvimento que se vem desenhando na sociedade mundial, os problemas de exclusão podem degenerar em uma *avalanche de exclusões* também nas regiões altamente desenvolvidas do globo? Ou de outro modo: podem ser detidas ou postas sob controle as iminentes tendências à periferização do centro, à disseminação mundial da exclusão política e jurídica e, nesse contexto, à metamorfose das

constituições do Estado de direito e do Estado de bem-estar euro-ocidental e norte-americano em constituições simbólicas? São muito negativas as perspectivas de uma solução global deste problema mediante uma transformação das relações econômicas assimétricas entre regiões do globo em relações simétricas. Por sua vez, o projeto de transferir os mecanismos do Estado de bem-estar, que até hoje funcionam em regiões muito limitadas, para o plano global, por meio de política internas ou externa mundial, isto é, mediante um “regime de bem-estar global” (HABERMAS, 1998a, p. 72, 79; 1998b, p. 85), parece ser demasiadamente ingênuo ou “ideologicamente” carregado, quando se levam em consideração as disparidades extremas de desenvolvimento econômico e social e a persistente “exclusão” da maioria da população na sociedade mundial complexa e conflituosa do presente. Caminhos para a solução desse problema podem ser encontrados no plano regional dos Estados de direito da Europa, América do Norte e Ásia (Japão), pois, nesses Estados, o direito e a política como sistemas estruturalmente acoplados pela Constituição dispõem de códigos fortes para fazer concorrência ao código da economia mundial, apesar de toda a potência deste último. No âmbito dos respectivos territórios estatais, é possível que, em reação ao desmonte do Estado de bem-estar, assentado na política, as diversas esferas da sociedade construam e desenvolvam novos mecanismos de inclusão no contexto de uma “privatização” alternativa, não centrada na economia, e, desse modo, conduzam a novas condições de bem-estar (TEUBNER, 1998b; 1998c; 2000; 2003). Nessa hipótese, a Constituição fixará os contornos normativo-jurídicos da sociedade de bem-estar nos correspondentes âmbitos regionais.

Para os Estados da modernidade periférica, essa alternativa pode levar à direção contrária. Há claros indícios de que, em virtude de sua

debilidade perante a força expansiva da economia mundial, a preferência dominante por “desestatização” ou “privatização” pode levar a decepções, na medida em que os problemas de exclusão – e, com eles, os bloqueios da reprodução do direito e política – sejam ainda mais agravados em decorrência das intervenções particularistas na organização do Estado, que, ao mesmo tempo, privilegiam e discriminam. Os caminhos para a solução são, portanto, bem diferentes – e muito mais problemáticos – dos que caracterizam os Estados na modernidade central. Por um lado, os Estados periféricos precisam expor-se e adaptar-se às novas exigências de uma sociedade mundial heterárquica; por outro, eles continuam compelidos a confrontar-se com os persistentes problemas de exclusão primária e a insuficiente diferenciação funcional de direito e da política. O paradoxo consiste no seguinte: para responder às exigências de uma sociedade mundial heterárquica, é necessário pôr sob controle os problemas de exclusão e insuficiente diferenciação funcional de direito e política, mas estes problemas só poderão ter uma solução quando aquelas exigências forem tratadas adequadamente pelo Estado. Especialmente com relação à Constituição, Luhmann não desconhece essa dificuldade:

“As regiões se encontram expostas aos impactos da sociedade mundial, sobretudo em termos econômicos; só podem, entretanto, adotar suas premissas de maneira muito limitada. Isso é igualmente válido para países com uma indústria altamente desenvolvida – pense no Brasil. O êxito político do Estado constitucional liberal só se realiza ‘simbolicamente’ (a fim de que a entidade que surge possa ser vista como ‘Estado’), ou é empregado como instrumento de uma elite governante (por exemplo, de um regime militar), a qual, por sua vez, não se submete às condições previstas, mas sim governa ‘inconstitucionalmente’ com ajuda da constituição” (2000a, p. 428).

Mas, sendo assim, então cabe questionar se a tese do primado da diferenciação funcional na sociedade mundial pode ser sustentada sem restrições. Não se trata de exceções de alguns “Estados falidos” (THÜRER, 1996), mas sim de inumeráveis contextos de comunicação políticos e jurídicos da sociedade mundial, dominantes na esmagadora maioria das regiões do globo – trata-se, portanto, da regra. Isso é válido ao menos para os sistemas jurídico e político, diferenciados segmentariamente em Estados. Em referência a esses sistemas, pode-se afirmar que o primado da diferenciação funcional é questionável. É certo que a diferenciação funcional e, correspondentemente, a autonomia operativa do direito e da política, constituem uma exigência da sociedade mundial. Porém, enquanto exigência funcional, ela implica uma relação entre problema e solução de problema (LUHMANN, 1987b, p. 63). Isso pode ser formulado, simplificadamente, do seguinte modo: quando surge o problema

do aumento de complexidade e da crescente pressão por seleção com a emergência da sociedade mundial moderna, ele tem que ser solucionado ou posto sob controle mediante especificação funcional e autonomia sistêmica. Esse “ter que” de caráter funcional não constitui um “dever” valorativo ou moral (normativo), mas também não conduz necessariamente a uma correspondência funcional empírica entre problema (aumento de complexidade, crescente pressão por seleção) e solução de problema (especificação funcional, autonomia sistêmica). Se para determinados sistemas funcionais da sociedade mundial não se verifica, em regra, essa correspondência, parece-me que não se pode falar de primado da diferenciação funcional, pois, no que diz respeito ao Estado, tal primado pressupõe uma condição de Estado democrático de direito (ou equivalente funcional) – fundado na constituição como acoplamento estrutural entre direito e política, compatível com diversos contextos culturais e orientado à inclusão –, que é a exceção na sociedade mundial hodierna. Nesse sentido, a situação tornar-se-á ainda mais grave (e não expresso isso de modo fatalista), se as tendências a uma periferização paradoxal do centro se impuserem e, portanto, os Estados democráticos de direito que ainda funcionam satisfatoriamente forem condenados ao fracasso em sua capacidade funcional e força legitimadora.

Referências

- BECK, Ulrich. *Was ist Globalisierung?*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.
- _____. *Schöne neue Arbeitswelt: Vision, Weltbürgergesellschaft*. Frankfurt am Main/Nova York: Campus Verlag, 1999.
- BENEVIDES, Maria Victoria; FERREIRA, Rosa-Maria Fischer. Popular Responses and Urban Violence: Lynching in Brazil. In: HUGGINS, Martha K. (Org.). *Vigilantism and the State in Modern Latin America: Essays on Extralegal Violence*. Nova York: Praeger Publishers, 1991. p. 33-45.
- BORA, Alfons. Wer gehört dazu?: Überlegungen zur Theorie der Inklusion. In: HELLMANN, Kai-Uwe; SCHMALZ-BRUNS, Rainer (Org.). *Theorie de Politik*: Niklas Luhmanns politische Soziologie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002. p. 60-84.
- CAVALLARO, James; MANUEL, Anne. *Police Brutality in Urban Brazil*. New York: Human Rights Watch, 1997.
- CAPELLER, Wanda de Lemos. *L'engrenage de la répression: Stratégies sécuritaires et politiques criminelles*. Paris: L.G.D.J., 1995.
- CHEVIGNY, Paul. Police Deadly Force as Social Control: Jamaica, Brazil, and Argentina, In: Martha K. Huggins (Org.). *Vigilantism and the State in Modern Latin America: Essays on Extralegal Violence*. New York: Praeger Publishers, 1991. p. 189-217.
- _____. Defining the Role of the Police in Latin America. In: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Org.). *The Un(Rule) of Law and the*

Underprivileged in Latin America. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 1999. p. 49-70.

DURKHEIM, Emile. *De la division du travail social*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986.

EISENSTADT, S. N. *Die Vielfalt der Moderne*. Tradução alemã de B. Schluchter. Frankfurt am Main: Velbrück, 2000.

GALTUNG, Johan. Eine strukturelle Theorie des Imperialismus. In: SENGHAAS, Dieter (Org.). *Imperialismus und strukturelle Gewalt: Analysen über abhängige Reproduktion*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1972. p. 29-104.

GIDDENS, Anthony. *The Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity Press, 1991.

GÜNTHER, Gotthard. Cybernetic Ontology and Transjunctional Operations. In: _____. *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik*. Hamburg: Meiner, 1976. p. 249-328. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982. v. 2.

_____. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

_____. Jenseits des Nationalstaats? Bemerkungen zu Folgeproblemen der wirtschaftlichen Globalisierung. In: BECK, Ulrich (Org.). *Politik der Globalisierung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998a. p. 67-84.

_____. *Die postnationalen Konstellation: Politische Essays*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998b.

HEINTZ, Peter. *Die Weltgesellschaft im Spiegel von Ereignissen*. Diessenhofen: Rüegger, 1982.

HOLZ, Klaus. Citizenship. Mitgliedschaft in der Gesellschaft oder differenzierungstheoretisches Konzept?. In: _____. (Org.): *Staatsbürgerschaft: Soziale Differenzierung und politische Inklusion*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 2000. p. 187-208.

HOPKINS, Terence; WALLERSTEIN, Immanuel. Grundzüge der Entwicklung des modernen Weltsystems. In: SENGHAAS, Dieter (Org.). *Kapitalistische Weltökonomie: Kontroverse über ihren Ursprung und ihre Entwicklungsdynamik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1979. p. 151-200.

LOEWENSTEIN, Karl. *Verfassungslehre*. 3. ed. Tübingen: Mohr, 1975.

LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1965.

_____. Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems. In: LUHMANN, Niklas. *Der Staat* 12 Berlin: Duncker & Humblot, 1973.

_____. Die Weltgesellschaft. In: LUHMANN, Niklas. *Soziologische Aufklärung* 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1975. p. 170-192.

_____. *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1980. v. 1.

_____. Machtkreislauf und Recht in Demokratien. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Opladen, n. 2, p. 158-167, 1981a.

_____. *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*. Munique: Olzog, 1981b.

_____. Selbstreflexion des Rechtssystems: Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive. In: LUHMANN, Niklas. *Ausdifferenzierung des Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981c.

_____. *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981d. v. 2.

- _____. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983a.
- _____. Die Einheit des Rechtssystems. *Rechtstheorie*, Berlim, n. 14, p. 129-154, 1983b.
- _____. Reflexive Mechanismen. In: LUHMANN, Niklas. *Soziologische Aufklärung 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*. 5. ed. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1984a. p. 92-112.
- _____. The Self-Reproduction of the Law and its Limits. In: ROSA, Felipe Augusto de Miranda (Org.). *Direito e mudança social*. Rio de Janeiro: OAB-RJ, 1984b. p. 107-128.
- _____. Einige Probleme mit "reflexivem Recht". *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Opladen, n. 6, 1985. p. 1-18.
- _____. Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1986a.
- _____. Die Codierung des Rechtssystems. *Rechtstheorie*, Berlim, n. 17, p. 171-203, 1986b.
- _____. *Rechtssoziologie*. 3. ed. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987a.
- _____. *Soziale Systeme*: Grundriß einer allgemeinen Theorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987b.
- _____. *Macht*. 2. ed. Stuttgart: Enke, 1988a.
- _____. Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts. *Rechtstheorie*, Berlim, n. 19, p. 11-27, 1988b.
- _____. *Gesellschaftsstruktur und Semantik*: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989. v. 3.
- _____. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. *Rechtshistorisches Journal*, Frankfurt am Main, n. 9, p. 176-220, 1990.
- _____. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.
- _____. *Gesellschaftsstruktur und Semantik*: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995a. v. 4
- _____. Inklusion und Exklusion. In: LUHMANN, Niklas. *Die Soziologie und der Mensch*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1995b. p. 237-264. (Soziologische Aufklärung, 6).
- _____. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. 2 v.
- _____. Der Staat des politischen Systems: Geschichte und Stellung in der Weltgesellschaft. In: BECK, Ulrich (Org.). *Perspektiven der Weltgesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998. p. 345-380.
- _____. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000a.
- _____. *Die Organisation und Entscheidung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000b.
- _____. *Die Religion der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000c.
- _____. *Einführung in die Systemtheorie*. Heidelberg: Carl-Auer-Systeme, 2002.
- _____. *Einführung in die Theorie der Gesellschaft*. Heidelberg: Carl-Auer-Systeme, 2005.
- LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: Franco Angeli, 1992.
- MARSHALL, Thomas Humphrey. *Class, Citizenship, and Social Development*. Westport, Connecticut: Greenwood Press, 1976. [Reimpressão].
- MARTINS, José de Souza. Lynchings: Life by a Thread: Street Justice in Brazil, 1979-1988. In: HUGGINS, Martha K. (Org.). *Vigilantism and the State in Modern Latin America: Essays on Extralegal Violence*. Nova York: Praeger Publishers, 1991. p. 21-32.
- MARTINS, José de Souza; KOSMINSKY, Ethel Volfzon. *Massacre dos inocentes: a criança sem infância no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1993.

MATURANA, Humberto R. *Erkennen*: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit. Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie. Braunschweig/Wiesbaden: Vieweg, 1982.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *Autopoiesis and Cognition*: The Realization of the Living. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1980.

_____. _____. *Der Baum der Erkenntnis*. 3. ed. Berna/Munique/Viena: Scherz, 1987.

MAUNZ, Theodor. *Deutsches Staatsrecht*. 9. ed. Munique/Berlim: Beck, 1959.

MAUS, Ingeborg. *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*: rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

MÜLLER, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*. 2. ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1994.

_____. *Juristische Methodik*. 6. ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1995.

_____. *Wer ist das Volk?*: die Grundfrage der Demokratie: elemente einer, Berlim: Duncker & Humblot, 1997. (Verfassungstheorie, VI).

NEVES, Marcelo. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien. Berlim: Duncker & Humblot, 1992.

_____. *Symbolische Konstitutionalisierung*. Berlin: Duncker und Humblot, 1998.

_____. Zwischen Subintegration und Überintegration: Bürgerrechte nicht ernstgenommen. *Kritische Justiz*, Baden-Baden, v. 32, n. 4, p. 557-577, 1999.

_____. *Grenzen der demokratischen Rechtsstaatlichkeit und des Föderalismus in Brasilien*. Freiburg-CH: Institut für Federalismus/Basel: Helbing & Lichtenhan, 2000a.

_____. *Zwischen Themis und Leviathan, eine Schwierige Beziehung*: eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas. Baden-Baden: Nomos, 2000b.

_____. Von der Autopoiesis zur Allopoiesis des Rechts. *Rechtstheorie*, Berlim, n. 4, p. 245-268, 2003.

_____. Vom Rechtspluralismus zum sozialen Durcheinander: der Mangel an Identität der Rechtssphäre(n) in der peripheren Moderne und seine Implikationen in Lateinamerika. In: BRUNKHORST, Hauke; MATIASKE, Wenzel (Org.): *Zentrum und Peripherie*. Mering: Hammp, 2004. p. 165-194.

OLIVEIRA, Luciano. *Do nunca mais ao eterno retorno*: uma reflexão sobre a tortura. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. Culture démocratique et répression pénale : quelques notes sur le Brésil et la France. *Cahiers du Brésil Contemporain*, Paris, Centre de Recherches sur le Brésil Contemporain, n. 33, p. 49-67, 1997.

PARSONS, Talcott. *Das System moderner Gesellschaften*. Tradução alemã de Hans-Werner Franz. Munique: Juventa Verlag, 1972.

_____. Full Citizenship for the Negro American: A Sociological Problem. In: TURNER, Bryan S.; HAMILTON, Peter (Org.). *Citizenship: Critical Concepts*. Nova York/Londres: Routledge. 1994. p. 141-175. v. 2.

PERALVA, Angelina. Democracia e violência: a modernização por baixo. *Lua Nova*: revista de cultura política, São Paulo, n. 40/41, p. 217-240, 1997.

PINHEIRO, Paulo Sérgio: Police and Political Crisis: The Case of the Military Police. In: HUGGINS, Martha K. (Org.). *Vigilantism and the State in Modern Latin America: Essays on Extralegal Violence*. New York: Praeger Publishers, p. 167-188, 1991.

RATTON JUNIOR, José Luiz de Amorim. *Violência e crime no Brasil contemporâneo*: homicídios e políticas de segurança pública nas décadas de 80 e 90. Brasília: Cidade Gráfica e Editora, 1996.

- SENGHAAS, Dieter (Org.). *Imperialismus und strukturelle Gewalt*: Analysen über abhängige Reproduktion. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1972.
- SENGHAAS, Dieter (Org.). *Peripherer Kapitalismus*: Analysen über Abhängigkeit und Unterentwicklung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1974.
- SENGHAAS, Dieter (Org.). *Kapitalistische Weltökonomie*: Kontroverse über ihren Ursprung und ihre Entwicklungsdynamik. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1979.
- STICHWEH, Rudolf et al. Inklusion/Exklusion, funktionale Differenzierung und die Theorie der Weltgesellschaft. *Soziale Systeme*: Zeitschrift für soziologische Theorie. Opladen, n. 3, p. 123-136, 1997.
- _____. *Die Weltgesellschaft*: soziologische Analysen. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000.
- TEUBNER, Gunther. Verrechtlichung: Begriffe Merkmale, Grenzen, Auswege. In: KÜBLER, Friedrich (Org.). *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*: Vergleichende Analysen. Baden-Baden: Nomos, 1984. p. 289-344.
- _____. Gesellschaftsordnung durch Gesetzgebungslärm? Autopoietische Geschlossenheit als Problem für die Rechtsetzung. In: GRIMM, D. (Org.). *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1988. p. 45-64. (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 13).
- _____. *Recht als autopoitisches System*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.
- _____. Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus. *Rechtshistorisches Journal*, Frankfurt am Main, n. 15, p. 255-290, 1996.
- _____. Verrechtlichung: ein ultrazyklisches Geschehen: ökologische Rekursivität im Verhältnis Recht und Gesellschaft. In: Rüdiger Voigt (Org.). *Evolution des Rechts*, Baden-Baden: Nomos, 1998a. p. 193-213
- _____. Nach der Privatisierung?: Diskurskonflikte im Privatrecht. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Wiesbaden, n. 19, p. 8-36, 1998b.
- _____. Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von Private Governance Regimes. *Rechtshistorisches Journal*, Frankfurt am Main, n. 17. p. 234-65, 1998c.
- _____. Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft. In: Dieter SIMON; Manfred WEISS (Org.). *Zur Autonomie des Individuums: liber amicorum spiro simitis*. Baden-Baden: Nomos, 2000. p. 437-53.
- _____. Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 63, n. 4, p. 1-28, 2003.
- TEUBNER, Gunther; WILLKE, Helmut. Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, n. 6, p. 4-35, 1984.
- THÜRER, Daniel. *Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: "The Failed State"*. Heidelberg: C. F. Müller, 1996. p. 9-47. (Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, 34).
- VELHO, Gilberto; ALVITO, Marcos (Org.). *Cidadania e violência*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ/Editora FGV, 1996.
- WALLERSTEIN, Immanuel. Aufstieg und künftiger Niedergang des kapitalistischen Weltsystems. In: SENGHAAS, Dieter (Org.). *Kapitalistische Weltökonomie*: kontroverse über ihren Ursprung und ihre Entwicklungsdynamik. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1979. p. 31-67.

As evoluções históricas e a “historiografia” dos juristas

Reflexões sobre o surgimento do *judicial review*

FRANCYS CO PABLO FEITOSA GONÇALVES

JOÃO PAULO FERNANDES ALLAIN TEIXEIRA

Sumário

1. Considerações iniciais.
2. Notas para uma perspectiva reflexiva sobre o (sub)campo jurídico-acadêmico.
3. A historiografia equivocada e o problema da “evolução histórica”.
4. As supostas origens.
5. Sobre os antecedentes estadunidenses do *judicial review*: as controvérsias em torno do caso *Marbury*.
6. Considerações finais.

Francysco Pablo
Feitosa Gonçalves é
bacharel e especialista
pela Universidade
Regional do
Cariri, mestre pela
Universidade Católica
de Pernambuco,
doutorando pela
Universidade Federal
de Pernambuco e
professor.

João Paulo Fernandes
Allain Teixeira é
bacharel, mestre
e doutor pela
Universidade Federal
de Pernambuco, mestre
pela Universidad
Internacional de
Andalucía, Espanha, e
professor.

1. Considerações iniciais

Um aspecto incômodo do Direito é o seu dogmatismo, que talvez já fique evidente na popularidade da questionável expressão *dogmática jurídica*¹ para descrever o que seria uma Ciência do Direito. No *campo jurídico*, algumas concepções acabam ganhando aceitação tão ampla que assumem um forte *status de verdade*, ficam quase imunes ao questionamento e à refutação. Se, por exemplo, um neófito se propõe a questioná-las, a censura – que pode ser mais ou menos severa – é

¹ Remetemos ao ensaio de Machado Segundo (2008), intitulado *É apropriado falar-se de uma “Dogmática Jurídica”?*, interessante e provocativo, embora desconsidere a questão de linguística de que as palavras tenham outro significado além daquele que lhes é dado (CARRIÓ, 1986), e talvez ainda seja uma crítica à dogmática um tanto apegado a um *racionalismo científico tradicional*.

quase certa, uma *violência simbólica*² cuja função é conformá-lo ao *modus* do Direito³.

Embora reconheçamos que esse aspecto dogmático talvez se relate a uma pretensa função de estruturação e estabilização da sociedade que o Direito supostamente deve apresentar, consideramos que determinados *dogmatismos* são incômodos, principalmente no (sub)campo jurídico-acadêmico, porquanto – às vezes a pretexto de criar uma aparência de cientificidade – acabam afastando a crítica e o questionamento, que aliás já tendem a ser precários na *dogmática jurídica*. No presente trabalho, a propósito, partimos de uma premissa bem simples: a de que, em Direito, nenhuma matéria deveria ficar livre de questionamentos ou discussão.

Nessa perspectiva, o mote do presente trabalho é fazer uma revisão crítica do surgimento do *judicial review* a partir dos lugares-comuns que encontramos no discurso jurídico. Essa revisão, entretanto, pressupõe uma crítica da própria *doxa* do (sub)campo jurídico-acadêmico, uma crítica que permeia todo o presente trabalho e talvez a melhor forma de contextualizá-la seja explicar como foi desenvolvido. Ele nasceu no que poderia ser pensado como a interseção das nossas atividades relacionadas ao direito constitucional e das nossas pesquisas e reflexões relacionadas ao ensino jurídico e ao (sub)campo jurídico-acadêmico recifense.

Nesse sentido, realizamos uma revisão do desenvolvimento do *judicial review*, com ênfase no controle de constitucionalidade que teria sido inaugurado a partir do célebre caso *Marbury v. Madison*. Já sabíamos que o caso em questão não havia sido o primeiro em que a constitucionalidade de uma lei fora apreciada pelo Judiciário, nem era isento de críticas, como muitos juristas pensam. Durante as primeiras leituras e debates relacionados ao tema, percebemos que a pesquisa era inspirada em grande parte pela perspectiva epistemológica da sociologia reflexiva de Bourdieu e, a

² Emprestamos o conceito de violência simbólica de Bourdieu e Passeron: “Todo poder de violência simbólica, isto é, todo poder que chega a impor significações e a impô-las como legítimas, dissimulando as relações de força que estão na base de sua força, acrescenta sua própria força, isto é, propriamente simbólica, a essa relações de força” (BORDIEU; PASSERON, 2011, p. 25). “Toda ação pedagógica (AP) é objetivamente uma violência simbólica enquanto imposição, por um poder arbitrário, de um arbítrio cultural” (BORDIEU; PASSERON, 2011, p. 26).

³ Existem outras formas de conformar o sujeito ao Direito; por exemplo, as *expectativas* de que o acadêmico se expresse e se comporte de uma determinada forma, adote uma determinada indumentária etc. Mas queremos chamar especial atenção para a censura ao questionamento, que acaba por reforçar determinados dogmas. Diretamente relacionadas a esses dogmas estão as *doutrinas*, que também acabam reforçando o dogmatismo e a consolidação dos dogmas. Fazemos referência à doutrina, também, como argumento de autoridade, já que, embora nem sempre tenha o mesmo prestígio de outros argumentos de autoridade – como a jurisprudência e as leis – é evidente a função do discurso jurídico doutrinário na (re)produção de contextos sociais, inculcando determinadas concepções nos sujeitos que lidam com o Direito.

partir daí, racionalizamos o problema e realizamos a pesquisa propriamente dita.

Como resultado dessa pesquisa, o presente trabalho começa com uma breve apresentação dos pressupostos teóricos e epistemológicos; a sociologia reflexiva de Bourdieu, que forneceu a fundamentação teórica e o ponto de vista teórico a partir do qual realizamos a investigação bibliográfica; e autores que realizaram críticas incisivas à doxa jurídica, em especial no que concerne à questão das *evoluções históricas*.

Terminada essa etapa inicial adentraremos a questão do surgimento do *judicial review* e será dada ênfase ao caso *Marbury*. Inicialmente ele será retratado como ele costuma ser pensado pelos juristas no Brasil, avaliando o contexto do seu surgimento e apresentando alguns aspectos de sua recepção no Direito e na política estadunidense. Quanto à pesquisa bibliográfica, temos consciência das insuficiências da nossa investigação, que aliás não pretende ser exaustiva; ainda assim, acreditamos que ela traz alguns pontos importantes para a reflexão e crítica do senso comum teórico dos juristas.

Antes de passar ao conteúdo do trabalho, entendemos ser necessário deixar algumas advertências. A primeira é que, embora nosso trabalho consista numa crítica à historiografia que se produz no Direito, e nossa escrita não seja marcada pelo reverencialismo característico do Direito – o que talvez pudesse acentuar o teor da crítica – este trabalho não deve ser visto como um ataque aos autores que citamos. De fato, procuramos, na medida do possível, pesquisar – e citar – fontes que fossem mais criteriosas do que o senso comum jurídico padrão.

É importante registrar, a propósito, que não nos colocamos fora da crítica que fazemos, não pretendemos assumir um ponto de vista externo extremo ou um ar de mera censura. Nossa crítica dirige-se ao (sub)campo jurídico-acadêmico, do qual somos agentes, e,

como tais, não poderíamos estar num *ponto de Arquimedes*, nem se ele pudesse existir. Assim, nossa crítica deve ser tomada, reflexivamente, como uma autocrítica de forma que, apesar dos nossos esforços, o presente trabalho, que tenta sair do *senso comum* que domina o que podemos chamar de historiografia feita por juristas, pode estar marcado por resquícios do referido senso comum.

Uma última advertência é que empregamos as expressões *judicial review* e *controle de constitucionalidade* sem excessivas preocupações com o rigor conceitual, mas sabemos que são conceitos amplos e complexos. O *judicial review* refere-se à revisão e eventual invalidação de atos do Legislativo e do Executivo, e o controle de constitucionalidade – no Brasil – pode ser preventivo ou repressivo, exercido pelo Legislativo, Executivo e Judiciário. Neste trabalho, entretanto, como o título sugere, nós estamos especialmente interessados na *revisão judicial das leis*.

Empregamos o termo *judicial review*, portanto, sem maiores pretensões, não queremos teorizar a respeito, nosso objetivo é apenas remeter à doutrina segundo a qual os atos do Legislativo e do Executivo estão sujeitos à revisão e eventual invalidação pelo Judiciário. Usamos a expressão, portanto, como um conceito operacional, sem maiores pretensões em relação ao seu conteúdo e significado.

Por fim, e a título de justificativa – para o campo jurídico – sobre o mote do presente trabalho, vale lembrar que vivemos em tempos de tensão entre o Judiciário e os demais poderes, o tema, portanto, está na *ordem do discurso*, e está entre os mais relevantes, já que um dos focos dessa tensão é justamente os limites – ou sua ausência de limites – do Judiciário no que concerne à sua interferência nas políticas públicas, outro é a chamada abstrativização do controle difuso. Sendo assim, para o jurista interessado

nessas questões, nada mais necessário do que rever as origens do *judicial review*, sobretudo nas tensões e controvérsias do caso *Marbury v. Madison*, até porque, como veremos, os debates da época podem fornecer uma perspectiva interessante sobre o debate atual.

2. Notas para uma perspectiva reflexiva sobre o (sub)campo jurídico-acadêmico

Como já dissemos, o presente trabalho baseia-se, em grande medida, na sociologia reflexiva de Pierre Bourdieu. Como sabemos, Bourdieu foi, muito provavelmente, o pensador social mais citado no mundo na primeira década do corrente século⁴ – embora permaneça praticamente desconhecido pelos juristas⁵. Sua sociologia, reflexiva e relacional, parece-nos um referencial interessante para compreender, de forma crítica, o fenômeno jurídico, e é nessa perspectiva que apresentaremos, nas linhas que seguem, um breve panorama – e como tal, em alguma medida redutor e mutilador – da sociologia de Bourdieu no que ela nos ajuda a pensar o Direito.

Uma primeira observação diz respeito ao fato de a teoria, em Bourdieu, se voltar sempre para a prática. Todos os conceitos, em Bourdieu, emergem na prática da realização da pesquisa, e toda a teoria é uma construção temporária

⁴ Esse é um fato quase incontrovertido nas ciências sociais, para mais informações sobre as pesquisas que apontam Bourdieu como o pensador social mais citado da segunda metade do séc. XX. Ver Santoro (2008).

⁵ Com isso, não queremos dizer que ele não aparece na bibliografia de trabalhos jurídicos ou que os juristas nunca citaram Bourdieu em seus trabalhos, mas que, salvo poucas situações, os *operadores do Direito* desconhecem a sociologia reflexiva de Bourdieu e não usam suas obras como *fundamentação teórica*, muito embora, dependendo do objeto de pesquisa, a sociologia reflexiva talvez tivesse muito mais a oferecer do que as teorias de outros pensadores sociais que ganharam uma aceitação maior no Direito, como Luhmann e Habermas.

que toma forma *pelo e para o trabalho empírico* (BOURDIEU, 1992, p. 161). Bourdieu leva a pesquisa empírica tão a sério que chega a criticar expressamente os *teóricos* que estão muito *preocupados em não sujar suas mãos nas cozinhas da pesquisa empírica*⁶ (BOURDIEU, 1992, p. 193).

Essa preocupação com a prática não significa, entretanto, que Bourdieu pratique uma sociologia espontânea que descreve fatos, interações, instituições discursos etc., como algo *autoevidente*, dado em si mesmo, ignorando que essas descrições traduzem a visão – interessada – do sujeito que descreve. Com isso, queremos dizer que, embora a sociologia bourdieusiana pressuponha que toda a teoria se volte para a pesquisa empírica, a realidade empírica é apreendida a partir de pressupostos e referenciais teóricos.

Nas palavras de Bachelard (1979, p. 92): “o sentido do vetor epistemológico parece-nos bem nítido. Vai seguramente do racional ao real e não, ao contrário, da realidade ao geral, como o professavam todos os filósofos de Aristóteles a Bacon. Em outras palavras, a aplicação do pensamento científico parece-nos essencialmente realizante”⁷. Ou seja, observamos a partir de uma perspectiva teórica – vale lembrar, aliás, que o sentido grego de teoria estava relacionado justamente a uma *visão de mundo* – e sem um ponto de vista não temos como observar nada.

Diretamente relacionado a isso está o fato de que a sociologia deve ser reflexiva, deve estar sempre voltada para si mesma, não apenas a objetos externos, mas também ao trabalho de sua própria experiência, o que pressupõe a reflexão e o questionamento constantes sobre

⁶ Uma crítica, aliás, muito apropriada aos juristas teóricos e à falta de pesquisa empírica séria no Direito.

⁷ A citação de Bachelard não aparece por acaso, chegamos a ela a partir do próprio Bourdieu (BOURDIEU; CHAMBOREDON; PASSERON, 2007, p. 48, 190).

temas, procedimentos e sobre o próprio pesquisador, seu posicionamento no campo e relação com o objeto:

“Para ser verdadeiramente autônoma e cumulativa, e plenamente conforme a sua vocação científica, a sociologia deve ser também e sobretudo reflexiva. Ela deve tomar-se a si própria por objecto, usar de todos os instrumentos de conhecimento de que dispõe para analisar e dominar os efeitos sociais que se exercem sobre ela e que podem perturbar a lógica propriamente científica do seu funcionamento” (BOURDIEU, 2007, p. 243).

Essa reflexividade, que não deve ser confundida em hipótese alguma com uma postura *egocêntrica*, pressupõe não apenas a objetivação do agente, mas também a do próprio *inconsciente científico coletivo*, em sua fixação a teorias, problemas e categorias, ou seja, a reflexividade deve voltar-se, em última análise, ao campo científico como um todo.

“O que deve ser objetivado não é (apenas) o indivíduo que faz a investigação em sua idiossincrasia biográfica mas a posição que ele ocupa no espaço acadêmico e as tendências implicadas pelo ponto de vista que adota em virtude de estar ‘off-side’ ou ‘fora do jogo’ (*hors jeu*)” (BOURDIEU, 1992, p. 86-87, tradução nossa, grifo do autor)⁸.

Além disso, o trabalho de objetivação do sujeito objetivante deve ser feito não apenas pelo autor, mas pelos ocupantes das posições antagônicas e complementares no campo científico (WACQUANT, 1992, p. 40-41). O presente trabalho, aliás, consiste em uma tentativa de objetivar aspectos do *habitus* jurídico – inclusive o nosso. De fato, a partir do que registramos anteriormente sobre a forma como a presente pesquisa foi conduzida, fica evidente que ela não é uma pesquisa sociológica – ao menos não em sentido estrito – e não está vinculada a uma pesquisa empírica rigorosa, com observação, questionários e/ou entrevistas e análise de conteúdo etc.

Ainda assim, consideramos que a presente pesquisa se baseia na sociologia reflexiva porquanto, como dissemos, o que estamos avaliando é a forma como a historiografia é feita no (sub)campo jurídico-acadêmico, e sobretudo porque nossos pressupostos epistemológicos são os da sociologia reflexiva.

Vistos esses pressupostos, podemos explorar alguns conceitos chave da sociologia bourdieusiana – *campo*, *habitus*, *capital* e *illusio* –, os quais não podem ser instrumentalizados fora desses pressupostos teórico-

⁸No original: “What must be objectivized is not (only) the individual who does the research in her biographical idiosyncracy but the position she occupies in academic space and the biases implicated in the view she takes by virtue of being ‘off-sides’ or ‘out of the game’ (*hors jeu*).”

-epistemológicos que mencionamos brevemente. Temos falado, nas linhas anteriores, em *campo*, *campo jurídico*, *(sub)campo jurídico-acadêmico* etc., numa clara alusão à ideia de *campo* conforme teorizada por Bourdieu, que articula esse conceito para referir-se a um “[...] espaço de relações objetivas entre as posições definidas pela sua posição na distribuição de competências concorrentes ou espécies de capital [...]” (BOURDIEU, 1992, p. 114, tradução nossa)⁹.

Desse modo, o campo é possuidor de uma lógica própria, relativamente autônomo – irredutível à lógica que rege outros campos – e em seu interior ocorrem disputas pela apropriação de diferentes bens, e pela própria definição do valor desses bens¹⁰. Com base nisso, podemos pensar o espaço acadêmico jurídico, como constituído por relações objetivas e possuidor de uma lógica própria, levemente diferente de outros espaços universitários; e esse espaço jurídico acadêmico – cujo fetiche historiográfico criticaremos – é relativamente autônomo.

Assim, ainda que – em algumas instituições mais que em outras – conserve certa subalternidade em relação a outros campos, como o campo universitário (pensem nas regras referentes aos títulos acadêmicos) e o campo jurídico (aqui os efeitos do Exame da ordem nas faculdades talvez sejam um bom exemplo), parece razoável dizer que esse espaço universitário jurídico apresenta uma autonomia relativa que talvez nos autorize a pensar nele como um *campo* ou como um *subcampo*.

Como *(sub)campo*, esse espaço universitário jurídico é tipicamente escolástico¹¹, ou seja, um campo no qual predomina uma visão distanciada da realidade social. Essa visão, na mesma medida em que permite atuar sobre a referida realidade social, também representa um certo distanciamento e alienação. Esse distanciamento, que aliás está na origem e é uma das condições de autonomia dos campos escolásticos, é o que propicia que sejam feitas, no *(sub)campo jurídico-acadêmico*, apropriações e narrativas de fatos históricos que os demais cientistas sociais – em especial os historiadores – considerariam ingênuas.

⁹ No original: “[...] space of objective relations between positions defined by their rank in the distribution of competing powers or species of capital [...]”

¹⁰ “A noção de campo está aí para designar esse espaço relativamente autônomo, esse microcosmo dotado de suas leis próprias. Se, como o macrocosmo, ele é submetido a leis sociais, essas não são as mesmas. Se jamais escapa às imposições do macrocosmo, ele dispõe, com relação a este, de uma autonomia parcial mais ou menos acentuada” (BOURDIEU, 2004a, p. 20-21).

¹¹ A disposição escolástica – relacionada à liberdade e despreendimento em relação às urgências e vicissitudes da vida comum – é típica dos campos eruditos, como o campo acadêmico, o campo jurídico e, claro, o *(sub)campo acadêmico-jurídico*. Ela permite compreender, em grande parte, a propensão ao teórico e à abstração em detrimento da vida cotidiana e seus problemas. Sobre os campos escolásticos, ver *Meditações Pascalianas* (BOURDIEU, 2007).

Dissemos anteriormente que, no interior dos campos, os agentes disputam tanto a apropriação de diferentes bens, como a definição do valor desses bens. Aqui temos o momento adequado para pensar outros conceitos Bourdieusianos, tais como *capital*, *habitus* e *illusio*. Como sabemos, Bourdieu amplia o conceito de *capital*, que tradicionalmente é pensado apenas em sua forma econômica, para se referir à sua forma cultural, social, simbólica etc. Em poucas palavras, quando consideramos que os agentes disputam o *capital* – e a própria (re)definição do *capital* – dentro dos campos, podemos considerar que o *habitus* é o que os torna aptos à disputa e a *illusio* é o que os faz disputar apaixonadamente.

Melhor dizendo, quando consideramos o *habitus* como “sistema de esquemas adquiridos que funciona no nível prático como categorias de percepção e apreciação, ou como princípios de classificação e simultaneamente como princípios organizadores da ação” (BOURDIEU, 2004b, p. 26); podemos ilustrar o funcionamento do *habitus* recorrendo a Wacquant, que exemplifica com o jogador de futebol dotado de grande visão de campo, que, mesmo quando é surpreendido no calor da ação, é capaz de *intuir* os movimentos de seus companheiros de time e dos adversários e *atuar* de maneira *inspirada*, em detrimento da reflexão consciente e sistemática sobre seus atos (WACQUANT, 1992, p. 21).

Aproveitando a referência ao jogo, e parafraseando o próprio Bourdieu (2011), podemos dizer que a *illusio* pode ser compreendida como estar no jogo, envolvido, levando-o a sério e acreditando que vale a pena jogar. Ambos, *habitus* e *illusio*, operam mais numa dimensão subconsciente do que consciente, de forma que não temos como objetivar totalmente o nosso interesse de jogar em determinados campos em detrimento de outros assim como não racionalizamos totalmente nossas jogadas. A apresentação desses conceitos, ainda que

nessa forma sucinta e rudimentar, é necessária para que compreendamos o funcionamento do (sub)campo jurídico-acadêmico nessa sua prática, que são as *evoluções históricas*.

3. A historiografia equivocada e o problema da “evolução histórica”

Historiografia é um termo raramente usado pelos juristas, que desconhecem o rico debate que existe em torno do seu significado, um debate que se relaciona, em última análise, à própria História, enquanto campo científico. A palavra historiografia parece surgir para se referir à *história escrita*, às obras que registram a história. Nesse sentido, a história seria processo e a historiografia a descrição do processo.

Com o passar do tempo, entretanto, a historiografia vai ganhando novos sentidos. O fértil debate em torno da historiografia – e as questões epistemológicas e metodológicas envolvidas – se relacionam, aliás, ao fato de que a História é um campo que tem uma autonomia científica considerável, o que lhe permite ser uma área do conhecimento muito auto-reflexiva. Os historiadores estão sempre interessados nos limites de sua compreensão e no seu papel enquanto sujeitos e atores sociais¹².

Dito isso, embora não sejamos historiadores, queremos registrar que conhecemos os significados mais atuais da *historiografia* – e.g. *história da história*, *análise crítica do conhecimento histórico* etc. – mas, no presente trabalho, utilizamos o termo para nos referir à *escrita da história*¹³, tanto porque precisamos de uma palavra diferente de *história* como porque empregar a *historiografia* nesse sentido remete ao

¹² Uma consciência e uma reflexão que parecem faltar a muitos juristas.

¹³ Para um aprofundamento no interessante debate sobre os conceitos de *historiografia* e *história*, recomendamos os trabalhos de Malerba (2006) e Torres (1996).

contraste entre as formas como historiadores e juristas veem – e escrevem – a história, o que nos parece bastante oportuno. Com o perdão do trocadilho, queremos fazer uma análise crítica da forma acrítica como os juristas em geral tratam o conhecimento histórico.

Sobre essa forma, que nos remete ao *habitus* dos juristas, parece interessante lembrar as palavras de Luís Alberto Warat, para quem o problema da científicidade no Direito – assim como em outras áreas – ocasionou a rejeição das representações ideológicas e/ou metafísicas, como se o campo jurídico pudesse ser neutro, como se pudesse ser *puro*. Na realidade, quando esse racionalismo científico é apropriado pela práxis jurídica, todas as representações aparentemente rejeitadas continuam a manifestar-se. Mesmo tentando diferenciar o senso comum (a *doxa*), do conhecimento científico (a *episteme*):

“o conhecimento científico do direito termina sendo um acúmulo de opiniões valorativas e teóricas, que se manifestam de modo latente no discurso, aparentemente controlado pela *episteme*. Estamos diante do senso comum teórico dos juristas, que é um conhecimento constituído, também, por todas as regiões do saber, embora aparentemente, suprimidas pelo processo epistêmico” (WARAT, 1982, p. 50-51).

O senso comum teórico dos juristas consiste, para Warat, num conhecimento e num discurso acríticos, supostamente desinteressados, mas que na realidade legitimam uma série de práticas sociais. Na verdade, nenhum discurso é neutro, nenhum discurso provém do vácuo social, nem é nele proferido (COLARES, et al., 2008): mesmo que o nosso texto pudesse ser neutro, ele seria interpretado e valorado a partir das pré-compreensões do leitor/interlocutor. Mas, para nós juristas, isso nem sempre parece ficar claro e nosso senso comum teórico parece prevalecer.

“Metaforicamente, caracterizamos o senso comum teórico como a voz “off” do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais, podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam.

A grosso modo, podemos dizer que os hábitos semiológicos de referência encontram-se constituídos: por uma série móvel de conceitos, separados, estes últimos, das teorias que os produziram; por um arsenal de hipóteses vagas e, às vezes, contraditórias; por opiniões costumeiras; por premissas não explicitadas e vinculadas a valores; assim como, por metáforas e representações do mundo. *Todos estes elementos, apesar de sua falta de consistência, levam a uma uniformidade última de pontos de vista sobre o direito e suas atividades institucionais*” (WARAT, 1982, p. 54, grifo nosso).

O que Warat está criticando, na verdade, é em grande parte a *doxa* do campo jurídico que se projeta no (sub)campo jurídico-acadêmico – que não é totalmente autônomo. As crenças a que ele se refere permeiam o *habitus* dos juristas – não são, portanto, *ações inteiramente racionais* – e, como tal, contribuem significativamente para a reprodução do campo jurídico ao mesmo tempo em que são produzidas nesse campo. É a partir dessa matriz de percepção, apreciação e ação que os juristas compreendem e agem no mundo social, e se os cientistas do direito ainda hoje tentam justificar a científicidade do que fazem, isso se deve, em grande parte, à pouca autonomia que o (sub)campo jurídico-acadêmico apresenta em relação a outros campos¹⁴.

¹⁴ Sobre as possibilidades de uma *ciência do Direito*, concordamos com Bourdieu quando ele diz que “Uma ciência rigorosa do direito distingue-se daquilo a que se chama geralmente ‘a ciência jurídica’ pela razão de tomar esta última como objecto. Ao fazê-lo, ela evita, desde logo, a alternativa que domina o debate científico a respeito do direito, a do *formalismo*, que afirma a autonomia absoluta da forma jurídica em relação ao mundo social, e do

Como caminho para avançar em relação ao senso comum teórico, Warat propõe que começemos a buscar a compreensão do sistema de significações, e que abordemos a questão do poder social das significações proclamadas científicas. A sua proposta se vincula à defesa de um pensamento crítico, que não perceba as coisas como reificadas, naturalizadas, mas como algo que foi construído. Noutras palavras, deveríamos ser capazes de compreender o sentido político por trás das verdades que nos são apresentadas¹⁵.

Em muitos aspectos, a proposta de Warat lembra a da *Teoria Crítica*, em seu primeiro momento. A dualidade *entre senso comum teórico e pensamento crítico*, por exemplo, guarda certa analogia com os escritos seminais de Horkheimer (1975a; 1975b), quando ainda havia a crença nas possibilidades reais de emancipação – antes, portanto, da *Dialética do esclarecimento* (ADORNO; HORKHEIMER, 1985) –, na qual Adorno e Horkheimer reconhecem que, dentro do capitalismo administrado, as condições para a razão crítica e emancipadora se tornaram precárias.

Como, no texto em questão, Warat não faz referência aos *frankfurtianos* – ele praticamente não faz referências, aliás. Embora percebamos a proximidade das ideias, não temos como precisar se houve ou não influência direta, nem se ele teria reconhecido a aporia assumida conscientemente por Adorno e Horkheimer – a precariedade da crítica no capitalismo administrado, onde a razão instrumental é a única forma de racionalidade no capitalismo administrado – e como, a partir daí, ele proporia as possibilidades de desenvolvimento de um senso crítico no Direito.

Neste artigo, não nos estenderemos mais nas considerações epistemológicas ou na perspectiva do pensamento *crítico* – em oposição ao *tradicional* – e suas consequências, como discurso que não pretende apenas descrever de forma neutra, mas se propõe abertamente a reconstruir. Queremos apenas abordar um aspecto um tanto incômodo que permeia o discurso jurídico, que entendemos estar diretamente relacionado ao que Warat chama de senso comum teórico e que poderíamos chamar de *senso comum historiográfico dos juristas* ou até mesmo de *distorção historiográfica*, na medida em que é um discurso evolucionista seletivo, que exclui diversos fatos não condizentes com o que se quer defender.

Muitas doutrinas e manuais – e também teses, dissertações e artigos – jurídicos tentam legitimar seus argumentos por meio de uma pseudo-historiografia que se resume na conveniente apresentação, geralmente

¹⁵Ver Warat (1982, p. 50).

descontextualizada, de fatos supostamente históricos, como se eles fossem verdadeiros evidentes em si mesmos. Abordando especificamente as teses e dissertações jurídicas, Luciano Oliveira lembra que é frequente a presença de capítulos pretensamente historiográficos – e também filosóficos e sociológicos – sobre o tema do trabalho:

“Normalmente isso é apresentado como se se tratasse de uma perspectiva interdisciplinar. Mas termina sendo nada mais nada menos do que uma confusão. Aliás, talvez mais propriamente falando, freqüentemente sequer chega a se tratar de uma autêntica *confusão*, ou seja, a justaposição, num mesmo trabalho, de capítulos que pertenceriam a mais de uma ciência, pois o que muitas vezes aparece como tal resume-se a alguns lugares comuns extraídos daqui e dali – muitas vezes, repetindo o vez o já conhecido, de simples manuais – sem maior consistência. O que acontece com as habituais incursões históricas que via de regra antecedem a abordagem do tema no presente é, a esse respeito, exemplar. Seguramente a maioria dos trabalhos que tenho examinado não dispensa uma incursão desse tipo, muitas vezes apresentada sob a fórmula ‘Evolução Histórica do(a)...’, seguindo-se a menção ao objeto que está sendo examinado. É com freqüência que, nesse momento, surge a referência a uma antiga e, literalmente falando, mitológica legislação: o famoso Código de Hamurábi!” (OLIVEIRA, 2003, p. 31-311, grifo do autor).

Concordamos com Oliveira que, muitas vezes falta aos juristas o traquejo para abordar fatos históricos e concepções de outras ciências e, até mesmo, para utilizar adequadamente determinados referenciais teóricos. “Não se pode impunemente, por exemplo, num mesmo trabalho utilizar ao mesmo tempo Platão e Nietzsche, citando frases descontextualizadas, sem se estar consciente de que eles, como água e óleo, não se misturam” (OLIVEIRA, 2003, p. 317). A crítica de Oliveira não significa, evi-

dentemente, que não se possa recorrer a fatos históricos. E, da mesma forma que ele, não nos opomos ao recurso à história, à sociologia, à filosofia etc. O problema está no recurso acrítico, descontextualizado e, muitas vezes, feito de forma equivocada, como uma *caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças*, como diria Warat.

“Num trabalho sobre justiça tributária, seu autor, em não mais do que meia página, faz um percurso de milhares de anos que começa com os egípcios – ‘entre os quais já se falava em contribuição dos habitantes para com as despesas públicas de acordo com as possibilidades de cada um’ –, passa naturalmente pelo império romano e, no parágrafo seguinte, já está no Brasil da Constituição de 1988, a qual, obviamente, proclama todos os princípios de justiça tributária que os egípcios já intuía... No trabalho sobre a lesão nos contratos, já referido, o seu autor, discorrendo sobre a teoria da imprevisão, diz que ela já está bem delineada no Código de Hamurábi: ‘Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita...’ etc., etc.” (OLIVEIRA, 2003, p. 312).

Colocadas dessa forma, as *evoluções históricas* acabam prestando-se a naturalizar um determinado estado de coisas, como se ele fosse a única condição possível e não uma entre tantas, e como se esse estado de coisas não comportasse múltiplas interpretações, o que é ainda mais problemático se pensarmos que tais evoluções se referem a diferentes momentos e instituições, às vezes passando por milhares de anos, como bem observa Oliveira no fragmento transcrito.

Quando nos questionamos por que nós, juristas, tendemos a agir dessa forma, uma explicação é que não sabemos fazer pesquisa histórica, não sabemos agir de outra forma, mas não é apenas isso, os *habitus* dos juristas são moldados de tal forma que tendemos a nos tornar estatalistas. Quando pensamos no papel

que o Estado tem na unificação do mercado cultural – desnecessário discorrer sobre a unificação da língua, do ensino etc. – e em como ele fornece não apenas conteúdos em si, mas também molda a forma das estruturas mentais que os recebem (BOURDIEU, 2011, p. 105-106), fica fácil perceber que nós, juristas, especialmente treinados no *direito estatal*, temos a tendência de adotar o ponto de vista do Estado. Não se trata, portanto, de uma questão puramente consciente, mas das nossas estruturas de percepção, apreciação e ação, nossos *habitus* e nossa *illusio*, nossa forma *estatalizada* de pensar e agir e o gosto que sentimos ao agir de tal forma.

No plano consciente, se há algo que nos impele a agir dessa forma, provavelmente é o desejo de defender uma determinada tese e/ou de dar resposta a um determinado problema. Voltemos ao fragmento de Oliveira que citamos anteriormente. Se os egípcios já intuíam os princípios da justiça tributária, então as teses do autor do trabalho – provavelmente favoráveis à justiça tributária – só podem estar certas. Como demonstra Oliveira, a construção de uma evolução histórica é um artifício comum nos trabalhos jurídicos. O curioso é que nem os autores nem aqueles que avaliam os referidos trabalhos costumam perceber que isso pode muito bem pesar *contra* o trabalho. Ora, se os princípios de justiça tributária estão sedimentados desde os egípcios, qual a relevância de um trabalho sobre eles hoje em dia?

A mesma abordagem inadequada das evoluções históricas ocorre, evidentemente, quando se trata do tema que é o mote do presente trabalho, o *judicial review*, e questões conexas, como a supremacia da Constituição, o controle de constitucionalidade etc. É comum se partir da Grécia antiga, passar pela *Magna Carta*, pela Constituição dos EUA, chegar ao caso *Marbury v. Madison*, à Constituição austríaca de 1920 e à Constituição de 1988. Pronto. Eis a *evolução histórica*¹⁶ do controle de constitucionalidade. Alguns milhares de anos resumidos em poucas páginas ou parágrafos. As fontes? Qualquer autor que tenha dito o que se queira citar. O argumento de autoridade basta¹⁷.

Com algumas poucas modificações – alguns fatos a mais ou a menos, talvez um linguajar mais verborrágico – esse é o *modus operandi* presente no discurso da maioria das obras jurídicas, sobre os mais variados

¹⁶ “Evolução histórica”, aliás, é uma expressão largamente empregada no Direito, mas pouco presente nas demais ciências sociais e humanas, sobretudo na forma como é empregada no Direito, em que *evolução* significa algo como um *processo de desenvolvimento ou crescimento*.

¹⁷ Esse recurso acrítico ao argumento de autoridade é o que Stamford (2007, p. 337) chama de “*fofocas jurídicas*” ou “*reprodutividade irreflexiva* do argumento de autoridade no âmbito do Direito”.

temas. Quando pensamos no *judicial review* e sua dita *evolução*, somos estimulados a pensar que ele é uma realidade inevitável; é como se, desde a pré-história, estivéssemos destinados a ele e a evolução histórica apenas esclarece isso.

“Perguntar-se-ia: qual é o problema? A resposta é plural. Em primeiro lugar, é preciso observar que esse tipo de história – que, muito *grosso modo*, poderíamos classificar como pertencendo à linha do ‘evolucionismo’, onde as normas e valores do presente já existem em embrião no passado mais longínquo –, está, de um modo geral, em desuso entre os historiadores há bastante tempo. Vejam bem: não se trata de descartar inteiramente uma história desse tipo, mas advertir contra o seu uso inocente. O seu desuso atual, por exemplo, não significa necessariamente que esse tipo de história não possa ter lugar. O problema é que o jurista-autor – semelhantemente ao personagem de Molière que fazia prosa sem o saber – adota um viés evolucionista sem consciência do que está fazendo. Um evolucionismo, aliás, que em tudo se assemelha ao cumprimento de um simples ritual, pelo fato de essas incursões históricas não serem o fruto de uma pesquisa original, mas, via de regra, uma compilação de informações e autores os mais diversos e variados – muitas vezes colocados lado a lado sem um fio que os costure –, hauridos mais uma vez em manuais ou livros de divulgação, e não em literatura especializada e específica” (OLIVEIRA, 2003, p. 312, grifo do autor).

A verdade é que – com raras exceções – os juristas não sabem fazer historiografia; essas *evoluções históricas* que apresentamos são arremedos de uma história positivista, pré-*Escola dos Annales*¹⁸. Ignoramos como a história é *presentista*, ou seja, como o passado é apreendido através das *lentes* do presente, como os fatos históricos são percebidos a partir de ideias e interesses atuais¹⁹. E, ainda assim, essas *evoluções históricas* estão por toda a parte, nos artigos, dissertações, teses, manuais etc. Mas a que fim elas se prestam além de legitimar práticas atuais? Como já dissemos,

¹⁸ Referimo-nos ao movimento historiográfico iniciado a partir dos anos 20/30 do séc XX, constituído a partir – e em torno – da *Revue des Annales*, marcado pela interdisciplinaridade e pela incorporação dos métodos e fontes das demais ciências humanas e sociais à História.

¹⁹ Falamos no *presentismo* em alusão a autores como Conyers Read e Charles Beard, que se opuseram à concepção positivista de que o passado seria algo objetivo e imutável (SCHAFF, 1995). Nessa perspectiva, a questão do presentismo pode ser colocada em termos *hermenêuticos*, no sentido de que, conforme lembra Adam Schaff, na perspectiva do presentismo, no conhecimento e no discurso histórico o sujeito e o objeto agem um sobre o outro. Nessa perspectiva, se o conhecimento e o comprometimento do historiador são socialmente condicionados, se ele, o historiador, sempre tem um espírito de partido (SCHAFF, 1995, p. 105), o que poderíamos dizer do jurista que pretende fazer historiografia? No discurso jurídico, poucos apresentam a lucidez de um Nelson Saldanha, quando percebe que “o que se chama passado é um esquema que se ‘tem’ no presente, que se utiliza na vida espiritual presente. Mais, porque a relação de tal passado com o passante chamado presente é situada pelos interesses historiográficos e historiológicos. Interesses cujo tom e cuja direção são dados pela consciência do presente, que condiciona esquemas, conceitos, métodos, tudo com que se ‘faz’ história” (SALDANHA, 1967, p. 95-96).

na prática, quando fazemos essas evoluções históricas, estamos nos propondo a construir/legitimar uma determinada verdade – um *dogma*? – mas será que pelo menos refletimos sobre o que nosso discurso está legitimando²⁰?

Poderíamos continuar discorrendo numa perspectiva epistemológica sobre a forma como se tenta fazer historiografia no campo jurídico e o que se legitima com essa forma de articular o discurso jurídico, embora essa reflexão seja sempre válida, não vamos nos estender ainda mais nessas questões; em vez disso, apresentaremos algumas questões e reflexões sobre os lugares-comuns da evolução do *judicial review* e questões conexas, como o controle de constitucionalidade e uma breve revisão das origens do que hoje conhecemos por Constituição.

4. As supostas origens

Comecemos com os supostos antecedentes na antiguidade grega. É relativamente frequente a menção à *politeia* grega, como “ordem fundamental da comunidade, que regrava as relações entre governantes e governados, bem como as relações entre os órgãos políticos,” (CRUZ, 2004, p. 33) e daí a analogia com uma Constituição. Ainda na Grécia, há notícias de que em algumas *polis* existia diferença sensível entre *no-*

²⁰ Ainda a propósito de história e verdade, e sobre o que nós juristas legitimamos em nosso discurso, vale lembrar uma provocativa passagem de Foucault (2012, p. 51-52), na qual que ele diz que “a verdade não existe fora do poder ou sem poder (não é – não obstante um mito, de que seria necessário esclarecer a história e as funções – a recompensa dos espíritos livres, o filho das longas solidões, o privilégio daqueles que souberam se libertar). A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua ‘política geral’ de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro.”

moi e *psefisma*, sendo que os primeiros seriam dotados de maior rigidez, e em caso de conflito, prevaleciam sobre o segundo (POLETTI, 2000, p. 12; SEGADO, 2003).

Outros exemplos posteriores podem ser acrescentados, e essa perspectiva da existência de uma ordem normativa superior seria, aliás, quase uma constante histórica. Nesse sentido, Segado acrescenta a existência de instituições romanas, tais como a dupla magistratura, e, na Idade Média – para usar uma denominação eurocêntrica um tanto questionável – a superioridade da lei divina e do direito natural sobre o direito positivo²¹.

Ronaldo Poletti lembra que na Inglaterra, “as categorias do Direito Natural foram aplicadas para anular leis contrárias ao *common law*.” (POLETTI, 2000, p. 18, grifo do autor). A esse respeito, Vera Medeiros refere-se ao “paradoxo de ter dito controle nascido num sistema de Constituição não-escrita,” reconhecendo em seguida que “em um segundo momento de sua concreção e experiência, ele tenha se tornado a nota típica das Constituições escritas” (MEDEIROS, 2006, p. 40)²².

²¹ “(...) es lo cierto que la idea de la defensa de un determinado orden supremo es casi consustancial a la historia de la humanidad, y en ella podemos encontrar, lejanamente, algunos intentos de institucionalización en esta misma dirección. Tal podría ser el caso de los Eforos espartanos o del Aerópago y los Nomofilacos en la antigua Atenas, en donde también surgió la diferenciación entre las normas superiores (*Nomoi*) y los decretos ordinarios (*Psefismata*). Roma no sería ajena a esta preocupación, de lo que constituye buena prueba la existencia de instituciones tales como la doble magistratura, el Senado o el Tribunado en la época republicana. En la Edad Media nos encontramos con la superioridad de la ley divina y del Derecho natural sobre el Derecho positivo. Y la gran Escuela iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que va de Hugo Grotio a Jean Jacques Rousseau, sustentaría la existencia de derechos innatos, inmanentes al ser humano, intangibles e irrenunciables, o lo que es igual, la existencia de límites frente al *ius cogens* proveniente del mismo legislador” (SEGADO, 2003, p. 55-56, grifo do autor).

²² Tal paradoxo refere-se a um aspecto controvertido que queremos mencionar, ainda que brevemente, que é a corriqueira associação entre *Constituição escrita* e *Constituição rígida*. Poletti (2000, p. 1), por exemplo, menciona que “as Constituições escritas são presumidamente rígidas

Mas esses antecedentes são capazes de atestar que a defesa de uma ordem suprema é mesmo uma constante, e, principalmente, que em todos esses fatos estaria presente um antecedente histórico – algo como um antepassado – do que hoje compreendemos como Constituição? A resposta vai ser um sonoro “Depende”. Depende do que compreendemos como Constituição e qual o objetivo da nossa argumentação, se é apenas legitimar ou refletir criticamente sobre a ideia de Constituição.

Se adotamos o entendimento de que a *constituição política* de um Estado apresenta pelo menos duas dimensões (ou conceitos), a formal e a material, e que esta última se refere “ao conteúdo, mas tão somente ao conteúdo das determinações *mais importantes*, únicas merecedoras, segundo efeito dominante, de serem designadas rigorosamente como matéria *constitucional*” (BONAVIDES, 2004, p. 81, grifo do autor); fica realmente difícil precisar em que momento uma determinação dotada de um

enquanto as de fundamento consuetudinário refletem a maior flexibilidade possível”; essa associação não é inteiramente adequada. “A flexibilidade constitucional se faz possível tanto nas constituições costumeiras como nas constituições escritas. Erro, portanto, é cuidar que toda Constituição costumeira é flexível e toda Constituição escrita é rígida. A velha Constituição francesa anterior a 1789, assentada basicamente em normas consuetudinárias, continha costumes rígidos, como assinalam vários constitucionalistas (Burdeau, Vedel etc.). Citam especialmente o caso da anulação do testamento de Luís XIV, que alterava a lei de sucessão do trono e, fora feito pelo rei, sem audiência dos Estados Gerais, no exercício de uma função legislativa ordinária. Veio depois o testamento a ser cassado pelo Parlamento de Paris. Com esse ato comprovou ele a rigidez e superioridade do costume constitucional. A identificação descabida da Constituição flexível com a Constituição costumeira decorre sem dúvida do exemplo inglês, exemplo típico de uma Constituição flexível, na qual tanto a regra constitucional costumeira como a regra escrita são feitas e reformadas no Parlamento por idêntico processo aplicável à feitura e revogação de lei ordinária, ou seja, um processo de expressão da vontade parlamentar por maioria simples.” (Bonavides, 2004, p. 83-84). Sobre a Constituição costumeira inglesa, aliás, Polletti (2000) acaba pondo em xeque a associação entre as cartas escritas e a rigidez constitucional ao reconhecer que ela muda pouco, ao passo que a Constituição brasileira, traduzida em um texto pretensamente rígido, é emendada constantemente.

grau de fundamentalidade serviu de embasamento para a invalidação de uma lei formal.

Ainda nessa perspectiva material de Constituição, se concordarmos, com Lassalle, que inexistente Estado que não seja constitucional, ainda que sua Constituição não passe de uma estrutura mínima e rudimentar, então teremos de aceitar a possibilidade que sempre pode ter existido alguma forma de *controle dessa constitucionalidade material*, ou mesmo de julgamentos amparados em tal estrutura. Não há absolutamente nada de errado na perspectiva lassalleana. Mas essas estruturas rudimentares são realmente análogas à nossa ideia atual de Constituição?

Quando pensamos nas Constituições atuais, prolixas e *simbólicas*, essa analogia não é de todo sustentável. Os textos constitucionais atuais são muito mais complexos e, consequentemente, diferentes da *politeia* e dos *nomoi*, quanto os Estados atuais são diferentes das *pólis* gregas – que só com uma flexibilização considerável do conceito poderíamos chamar de *Estados soberanos*. A distinção tende a se acentuar ainda mais quando pensamos nos Tribunais que guardam as Constituições e nos complexos procedimentos de edição e alteração das normas constitucionais ou do *judicial review* atual.

O curioso é que parcela considerável dos juristas que adotam esse tipo de discurso e veem *nomoi* e *psefisma* como legítimos antepassados do controle de constitucionalidade provavelmente não desconhecem as imensas diferenças entre as *pólis* gregas e os Estados atuais. É provável até que muitos recusassem o *status* de Estado às referidas *pólis*. Ainda assim, eles (re)produzem evoluções históricas, seus *habitus* os levam a integrar a “caravana de ecos legitimadores” a que se referia Warat.

Voltando ao *judicial review* e questões conexas, percebemos que ficam, ainda, outras ques-

tões difíceis de serem respondidas: qual teria sido a primeira Constituição material e formalmente falando? a *Magna Charta* de 1215? algum outro documento mais recente? Esmein menciona o *Instrument of government* de Cromwell, que, em 1653, continha dispositivos que invalidavam as leis que fossem contrárias às suas disposições²³. Entretanto, embora considere Cromwell um pioneiro e chegue a dizer que o *Instrument of Government* é o protótipo da Constituição dos Estados Unidos, Esmein reconhece que sua iniciativa foi uma tentativa que não teve efeito algum²⁴.

Ora, se apenas em 1653 se esboçou efetivamente um protótipo de Constituição – formal e material – declaradamente superior às demais leis, e esse protótipo não surtiu efeito, será mesmo sustentável uma perspectiva evolucionista e presentista que vê na *politeia* grega um antepassado das Constituições atuais? A questão de ser ou não um antecedente histórico vai estar, mais uma vez, relacionada à interpretação e aos interesses do historiador. Isso não significa, evidentemente, que, sempre que faz uma *evolução histórica*, um jurista esteja *consciente e deliberadamente* construindo uma versão parcial e enviesada da história.

Esse, aliás, é um dos aspectos interessantes da noção de *habitus*: ela nos lembra que nossas ações não são totalmente conscientes e premeditadas. Retomando o exemplo de Wacquant sobre o jogador de futebol, que não calcula conscientemente todas as suas jogadas, e o que faz um bom jogador muitas vezes é a capacidade de (re)agir de forma praticamente automática; talvez um bom jurista seja feito, em grande parte, pela capacidade de, automaticamente, aceitar e reproduzir a *doxa* do campo. A capacidade de tomar partido sem saber ou declarar abertamente que está tomando partido.

Divergindo um pouco desse senso comum, achamos interessante a abordagem de Horst Dippel²⁵, em sua história do constitucionalismo moderno. Ele seleciona dez princípios que caracterizam o referido consti-

²³ Em termos de controle das leis por uma Corte, porém sem referência a uma Constituição formal, há também o *Consistorio* espanhol de que falaremos adiante.

²⁴ “Ce sont eux, en effet, qui ont eu la première Constitution écrite, nationale et limitative, qui ait fait son apparition dans le monde. Tel était certainement l'*Instrument of government* en quarante-deux articles que promulgua Cromwell le 16 décembre 1653; il contenait même des clauses (art. 24, 38) déclarant nulles les lois qui seraient contraires à ses dispositions. Mais ce fut une tentative vainue qui resta sans effet, et qui ne put interrompre même la tradition opposée. En cela, comme on la dit avec justesse, Cromwell était un précurseur: il traçait la voie constitutionnelle où devaient entrer les Anglo-Saxons d'Amérique, lorsqu'ils formèrent une grande nation indépendante: l'*Instrument of government* de Cromwell est le prototype de la Constitution des Etats-Unis” (ESMEIN, 1909, p. 515, grifo do autor). Ver, também, Bonavides (2004, p. 85-86).

²⁵ Para Dippel, os princípios que caracterizam o constitucionalismo moderno são: 1) soberania popular; 2) fundamentação da Constituição em princípios universais, 3) uma declaração de direitos; 4) governo representativo, ampliando a legitimidade e prevenindo a corrupção e o governo aristocrático; 5) supremacia da Constituição; 6) separação de poderes; 7) governo limitado; 8) a exigência de responsabilidade política e de um governo (dever

tucionalismo e identifica o documento em que todos eles se manifestaram: a *Declaração de Direitos da Virgínia de 1787*. Isso não significa, evidentemente, que a abordagem de Dippel seja imune a críticas ou discordâncias, apenas queremos dizer que essa abordagem nos parece mais lúcida e adequada do que – por exemplo – forçar uma interpretação no sentido de que os *nomoi* gregos seriam antecedentes de nossa atual Constituição.

De fato, temos alguma divergência em relação ao entendimento de Dippel, pois, mesmo que possamos considerar a Declaração da Virgínia como o antecedente do constitucionalismo moderno, ainda percebemos um diferencial no constitucionalismo posterior à Segunda Guerra mundial em relação ao constitucionalismo imediatamente posterior à independência estadunidense.

Quando pensamos no surgimento do controle de constitucionalidade nos EUA e na Áustria, percebemos uma forte preocupação com a forma federativa de Estado e o equilíbrio entre Estados-membros e União²⁶. A Constituição justificava-se, em grande parte, como estruturadora do Estado, disciplinadora das competências estatais, e, no pós-guerra, a justificativa – e o próprio controle de constitucionalidade – desloca-se, em grande parte para os direitos humanos. Ainda assim, é interessante que Dippel tenha objetivado o que ele entende por constitucionalismo moderno – o que facilita, aliás, as condições da nossa crítica à sua posição.

Nesse sentido, talvez se pudesse imaginar que a não objetivação pudesse funcionar como uma estratégia de imunização dos trabalhos às críticas; isso, entretanto, seria um duplo engano. Primeiro, porque a objetivação é uma condição do conhecimento científico; segundo, porque as críticas ou mesmo os eventuais erros não são exatamente prejudiciais ao trabalho e muito menos à ciência como um todo. As críticas – e o debate que delas decorre – contribuem para colocar o trabalho na *ordem do discurso*, e o erro, por sua vez, é o motor do desenvolvimento científico, não há verdade sem erro retificado (BACHELARD, 2004).

5. Sobre os antecedentes estadunidenses do *judicial review*: as controvérsias em torno do caso *Marbury*

Sobre o constitucionalismo estadunidense, temos, claro, o célebre caso *Marbury v. Madison*, referido em praticamente todos os manuais e trabalhos que abordam o *judicial review*, e que realmente é um marco

de prestar contas); 9) independência e imparcialidade judicial; 10) o direito das pessoas de reformar a Constituição e o governo (DIPPEL, 2005).

²⁶ Sobre as origens federalistas do controle de constitucionalidade, ver Santos (2011, p. 52-62).

significativo do controle de constitucionalidade, mas mesmo esse caso, mencionado em tantos trabalhos, apresenta alguns aspectos interessantes que nem sempre são lembrados, seja no que concerne ao seu contexto sociopolítico, a casos anteriores em que o *judicial review* foi exercido, ou, ainda, a críticas que ele recebeu.

Como sabemos, John Adams, o segundo presidente estadunidense, foi derrotado por Thomas Jefferson em 1800 e viu serem frustradas as suas pretensões à reeleição. Sabemos também que Adams, antes de deixar o cargo, legou um *testamento político* para Jefferson; nomeou vários correligionários para os cargos do Judiciário, e, dentre esses nomeados, estavam John Marshall para a Suprema Corte e Willian Marbury para o cargo de juiz de paz em Columbia. O documento que autorizava Marbury a assumir o cargo de juiz foi preparado e selado, mas não pôde ser entregue antes de Adams deixar o cargo. Ocorrida a sucessão presidencial, Jefferson ordenou ao então Secretário de Estado, James Madison, que não nomeasse Marbury.

Marbury, então, interpôs o *writ of mandamus* perante a Suprema Corte, exigindo a sua nomeação. E aqui surge um primeiro aspecto do caso que nem sempre é lembrado: o caso permaneceu dois anos sem ser julgado, o que alimentou a expectativa pública e a imprensa passou a questionar a omissão da Suprema Corte, especulando, inclusive, que caso a ordem fosse concedida, ela não seria cumprida pelo Executivo.

Coube a Marshall – que, como vimos, havia sido nomeado por Adams – julgar o caso, e, dentre as questões que ele enfrentou para decidir, três merecem destaque: 1) Marbury tinha o direito à nomeação? 2) as leis fundamentavam a pretensão de Marbury? 3) interpor o *writ of mandamus* perante a Suprema Corte era o remédio legal correto? Marshall respondeu afirmativamente às duas primeiras questões; para

resolver a terceira, entretanto, Marshall avaliou a própria lei do *mandamus* e a Constituição dos EUA, e concluiu que a lei em questão era inconstitucional:

“Assim, se uma lei está em oposição à Constituição, se ambas, a lei e a Constituição se aplicam a um caso concreto, então ou o Tribunal decide o caso de acordo com a lei, desconsiderando a Constituição, ou de acordo com a Constituição, desconsiderando a lei; o Tribunal deve determinar qual destas regras em conflito governa o caso. Esta é a própria essência do dever de julgar.

Se, então, os tribunais estão a considerar a Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Legislativo, a Constituição, e não tal ato ordinário, deve reger o caso concreto ao qual ambos se aplicam.

[...]

O poder judicial dos Estados Unidos se estende a todos os casos que surgem sob a Constituição” (U.S., 1803, tradução nossa)²⁷.

Como vemos, Marshall proferiu a decisão, reconhecendo o direito de Marbury e a ilegalidade da omissão de Madison, mas deixou de conceder a ordem em virtude da questão da inconstitucionalidade. Com isso, ele acabou não correndo o risco de ver a decisão ser desrespeitada pelo Executivo²⁸. Até aqui, excetuando a questão da demora para decidir, o resumo que

²⁷ No original: “So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply. [...] The judicial power of the United States is extended to all cases arising under the Constitution.”

²⁸ Sobre o caso, ver também Poletti (2000, p. 31-33); Grossman (2003). Para um didático resumo ilustrado (e em inglês), ver: <<http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/publiced/lawday/marbury.authcheckdam.pdf>>.

vimos é o que as obras jurídicas geralmente mostram, algumas trazem alguns detalhes a mais²⁹, mas a maioria apresenta apenas os fatos que trouxemos até agora – e algumas nem isso – o que, ao nosso ver, acaba negligenciando ao menos duas questões importantes: como repercutiu a decisão do caso *Marbury v. Madison*? Esse caso realmente foi o primeiro a realizar o *judicial review* de uma lei nos Estados Unidos?

Comecemos pela segunda pergunta. Em termos teóricos, no Federalista nº 78, Hamilton já havia estabelecido as bases para a competência do judiciário de declarar nulas as leis que contrariasse a Constituição, e mesmo na prática judicial, o caso *Marbury* não inaugura o *judicial review* nos Estados Unidos. Poletti menciona que, em 1780, o Judiciário de New Jersey declarou nula uma lei que contrariava a Constituição do Estado. Desde 1782, os juízes da Virgínia declaravam-se competentes para apreciar a constitucionalidade das leis; e em 1787 a Suprema Corte da Carolina do Norte “invalidou lei pelo fato de ela colidir com os artigos da confederação” (POLETTI, 2000, p. 25).

Maciel vai mais longe e lembra que “no Reino de Aragão (Espanha), no século 13, já existia um arremedo de jurisdição constitucional: uma corte, denominada *Consistorio*, presidida por um *justicia mayor* (veja a coincidência do título), encarregava-se de controlar as leis do reino” (MACIEL, 2006, p. 38-39, grifo do autor)³⁰.

²⁹ Alguns autores acrescentam curiosidades interessantes, como o fato de que Thomas Jefferson e John Adams morreram no mesmo dia, em 4 de julho de 1826, dia em que coincidentemente se comemoravam os 50 anos da independência estadunidense, que ambos, Adams e Jefferson ajudaram a construir, e que as últimas palavras de Adams teriam sido: “Independência para sempre” e “Thomas Jefferson sobrevive”, sem saber que o seu amigo e outrora adversário na corrida presidencial havia falecido horas antes. Curioso, aliás, que alguns autores se prendam a esses detalhes, mas omitam as críticas que o caso recebeu na época.

³⁰ Esse *Consistorio* é anterior, portanto, ao *Instrument of government* de Cromwell, mencionado por Esmein, a que nos referimos anteriormente. Em nossa pesquisa, en-

Maciel, menciona ainda que “Entre a Independência (1776) e a promulgação da Constituição (1787), vale dizer, antes de *Marbury* (1803), registra-se uma vintena de julgados judiciais declarando nulas leis contrárias às constituições dos Estados da então Confederação dos Estados Unidos da América.” E traz um fato no mínimo curioso ao mencionar que “Foi o que se deu com *Ware v. Hylton* (Virgínia), no qual John Marshall, como advogado, defendera tese contrária ao controle de leis pelo judiciário” (MACIEL, 2006, p. 39, grifo do autor).

Como vemos, há notícias de realização da revisão judicial das leis nas instâncias inferiores. Mas, se não foi o primeiro processo em que foi empregado o *judicial review*, o caso *Marbury* teria sido, ao menos, o primeiro apreciado pela Suprema Corte? A resposta também é negativa. No caso *Hylton v. United States*, a Suprema Corte apreciou a constitucionalidade de uma lei do Congresso, e com isso exerceu o *judicial review*, ainda que nesse caso a Corte não tenha não tenha derrubado a lei:

“A Suprema Corte, no entanto, manteve por unanimidade a lei, com juízes Iredell, Chase, e Patterson, cada um emitindo pareceres separados.

A atitude que os juízes tomaram reflete-se no parágrafo final do parecer do juiz Chase, que ele reservou explicitamente para a questão de saber se a Suprema Corte pode invalidar estatutos do Congresso e registrou que, se uma lei do Congresso deve ser invalidada, isso só pode ser feito ‘em um caso verdadeiramente claro’” (TREANOR, 2005, p. 542-543, tradução nossa)³¹.

tretanto, não encontramos referência segura ao parâmetro – seria algo ao menos próximo de uma Constituição formal? – empregado para controlar as leis, nem sobre a efetividade do referido Consistório.

³¹ No original: “The Supreme Court, however, unanimously upheld the statute, with Justices Iredell, Chase, and Paterson each issuing separate opinions. The attitude that the Justices took is reflected in the final paragraph of Chase’s

O caso *Marbury*, portanto, não foi o primeiro caso em que a Suprema Corte exerceu a *judicial review*. E o caso *Hylton* ainda tem o mérito de reconhecer a doutrina do “caso verdadeiramente claro”. A ela podemos relacionar a ideia de que a inconstitucionalidade só deve ser declarada quando for flagrante, o que revela a preocupação em proteger a autoridade do Legislativo – democraticamente eleito – e a presunção de constitucionalidade das leis. Ou seja, embora tenha sido o primeiro em que uma lei foi declarada inconstitucional nos EUA, o caso *Marbury* não é o primeiro em que a constitucionalidade de uma lei foi apreciada.

O que, então, justifica a popularidade do caso *Marbury*? Ela se deve, além da declaração de inconstitucionalidade, em grande parte à própria polêmica que o caso gerou; a expectativa causada pela demora da Suprema Corte em decidir, as especulações sobre o cumprimento da decisão pelo Executivo e, claro, após a decisão, a inegável sagacidade de Marshall, que reconheceu o direito mas declarou a inconstitucionalidade da lei e ajudou – de forma polêmica – a consolidar os argumentos favoráveis ao *judicial review*.

Além disso, houve – e ainda há – toda uma rede de discursos reproduzidos, nem sempre com objetivos claramente declarados, mas cujo efeito foi a consagração da referida decisão – que entrou, por assim dizer, na ordem do discurso – e, claro, a legitimação do Judiciário para declarar as leis inconstitucionais. Parafraseando muito livremente Bourdieu³² (1998), podemos dizer que esses discursos legitimadores do *judicial review* assumiram a capacidade de *agir como teoria*, e sua força parece residir na ampla aceitação que ela recebeu e, claro, na forma acrítica como os juristas lidam com os referidos discursos, integrantes da *doxa* do campo jurídico.

Isso se relaciona, aliás, à outra pergunta que formulamos acima, sobre a repercussão da decisão do caso *Marbury v. Madison*. Como os doutrinadores geralmente silenciam, acabamos tendo a impressão de que, após o caso *Marbury*, o controle de constitucionalidade se tornou uma prática comum nos Estados Unidos; mas na verdade as coisas não aconteceram dessa forma: a decisão foi considerada autoritária e criticada por muitos.

Entre os críticos da época, merece destaque o próprio Thomas Jefferson, em sua carta ao juiz William Johnson, em junho de 1823: “[...] este caso de *Marbury* e *Madison* é constantemente citado pela magistratura e pela ordem [dos advogados], como se fosse lei estabelecida; sem qualquer

opinion, where he explicitly reserved the question whether the Supreme Court can invalidate congressional statutes, and he announced that, if a congressional statute is to be invalidated, it can only be ‘in a very clear case’?

³² Enquanto escrevíamos essa passagem, recordamos análise que Bourdieu faz da produção e reprodução dos discursos tendentes a legitimar o neoliberalismo e a globalização. Em menor escala, mas de uma forma muito parecida, diversos discursos são legitimados no Direito e pelo Direito.

criticismo por ela ser meramente uma disserta-
ção *incidental* do Presidente da Suprema Corte”
(JEFFERSON, 1854, p. 296, grifo do autor,
tradução nossa)³³.

Adiante, na mesma carta, Jefferson deixa
claro que o intérprete da Constituição deveria
ser o povo, e que, diante da controvérsia sobre
quem deveria ter a prerrogativa de dar a última
palavra sobre o que diz a Constituição – uma
questão que aliás pode ser trazida à contem-
poraneidade: o Judiciário em suas decisões, ou
o Legislativo por meio das leis? – propõe que
essa última palavra seja do povo, aludindo à
possibilidade de reformar a Constituição:

“Mas o Presidente da Suprema Corte diz:
‘deve haver um árbitro final em algum lugar.’
Verdade deve haver; mas isso prova algum
poder? O árbitro final é o povo da União,
congregado por seus deputados em conven-
ção, mediante convocação do Congresso, ou
de dois terços dos Estados³⁴. Deixe o povo de-
cidir para quem ele quer dar a autoridade que
é reivindicada por dois de seus órgãos. E tem
sido a sabedoria peculiar e felicidade de nos-
sa Constituição, ter fornecido esse recurso
pacífico [para a decisão], quando em outras
isto é feito através da força” (JEFFERSON,
1854, p. 298, tradução nossa)³⁵.

³³ No original: “*Yet this case of Marbury and Madison is continually cited by bench and bar, as if it were settled law, with out any animadversion on its being merely an obiter dissertation of the Chief Justice.*”

³⁴ Interpretamos essa passagem como uma alusão ao Artigo V da Constituição dos EUA: “Sempre que dois terços dos membros de ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos Estados o pedirem, convocará uma convenção para propor emendas, que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por convenções reunidas para este fim em três quartos deles, propondo uma ou outra dessas maneiras de ratificação. Nenhuma emenda poderá, antes do ano 1808, afetar de qualquer forma as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, do Artigo I, e nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado” (U.S., 1787).

³⁵ No original: “*But the Chief Justice says, ‘there must be an ultimate arbiter somewhere.’ True, there must; but does*

Acreditamos que as críticas de Jefferson se
relacionam à sua própria concepção radical de
democracia³⁶. Jefferson deixou escritos em que
revelava uma profunda preocupação com a
questão da representação e dos compromissos
assumidos por uma determinada geração e
até que ponto eles poderiam *atar* as gerações
seguintes. Isso fez com que ele fosse um cons-
titucionalista um tanto contraditório, pois
chegou até a defender um *prazo de validade*
para as constituições, o que não deixa de ser
uma decorrência lógica da proibição de caráter
fundamental que consiste no princípio de que
nenhum pai pode *atar* seus filhos. Equivale a
dizer que, no entendimento de Jefferson, uma
vez que a geração que editou a Constituição
morresse, não haveria razões para que ela con-
tinuasse existindo³⁷.

Nessa perspectiva, nada seria mais razoável,
portanto, do que o surgimento de uma nova
geração trazer consigo a semente de uma nova
Carta Constitucional, Jefferson deixou isso claro
em sua carta a Samuel Kercheval de 1816, na
qual consignou o seu ponto de vista sobre as
gerações e suas leis:

that prove it is either party? The ultimate arbiter is the people of the Union, assembled by their deputies in convention, at the call of Congress, or of two-thirds of the States. Let them decide to which they mean to give an authority claimed by two of their organs. And it has been the peculiar wisdom and felicity of our constitution, to have provided this peaceable appeal, where that of other nations is at once to force”.

³⁶ Não nos referimos à democracia radical de Laclau e Mouffe (1987) – em alguns aspectos antecipada vários anos na obra de Paulo Freire –, embora fosse interessante um estudo refletindo as concepções de democracia e re-
presentação nos escritos de um Jefferson e um Paine com
ideias mais atuais, como as de Laclau e Mouffe.

³⁷ “Jefferson, como Paine, fue un constitucionalista tor-
nado. También lanzó un ataque implacable contra la idea
misma de un precompromiso constitucional. En septiembre
de 1789 (dos años antes de que Paine publicara *The Rights
of Man*), Jefferson escribió a Madison, enfrentándose a ‘la
pregunta de si una generación de hombres tiene el derecho
de mediatar a otra’. Y su respuesta fue un enfático no”
(HOLMES, 1999).

“De acordo com as tabelas europeias de mortalidade, dos adultos que vivem em qualquer momento do tempo, uma maioria vai estar morta em cerca de dezenove anos. Ao término desse período, então, uma nova maioria assume seu lugar, ou, em outras palavras, uma nova geração. Cada geração é tão independente de sua precedente, como de todas as que existiram antes. Tem então, como as precedentes, o direito de escolher para si a forma de governo que considere mais capaz de promover sua própria felicidade, consequentemente, para atender às circunstâncias em que se encontra, as quais foram recebidas de seus predecessores, e isto é para a paz e o bem da humanidade, que uma solene oportunidade de escolher sua forma de governos ocorra a cada dezenove ou vinte anos, mediante uma Constituição; assim é que poderá ser repassada, com reparos periódicos, de geração em geração, até ao final dos tempos, se algum ser humano puder resistir tanto tempo. Faz agora quarenta anos desde que a constituição da Virgínia foi editada. As mesmas tabelas nos informam que, dentro desse período, dois terços dos adultos que então viviam, agora jazem mortos. Teria então o terço restante, mesmo se quisesse, o direito de manter em obediência à sua vontade e às leis feitas por eles até agora, os outros dois terços, que, com eles, compõem a massa atual dos adultos? Se eles não têm, quem tem? Os mortos? Mas os mortos não têm direitos. Eles são nada, e o nada não pode possuir qualquer coisa. Onde não há substância não pode haver nenhuma contingência. Este globo tangível, e tudo sobre ele, pertencem ao atual corpo de habitantes, durante a sua geração. Eles sozinhos têm o direito de escolher a quais são suas preocupações, e declarar as leis neste sentido; e tal declaração somente pode ser feita pela sua maioria. Essa maioria, então, tem o direito de nomear representantes para uma convenção, e para tornar a Constituição o que eles acham que será o melhor para eles mesmos. Mas como coletar a sua voz? Esta é a verdadeira dificuldade. Se convidada pela autoridade privada, pelo município ou reuniões distritais, estas divisões são tão grandes que poucos estarão presentes, e sua voz será imperfeita, ou falsamente pronunciada” (JEFFERSON, 1829, p. 299-300, tradução nossa)³⁸.

³⁸ No original: “*By the European tables of mortality, of the adults living at any one moment of time, a majority will be dead in about nineteen years. At the end of that period, then, a new majority is come into place; or, in other words, a new generation. Each generation is as independent as the one preceding, as that was of all which had gone before. It has then, like them, a right to choose for itself the form of government it believes most promotive of its own happiness; consequently, to accommodate to the circumstances in which it finds itself, that received from its predecessors; and it is for the peace and good of mankind, that a solemn opportunity of doing this every nineteen or twenty years, should be provided by the constitution; so that it may be handed on, with periodical repairs, from generation to generation, to the end of time, if anything human can so long endure. It is now forty years since the constitution of Virginia was formed. The same tables inform us, that, within that period, two-thirds of the adults then living are now dead. Have then the remaining third, even if they had the wish, the right to hold in obedience to their will, and to laws heretofore made by them, the other two-thirds, who, with themselves, compose the present mass of adults? If they have not, who has? The dead? But the dead have no rights. They are nothing; and nothing cannot own something. Where there is no substance, there can be no accident. This corporeal globe, and everything upon it, belong to its present corporeal inhabitants, during their generation. They alone have a right to direct what is the concern of themselves alone, and to declare the law of that direction; and this declaration can only be made by their majority. That majority, then, has a right to depute representatives to a convention, and to make the constitution what they think will be the best for themselves. But how collect their voice? This is the real difficulty. If*

Como se vê, Jefferson era a favor da realização de *plebiscitos* periódicos, a fim de determinar a forma de governo e editar novas Constituições, como forma de libertar o presente do passado, assegurando assim a autonomia de cada geração; o que equivale a dizer que na opinião dele as leis, por mais fundamentais que fossem, teriam um prazo de validade, a ser determinado pela vida da geração que as editou³⁹.

Parece-nos que essa preocupação de Jefferson com a democracia e a representatividade, que acabam se relacionando à relativização da própria fundamentalidade e perenidade da Constituição, se refletia nas suas preocupações com o *judicial review* e marcavam os excelentes argumentos que ele apresentou contra a revisão dos atos do legislativo pelo judiciário e com o que o próprio judiciário poderia se tornar se possuísse o poder de controlar os demais poderes. Sobre isso, destacamos um fragmento da sua carta para William Charles Jarvis de 28 de setembro de 1820:

“Eu lhe agradeço, Senhor, pela cópia de seu *Republican*⁴⁰ que você foi tão amável em me enviar [...]. Você parece, nas páginas 84 e 148, considerar os juízes como os árbitros definitivos de todas as questões constitucionais; uma doutrina que é muito perigosa e que nos coloca sob o despotismo de uma oligarquia. Nossos juízes são tão honestos como os outros homens, e não mais. Eles têm, como todos os outros, as mesmas paixões por cerimônias, pelo poder, e o privilégio de sua corporação. Seu lema é ‘*boni judicis est ampliare jurisdictionem*’, e seu poder o mais perigoso pois eles estão no ofício por toda a vida, e não são responsabilizados, como os outros funcionários são, pelo controle eletrivo. A Constituição não erigiu um tribunal único, sabendo que a quaisquer mãos que lhe confiasse, com as corrupções do tempo e das cerimônias, seus membros se tornariam despotas. É mais sábio fazer todos os departamentos co-iguais e co-soberanos entre si” (JEFFERSON, 1854, p. 177-178, grifo do autor, tradução nossa)⁴¹.

invited by private authority, or county or district meetings, these divisions are so large that few will attend; and their voice will be imperfectly, or falsely pronounced”.

Essa passagem final, sobre a representação – how to collect their voice? – foi o que nos sugeriu um estudo comparando os escritos de Jefferson com ideias contemporâneas sobre a questão da representação.

³⁹ Para outras reflexões sobre a questão do pré-compromisso e o paradoxo da democracia, ver Holmes (1999).

⁴⁰ Jefferson se refere ao livro de Jarvis, intitulado “*The Republican: or, a series of essays on the principles and policy of free states*” (JARVIS, 1820).

⁴¹ No original: “*I thank you, Sir, for the copy of your Republican which you have been so kind as to send me [...]. You seem, in pages 84 and 148, to consider the judges as the ultimate arbiters of all constitutional questions; a very dangerous doctrine indeed, and one which would place us under the despotism of an oligarchy. Our judges are as honest as other men, and not more so. They have, with others, the same passions for party, for power, and the privilege of their corps. Their maxim is ‘*boni judicis est ampliare jurisdictionem*’, and their power the more dangerous as they are in office for life, and not responsible, as the other functionaries are, to the elective control. The Constitution has erected no such single tribunal, knowing that to whatever hands confided, with the corruptions of time and party, its members would become despots. It has more wisely made all the departments co-equal and co-sovereign within themselves”.*

A crítica de Jefferson, incrivelmente atual, demonstra um dos pontos mais sensíveis do *judicial review*: os magistrados não necessariamente são melhores ou mais legítimos do que os representantes dos demais Poderes e sua atuação não pode, em hipótese alguma, sobrepujar o Legislativo e o Executivo, que, em termos de procedimento para a escolha dos seus membros, são democráticos, enquanto os membros do Judiciário não são escolhidos e responsabilizados pelos cidadãos por meio do voto.

Quando dizemos que a crítica de Jefferson é atual, não queremos dar a entender que seu discurso é neutro, o que seria impossível, porque não existe discurso neutro e, no caso dele, especificamente, sua crítica não deixa de estar se referindo a uma decisão de um adversário político. Mas sempre é válido advertir: a decisão de Marshall também não é neutra. Vale lembrar que ele foi nomeado por Adams e, no passado, o mesmo Marshall havia advogado contra o *judicial review*.

De qualquer forma, se o caso *Marbury* sempre é lembrado nos estudos sobre o *judicial review*, a crítica de Jefferson também deveria sê-lo, sobretudo no que ela possa permanecer aplicável às cortes constitucionais atuais. A reflexão sobre essa aplicabilidade, aliás, pressupõe uma crítica que não percebemos no senso comum historiográfico distorcido dos juristas. Esta parece ser uma forma mais adequada e interessante de abordar a história em trabalhos jurídicos do que simplesmente reproduzir *evoluções históricas* nem sempre coerentes em si mesmas. Não parece ser, entretanto, a forma mais compatível com a doxa do campo.

Retomando o caso *Marbury*, vimos que ele recebeu diversas críticas de Jefferson, em sua defesa da democracia, mas isso nos deixa uma questão: como o Judiciário recebeu a decisão de Marshall? A omissão dos estudos jurídicos dá a entender – intencionalmente? – que a decisão

em questão foi bem recebida, mas a realidade não foi bem essa. É interessante notar que mesmo no Judiciário a decisão do caso *Marbury* foi questionada e criticada. Exemplo disso é o caso *Eakin v. Raub*:

“Embora hoje o poder de revisão judicial seja aceito incontestavelmente, nem sempre foi dessa forma. De fato, após a decisão do Tribunal de *Marbury* eminentes líderes tais como Thomas Jefferson, Andrew Jackson, e Abraham Lincoln expressaram dúvidas sobre a validade da revisão judicial e da competência dos tribunais para anular atos legislativos. Em 1825 a Suprema Corte da Pensilvânia, em *Eakin versus Raub*, aceitou a posição do juiz Marshall no caso *Marbury* aplicando ao poder dos tribunais estaduais para declarar atos legislativos como transgressores da Constituição do Estado.

Os fatos do caso *Eakin* e sua questão principal, são relativamente desinteressantes e pouco importam ao presente caso. Além disso, o parecer do Chefe de Justiça Tilghman, aceitando o ponto de vista do *Chief Justice* Marshall sobre a revisão judicial, pouco acrescenta ao suporte histórico para o poder de fiscalização judicial. Muito mais importante, no entanto, foi a opinião divergente do *Justice* John Gibson, que é amplamente considerada como o ataque mais efetivo sobre a opinião de Marshall no caso *Marbury* e sua teoria da revisão judicial. Num parecer muitas vezes citado pelos opositores da teoria da revisão judicial, Gibson tentou, e em muitos aspectos conseguiu, oferecer uma refutação ponto por ponto da decisão de Marshall” (EAKIN V. RAUB, s.d., tradução nossa)⁴².

⁴²No original: “While today the power of judicial review is accepted unquestioningly, such was not always the case. Indeed, after the Court’s decision in *Marbury* such eminent leaders as Thomas Jefferson, Andrew Jackson, and Abraham Lincoln all expressed doubt about the validity of judicial review and the power of the courts to declare legislative acts void. In 1825, the Pennsylvania Supreme Court, in *Eakin v. Raub*, accepted Justice Marshall’s position in *Marbury* as applied to the power of the state courts to declare legislative acts transgressing the state constitution void.

The facts of Eakin, and the ultimate issue in that case from the parties’ perspectives, are relatively uninteresting

Na ocasião, Gibson afirmou que, se o *judicial review* coubesse à magistratura, ele caberia também a todos os outros órgãos que igualmente juraram guardar a Constituição. Mesmo na Suprema Corte, o emprego do controle de constitucionalidade não se estabilizou imediatamente – e ainda hoje questões referentes à mutação/atualização do texto constitucional e limites dos magistrados são debatidas. Nesse sentido, é importante lembrar que a própria Suprema Corte levou meio século – isso mesmo, 50 anos – até declarar um ato do Congresso inconstitucional novamente, o que aconteceu no caso *Dred Scott v. Sandford*⁴³.

Vemos, portanto, que nem no âmbito do Judiciário a recepção do *judicial review* foi ampla e isenta de críticas. Há, por fim, pelo menos um último ponto, se não de equívoco ao menos de exagero sobre o caso *Marbury*, que é tentar atribuir-lhe a intenção de interpretar extensiva ou analogicamente a Constituição, o que implicaria a proposição de que os juízes exerçeriam um papel próximo ao do Legislativo: reescrevendo as leis mediante sua interpretação. Vimos que Marshall foi sagaz e ousado em sua decisão, mas, verdade seja dita, não tanto a ponto de criar algo dessa natureza⁴⁴.

and of little import. Furthermore, the opinion of Chief Justice Tilghman, accepting Chief Justice Marshall's view of judicial review, adds little to the historical support for the power of judicial review. Much more important, however, was the dissenting opinion of Justice John Gibson, which is widely regarded as the most effective attack on Chief Justice Marshall's Marbury opinion and his theory of judicial review ever authored. In an opinion often cited by opponents of the theory of judicial review, Justice Gibson attempted, and in many respects succeeded, to offer a point-by-point refutation of Marshall's decision".

⁴³ Ver Menez; Vile (2004, p. 125). Os autores registram que o caso *Marbury* estabeleceu o *judicial review*, tese com a qual não concordamos.

⁴⁴ Mas isso é tema para outro estudo, que vise a analisar minuciosamente o conteúdo do caso *Marbury*, e não para o presente, que aborda apenas o seu tratamento historiográfico.

6. Considerações finais

Iniciamos o presente ensaio refletindo sobre a questão do dogmatismo no direito e apresentamos alguns pressupostos, teóricos e epistemológicos, da sociologia reflexiva e relacional de Bourdieu, os quais nos acompanharam ao longo de todo o trabalho. Em seguida, dialogamos com Warat e Luciano Oliveira, a fim de (re)construir a crítica à *doxa jurídica*, especialmente no que concerne à forma como os juristas veem a história e pretendem fazer historiografia – ainda que desconheçam o que esta significa – a nossa crítica incidiu, portanto, sobre as evoluções históricas.

Terminada essa etapa preliminar, pudemos começar a abordagem do mote do presente trabalho, mencionando a suposta evolução histórica do *judicial review*, iniciamos apresentando os lugares-comuns, presente em grande parte das obras jurídicas e apresentamos alguns questionamentos aos supostos antecedentes do *judicial review* e de algumas questões conexas, com isso acreditamos ter contribuído para uma reflexão sobre a como a historiografia – *positivista, evolucionista, pré-Escola dos Annales* – do campo jurídico é desenvolvida.

Vimos que essa forma de agir, que em parte pode ser uma decorrência do desconhecimento dos juristas de como fazer pesquisa histórica, pode não ser inteiramente consciente; ou seja, trata-se de um modo de ação relacionado aos *habitus* dos juristas e à própria estrutura do (sub) campo jurídico-acadêmico e o fato de que este baseia suas práticas e conteúdos pedagógicos quase que exclusivamente no direito estatal. Vale observar que a eventual brevidade dos nossos questionamentos e críticas, por um lado, mostra a forma superficial e inadequada como se faz historiografia no Direito, já que não precisamos de muitas páginas para demonstrar os problemas; e, por outro, mostra também que, como juristas, não estamos isentos da crítica que fazemos.

Em seguida, adentramos propriamente o mote do trabalho, o constitucionalismo estadunidense e o célebre caso *Marbury v. Madison*. Vimos o contexto do seu julgamento e procuramos trazer alguns aspectos interessantes que nem sempre são lembrados – desde o fato de que não foi o primeiro caso nos EUA em que uma lei foi declarada inconstitucional, já que as Cortes estaduais já o faziam, passando pelo fato de que não foi o primeiro caso na Suprema Corte em que o *judicial review* foi exercido (este foi o caso *Hylton v. United States*) e pelas críticas que o caso *Marbury* recebeu.

Entre essas críticas, mencionamos o caso *Eakin v. Raub*, no qual John Gibson refuta a doutrina inaugurada por Marshall e as críticas de Thomas Jefferson ao Judiciário enquanto intérprete último da Constituição. Vimos, aliás, que as críticas de Jefferson podem ser atuais e aplicáveis às Cortes constitucionais contemporâneas. Nesse particular, reside a nossa concepção de como a historiografia jurídica poderia oferecer mais do que a mera *evolução histórica* acrítica, os fatos históricos devem ser vistos com criticidade e, com isso, a história pode fornecer um aporte crítico para o pensamento jurídico atual.

Acreditamos que o presente trabalho mostra, portanto, como diversos fatos e perspectivas relacionadas ao *judicial review* são omitidos quando o surgimento do mesmo é abordado nas obras jurídicas. Essa omissão, além de negligenciar os referidos fatos, ao apresentar, de forma *presentista*, uma determinada versão e negar – ainda que implicitamente – outras versões, acaba naturalizando um determinado estado de coisas, como se ele fosse a única condição possível. O que, vale repetir, nem sempre é feito de forma consciente. Para encerrar, esperamos que o presente trabalho tenha abordado satisfatoriamente a objetivação e desvelamento desse modo de agir do (sub)campo jurídico-acadêmico e, quem sabe, possa dar alguma contribuição para uma verdadeira historiografia no Direito.

Referências

- ADORNO, Theodor W; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.
- BACHELARD, Gaston. O novo espírito científico. In: BERGSON, Henri; BACHELARD, Gaston. *Os pensadores*. São paulo: Abril Cultural, 1979.
- _____. *Ensaio sobre o conhecimento aproximado*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BOURDIEU, Pierre. The purpose of reflexive sociology (the Chicago workshop). In: BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loïc. *An Invitation to Reflexive Sociology*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992. p. 61-215.

- _____. *Contrafogos*: táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- _____. *Os usos sociais da ciência*: por uma sociologia clínica do campo científico. São Paulo: Unesp, 2004a.
- _____. *Coisas ditas*. São Paulo: Brasiliense, 2004b.
- _____. *Meditações pascalianas*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- _____. *Razões práticas*: sobre a teoria da ação. Campinas: Papirus, 2011.
- _____. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. *Ofício de sociólogo*: metodologia da pesquisa na sociologia. Petrópolis: Vozes, 2007.
- BOURDIEU, Pierre; BOLTANSKI, Luc. *La producción de la ideología dominante*. Buenos Aires, Nueva Visión, 2009.
- BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. *A reprodução*: elementos para uma teoria do sistema de ensino. Petrópolis: Vozes, 2011.
- CARRIÓN, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.
- COLARES, Virgínia et al. Buracos do Recife: estudo de uma decisão judicial. *Revista Latinoamericana de Estudios del Discurso*, Caracas, v. 8, p. 25-44, 2008.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno*: introducción a una historia que necesita ser escrita. *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, Madrid, n. 6, p. 181-199, set./2005.
- EAKIN V. RAUB: Significance. *Law Library*, s.d. Disponível em: <<http://law.jrank.org/pages/25192/Eakin-v-Raub-Significance.html>>. Acesso em: 13 jan. 2015.
- ESMEIN, Adhémar. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. Paris: Librairie de la Société du Recueil J.B. Sirey et du Journal du Palais, 1909. Disponível em: <<http://archive.org/details/lmentsdedroitco02esmegoo>>. Acesso em: 13 jan. 2015.
- GROSSMAN, Joel. The 200th Anniversary of *Marbury v. Madison*: The Reasons We Should Still Care About the Decision, and The Lingering Questions It Left Behind. *FindLaw*, 24 feb. 2003. Disponível em: <http://writ.news.findlaw.com/commentary/20030224_grossman.html>. Acesso em: 13 jan. 2015.
- HOLMES, Stephen. El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. Disponível em: <<http://cablemodem.fibertel.com.ar/seminario/up/holmes.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2015.
- HORKHEIMER, Max. Filosofia e teoria crítica. In: BENJAMIN, Walter et al. *Os pensadores*: textos escolhidos. São Paulo: Abril Cultural, 1975a. p. 125-162.
- _____. Teoria tradicional e teoria crítica. In: ADORNO, Theodor W; BENJAMIN, Walter; HABERMAS, Jürgen; HORKHEIMER, Max. *Textos escolhidos*. Organização de Zeljko Loparic, Otilia Fiori. São Paulo: Abril Cultural, 1975b. p. 163-169. (Os pensadores).
- JARVIS, William Charles. *The Republican*: or, a series of essays on the principles and policy of free states. Pittsfield: Phineas Allen, 1820. Disponível em: <<http://archive.org/details/republicanseri00jarr>>. Acesso em: 2 jun. 2013.
- JEFFERSON, Thomas. *Memoirs, correspondence and private papers of Thomas Jefferson*. London: Colburn & Bentley, 1829. v. 4. Disponível em <<https://play.google.com/store/books/details?id=gfk5AAAAAcAAJ&rdid=book-gfk5AAAAAcAAJ&rdot=1>>. Acesso em: 13 jan. 2015.
- _____. *The writings of Thomas Jefferson*: being his autobiography, correspondence, reports, messages, addresses, and other writings, official and private. Washington: Taylor & Maury, 1854. v. 7. Disponível em: <https://play.google.com/store/books/details?id=1mI_FAAAAQAAJ&rdid=book-1mI_FAAAAQAAJ&rdot=1>. Acesso em: 13 jan. 2015.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonía y estrategia socialista: hacia una radicalización de la democracia*. Madrid: Siglo XXI, 1987.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. É apropriado falar-se em uma “Dogmática jurídica”? *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, v. 9, p. 158-186, 2008. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/103/93>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília v. 43 n. 172, p. 37-44, out./dez. 2006.

MALERBA, Jurandir (Org.). *A história escrita: teoria e história da historiografia*. São Paulo: Contexto, 2006.

MENEZ, Joseph Francis; VILE, John R. *Summaries of leading cases on the Constitution*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2004.

MEDEIROS, Vera Maria Alécio Brasil. *Da jurisdição constitucional: uma análise da concretização dos direitos fundamentais à luz da hermenêutica constitucional*. 2006. 227 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Natal, 2006.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale no Código de Hamurábi!: a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, Recife, v. 13, p. 299-330, 2003.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SALDANHA, Nelson Nogueira. Consciência histórica. *Revista Symposium*, Recife, v. 9, n. 2, p. 81-96, jul./dez. 1967.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2011.

SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescencia de la bipolaridad “modelo americano-módelo europeo kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa. *Direito Público*, v. 1, n. 2, p. 55-82, out./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/497/493>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

SCHAFF, Adam. *História e verdade*. São Paulo, Martins Fontes, 1995.

SANTORO, Marco. Putting Bourdieu in the global field. *Sociologica: Italian journal of sociology* on-line, Bologna, n. 2. 2008. [Doi: 10.2383/27719]. Disponível em: <<http://www.sociologica.mulino.it/journal/articlefulltext/index/Article/Journal:ARTICLE:247>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

STAMFORD, Artur. Sociologia da decisão jurídica: pesquisa qualitativa sobre a semântica da comunidade jurídica. In: _____. (Org.). *Sociologia do direito: na prática da teoria*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 303-346.

TORRES, Luiz Henrique. O conceito de história e historiografia. *Biblos*, Rio Grande, v. 8, p. 53-59, 1996.

TREANOR, William Michael. Judicial Review before Marbury. *Stanford Law Review*. v. 58, n. 2, p. 455-562, nov. 2005. Disponível em <<http://www.stanfordlawreview.org/sites/default/files/articles/treanor.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

UNITED STATES. Supreme Court. *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137. 1803. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

UNITED STATES. Constituição dos Estados Unidos da América. [1787]. *Brazilian Translated*, Texas, 2 ago. 1994. Disponível em: <<http://www.braziliantranslated.com/euac01.html>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

WACQUANT, Loïc. Toward a social praxeology: the structure and logic of Bourdieu's sociology. In: BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loïc. *An Invitation to Reflexive Sociology*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992. p. 1-59.

WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Sequência*, Florianópolis, v. 3 n. 5, p. 48-57, 1982. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios

ANDRÉ SADDY

RODRIGO AZEVEDO GRECO

Sumário

Introdução. 1. Administração consensual, de resultado e *soft-regulation*. 2. Espécies de acordos substitutivos/suspensivos em procedimentos sancionatórios regulatórios. 3. Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e Medida Reparadora de Conduta (MRC) nas agências reguladoras federais. 4. Legalidade das previsões regulamentares instituidoras dos TACs e das MRCs. 5. Natureza jurídica dos TACs. 6. Âmbito de abrangência e limite temporal para a celebração dos TACs. 7. Ônus e vantagens na celebração dos TACs. 8. Descumprimento dos TACs. 9. Valor dos TACs. 10. Prazo máximo para a vigência dos TACs. 11. Confissão das infrações. 12. Alteração das condições pactuadas nos TACs durante a sua vigência. Conclusões.

André Saddy
é doutor pela
Facultad de Derecho
da Universidad
Complutense de
Madrid. Mestre pela
Faculdade de Direito
da Universidade de
Lisboa. Pós-graduado
pela Faculdade de
Direito da Universidade
de Coimbra. Diretor-
Presidente do Centro
para Estudos Empírico-
Jurídicos. Professor da
Universidade Federal
Fluminense.

Rodrigo Azevedo
Greco é graduado
e mestre pela
Universidade de São
Paulo.

Introdução

A grande maioria das legislações setoriais das mais diversas atividades econômicas estabelece, como espécies punitivas, a advertência, a multa, a suspensão temporária, a caducidade e a declaração de inidoneidade. Atrelada a tais normas, tem-se a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e que determina, em seu art. 68, que as sanções a serem aplicadas por autoridade competente terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurando, sempre, o direito de defesa.

Por tal motivo, geralmente, são consagradas, nos regulamentos administrativos de aplicações de sanções administrativas, imposições aos

infratores como a advertência, a multa, a suspensão temporária, a caducidade, a declaração de inidoneidade, obrigação de fazer e obrigação de não fazer, sem prejuízo das medidas previstas na legislação consumerista, nos regulamentos que assinalam os direitos dos usuários e das sanções de natureza civil e penal.

Tais sanções são, portanto, comutáveis. Dessa forma, com base na discricionariedade de escolha, observa-se a possibilidade de as diversas entidades reguladoras optarem por quaisquer dessas sanções previstas. E isso significa que, enquanto o procedimento sancionador não estiver encerrado na esfera administrativa – ou seja, enquanto não for julgado eventual pedido de reconsideração ou recurso hierárquico –, o órgão competente pode, com base exclusivamente no seu poder ordenador/limitador, converter, por exemplo, as multas aplicadas em obrigações de fazer e não fazer, caso, em um juízo de oportunidade e conveniência, as agências reguladoras verifiquem que essa conversão será mais adequada ao atendimento do interesse público.

Logo, se as agências detêm competência para, de forma unilateral e impositiva, converter a multa em obrigação de fazer ou não fazer, enquanto não encerrado o procedimento sancionador na esfera administrativa, parece evidente que ela poderia fazer tal conversão de forma consensual e negociada com o particular.

Infere-se, dessa forma, que disparado o procedimento administrativo sancionador e garantidos o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, há duas possibilidades: caso se verifique que as infrações são verídicas, poder-se-á impor a sanção de polícia, motivada e proporcional à gravidade da falta, compelindo o infrator à prática de atos corretivos ou dissuadindo-o de persistir no cometimento da infração administrativa; ou, então, pode-se deixar de aplicar a sanção, pela celebração de acordos substitutivos/suspensivos, por meio de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), segundo o que melhor atenda ao interesse público.

Ocorre, todavia, que nem todas as leis setoriais no Brasil têm expressa previsão do uso de tais instrumentos pelas agências reguladoras. Dessa forma, com o fito de demonstrar a realidade de tais instrumentos no cenário brasileiro, analisaram-se as dez principais e mais conhecidas agências reguladoras em âmbito federal: Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e Agência Nacional de Águas (ANA).

Identificaram-se, então, três situações distintas: (I) casos em que a legislação setorial estabelece expressamente a possibilidade de TAC pelas agências reguladoras; (II) casos em que a legislação setorial não estabelece tal possibilidade, mas normas regulamentares autorizam a negociação, caso a caso, para superar as infrações definidas no plano infralegal; e III) casos em que não existe previsão na legislação, nem resolução normativa a respeito.

Em consonância com esse cenário e com o objetivo de realizar um estudo essencialmente empírico sobre a temática, o estudo inicia-se com a análise das concepções estabelecidas pela doutrina quanto ao conceito de TAC e suas principais características, para, em seguida, tratar dos questionamentos levantados sobre a legalidade de tais previsões regulamentares prescrevendo a possibilidade de celebração de acordos substitutivos/suspensivos na ausência de um comando legal expresso.

Na continuidade, além de individuar a diferença entre TAC e Medidas Reparadoras de Conduta (MRC), é estabelecida a natureza jurídica desses instrumentos regulatórios evidenciando a problemática em torno da questão substitutiva ou supressiva desses acordos em cada uma das agências reguladoras analisadas.

Na sequência, focalizam-se aspectos mais específicos dos TACs, como o limite temporal para a sua realização, os ônus e vantagens na sua celebração, as consequências do seu descumprimento, as exigências quanto à certeza, liquidez e exigibilidade, sendo uma delas o valor certo e determinado do TAC e as condições de tempo (prazo), modo e lugar de cumprimento, incluindo a vigência. Em cada um desses tópicos, busca-se evidenciar o entendimento atinente ao tema, bem como esclarecer como os diferentes regulamentos das agências reguladoras analisadas estabeleceram suas normativas.

Por fim, são analisados outros pontos considerados importantes, como a existência de previsão quanto à confissão das infrações caso o TAC seja assinado e o posicionamento doutrinal caso essa não exista, além de se verificar a possibilidade de alteração das condições pactuadas no TAC durante a sua vigência.

1. Administração consensual, de resultado e *soft-regulation*

Observa-se, na atualidade, um novo processo de legitimidade, além dos tradicionais processos de representação política. A velha democracia ateniense e, depois, a democracia realizada pelo critério da maioria de representantes escolhidos pelo povo – fundada no sufrágio de nomes, conhecida como democracia formal, na qual o escolhido detinha legitimização, sem se importar com quais decisões viesse a tomar e, por consequência, as decisões tomadas eram igualmente legítimas, não importando se conduziam ou não a resultados socialmente desejados ou indesejados, já não é mais um modelo plausível – foram substituídas por um processo de legitimação do poder político, ou seja, por um recuperado conceito de democracia substantiva ou material, que passou a exigir visibilidade das ações estatais (transparência), participação nas escolhas das políticas – e não mais de nomes – e para a confirmação de que elas estão sendo executadas a contento, sempre que possível, e, sobretudo, a eficiência estatal nas prestações públicas a seu cargo, ou seja, a aferição de resultados¹.

¹ É a conhecida democracia participativa. O que se denomina de democracia material tem, como um de seus suportes fundamentais, a participação política aberta aos cidadãos ou a qualquer pessoa física ou jurídica, em todos os poderes e órgãos constitucionalmente autônomos do Estado, para que tenham acesso à informação, possam manifestar sua opinião, influir na formulação de políticas públicas, dentre outros.

A busca por resultados, portanto, passa a ser uma preocupação constante da Administração. Ela deriva do dever jurídico relativo à efetividade, ou seja, da atenção satisfatória dos interesses públicos. Além de se ocupar do processo de decisão, a Administração passou a preocupar-se com o resultado do decidido e a mensurar se a ordem dos fatos reproduz satisfatoriamente o disposto na ordem jurídica.

Tal ideia diz respeito ao que os administrativistas hoje chamam de Administração de resultado. Trata-se de uma construção desenvolvida na Itália², onde se passou a reconhecer uma relevância jurídica atribuída ao resultado.

Desenvolvida a partir da evolução do conceito de eficácia como critério da atividade administrativa, a Administração de resultado é uma concepção muito similar à ideia de boa administração, desenvolvida também pelos italianos. Apesar de existirem vozes em sentido contrário, a jurisdicionalização do resultado constitui um evento recente, inovador e revolucionário, pois impõe a *“tutti i soggetti che partecipano alla funzione amministrativa (dovere giuridico) di tener conto preventivamente, in ogni decisione e in rapporto ad ogni comportamento, non solo della situazione esistente, ma anche della sua futura modificazione, al fine di realizzare con certezza gli obiettivi programmati, nel perseguitamento dell’interesse pubblico e senza arrecare ingiusti pregiudizi ai terzi”* (IANNOTTA, 2005, p. 16).

A verdade é que a concepção apenas econômica da atividade administrativa não é mais válida. Hoje, a concepção de resultado está em todos os âmbitos da vida administrativa, sendo um dos novos elementos caracterizadores do Estado pós-moderno. Por isso, Lucio Iannotta (2005,

Busca-se uma democracia livre, com direta manifestação da vontade do cidadão, e não mais apenas a expressão da vontade popular nas urnas. Quer-se uma participação direta e pessoal do cidadão na formação dos atos de governo (SILVA, 2002, p. 51). A problemática é estudada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, 1992, p. 7): “A consciência de que a democracia não pode ser apenas o cumprimento de um ritualismo eleitoral, ou seja, uma receita de legalidade, tornou-se mais difundida à medida que os estudos cratológicos mostraram que a política agonial, isto é, a que trata da disputa pelo poder, não é mais que uma fase de todo o ciclo do poder. Na verdade, este ciclo começa pela destinação do poder, passa por sua atribuição, pelo seu exercício, pela sua distribuição e por sua contenção, até chegar a seu último aspecto, a detenção. Situar a democracia apenas nesse momento do poder – a detenção – tornou-se, no mínimo, uma mutilação de um conceito integral de democracia, e, em muitos casos, sua contrafação”. E continua, em outra obra (MOREIRA NETO, 2000 p. 175): “A participação é manifestada como uma exigência inelutável sempre que são elevados os índices de informação e de educação da sociedade, despertando maior CONSCIÊNCIA SOCIAL. Por isso, as pessoas não se conformam apenas em fazer a tradicional escolha dos cidadãos que serão seus governantes mas, cada vez mais, demandam ser ouvidas nas decisões que envolvam diretamente seus interesses individuais e metaindividuais específicos. [...] Está-se, de certo modo, diante de uma tendência de maior peso que as demais e diretamente influente sobre a LEGITIMIDADE das decisões políticas, representando uma retomada da ação e da responsabilidade da sociedade na condução desses processos, durante tanto tempo sacrificadas sob o influxo avassalador das ditaduras, das ideologias de esquerda e de direita, das burocracias e das tecnocracias que marcaram o século vinte”.

² Irrelli (2000); Corso (2002, p. 127); Iannotta (1998, p. 299); Iannotta (2003); Tassone A. (2001, p. 813); Ferrara (2003); Cammelli, (2002, p. 107); Spasiano (2003).

p. 6) afirma que a Administração de resultado está caracterizada pela eficácia econômica, pela tempestividade, pela qualidade e quantidade, pela validade técnica, pela transparência e pela subsidiariedade. Poder-se-ia resumir isso em dois fatores: um trabalho bem feito e o cidadão satisfeito.

Entre os muitos mecanismos hoje utilizados pela Administração para auferir o resultado desejado, tem-se a regulação consensual, denominada por alguns de regulação fraca (*soft-regulation*).

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é extremamente benéfica à política e ao Direito a renovada preocupação com o consenso, pois, segundo o autor:

“Contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (lícitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem)” (MOREIRA NETO, 2006, p. 59).

O surgimento dessa Administração consensual fez com que se passasse de uma regulação “hostil” ao mercado para uma regulação “amiga” do mercado. A regulação era, por definição, inimiga do mercado (preços tabelados, contingenciamentos etc.) e passou a ser um sistema amigo e estimulante da constituição e funcionamento perfeito do mercado³. Regulação destinada, inclusive, a criar mercado onde ele não existia (pró-concorrência, pró-mercado). Logo, o que antes era uma regulação unilateral e impositiva, hoje é uma regulação concertada, consensual ou contratual. Deixou de ser autoritária, para ser uma “regulação soft”⁴.

Tais concepções só não podem atuar como justificativa legitimadora da inaplicabilidade do princípio da legalidade administrativa. Os critérios fundamentais para aferir o bom funcionamento da máquina administrativa se reconduzem à eficácia e à eficiência, e não já ou não tanto ao cumprimento pontual e estrito das prescrições legislativas. Diz-se que a Administração deve produzir resultados, não se contentando com o mero cumprimento formal da lei; nessa visão, gestionária ou gerencial, a obtenção de resultados – em concreto, a satisfação final da população – constitui o elemento fundante do aparelho administrativo.

³ Sobre o tema da consensualidade, ver: Aragão (2006); Almeida (2008. p. 335-349); Perez (2004), entre outros.

⁴ A regulação pode ser classificada quanto à intensidade. Nesses casos, ela poderá ser tida como uma regulação fraca que envolve o *soft law*, externada por meio de recomendações e incentivos à conduta das pessoas privadas, de modo a atingir consensualmente os objetivos da entidade reguladora (fomento, contratos, convênios etc.) ou poderá ser vista como forte ao implicar a edição autoritária de ordens e injunções aos regulados, disciplinando coativamente o seu comportamento (*hard law*).

Pedro Gonçalves (2006) sustenta que atualmente se procura articular legalidade e eficiência. Refere-se o autor ao que chama de “legalidade do resultado”. Assinala que, enquanto ainda exista certo compromisso com a legalidade, há uma significativa diminuição da intensidade legislativa e, por conseguinte, a passagem para um modelo de “normatividade principalista”, dessa maneira, propendendo à substituição de um “Direito de regras” por um “Direito de princípios”. Para esse autor, no futuro, a lei limitar-se-á a definir os objetivos públicos e os resultados a atingir, confiando à Administração Pública uma ampla liberdade de escolha das medidas que, em concreto, se mostrem adequadas, eficazes e eficientes para a produção dos efeitos desejados.

2. Espécies de acordos substitutivos/suspensivos em procedimentos sancionatórios regulatórios

No caminho para uma Administração mais consensual, observa-se uma mudança no modelo regulatório setorial brasileiro em que as distintas agências reguladoras passaram a regulamentar a possibilidade de acordos substitutivos/suspensivos em procedimentos administrativos sancionatórios como alternativa à tradicional regulação até então existente⁵.

Disparado o procedimento administrativo sancionador e garantidos o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, há duas possibilidades: caso se verifique que as infrações são verídicas, poder-se-á impor a sanção de polícia, motivada e proporcional à gravidade da falta, compelindo o infrator à prática de atos corretivos ou dissuadindo-o de persistir no cometimento da infração administrativa⁶; ou, então, pode-se deixar de aplicar a sanção, pela celebração de acordos substitutivos/suspensivos, por meio de Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), segundo o que melhor atenda ao interesse público. Afinal, não é objetivo da Administração impossibilitar a produção, circulação e comercialização de riquezas, mas somente condicioná-las ao interesse público⁷.

⁵ Sobre o tema dos acordos substitutivos em procedimentos administrativos sancionatórios, ver: Marques Neto e Cymbalista (2010); Sundfeld (2011).

⁶ As sanções do poder de polícia, como elemento de coação e intimidação, principiam geralmente com a multa e escalonam-se em generalidades mais graves, como a interdição de atividade, o fechamento de estabelecimento, a demolição de construção, o embargo administrativo de obra, a destruição de objetos, a inutilização de gêneros, a proibição de fabricação ou comércio de determinados produtos, a vedação de localização de indústrias ou comércios em certas áreas, entre outros.

⁷ Para Vitor Rhein Schirato e Juliana Bonacorsi de Palma (2009, p. 69), o movimento pró-consenso atualmente verificável é apontado como decorrência da celebração de acordos no âmbito da Administração Pública. Isso se coaduna com as demandas cada vez mais incisivas por celeridade no provimento administrativo, participação do administrado na

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 157) conceitua os TACs como ato jurídico complexo, característico da Administração Pública consensual e praticado entre Administração e administrado ou mesmo com outro ente público – neste caso, quando esteja em situação assemelhada à do administrado –, com o objetivo de substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta primariamente exigível por outra conduta secundariamente negociável, com a finalidade de possibilitar um melhor atendimento de interesses públicos.

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2011, p. 133), por sua vez entendem que:

“A literatura denomina como acordos substitutivos na esfera administrativa os atos bilaterais, celebrados entre a Administração e particulares, com efeito impeditivo ou extintivo de processo administrativo sancionador e excludente da aplicação ou execução de sanção administrativa. Acordos substitutivos são alternativas a atos administrativos sancionadores.”

Depreende-se que os TACs são instrumentos consensuais substitutivos ou suspensivos de composição de conflitos entre a Administração e, nos casos de procedimento administrativo sancionador, os infratores, com o fim de almejar interesses públicos específicos. Três são, portanto, as características desses acordos: (I) a consensualidade, inerente de qualquer acordo; (II) a alternatividade, necessária à substituição ou suspensão; e (III) a finalidade pública, decorrente do interesse público específico.

A consensualidade, reforçada no contexto da Administração consensual, busca de cada parte envolvida a vantagem em firmar tal instrumento. A convergência de interesses, dessa forma, é crucial para o sucesso de qualquer

tomada de decisões administrativas e eficiência quanto à conformação da atuação administrativa.

tentativa de assinatura dos TACs. Consequência prática de tal característica é a forma de instauração do procedimento administrativo, que poderá ocorrer *de ofício* ou por solicitação/requerimento do agente regulado. Como ato administrativo bilateral que é, não existe obrigação de adesão para o infrator nem para a Administração, podendo qualquer um destes, se não existir incentivo para sua celebração, preferir a via litigiosa.

A alternatividade também é outra característica desses acordos substitutivos/suspensivos, pois, como o próprio nome indica, devem existir opções ou alternativas na lei ou no regulamento normativo que possibilitem a substituição da sanção como, por exemplo, a multa, por um acordo em que, de forma consensual, as partes busquem estabelecer um ajuste à suposta infração realizada. Não poderia existir, assim, uma única opção. É imprescindível que, existindo uma pluralidade de meios que satisfaçam os imperativos regulatórios, deva a Administração optar por aquele que seja mais vantajoso para ela diante do caso concreto, que poderá não ser a aplicação da sanção, mas sim a celebração do acordo substitutivo/suspensivo.

Ademais, o interesse público afetado no caso concreto deve ser identificado e, em consenso, devem as partes buscar as formas de correção que beneficiem não só os consumidores/usuários como também o mercado em si, além de adequar a conduta dos agentes econômicos às disposições legais, regulamentares ou contratuais. E isso significa que, conquanto exista uma margem de liberdade da Administração para realizar tais acordos, poderá ela, eventualmente, reduzir-se a uma única opção, por entender que a penalidade deve ser substituída por uma prestação positiva em favor da sociedade, única forma de se respeitar os princípios da Administração Pública, tais como os da eficiência e da economicidade. Desse modo, a margem de liberdade administrativa

para qualquer tomada de decisão concederá à Administração a possibilidade de ponderar em sua plenitude e, assim, eleger consensualmente, com a parte infratora, a via mais consentânea com o interesse público que deve proteger.

Compreendida a ideia relacionada aos acordos substitutivos/suspensivos sinônimos de TAC, não se pode confundi-la com a ideia existente em algumas normatizações de agências reguladoras denominadas Medidas Reparadoras de Conduta (MRC). Esse outro instituto existe apenas para ajustar a conduta do agente econômico ao disposto na legislação aplicável e evitar a aplicação das penalidades previstas. Sua finalidade é corrigir pendências, irregularidades ou infrações, dentro de um prazo preestabelecido, visando a evitar a aplicação de penalidade. O que diferencia a MRC do TAC é que, quando aquela é formada, não há qualquer sanção, nem mesmo imputação de falta, pois tais medidas não necessariamente ocorrem no decorrer do procedimento administrativo sancionatório. Em contrapartida, o TAC existe apenas como substitutivo ou suspensivo de um procedimento sancionatório, razão pela qual em seu bojo é prevista a assunção, pelo administrado, de obrigações de fazer e/ou não-fazer em substituição às demais sanções que poderiam ser aplicadas unilateralmente pela Administração.

Portanto, ao tomar conhecimento de qualquer pendência, irregularidade ou infrações cometidas, a agência reguladora poderá convocar os representantes dos agentes econômicos para prestarem os devidos esclarecimentos e poderá, a seu critério, firmar uma MRC com o objetivo de evitar a instauração de um procedimento sancionatório. Os regulamentos correspondentes estabelecerão suas cláusulas obrigatórias da MRC. Entre as mais comuns, estão: (I) data da assinatura e a qualificação das partes; (II) pendência, irregularidade ou infrações, com a respectiva fundamentação legal, regulamentar

ou contratual; (III) termos ajustados para a correção da conduta; e (IV) prazo para correção.

Decorrido o prazo estipulado na MRC, a agência reguladora verificará a sua execução, atestando o seu cumprimento ou não. Se comprovado o atendimento das medidas assumidas, o procedimento será arquivado, sem a aplicação de qualquer sanção por parte da Administração. Caso haja descumprimento das medidas acordadas na MRC, a agência deverá, se ainda não instaurado, determinar a instauração do processo administrativo sancionatório para a apuração das responsabilidades e a aplicação das penalidades cabíveis, e, se anteriormente instaurado, deverá dar prosseguimento a ele. Sua natureza é, pois, distinta da dos TACs e tal diferença deve ser levada em consideração.

3. Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e Medida Reparadora de Conduta (MRC) nas agências reguladoras federais

Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Matiello Cymbalista⁸, em artigo sobre acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção, evidenciam alguns casos em que agências reguladoras federais possibilitam a celebração de acordos substitutivos/suspensivos. Mesmo não tendo os autores estabelecido uma distinção entre os casos apresentados, pode-se, a partir do exposto por eles, identificar duas hipóteses distintas: (I) casos em que a legislação setorial estabelece expressamente a possibilidade de TAC; (II) casos em que a legislação setorial não prevê tal possibilidade, mas normas regulamentares autorizam a negociação caso a caso para superar as infrações definidas no plano infralegal.

⁸Sobre tais casos ver: Marques Neto e Cymbalista (2010).

O único caso de TAC autorizado de forma expressa pela lei setorial é a previsão no âmbito da regulamentação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Os arts. 29 e 29-A da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, tratam do “termo de compromisso de ajuste de conduta”, que pressupõe a existência de alguma irregularidade a ser sanada e do “termo de compromisso”, que pode ser firmado com vistas ao aprimoramento do funcionamento do mercado, sem que se tenha imputado ao signatário alguma falta, *in verbis*:

“Art. 29. As infrações serão apuradas mediante processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, cabendo à ANS dispor sobre normas para instauração, recursos e seus efeitos; instâncias e prazos.

§ 1º O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso, pela ANS, se a operadora ou prestadora de serviço assinar termo de compromisso de ajuste de conduta, perante a diretoria colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, obrigando-se a:

- I – cessar a prática de atividades ou atos objetos da apuração; e
- II – corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes.

§ 2º O termo de compromisso de ajuste de conduta conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas:

I – obrigações do compromissário de fazer cessar a prática objeto da apuração, no prazo estabelecido;

II – valor da multa a ser imposta no caso de descumprimento, não inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e não superior a R\$ 1.000.000, 00 (um milhão de reais) de acordo com o porte econômico da operadora ou da prestadora de serviço.

§ 3º A assinatura do termo de compromisso de ajuste de conduta não importa confissão do compromissário quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração.

§ 4º O descumprimento do termo de compromisso de ajuste de conduta, sem prejuízo da aplicação, da multa a que se refere o inciso II do § 2º, acarreta a revogação da suspensão do processo.

§ 5º Cumpridas as obrigações assumidas no termo de compromisso de ajuste de conduta, será extinto o processo.

§ 6º Suspende-se a prescrição durante a vigência do termo de compromisso de ajuste de conduta.

§ 7º Não poderá ser firmado termo de compromisso de ajuste de conduta quando tiver havido descumprimento de outro termo de compromisso de ajuste de conduta nos termos desta Lei, dentro do prazo de dois anos.

§ 8º O termo de compromisso de ajuste de conduta deverá ser publicado no Diário Oficial da União.

§ 9º A ANS regulamentará aplicação do disposto nos §§ 9º a 7º deste artigo.

Art. 29-A. A ANS poderá celebrar com as operadoras termo de compromisso, quando houver interesse na implementação de práticas que consistam em vantagens para os consumidores, com vistas a assegurar a manutenção da qualidade dos serviços de assistência à saúde.

§ 1º O termo de compromisso referido no *caput* não poderá implicar restrição de direitos do usuário.

§ 2º Na definição do termo de que trata este artigo serão considerados os critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços a serem oferecidos pelas operadoras.

§ 3º O descumprimento injustificado do termo de compromisso poderá importar na aplicação da penalidade de multa a que se refere o inciso II, § 2º, do art. 29 desta Lei” (BRASIL, 1998).

Depreende-se da leitura dos artigos, uma diferença entre termo de compromisso de ajuste de conduta, estabelecido no art. 29, e do termo de compromisso, estabelecido no art. 29-A. Entende-se que o primeiro artigo trata do que aqui se denomina de TAC; e o segundo, de MRC.

Paulo César Melo da Cunha (2003, p. 213-215) aborda a possibilidade de celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta junto à ANS. E lembra que ele foi introduzido diretamente na lei para possibilitar, excepcionalmente, a suspensão da regular aplicação da penalidade em face de uma infração, caso a operadora ou prestadora de serviço se comprometesse perante a Diretoria Colegiada da agência a assinar o mencionado instrumento com o fito de cessar a prática de atividade ou ato objeto da infração, assim como corrigir as irregularidades apontadas no intuito de garantir a qualidade e o atendimento aos beneficiários de planos de saúde. Para o autor, trata-se de uma harmonização de interesses, suspendendo-se um processo sancionador e adotando-se uma medida alternativa. Porém, deixa claro que se trata de:

“[...] uma exceção à regra de penalização e que só poderá ser utilizado junto àqueles processos administrativos para aplicação de sanções que tenham por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, ou seja, somente se admite o uso desse instrumento no processo administrativo sancionador, presumindo-se que sua propositura deva partir da Administração, a quem cabe o juízo de conveniência e oportunidade para sua celebração (não obstante isso, nada impede a estipulação do instrumento pela operadora, cabendo sempre à ANS a valoração quanto à sua celebração)” (ANS, 2001).

Vale ressaltar que tal termo foi regulamentado pela Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 57, de 19 de fevereiro de 2001. Nessa resolução, fica clara a finalidade do mesmo, qual seja, “adequar sua conduta à legislação pertinente e às diretrizes gerais estabelecidas para

o setor de saúde suplementar” (art. 1º). Além disso, o art. 2º dessa resolução evidencia a diferença entre TAC e MRC. Esse artigo coloca de forma clara que “o termo de compromisso de ajuste de conduta será celebrado em decorrência de ações da ANS em processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares”. Atualmente, existe no âmbito da ANS a Instrução Normativa da Diretoria de Fiscalização nº 10, de 10 de agosto de 2010, que dispõe sobre o processamento da negociação do termo de compromisso de ajuste de conduta das operadoras de planos privados de assistência à Saúde no âmbito da Diretoria de Fiscalização, versando sobre os expedientes relativos ao exame de conveniência e oportunidade da negociação e celebração destes.

No entanto, a maioria das hipóteses mencionadas por Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Matiello Cymbalista (2010) diz respeito a casos em que a legislação setorial não estabelece a possibilidade do uso dos TACs, mas resoluções normativas das próprias agências que autorizam seu uso.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) foi, provavelmente, a primeira destas autarquias a aprovar, pela Resolução nº 152, de 16 de janeiro de 2003, “a instituição do Termo de Ajuste de Conduta – TAC para correção de irregularidades ou pendências, visando a assegurar a normalidade dos serviços prestados e resguardar o interesse público, nos termos do Regulamento de Termo de Ajuste de Conduta – RTAC [...]” (ANTT, 2003).

Distintamente da ANS, a ANTT instituiu um TAC com natureza e características diversas das mencionadas neste estudo. Não se trata de um acordo substitutivo ou suspensivo de um procedimento administrativo sancionador. Segundo tal normativa, os chamados TACs dessas agências são de sua prerrogativa e “constitui instrumento hábil para o propósito de correção de pendências ou irregularidades cometidas por concessionárias e permissionárias de serviços públicos de transportes terrestres” (art. 1º) (ANTT, 2003).

Tomando conhecimento de qualquer pendência ou irregularidade cometida por concessionárias ou permissionárias, a Superintendência da ANTT, cujas atribuições regimentais digam respeito à matéria, deverá convocar os representantes das empresas para prestar os devidos esclarecimentos. Diante de tais esclarecimentos, poderá ela, a seu critério, firmar o respectivo TAC.

Acredita-se que a agência errou ao chamar tal instrumento de TAC. Deveria ter estabelecido outro *nomen juris*, como já mencionado e como o fez a ANP ao criar as MRCs. Além disso, o fato de o art. 5º desta resolução estabelecer que a celebração desses chamados TACs não impedirá que

a ANTT (2003) possa, se assim entender, deflagrar o processo administrativo para apurar as mesmas irregularidades, inviabiliza a assinatura de tais medidas pelos agentes econômicos por total falta de vantagens, caso o precedente administrativo demonstre tal ocorrência. Isso porque, a ideia dessas MRCs é exatamente evitar a aplicação de qualquer penalidade.

Outra agência que também tem a previsão dos acordos substitutivos/suspensivos apenas em âmbito regulamentar e não legal é a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que, ao regular o procedimento de imposição de penalidades aos agentes do setor (Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004), autorizou, em seu art. 21, a possibilidade de celebração de Termo de Ajuste de Conduta no lugar da aplicação de sanções, *in verbis*:

“Art. 21. Poderá a ANEEL, alternativamente à imposição de penalidade, firmar com a concessionária, permissionária ou autorizada termo de compromisso de ajuste de conduta, visando à adequação da conduta irregular às disposições regulamentares e/ou contratuais aplicáveis.

§ 1º O termo de compromisso de ajuste de conduta será submetido à aprovação da Diretoria da ANEEL pela Superintendência onde o processo se originar.

§ 2º As metas e compromissos objeto do termo referido neste artigo deverão, no seu conjunto, ser compatíveis com as obrigações previstas nos regulamentos e contratos regedores da prestação de serviços de energia elétrica descumpridas pela concessionária, permissionária ou autorizada.

§ 3º Do termo de compromisso de ajuste de conduta constará, necessariamente, o estabelecimento de multa pelo seu descumprimento, cujo valor será correspondente ao montante da penalidade que seria aplicada, acrescido de 20% (vinte por cento)” (ANEEL, 2004).

Posteriormente, a ANEEL editou a Resolução Normativa nº 333, de 7 de outubro de 2008, que dispôs especificamente sobre os critérios e procedimentos para celebração de Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta. Esta norma deixa claro o caráter consensual, alternativo e finalístico ao indicar, por exemplo, a possibilidade de o TAC ser solicitado pelo agente econômico, em petição específica, no curso do processo de fiscalização instaurado, a partir do recebimento do Termo de Notificação (TN), até o prazo para interposição do recurso hierárquico à Diretoria da ANEEL (art. 2º), bem como que cabe à Diretoria da Agência decidir, de forma fundamentada, pela celebração ou não do ajuste, devendo, inclusive, considerar em sua decisão a conveniência e oportunidade do acordo e o interesse público envolvidos no caso específico (art. 4º).

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), assim como a ANS, instituiu duas formas de TAC. Uma delas é a que se prefere denominar MRC, criada por meio da Resolução nº 987 – ANTAQ, de 14 de fevereiro de 2008, nos seguintes termos:

“Art. 22 Antes da instauração ou no curso de Processo Administrativo Contencioso, a ANTAQ, por intermédio das Superintendências, das Gerências de Fiscalização ou das UAR, poderá, caso haja interesse da pessoa física ou jurídica infratora, celebrar Termo de Ajuste de Conduta – TAC, com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações.

§ 1º O interessado terá o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar o interesse em celebrar o TAC.

§ 2º A celebração de TAC pelas Gerências de Fiscalização e UAR será precedida de autorização da Superintendência competente.

Art. 23 O TAC conterá:

I – a data, assinatura e identificação completa das partes;

II – a especificação da pendência, irregularidade ou infração e a fundamentação legal, regulamentar ou contratual pertinente;

III – o prazo e os termos ajustados para a correção da pendência, irregularidade ou infração.

§ 1º O prazo a que se refere o inciso III deste artigo será estabelecido e poderá ser prorrogado pelas Superintendências, Gerências de Fiscalização e UAR, considerando as particularidades do caso.

§ 2º No transcurso do prazo fixado, o Processo Administrativo Contencioso, se instaurado, ficará suspenso.

Art. 24 Decorrido o prazo estipulado no TAC, a autoridade competente determinará a verificação do compromisso assumido, atestando o seu cumprimento, ou não.

§ 1º Atendido o compromisso, o processo, se instaurado, será arquivado, sem prejuízo das sanções civis ou penais cabíveis.

§ 2º Não sendo atendido o compromisso, serão adotadas as providências necessárias à instauração do processo administrativo contencioso para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado” (ANTAQ, 2008).

A outra forma, aqui estudada, como acordo substitutivo/suspensivo de procedimentos sancionatórios, foi instituída pela Resolução nº 3259 – ANTAQ, de 30 de janeiro de 2014, que em seu capítulo V dispõe:

“Art. 83. Até o momento da emissão do Parecer Técnico Instrutório, o Agente ou equipe de Fiscalização poderá consultar o infrator acerca do interesse de celebração de Termo de Ajuste de Conduta – TAC com a finalidade de regularizar as infrações verificadas, ou o autuado poderá se manifestar espontaneamente nos autos.

Art. 84. A Autoridade Julgadora competente para apreciar o Auto de Infração decidirá sobre a celebração de TAC, de forma excepcional e devidamente justificada, desde que este se configure medida alternativa eficaz para preservar o interesse público, alternativamente à decisão administrativa sancionadora.

§1º O TAC poderá ser firmado para a correção de uma ou mais infrações cometidas, a critério da autoridade competente.

§2º Caso concorde pela celebração do TAC, o infrator deverá manifestar o seu interesse no prazo de cinco dias, a contar da data de ciência do oferecimento pela ANTAQ.

§3º A multa prevista pelo inadimplemento do TAC deverá ser de, no mínimo, o teto da sanção pecuniária prevista em norma específica.

Art. 85. No caso de Ação Fiscalizadora realizada durante a vigência do TAC, não será lavrado Auto de Infração para as infrações que estejam sendo corrigidas, conforme objeto do TAC.

Art. 86. O TAC conterá:

I – a data, assinatura e identificação completa dos signatários;

II – considerações justificando a celebração do TAC;

III – a especificação da infração e a fundamentação legal, regulamentar ou contratual pertinente;

IV – o prazo, os termos ajustados e compromissos firmados para a correção da infração;

V – as cominações pelo seu descumprimento; e

VI – a responsabilidade das partes, identificando-se o responsável pelo acompanhamento do TAC.

Parágrafo único. Qualquer alteração no TAC deverá ser aprovada pela Autoridade Competente conforme o art. 84.

Art. 87. Decorrido o prazo estipulado no TAC, os autos serão encaminhados para avaliação da Autoridade Julgadora competente conforme o art. 84, a qual deverá atestar o seu cumprimento no processo administrativo ou, quando não atendido o compromisso, executar as cominações estabelecidas no TAC.

§1º Atestado o cumprimento integral do TAC, o processo administrativo sancionador será arquivado definitivamente, salvo na hipótese do § 2º.

§2º Quando subsistirem infrações administrativas a serem julgadas ou executadas após o cumprimento integral do TAC, o processo administrativo sancionador seguirá seu trâmite regular” (ANTAQ, 2014).

Entende-se, assim, como um erro a denominação da primeira forma mencionada de TAC; deveria a ANTAQ chamá-la de MRC.

Mais recentemente, outras agências passaram a regular o TAC; entre elas, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) que, em sua Resolução nº 199, de 13 de setembro de 2011, estabeleceu os procedimentos para a celebração de TAC e MRC como instrumento de fiscalização da aviação civil. O art. 2º, de dita resolução, assentou que o TAC visa a adequar a conduta do agente econômico por ela regulado “às exigências previstas nas normas aplicáveis; ou às melhores práticas para garantir a segurança operacional ou manter a adequação do serviço público prestado ao usuário de transporte aéreo”.

Na primeira hipótese, o TAC poderá ser proposto a partir da lavratura do auto de infração e não afasta o cumprimento das penalidades já aplicadas. Na segunda hipótese, estar-se-ia diante de uma MRC, pois poderá esse instrumento ser celebrado ainda que as condutas nele especificadas não configurem infração administrativa.

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) não prevê o TAC como um acordo substitutivo/suspensivo do procedimento administrativo, mas a Resolução nº 32, de 15 de outubro de 2012, determina os casos em que os agentes econômicos poderão adotar medidas reparadoras de forma a ajustar sua conduta ao disposto na legislação aplicável e evitar a aplicação das penalidades previstas na Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999, e no Decreto nº 2.953, de 28 de janeiro de 1999 (art. 1º). Essa resolução define tais medidas como a “ação em que o agente econômico repara o não atendimento a dispositivo da legislação aplicável, em prazo pré-estabelecido, e passa a cumpri-lo em sua integralidade, evitando a aplicação de penalidades”. A agência acertou ao atribuir um *nomen juris* distinto a esse instituto, que, como visto, é seguido neste estudo como sugestão para as demais agências.

Ainda, deve-se citar a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), que regulamentou a celebração e o acompanhamento de TAC, autorizado no art. 5º da Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, que aprova o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, por meio da Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013. Nessa resolução, a ANATEL, distintamente das outras agências, dispôs, no art. 1º, §1º, que os TACs contemplarão processos nos quais não tenha sido proferida decisão transitada em julgado na esfera administrativa. Segundo essa resolução, a celebração de acordos relativos a processos com decisão administrativa transitada em julgado rege-se pelas disposições da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e pelas demais diretrizes normativas da Advocacia Geral da União sobre o tema.

Quanto às demais agências reguladoras federais – a Agência Nacional do Cinema (ANCINE), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a Agência Nacional de Águas (ANA) –, não se localizaram resoluções normativas sobre o tema.

4. Legalidade das previsões regulamentares instituidoras dos TACs e das MRCs

É certo que existe um forte questionamento sobre a legalidade das previsões regulamentares prescrevendo, na ausência de um comando legal expresso, a possibilidade de celebração de acordos substitutivos/

suspensivos, sejam eles TAC ou MRC. A resposta já foi estudada por Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2011, p. 135-136), ao analisarem o caso da ANATEL, *in verbis*:

“A LGT é uma lei-quadro, não uma lei substantiva. Não se encontram nela própria as normas especificadoras de deveres e obrigações (seus conteúdos, seus condicionamentos, seus prazos, seus sujeitos), das medidas administrativas de acompanhamento e cobrança (registros, constatações, notificações, ordens, ajustes, etc.), das infrações (condições de ocorrência, causas excludentes, classificação), e da imposição de sanções (determinação da específica sanção que pode ser imposta a que específica infração, das causas excludentes, atenuantes, agravantes, etc.). Tudo isso ficou para ser definido em plano infralegal pela Anatel (LGT, art. 19, entre outros dispositivos), a partir da moldura legal.

As normas realmente substantivas de Telecom estão nos regulamentos da Anatel, e nos atos deles decorrentes. Não se encontra na LGT a especificação dos fatores exatos que exigem a aplicação de sanções, tampouco a previsão das alternativas capazes de evitá-las. A regulamentação é que trata disso tudo. Portanto, é da Anatel a competência normativa para dizer se, e em que condições, um acordo substitutivo é uma causa excludente da aplicação ou execução de sanções. Em outros termos, é a regulamentação da Anatel que cabe definir como fechado ou aberto o sistema normativo sancionatório das telecomunicações.”

Percebe-se, assim, que o estabelecimento do que seja infração é matéria regulamentar e não legal e, por conseguinte, a proceduralização do seu sancionamento também o é. Logo, pode-se afirmar que a maioria das leis setoriais exige das agências que, ao aplicarem alguma sanção, sejam considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários/consumidores, a vantagem auferida pelo infrator, as circuns-

tâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência específica. Todavia, como isso será feito é função da normatização criada pela própria agência.

É natural, como bem ressaltam os doutrinadores mencionados, que a normatização preveja casos e condições em que ações posteriores do infrator (capazes de eliminar ou compensar danos e vantagens) podem atenuar ou mesmo evitar a sanção. Infere-se, dessa forma, que cabe às agências reguladoras, no uso de sua competência normativa, dispor sobre as causas determinantes e excludentes da aplicação ou execução das sanções. Para tanto, poderão utilizar-se do seu poder normativo para regulamentar os acordos substitutivos/suspensivos em procedimentos sancionatórios regulatórios.

Além disso, argumenta-se que a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, conhecida como Lei de Ação Civil Pública, também serve de base legal para a criação de tais regulamentos, *in verbis*:

“Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

[...]

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

[...]

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)” (BRASIL, 1997).

Ressalte-se que o art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, também prevê a possibilidade de as autarquias federais celebrarem TAC com o objetivo de prevenir ou terminar litígios:

“Art. 4º-A. O termo de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações, firmado pela Advocacia-Geral da União, deverá conter:

- I – a descrição das obrigações assumidas;
- II – o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações;
- III – a forma de fiscalização da sua observância;
- IV – os fundamentos de fato e de direito; e
- V – a previsão de multa ou de sanção administrativa, no caso de seu descumprimento.

Parágrafo único. A Advocacia-Geral da União poderá solicitar aos órgãos e entidades públicas federais manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em termo de ajustamento de conduta, cabendo ao Advogado-Geral da União a decisão final quanto à sua celebração” (BRASIL, 1997).

Para Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2011, p. 138):

“No caso da Anatel, há incontestável identidade com a proteção ao consumidor, com seus direitos coletivos e com a defesa da ordem econômica e da economia popular (art. 10, II e V, da Lei nº 7.347, de 1985). Deveras, a LGT conferiu à agência a atribuição de ‘disciplina das relações econômicas no setor de Telecom’ (art. 5º) e de ‘reprimir infrações dos direitos dos usuários’ (art. 19, XVIII). Os deveres impostos às prestadoras de serviços de Telecom guardam relação direta ou indireta com a proteção dos direitos coletivos dos consumidores (usuários) ou da ordem econômica. Um acordo entre a Anatel e prestadora, para superar o desatendimento das normas setoriais, atenderia ao requisito geral previsto na Lei de Ação Civil Pública para a implementação de um compromisso de ajustamento de conduta.”

Percebe-se, assim, que os TACs e suas normatizações pelas agências reguladoras, mesmo sem previsão nas leis setoriais, são legais e estão, ao que tudo indica, tornando-se uma prática cada vez mais utilizável no exercício das funções regulatórias pelas agências reguladoras federais.

5. Natureza jurídica dos TACs

Muito se debate sobre a natureza jurídica dos TACs. São diversos os posicionamentos sobre o tema quando analisado o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei de Ação Civil Pública)⁹.

Alguns entendem que se trata do instituto da transação previsto nos arts. 840 a 850 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002),

⁹Sobre o tema ver: Onofre (2011).

com a finalidade de prevenir ou pôr fim ao litígio mediante concessões mútuas, extinguindo o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, inc. III do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) – cabível exclusivamente quanto aos direitos patrimoniais de caráter privado. Para que esse ato bilateral ocorra, deve existir reciprocidade do ônus e vantagens, além de existir litígio, dúvida ou controvérsia entre as partes.

Outros preferem afirmar que os TACs seriam uma transação, mas com características próprias, pois seu objeto é a de defesa de direitos indisponíveis; portanto, indispensável é a aplicação dos princípios de ordem pública inerentes a tal condição¹⁰.

Há, também, quem entenda que os TACs sejam uma figura jurídica própria e autônoma, não se confundindo com o instituto da transação. Afirma-se que a aplicação de tal instituto aos direitos coletivos afronta não só o texto do Código Civil, como também atribui, equivocadamente, faculdades ao legitimado autônomo para dispor sobre o direito de titulares coletivamente considerados (FIORILLO; RODRIGUES; NERY apud PROENÇA, 2001, p. 124-125).

Por fim, tem-se o entendimento de que os TACs são compromissos de adequação de determinada conduta ao ordenamento jurídico. Essa, que parece ser a corrente majoritária, entende que os TACs nada mais são que promessas do suposto infrator de, sob pena de sofrer cominações, adequar seu comportamento à lei, tal como ocorreria se esta jamais tivesse sido violada.

Paralelamente a esses entendimentos e apesar de a Lei de Ação Civil Pública servir de base legal para a criação de regulamentos sobre TAC, no âmbito das agências reguladoras, parece mais correto o entendimen-

¹⁰ “Nesse sentido, a maioria da doutrina que se ocupa dos estudos em direito ambiental tem afirmado que o compromisso de ajustamento de conduta configura transação conforme os moldes tradicionais do direito civil, importando, entretanto, em peculiaridades próprias. Em sendo transação, apesar de sua natureza peculiar por envolver interesses não patrimoniais e não privados, o regime jurídico do ajustamento de conduta deve obedecer, no que couber, o regime da transação tal como previsto pelo direito civil. Assim, o sistema de nulidade parcial e total (art. 1.026); sua interpretação restritiva (art. 1.027); o efeito da coisa julgada entre as partes (art. 1.030) e sua rescindibilidade, entre outros, são princípios plenamente aplicáveis ao compromisso de ajustamento de conduta, uma vez que se admite sua natureza de transação. Por outro lado, a transação, ainda que seja a rigor forma de extinção de obrigações litigiosas, quando analisada sob o prisma do direito ambiental, impõe em geral um conjunto de obrigações negativas ou positivas, do qual se perfaz um verdadeiro contrato, implicando a obediência de todos os princípios e regras também aplicáveis a esse. Capacidade das partes, objeto lícito e solenidade, como condições gerais de validade dos contratos, e bilateralidade, cláusulas penais, vícios na declaração de vontade são princípios e regras plenamente aplicáveis. Apenas é preciso lembrar que o objeto contratual é o estabelecimento de obrigações com vistas à plena recuperação do meio ambiente, que, por sua vez, se constitui em interesse público indisponível. Essa lembrança serve de advertência, pois um instituto trazido do direito privado, como é a transação, deve amoldar-se aos princípios que norteiam a tutela do interesse público” (FINK, 2002, p. 113-139).

to de que os TACs sejam atos administrativos negociais, assim como entende Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 310).

Como já exposto, os TACs têm natureza consensual; logo, são atos administrativos negociais, porque, de um lado, o causador do dano se obriga no campo do direito material e, de outro, o administrador aceita a solução.

Também é uma atuação discricional. Afinal, caracterizam-se pela alternatividade, ou seja, tal decisão decorre da existência de uma pluralidade de opções ou alternativas em que a Administração detém a liberdade de escolha e fará, como se costuma mencionar, um juízo de conveniência e oportunidade para decidir pela sua celebração ou não.

Acrescentar-se-ia a tal natureza negocial e discricional o fato de serem constitutivos, pois sempre criam, modificam e extinguem direitos e obrigações. Sendo assim, pode-se inferir que a natureza jurídica dos TACs em procedimentos sancionatórios regulatórios seria de um ato administrativo negocial, constitutivo e emanado com discricionariedade.

O caráter substitutivo ou suspensivo dos TACs em relação às penalidades aplicadas, no âmbito dos procedimentos sancionadores, dependerá de como a norma criadora os configura. Logo, é o conselho diretor ou o órgão equivalente da agência que indicará se o TAC será substitutivo ou suspensivo; afinal, tal matéria é regulamentar. Dessa forma, as agências, quando da regulamentação dos TACs, contam com uma margem de valoração subjetiva para a definição e o estabelecimento de opções sobre o tema. Isso se chama liberdade conformadora ou configuradora.

É muito comum a utilização da terminologia “discricionariedade normativa”; porém, melhor seria afirmar que o conselho diretor ou o órgão equivalente dispõe de uma ampla margem de conformação ou configuração, ou seja, libe-

de de estabelecer os enunciados normativos e definir as normas neles existentes, que consiste em definir a(s) sua(s) hipótese(s), seu operador deôntico e sua(s) consequência(s) jurídica(s). É, portanto, por meio dessa liberdade, que se configurará o efeito do TAC, ou seja, se ele será substitutivo em relação ao procedimento que poderá culminar nas penalidades vigentes, ou meramente suspensivo.

Será substitutivo quando o TAC substituir o procedimento sancionador como novo instrumento de direitos e obrigações independente de ele vir a ser respeitado ou não. Lembre-se, aqui, que a sanção pode vir a ser questionada em sede administrativa e até judicial, o que poderia, por exemplo, levar à redução do valor da multa e, até mesmo, à sua extinção. Assim, o TAC substituiria o incerto e duvidoso pelo certo e inequívoco. Com efeito, o TAC apenas retira a incerteza da sanção decorrente da suposta prática ilegal para conferir certeza na criação de determinadas obrigações certas e exigíveis.

O efeito suspensivo, por sua vez, consubstancia-se na suspensão do procedimento sancionador quando da celebração ou da vigência do TAC. Logo, em caso de descumprimento do TAC, o procedimento sancionatório, que poderá culminar em penalidades, voltará a tramitar.

Parece que o interesse público será alcançado de forma mais eficiente e efetiva com a substituição da incerteza da multa pela certeza da obrigação de fazer, não fazer ou de dar. Como este cria, modifica e extingue novos direitos e obrigações, não tem por que apenas suspender os efeitos do procedimento sancionatório, pois o TAC institui consequências para seu descumprimento.

Deve ser visto como uma harmonização de interesses por meio da qual se substitui o incerto pelo certo. Inclusive, a bilateralidade nessa harmonização confere ao TAC a natureza de título executivo extrajudicial, devendo-se

privilegiar o título executivo (certeza e liquidez, inclusive com nova multa por descumprimento) ao direito potencialmente exigível representado pela sanção. Deve-se evitar, portanto, o efeito suspensivo do procedimento sancionador para adoção de uma medida alternativa.

Além disso, se o TAC é um instrumento para prevenir ou terminar litígios, como dispõe o art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, não teria por que ser ele apenas suspensivo; do contrário, não se estaria prevenindo ou extinguindo litígios.

Assevera-se, assim, que a natureza jurídica do TAC em procedimentos sancionatórios seria de um ato administrativo negocial, constitutivo, emanado com discricionariedade e, preferencialmente, substitutivo.

Tendo em vista as agências reguladoras que efetivamente instituíram os TACs, e não as MRCs, em seu regime jurídico sancionador, cabe neste tópico verificar que natureza jurídica cada uma dessas entidades concedeu aos seus TACs.

Seguindo a ordem cronológica previamente estabelecida, é pertinente iniciar a análise pela ANS. Segundo a Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 57, de 19 de fevereiro de 2001, em seu art. 4º, § 1º, a “celebração do termo de compromisso de ajuste de conduta implica a suspensão do respectivo processo administrativo”, além de estabelecer, em seu art. 5º, inc. II, que o termo de compromisso de ajuste de conduta conterá, necessariamente, a cláusula da suspensão do processo administrativo. Depois, em seu art. 6º, impõe a condicionante para a suspensão, no caso o descumprimento do termo que acarretará a revogação da suspensão do processo administrativo. Por fim, determina o art. 8º que, cumpridas as obrigações assumidas no TAC, será extinto o processo administrativo. Fica clara, portanto, a natureza suspensiva e não substitutiva nos TACs realizados no âmbito da ANS.

A ANEEL, que também instituiu o TAC por meio da Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004, não fixou de forma tão clara a natureza substitutiva ou suspensiva deste acordo, mas, em seu art. 5º, dispõe que “a assinatura do TAC acarreta o arquivamento do processo fiscalizatório correspondente, quanto ao seu objeto”. Significa dizer que a natureza desse acordo, no âmbito desta agência, seria substitutiva. O art. 10 corrobora tal entendimento ao indicar que é cláusula obrigatória do TAC a disposição de multa pelo descumprimento.

Outra agência que também possui TAC com natureza substitutiva é a ANTAQ. A Resolução nº 3259 – ANTAQ, de 30 de janeiro de 2014, estabelece, em seu art. 84, § 3º, que “a multa prevista pelo inadimplemento do TAC deverá ser de, no mínimo, o teto da sanção pecuniária prevista em norma específica”. Aqui, a natureza substitutiva não é tão clara, mas se existe multa para o descumprimento do TAC é porque a natureza tende a ser substitutiva e não suspensiva. O problema é que o art. 87, § 2º, assinala que “quando subsistirem infrações administrativas a serem julgadas ou executadas após o cumprimento integral do TAC, o processo administrativo sancionador seguirá seu trâmite regular”. O que significa que ele também teria natureza suspensiva. Nesse caso, o conselho diretor ou o órgão correspondente conferiu ao TAC uma natureza híbrida.

Ressalte-se que a previsão quanto à MRC, no âmbito da ANTAQ, determina que, enquanto o prazo que estabelece sua vigência estiver em curso, o procedimento administrativo, se instaurado, ficará suspenso (art. 23, § 2º da Resolução nº 987 – ANTAQ, 2008).

Seguindo a análise das agências reguladoras que instituíram um TAC, tem-se a Resolução nº 199, de 13 de setembro de 2011, da ANAC, que, em seu art. 2º, estabeleceu que o TAC visa a adequar a conduta do agente econômico

por ela regulado “às exigências previstas nas normas aplicáveis; ou às melhores práticas para garantir a segurança operacional ou manter a adequação do serviço público prestado ao usuário de transporte aéreo” (ANAC, 2011).

Na primeira hipótese, o TAC poderá ser proposto a partir da lavratura do auto de infração e não afasta o cumprimento das penalidades já aplicadas. Logo, por não afastar as penalidades já aplicadas, tal TAC não parece ter natureza substitutiva, nem suspensiva. No entanto não é bem assim. Como a celebração do TAC será necessariamente realizada no curso de processo administrativo para a apuração de infrações e penalidades (art. 7º) e uma vez que as penalidades decorrentes do descumprimento do TAC (art. 9º) devem estar neles previstas, poder-se-ia entender que a natureza seria substitutiva. No entanto, o § 5º do art. 6º dispõe que “excepcionalmente e de forma fundamentada, desde que haja medida alternativa eficaz para preservar o interesse público, o TAC poderá prever a suspensão de processos administrativos com Auto de Infração lavrado”. Logo, deve-se concluir pela natureza suspensiva.

Por fim, entre as entidades que criaram os TACs, tem-se, ainda, a ANATEL que, por meio da Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, a qual aprova o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, dispôs a possibilidade, “a seu critério e na órbita de suas competências legais, com vistas ao melhor atendimento do interesse público, celebrar, com os infratores, compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais” (art. 5º) (ANATEL, 2012). A Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013, regulamentou tal artigo estabelecendo as regras para a celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC).

De acordo com o disposto no art. 11, § 3º desta Resolução, “a celebração de TAC acarretará o arquivamento dos processos administrativos a que ele se refere, ressalvadas as condutas infrativas não contempladas na negociação, cuja apuração e sancionamento devem seguir seu curso, em autos próprios” (ANATEL, 2013), evidenciando, assim, que os TACs celebrados pela ANATEL são substitutivos.

6. Âmbito de abrangência e limite temporal para a celebração dos TACs

Conforme já apontado, a Lei nº 9.469/1997, em seu art. 4º-A, admite a celebração de TACs não apenas para prevenir, mas também para terminar litígios. Logo, por existir a possibilidade de o TAC abranger ações judiciais nas quais se discuta a legalidade de uma multa aplicada, por exemplo, entende-se que não há limite temporal à celebração dos TACs.

A preocupação que se deve ter em mente quando o litígio versa sobre débitos inscritos em Dívida Ativa é a eventual renúncia de receita, que só pode ser feita nos estritos limites previstos no art. 14 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF).

Além disso, é sabido que as multas aplicadas pelas agências reguladoras, uma vez inscritas em Dívida Ativa, estão sujeitas à execução na via judicial, segundo o rito previsto no art. 2º, da Lei nº 6.830/1980. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2009) tem entendimento pacificado sustentando que:

“[...] o fato de a Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/91) afirmar que os débitos de natureza não tributária compõem a dívida ativa da Fazenda Pública não faz com que tais débitos passem, apenas em razão de sua inscrição na dívida ativa, a ter natureza tributária. Isso, simplesmente, porque são oriundos de relações outras, diversas daquelas travadas entre o estado, na condição de arrecadador, e o contribuinte, na qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária.”

Logo,

“[...] os débitos que não advêm do inadimplemento de tributos, como é o caso dos autos, não se submetem ao regime tributário previsto nas disposições do CTN, porquanto estas apenas se aplicam a dívidas tributárias, ou seja, que se enquadrem na definição de tributo constante no artigo 3º do CTN” (BRASIL, 2009).

Nesse sentido, é importante notar que as disposições contidas na LRF relativas à renúncia fiscal não deixam dúvidas de que se trata de renúncia de receita tributária. Por essa razão, entende-se que a celebração de um TAC por qualquer agência reguladora envolvendo multas já inscritas em Dívida Ativa não encontra óbice na LRF.

Apesar disso, cabe atentar ao fato de que as multas aplicadas pelas agências reguladoras, mesmo depois de inscritas em Dívida Ativa, continuam sendo suas receitas. Assim, não se vê óbice para que elas, mesmo na fase judicial, façam um juízo de oportunidade e conveniência sobre a continuidade da execução do valor da multa e cheguem à conclusão de que o interesse público será melhor atingido mediante a prestação pelo agente econômico de uma obrigação de fazer ou não fazer do que com o recebimento de um valor pecuniário.

De mais a mais, as receitas provenientes de multas não são receitas ordinárias das agências reguladoras, mas sim receitas extraordinárias, razão pela qual não dependem de sua arrecadação para fazer frente às suas despesas correntes, que são cobertas com as receitas provenientes

do pagamento das taxas de fiscalização/regulação. Assim, o não recebimento, pelas agências reguladoras, do valor das multas aplicadas não causa qualquer prejuízo ao seu funcionamento.

Cumpre destacar que o Tribunal Regional da 1^a Região tem admitido o encerramento de Ações Civis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público em matéria ambiental, quando celebrados TACs durante o curso da ação judicial, sendo, nestes casos, a ação extinta com julgamento de mérito, nos termos do art. 269, III, do CPC (BRASIL, 2011, p. 404).

Por tais razões, entende-se possível a celebração de TACs que englobem não apenas os procedimentos sancionatórios em curso na esfera administrativa, mas também as ações judiciais envolvendo as multas aplicadas pelas agências reguladoras (execuções fiscais, anulatórias, mandados de segurança etc.), quando, em um juízo de conveniência e oportunidade, elas verificarem que o interesse público será mais bem atingido dessa forma do que mediante a arrecadação do valor da multa aplicada.

Mesmo entendendo ser possível a celebração de TAC durante o procedimento administrativo – ou após, durante as ações judiciais em curso, até o seu trânsito em julgado –, algumas normativas de agências reguladoras fixam limites temporais. É o caso, por exemplo, da ANS que, em sua Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 57, de 19 de fevereiro de 2001, dispõe, em seu art. 4º, § 2º, que “não poderá ser celebrado termo de compromisso de ajuste de conduta após a aplicação de penalidade pela ANS” (ANS, 2001). Vale ressaltar que, apesar de existir apenas uma previsão quanto aos TACs, os mesmos não acontecem com as normativas sobre as MRCs.

7. Ônus e vantagens na celebração dos TACs

Conforme apontado, ao celebrarem o TAC, os agentes econômicos estarão trocando uma obrigação incerta (na medida em que tanto a existência da infração quanto o valor da multa, por exemplo, ainda poderão ser questionados administrativa ou judicialmente) por uma obrigação certa de fazer ou não fazer.

Significa que, diante de tal situação, o agente que sofre a regulação refletirá sobre as vantagens de renunciar ao direito de questionar uma multa (obrigação incerta), tanto na esfera administrativa quanto na judicial, e, por outro lado, os benefícios em assumir novas obrigações. Portanto, certamente, levará em consideração, por exemplo, a possibilidade de aplicação de circunstâncias atenuantes que têm o condão de reduzir, substancialmente, o valor da multa aplicada.

Logo, quanto mais cedo for proposto o TAC em procedimentos sancionatórios, maior será a dificuldade da iniciativa privada aceitar sua

celebração, haja vista o alto grau de incerteza com relação ao pagamento da multa. Porém, na medida em que o procedimento for caminhando para o seu fim, maior será o grau de certeza de que a multa será devida, tornando-se, assim, mais fácil a aceitação do agente econômico pela celebração de um TAC.

Por essas razões, as agências reguladoras devem levar em consideração não apenas o interesse público que poderia ser atingido com a celebração do TAC, mas também o interesse do agente (convergência de interesses) e, especialmente, a responsabilidade a que estão sujeitos os seus administradores. O agente deve desejar de fato celebrar o TAC, em vez de preferir a via litigiosa (administrativa e judicial), do contrário, o regulamento do TAC corre o risco de se tornar “letra morta”.

Em outras palavras, se o regulamento do TAC não prever condições mínimas que tornem a celebração do TAC não apenas atraente para os agentes econômicos, mas sobretudo justificáveis perante os seus acionistas, quando esses existirem, ou aos próprios sócios, os administradores continuarão preferindo discutir a legalidade das sanções, fazendo com que a regulamentação do TAC seja ineficaz.

Como, por meio do TAC, o agente regulado estará trocando uma obrigação incerta e futura (sanção) por uma ou mais obrigações certas e imediatas (obrigações de fazer ou não fazer), assumindo também a possibilidade de novas sanções ou a retomada da sanção já prevista, entende-se que o regulamento deve prever um equilíbrio entre os ônus e as vantagens da celebração do TAC, que sejam compatíveis com a fase processual em que se encontra o procedimento sancionador, podendo, eventualmente, ser estabelecidos, por exemplo, descontos escalonados sobre o valor da multa, que sejam substanciais, caso o procedimento esteja em seu início e diminuam gradativamente na medida

em que este for caminhando para o seu encerramento na esfera administrativa.

A única normativa que determina explicitamente uma espécie de escalonamento é a Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013, da ANATEL. Seu art. 5º, § 2º, institui que “caso o requerimento seja apresentado após a decisão condenatória de primeira instância, será devido, como condição para a celebração do Termo, o pagamento de 10% (dez por cento) do valor correspondente às multas aplicadas nos processos administrativos a que se refere o TAC” (ANATEL, 2013).

Além disso, a regulamentação editada pela ANATEL prevê, em seu art. 19, um escalonamento dos investimentos adicionais exigidos das prestadoras, que é proporcional à fase processual em que se encontra o procedimento sancionador.

Ademais, deve-se ter em mente que o TAC poderá vir a substituir ou suspender um grande volume de procedimentos cuja tramitação, na esfera administrativa e posterior execução na via judicial, consomem importantes recursos financeiros, humanos e tecnológicos das agências reguladoras, que serão liberados quando da assinatura do TAC. Assim, considerando que, quanto maior for o número de procedimentos substituídos/suspensos, maior será esse benefício para as agências; entende-se possível, a partir de uma análise econômica dos custos envolvidos na tramitação desses processos, aplicar descontos proporcionais ao número de procedimentos substituídos/suspensos a fim de incentivar esse tipo de conduta.

A única normativa que trata expressamente de tal possibilidade de substituição/suspensão é a Resolução nº 3.259 – ANTAQ, de 30 de janeiro de 2014, que estabelece, em seu art. 84, § 1º, que “o TAC poderá ser firmado para a correção de uma ou mais infrações cometidas, a critério da autoridade competente”. Foi tímida, mas ao me-

nos existe tal previsão. Entende-se também que, quando a ANS determina expressamente, como visto, um lapso temporal para a realização do TAC e, por conseguinte, impede tal prática, parece possível que o órgão máximo deliberativo das agências reguladoras utilize o TAC para substituir ou suspender o número desejado de procedimentos administrativos e/ou ações judiciais que entender possível.

Tal procedimento, fatalmente, poderá beneficiar todas as partes envolvidas: as agências, porque reduziriam seus custos com recursos financeiros, humanos e tecnológicos; os agentes regulados, porque poderiam ter um desconto proporcional ao número de procedimentos substituídos; por fim, os consumidores/usuários, porque o interesse público estaria, necessariamente, tendo de ser atingido.

8. Descumprimento dos TACs

A adoção, pelas agências reguladoras, de um modelo de TAC substitutivo confere ao descumprimento consequências distintas daquelas que decidem por um modelo suspensivo. No primeiro caso, as sanções aplicadas serão substituídas pelas obrigações previstas no TAC e, em caso de descumprimento deste, os procedimentos substituídos não retomarão o seu curso, visto que terão sido arquivados após a celebração do TAC. Assim, as consequências do descumprimento do TAC serão unicamente as que nele estiverem previstas. O mesmo não ocorrerá quando o efeito for suspensivo. Aqui, o procedimento sancionador voltará ao seu curso originário, sem prejuízo das sanções previstas pelo descumprimento do TAC. Além disso, em caso de descumprimento do TAC, as agências podem, ainda, ajuizar uma ação visando à execução forçada das obrigações ali previstas, nos termos do art. 645 do CPC.

Para compelir o agente econômico a cumprir as obrigações previstas no TAC, pode ser prevista, em seu bojo, uma multa diária em caso de descumprimento (*astreintes*). Essa previsão não é, contudo, obrigatória, tendo em vista que o juiz da execução pode fixá-la, caso ela não esteja prevista no TAC. No entanto, caso seja prevista, deverá ser prescrita em valores razoáveis, sob pena de serem reduzidos pelo juiz da execução, caso se tornem excessivos (art. 645, parágrafo único do CPC).

Tanto na hipótese de terem sido previamente fixadas no TAC quanto na de o serem somente pelo juiz da execução, é importante notar que as *astreintes* só serão cabíveis quando da execução do título, haja vista o seu caráter processual e a sua finalidade, que é compelir o agente econômico a cumprir a obrigação de fazer ou não fazer (BRASIL, 1999; 2004).

Por sua vez, a Lei nº 9.469/1997 estabelece, em seu art. 4º-A, inc. V, que o TAC deve conter “previsão de multa ou de sanção administrativa,

no caso de seu descumprimento”. Assim, entende-se que as agências reguladoras podem, com base nesse dispositivo, prever, no TAC, além da multa diária de caráter cominatório e que só será devida na hipótese de execução do título, uma multa de caráter moratório devida pelas empresas em caso de descumprimento das obrigações previstas no TAC, visto que tal multa tem natureza material – distinta, portanto, das *astreintes*.

Nesse caso, entende-se que se estaria diante de uma pena convencional, razão pela qual devem ser observadas as condicionantes previstas nos artigos 412 e 413 do Código Civil, a saber: (I) o valor da pena convencional não poderá superar o valor das obrigações assumidas no TAC; e (II) se as obrigações assumidas no TAC forem cumpridas parcialmente, o valor da pena convencional deverá ser reduzido de forma proporcional ao adimplemento das obrigações. Além disso, diferentemente das *astreintes*, que só seriam devidas quando da execução do título, entende-se que a pena convencional poderia ser cobrada administrativamente, sendo objeto de posterior execução fiscal, em caso de inadimplemento.

Cumpre, ainda, ressaltar que, em que pese o fato de a pena convencional e das *astreintes* poderem serem cumuladas dado que têm naturezas distintas, deve-se atentar para o fato de que a função da pena convencional, neste caso, não será indenizatória, mas coercitiva ou compulsória. Por essa razão, entende-se que, no momento da fixação da multa cominatória (*astreintes*), deve ser levado em consideração o valor da cláusula penal constante do TAC, devendo ser aquela reduzida em razão do valor desta.

Em outras palavras, como a função das *astreintes* é fazer com que a obrigação de fazer ou não fazer seja cumprida e como, neste caso específico, a cláusula penal, apesar de ter natureza distinta, também, exercerá essa função, em que pese o fato de não existir limite ao valor das *astreintes*, ao fixá-lo, as agências reguladoras deverão levar em consideração o valor já estabelecido na cláusula penal, pois, em caso de descumprimento do TAC, a prestadora terá de pagar tanto a multa moratória quanto as *astreintes*. Dessa forma, quanto maior for o valor da multa moratória (cláusula penal), menor deverá ser o valor da multa cominatória (*astreintes*), sob pena de esta se tornar excessiva.

A Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 57, de 19 de fevereiro de 2001, da ANS, determina como cláusula obrigatória dos TACs os “critérios de fixação do valor da multa a ser aplicada no caso de descumprimento total ou parcial do termo de compromisso” (art. 5º, inc. III) (ANS, 2001). Atrelado a tal obrigatoriedade, o art. 6º dispõe que, sem prejuízo da aplicação dessa penalidade, “o descumprimento do termo de compromisso de ajuste de conduta acarretará a revogação da suspensão do processo administrativo”, e isso significa que a primeira multa imposta será do

agente econômico também exigida e, caso esta ainda não tenha sido auferida, ao final do procedimento, terá o agente, necessariamente, de pagar caso fique demonstrada a irregularidade.

Além disso, essa resolução impõe, em seu art. 7º, que “o descumprimento do termo de compromisso de ajuste de conduta impedirá a celebração de novo termo pela operadora no prazo de dois anos [...]” (ANS, 2001). Tal prazo será contado do ato de revogação da suspensão do procedimento administrativo. Por conseguinte, o descumprimento do TAC ensejará sua remessa à Procuradoria, para a execução judicial das obrigações dele decorrentes, como título executivo extrajudicial (art. 14).

Outra agência que também impõe como cláusula obrigatória nos TACs o estabelecimento de multa pelo descumprimento é a ANEEL. Segundo o art. 21, § 3º, da Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004, além de obrigatoriedade tal cláusula, seu valor deverá ser “correspondente ao montante da penalidade que seria aplicada, acrescido de 20% (vinte por cento)” (ANEEL, 2004).

A Resolução Normativa nº 333, de 7 de outubro de 2008, que regulamenta tal artigo, determina, em seu art. 10, inc. III, cláusula obrigatória quanto à multa pelo descumprimento total ou parcial do Plano de Ação e/ou Investimentos pactuado, cujo valor será correspondente ao montante da penalidade que seria aplicada, acrescido de 20% (vinte por cento), sem prejuízo da imposição de multa, em valor fixo, por descumprimento de obrigação acessória estabelecida no Termo. Dispõe o art. 11, § 2º, que o valor da multa será atualizado pela taxa SELIC ou outro indicador que a venha substituir, devendo ser considerado como termo inicial da aplicação da taxa o segundo dia anterior à data em que for firmado o TAC.

Segundo o art. 11, da Resolução Normativa nº 333, na hipótese de descumprimento total ou

parcial do TAC, a agência deverá: (I) intimar o agente para, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da data da assinatura do Aviso de Recebimento (AR), manifestar-se sobre a constatação; (II) emitir Certificado de Descumprimento, caso consideradas improcedentes as alegações da intimada; e (III) comunicar ao agente para, no prazo de 10 dias, contado da data de assinatura do AR correspondente, pagar o valor da multa, sob pena de inscrição no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados de Órgãos e Entidades Federais (CADIN), nos termos da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e posterior encaminhamento à Procuradoria para inscrição do valor correspondente na Dívida Ativa e respectiva execução, nos termos da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

Além disso, o descumprimento do TAC impedirá a celebração de novo ajustamento de conduta, sobre qualquer objeto, no prazo de quatro anos, contado da data da emissão do Certificado de Descumprimento do TAC (art. 14). Por fim, exprime o art. 15 dessa resolução que, durante a vigência do TAC, não será admitida a celebração de outro TAC sobre o mesmo objeto. No que se refere especificamente a indicadores de qualidade do serviço, não será considerado mesmo objeto quando se tratar de área de abrangência diversa.

Já quanto à ANTAQ, estabelece a Resolução nº 3.259 – ANTAQ, de 30 de janeiro de 2014, que a multa prevista pelo inadimplemento do TAC deverá ser de, no mínimo, o teto da sanção pecuniária prevista em norma específica (art. 84, § 3º).

No que diz respeito à ANAC, a Resolução nº 199, de 13 de setembro de 2011, determina, em seu art. 6º, § 2º, que não será admitida penalidade de multa por descumprimento do TAC em valor inferior ao máximo previsto para a infração nos termos da Resolução nº 25, de 25 de abril de 2008, sem prejuízo de multa diária.

Logo, na hipótese de atraso ou descumprimento do TAC, deverá a ANAC: (I) intimar o agente para, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da data da assinatura do Aviso de Recebimento (AR), manifestar-se sobre os motivos do seu descumprimento; (II) emitir Certificado de Descumprimento, caso consideradas improcedentes as alegações da intimada, fixando a multa correspondente, sem prejuízo de outras providências administrativas cabíveis; (III) comunicar ao agente quanto à emissão de Certificado de Descumprimento, fixando-lhe prazo de 10 (dez) dias, contado da data de assinatura do AR correspondente, para o pagamento do valor da multa previsto no TAC, sob pena de inscrição do devedor no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados de Órgãos e Entidades Federais (CADIN), nos termos da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e posterior encaminhamento à Procuradoria para inscrição do valor correspondente na Dívida Ativa e respectiva execução, nos termos da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 (art. 9º). Segundo o § 2º do art. 9º, o valor da multa será atualizado pela taxa SELIC ou outra que venha a substituí-la.

O art. 10 da Resolução nº 199, de 13 de setembro de 2011, impõe que o descumprimento do TAC impedirá a celebração de novo ajustamento de conduta, sobre qualquer objeto, no prazo de 1 (um) ano, contado da data da emissão do Certificado de Descumprimento do TAC, salvo se o novo TAC, justificadamente, for proposto pela ANAC e aprovado pela Diretoria Colegiada.

Há também a Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013, da ANATEL, única a aplicar tanto a multa moratória (cláusula penal) como a multa cominatória (*astreintes*). O art. 13, inc. V, dessa Resolução estabelece que o TAC deverá conter cláusula sobre multas aplicáveis pelo descumprimento de cada item do cronogra-

ma de metas e condições dos compromissos, inclusive diárias pelo atraso na sua execução (ANATEL, 2013).

Segundo a normativa, constatados indícios de descumprimento a item do cronograma de metas e condições dos compromissos, o agente regulado será intimado a apresentar alegações no prazo de 15 (quinze) dias, cabendo à Superintendência de Controle de Obrigações (SCO) a análise das razões apresentadas e a proposta de aplicação de multa diária pelo Conselho Diretor (art. 25). A procuradoria, neste caso, poderá ou não ser ouvida.

Conforme dispõe o art. 26 dessa Resolução, a mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos acarretará a incidência de multa diária correspondente, em relação a qual se aplicam as seguintes regras:

“(I) a multa incidirá desde o dia seguinte ao do inadimplemento das respectivas obrigações, independentemente de prévia notificação do interessado, até o efetivo cumprimento das metas, ou até a primeira decisão do Conselho Diretor, o que ocorrer primeiro; (II) terá como teto o equivalente a, no mínimo, 2 (duas) vezes o valor correspondente ao item do cronograma de metas e condições descumprido; (III) o pagamento do valor correspondente ao somatório das multas diárias aplicadas deverá ser efetuado no prazo de 30 (trinta) dias, contado do recebimento da notificação acerca da decisão de aplicação de sanção; (IV) sobre a multa incidirá a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) desde o inadimplemento das obrigações, na forma do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e do art. 37-A da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; e, (V) quando não houver pagamento da multa no prazo de 30 (trinta) dias da notificação da decisão definitiva, o seu valor deverá ser acrescido dos encargos do art. 36 do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012” (ANATEL, 2013).

Todavia, se constatados indícios de descumprimento do TAC, a Superintendência de Controle de Obrigações (SCO) deverá, segundo o art. 27, intimar o agente regulado para, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, manifestar-se sobre a constatação; e, caso consideradas improcedentes as alegações, opinar sobre o descumprimento do TAC e encaminhar o respectivo processo administrativo à deliberação do Conselho Diretor, com proposta de emissão do Certificado de Descumprimento, ouvida a Procuradoria Federal Especializada junto à ANATEL.

Considera-se inadimplida a obrigação do TAC quando, ao término da vigência do termo de compromisso, não for integralmente cumprida (art. 28) ou se, ainda durante sua vigência, ocorra atraso ou descumprimento de obrigações correspondentes a mais de 50% (cinquenta por cento) do Valor de Referência do TAC (art. 29).

Fica clara a existência das duas espécies de multas no disposto no art. 30 da Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013, que prescreve que o inadimplemento de qualquer obrigação prevista no TAC importará na incidência da multa correspondente ao Valor de Referência a ela atribuído, sem prejuízo da multa diária correspondente à mora em sua execução e da decisão de descumprimento do TAC, a ser considerada quando ocorrer inadimplemento de obrigações correspondentes ao patamar igual ou inferior a 50% (cinquenta por cento) do Valor de Referência do TAC, não sanado integralmente no prazo de 6 (seis) meses após o término de sua vigência. Ademais, o adimplemento da obrigação após o término de vigência do TAC não afasta a mora nem exclui a incidência da multa prevista pelo seu descumprimento.

O Valor de Referência a ser dado ao TAC, para fins de execução em caso de eventual descumprimento, corresponderá à soma dos valores das multas aplicadas e estimadas dos processos administrativos a que ele se refere ou, caso não se trate de processo administrativo sancionador em trâmite, à estimativa da sanção que seria cabível pelo descumprimento objeto do ajustamento (art. 14).

Termina instituindo, em seu art. 31, que, em casos de descumprimento do TAC, será emitido Certificado de Descumprimento pelo conselho diretor; desse modo, deve a Superintendência de Controle de Obrigações (SCO) comunicar a decisão ao agente econômico, para que este pague, no prazo de 30 (trinta) dias, contado do recebimento da notificação, o valor apurado em liquidação correspondente às multas cabíveis.

Por fim, estabelece o art. 6º da resolução que não será admitido requerimento de TAC quando a prestadora houver descumprido outro TAC há menos de 4 (quatro) anos, contados da data da emissão do respectivo Certificado de Descumprimento, bem como quando houver, ainda durante sua vigência, atraso ou descumprimento de obrigações correspondentes

a mais de 50% (cinquenta por cento) do Valor de Referência do TAC, há menos de 8 (oito) anos, contados da data da emissão do respectivo Certificado de Descumprimento. Além dessas duas hipóteses relacionadas ao descumprimento, não se admitirá requerimento de TAC quando a proposta apresentada tiver por objetivo corrigir o descumprimento de outro TAC (ANATEL, 2013).

9. Valor dos TACs

Como o TAC é um ato administrativo negocial, por meio do qual o agente econômico assumirá certas obrigações, inclusive com cominações pelo seu descumprimento, sendo considerado tal acordo um título executivo extrajudicial, exige-se o estabelecimento de certas condições de certeza e exigibilidade, sendo uma delas o valor do TAC, que, no caso, deve ser certo e determinado e corresponder às obrigações assumidas.

A necessidade de o TAC conter valor assenta-se na própria segurança da execução do compromisso enquanto título executivo extrajudicial, uma vez que, do mesmo modo que o devedor da obrigação não pode furtar-se a cumprir o avençado tal como consta no título, o credor não pode exigir do devedor mais do que se encontra representado economicamente no título.

Ao determinar que o ajustamento de conduta tem como natureza constituir-se em acordo, de cunho contratual, o instituto deve obediência ao regime civil da transação no que lhe couber, dada sua atipicidade, a teor dos arts. 840 e seguintes do Código Civil.

Entende-se que, quando o TAC tiver natureza substitutiva, o seu valor deverá ser proporcional àquele do acordo ou transação, correspondendo, dessa forma, ao valor das obrigações assumidas pelos agentes econômicos no TAC, não devendo, portanto, ser equivalente ao das multas aplicadas ou previstas pelas agências reguladoras no âmbito dos procedimentos sancionadores.

10. Prazo máximo para a vigência dos TACs

Como o TAC é considerado título executivo extrajudicial, exige-se, para sua certeza e liquidez, além do valor, o estabelecimento de condições de tempo (prazo), modo e lugar de cumprimento, incluindo a vigência. Todavia, conforme mencionado, diante da inexistência de legislação específica dispondo sobre a matéria, competirá às agências reguladoras, quando da regulamentação do TAC, a definição e o estabelecimento das condições que entenderem necessárias ao atendimento do interesse público, podendo, se preciso for, fixar em resolução eventual limitação

legal ao prazo de vigência do TAC (discriçãonariade consentânea ao interesse público que se deve proteger).

Entretanto, podem as agências reguladoras preferir não proceder dessa forma; afinal, a fixação do prazo de vigência do termo deverá ser aquela necessária ao efetivo cumprimento de todas as obrigações assumidas. Isso porque quanto mais rígido for o regulamento, maior será a dificuldade das agências de equalizá-lo à realidade, ao momento e às circunstâncias fáticas do negócio a ser entabulado, por conseguinte, tornando, em alguns casos, inviável a celebração do TAC.

O regulamento do TAC deve prever condições mínimas que tornem a sua celebração atraente para os agentes econômicos, de forma associada à finalidade de possibilitar um melhor atendimento de interesses públicos. Assim, pode-se apresentar mais plausível à realidade do setor que as condições de vigência de determinado TAC levem em consideração a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas, as quais somente serão passíveis de definição no momento da celebração do ajustamento, não sendo factível sua previsão rígida em regulamento.

De forma prática e específica, o TAC deverá considerar, em cada caso, a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas, o nível dos investimentos necessários para o cumprimento das obrigações assumidas, a área geográfica de execução do compromisso, a complexidade técnica-operacional, entre outras circunstâncias, que só podem ser aferidas e definidas observando-se a realidade do caso e das obrigações que serão impostas à iniciativa privada.

Justamente em função disso, o art. 4º-A da Lei nº 9.469/1997, com a redação dada pela Lei nº 12.249/2010, não prescreveu prazos de vigência fixos para os TACs, pois reconhece que referidos prazos não podem ser estáticos para todas as situações. Dessa forma, sendo verificada a necessidade/conveniência de se firmar o TAC, apenas nesse momento será possível avaliar as obrigações que serão impostas *vis-à-vis* aos prazos suficientes e necessários ao cumprimento destas (BRASIL, 1997). Vê-se, pois, que grande parte das agências reguladoras que já regulamentaram os TACs não previram, em seus regulamentos, limitação legal ao prazo de vigência dos mesmos, sendo essa limitação dada conforme as particularidades do caso.

A Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 57, de 19 de fevereiro de 2001, da ANS, por exemplo, regula, em seu art. 5º, inc. IV, a obrigatoriedade de cláusula que estabeleça a vigência do termo de compromisso. O mesmo é estipulado pela ANAC (art. 6º, inc. IV, da Resolução nº 199, de 13 de setembro de 2011). Não existe, como pode ser percebido, um prazo máximo que necessariamente deve ser cumprido. Parece, portanto,

acertada a conduta da ANS e da ANAC em determinar apenas a obrigatoriedade de um prazo, afinal, existe previsão expressa nestas agências de que o TAC é um título executivo extrajudicial (respectivamente, art. 14 e art. 6º, inc. VIII).

Também há previsão quanto à vigência como cláusulas obrigatorias nos TACs realizados pela ANEEL (art. 10, inc. IV, da Resolução Normativa nº 333, de 7 de outubro de 2008). A diferença é que a ANEEL não coloca de forma expressa o caráter de título executivo extrajudicial.

Tal linha de raciocínio, porém, não foi seguida pela ANATEL que, na Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013, estabeleceu, em seu art. 13, inc. VIII, obrigatoriedade de cláusula contendo a vigência do TAC, cujo prazo será improrrogável e não poderá ser superior a 4 (quatro) anos.

11. Confissão das infrações

A partir da premissa de que o TAC é um ato administrativo negocial, constitutivo, emanado com discricionariedade e com efeitos substitutivo ou suspensivo, haja vista ser um instrumento cuja função precípua é incentivar a consensualidade, assim, tendo como objetivo uma maior eficácia e celeridade na preservação e restauração de bens protegidos, bem como a inibição/cessão de supostas violações às disposições legais, regulamentares e contratuais, sendo sabedor de que, para que esse ato bilateral ocorra, deve existir reciprocidade de ônus e vantagens, entende-se que a assinatura do TAC não deve implicar, por parte dos agentes econômicos, o reconhecimento de ilícitos de qualquer natureza, pois a matéria de fato é posta em segundo plano diante da atuação negocial da administração pública, com isso, objetivando outros fins – via mais consentânea com o interesse público – não relacionados à confissão da infração (MOREIRA NETO, 2003, p. 157). Nesse sentido, cumpre destacar que essa tem sido a posição adotada pelas agências reguladoras.

A Lei nº 9.656/1998 determina, em seu art. 29, § 3º, que a assinatura do termo de compromisso de ajuste de conduta pela ANS não importa confissão do compromissário quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração. Além da previsão legal, a Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 57, de 19 de fevereiro de 2001, em seu art. 3º, apresenta previsão idêntica.

Outra resolução que trata do tema é a Resolução Normativa nº 333, de 7 de outubro de 2008, da ANEEL, que, em seu art. 8º, dispõe que a assinatura do TAC não importa confissão do agente quanto à matéria de fato, nem o reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração.

Ainda, pode-se citar a previsão na Resolução nº 199, de 13 de setembro de 2011, que, em seu art. 4º, prevê que a proposição do TAC e a sua

celebração não importam confissão do agente quanto à matéria de fato, nem o reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração, que seguirão o procedimento administrativo previsto nas normas da ANAC.

Por fim, a última agência que dispõe tal previsão de forma expressa é a ANATEL, que, na Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013, em seu art. 5º, § 1º, prescreve que o requerimento de TAC e a sua celebração não importam em confissão da compromissária quanto à matéria de fato, nem no reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração.

Assim, seguindo o já regulamentado pela maioria das agências reguladoras, entende-se que a celebração de um TAC não deve importar confissão das infrações.

12. Alteração das condições pactuadas nos TACs durante a sua vigência

As agências reguladoras devem eleger, consensualmente, com os agentes econômicos, a via mais adequada para atingir o interesse público que elas devem proteger. Ao longo da vigência do TAC, as agências têm o dever não apenas de fiscalizar o seu cumprimento, mas, sobretudo, de verificar se as obrigações assumidas pelos agentes regulados estão efetivamente atendendo ao interesse público que se visa proteger. Afinal, esta é a finalidade última do TAC.

Nesse sentido, é importante lembrar que é perfeitamente possível que, ao longo da vigência de um TAC, uma ou mais obrigações assumidas possam se tornar inexequíveis. Levando-se em conta a aplicação das regras do Código Civil aos TACs, caso isso venha a ocorrer, a obrigação será resolvida (art. 248), razão pela qual não se poderá, evidentemente, cogitar da aplicação de qualquer sanção ao agente econômico nessa hipótese. Por sua vez, o interesse público visado não terá sido atingido.

Assim, caso as agências verifiquem, no decorso da vigência dos TACs, que as obrigações assumidas pelos agentes econômicos não atingirão o fim público ao qual se destinavam, quer porque seu cumprimento se tornou inviável ou extremamente oneroso, quer porque as condições fáticas inicialmente previstas mudaram ao longo do tempo, entende-se que as agências, em vez de aguardarem o descumprimento do TAC para, posteriormente, aplicarem as sanções nele previstas, podem antecipar-se e, de comum acordo com as entidades, aditar o instrumento, adequando-o na medida necessária ao atingimento do interesse público, tendo em vista não apenas a sua finalidade, mas, também, a sua natureza negocial. Isso porque, uma vez reconhecido que o TAC é a melhor alternativa para atingir o interesse público, as agências devem procurar preservá-lo, desse modo, evitando retornar ao estado anterior de litigiosidade, que se daria caso o TAC deixasse de ser cumprido e as agências voltassem a aplicar uma multa ao agente econômico.

Entende-se que essa postura vai ao encontro da concepção consensualista da atuação administrativa, que visa a conferir um resultado positivo para a sociedade (dever de boa administração e de administração de resultado).

Conclusões

Sabe-se que ao regulador cabe o papel de ponderação dos vários interesses em questão. A passagem da relação de simples supremacia para uma complexa relação de ponderação é uma das marcas do atual estágio evolutivo do direito administrativo. A intensificação da participação e a multiplicação das figuras consensuais de Administração, também, são fatores que registram essas mudanças nessa área jurídica.

No âmbito regulatório, a promoção do interesse público dá-se pela função normativa

administrativa, seja em abstrato, seja em concreto; a função de satisfação do interesse público se dá pela função executiva administrativa das decisões abstrata ou concretamente tomadas; e a função de recuperação do interesse público se realiza pela função judicativa administrativa, pela qual se reaprecia a juridicidade das decisões normativas administrativas, das decisões executivas e das decisões judicativas de que caibam recursos.

Como quaisquer delas, admite atuação consensual, e, dessa forma, abrem-se respectivamente: um campo de administração normativa concertada, um campo de administração executiva concertada e um campo de administração judicativa concertada – todas as possibilidades com o objetivo de sempre maximizar resultados de interesse comum com menores custos e o mais celeremente possível.

A ideia que subjaz nessas novas formas de administrar é a de fortalecer a prevenção administrativa dos conflitos, que se multiplicam nas sociedades contemporâneas e geram uma avalanche de litígios contra o Poder Público, abarrotando as prateleiras dos ofícios de justiça com milhares de processos que poderiam ser evitados. A busca do incremento dessa atuação preventiva e de composição de conflitos administrativos já instaurados é uma das mais importantes conquistas da cidadania e da sociedade em geral; e tudo isso se dá graças à possibilidade de utilização do consenso como modalidade substitutiva/suspensiva da ação unilateral e imperativa do Estado.

Em outras palavras, presencia-se a evolução da decisão administrativa tradicional (ato administrativo) e também a do processo administrativo imperativo ou de parte dele para se adotarem processos abertos, dotados de procedimentos de contraditório ampliados ou, pelo menos, ampliáveis, e de negociação, podendo-se destacar, com nitidez, dois tipos de

processos preventivos pelos quais se procura antecipar a eclosão de um conflito, o qual se revele iminente, e, assim, dar-lhe solução cautelar: da comissão de conflito e do acordo substitutivo/suspensivo. São instrumentos ainda pouco praticados, não obstante tenham um imenso potencial, notadamente na administração setorial autônoma, como a que pretende ver praticada no âmbito do direito regulatório.

O atraso na aceitação das vantagens das vias negociais nas atividades estatais muito se deve à visão imperativa da administração pública a reboque da interpretação absoluta que se conferia à indisponibilidade do interesse público, segundo a qual negociar na esfera administrativa seria o transacionar com a substância do interesse público, o que proscreveria todos os instrumentos do gênero: a conciliação, a mediação, a arbitragem, os ajustes de conduta, etc. Ora, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a administração pública, no âmbito do direito administrativo, jamais se cogita de negociar a substância do interesse público, mas sim de flexibilizar a forma de alcançá-lo, de modo a atingi-lo com maior eficiência.

O caso é que coexiste, sempre, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo e, dessa forma, de lograr resultados na realização da justiça e da paz social. E esses interesses em prevenir e dirimir conflitos no âmbito administrativo e de, com isso, retomar a normalidade nas relações sujeitas à sua disciplina própria, indubitavelmente, é da maior importância tanto na esfera social como na econômica, o que justifica plenamente que sejam encontrados caminhos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que não aqueles que deveriam ser unilateralmente aplicados pelo Poder Público por simples subsunção a normas legais quase sempre incompletas e

defasadas, pela impossibilidade de os parlamentos acompanharem os desdobramentos relacionais conflitivos abertos pela complexidade da vida contemporânea.

São essas atuações de vanguarda que exigem atuação ponderada por parte da administração pública neste terceiro milênio, sob pena do esmagamento institucional pelo peso dos conflitos que se multiplicam. Sob outro ângulo pelo qual se pode apreciar a questão da ampliação modal da administração pública, tem-se que a busca da efetividade, com o firme propósito de realização do interesse público específico, ultrapassa a ideia de lograr-se a mera eficácia dos atos do poder público. Isso porque se acresce a exigência de apreciação do resultado concreto da ação, e não apenas a de apreciação de sua aptidão para alcançá-lo em abstrato.

Assim, ao se considerar a importância de aferir o resultado da ação estatal, notadamente na administração pública, torna-se imprescindível aditar a característica finalística da eficiência. A preocupação não se dá apenas com o ato de decisão, como era da tradição administrativa, mas, bem mais além, com o resultado do decidido.

A utilidade da menção a esses recentes e judiciosos ensinamentos é a de demonstrar que a Administração não só está autorizada como tem o dever de ponderar entre os custos e benefícios da aplicação da norma, bem como o de evitar excessos, para tanto, adotando medidas que não se compatibilizem com esse dever de ponderação.

Especificamente, em se tratando da imposição de penalidades, por óbvio, extrai-se, das lições citadas e da própria essência do instituto da regulação, que, no processo administrativo sancionatório, as sanções aplicáveis em tese, mesmo que situadas abaixo do limite máximo previsto na moldura regulatória, não apenas podem como devem ser substituídas com vantagem por obrigações alternativas sempre que disso resulte ampliação dos benefícios aos destinatários da regulação – no caso, o público, os usuários ou consumidores do serviço.

No acordo substitutivo/suspensivo, a Administração flexibiliza sua atuação imperativa (sem flexibilizar o interesse) – que lhe é própria e serve-lhe de modo geral de atuação – para adotar uma atuação consensual – que lhe passa a ser aberta em hipóteses legais para servir-lhe de modo especial de atuação – sempre que for motivadamente possível demonstrar que o interesse público primário a seu cargo possa ser atendido mais eficientemente ou mais celeremente por esse modo, bem como de fazê-lo sem infligir prejuízo a outros interesses juridicamente protegidos, que possam ser igualmente ponderados em uma relação conflituosa ou pré-conflituosa que se estabeleça processualmente e com plena visibilidade.

Tal é a flexibilidade instrumental do acordo substitutivo/suspensivo que tanto pode ser aplicado a uma específica relação questionada e,

nesse caso, terá eficácia restrita entre as partes, como pode ser aplicado a relações homogêneas, caso em que o processo deverá ser aberto aos interessados, e, por sua vez, a Administração as regulará também de modo homogêneo, produzindo eficácia genericamente ampliada.

Para compor essas relações, singular ou coletivamente consideradas, por meio do emprego de acordos substitutivos/suspensivos, a Administração deverá exarar decisão motivada, em que, como condição de validade do ato, demonstre a ponderação de interesses por ela desenvolvida, apontando as vantagens da solução a que chegou pela via da negociação, tendo em vista todos os interesses relevantes envolvidos.

A via negocial está implícita ao deslegalizar determinado setor da administração pública para submetê-lo a um regime *regulatório*, caso em que uma ampla competência negocial e arbitral do regulador será uma normal consequência desse regime, quando deva atuar no regular desempenho da modalidade parajurisdicional de regulação.

Não se trata de um contrato, mas de um ato administrativo negocial regido pelo direito administrativo, não se confundindo com a transação, que, conquanto seja também um instituto que privilegia a via do consenso, é um instituto processual civil.

Dessa forma, o TAC, pela via consensual, como forma de resolução de conflitos e realização do interesse público, mostra-se uma solução adequada à reversão imediata da sanção aplicada em medida benéfica para a sociedade, sendo um importante instrumento de composição de conflitos e regulação do setor, pois confere maior eficiência à coercividade estatal, de modo a possibilitar e assegurar a cessação da prática investigada com a reparação de seus efeitos lesivos, ainda que em potencial. Ademais, diminui o tempo necessário que o regulador leva para adequar a conduta à norma, aumenta a efetividade das decisões administrativas, reduz as chances de questões regulatórias serem transferidas para o Poder Judiciário e, por conseguinte, minora os custos do *enforcement* e do órgão regulador em investigar práticas supostamente ilícitas.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. Resolução n. 199, de 13 de setembro de 2011. Estabelece os procedimentos para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta no âmbito da ANAC.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Resolução normativa n. 63, de 12 de maio de 2004. *Diário Oficial da União*, 13 maio 2004.

_____. Resolução normativa n. 333, de 7 de outubro de 2008. Estabelece critérios e procedimentos para celebração de Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta entre

a ANEEL e as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 10 out. 2008.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS . Resolução de diretoria colegiada n. 57, de 19 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=360>. Acesso em: 2 mar. 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL. Resolução n. 589, de 7 de maio de 2012. Aprova o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas. *Diário Oficial da União*, 10 maio 2012.

_____. Resolução n. 629, de 16 de dezembro de 2013. Aprova o Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC). *Diário Oficial da União*, 18 dez. 2013.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS – ANTAQ. Resolução n. 987, de 14 de fevereiro de 2008. *Diário Oficial da União*, 19 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/pdfSistema/publicacao/0000000591.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2015.

_____. Resolução n. 3.259, de 30 de janeiro de 2014. *Diário Oficial da União*, 3 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/pdfSistema/Publicacao/0000006315.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT. Resolução n. 152, de 16 de janeiro de 2003. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 jan. 2003. Disponível em: <http://appweb2.antt.gov.br/resolucoes/00200/resolucao152_2003.htm>. Acesso em: 2 mar. 2015.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. A consensualidade no direito administrativo. *Boletim de Licitações e Contratos* – BLC, Curitiba, ano 19, n. 9, set. 2006.

Brasil. Lei n. 7. 347, de 24 de julho de 1985. [Lei de ação civil pública]. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 25 jul. 1985.

_____. Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jul. 1997.

_____. Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. *Diário Oficial da União*, 4 jun. 1998.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 169.057. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ, 16 ago. 1999.

_____. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º fev. 1999.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 422.966. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ, 23 set. 2003. *Diário da Justiça*, 1º mar. 2004.

_____. Recurso especial n. 1.073.094/PR. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. DJ, 17 set. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 23 set. 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação Cautelar n. 200438020037467. Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus. *Diário da Justiça Federal da Primeira Região*, 7 out. 2011. p. 404.

- CAMMELLI, Marco. Amministrazione di risultato. In: AA. VV. *Anuario dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2002.
- CORSO, G. Amministrazione di risultati. In: AA. VV. *Anuario dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2002.
- CUNHA, Paulo César Melo. *A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- FERRARA, Rosario. *Introduzione al diritto amministrativo: le pubblicazioni amministrazioni nell'era della globalizzazione*. Roma-Bari: Laterza, 2003.
- FINK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil pública ambiental: reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, E. (Org.). *Ação Civil Pública: lei 7.347/1985: 15 anos. 2. ed.* São Paulo: RT, 2002.
- GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. 2v.
- IANNOTTA, Lucio. La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dell'interesse legittimo al buen diritto. In: AA. VV. *Diritto processual amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1998.
- _____. Costruzione del “futuro” delle decisioni e giustizia nell'Amministrazione di risultato. In: AA. VV. *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*. Torino: G. Giappichelli, 2003.
- _____. Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative: l'arte di amministrare. *Diritto processual amministrativo*, Milano, v. 23, n. 1, p. 1-51, 2005.
- IRELLI, Vincenzo Cerulli; LUCANI, Fabrizio. La semplificazione dell'azione amministrativa. *Diritto amministrativo: rivista trimestrale*, Milano, ano 1, n. 3/4, p. 617-656, jul./dez. 2000.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP, Belo Horizonte, v. 8, n. 31, p. 51-68, out. 2010.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- _____. *Direito político: uma democracia em vias de transformação*. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 6, 2000.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ONOFRE, Thaiz Rodrigues. A natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2785, 15 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18488>>. Acesso em: 27 fev. 2013.
- PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- PROENÇA, Luis Roberto. Compromisso de Ajustamento de Conduta. In: PROENÇA, L.R. *Inquérito civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2001.
- SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 67-93, out./dez. 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SPASIANO, Mario Rosário. *Funzione amministrativa e legalità di risultato*. Torino: Giappichelli, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia* – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011.

TASSONE, A. Romano. Sulla formula “administrazione per risultati”. In: AA. VV. *Scritti in onore di Elio Casetta*. Napoli: Jovene, 2001.

O cidadão vai ao Parlamento

Etnografia de visitas cívicas ao Congresso Nacional

ANTONIO TEIXEIRA DE BARROS

Sumário

1. Introdução. 2. Estratégias para a entrada no campo e a observação etnográfica. 2.1. O corpo funcional. 2.2. O percurso da visita, suas estações e a reação dos visitantes. 2.3. O cidadão no Plenário: encantamento, ceticismo e indignação. 2.4. Interações e *performances*. 2.5. A história e a memória política do parlamento no discurso dos guias. 2.6. Cartografias estatísticas do *mundo dos visitantes*. 3. Considerações finais.

1. Introdução

Este artigo apresenta os resultados de um estudo etnográfico sobre o programa de visitação cívica ao Palácio do Congresso Nacional, sediado em Brasília. Ao longo da observação, constatamos que o próprio trajeto percorrido é carregado de sentidos simbólicos, em função da hierarquia e funções dos espaços pelos quais os visitantes transitam, conforme será detalhado adiante. Por essa razão, um dos eixos da análise é o percurso da visita em si, o qual é composto por várias estações, com paradas para os cidadãos ouvirem as explicações dos guias, que atuam como mediadores entre o *mundo de dentro* e o *mundo de fora*. Outro aspecto eleito para a investigação são as reações, atitudes e manifestações dos visitantes durante as estações que compõem o trajeto cívico. Trata-se de um universo rico de expressões, comentários, interjeições que expressam espanto, encantamento, ou ainda ceticismo, deboche e indignação.

Antonio Teixeira de Barros é doutor em Ciências Sociais. Docente e pesquisador do Programa de Mestrado em Ciência Política do Centro de Formação da Câmara dos Deputados – CEFOR (Brasil).

Aderimos, portanto, à visão de que o etnógrafo é um tradutor, ou seja, um *sujeito-intérprete* diante de um *mundo-texto*, desafiado a lidar com a polissemia na aventura de produzir sentidos no seio de relações sociais, em um diálogo complexo entre contextos relacionais e suas respectivas mutualidades, como ocorre na visitação.

O objetivo principal da observação etnográfica, portanto, é captar e interpretar esse profícuo terreno de sentidos e as atitudes dos visitantes durante o período em que estão no interior do Palácio do Congresso Nacional. Em segundo lugar, examina-se o ponto de vista dos principais atores envolvidos no projeto, ou seja, os guias e os servidores que exercem a função de coordenação, supervisão e *mentoring* das visitas, com o propósito de compreender suas motivações, expectativas, rotinas e dinâmicas de trabalho, além de suas estratégias de interação com os visitantes. Afinal, os regimes de ação desses atores são articulados por saberes práticos e formalizados, com seus modos próprios de constituição de competências críticas aplicadas às situações e seus contextos performáticos.

A visita é analisada como um movimento simbólico e um ato de cidadania. Trata-se de um gesto cívico que passa por um conjunto de operações cognitivas que resultam na livre escolha e na decisão do cidadão de ir até o Parlamento. Essa iniciativa reveste-se de especial sentido simbólico, uma vez que existe no Brasil o clichê de que o mundo da política é um campo externo e temporário (SCOTTO, 1994), ou seja, um território distante do cidadão, uma nítida demarcação entre a *superpolítica* e a *subpolítica* (BECK, 2009). Essa distância é decorrência do próprio sistema de representação política, que cria uma separação entre o cidadão e o Mundo político (SANTOS, 1995). A motivação institucional para implantar o sistema de visitação guiada revela conexão com esse clichê, conforme se pode inferir do depoimento de um dos coordenadores do projeto:

“Uma das funções principais da visita guiada é *aproximar o cidadão do parlamento brasileiro*, fazer com que ele sinta que aqui é a Casa do Povo, o lugar do debate democrático e da tomada de decisões pelos representantes que o povo elegeu” (grifo nosso).

O projeto de visitação em estudo deve ser entendido à luz do contexto político brasileiro desenhado a partir da redemocratização, marcado por um déficit histórico de participação, transparência e *accountability*, em decorrência de um longo período de disjunção entre o Estado e a sociedade (DINIZ, 2000). Após a promulgação da Constituição de 1988, várias iniciativas começaram a ser implementadas, desencadeando um processo de aproximação das instituições do Estado com a sociedade civil, incluindo os serviços criados pelas instituições públicas para atendimento, relacionamento e interação com a sociedade.

Como se trata de *tour* turístico, adotamos como estratégia narrativa a descrição e análise dos percursos e suas estações. Em seguida, construímos um panorama sintético, com um quadro resumo focado nas interações e *performances* dos atores. A fim de oferecer ao leitor uma visão geral sobre o perfil de quem visita o Congresso Nacional, são expostos alguns dados

estatísticos, compilados a partir de pesquisas já existentes sobre o projeto (HENRIQUE, 2009; PINTO NETO, 2012; ROCHA, 2012).

2. Estratégias para a entrada no campo e a observação etnográfica

O período de investigação, incluindo as visitas prévias para a negociação com a chefia do setor, durou seis meses, de maio a outubro de 2013. A observação etnográfica foi realizada em várias etapas, em função da complexidade e dinamismo das visitas. Em cada grupo formam-se diferentes configurações relacionais. Cada mediador que conduz o *tour* tem características próprias. Além disso, o dia da semana, o horário e o turno também interferem na dinâmica da visitação. Em razão de tudo isso, a estratégia adotada foi uma escala de monitoramento dos grupos em dias e horários variados, incluindo o final de semana e os feriados, períodos de maior fluxo de visitantes.

Outra etapa relevante foi a análise dos documentos institucionais como estratégia para aproximação com os coordenadores do programa. Sem o apoio deles, a investigação seria inviável. Por essa razão, fizemos um cronograma de visitas semanais, com entrevistas com os responsáveis pelo projeto, além de consulta aos documentos institucionais, que compõem um vasto e disponível acervo com relatórios, atas de reuniões, levantamentos estatísticos e registros escritos das manifestações dos próprios visitantes.

A análise dos documentos serviu para nos situar em termos das rotinas, processos e dinâmicas de trabalho dos atores. Assim, os documentos oficiais foram tomados como uma modalidade de *discurso nativo*, uma vez que articulam os saberes práticos e a consciência discursiva dos responsáveis pela visitação. Essa etapa adicional contribuiu para uma compreensão alargada sobre a natureza e os objetivos do projeto. Foram relevantes os inventários, relatórios, avaliações institucionais, projetos de alteração dos procedimentos e protocolos de interação dos guias com os cidadãos. Dessa forma, a análise documental serviu para orientar a etnografia, no que se refere à compreensão dos contextos institucionais, do ponto de vista social e simbólico (CUNHA, 2004). Ademais, essa etapa favoreceu o registro no diário de campo sobre as construções burocráticas e as narrativas profissionais inscritas no arquivo observado, um espaço para o entendimento das redes de relações objetivadas nos carimbos, assinaturas, registros temporais, atas e pautas de reuniões, como um processo de “tecer e destecer ininterrupto dessas relações”, um fluxo contínuo “gerador das rotinas da vida social e da recriação das estruturas sociais” (DOMINGUES FILHO, 2004, p. 220).

Além disso, essa etapa favoreceu a construção de um clima sociável com os agentes que fazem parte do corpo funcional permanente, o que contribuiu para a negociação de um regime de convivência com os informantes institucionais. As pequenas *configurações sociais* (ELIAS, 1994) que se formavam nesses encontros favoreceria o contato informal do investigador com os informantes e facilitava a gestão, de ambas as partes, da *arte de manipular a interação* (GOFFMAN, 2012), com as *máscaras sociáveis* típicas dos rituais de civilidade da *diplomacia cotidiana* (SENNETT, 2012).

Quanto ao protocolo adotado, chama a atenção o ceremonial da interação, que requer o uso de um rigoroso ritual de civilidade no cumprimento ao cidadão, no modo de abordar em caso de dúvida sobre uma determinada questão formulada pelo visitante, na condução e no encerramento do *tour* cívico, conforme transcrito abaixo:

“Bom dia / boa tarde a todos. Sejam todos muito bem-vindos ao Palácio do Congresso Nacional. É uma satisfação recebê-los aqui e poder apresentar aos senhores e senhoras um pouco sobre a história e o funcionamento do Poder Legislativo, um dos pilares da democracia.

Senhoras e senhores, aqui encerramos a nossa visita. Foi um honra acompanhá-los nesse percurso. Agradecemos mais uma vez a atenção de todos em nome da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Espero que a visita tenha sido proveitosa pra todos e que tenha ajudado a todos entenderem um pouco mais sobre o trabalho legislativo.”

Durante a observação chamou a atenção o protocolo interno associado ao aparato de registro das manifestações dos cidadãos no livro *Palavra do Visitante*. O livro fica à disposição dos cidadãos no que se refere ao registro de suas manifestações, sejam positivas ou negativas. As

anotações são acompanhadas frequentemente pelos gestores e se tornaram uma fonte de avaliação e mensuração dos resultados da visita em termos de gestão de imagem pública do Congresso Nacional (PINTO NETO, 2012). Além disso, há um *blog* destinado à divulgação do projeto e também à interação com os visitantes <<http://www.blogdavisitacao.com.br/>>, o qual é atualizado semanalmente. Um inventário dos sistemas informáticos usados no serviço mostra uma complementação entre as diferentes formas de registro e o modo como os recepcionistas e a equipe de *mentoring* interagem, constituindo uma *rede sociotécnica* (LATOUR, 2000), na qual os atores humanos e não-humanos exercem uma espécie de simetria em termos de concertação em prol do registro e transcrição das expressões dos visitantes.

2.1. O corpo funcional

O corpo funcional do serviço de visitação é composto por 61 pessoas, distribuídas em 49 guias e 12 agentes públicos que integram a equipe de coordenação, supervisão e *mentoring*. Os coordenadores são responsáveis pela condução protocolar do serviço, especialmente no que se refere aos rituais de civilidade na conversação com os visitantes. Para garantir a disciplina no exercício diário desses rituais de civilidade, além de redigirem *scripts* para as variadas situações de interação, a equipe de *mentoring* monitora diariamente a *performance* dos guias, inclusive do ponto de vista da entonação da voz, da empatia com o visitante e do tom de cortesia, mesmo nos casos em que o cidadão manifesta a sua indignação e protesta contra a atuação parlamentar. Em suma, ressalta-se a função de garantir que o caráter cerimonioso da interação seja preservado, inclusive em circunstâncias de exaltação e indignação dos visitantes. Por se tratar de uma ocasião formal, há necessidade

de distanciamento e de manutenção da ordem protocolar. Afinal, a formalidade é entendida como uma propriedade do contexto social em situações cerimonialistas (IRVINE, 1984).

Em termos mais abrangentes, o caso em estudo reforça visões já registradas na bibliografia especializada sobre etnografias de situações vivenciadas em instituições legislativas e parlamentares, reiterando a importância do cerimonial e dos rituais no âmbito das atividades e rotinas ritualizadas do parlamento, especialmente no que se refere às formas de comunicação (RAI, 2010; CREWE, 2010). São características inerentes ao campo das atividades parlamentares, ou seja, reiteram-se tanto para “os de fora” como para “os de dentro” as visões dominantes e hegemônicas de política. Trata-se de uma forma de exercer o poder no plano cognitivo (ARMITAGE, 2010). Outros estudos nesse campo ressaltam a relevância da ordem protocolar e ritualística nas dinâmicas e rotinas legislativas (CREWE, 2010; ARMITAGE, 2010).

2.2 O percurso da visita, suas estações e a reação dos visitantes

O início da visita é marcado por um conjunto de elementos simbólicos típicos dos ambientes parlamentares (RAI, 2010; WAYLEN, 2010). Os visitantes entram pela rampa de acesso da entrada principal do Palácio, a mesma utilizada para as recepções de chefes de Estado e demais autoridades. Essa rampa dá acesso ao Salão Nobre, espaço destinado às recepções de autoridades, onde ficam os visitantes enquanto esperam o momento de serem conduzidos pelos guias. Nesse salão, os visitantes são recepcionados pelos funcionários do *staff* da instituição e recebem as informações iniciais. O propósito disso tudo é causar impacto positivo na recepção, como expressa um dos integrantes da equipe de *mentoring* do programa de visitação:

“A ideia é fazer o cidadão se sentir prestigiado já na entrada do Palácio, começando pelo acesso à rampa e à recepção no Salão Nobre. É como se ele é que fosse a autoridade naquele momento. Afinal, estamos falando da Casa do Povo. Portanto, temos o propósito de proporcionar ao visitante um clima especial.”

Em seguida, o guia conduz os cidadãos para um pequeno auditório, no qual é projetado um vídeo, com duração de três minutos. Além da dimensão arquitetônica e monumental do Palácio, a ênfase do vídeo é posta na história recente do parlamento, especificamente na resistência à ditadura e no processo de redemocratização, com seus personagens emblemáticos, a exemplo de Ulisses Guimarães. Os feitos do Poder Legislativo também são ressaltados, com a apresentação de leis de grande

apelo social, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e a Lei Maria da Penha. Outro eixo do documento audiovisual são explicações sobre o funcionamento e as atribuições das duas casas legislativas.

Após as informações básicas iniciais oferecidas pelo vídeo, os visitantes iniciam um percurso de caminhada de 30 minutos por alguns dos espaços selecionados para o roteiro. O Salão Verde (da Câmara) e o Salão Azul (do Senado)¹ são percorridos com entusiasmo e admiração pelos cidadãos. A curiosidade é aguçada por se tratar de dois cenários bem conhecidos do público devido às transmissões televisivas. Nesse momento, é comum a manifestação de surpresa e de encantamento das pessoas, que interagem com seus amigos e parentes:

“Nossa! É muito maior do que parece na televisão!”

“Caramba! Que bacana!”

“Impressionante!”

“Como é bonito!”

Em suma, os comentários se resumem a interjeições e termos corriqueiros da linguagem coloquial. Contudo, expressam o impacto que a organização arquitetônica do espaço causa ao visitante. No Salão Verde há uma parada para o guia tecer explicações sobre um rico acervo de obras de arte, incluindo peças de Marianne Peretti, Alfredo Ceschiatti, Burle Marx, Atos Bulcão e outros. Em geral, faz-se um silêncio total. A surpresa é manifesta apenas nas fisionomias, gestos e olhares. Encontrar obras de arte no Congresso Nacional surpreende. Os apreciadores de obras artísticas ficam encantados.

¹Trata-se dos dois espaços de maior dimensão, destinados à circulação de parlamentares, visitantes e autoridades. Também são conhecidos como o ponto em que os jornalistas ficam à espera de parlamentares para entrevistas e declarações.

Porém, a impressão é a de que a maioria não tem informação nenhuma sobre as obras e os artistas. Há um impacto, mas o desconhecimento parece dominar a situação. No contexto geral da visita, observa-se que o acervo artístico é pouco valorizado pelos cidadãos. Trata-se de algo que é incluído no pacote de informações do roteiro, mas até causa surpresa na maioria dos presentes. A iniciativa expressa o poder de seleção e enquadramento da instituição, que dispõe de um vasto acervo artístico, principalmente esculturas e pinturas de valor histórico. Ao indagarmos um dos coordenadores do projeto sobre a iniciativa, recebemos a seguinte explicação:

“A ideia é mostrar ao cidadão que o Congresso Nacional também dispõe de um grande patrimônio cultural, que está aqui à disposição de todos, para apreciação. São obras muito importantes. Além disso, elas estão dispostas por todos os espaços de uso político. Então, achamos importante treinar os guias para oferecerem explicações detalhadas sobre o valor histórico e artístico dessas obras. Talvez assim, possamos atrair o olhar de cidadãos que podem não se interessar por política, mas admiram artes.”

A estação seguinte é um pequeno museu cujo destaque é a maquete do Palácio do Congresso Nacional, com todos os edifícios e espaços funcionais. Nesse momento, o que causa admiração aos cidadãos é a amplitude do espaço destinado às atividades administrativas do parlamento. “Puxa! Pra que tudo isso?”, indaga um dos visitantes. Essa estação requer explicações mais detalhadas dos guias sobre o funcionamento do Congresso Nacional, suas funções e atribuições constitucionais. Em geral, os cidadãos tendem a pensar que o ambiente parlamentar se restringe aos gabinetes dos deputados e senadores. Outro momento revelador da falta de conhecimento dos cidadãos é a passagem pelo gabinete da Presidência da

Câmara dos Deputados, aberto à visitação pública nos finais de semana. Este momento é um dos mais reveladores, segundo a avaliação de um dos guias:

“É comum as pessoas confundirem com o gabinete do Presidente da República. Aliás, muitos perguntam onde fica a sala da Dilma e ficam espantados quando respondemos que ela (a Presidente Dilma Rousseff) é a chefe do Poder Executivo e que os Três Poderes são independentes. Muitos pensam que o Presidente da República é quem comanda o Congresso Nacional. É um dos momentos mais críticos da visita. Muitos nem sabem que a Câmara tem um presidente o Senado também tem o seu.”

2.3 O cidadão no Plenário: encantamento, ceticismo e indignação

A observação etnográfica das visitas e mais especificamente sobre o comportamento e a reação dos cidadãos revela uma complexidade de atitudes, que variam de um extremo ao outro, ou seja, do fascínio ao deboche. Uma modulação que encontra respaldo na multiplicidade de sentimentos e sensações que são associados às representações sobre a cidade de Brasília, o Congresso Nacional e aos próprios parlamentares. Na realidade, trata-se de um fenômeno sociocultural que confirma as novas abordagens socioantropológicas ancoradas na tese da plasticidade da ação, em função do perfil e dos interesses dos atores (BLIC, 2000; BOLTANSKI, 2000; CASTRO, 2008; CORCUFF, 1995, 1998).

Apesar da imagem negativa do parlamento brasileiro e da baixa confiança da população (MOISÉS, 2006; HENRIQUE, 2009; MENEGUELLO, 2012), a observação etnográfica revela um olhar de encantamento do visitante ao ser recebido e transitar pelos espaços de poder, especialmente o Plenário, palco dos debates mais acalorados, das disputas e da votação da agenda decisória do Governo. Como observador, a sensação é a de que o cidadão contempla e admira, mesmo que por alguns poucos instantes, a *aura* do parlamento.

“Caramba, que legal! *Meu*, estamos sentados nas *cadeiras dos homens* (sic). É aqui que eles votam as leis. Não é demais! Nem dá para acreditar, parece que estou sonhando”.

Este foi um dos comentários registrados no diário de campo durante a investigação. Tratava-se de um grupo de três adolescentes, provavelmente do estado de São Paulo, pela gíria característica daquele estado. Essa não foi a única ocasião em que o deslumbramento dos visitantes se manifestou. Em geral, ao serem conduzidos ao Plenário pelo guia, percebemos, em todas as visitas que acompanhamos, esse clima de admiração, surpresa

e maravilhamento. A variação ficava por conta do modo de cada grupo expressar tais sensações. Os jovens, em geral, são os mais espontâneos e informais. Mas em todos os casos era visível esse modo de manifestar o impacto simbólico causado pela *aura* do lugar.

Para demonstrar que esse tom de maravilhamento é dominante na visitação, observamos o registro com as manifestações espontâneas dos cidadãos. No livro, denominado “Palavra do Visitante” encontramos várias anotações do tipo:

“Muito bacana! Adorei conhecer o Congresso Nacional”

“Que legal! Todos os brasileiros deveriam conhecer o lugar em que as leis são feitas!”

“Fiquei muito entusiasmado com meu País, ao conhecer este lugar!”

“Achei deslumbrante o Palácio do Congresso Nacional!”

“Fico muito emocionado e entusiasmado em pisar neste lugar. Amo meu País!”

“Me deu muita vontade de assistir a uma sessão de votação de uma lei.”

Ao se observar o gestual dos visitantes, os olhares entre os que estão juntos, os sorrisos, as expressões faciais, interjeições e a fisionomia de modo geral, é que se tem a noção do quanto essa atitude de encantamento é ingênua e intensa. Diante de tal constatação, decidimos perguntar diretamente aos guias e coordenadores do programa sobre as impressões deles a respeito desse comportamento do público:

“É algo incrível, realmente. E muito gratificante. Percebemos isso em todas as visitas, seja em maior ou menor grau, de modo mais intenso ou mais discreto. Em alguns momentos, olham tão admirados que parecem não acreditar no que dizemos. E parece que o efeito é contagiante. Até mesmo os mais desconfiados e carrancudos, ficam de boca aberta quando entram no Plenário e sentam nas cadeiras dos deputados. Aí é que se dá o milagre que produz essa reação incrível e difícil de ser explicada” (comentário de um dos coordenadores do projeto).

A opinião também é compartilhada pelos guias que acompanham os visitantes:

“Olha, é realmente impressionante. Alguns lugares têm esse poder de atrair o olhar do visitante e deixá-los de boca aberta, como o plenário e o gabinete do presidente. É como se eles se dessem conta que a política é algo concreto, feita por gente de carne e osso. Como guias, nós nos sentimos muito gratificados diante desta atitude de satisfação e respeito do cidadão pelo trabalho dos parlamentares e seus projetos de leis” (comentário de um dos guias).

Cabe questionar, então, o que causa essa reação? O elemento simbólico de maior peso parecer ser o ato de pisar o solo e ocupar o espaço em que as leis são votadas pelos parlamentares eleitos em todo o território nacional. Isso causa maravilhamento² nos visitantes. Há que se olhar de forma crítica para esse momentâneo efeito de maravilhamento observado nas visitas cívicas, alimentado pela superficial emoção nacionalista. Afinal, que impacto posterior pode resultar desse efeito tão fugaz, produzido em pequenas escalas, com grupos de 20 a 30 visitantes? Depois que retornarem para seu cotidiano, o que farão os adolescentes que acham “legal pra caramba” ou “maneiro” sentar-se por alguns instantes nas poltronas que os parlamentares ocupam quando estão no exercício da representação política? Outro ponto a ser observado é que tal reação ocorre em indivíduos que decidiram por iniciativa própria ir até o parlamento. Além de poucos, cabe ressaltar que o ato de optar pelo *tour* cívico já implica um viés favorável ao encantamento. Um cidadão extremamente cético certamente nem aceitaria fazer a visitação, conforme o protocolo institucional. Lógico que isso não desqualifica o projeto, que é percebido pela própria instituição como “um programa de baixo alcance, embora com elevado potencial a longo prazo”, nas palavras de um de seus coordenadores.

O clima de encantamento, contudo, não é generalizado. Há claras manifestações de repúdio à política, de desconfiança em relação ao discurso dos guias e de reprovação da atuação Congresso Nacional. Observamos isso também pelas expressões, pelo gestual e pelos comentários curtos, mas diretos. “Tanta beleza pra quê?” questiona um dos cidadãos

em tom indignado. “Essa ostentação e essa pompa toda não servem de nada”, desabafa uma senhora entre os dentes. “Duvido que seja tudo assim... é... como se diz”, comenta outro após a explicação do guia sobre o processo de votação no Plenário.

Um dos guias situa, quando as reações de indignação são mais recorrentes:

“Depois da denúncia de um grande escândalo de corrupção ou de qualquer fato negativo relacionado aos deputados ou aos senadores, a coisa fica feia. Às vezes dá até medo, pois eles parecem querer descontar a raiva deles até em nós. Nesses momentos, somos orientados a agir com muita cautela e serenidade, falar pouco e não deixar de dar razão ao cidadão que reclama, mas cumprir o nosso papel como manda o protocolo.”

Para um dos coordenadores,

“Nessas horas ficamos atentos e vigilantes para orientar os guias. Uma das nossas estratégias que tem dado certo com muita frequência é falar com muito jeitinho, mas incluir o cidadão no jogo, fazendo ele (*sic*) entender que nenhum parlamentar está aqui simplesmente pela sua própria vontade. Aí temos que lembrar que ele foi eleito com milhões de votos. Cometeu erros. Foi eleito novamente. Então, jogamos a pergunta para o visitante: por que será que eles continuam aqui? Quem os elegeu também tem responsabilidade, quando se trata de corrupção. Com isso, os ânimos se acalmam rapidamente.”

Os chistes, zombarias e chacotas dos visitantes remetem à noção de *cultura zombeteira* (WILLIS, 1977), que representa a ordem informal, a qual se contrapõe ao plano formal da autoridade, à dimensão institucional do parlamento. De certa forma, não é descabida a comparação com os resultados da etnografia de Paul Willis com jovens estudantes rebeldes na Inglaterra. Afinal, a visita ao Congresso Na-

²O termo *maravilhamento* aqui remete à ideia de Greenblatt (1996), ou seja, o maravilhamento como uma atitude que se dá diante do conhecer, ou seja, no plano cognitivo.

cional, pelo seu tom formal, reveste-se de um sentido quase escolar, visto que as explicações dos guias assemelham-se a uma aula de educação cívica, enquanto a sua própria figura de mediador institucional aproxima-se daquilo que a maioria dos visitantes imagina como sendo a de um professor.

2.4 Interações e performances

Após a análise do trajeto da visita e suas estações, optamos pela estratégia de construir uma síntese dos modelos de interação predominantes e dos tipos de *performances* observados durante o período da investigação, conforme mostra o quadro abaixo.

Do ponto de vista da *performance* dos gestores da visitação, a observação etnográfica mostra que existe um substrato discursivo que orienta a mediação entre os guias e os visitantes, a partir da orientação institucional (*mentoring*). Assim, a *performance* dos coordenadores, supervisores e do *staff* responsável pela função de *mentoring* tem reflexo direto no trabalho de mediação dos guias, por meio de um substrato que leva esses agentes a construir um ponto focal para conduzir a atenção do público. Desse modo, o cotidiano legislativo, marcado pelas operações críticas situadas em contextos bem demarcados

de contradição hermenêutica e de disputas de poder, dá lugar a um arranjo argumentativo, reforçado pelas estações da visita, que põem em relevo o valor da democracia representativa e o papel institucional do parlamento.

Nas estações da visita, os guias constroem uma ordem discursiva na qual a política deixa de ser um jogo de cunho moral marcado por antagonismos (BAILEY, 1998). Observa-se um nítido engajamento retórico de cunho republicano, em defesa do Parlamento, da Política e da Democracia, no plano mais abstrato e distante dos antagonismos e dos jogos de competição por poder, reputação, honra, reconhecimento público e visibilidade. Em vez de demarcação de identidades partidárias e discursos dialéticos típicos da política de reputação (BAILEY, 1998), passamos a presenciar uma estetização do narcisismo institucional que busca um ordenamento de perspectivas e um consenso que coloca o simbólico acima do político.

O conjunto das estações, a acentuação política dos argumentos institucionais e a ênfase aos elementos estabilizadores da ordem democrática, como a Constituição e as Leis, desvia o olhar dos visitantes do horizonte hermenêutico da democracia concorrencial e sua lógica de política agonística presente diariamente nos enquadramentos midiáticos.

Quadro 1 – Os atores e suas performances

Atores	Performances
Coordenadores, supervisores e equipe de <i>mentoring</i>	Gestores do projeto, conforme o <i>ethos</i> institucional e o <i>habitus</i> profissional de Relações Públicas, área especializada na gestão de reputação corporativa.
Guias e mediadores	Agentes especializados de mediação, cujas performances principais são articuladas por estratégias de civilidade, diplomacia cotidiana e protocolo de interação ritualizada.
Visitantes	O campo mais diverso de performances está nos visitantes, com as variações de: - maravilhamento e surpresa; - ceticismo e desconfiança; - indignação e crítica; - chiste e zombaria.

Fonte: Elaboração do autor

A democracia é representada pelos guias como objeto simbólico de culto político e de veneração pública com um valor cívico em si.

O sentido da política articulado pelos agentes que conduzem o percurso reitera a lógica paradoxal da economia das trocas simbólicas baseadas na valorização do altruísmo e não do interesse (BARREIRA; BARREIRA, 2012).

Em suma, a análise etnográfica revela que não há necessariamente unificação, mas regulação das hierarquias políticas, simplificando o espectro de classificações para reforçar uma moldura específica (GOFFMAN, 2011), o que resulta em reforço reiterado do poder simbólico do parlamento, ao longo das estações, como “um dos pilares da democracia brasileira”.

2.5 A história e a memória política do parlamento no discurso dos guias

Como se trata de um *tour* cívico, com ênfase para a dimensão histórica do parlamento e da democracia, a variável tempo é predominante no *script* de todos os guias, com evocações

recorrentes e ritualizadas sobre o passado, o presente e o futuro. O passado é atualizado pelo ritual e, assim, deixa de ser “um passado perdido” e se torna uma inspiração para motivar os cidadãos no presente, na trilha argumentativa de que o passado não deve ser visto como *relicquia cultural* (PEIRANO, 1995). O tempo se reveste de sentido social, além de constituir ele próprio um fator que exerce coerções e interliga estruturas sociopsicológicas individuais com estruturas sociais mais amplas, incluindo o campo político (ELIAS, 1989). Para facilitar a leitura do texto, apresentamos um esquema com uma síntese das representações evocadas pelos guias durante as visitas, no que se refere especificamente à dimensão temporal (Quadro 2).

2.6 Cartografias estatísticas do mundo dos visitantes

Que tipo de cidadão é esse que se interessa em visitar o Palácio do Congresso Nacional em Brasília? É possível fazer uma cartografia sobre o universo sociocultural dos visitantes? Que

Quadro 2 – O tempo no roteiro argumentativo usado pelos guias

Período	Representações evocadas
Passado	<ul style="list-style-type: none">- Explicações dos guias que evocam a memória e as virtudes de figuras emblemáticas que atuaram no parlamento em diferentes fases da história política brasileira.- O passado do parlamento é personificado no traçado biográfico heroico de figuras já consagradas pela história política, como Rui Barbosa, Joaquim Nabuco, Ulisses Guimarães.- A história do parlamento como patrimônio político da sociedade e como legado para as futuras gerações de políticos e cidadãos. <p>A estratégia é infundir orgulho cívico sobre o passado político e suas figuras heroicizadas.</p>
Presente	<ul style="list-style-type: none">- As dificuldades nas relações políticas como “algo natural da política”, segundo o ponto de vista dos guias.- Reforço ao argumento de que “se a democracia é imperfeita com o parlamento, pior seria sem ele”.- O Congresso Nacional “é um reflexo do que é a sociedade brasileira atualmente”. <p>A estratégia é naturalizar o olhar do cidadão para os conflitos e aspectos críticos da política.</p>
Futuro	<ul style="list-style-type: none">- Os desafios para o aperfeiçoamento da democracia são evocados pelos guias de forma genérica, com ênfase aos projetos e iniciativas para conquistar legitimidade perante a opinião pública: projetos de transparência e <i>accountability</i>. São apresentados em tom de solução para os desafios. <p>A estratégia é ressaltar a eficácia política da ação do parlamento frente aos desafios, com foco nos aspectos positivos de sua atuação, a fim de fortalecer sua imagem institucional.</p>

Fonte: Elaboração do autor.

mundo é esse que cabe nos relatórios estatísticos e no livro de registro de manifestações? Trata-se de um mundo reduzido a um *dispositivo de inscrição* burocrática? Nesse aspecto, os documentos analisados na primeira fase da investigação indicaram as pistas hermenêuticas para o exame desse dispositivo de inscrição e sua rationalidade estatística capaz de construir novas representações a partir dos dados enfeixados em variáveis de base pré-determinadas (LATOUR, 2000). Os cidadãos são transformados em sujeitos indefinidos e despersonalizados, ou seja, coletivos construídos por agregados numéricos, organizados a partir de um sistema peculiar de classificações.

Nessas operações de classificação e enfeixamento, as pessoas do *mundo de fora* do Parlamento, representantes das várias sociedades civis (SANTOS, 1995), perdem suas identidades

e são transformadas em dados essencializados, matéria-prima para os relatórios estatísticos. Os dados sistematizados formam um mapa do *mundo de fora*, além de um sistema de *controle metrológico* do volume de visitantes.

Feitas essas considerações, apresentaremos na sequência um rápido apanhado a partir do que observamos na etapa da investigação documental, ou seja, uma cartografia do *mundo dos visitantes*, com base nas inscrições mostradas pelos relatórios. Até a conclusão da observação etnográfica, em setembro de 2013, o número total de visitantes ao Congresso Nacional foi de 1.909.217, conforme mostra o Quadro 3. Esse mesmo dispositivo revela um crescente interesse da população pelo programa de visitas.

“Isso se deve tanto à divulgação das visitas pelos meios de comunicação da Câmara e do Senado, tanto pela crescente repercussão nas

Quadro 3: Número de visitantes por ano

Ano	Número de visitantes
1995	8.455
1996	Sem registro
1997	46.635
1998	33.762
1999	44.172
2000	57.694
2001	55.391
2002	54.450
2003	59.148
2004	136.274
2005	145.744
2006	162.146
2007	123.837
2008	142.912
2009	177.632
2010	181.618
2011	179.898
2012	193.008
2013	196.441
Total	2.009.217

Fonte: Departamento de Relações Públicas e Divulgação da Câmara dos Deputados.

redes sociais, pois o cidadão visitante geralmente faz fotos no Palácio e compartilha com seus amigos e familiares. Isso estimula outras pessoas que viajam a Brasília para incluir a visitação no roteiro" (depoimento de um dos supervisores da visitação).

Esses dados resultam da compilação sistemática e do registro diário das visita³. O universo é composto por turistas estrangeiros (5%), brasileiros (80%) e estudantes (15%). Viagens a Brasília (76,4%), aliadas à curiosidade em conhecer o parlamento (33,8%), são as motivações para a visitação. O perfil dos visitantes revela predomínio de homens (54%) contra 46% de mulheres. Em relação à faixa etária, prevalecem cidadãos acima de 30 anos (57%). A escolaridade é um fator relevante no perfil, com 70% de portadores de diploma de curso superior. A variável renda também mostra que o interesse predomina entre aqueles de melhor situação econômica, com 63% com rendimentos declarados acima de cinco salários mínimos. O contexto sociogeográfico também é um dado relevante, pois mostra que 70% dos visitantes residem em capitais e regiões metropolitanas, tais como São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília. Na percepção desses visitantes, a principal função do Congresso Nacional é legislar (80%). Em seguida indicam a função de representação política (50,2%), além de promover debates de interesse nacional (40,3%), conforme registra levantamento de Henrique (2009).

Esse *patchwork* de dados estatísticos aponta para algumas considerações interpretativas acerca da geografia política brasileira e da força simbólica de algumas regiões, consideradas territórios de demarcação de identidade, espaço de formação de *províncias de sentidos*, de transações simbólicas, a partir de configurações

relacionais próprias dos *arquipélagos culturais*. Apesar dos seus limites e fronteiras, do ponto de vista físico e político, uma região também se caracteriza pelas dinâmicas de mobilidades e expansões, que desencadeiam fluxos e entrecruzamentos de informações (HANNERZ, 1997). A concentração de visitantes das regiões do centro-sul confirma o maior dinamismo de integração e cooperação geocultural e política, enquanto a região Norte fica à margem de alguns dos fluxos sociais, em razão de sua extensão, localização e dificuldades de transportes e de comunicação. Portanto, não se trata apenas da correlação entre o número de visitantes e o percentual de eleitores ou da densidade populacional, mas também dos demais condicionantes socioculturais que interferem na ecologia política, inclusive no comportamento das elites (MESSENBERG, 2007).

3. Considerações finais

O artigo teve como base a observação etnográfica, propôs-se a captar e interpretar os sentidos e as percepções dos principais atores envolvidos no projeto de visitação cívica ao Congresso Nacional, tais como os próprios visitantes, os guias e os servidores que exercem a função de coordenação, supervisão e *mentoring* das visitas. Antes de tudo, é necessário considerar que a visita cívica ao Palácio do Congresso Nacional ocorre em interconexão com outros trajetos e circuitos da cidade, com sua identidade de capital do Brasil, cidade com função política ou *cidade principesca*, na terminologia weberiana⁴.

³ Aqui recorremos às sistematizações realizadas por Henrique (2009), Pinto Neto (2012) e Rocha (2012).

⁴ A tipologia completa consta no texto citado, que integra *Economia e Sociedade*. De forma resumida, Weber constrói uma categorização urbana de acordo com a principal função da cidade, tais como: cidade-fortaleza, cidade-portuária, cidade de comerciantes, cidade de agricultores e cidade principesca (sede do poder político).

Construída em 1960, a partir de projeto de Lúcio Costa e Oscar Niemeyer, resultou do programa político desenvolvimentista do então Presidente da República Juscelino Kubistchek, motivado pela necessidade de ocupação e urbanização do interior geográfico do Brasil. Trata-se do sítio urbano que serve de sede e palco para as instituições políticas mais relevantes que representam os Três Poderes da República brasileira (Executivo, Legislativo e Judiciário). Brasília foi construída para ser símbolo da valorização do espaço público. Uma cidade “concebida para ser inteiramente pública”. Como uma inscrição no espaço, “todos os edifícios da cidade e todas as suas áreas livres existem para representar o bem público” (HOLSTON, 1993, p. 141).

Portanto, ao visitar o Congresso Nacional, o cidadão tem como palco mais amplo o contexto urbanístico da cidade modernista (HOLSTON, 1993) e o cenário cívico representado pela Praça dos Três Poderes, ponto de convergência na arquitetura das instituições políticas mais emblemáticas, conforme já mencionado. O visitante, portanto, está em movimento, ao fazer o roteiro em exame, ou seja, a visita faz parte de uma viagem e seus *intertrajetos do cotidiano* (ANDRADE, 1993), inseridos em uma rede de sentidos e fenômenos simbólicos inerentes à *antropologia da mobilidade* (AUGÉ, 2010). As situações observadas nos trajetos e percursos que compreendem a visitação cívica devem ser entendidas, portanto, como estações desse deslocamento ou como fragmentos desses percursos.

Feitas tais ressalvas, observa-se que a visita tem como base visões fragmentadas do parlamento, a partir da seleção de focos temáticos específicos, como as explicações sobre o processo legislativo e a escolha de alguns espaços para a realização do percurso, ao longo do qual algumas obras de artes estão dispostas. Certa-

mente uma breve imersão nos espaços físicos do Palácio do Congresso Nacional pode despertar o interesse do cidadão para se aprofundar no seu aprendizado político. Aliás, pelos relatos dos guias, uma das conclusões é que há um desconhecimento generalizado da população em relação à estrutura, organização e funcionamento do Poder Legislativo. Portanto, mesmo se tratando de uma situação líquida e de fluxos e deslocamentos fragmentados, a iniciativa tem esse potencial de educação cívica e de formação cidadã, ressalvado seu caráter de baixo impacto, conforme já mencionado.

Afinal, Latour (2000, p. 356) define conhecimento como familiaridade e Gadamer (1998) como experiência. Ambos apontam para o horizonte de que o conhecer depende, portanto, de um processo constante de cruzar e recuar o caminho dos outros, em um tecer contínuo de discursos, práticas e interações. Dessa forma, infere-se que, quanto mais limitado o conhecimento dos cidadãos sobre o sistema de representação política, mais difícil será sua intervenção no plano da participação e da renovação da democracia liberal. O mesmo pode-se dizer dos guias e mediadores das visitas. Quanto mais limitado e burocratizado o conhecimento desses agentes sobre o campo político, mais estreito se torna o horizonte da mediação com os cidadãos.

Essas ressalvas adquirem relevância à medida que o estímulo à participação do cidadão é um dos focos da visitação cívica, conforme salienta um dos responsáveis pela supervisão das visitas:

“Entendemos que o turista tenha muito interesse na originalidade e na riqueza do conjunto arquitetônico do Palácio do Congresso Nacional, da Praça dos Três Poderes e da própria cidade de Brasília. Mas o objetivo da visitação ao Congresso Nacional também inclui uma finalidade educativa. Temos a

preocupação de fazer o cidadão entender como funcionam as duas casas legislativas e como o eleitor pode acompanhar a atividade parlamentar e cobrar transparência e prestação de contas do seu deputado ou senador. Tentamos mostrar que a participação da sociedade pode fazer diferença na democracia. Em muitos casos o visitante mostra ceticismo quando falamos isso, mas é verdade. Por isso insistimos para os guias explicarem como funcionam os canais de participação direta e como o cidadão pode se organizar e usar esses canais que são oferecidos tanto pela Câmara quanto pelo Senado. A ideia é mostrar que a democracia representativa pode estreitar os laços com os eleitores e que o simples ato de acompanhar o que os parlamentares fazem já é um passo importante e que isso depende do próprio cidadão.”

Em suma, a iniciativa da visitação cívica ao Congresso Nacional, em parte, contribui para a realização do propósito de oferecer ao cidadão a oportunidade de transitar pelos espaços da instituição e de receber informações sobre a organização e o sistema do trabalho legislativo. Caberiam, porém, futuros estudos empíricos de base etnográfica para avaliar outros aspectos relativos ao projeto de visitação, a fim de se obter uma visão mais aprofundada sobre os impactos e efeitos da visita na vida dos cidadãos.

Referências

- ANDRADE, P. de. Sociologia da Viagem: o quotidiano e os seus inter-trajectos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 37, p. 51-77, 1993.
- AUGÉ, M. *Não-Lugares*: introdução a uma antropologia da supermodernidade. São Paulo: Papirus, 1994.
- AUGÉ, M. *Por uma antropologia da mobilidade*. São Paulo: Editora da Unesp, 2010.
- ARMITAGE, F. The speaker, parliament ceremonies and power. *The Journal of Legislative Studies*, v. 16, n.3, p. 325-337, sept. 2010.
- BAILEY, F. G. *The need for enemies*: a bestiary of political forms. London: Cornell Univ. Press, 1998.
- BARREIRA, C.; BARREIRA, J. A. F. Campos de ajuda e modos de pertencimento: um mapa moral da representação política em campanha eleitoral. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, v. 18, n. 37, p. 307-335, jan./dez. 2012.
- BECK, U. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDESN, A.; LASCH, S.; BECK, U. *Modernização reflexiva*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p.11-87.
- BLIC, D. La sociologie politique et morale de Luc Boltanski. *Raison Politique*, Toulouse, n. 3, p. 149-158, 2000.
- BOLTANSKI, L. *El amor e la justicia como competencia*. Buenos Aires: Amorrortu, 2000.
- CASTRO, Rodrigo. A crítica e a dádiva na construção do vínculo social. *Jornal do Mauss Iberolatinoamericano*, maio 2008. Disponível em: <www.jornaldomauss.org>. Acesso em: 18 set. 2013.

CORCUFF, P. *Les Nouvelles Sociologies: La réalité sociale en construction*. Paris: Editions Nathan, 1995.

_____. Justificación, stratégie et compassion: apport de la sociologie dès régimes d'action. Correspondances. Tunis, n. 51, juin, 1998.

CREWE, E. An Anthropology of the House of Lords: socialization, relationships and rituals. *The Journal of Legislative Studies*, v. 16, n. 3, sept., p. 298-324, 2010.

CUNHA, O. M. G. da. Tempo imperfeito: uma etnografia do arquivo. *Mana*, v. 10, n. 2, p. 287-322, 2004.

DINIZ, E. A reforma do Estado: uma nova perspectiva analítica. In: COELHO, M. F. et al (Org.). *Política, ciência e cultura em Max Weber*. Brasília: Editora UnB, 2000. p.127-150.

DOMINGUES FILHO, J. B. Elias e Giddens: a figuração da estruturação. *Educação e Filosofia*, Uberaba, v. 18, n. 35/36, jan/dez, p. 207-231, 2004.

ELIAS, N. *Sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

GADAMER, H. G. *Verdade e método*. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

GOFFMAN, E. *A representação do eu na vida cotidiana*. 18. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GREENBLATT, S. *Possessões maravilhosas*: o deslumbramento do novo mundo. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1996.

HANNERZ, U. Fluxos, fronteiras, híbridos: palavras-chave da antropologia transnacional. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, abril, p.7-39, 1997.

HENRIQUE, A. L. *Cidadãos crentes, críticos e ocultos*: as várias faces da cidadania em sua relação com a confiança e as instituições democráticas na Nova República. Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

HOLSTON, J. *A cidade modernista*: uma crítica de Brasília e sua utopia. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

IRVINE, J. T. Formality and informality in communicative events. In: BAUGH, J.; SHERZER, J. (Ed.). *Language in use*. New Jersey: Prentice Hall, 1993. p. 211-228.

LATOUR, B. *Ciência em ação*. São Paulo: Unesp, 2000.

MENEGUELLO, R. Percepções públicas sobre o parlamento brasileiro: dados dos últimos 50 anos. In: MENEGUELLO, R. (Org.). *O Legislativo brasileiro: funcionamento, composição e opinião*. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 13-34.

MOISÉS, J. A. Cidadania, confiança e instituições democráticas. *Lua Nova*, n. 65, p.1-10, 2006.

MESSENBERG, D. A Elite Parlamentar Brasileira (1989-2004). *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 22, n. 2, p. 309-370, 2007.

PEIRANO, M. *A favor da etnografia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

PINTO NETO, A. E. S. *Com a palavra, o visitante: avaliação e mensuração de resultados do programa Visite o Congresso*. Monografia de conclusão de curso de especialização em Comunicação e Marketing - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012.

RAI, S. M. Analysing ceremony and ritual in parliament. *The Journal of Legislative Studies*, v. 16, n. 3, sept., p.284-297, 2010.

ROCHA, E. M. B. *O Programa de Visitação da Câmara dos Deputados sob o foco da comunicação pública*. 43 f. Monografia (Especialização em Comunicação Política) - Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, 2012.

SANTOS, B. S. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1995.

SCOTTO, G. *Representação e apresentação*: uma análise da campanha de Benedita da Silva à Prefeitura do Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado em Antropologia Política) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1994.

SENNETT, R. *Juntos*: os rituais, os prazeres e a política de cooperação. Rio de Janeiro: Record, 2012.

WAYLEN, G. Researching ritual and the symbolic in parliaments: an institutionalist perspective. *The Journal of Legislative Studies*, v. 16, n. 3, sept., p.353-365, 2010.

WEBER, M. A dominação não-legítima (tipologia das cidades). In: _____. *Economia e Sociedade*. Brasília: Editora da UnB, 1999. p. 408-516.

WILLIS, P. *Learning to Labour*. Farnborough: Saxon House, 1977.

O financiamento do Sistema Nacional de Unidades de Conservação no Brasil

Características e tendências

LARISSA RIBEIRO DA CRUZ GODOY

MÁRCIA DIEGUEZ LEUZINGER

Sumário

Introdução. 1. Principais problemas para implementação do SNUC. 2. A escassez de recursos financeiros. 3. Principais fontes para o SNUC. Conclusões.

Larissa Ribeiro da Cruz Godoy é Analista Ambiental do Ministério do Meio Ambiente, mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB e especialista em Gestão Ambiental em Cidades pela Universidade Católica de Brasília.

Márcia Dieguez Leuzinger é Procuradora do Estado do Paraná, mestre em Direito e Estado e doutora em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília – UnB, Professora de Direito Ambiental do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Introdução

A criação de espaços territoriais especialmente protegidos, que englobam as unidades de conservação e as demais espécies de espaços de proteção específica, vem sendo apontada pela comunidade científica como uma das melhores estratégias para conservação da biodiversidade *in situ*. Como a perda em massa de espécies vivas no planeta vem se agravando devido à crescente pressão exercida pelas sociedades humanas sobre o ambiente natural, a instituição de espaços protegidos exerce um papel fundamental na batalha pela preservação da vida.

No Brasil, unidades de conservação, que conformam um sistema instituído pela Lei nº 9.985/2000, associadas a outras categorias de espaços protegidos, como aqueles previstos pelo Código Florestal (Lei nº 12.651/12), consubstanciados em áreas de preservação permanente e áreas de reserva legal, assim como as terras indígenas e as quilombolas, vêm contribuindo para a proteção de recursos naturais, paisagens, ecossistemas, culturas e modos de vida, como assegurado na Constituição Federal de 1988 e em acordos internacionais, como a Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB. Todavia, a reiterada falta de implementação

dos espaços ambientais criados pelo Poder Público acaba por induzir a uma falsa noção de proteção, pois, na verdade, muitas dessas áreas existem apenas no papel, sem que, na prática, qualquer ação concreta de preservação/conservação seja praticada.

No que tange especificamente ao sistema de unidades de conservação, objeto do presente artigo, isso ocorre por diversos motivos: escassez de recursos financeiros, gastos desnecessários, falta de pessoal, ausência de planos de manejo, falta de utilização de critérios científicos para a escolha da categoria de manejo, formato e dimensão das unidades de conservação, existência de populações tradicionais residentes em unidades de proteção integral, baixa aceitação pelas populações do entorno, falta de regularização fundiária, ausência de proteção equânime entre os biomas.

Essas questões serão abordadas neste artigo, com maior destaque para a escassez de recursos financeiros e a apresentação de fontes de financiamento de unidades de conservação, tanto orçamentárias como extraorçamentárias.

1. Principais problemas para implementação do SNUC

O Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) foi instituído em 2000, por meio da Lei nº 9.985. Contudo, a ideia da construção de um sistema que permitisse uma gestão mais racional das unidades de conservação é bem mais antiga e foi objeto de várias tentativas de preservacionistas desde a criação do primeiro parque nacional brasileiro, o de Itatiaia, em 1937. Isso se pode perceber pela atuação, à época, do Serviço Florestal Brasileiro (SFB), no âmbito do qual fora criada uma seção para a gestão de parques nacionais.

Mais tarde, ainda buscando alcançar esse objetivo, funcionários do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF), entidade instituída em 1967 e que, em substituição ao extinto SFB, acumulou a competência para a instituição e gestão de parques nacionais, reservas biológicas e florestas nacionais, lançaram, em 1979, a primeira etapa do Plano do Sistema de Unidades de Conservação do Brasil. Esse plano introduziu a ideia de utilização de critérios científicos para a criação de unidades de conservação, na medida em que, até então, a escolha da categoria de manejo, das dimensões e do formato da nova unidade era realizada em função de oportunidades políticas e de questões como beleza cênica, proximidade de grandes centros e existência de poucos problemas fundiários, e não de prioridades para proteção do ambiente natural (DRUMMOND, 1997).

O documento estabeleceu, dentre a gama de espaços ambientais então existentes, aqueles que conformariam as categorias de manejo de unidades

de conservação e seriam geridos pelos órgãos ambientais competentes, constituindo um sistema. Foram também determinadas quais seriam as áreas prioritárias para a instituição de novas unidades de conservação, com especial atenção à Amazônia (IBDF, 1979). Em 1982, uma segunda etapa do plano foi concluída, mas pouca efetividade, em termos de gestão e de consolidação das unidades de conservação, pôde ser sentida.

Já naquela época, aspirava-se pela edição de uma lei que estabelecesse definitivamente um sistema de unidades de conservação, tendo o próprio IBDF, em 1988, contratado a Fundação Pró-Natureza (FUNATURA) para elaborar um anteprojeto de lei nesse sentido. O trabalho foi realizado e entregue, em 1989, ao recém criado Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), que sucedeu o IBDF, e encaminhado pela Casa Civil, após aprovação pelo Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), ao Congresso Nacional, em 1992. Mais oito anos foram necessários para que o PL fosse aprovado pelas duas casas Legislativas e transformado em lei.

O novo diploma, no entanto, não resolveu os problemas estruturais mais graves que sempre afetaram e continuam a contaminar o sistema, e que conduzem a uma baixíssima efetividade de todas as categorias de manejo nele contidas. Dentre as questões mais sérias, pode-se citar escassez de recursos, gastos desnecessários, falta de pessoal, ausência de planos de manejo, falta de utilização de critérios científicos para a escolha da categoria de manejo, formato e dimensão das unidades de conservação, existência de populações tradicionais residentes em unidades de proteção integral, baixa aceitação pelas populações do entorno, falta de regularização fundiária, ausência de proteção equânime entre os biomas.

Alguns desses problemas estão diretamente ligados à escassez de recursos, como a baixa

quantidade de servidores (1 para cada 18.600 hectares), a ausência de planos de manejo (menos de 30% das unidades de conservação federais possuem plano de manejo) e a falta de regularização fundiária, devendo-se observar que nem mesmo o Parque Nacional de Itatiaia tem essa questão resolvida (ICMBio, 2012). Outros estão relacionados a uma absoluta falta de planejamento do sistema, como a instituição de unidades de proteção integral em locais onde há populações tradicionais residentes e cuja fragilidade do ecossistema envolvido não demande tal grau de proteção, a deficiência na comunicação com as populações do entorno, a ausência de proteção equânime entre os biomas nacionais e a falta de utilização de critérios científicos no processo de criação da UC.

Quanto a esse último item, importante lembrar que, até hoje, questões políticas ainda são, muitas vezes, as mais relevantes para a instituição de unidades de conservação, podendo-se citar a criação do Parque Nacional Montanhas do Tumucumaque, o maior do Brasil, em 22/08/2002, como parte do “pacote” que o País apresentou na Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+10), que ocorreu em Johanesburgo, entre 26/08 e 04/09 de 2002. O custo político e financeiro de se criar uma unidade de conservação é insignificante se comparado aos custos de sua efetiva implementação.

Vale pontuar que a escassez de recursos para o meio ambiente deriva também de fatores políticos, que atingem especialmente a implementação de unidades de conservação no Brasil. Isso se reflete na baixa efetividade do sistema e se traduz na existência de diversas unidades de papel, ou seja, de unidades que existem legalmente, mas não de fato. Em outras palavras, as principais deficiências do sistema são, em geral, resultado direto da falta de recursos financeiros suficientes para a implantação do SNUC, conforme será detalhado a seguir.

2. A escassez de recursos financeiros

Os orçamentos governamentais refletem as prioridades, ou seja, as políticas públicas prioritárias. Embora possuam forte componente técnico para sua composição, os orçamentos públicos resultam de processos políticos e contextos sociais. São intrinsecamente decorrentes de decisões sobre políticas públicas. Lidam com restrições e limites de recursos, sendo resultado de um processo político de tomada de decisão (RUBIN, 1995).

O orçamento público efetivamente disponível ao Ministério do Meio Ambiente (MMA), que inclui o de suas entidades vinculadas¹, mantém-se em torno de 1,3 bilhão de reais anuais. Em 2008, por exemplo, o orçamento da Pasta correspondeu a 0,12% do orçamento federal. Naquele ano, o orçamento total do MMA, incluindo os créditos adicionais, foi de R\$ 3,1 bilhões. Desse total, no entanto, R\$ 1,2 bilhão sofreu contingenciamento (PETTER, 2011). Do R\$ 1,9 bilhão restante, foi empenhados cerca de R\$ 1,5 bilhão. Pode-se observar uma execução orçamentária relativamente alta, de cerca de 93%, se considerados os recursos disponíveis para empenho e os efetivamente empenhados (PILARES, 2009).

Uma análise comparativa entre os orçamentos destinados a outras áreas de políticas públicas revela a disparidade entre o da área ambiental e os de outros setores, sendo o orçamento público destinado ao MMA um dos menores entre os órgãos e entidades públicas federais. Análise da distribuição do orçamento federal na Lei Orçamentária Anual (LOA) de 2012, Lei nº 12.595, dá conta dessa afirmação.

¹ Os recursos destinados ao MMA são em parte repassados a suas vinculadas: o Ibama, o Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro – JBRJ, a Agência Nacional de Águas – ANA, o Serviço Florestal Brasileiro – SFB e o ICMBio.

Com relação à destinação de recursos às áreas protegidas, segue-se a tendência de escassez. O orçamento para unidades de conservação federais é praticamente o mesmo desde 2001 (aproximadamente R\$ 300 milhões anuais), mas, entre aquele ano e 2011, a área total coberta por unidades de conservação federais teve um aumento de 83,5%. Com isso, considerando o investimento em unidades de conservação por hectare protegido, houve uma redução de aproximadamente 40% do montante investido via orçamento público (MEDEIROS et al., 2011), pois o aumento da área destinada à conservação² não foi acompanhado pelo incremento de recursos financeiros a serem alocados. Enquanto o sistema cresce, seus recursos financeiros seguem em direção oposta.

Em 2011, o orçamento destinado ao órgão responsável pela gestão de unidades de conservação federais, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), foi de R\$ 336 milhões. O limite fixado para ser gasto foi de aproximadamente R\$ 257 milhões, ou seja, contingenciou-se cerca de 23% dos recursos. Do total liberado, 99% foram executados. No ano anterior, 2010, algo semelhante ocorreu: o orçamento foi de R\$ 370 milhões, o limite R\$ 220,5 milhões e o valor executado R\$ 219,8, ou seja, 99% (ICMBio, 2011). Mas o esforço fiscal do governo federal, no entanto, levou, naquele ano, cerca de 40% do orçamento original.

Além dos contingenciamentos dos orçamentos anuais, percebe-se que os volumes

² Atualmente são 313 unidades de conservação federais, que cobrem uma área de 751,2 mil km², ou seja, a metade de todo o sistema de UCs, que abrange aproximadamente 1,5 milhão de km². BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Cadastro Nacional de Unidades de Conservação – CNUC. Dados Consolidados. *Tabela Consolidada de Unidades de Conservação*. Atualizada em 30/8/2013. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/areas-protégidas/cadastro-nacional-de-ucs/dados-consolidados>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

de recursos têm diminuído a cada ano. Considerando esse fato, fontes alternativas de recursos que não integram o orçamento público têm sido indicadas para suprir a lacuna financeira e atender à política de criação e implantação de unidades de conservação. Afora as dotações provenientes do orçamento público, têm sido fontes secundárias de receitas para as unidades doações originárias de projetos de cooperação internacional, algumas doações nacionais e a compensação ambiental, prevista no art. 36 da Lei nº 9.985, de 2000.

O problema do subfinanciamento das áreas protegidas não é uma peculiaridade brasileira. As áreas protegidas em regiões tropicais de países em desenvolvimento também têm sido vítimas dessa realidade. Em muitos países latino-americanos, asiáticos e africanos, onde há concentração de *hotspots* de biodiversidade, os orçamentos médios giram em torno de 30% da quantidade mínima de que essas áreas necessitam para conservá-las (SPERGEL, 2002).

A situação de escassez de recursos para o pagamento de salários, uniformes, equipamentos, combustível para veículos, dentre outras necessidades básicas, cria a ideia da existência de “parques de papel”, pois, embora instituídas por lei ou ato normativo, as áreas protegidas não possuem condições mínimas de gestão com vistas a implementar políticas públicas de conservação da natureza para as quais se destinam.

Assim como no Brasil, os orçamentos públicos de diversos países são a principal fonte de recursos financeiros para criação e implantação de áreas protegidas (EMERTON; BISHOP; THOMAS, 2006). Além de receber recursos insuficientes dessas fontes, elas ficam sujeitas recorrentemente a severos cortes (MORE; MANNING, 2004). Essa situação tende a aumentar cotidianamente as necessidades de financiamento dos espaços protegidos (DIEFENDORF et al., 2012).

No Brasil, para o exercício de 2013, por exemplo, o ICMBio recebeu uma dotação orçamentária de R\$ 516 milhões, dos quais R\$ 266 milhões já estavam comprometidos com despesas fixas obrigatórias, tais como pagamento de pessoal. Assim, R\$ 211 milhões compunham o orçamento discricionário, ou seja, recursos que o órgão pode decidir como despender. Com eles são feitos pagamentos de luz, água, *internet*, sinalização de trilhas para ordenar a visitação, serviços em geral e gestão (BRAGANÇA, 2013).

Segundo cálculos apresentados em estudo realizado e divulgado pelo MMA, em 2009, os custos de investimentos a serem realizados nas unidades de conservação federais em infraestrutura, equipamentos e consolidação seriam de aproximadamente R\$ 611 milhões anuais, considerando os dados de 2008. Os investimentos em consolidação para unidades de conservação envolvem a elaboração e a atualização dos

planos de manejo, a demarcação das áreas em campo e a regularização fundiária, que, no levantamento do MMA, abarcou apenas estimativas dos custos dos estudos sobre a situação fundiária da área protegida. Embora a regularização fundiária inclua também as desapropriações (pagamento pelas terras privadas e pelas benfeitorias), o estudo não considerou esses custos por conta da dificuldade em obter dados consistentes (PILARES, 2009).

Ainda segundo esse estudo, que levantou as necessidades de financiamento para o SNUC, aproximadamente 36% dos investimentos deveriam ser aplicados em infraestrutura, 13% em equipamentos para as unidades de conservação federais e 51% destinados à consolidação (PILARES, 2009). Neles não estão incluídos os custos com pagamento de pessoal, nem com desapropriações. Por isso, são considerados investimentos mínimos para viabilizar a gestão. Os valores estimados consideraram investimentos necessários para que as unidades de conservação brasileiras atingissem padrões mínimos de gestão efetiva, considerando-se como referência sistemas de áreas protegidas da mesma ordem de grandeza que o brasileiro, como os dos Estados Unidos, do Canadá, da Austrália e do México (MEDEIROS et al., 2011).

Quando se consideram essas estimativas do MMA, percebe-se a lacuna orçamentária entre os R\$ 211 milhões originalmente destinados para o sistema federal de unidades de conservação para o ano de 2013 (ou seja, para unidades de conservação federais) e a necessidade de financiamento apurada para o ano de 2008, ou seja, para 5 anos antes. A diferença é de aproximadamente R\$ 400 milhões de reais por ano. Essa constatação pode revelar o subfinanciamento público das unidades de conservação federais.

O investimento por hectares de unidade de conservação no Brasil é um dos mais baixos do mundo. Enquanto aqui se investe, em valores aproximados, R\$ 4,00 por hectare, na Argentina, são R\$ 21,00; na Costa Rica, R\$ 32,00; no México, R\$ 49,00; no Canadá, R\$ 53,00; na Austrália, R\$ 55,00; na África do Sul, R\$ 67,00; na Nova Zelândia, R\$ 110,00, e nos Estados Unidos, R\$ 156,00. Dessa comparação, revela-se que, mesmo em países com Produto Interno Bruto (PIB) menor que o brasileiro, como Argentina, Costa Rica ou África do Sul, o financiamento das áreas protegidas é substancialmente mais elevado (MEDEIROS et al., 2011).

O Brasil também possui um dos menores percentuais de funcionários por hectare protegido. Enquanto na África do Sul, por exemplo, existem 1.176 hectares por funcionário do sistema de áreas protegidas, no Brasil, existe um funcionário para cada 18.600 hectares protegidos. Segundo o estudo *Contribuição das unidades de conservação brasileiras para a economia nacional*, coordenado pelo MMA, o número de funcionários

alocados para a gestão de unidades de conservação no País está entre os mais baixos do mundo (MEDEIROS et al., 2011).

O Relatório de Auditoria Anual de Contas realizado pela Controladoria-Geral da União (CGU) junto ao ICMBio, em 2012, atualiza a constatação sobre o déficit de servidores. Ele revela que, das 312 unidades de conservação geridas pelo Instituto, naquele ano, em 58 havia apenas um servidor lotado e, em 62, somente dois (BRASIL, 2012a, p. 7). Em 2009, o MMA já havia divulgado uma necessidade adicional de 7.701 servidores para o sistema federal de unidades de conservação, sendo que 84% seriam pessoal de campo, com nível básico de formação para execução de atividades rotineiras de manutenção, monitoramento básico, vigilância patrimonial e atividades afins, realizadas nas unidades de conservação (PILARES, 2009).

Verifica-se, no âmbito da política ambiental, que a indisponibilidade de recursos é um relevante problema a ser enfrentado. Para que as unidades de conservação saiam do papel, reconhece-se que recursos humanos e financeiros precisam ser mobilizados. Desse modo, complementarmente aos recursos orçamentários, sua manutenção pode ser financiada por recursos extraorçamentários. A maior ou menor participação de recursos externos ao orçamento público depende do modelo de financiamento e de gestão das áreas protegidas adotado em cada país.

3. Principais fontes para o SNUC

Algumas das fontes de recursos para financiamento de unidades de conservação, que estão previstas na Lei do SNUC, geram arrecadação que compõe o orçamento público que é destinado ao sistema de unidades de conservação. Outras, conforme se verá, não têm sido incorporadas como fontes para composição do orça-

mento público, mas também têm importância para a implantação das unidades.

Segundo dados do Relatório de Gestão do ICMBio de 2011, foram arrecadados, durante aquele exercício financeiro, R\$ 50,8 milhões de reais, aproximadamente 38% a mais do que no ano anterior, 2010, que havia sido quase R\$ 37 milhões. Em 2008, o ICMBio havia arrecadado cerca de R\$ 19 milhões e, em 2009, quase R\$ 35 milhões. As fontes de arrecadação citadas no relatório de gestão do Instituto são arrendamentos, autorizações para licenciamento e serviços de apoio à visitação e ingressos (ICMBio, 2011). Percebe-se um forte incremento anual na arrecadação, que, no entanto, não reflete, necessariamente, o orçamento disponível para o órgão.

Um aumento nas receitas próprias do órgão sinaliza um bom desempenho fiscal e o habilita, em princípio, a solicitar um aumento de repasses do orçamento federal. Porém, uma arrecadação maior do que a prevista pelo órgão não significa automaticamente um aumento de recursos disponíveis para serem utilizados por ele (BRAGANÇA, 2013). Os recursos orçamentários são divididos entre os órgãos públicos conforme as prioridades políticas definidas pelos governos.

É interessante observar também que uma boa arrecadação de recursos com multas, autorização para o licenciamento ou compensação ambiental pode indicar uma maior pressão sobre os recursos naturais protegidos nas unidades de conservação. As estratégias adotadas pela política ambiental, como a criação de áreas protegidas, são destinadas à proteção da natureza. Contar, prioritariamente, com recursos derivados da realização de atividades real ou potencialmente poluidoras, como as geradoras de compensação ambiental, ou com as multas ambientais, por exemplo, poderia evidenciar uma contradição dentro da política pública.

A ideia de sustentabilidade financeira, que considera um aglomerado de fontes de financia-

mento que sejam complementares entre si, parece ser uma boa solução para a manutenção de curto e longo prazo das unidades de conservação. A dependência exclusiva de determinadas fontes, sobretudo as que têm por fundamento atos ilícitos ou impactantes ao meio ambiente, pode gerar efeitos contraditórios, diminuindo a efetividade da política pública (RANIERI et al., 2011).

Outro ponto importante sobre esse tipo de receita é que, embora o art. 35 da Lei nº 9.985, de 2000, estabeleça critérios para que os recursos obtidos pelas unidades de conservação de proteção integral, mediante cobrança de ingressos para visitação ou outras rendas, sejam aplicados, não há uma garantia de emprego integral dos valores arrecadados nas próprias unidades. Além disso, percebe-se a priorização, pela Lei do SNUC, da aplicação nas unidades de proteção integral, o que evidencia a polarização histórica entre preservacionistas e socioambientalistas. Não há obrigatoriedade, pela Lei em comento, de aplicação desses recursos em unidades de uso sustentável.

Para efeito do presente artigo, foram levantados dez exemplos de fontes de recursos financeiros para unidades de conservação: visitação pública, concessões florestais, fundos públicos, cooperação internacional, compensação ambiental, cobrança pelos serviços hídricos prestados por unidades de conservação, aproveitamento dos recursos genéticos (bioprospecção) e extrativismo, cogestão (ou gestão compartilhada de unidades de conservação) e ICMS Ecológico. Passa-se, então, a tratar de cada uma delas.

3.1. Visitação

A visitação pública pode ocorrer em todas as categorias de unidades de conservação, com exceção das estações ecológicas e das reser-

vas biológicas, desde que compatível com os objetivos e o plano de manejo da área. O ecoturismo, quando desenvolvido com base nos preceitos da sustentabilidade, pode contribuir para a conservação *in situ*, na medida em que incentiva a reserva de áreas protegidas, que ficam abertas ao uso público. Também pode gerar retorno econômico, criando uma aliança entre negócios e conservação (DAVENPORT et al., 2002). Além disso, a geração de renda por atividades turísticas realizadas nas unidades de conservação pode incrementar os recursos para sua gestão e manejo (RODRIGUES, 2009).

A renda derivada do estímulo ao uso público pode ser obtida com a venda de ingressos, cobrança pela realização de atividades recreativas e esportivas e uso de instalações, como áreas de *camping*, estacionamento e abrigos, cobrança pela concessão de serviços (passeios, hospedagem), venda de alimentos e outros produtos (MMA, 2009). As principais remunerações decorrentes de atividades de visitação, que podem auxiliar direta ou indiretamente o financiamento das unidades de conservação, são o ingresso para entrada na unidade e a contraprestação recolhida aos cofres públicos por um prestador de serviços pela exclusividade na disponibilização de atividades e infraestrutura de apoio à recreação como, por exemplo, passeios de barco ou bicicleta, esportes aquáticos etc (BRAGA, 2013).

As concessões de serviços de apoio à visitação, além de criar uma alternativa de prestação de serviços nas unidades de conservação, também podem contribuir para financiá-las. Segundo o art. 33 da Lei nº 9.985, de 2000, a exploração comercial de produtos, subprodutos ou serviços obtidos ou desenvolvidos a partir de unidades de conservação estão sujeitas à autorização do órgão gestor e ao pagamento por parte daquele que os explorar. O pagamento, no entanto, não é obrigatório. A Lei faculta

ao Poder Público sua instituição, que deve ser baseada em critérios de conveniência e oportunidade (BRAGA, 2013).

O art. 25 do Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002, que regulamentou a Lei do SNUC, dispõe sobre a possibilidade de que seja autorizada a exploração de produtos ou serviços inerentes às unidades de conservação, de acordo com os objetivos de cada unidade. Esses produtos ou serviços são aqueles destinados: a dar suporte físico e logístico à administração da unidade e à implementação de atividades de visitação, recreação e turismo; e a explorar recursos florestais e outros recursos em unidades de uso sustentável. Como exemplos, pode-se citar venda de ingressos, aluguel de equipamentos, contratação de guias e de passeios, lojas de conveniência, lanchonetes, hotéis, dentre outros.

A autorização para exploração comercial de produtos ou serviços em unidades de conservação deve observar a legislação referente às licitações públicas. Além disso, deve estar prevista no Plano de Manejo da unidade e fundamentada em estudos de viabilidade econômica e investimentos (art. 32 do Decreto nº 4.340/02). A previsão no Plano de Manejo é fundamental para prevenir que um excesso de demanda decorrente da visitação possa prejudicar os atributos naturais que as unidades são destinadas a preservar. Deve haver um balanceamento e uma compatibilização entre o uso e a conservação das áreas.

3.2. Concessões florestais

O mapeamento de fontes atuais de recursos para o SNUC inclui também outra espécie de concessão específica: a concessão florestal. A gestão de florestas públicas para a produção sustentável, instituída pela Lei nº 11.284, de 2 de março de 2006, é uma estratégia para ordenar e assegurar a sustentabilidade na produção de madeira e outros recursos florestais oriundos de florestas públicas. As concessões são onerosas e conferem, mediante licitação, a pessoa jurídica nacional, em consórcio ou não, o direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços numa unidade de manejo, por sua conta e risco e por prazo determinado (art. 3º, VII, da Lei 11.284/06).

Embora nem todas as concessões florestais devam ser realizadas em unidades de conservação, pois o conceito de florestas públicas não se restringe à categoria de manejo Floresta Nacional, prevista no art. 17 da Lei do SNUC, as concessões florestais podem ser fonte de recursos orçamentários para as unidades de conservação de uso sustentável. Assim, podem ser concebidas como fontes de receitas para o SNUC (PILARES, 2009). Sobre esse ponto, impende observar que todas as concessões florestais feitas até o momento ocorreram dentro de florestas nacionais.

A Lei de Gestão de Florestas Públicas dispõe que, quando oriundos de concessão florestal de áreas localizadas em Florestas Nacionais da União, os recursos financeiros devem ser distribuídos da seguinte forma: o pagamento anual mínimo feito pelo concessionário, independentemente da produção ou dos valores por ele auferidos com a exploração do objeto da concessão, deve ser destinado ao órgão gestor da unidade de conservação. Além disso, o preço pago pela concessão, excluído o valor anteriormente mencionado, deve ser destinado da seguinte maneira: 40% ao ICMBio, para utilização restrita na gestão das unidades de conservação de uso sustentável; 20% aos Estados e 20% aos Municípios, devendo ser destinados proporcionalmente à distribuição da floresta pública outorgada em suas respectivas jurisdições, para o apoio e promoção da utilização sustentável dos recursos florestais, sempre que o ente beneficiário cumprir com a finalidade deste aporte; e 20% ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal (FNDF) (art. 39, § 1º, da Lei 11.284/06).

O FNDF é um fundo de natureza contábil, gerido pelo Serviço Florestal Brasileiro (SFB), destinado a fomentar o desenvolvimento de atividades sustentáveis de base florestal no Brasil e a promover a inovação tecnológica do setor. Semelhante a outros fundos públicos, os recursos do FNDF somente poderão ser destinados a projetos de órgãos e entidades públicas ou de entidades privadas sem fins lucrativos. O art. 41 da Lei nº 11.284, de 2006, consigna que os recursos financeiros oriundos dos preços de cada concessão florestal da União serão depositados e movimentados exclusivamente por intermédio dos mecanismos da Conta Única do Tesouro Nacional. São, portanto, recursos públicos internalizados no orçamento público da União.

3.3. Fundos públicos

Outros fundos públicos ambientais também são fontes de recursos para unidades de conservação. Sua dotação é proveniente da imposição de multas, condenações judiciais ou alguns tipos de doações e estão, assim como o FNDF, vinculados aos orçamentos públicos.

Segundo Costa (2012), existe um mito de que os fundos são criados para vincular recursos, ou seja, para garantir que esses recursos sejam destinados a determinado fim que garanta o custeio de políticas públicas. Essa expectativa é paradigma anterior à Constituição de 1988, quando os fundos estavam fora do orçamento. O que garante recursos de um fundo ou programa de governo são as fontes de recursos. O produto da arrecadação, no entanto, à medida que internalizado no orçamento público, fica sujeito aos limites de empenho e ao contingenciamento, da mesma forma que os recursos destinados aos programas de governo.

Existem, atualmente, pelos menos dois fundos públicos que podem ser utilizados para custear unidades de conservação, para os quais são destinados os recursos provenientes de multas e indenizações ambientais: o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDDD) e o Fundo Nacional de Meio Ambiente (FNMA).

O Fundo de Defesa de Direitos Difusos é um fundo público, de natureza contábil, vinculado do Ministério da Justiça (MJ). Foi regulamentado pela Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995. Integram o FDDD o produto da arrecadação de condenações judiciais, multas e indenizações decorrentes dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, turístico, histórico, paisagístico; decorrentes de infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos; os rendimentos auferidos da aplicação dos recursos, outras receitas que poderão ser a ele destinadas e doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras (art. 2º da Lei nº 9.008/95).

Os recursos do FDDD, por integrarem o orçamento federal, são passíveis de contingenciamento. Sua operação depende de disponibilidade orçamentária (BRASIL, 2012b). Além disso, não há um mecanismo que gere um fluxo financeiro sustentável para as unidades de conservação. O FDDD opera por meio de apresentação de projetos sobre diversos temas referentes a direitos difusos e coletivos violados, que acabam disputando entre si os recursos arrecadados. Assim, as unidades de conservação podem apresentar projetos específicos para acessar recursos do FDDD, que serão avaliados e concorrerão com outros projetos da área ambiental e de outras áreas contempláveis pelo Fundo.

O Fundo Nacional de Meio Ambiente, criado pela Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989, também é fonte atual de financiamento de unidades de conservação. Trata-se de um fundo de natureza contábil, semelhante ao

FDDD, que tem por objetivo financiar projetos na área ambiental que promovam o uso racional e sustentável de recursos naturais. É constituído por dotações orçamentárias da União, recursos de doações que podem ser feitas por pessoas físicas ou jurídicas, rendimentos provenientes da aplicação de seus recursos (arts. 1º e 2º da Lei nº 7.797/89) e de recursos arrecadados pela aplicação da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998).

O FNMA é um órgão do MMA, que recebe recursos via Lei Orçamentária Anual. Da mesma forma que o FDDD, esses recursos podem ser acessados por entidades públicas das três esferas de governo ou por entidades privadas, desde que não tenham fins lucrativos. Segundo a Lei nº 7.797, de 1989, as áreas prioritárias para aplicação dos recursos do FNMA são unidades de conservação, pesquisa e desenvolvimento tecnológico, educação ambiental, manejo e extensão florestal, desenvolvimento institucional, controle ambiental e aproveitamento econômico racional e sustentável da flora e fauna nativas. A Lei ainda prevê que seja dada prioridade para projetos cuja área de atuação seja a Amazônia Legal (art. 5º).

Os recursos do FNMA são proporcionais ao orçamento da pasta ao qual está vinculado. Em 24 anos de existência, o FNMA financiou 1.400 projetos, com recursos na ordem de R\$ 230 milhões de reais. Além do Tesouro Nacional, o FNMA já recebeu doações do Programa Piloto para a Proteção das Florestas Tropicais do Brasil (PPG7), da Embaixada Holanda e de contratos de empréstimos feitos com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), na década de 1990 (FNMA, 2012).

3.4. Cooperação internacional

Uma importante fonte de financiamento de áreas protegidas em países em desenvolvimento,

principalmente aqueles que abrigam florestas tropicais, são as doações e os empréstimos internacionais (SPERGEL, 2002). O Brasil, na condição de país em desenvolvimento, tem sido beneficiário de recursos oriundos do exterior para financiar sua política ambiental. As instituições intergovernamentais³ e as organizações não governamentais internacionais têm papel relevante nesse contexto. De formas diferentes, ou seja, prestando apoio financeiro e/ou técnico, essas instituições apoiam o país na implementação de acordos internacionais na área ambiental com os quais o Brasil se compromete.

Nos últimos anos, vários projetos dessa natureza têm sido executados de forma a apoiar a política conservacionista, embora seja possível perceber que os recursos destinados por organismos internacionais estejam diminuindo gradativamente (GELUDA, 2010). Essa diminuição vinha sendo compensada, em parte, pelo financiamento proporcionado pelas organizações não governamentais (EMERTON; BISHOP; THOMAS, 2006). No entanto, os recursos que financiam a atuação das organizações não governamentais, muitas vezes, têm as mesmas fontes que os das instituições intergovernamentais, ou podem vir até mesmo do próprio Estado (VARELLA, 2003).

Atualmente, a crise econômica nos países desenvolvidos, principais doadores de recursos para conservar a biodiversidade em países em desenvolvimento, a mudança de foco na agenda ambiental internacional, que tem priorizado

questões relativas às mudanças climáticas, e o crescimento econômico do Brasil podem ser fatores que tendem a dificultar o acesso a recursos internacionais para áreas protegidas (FREITAS, 2011). Além disso, deve-se lembrar que as negociações de empréstimos e doações costumam ser longas e dependem da disponibilidade de recursos orçamentários do governo brasileiro para servirem como contrapartida (MILLER, 2008). São os recursos públicos que alavancam o financiamento externo de políticas de meio ambiente.

De qualquer modo, os recursos oriundos da cooperação internacional têm sido importantes fontes na implementação das políticas públicas ambientais, sobretudo nas décadas de 1990 e 2000. Os arranjos institucionais criados para receber e executar recursos externos proporcionaram aprendizado para a gestão das políticas de conservação da natureza no Brasil. As lições aprendidas com os projetos e programas-piloto em muito contribuíram para a institucionalização das políticas ambientais no país e para a definição dos novos arranjos institucionais para receber recursos externos.

O Programa Áreas Protegidas da Amazônia (Arpa) pode ser citado como exemplo de projeto de cooperação internacional implementado no Brasil recentemente. Trata-se da maior iniciativa de cooperação focada em áreas protegidas até o momento. Foi criado para expandir e fortalecer a gestão de unidades de conservação na Amazônia, que continua a ser um dos principais interesses dos doadores internacionais. Seu objetivo é apoiar a proteção de 60 milhões de hectares de florestas na Amazônia, investindo na criação e consolidação de unidades de conservação, a um custo total estimado em 395 milhões de dólares (ARPA, 2015a).

Instituído pelo Decreto nº 4.326, de 8 de agosto de 2002, no âmbito do MMA, o Programa Arpa foi desenhado para ser executado

³ As principais instituições intergovernamentais que financiam políticas públicas sobre áreas protegidas no Brasil são o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura – FAO, a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura – UNESCO, o Banco Mundial, o Fundo Global para o Meio Ambiente – GEF e a União Europeia. Para mais informação sobre a atuação de cada uma dessas agências, ver BURSZTYN, Maria; BURSZTYN, Marcel, 2012.

com recursos de programas já existentes na pasta, recursos oriundos da cooperação internacional internalizados pelo PPG-7⁴, cujo principal foco já era a Amazônia, e de doações nacionais e internacionais. Considerado de caráter estratégico, segundo o mesmo Decreto, o Programa Arpa tem por finalidade expandir e consolidar, embora não o faça atualmente, *todas* as áreas protegidas da Amazônia, de modo a assegurar a conservação da biodiversidade e contribuir para o desenvolvimento sustentável de forma descentralizada e participativa (arts. 1º e 2º do Decreto nº 4.326/02). No entanto, na prática, das 239 unidades de todas as esferas do governo situadas no bioma, apenas 27% são financiadas pelo Arpa (BUENO et al., 2011).

O Arpa recebe recursos do *Global Environment Facility* (GEF), por meio do Banco Mundial; do governo alemão, por meio do KfW; da organização não governamental internacional Fundo Mundial para a Natureza (WWF), por meio de sua representante no Brasil, a WWF-Brasil; e do Fundo Amazônia, por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) (ARPA, 2015b). Os aportes de recursos do orçamento da União e dos Estados, como, por exemplo, os utilizados para pagamento de pessoal e regularização fundiária nas unidades apoiadas pelo programa, são considerados contrapartida nacional.

Atualmente, outros projetos de cooperação internacional estão sendo negociados para apoiar a implementação do SNUC.

3.5. Compensação ambiental

A ideia de criar a compensação ambiental, hoje regulamentada no art. 36 da Lei nº 9.985, de 2000, é atribuída ao primeiro Secretário da já extinta Secretaria Especial de Meio Ambiente (SEMA), Paulo Nogueira-Neto, ainda na década de 1980. A compensação ambiental⁵ é forma de mitigar danos e, de certa forma, impor ao empreendedor a função de internalizar, nos empreendimentos, os custos considerados externalidades negativas que, antes da perspectiva ambientalista, não levavam em conta perdas ambientais decorrentes da utilização de recursos naturais em grande escala. O empreendedor assumiria parcela da responsabilidade de manter uma unidade de conservação de forma a compensar a sociedade e os

⁴Sobre o PPG-7, ver De Antoni (2010).

⁵ Erika Bechara considera várias modalidades de compensação ambiental, entre elas, a compensação por dano ambiental irreversível que, por sua vez, segundo a autora, pode ser classificada em 3 tipos: reparação *in natura*, reparação por equivalente (ou compensação ecológica) e reparação pecuniária. A primeira é entendida como o retorno à situação próxima à anterior; a segunda seria um oferecimento ou benefício ecológico para contrabalancear a perda ambiental sofrida; e a terceira, uma indenização ou uma compensação que se resolve pelo pagamento de um valor em decorrência de um dano causado (BECHARA, 2009).

ecossistemas impactados por sua atuação. É a aplicação de um princípio de direito ambiental denominado usuário-pagador.

O art. 36 da Lei nº 9.985, de 2000, trouxe uma nova forma de entendimento da compensação ambiental, que havia sido introduzida pelo CONAMA, na década de 1980. Atualmente, a compensação ambiental pode ser considerada um mecanismo financeiro que tem como fundamento o contrabalanceamento dos impactos ambientais previstos nos processos de licenciamento ambiental (FARIA, 2008). No entanto, a operacionalização dessa previsão normativa como mecanismo de financiamento ainda carece de amadurecimento.

A Lei nº 9.985, de 2000, dispõe, em seu art. 36, que, nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos que causem significativo impacto, conforme consideração do *órgão ambiental competente*, que deve se basear em estudo de impacto ambiental, o empreendedor deverá *apoiar a implantação e a manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral*.

Por força do art. 23 da Constituição Federal, regulamentado atualmente pela Lei Complementar nº 140, de 2011, os Estados e Municípios possuem competências para desenvolver suas próprias sistemáticas de cobrança de compensação ambiental, em decorrência da Lei nº 9.985, de 2000. As diversas sistemáticas adotadas pelos Estados derivam da vaga redação dada pelo art. 36 da Lei nº 9.985, de 2000. O desafio está em como se dará esse apoio, pois a Lei não definiu especificamente como o empreendedor irá adimplir sua obrigação para com o Poder Público, diferentemente das Resoluções CONAMA nº 10, de 1987, e nº 2, de 1996, que trataram anteriormente da matéria.

Essa indefinição, que está atrelada à falta de consenso sobre a natureza jurídica da compensação ambiental, é um dos fatores que vem atrapalhando a implementação do instrumento e diminuindo gradativamente sua importância e expectativa enquanto mecanismo de financiamento do SNUC. No texto da Lei percebe-se um amplo grau de discricionariedade atribuída ao órgão licenciador para definir o apoio que deverá ser prestado pelo empreendedor.

Assim, no que tange à implementação, um emaranhado de atores, normas e regulamentações, incertezas jurídicas, influências geradas por recomendação de órgãos de controle e um ambiente desfavorável para aumentar custos de grandes obras de infraestrutura, como as do PAC-1 e PAC-2⁶, podem ajudar a explicar a inoperância e a dificuldade

⁶ O Programa de Aceleração do Crescimento – PAC é um programa do governo federal, iniciado em 2007, que tem por objetivo realizar grandes obras de infraestrutura social, urbana, logística e energética no Brasil. O PAC 1 foi a primeira fase do Programa e durou 4

de implementação do instrumento. Nos diversos níveis, a compensação ambiental carece de transparência e *accountability*, como têm recorrentemente apontado os órgãos de controle, especialmente na esfera federal⁷.

Até hoje a operacionalização da cobrança dos recursos devidos tem sido um processo complexo e conturbado, marcado por conflitos de competência, judicialização excessiva (FARIA, 2008) e ausência de consenso, até mesmo dentro do próprio governo, sobre as possibilidades de sua implantação. Apesar de todas essas dificuldades, a previsão da compensação ambiental da Lei nº 9.985, de 2000, é considerada um avanço para a política de unidades de conservação no Brasil (MACIEL, 2012). Não há notícia de compensação ambiental, nos moldes em que vem sendo institucionalizada a brasileira, em outros lugares do mundo.

3.6. Cobrança pelos serviços hídricos prestados pelas unidades de conservação

Muitas unidades de conservação são criadas para proteger mananciais de água e recursos hídricos, que podem ser utilizados no abastecimento público para consumo humano, para fins de uso doméstico, industrial ou agrícola, ou ainda na geração de energia elétrica. Outras, ainda que não criadas para esse fim específico, podem contribuir para manutenção e melhoria da qualidade da água. O Parque Nacional de Brasília, que possui um ponto de captação de água para abastecimento público em seu interior, ou o Parque Nacional da Serra da Canastra, em Minas Gerais, que tem usinas hidrelétricas em seu entorno, são exemplos de unidades de

anos. A partir de 2011, o programa entrou em sua segunda fase, denominada PAC 2. Cf. (BRASIL, s.d.).

⁷ Ver Acórdãos nº 1.676 (BRASIL, 2004), nº 2.650 (BRASIL, 2009) e nº 1.853 (BRASIL, 2013).

conservação que cumprem esse papel (MEDEIROS et al., 2011).

A água é bem público, de uso comum do povo, um recurso natural limitado e de uso múltiplo, segundo a legislação brasileira. É também um bem dotado de valor econômico, nos termos estabelecidos pela Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433, de 1997).

Segundo o estudo *Pilares para a Sustentabilidade Financeira do Sistema Nacional de Unidades de Conservação*, já anteriormente citado, a cobrança pelo uso da água, que constitui um dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, começou na Bacia do Rio Paraíba do Sul, em 2003. A Agência Nacional de Águas é a responsável pela arrecadação, que repassa integralmente à Agência de Bacia do rio mencionado. Os recursos não são contingenciáveis e devem ser reinvestidos na própria bacia (PILARES, 2009).

Além dessa possibilidade, há disposição específica sobre a destinação de recursos financeiros referentes à utilização de recursos hídricos provenientes de unidades de conservação. A Lei nº 9.985, de 2000, dispõe sobre uma espécie de compensação pelo uso de recursos hídricos ou pelo benefício gerado por uma unidade de conservação (arts. 47 e 48).

A Lei do SNUC estabelece, no art. 47, que o órgão ou empresa, público ou privado, que seja responsável pelo abastecimento de água ou que faça uso de recursos hídricos, sendo beneficiado pela proteção a esses proporcionada por uma unidade de conservação, deve contribuir financeiramente para sua proteção e implementação. Da mesma forma, seu art. 48 dispõe que o órgão ou empresa, público ou privado, responsável pela geração e distribuição de energia elétrica que seja beneficiado da proteção oferecida por unidade de conservação, deve contribuir financeiramente para proteção e implementação da unidade.

Vincula o diploma legal em tela a contribuição financeira a unidades de conservação específicas, que prestam determinados serviços ambientais a pessoas jurídicas públicas ou privadas, reconhecendo a importância econômica dos bens ambientais protegidos nas UCs. Segundo a Lei, os dois dispositivos deverão ser objeto de regulamentação específica, o que não aconteceu até hoje, ao menos em escala federal. O potencial de arrecadação dependerá da metodologia e dos procedimentos adotados (GELUDA, 2010).

3.7. Bioprospecção e extrativismo

A bioprospecção e o extrativismo também são fontes potenciais de arrecadação para o SNUC. Assim como a contribuição pelo uso de recursos hídricos, podem ser considerados pagamentos por serviços ambientais para unidades de conservação. Os serviços ambientais são benefícios gerados pela natureza à sociedade. Sua instituição ainda é considerada um grande desafio para a gestão ambiental (WUNDER, 2008).

No caso da bioprospecção, trata-se de uma retribuição financeira pela utilização de recursos genéticos existentes em unidades de conservação. A remuneração pelo uso da biodiversidade protegida, principalmente no caso de desenvolvimento de produtos farmacêuticos e cosméticos no Brasil, ainda precisa ser estudada e regulamentada para que se converta em benefício para as unidades de conservação (PILARES, 2009).

O extrativismo, atividade permitida em unidades de conservação de uso sustentável, também pode gerar receitas para o SNUC. Atualmente, no entanto, assim como a bioprospecção, não é uma fonte de recursos consolidada. Trata-se de fonte potencial para unidades de uso sustentável e depende do desenvolvimento

de planos de negócio e arranjos institucionais específicos, devido a peculiaridades de gestão desse tipo de área protegida. Em poucos casos, no entanto, pode gerar recursos expressivos para as UCs (GELUDA, 2010).

3.8. Cogestão

As parcerias entre o Poder Público e a sociedade civil para gestão de unidades de conservação pode ser considerada uma fonte indireta de recursos. Por meio da formalização da parceria, algumas funções podem ser repassadas dos órgãos públicos para uma associação civil sem fins lucrativos. Trata-se da cogestão ou gestão compartilhada de unidades de conservação, já prevista na Lei nº 9.985, de 2000. O art. 30 da Lei dispõe que “as unidades de conservação podem ser geridas por organizações da sociedade civil de interesse público com objetivos afins aos da unidade, mediante instrumento a ser firmado com o órgão responsável por sua gestão” (BRASIL, 2000).

A legislação específica que somente as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) poderão firmar o termo de parceria. O art. 23 do Decreto nº 4.340, de 2002, dispõe que a escolha da entidade deve ser feita à luz da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou seja, a lei geral de licitações e contratos da Administração Pública.

As formas de parceria exigem estudos técnicos e jurídicos prévios, a serem realizados caso a caso, conforme as necessidades e oportunidades para cada unidade. A adoção da parceria, no entanto, não afasta a competência e a responsabilidade do Poder Público sobre a gestão das unidades. Assim, recursos viabilizados pelo órgão público, orçamentários ou não, são necessários para que se mantenha, minimamente, a coordenação das atividades de gestão.

3.9. ICMS Ecológico

O ICMS Ecológico é recorrentemente citado como fonte de recursos para unidades de conservação (PILARES, 2009). No entanto, deve-se lembrar que o mecanismo é uma forma de distribuição de recursos entre Municípios, baseada em critérios ambientais. Trata-se de uma compensação financeira aos entes municipais pelas restrições impostas ao uso da terra, além de um incentivo financeiro para que esses Municípios empreendam ações ambientais (SILVA, 2005).

A Constituição de 1988 dispôs sobre a tributação e a repartição de receitas tributárias como meio de implementação de um federalismo cooperativo, que se assenta na ideia do equilíbrio entre os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O fortalecimento da federação se reflete no aumento do grau de autonomia fiscal dos Estados e Municípios e na descentralização de recursos tributários⁸. Ao mesmo tempo em que se descentraliza a execução das políticas públicas, devem-se descentralizar as receitas tributárias para sua realização.

Interessante estudo que analisou a implementação do ICMS Ecológico constatou que 10 Estados possuem legislação que adota critérios ambientais para repartição das receitas do ICMS entre os Municípios. Em todos eles, a existência de unidade de conservação no município é considerada como fator de destinação de receitas (SILVA, 2005).

Isso, no entanto, não necessariamente significa que esses recursos revertam em melhoria das unidades de conservação ali localizadas, pois cabe ao Município decidir sobre a utilização da receita. Uma forma de incentivar os Municípios a investirem em unidades de conservação é adotar critérios qualitativos de distribuição dos recursos, embora atualmente sejam poucas as experiências que criam critérios de qualidade da conservação (GELUDA, 2010).

Desse modo, embora o ICMS Ecológico venha sendo utilizado como instrumento de gestão ambiental, não pode ainda ser considerado fonte direta de recursos para o SNUC. No caso das unidades de conservação federais, especialmente, seria complicado contar com recursos municipais para o financiamento de áreas protegidas instituídas e administradas pela União, dado principalmente à hipossuficiência crônica de recursos financeiros e humanos dos pequenos municípios do interior do país, onde se situa grande parte das unidades de conservação federais.

De qualquer modo, o ICMS Ecológico é uma compensação financeira com viés ambiental, que, dependendo do arranjo institucional municipal

⁸Sobre o sistema federativo e o fenômeno da descentralização e seus impactos sobre as finanças públicas no Brasil, ver Giambiagi e Além (2011).

que se criar, pode vir a fomentar unidades de conservação, especialmente as estaduais e municipais, e, eventualmente, mas em menor medida, as federais.

Conclusões

É inquestionável a relevância da criação de espaços protegidos, em especial de unidades de conservação, para a preservação da diversidade biológica e para a manutenção da qualidade dos ecossistemas e da vida das sociedades humanas. Por isso, o Brasil se comprometeu nacional e internacionalmente, no âmbito da Convenção sobre Diversidade Biológica, a proteger seus espaços territoriais, o que é alcançado por meio da instituição de áreas protegidas.

Embora tenha avançado significativamente na expansão do SNUC, o problema é que boa parte das unidades de conservação goza de nenhuma ou de baixa efetividade. Em outras palavras, unidades de conservação de papel vêm sendo sistematicamente criadas, sem que sejam destinados recursos necessários para sua implementação. Recursos orçamentários insuficientes acabam gerando uma situação dramática para os gestores, que não têm condições de executar ações mínimas de fiscalização e de infraestrutura para visitação. A cifra de R\$ 4,00 por ano por hectare e de 1 servidor para cada 18.600 hectares conduzem à conclusão de que somente as fontes orçamentárias não dão conta de financiar o sistema, sendo, assim, essencial buscar fontes de recursos diversas.

O artigo analisou, então, outras 10 fontes potenciais de financiamento do sistema de unidades de conservação: visitação pública, concessões florestais, fundos públicos, cooperação internacional, compensação ambiental, cobrança pelos serviços hídricos prestados por unidades de conservação, aproveitamento dos recursos genéticos (bioprospecção) e extrativismo, cogestão (ou gestão compartilhada de unidades de conservação) e ICMS Ecológico. Potencialidades e fragilidades foram apontadas, com vistas a traçar um panorama crítico sobre as atuais e as potenciais fontes orçamentárias e extraorçamentárias, e mostrar as dificuldades de implementação que o sistema vem enfrentando, colocando em risco a existência das espécies que conformam a biodiversidade brasileira e a qualidade de vida da sociedade de um modo geral.

Referências

BECHARA, Erika. *Licenciamento e compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC)*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

BENSUSAN, Nurit. *Conservação da biodiversidade em áreas protegidas*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006. p. 9.

BRAGA, Alice Serpa. *Parques nacionais: participação privada na viabilização do uso público*. Curitiba: CRV, 2013.

BRAGANÇA, Daniele. Segundo corte no orçamento pode levar ICMBio à penúria. *O Eco*, 4 set. 2013. Disponível em: <<http://www.oeco.org.br/reportagens/27551-segundo-corte-no-orcamento-pode-levar-icmbio-a-penuria>>. Acesso em: 11 fev. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 jul. 2000.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.676/2004. DJ, 13 jul. 2004. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=%28AC-1676-24/04-1%29%5bnumd%5d%5bB001,B002,B012%5d>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2.650/2009. DJ, 11 nov. 2009. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=%28AC-2650-48/09-P%29%5bnumd%5d%5bB001,B002,B012%5d>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

_____. Presidência da República. Controladoria-Geral da União. *Relatório de auditoria anual de contas*. Unidade Auditada: Instituto Chico Mendes – SEDE. Exercício 2012. Coordenadoria-Geral de Auditoria da Área do Meio Ambiente. Processo n. 02070.007774/2012-29. Relatório n. 201306273. Brasília, 2012a. Disponível em: <<http://sistemas.cgu.gov.br/relats/uploads/RA201306273.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

_____. Ministério da Justiça. Cidadania. Direitos Difusos. Instruções. *Projetos contemplados para 2012*. [2012b]. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/cfdd/main.asp?ViewID=%7B2148E3F3-D6D1-4D6C-B253-633229A61EC0%7D¶ms=itemID=%7B06E42FB1-8ED6-4A1D-B79E-C664ED7CF018%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1853/2013. DJ, 2 abr. 2013. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=%28AC-1853-09/13-1%29%5bnumd%5d%5bB001,B002,B012%5d>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Programa de Aceleração do Crescimento*. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/ministerio.asp?index=61&ler=s881>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

BUENO, Marco et al. O Programa Áreas Protegidas da Amazônia (ARPA): um novo modelo e paradigma para a conservação da biodiversidade. In: MEDEIROS, Rodrigo; ARAÚJO, Fábio França Silva (Org.). *Dez anos do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza: lições do passado, realizações presentes e perspectivas para o futuro*. Brasília: MMA, 2011.

BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. *Fundamentos de política e gestão ambiental: caminhos para a sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

COSTA, Leonardo Silva Guimarães Martins da. *Uma visão sistemática dos fundos federais*. Brasília: Ministério da Fazenda, Secretaria do Tesouro Nacional, 2012. (Textos para Discussão do Tesouro Nacional, 7). Disponível em: <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/textos_discussao/downloads/td7.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2013.

DAVENPORT, Lisa et al. Ferramentas de Ecoturismo para Parques. In: TERBORGH, John et al (Org.). *Tornando os parques eficientes: estratégias para a conservação da natureza nos trópicos*. Curitiba: Ed. UFPR/Fundação O Boticário, 2002.

DE ANTONI, Giorgio. O Programa Piloto para Proteção das Florestas Tropicais do Brasil (PPG-7) e a globalização da Amazônia. *Ambiente e Sociedade*, Campinas, v. XIII, n. 2, p. 299-313, jul./dez. 2010.

DIEFENDORF, Sarah et al. Chapter 4: Protected Areas. In: INTERNATIONAL GUIDEBOOK OF ENVIRONMENTAL FINANCE TOOLS: a sectoral approach: Protected Areas, Sustai-

nable Forest, Sustainable Agriculture and Pro-Poor Energy. New York: UNDP, august, 2012, p. 3. Disponível em: <<http://www.undp.org/content/dam/undp/library/Environment%20and%20Energy/Environmental%20Finance/chapter%204.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

DOUROJEANNI, Marc Jean; PÁDUA, Maria Tereza Jorge. *Biodiversidade a hora decisiva*. 2. ed. Curitiba: Ed. UFPR, 2007.

DOUROJEANNI, Marc. Vontade política para estabelecer e manejar parques. In: TER-BORGH, John et al. (Org.). *Tornando os parques eficientes: estratégias para a conservação da natureza nos trópicos*. Curitiba: Ed. UFPR/Fundação O Boticário, 2002.

DRUMMOND, José Augusto. *Devastação e preservação ambiental: os parques nacionais do estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: EDUFF, 1997.

EMERTON, Lucy.; BISHOP, Joshua.; THOMAS, Lee. *Sustainable financing of protected areas: a global review of challenges and options*. Gland, Switzerland and Cambridge, UK: IUCN, 2006. (Best Practice Protected Area Guidelines Series, 13).

FARIA, Ivan Dutra. *Compensação ambiental: os fundamentos e as normas: a gestão e os conflitos*. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, Centro de Altos Estudos, 2008. p. 10. (Textos para Discussão, 43). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao.htm>. Acesso em: 12 fev. 2015.

FREITAS, Analuce. *Levantamento e Sistematização de informações sobre cooperação internacional em prol de Unidades de Conservação no Brasil*. [Relatório Final]. Brasília: MMA, 2011.

FUNDO NACIONAL DE MEIO AMBIENTE (Brasil). *Prestação de Contas Ordinária Anual: relatório de gestão do exercício de 2011*. Brasília: MMA, 2012.

GELUDA, Leonardo. *Sustentabilidade Financeira das Unidades de Conservação Amazônicas: cenário atual e perspectivas das fontes de financiamento*. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DESENVOLVIMENTO FLORESTAL – IBDF. *Plano do sistema de unidades de conservação do Brasil*. Brasília: MA-IBDF/FBCN, 1979.

_____. *Relatório de Gestão 2011*. Brasília: ICMBio, 2011. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/o-que-somos/relatoriodegestao_Web.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2015.

_____. *Efetividade da Gestão das UCs Federais*. Brasília: ICMBio/WWF, 2012.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Natureza e cultura: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes*. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MACIEL, Marcela Albuquerque. *Compensação ambiental: instrumento para a implantação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MEDEIROS, Rodrigo et al. (Ed.). *Contribuição das unidades de conservação brasileiras para a economia nacional: sumário executivo*. Brasília: UNEP/WCMC, 2011.

MILLER, Míriam Jean. Contratos de empréstimos, doações e trocas de dívida. In: TAGIBA, Fernando C. P.; LEME, Taciana Neto. (Coord.). *Fontes de recursos financeiros para a gestão ambiental pública: cenários e estratégias de captação para o funcionamento de fundos socioambientais*. Brasília: Rede Brasileira de Fundos Ambientais, 2008. (Série Financiamento e Fomento Ambiental no Brasil, 2).

PILARES para a Sustentabilidade Financeira do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. 2 ed. atual e ampl. Brasília: MMA, 2009. p. 18. (Áreas Protegidas do Brasil, 7).

MORE, Thomas A; MANNING, Robert E. *The Public Function of Parks and Protected Areas*. [2004]. (Working Papers of the Finnish Forest Research Institute, 2). Disponível em: <<http://www.metla.fi/julkaisut/workingpapers/2004/mwp002-42.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

PETTER, Lafayete Josué. *Direito financeiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 153-154.

PROGRAMA ÁREAS PROTEGIDAS DA AMAZÔNIA – ARPA. *Financiamentos Internacionais*. Disponível em: <<http://programaarpa.gov.br/financiamentos-internacionais/>>. Acesso em: 11 fev. 2015a.

_____. *O que é*. Disponível em: <<http://programaarpa.gov.br/uncategorized/oqueee/>>. Acesso em: 13 fev. 2015b.

RANIERI, Victor Eduardo Lima et al. Passado, presente e futuro do Sistema Nacional de Unidades de Conservação: uma síntese dos resultados do seminário nacional. In: MEDEIROS, Rodrigo; ARAÚJO, Fábio França Silva (Org.). *Dez anos do Sistema Nacional de Conservação da Natureza: lições do passado, realizações presentes e perspectivas para o futuro*. Brasília: MMA, 2011.

RODRIGUES, Camila Gonçalves de Oliveira. *O uso público nos parques nacionais: a relação entre as esferas pública e privada na apropriação da biodiversidade*. 2009. Tese (Doutorado) – Centro de Desenvolvimento Sustentável – CDS, Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

RUBIN, Irene S. The Politics of Public Budgets. In: THEODOULOU, Stella Z.; CAHN, Matthew A. *Public Policy: the essential readings*. New Jersey: Prentice Hall, 1995. p. 186-187.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SILVA, Solange Teles da. Reflexões sobre o “ICMS Ecológico”. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 754.

SPERGEL, Barry. Financiamento de áreas protegidas. In: TERBORGH, John; VAN SCHAIK, Carel; DAVENPORT, Lisa; RAO, Madhu (Org.). *Tornando os parques eficientes: estratégias para a conservação da natureza nos trópicos*. Curitiba: Ed. UFPR/Fundação O Boticário, 2002.

WARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WUNDER, Sven (Coord.); BÖRNER, Jan; TITO, Marcos Rügnitz; PEREIRA, Lígia. *Pagamentos por serviços ambientais: perspectivas para a Amazônia Legal*. Brasília: MMA, 2008. (Série Estudos, 10).

Democracia Representativa

Revisitando John Stuart Mill

PAULO R. DOS S. CORVAL

Sumário

1. Introdução. 2. Teorias da representação. 3. Representação em tempos de democracia deliberativa e participativa. 4. A democracia representativa e as contribuições atuais de Stuart Mill. 5. Conclusão: a representação energizada.

1. Introdução

A relação entre democracia e representação não é nada trivial. E, sem negar os esforços sempre existentes a respeito dos assuntos da vida coletiva no sentido da reorientação da maneira de compreender o governo democrático e a representação, sente-se, por vezes, que as conversações atinentes à democracia contemporânea permanecem centradas na produção de teorias e conceitos voltados apenas a complementar as instituições representativas de produção legislativa ou a impulsionar as ações substitutivas dos arranjos representativos¹ (na linha da crítica de inspiração marxista no sentido da incompatibilidade da representação com a democracia).

As dificuldades que embaçam qualquer esforço de compreensão e reconstrução dessa intrigante relação foram bem detectadas por Hanna Pitkin (1972) quando, seguindo a tradição explicativa da filosofia analítica, destacou os variados sentidos de representação na teoria política (representação como forma, descrição, símbolo e ação; representação como correspondência com o todo; e representação como ação em nome de outrem). Mais tarde (2006 [1989]), alargando a problemática (revisando,

Paulo R. dos S. Corval é professor de Direito Financeiro e Tributário da Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em ciências jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFF (PPGCP/UFF).

¹ Por todos, pela qualidade dos trabalhos, ver Feres Júnior e Pogrebinschi (2010) e Pogrebinschi e Santos (2011).

de certo modo, suas ideias), trouxe à luz o paradoxo da representação, a saber, a impossibilidade lógica de que, na esfera do poder, haja identidade de vontade entre representante e representado.

Qual o lugar da representação na teoria democrática? Seu paradoxo leva-a, inexoravelmente, à incompatibilidade ou à mera complementaridade com as concepções democráticas deliberacionista e participacionista? Há caminhos para se reconciliar democracia e representação? É nesse ponto de encontro entre a produção teórica e a imaginação institucional em que se insere, modestamente, o presente artigo, buscando, na visita às “Considerações sobre o Governo Representativo” de John Stuart Mill, caminhos reconstrutivos da ideia de representação que possibilitem engendrar modificações e aperfeiçoamentos democráticos na estrutura dos governos representativos.

Reencontrar Stuart Mill importa não apenas pela sua obra clássica, sempre lembrada, a respeito da representação, mas, também, porque Mill, no seio da tradição liberal, sustenta variante da democracia preocupada com a qualificação dos cidadãos para o fim de lhes assegurar imersão na esfera pública – por conta disto apelidada desenvolvimentista na classificação de McPherson (apud MIGUEL, 2005, p. 2) – e, por conta disso, bastante aproximada das correntes participacionistas que percebem e valorizam a democracia como processo educativo. Mill, juntamente com Rousseau e G. H. D. Cole é também por vezes identificado com o estabelecimento da teoria clássica da democracia contra a qual os elitistas teriam se voltado (PATEMAN, 1992). Mill chama a atenção, ademais, pelos pontos de contato que o seu pensamento mantém com o ceticismo pirrônico que, ressurgido nos séculos XIV e XV, constituiu variante da narrativa moderna que, pouco a pouco, na contemporaneidade política, vai recobrando importância.²

Antes, contudo, preparando mesmo o reencontro, veremos, na próxima seção, tanto os conceitos de representação destacados por Pitkin como o que ela veio a identificar, em 1989, como o paradoxo da representação. Na terceira, apresentaremos esboço das teorias democráticas que têm recebido atenção dos estudiosos contemporâneos, buscando relacioná-las à ideia de representação. Inspira-nos a hipótese de que é possível coexistir de modo produtivo o governo representativo com a teoria da democracia participativa. A quarta seção será dedicada às “Considerações” de Mill, a fim de coligir elementos que permitam contribuir para a democracia representativa e a tese da compatibilidade entre representação e democracia participativa e deliberativa. Concluiremos, na quinta seção, defendendo a

²Por todos, em língua portuguesa, destaco a obra de Renato Lessa (1997) e Cesar Kirally (2013).

representação energizada como estratégia para incrementar as exigências de democratização na República Federativa do Brasil.

2. Teorias da representação

Seguindo os passos de Pitkin (1972, p. 39; 2006, p. 28), haveria um primeiro sentido de representação no pensamento político moderno, o sentido formalista, centrado na ideia jurídica privatista de transação e de autorização para representar. Entre os formalistas, uma primeira concepção de representação é reconhecida pela autora na obra “O Leviatã”, de Thomas Hobbes (a quem, aliás, Pitkin atribui o fato de ser o inaugrador da ideia de representação na teoria política moderna). A segunda vertente formalista se encontraria na obra de John Locke.

O pensamento de Hobbes é de fato merecedor de destaque. Num contexto em que o poder absoluto do monarca se achava desfeito pela guerra civil na Inglaterra, ao longo da década de 40 do século XVII, Hobbes, antevendo a insustentabilidade da soberania absoluta do monarca nos argumentos patriarcais de Robert Filmer, desenvolve inovadora argumentação política na qual, a um só tempo, reconhece a persistência do poder soberano, a sua localização democrática no povo, e – aí sua inovação estratégica – a transferência desse poder para o representante legítimo do povo: o monarca mais uma vez.

Sua fundamentação teórica parte da concepção de pessoa – natural ou artificial – como aquela “cujas palavras ou ações são consideradas quer como suas próprias quer como representando palavras ou ações de outro homem, ou de qualquer outra coisa a que sejam atribuídas, sejam palavras verdadeiras ou ficção” (HOBBS, 2004, p. 123). A ideia é extraída da comparação com os teatros romanos, de modo que, para Hobbes, a pessoa é um ator e o ato de perso-

nificar, ser pessoa, corresponde a representar a si ou a outrem. Seria possível, assim, segregar a pessoa autora (aquele a quem pertencem palavras e ações) e a pessoa atora (portadora do personagem e das palavras e ações para as quais foi autorizada a agir) e estabelecer uma só possibilidade de regulação de seus vínculos, o ato de autoridade. Para Hobbes (2004, p. 123), por “autoridade se entende sempre o direito de praticar qualquer ação [...] feita por comissão ou licença daquele a quem pertence o direito”. O autor hobbesiano, no que tange ao pertencimento e posse de bens, é equiparado ao proprietário (*dominus* ou *kyrios*), assim como a autoridade é o equivalente ao domínio de bens.

Falta acrescentar a esse pano de fundo teórico a ideia de que nem todas as coisas, especialmente as inanimadas, podem ser autores, ainda que possam ser personificados por atores (2004, p. 124). Crianças, loucos, ídolos e divindades, por exemplo, seriam apenas personificados por seus atores. O mesmo aconteceria com a multidão de indivíduos, a qual será “transformada em pessoa quando representada por um só homem ou pessoa... com o consentimento de cada um dos que constituem essa multidão” (HOBBS, 2004, p. 125). A representação, ilimitada ou limitada pelo autor que confere autoridade, seria constitutiva, neste caso, da própria pessoa, sendo “a unidade do representante, e não a unidade do representado, que faz com que a pessoa seja una” (HOBBS, 2004, p. 125). Sendo o representante constituído por muitos homens, sua voz será conformada pela manifestação do maior número.

Está aí, sintetizado, o estratagema hobbesiano de aprisionamento do poder soberano da multidão e consequente resguardo do poder absoluto do monarca em meio à revolução na Inglaterra. Ao tempo em que cede aos críticos do poder monárquico para reconhecer no povo, na multidão de indivíduos, a origem do

supremo poder político, Hobbes anula a novel titularidade do supremo poder pelo mecanismo formal da representação. Daí afirmar que os indivíduos, desejos por assegurar sua conservação e vida, devam se unir em uma grande multidão da qual, no entanto, dirigida “segundo o juízo individual e os apetites individuais de cada um, não poderá se esperar que seja capaz de dar defesa e proteção a ninguém [...]” (HOBBES, 2004, p. 128). Assim, ao fim e ao cabo, exigirão um poder comum, reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que os representa praticar ou vier a realizar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança (HOBBES, 2004, p. 130-131).

O passo seguinte da estratégia, para Hobbes (2004, p. 142), foi mais simples: dizer que as formas de governo se distinguem apenas por conveniência, à vista da sua capacidade de garantir a paz e a segurança, sustentar a sua preferência pela forma monárquica e derivar toda a regulação da vida social desse poder representado.

John Locke (1994, p. 59), ainda atrelado à concepção formalista de representação, traz a lume, quando cotejado com Hobbes, as ideias de “desmonarquização” e de maior limite ao poder soberano representado. Delimitação do poder obtém Locke pela estratégia de naturalização da propriedade (vida, liberdade e posses), reconhecendo-se o seu caráter anterior à constituição artificial da comunidade política. “Desmonarquização”, por sua vez, advém da crença de que as pessoas se unem em sociedade política com o propósito de manter a propriedade pela abnegação do direito de julgar e executar por si as ofensas. Assim, na monarquia absoluta, não havendo uma autoridade reconhecida para a qual os membros da sociedade possam apelar para ver sanado qualquer dano sofrido ou controvérsia; não há, nos dizeres de Locke, governo civil.

Para Locke (1994, p. 59-60), ninguém está amarrado, por nascimento, a uma comunidade política. Nela se insere por livre escolha, ainda quando essa escolha se verifique tacitamente, de modo que o poder supremo lockeano, o poder legislativo, seja ou não manifestado pelas mãos da maioria (democracia), fica na obrigação de garantir a propriedade de cada membro. A representação, aqui, atém-se mais ao conteúdo que ao sujeito. Os sujeitos, representante e representado, estão relativamente em pé de igualdade (modelo *standing for*, segundo Pitkin). Esse poder recebido por delegação é soberano para definir, no âmbito do espaço delimitado pelas ideias racionalmente extraídas da concepção do estado de natureza, em específico pela propriedade, toda a vida da sociedade política. Sua chancela, para além do respeito à propriedade natural, faz as vezes do consentimento da sociedade (LOCKE, 1994, p. 71).

Segundo Locke (1994, p. 76), mantém a comunidade, o conjunto dos indivíduos, apenas o poder de “destituir ou alterar o legislativo quando considerar o ato legislativo contrário à confiança que nele depositou”. O legislativo representante da comunidade, por sua vez, convive com a segregação entre a elaboração e a aplicação das leis resultante do fato de que, para Locke (1994, p. 75), o estabelecimento das leis não carece de corpo permanente para a sua elaboração e fixação. Esse tipo de permanência é requerida apenas para aquele corpo responsável pela execução das leis vigentes, de modo que exsurge imprescindível um sistema de relacionamento entre o executivo (com poderes de aplicação das leis, de ação urgente e de convocação do legislativo) e o legislativo (com poderes de legislação, de prerrogativa, de avocação de atos executivos e de punição em casos de má administração).

O formalismo lockeano, ainda que não estabeleça a associação direta entre o represen-

tante e o senhor e o proprietário, à semelhança de Hobbes, não a afasta (razão, talvez, pela qual Locke não dispensa maior atenção sobre quem constituirá o corpo de representantes ou sobre quem poderá elegê-lo). Está mesmo pressuposta certa predileção monárquica ou oligárquica dessa maneira de conceber a representação quando Locke disserta sobre as modificações atinentes à justificativa da propriedade pelo trabalho e o aparecimento do dinheiro como meio convencional e duradouro de substituição do valor dos bens perecíveis. A introdução do dinheiro para evitar o desperdício consistente em se guardar mais do que se pode utilizar trouxe consigo o paradoxo da ampliação das posses: “Como os diferentes graus de indústria dos homens podiam fazê-los adquirir posses em proporções diferentes, esta invenção do dinheiro deu-lhes a oportunidade de continuar a aumentá-las” (LOCKE, 1994, p. 48). Assim, conquanto nada dissesse expressamente, no fundo o sistema de Locke mantinha os representantes identificados aos proprietários de dinheiro e de posses.

A partir e para além dessa acepção formal de agir autorizado ou submetido à responsabilização, Pitkin (1972) encontra outro conjunto semântico com os autores que classifica como descriptivos (John Adams, James Wilson, Stuart Mill Sidney e Beatrice Webb, Thomas Hare, Mirabeau e outros), para os quais a representação não se vincula a um fazer algo, mas a uma forma de ser (representação *stand for*). O representante não age por outrem, colocando-se, antes, ao seu lado, identificando-se com o representado. O que parece importante, aí, não é o que a legislatura faz, mas como ela é composta. Nascem as questões atinentes à proporcionalidade na representação.

Ainda na linha da representação *stand for*, Pitkin (1972) arrola a representação simbólica. Enquanto na representação simples, formalista ou descriptiva, substitui-se pelo representante o representado, na simbólica o representante apenas remete, como uma lembrança, ao representado.

Ultrapassando ambos os sentidos – e, a juízo de Pitkin, sem base em qualquer autor específico relacionado à matéria – a representação também é concebida na teoria política como uma atividade guiada por certas normas de comportamento, por certas expectativas de ação sobre o representante.

Todo esse pano de fundo desemboca, com Pitkin, na discussão sobre a natureza imperativa ou independente do mandato do representante legislativo para finalmente concluir, de acordo com a síntese de seu pensamento levada a efeito por Alkmim (2013, p. 62), que existirá sempre uma constante tensão entre o ideal da efetividade do sistema de representação e aquilo que é realmente alcançado, com ênfase “sobre a legitimidade dos procedimentos, do processo democrático, capaz de, com suas características tornadas públicas e exercitadas, [...] garantir o êxito e a estabilidade do sistema político”.

Em texto posterior – e isto não fugiu do olhar atento de Alkmim (2013, p. 63) – Pitkin volta às diferenças atinentes ao significado da representação e

à sua expressão nos debates sobre a natureza do mandato do representante, para destacar que a divergência nasce, exatamente, do “paradoxo inerente ao próprio significado de representação: tornar presente de alguma forma o que, apesar disso, não está literalmente presente [...]” (PITKIN, 2006, p. 30).

Resgata, em apoio à sua tese, a opinião de Rousseau (2004, p. 71) no sentido da incompatibilidade da representação (avaliada em termos de interesse) com a democracia direta (valorada em termos de vontade e autonomia). Dessa forma, parece destacar outra vertente semântica de representação – aquela que, burilada no seio de movimentos socialistas e anarquistas, avalia ser a representação incompatível com as ideias de democracia direta e participativa na medida em que reconhece que a divisão do poder e da responsabilidade sobre aquilo que estamos fazendo conjuntamente como sociedade “pode significar apenas, na maior parte das vezes, a exclusão da maioria das pessoas dos benefícios da política” (PITKIN, 2006, p. 42).

Na trilha da incompatibilidade entre representação e participação democrática, a propósito, é que se posiciona Alkmim (2013), arrimado, principalmente, na crítica da tradição marxista. Sua presença neste artigo, contudo, para além de servir ao propósito de apontamento daqueles que apoiam a tese da incompatibilidade, interessa pela contribuição que oferece à reflexão sobre a democracia representativa e à tese oposta, da compatibilidade, ao divisar cinco modelos ou tipos ideais de possibilidades representativas.

O modelo que Alkmim chama autorizativo enfatiza a posição do representante sobre o representado, encontrando base no formalismo de Hobbes, na representação simbólica, no mandato virtual da sobreposição dos interesses dos representados de Burke e no sistema de contraposição de poderes dos federalistas estadunidenses, “no qual a formação do governo e do legislativo obedece ao princípio da representação como filtro para controle das facções e recrutamento de uma elite política” (ALKMIM, 2013, p. 69).

O modelo liberal reporta-se, basicamente, à matriz lockeana da supremacia do legislativo parlamentar.

O modelo crítico, inspirado em Rousseau e na tradição marxista, enfatiza a “distorção inevitável entre vontade e realização da vontade pela representação” (ALKMIM, 2013, p. 69).

O modelo identidade, centrado na perspectiva descriptiva de John Stuart Mill, caracterização por manter em sintonia representante e representando, buscando correspondência entre os traços distintivos do grupo social e do sujeito ou do colegiado que o irá representar.

Finalmente, o modelo processual, voltado ao aprofundamento do papel dos representados e dos representantes por mecanismos institucionais e mecanismos de responsabilização dos atores políticos em suas diferentes funções.

Em quadro tipológico, com registros de data e autor, fechamos esta seção com o esboço elaborado por Alkmim (2013) a respeito das teorias da representação:

Século	Modelo 1 Autorizativo Simbólico	Modelo 2 Liberal	Modelo 3 Crítico Participativo Mandato Imperativo	Modelo 4 Identidade Descriutivo	Modelo 5 Processual Institucionalização Substantivo, Responsabilização
XVII	Hobbes Leviatã 1652				
XVIII		Locke Segundo tratado sobre o governo civil 1690		Rousseau O contrato social 1757	
	Burke Carta aos eleitores de Bristol 1777				
	Hamilton, Madison e Jay O Federalista 1788			John Stuart Mill Considerações sobre o governo representativo 1861	
XIX			Spooner A Constituição Indefensável 1870		
			Marx Guerra civil na França 1871		
XX				Hanna Pitkin O conceito de representação 1967	
			Sartre Eleições, armadilha para otários 1973		
			Hanna Pitkin Representação: palavras, instituições e ideias 1989		

3. Representação em tempos de democracia deliberativa e participativa

Voltando a atenção, agora, à democracia, pode-se dizer que sobre ela encontramos sinteticamente três grandes modelos normativos e cinco teorias na Ciência Política contemporânea: os modelos liberal, republicano e procedural e as teorias democráticas deles derivadas – ou a eles apenas associadas – do elitismo, do pluralismo, do legalismo, da participação e da deliberação.

Disso dá conta, resumidamente, Marcos Nobre (2004, p. 36)³, ao dispor que no modelo normativo liberal, centrado na ação estratégica de atores individuais que disputam o poder, a democracia é representada como “mecanismo de agregação de interesses e de imposição de fins coletivos à sua execução político-estatal”, achando-se, separados, o Estado e a sociedade.

No modelo republicano, tal mediação, que deve se distanciar da lógica de mercado liberal, refere-se a “um processo de formação da vontade e da opinião em que se produza uma autocompreensão dos atores sociais e políticos que seja, por sua vez, elaboração consciente do elemento de solidariedade social sem o qual não cabe falar em democracia e em corpos políticos” (NOBRE, 2004, p. 36).

Já no modelo procedural, apresentado como portador de sentidos normativos mais fortes que o liberal e mais fracos que o republicano, ao mesmo tempo em que se concede centralidade à formação do processo de opinião e vontade comum, mantém-se “a sociedade civil, como a base social de espaços públicos autônomos” (NOBRE, 2004, p. 37), distintos do sistema de mercado e de administração pública, deslocando-se a exigência normativa para a relação entre os recursos representados pelo dinheiro (mercado), pelo poder (administração) e pela solidariedade (sociedade). A democracia consistiria no conjunto de procedimentos estabelecidos pela linguagem normativa do direito para obstar a colonização da sociedade pelo mercado e pela administração, constituindo espaços públicos autônomos de consenso por meio da deliberação e da participação que dirijam os sistemas do dinheiro e do poder.

³ Narrativa semelhante no que tange à sua força de síntese, embora distinta quanto à estruturação, encontra-se em Miguel (2005). O autor, também detectando as clivagens entre modelos prescritivos e descritivos e reconhecendo inexistir taxonomia “correta” para a compreensão da teoria democrática representativa, trabalha com cinco diferentes correntes: democracia liberal-pluralista, democracia deliberativa, republicanismo cívico, democracia participativa e multiculturalismo. A vantagem dessa classificação está no destaque do republicanismo cívico e do multiculturalismo que, no presente artigo, acham-se em princípio integrados às correntes participação e deliberativas, embora possam mesmo ser entendidas como perspectivas construídas na direção final do que será aqui defendido: a ressignificação positiva da democracia representativa.

Esses modelos orientadores de concepções democráticas mobilizariam (embora, para Nobre, pareça haver um descasamento entre as dimensões normativas e explicativas ao se pensar em modelos e teorias) discursos descriptivos dos regimes democráticos.

A primeira abordagem explicativa seria a teoria elitista, para a qual, na paradigmática defesa de Joseph Schumpeter, em “Capitalismo, socialismo e democracia”, a democracia não passa de luta entre líderes políticos rivais pelo direito de governar o Estado, de um arranjo concorrencial destinado à tomada das “decisões necessárias à reprodução social e econômica nas condições de uma sociedade pós-tradicional, em que não há um mesmo conjunto de valores últimos partilhados por todos os membros do corpo político [...]” (COELHO; NOBRE, 2004, p. 31).

A segunda, teoria pluralista, forte na obra de Robert Dahl, assentar-se-ia nas ideias de contestação pública e de direito de participação nas eleições e nos cargos públicos, sendo o poder submetido a um constante e infinito processo de barganha entre variados grupos de interesses econômicos, religiosos ou culturais, funcionando a democracia, concretizada na melhor forma possível da poliarquia, como estímulo à competição entre grupos e proteção a minorias e a direitos de participação e contestação.

A teoria legal, por sua vez, de inspiração liberal e libertária, normativamente sustentada por Hayek e Nozick, dentre outros, na sua defesa irrestrita das liberdades negativas e do Estado minimalista, concebe a democracia como meio subserviente à liberdade do indivíduo, jamais como realização de uma ordem de bem-estar imaginada como supraindividual.

No quarto modelo, participativo, sustentando por Carole Pateman, Nikos Poulantzas e C. B. Macpherson e inegavelmente influenciado pelas concepções de Rousseau, a democracia é

retomada na sua força axiológica, substantiva, capaz de reorientar a ação nos mais diversos âmbitos da sociedade para promover a igualdade material destroçada no modo de produção capitalista. Sem deixar de lado as instituições tradicionais da democracia representativa, nessa teoria, de forte corte normativo, importa democratizar a existência humana social, política e econômica pela ampliação da participação nos mais diversificados processos decisórios.

A quinta teoria e também modelo normativo (parece que as três primeiras, no texto de Nobre, estariam, todas, açambarcadas pelo modelo liberal) é a deliberativa, impulsionada por Habermas, Bernard Manin e Joshua Cohen. A democracia, aqui, consistiria na concretização do ideal de justificação, na argumentação pública entre iguais, da própria política. Entre a preservação da liberdade, entendida como autonomia individual, e a constituição da comunidade, da qual participa o mesmo indivíduo pelo exercício da sua autonomia coletiva, (ou, noutras palavras, da cooriginalidade das pessoas como seres individuais e políticos); surgiria, pela via da preservação das condições ideais de sua comunicação, a possibilidade de existência democrática capaz de preservar as individualidades e as necessidades de bem-estar coletivo.

O caráter substantivamente tímido, quer da poliarquia – pressupondo, a seu modo, uma visão de democracia como método, pouco distante da teoria elitista –, quer do modelo deliberativo, é exemplarmente atacado pela perspectiva democrática participativa de Carole Pateman (1992). A autora, após esclarecer o caráter mítico da identificação da teoria clássica da democracia com a teoria elitista – isto, mediante o exame das visões de Rousseau, Stuart Mill e G.H.D. Cole –, sustenta a força axiológica da democracia e sua importância para ressignificação das mais amplas práticas na sociedade. Nessa perspectiva, indivíduos e

instituições devem ser vistos em conjunto. Estas, uma vez democratizadas, permitem avanços na própria sociabilidade daqueles, favorecendo, ao fim e ao cabo, o exercício de processos deliberativos colaborativos em nível local e nacional que não apenas resultem em decisões consensuais, mas em formas de desenvolvimento das capacidades sociais e políticas necessárias à manutenção da ordem social democrática e do processo deliberativo. O ambiente de trabalho, na sociedade industrial que circunscreve as perspectivas participativistas da segunda metade do século XX, é o mais importante *locus* de participação para a promoção pedagógica da democracia como valor.

A amplitude da democracia participativa, com suas ambições de alargamento em direção à sociedade, estaria, ainda que mitigada, na base das posturas deliberativas, sendo ambas as perspectivas teóricas – postas de lado suas diferenças – contrárias à democracia-método do pensamento liberal.

As insuficiências que se podem encontrar nesses modelos e o acordo no sentido do aprofundamento do valor da democracia seriam, hoje, os delimitadores do caminho do desenvolvimento da teoria democrática e, portanto, da reorganização transformadora da política. Nessa direção, ou seja, na busca da democratização para promover a melhoria da vida humana, é que a teoria democrática também se aproxima do pragmatismo de Dewey e do experimentalismo de Mangabeira Unger.

A perspectiva de Dewey mereceu instigante reintrodução por Axel Honneth (2001) e por Charles Sabel (2012).

Marca o pensamento de Dewey, segundo Honneth (2001, p. 67), não tanto a contraposição, mas, de certo modo, a aglutinação e a síntese dos modelos republicano e procedural. Dewey teria concebido “conjuntamente procedimentos reflexivos e comunidade política”, apresentando a justificação dos princípios de uma “democracia expandida”.

A ideia central seria a de cooperação social – em contraposição à simples consulta comunicativa – e, desse modo, o entendimento da democracia como “forma reflexiva de cooperação comunitária” (HONNETH, 2001, p.67). Segregando os escritos da juventude (mais organicista, ao estilo da filosofia de Hegel) e da maturidade (desenvolvido a partir de seus estudos de ordem psicológica e pedagógica), Honneth (2001) sustenta que Dewey, na sua fase mais consistente, ocupa-se da dependência mútua para a autorrealização do ser humano, de maneira que a democracia, como cooperação social, cumpriria função epistemológica, servindo mesmo de condição para o incremento da racionalidade nos processos de solução de problemas sociais.

Além disso, tendo em conta as consequências imprevistas das ações sociais, com reflexos sobre pessoas não envolvidas diretamente

em determinados problemas; a democracia exigiria, necessariamente, a composição de um campo público para a resolução conjunta dos problemas comuns. Esse arranjo seria de tal modo forte em argumentos relativos à extensão e ao escopo das consequências dos atos carecedores de controle pela coletividade que superaria, segundo parece se inferir da exposição de Honneth, a fragmentação dualista do liberalismo entre público e privado e Estado e sociedade. Assim constituído o espaço público, na democracia de Dewey complementar-se-ia a característica epistemológico-cognitiva por uma ética comunitária cooperativa capaz de superar a desintegração das sociedades liberais no capitalismo industrial. Noutras palavras, para Dewey, os cidadãos devem ser orientados pelos procedimentos democráticos de resolução de problemas políticos em nível pré-político, no âmbito das pequenas comunidades. Grossso modo, a ideia é a mesma da teoria participativa, embora menos centrada na categoria do trabalho: democratizar a sociedade e a política, como ideia normativa também social, de maneira que a vida ética democrática consubstanciaria o “resultado da experiência com a qual todos os integrantes da sociedade poderiam ter se eles se relacionassem cooperativamente por meio de uma justa organização da divisão do trabalho” (HONNETH, 2001, p. 90).

De acordo com Charles Sabel, por sua vez, Dewey, após resumidamente explicitado e elogiado pela sua concepção democrática, é menos referido nesse ponto da “democracia expandida”, uma vez que careceria seu pragmatismo de desenvolvimento imaginativo quanto aos desenhos institucionais capazes de levar a bom termo suas ideias. Faltaria na produção de Dewey melhor demarcação das instituições pragmáticas e dos processos de evitação e correção de erros pelas instituições democráticas. O experimentalismo democrático supriria a

lacuna. Seria mesmo a via pragmático-experimental, marcada pelo aprendizado conjunto para a solução de problemas comuns, pela flexibilidade e pela valorização da localidade, a mais adequada institucionalização para a sociedade pós-industrial caracterizada pela incerteza e pelo risco (SABEL, 2012, p. 43).

O experimentalismo democrático exigiria, na atualidade, a reorientação política também nos níveis da administração (da governança) e da criação e aplicação do direito (da jurisdição). Nessa direção, já estariam aparecendo instrumentos no cenário norte-americano e europeu, notadamente, a atividade regulatória e o federalismo cooperativo, de modo que, seguindo a tese de Dewey, pequenas modificações, fomentadoras da *accountability* no nível macro, já começam a requerer maior exercício imaginativo para redesenhar as instituições mais amplas da democracia representativa.

Na trilha experimental, enfim, vêm ganhando vulto as reflexões de Mangabeira Unger (1999; 2001; 2004) no sentido da necessidade de se compreender, em termos mais cooperativos e concretos, o valor da existência social democrática.

Em “Política” (2001), o autor identifica o cerne da compreensão democrática constituída no Atlântico Norte, no eixo Estados Unidos-Europa, a saber: a “combinação [da] soberania popular, por meio da democracia representativa e do sufrágio universal, com instrumentos que dispersam o poder entre diferentes poderes do Estado e diferentes arenas de conflito constitucional” (UNGER, 2001, p.134). Criticamente, atribui caráter mítico, quase intocável, a esse complexo governo-organização, pacificador do impasse constante, mobilizado por organizações da sociedade em partidos, dirigindo-lhe duas objeções de fundo: a incapacidade explicativa dessa genealogia mítica quanto à paradoxal incapacidade transformadora do sufrágio uni-

versal, que, à direita ou à esquerda, encontraria justificativa na interação entre desejos humanos constantes e exigências de conciliação e satisfação desses desejos (domesticação do voto); e as pressuposições da teoria democrática representativa sobre as condições de estabilidade governamental e a atuação, nesse processo, do conflito partidário (impossibilidade de pensar a sociedade restringida à sua imagem produzida pela política – conflito partidário e vida social não se harmonizam).

Para o autor, exemplo da possibilidade de romper a mítica da democracia representativa centrada na domesticação e paralisação do conflito teria sido fornecido pela reorganização constitucional do após a Primeira Guerra Mundial, formada por um “sistema dualista” de governo, no qual dois poderes governamentais eram eleitos por sufrágio direto – parlamento e presidência. O governo, no exercício executivo do gabinete, era empoderado para agir com a velocidade requerida pelas contingências do período (UNGER, 2001, p. 309), promovendo, em conjunto, a maximização dos elementos populares em detrimento dos oligárquicos, a possibilidade de o governo-gabinete (parlamentarismo) se apoiar no Presidente ou no Parlamento para tornar efetivas suas medidas e a possibilidade de convocação de eleições gerais por diferentes poderes.

Aberta a via da imaginação do complexo governo-organização, Unger (2001) defende, no texto, que a experimentação democrática requer a ampla abertura para se questionar qualquer aspecto da estrutura institucional de base mediante a multiplicação dos poderes de governo e a criação de uma nova estrutura de poder, espécie de agência de correção. A democracia representativa liberal, com seu método de impasse deliberado, obstaria a transformação da sociedade, carecendo-se, por isso, de mecanismos aceleradores da política e da mobilização

cidadã, tais como a elaboração de miniconstituições e a ressignificação da descentralização (não mais centrada na imagem liberal da subsidiariedade e especialização funcional, porém na possibilidade de se retirar, nas instâncias locais, do regramento nacional e da devolução qualificada de poder).

Fica claro, a essa altura, que a representação está diretamente relacionada à teoria democrática, oscilando seu sentido a depender da teoria e da abordagem adotada.

Os discursos que mais revelam a suposta incompatibilidade entre representação e democracia são aqueles que assumem a representação no seu sentido formalista e descritivo, associado unicamente à teoria elitista e pluralista da democracia. Contrapõe-na, notadamente, à teoria participativa que, arrimada na força axiológica da democracia e na sua importância para ressignificação das mais amplas práticas na sociedade, centra sua análise no ambiente do trabalho como forma de desenvolver a sociabilidade e as capacidades sociais e políticas necessárias à manutenção da ordem social democrática. A ideia base adviria da conclusão de Rousseau no sentido de que o público tem que ter vários magistrados que o “representam” exercendo tarefas administrativas, judiciais e executivas, mas “no Poder legislativo não pode o povo ser representado” (ROUSSEAU, 2004, p. 92).

Olvida nessa maneira de argumentar, entretanto, que Rousseau cuida da impossibilidade da representação associada à vontade geral como origem última da fundação e manutenção do pacto social. Noutras palavras, ignora-se a diferenciação que o próprio Rousseau faz entre Estado e soberano e entre príncipe e governo, de maneira que, se alguma impossibilidade de representação existe, ela está atrelada, apenas, à formação da chamada vontade geral do Estado; não ao governo.

Igualmente não obstaculiza a democracia representativa a crítica de Sartre (2004), abraçada por Alkmim (2013), no sentido de que o processo político, na forma da representação parlamentar, acaba por atender interesses de classe e por não modificar o centro de gravidade do poder dominador na sociedade. Assim, promovem-se, pelo sufrágio universal, a atomização e a serialização do eleitorado, as quais servem à alienação impeditiva da formação de uma consciência coletiva. Essas distorções apenas aparecem quando a representação é identificada, unicamente, com o governo representativo, bastando-se a experiência democrática na representação parlamentar formalista. Mirada a representação sob outra perspectiva, a crítica não se sustenta, conforme se verifica nas teorias deliberativas e experimentalistas da democracia. Criticando, embora, o fechamento da experiência democrática no governo representativo da perspectiva elitista e pluralista; nenhuma delas opõe, necessariamente, representação e democracia.

Aceitar que não existe absoluta incompatibilidade, contudo, não quer dizer resignação e falta de espírito crítico e transformador das experiências de representação nas mais variadas instâncias. Muito pelo contrário, todos que se reconhecem progressistas admitem que a via da compatibilidade permite o alcance do compromisso sério no sentido da democratização (como ressignificação e aprofundamento) da representação de matriz formalista e liberal.

Parece ser o caso de Nadia Urbinati (2006, p. 191), ao advogar a tese de que a democracia representativa constitui forma de governo original, em nada idêntica à democracia eleitoral. Sustenta haver “condições que tornam a representação democrática um modo de participação política que possa ativar uma variedade de formas de controle e supervisão dos cidadãos”.

A representação política, assim, seria “um processo circular (suscetível ao atrito) entre as instituições estatais e as práticas sociais”. Não substitui a quimérica democracia direta nem se faz, necessariamente, aristocrática. Dessa forma, configura mecanismo pelo qual a democracia se aprimora e se recria. Atuaria mesmo sobre a própria noção de soberania popular, afastando-a da mera autorização eleitoral, capaz de engendrar um governo limitado e responsável, para levá-la em direção à “representação ativa”, insatisfeita com sistemas de consenso contratual e com sistemas de competição. Esse tipo de representação política não entenderia o representante como substituto do soberano ausente, mas como aquele que “precisa ser constantemente recriado e estar dinamicamente em harmonia com a sociedade para aprovar leis legítimas” (URBINATI, 2006, p. 192).

Na base dessa representação ativa está, segundo Urbinati, a luta pela determinação dos âmbitos do Estado e da sociedade, “um reflexo da luta para a redefinição das fronteiras entre as suas condições sociais e

a legislação” (URBINATI, 2006, p. 196) e o progressivo abandono das concepções jurídicas e institucionais da representação, em favor do que a autora denomina *representação política*, que encontraria, já em Stuart Mill, alguns dos seus principais caracteres (URBINATI, 2006, p. 202).

A democracia representativa daí emergente manteria a circularidade entre o Estado e a sociedade, bem como a continuidade do processo de tomada de decisões que vincula o eleitorado aos seus eleitos, tanto em tempos de normalidade quanto em tempo de ruptura. Dessa forma, asseguraria ao povo uma espécie de “poder negativo” que lhe permitiria investigar, julgar, influenciar e reprovar seus legisladores, refreando ou modificando um dado curso de ação tomado pelos representantes eleitos. Poder que tanto pode ser expresso pelo já tradicional sistema de competição eleitoral – que ensina os cidadãos a se livrarem dos governos pacificamente e os faz participar do jogo de tornar a si mesmos livres dos governos (2006, p. 205) –, como por canais diretos de participação autorizada (eleições antecipadas, referendo e ainda o *recall*, se sensatamente regulado, de modo que não seja imediato e, acima de tudo, rejeite o mandato imperativo ou instruções) ou por meio dos tipos indiretos ou informais de participação influente (fórum e movimentos sociais, associações civis, mídia, manifestações).

Essa forma revigorada de entender a representação impõe-se à opinião dos que concebem a sociedade como a mera soma de indivíduos dissociados que competem e se unem, votam e agregam preferências por atos discretos de livre escolha e cálculo instrumental. A sociedade democrática, aqui, aparece como uma malha intrincada de significados e interpretações das crenças e opiniões dos cidadãos a respeito de quais são seus interesses. Seria mesmo, para Urbinati (2006), superior ao ideal clássico da democracia direta, uma vez que, contrariamente aos votos sobre questões isoladas, típicos da democracia direta, o voto em prol de um candidato refletiria a atratividade de uma plataforma política ou um conjunto de demandas e ideias ao longo do tempo (URBINATI, 2006, p. 211).

A representação, aqui, exsurge, sem dúvida alguma, como uma instituição democrática, não como uma segunda via alternativa às dificuldades do exercício direto da democracia. Assim, desafia o cognitivismo deliberativo e requer, para sua efetivação ótima, autonomia local, liberdade de expressão e associação, igualdade básica de condições materiais e certa cultura ética de cidadania que possibilite que tanto os representados quanto os representantes não vejam as relações partidárias como irreduzivelmente antagonistas e sua defesa como uma promoção incondicional de privilégios sectários contra o bem-estar de todos (URBINATI, 2006, p. 224).

Também a favor da compatibilidade entre representação e democracia argumentam Pogrebinschi e Santos (2011, p. 261) que “as práticas participativas fortalecem a democracia ao ampliar o papel dos cidadãos na mesma. Mas isso não se dá em detrimento da representação política e de suas instituições”.

Exemplo concreto e bem sucedido, para os autores, seria, no Brasil, a realização das conferências nacionais de políticas públicas⁴, que teriam influenciado a iniciativa de proposições no Congresso Nacional não apenas no que diz respeito à determinação da agenda; mas também, à própria regulação temática da política pública objeto das conferências.

A representação, assim, como instituição política democrática, mostra-se alternativa à tese da incompatibilidade e aos argumentos que, sem propostas renovadoras de transformação, focam o olhar nos elementos da crise da representatividade legislativa (dentre outros, o aumento da apatia política, o descrédito nas instituições, a perda da capacidade dos partidos de mobilizar o eleitorado, a perda do elemento ideológico dos partidos).

⁴ Iniciadas no Brasil, historicamente em 1941, e intensificadas apenas com o primeiro governo do PT, em 2003, as conferências nacionais, explicam os autores, consistem em instâncias consultivas de deliberação e participação destinadas a prover diretrizes para a formulação de políticas públicas em âmbito federal. São convocadas pelo Poder Executivo através de seus ministérios e secretarias, organizadas tematicamente, e contam, em regra, com a participação paritária de representantes do governo e da sociedade civil. As conferências nacionais são usualmente precedidas por etapas municipais, estaduais ou regionais, e os resultados agregados das deliberações ocorridas nesses momentos são objeto de deliberação na conferência nacional, da qual participam delegados das etapas anteriores e da qual resulta um documento final chamado *Participação como Representação: O Impacto das Conferências Nacionais contendo diretrizes para a formulação de políticas públicas na área objeto da conferência* (PORGREBINSKI; SANTOS, 2011, p. 260-261). São, em regra, convocadas, organizadas e realizadas por iniciativa do Poder Executivo, sendo o resultado de seus trabalhos encaminhado – e muitas vezes acolhido – pelo próprio Executivo e pelo Legislativo na formulação da agenda das políticas públicas.

É justamente com a intenção de contribuir para o aperfeiçoamento da representação democrática e fortalecer o argumento da compatibilidade entre representação e democracia participativa e deliberativa que serão destacados, abaixo, alguns pontos de vista atinentes à representação política destacados por John Stuart Mill (1981), nas “Considerações sobre o Governo Representativo”.

4. A democracia representativa e as contribuições atuais de Stuart Mill

O exame de todo escrito ou autor histórico preocupa no que diz respeito à sua contextualização e ao seu sentido epocal. Afinal, ainda que focada a visão na resposta do leitor, ainda assim, quando se pensa sobre o processo de descoberta do significado de algum enunciado escrito; não é apenas o movimento do estudo do texto pelo leitor que interessa, mas também aquele da produção do autor e da certa autonomização do próprio texto desde o momento da sua produção.

Entre as abordagens hermenêuticas e literárias voltadas ao autor (como em Friedrich Schleiermacher e Wilheml Dilthey), passando pelos movimentos de progressivo distanciamento da perspectiva autoral para o texto (como Gadamer e, depois, os estruturalistas da linguagem e a própria filosofia analítica), até se chegar à centralização do leitor no processo de descoberta do significado (com os pós-estruturalistas, os desestrutivistas e os defensores da crítica “*reader-response*”)⁵; parece que o caminho mais adequado é aquele da imbricação, da crença

⁵ A hermenêutica é legado da teologia e, nesse campo epistêmico, muito tem se desenvolvido o estudo relativo ao processo de descoberta do significado. Excelente resumo de toda a discussão, revelando a interação entre as peculiaridades teológicas e o caminhar da hermenêutica e da crítica literária, pode ser encontrado em Osborne (2009).

de que há “alguma realidade” a ser descoberta no texto por um movimento crítico de idas e vindas. O trânsito de mão dupla da hipótese para a verificação/falseamento, afinal, pressupõe a existência de algo a ser descoberto por meio de um processo consistente, coerente, aberto, abrangente, harmonizador do texto e do contexto e, finalmente, atento à interação com outras perspectivas e à sua durabilidade, à sua capacidade de obter reconhecimento noutras abordagens epistêmicas.

Toda essa complexidade filosófica e hermenêutica é lembrada de passagem com o propósito de deixar claro que aqui, atentos aos objetivos deste trabalho, não se percorrerão as estreitas aleias da compreensão histórica das “Considerações sobre o Governo Representativo”, de Stuart Mill. Assim, deixa-se de lado muito que poderia ser criticado sobre a concretização do pensamento do autor para a sua época e a atual (por exemplo, sua predileção platônica por um governo de sábios e instruídos). Perseguir-se-á, antes, construtivamente, as ideias-alavanca que, presentes no texto, são capazes de alimentar, ainda hoje, a representação democratizada.

Dentre essas ideias, a primeira a merecer destaque é aquela relativa ao desiderato de Mill em suas “Considerações sobre o Governo Representativo”, a saber, a construção de *uma doutrina política abrangente ou compreensiva*, capaz de transcender o interesse partidário e promover o progresso da existência comum de homens e mulheres. Nas palavras do próprio Mill, “não apenas um simples compromisso, mas algo maior, que [...] possa ser adotado tanto por um Liberal como por um Conservador, sem que tenha que renunciar àquilo que ele acredita ter algum valor [...]” (MILL, 1981, p. 4). Uma doutrina que não constitua mero compromisso a partir de transações mútuas nem requeira a anulação dos interesses individuais ou coletivos das classes politicamente organizadas em partidos.

Diretamente vinculada à defesa do que Mill chama verdadeira democracia, na qual todos os indivíduos e grupos encontram expressão política e não se basta naqueles que obtêm o controle majoritário do poder; a teoria não é, em momento algum, alicerçada em concepções jurídicas naturalistas, mas em condicionamentos mais amplos, de ordem moral e social. Além disso, não adota como estratégia de alargamento de sua extensão subjetiva e de proteção contra a dominação facciosa o que poderíamos denominar linguagem dos direitos. Centra-se, antes, na força ideacional do igualitarismo democrático e da soberania do povo como elemento transcendente e, assim, regulador, de todos os demais poderes governamentais e sociais, buscando instituições políticas ao seu tipo ideal verdadeiro de democracia. Seu percurso, por isso mesmo, é direcionado ao espaço e às funções parlamentares.

A ambição teórica de Mill, ademais, combinando maximização e descrição⁶, consubstancia doutrina política compreensiva que mobiliza o imaginário liberal sem depreciar nem afastar o *fato do conflito* (aqui sua segunda e interessante ideia-alavanca)⁷, parecendo se antecipar, em alguma medida, à crítica ao consensualismo procedural que, anos mais tarde, advogando outra teoria moral compreensiva, John Rawls viria a defender.

A percepção relativamente agonística (atrelada, é verdade, à preferência de Stuart Mill

⁶ Tomamos de empréstimo as expressões de Robert Dahl (1989) quando, em “Um prefácio à Teoria da Democracia”, lança sua teoria da poliarquia.

⁷ E aqui Mill se distancia, em definitivo, do modelo liberal elitista da poliarquia de Dahl. Além de trabalhar com concepção democrática que não assume o processo eleitoral competitivo como suborno do eleitorado, que oferece à participação ativa dimensões mais amplas e que não se basta (a despeito do referencial metodológico individualista) na busca da apuração individual de preferências; Mill não advoga um modelo simples de supressão do conflito pelo consenso, parecendo, muito mais, enraizar no conflito o consenso possível.

pelo elitismo dos sábios) fica clara quando, nas “Considerações”, dissertando sobre as diferenças entre a verdadeira e a falsa democracia, Mill (2006a, p. 124) escreve sobre a “função do antagonismo” que o sistema de votação advogado por Thomas Hare proporcionaria.

A argumentação de Mill, embora tangencie a ideia de entrincheiramento de posições e direitos da tradição constitucionalista liberal (criticada por ser na maior parte das vezes apropriada por grupamentos socioeconômicos minoritários), dela se distancia, não apenas por preferir a arena do Parlamento e da política à do Judiciário, como por tornar esse espaço o local da resistência pela mobilização do conflito entre o poder mais forte e algum poder rival.

O poder mais forte, de acordo com o autor, em parte intencionalmente, em parte inconscientemente, está sempre tentando fazer que os outros se curvem perante ele, mas, ao fazê-lo, obra contra o próprio desenvolvimento da vida comum, cuja vitalidade resulta de plêiade de fatores e concepções de bem não passíveis de monopolização. Essa vitalidade há de ser mantida pela incorporação ordinária do conflito, tendo em vista que as “comunidades só progridem enquanto existe um conflito entre o poder mais forte e algum outro poder rival” (MILL, 1981, p. 79).

O conflito, como se vê, assume em Mill três fundamentos: um de caráter epistêmico, outro de caráter moral e o terceiro de base social.

Quanto ao primeiro, há, de fato, em Mill, recomendação de relativo ceticismo no que tange à forma de conceber as relações sociais. Isso transparece já no seu “Ensaio sobre a Liberdade”, no qual se manifesta contra a absolutização da verdade ao destacar seu efeito de pilhagem das mulheres e homens do presente e do futuro. Afinal, argumenta, “se a opinião está correta, eles são privados da oportunidade de se trocar o erro pela verdade; se errada, eles perdem [...]

a percepção mais clara e a mais vívida expressão da verdade produzida por seu choque” (MILL, 2006b, p. 39).

A opinião divergente – base do conflito – há de ser resguardada pela autoridade porque ela, autoridade, é falível. Falibilidade que em Mill não se assenta tanto em algo como a inexistência absoluta da verdade, mas, unicamente no fato de que a um ser com as modestas faculdades humanas não é dado “ter qualquer certeza racional de estar certo”, mas, unicamente, “certeza suficiente para os propósitos da vida humana”. Ter-se-ia, quando muito, um predomínio historicamente construído de opiniões racionais, capaz de mobilizar a correção do erro ao longo do tempo, não pela experiência sozinha, mas pela ação conjunta da discussão e da experiência. A discussão, fundada em fatos e argumentos, seria o único critério de verdade que, contingencial e flexível, requer para sua mobilização a mais ampla liberdade humana possível (MILL, 2006b, p. 39-40).

Além disso, advogando a desvantagem de reprimir a opinião mesmo quando se esteja convicto da sua falsidade, Mill (2006b, p. 60) lembra que “a verdade depende de um equilíbrio a ser atingido entre dois conjuntos de razões conflitantes” e vai além, preocupando-se com a hipótese que, talvez, seja a mais corriqueira, aquela em que “doutrinas conflitantes, ao invés de ser uma verdadeira e a outra falsa, compartilham a verdade em si, e a opinião dissidente é necessária para suprir o resto da verdade da qual a doutrina admitida incorpora apenas uma parte” (MILL, 2006b, p. 72).

Aqui, Mill caminha da unilateralidade para as múltiplas lateralidades, para o pluralismo epistêmico, referindo, como exemplo, o fato de que “o elevado valor da simplicidade da vida, o efeito debilitante e desmoralizador dos obstáculos e hipocrisias da sociedade artificial são as ideias que nunca estiveram inteiramente

ausentes das mentes cultas desde que Rousseau escreveu [...]” (MILL, 2006b, p. 73). Em política não seria diferente, afigurando-se lugar comum a indispensabilidade da constituição necessária do espaço da política por um partido da ordem/estabilidade e um partido do progresso/reforma para que, do embate das verdades parciais, possa emergir, de um e de outro lado, a compreensão mental que mais interessa ao bem-estar humano e ao avançar histórico da sociedade.

O caso extremo que Mill utiliza para defender sua tese é recolhido do discurso cristão que alguns poderiam invocar para sustentar que os princípios relacionados aos mais vitais assuntos constituiriam toda a verdade; não meias verdades. Mill, contudo, não advoga a relativização absoluta da verdade, mas do seu monopólio por alguém que viva nesta terra. E a *história*, a diacronia, é a sua aliada quando mostra que nem mesmo a moralidade cristã poderia ter se constituído, socialmente, sem a oposição aos conceitos e concepções pré-existentes, sem cotejar o Novo e o Velho Testamento, sem reconhecer, que embora as “afirmações de Cristo sejam uma totalidade” (MILL, 2006b, p. 77), a ética construída por seus seguidores contém apenas parte da verdade.

Mill, aproximando-se do ceticismo de David Hume, encontra as bases do conhecimento limitadas pela experiência e pelos preconceitos, submetendo-nos a todos, mulheres e homens, à “ignorância endêmica”, resultado de nossa parcialidade de valores e circunstâncias (LESSA, 1997, p. 225). A diversidade humana, em Stuart Mill, aproxima-o do quarto e do décimo modo de Enesidemo, parte da cartilha do ceticismo pirrônico (LESSA, 1997, p. 23-96). Esse ceticismo revela certa epistemologia não-dogmática na medida em que reconhece, de acordo com Renato Lessa, que a impossibilidade de se considerar verdadeiras ou falsas, de modo inequívoco, as divergentes versões construídas sobre a vida social favorece o princípio da maioria. Um dos reflexos do exercício do princípio da maioria e a contenção da submissão praticada pelos “fortes”. De modo ineludível, associa-se o princípio da maioria (que também não monopoliza a verdade), a mecanismos de proteção e inclusão de minorias. Emergiria mesmo em Mill a prática de um experimentalismo que “não aparece como mecanismo gerador de inovações sociais voltadas para a predação, mas como modo de acrescentar à vida social existente novas dimensões enriquecedoras” (LESSA, 1997, p. 227-228).

Todo esse embasamento reaparece logo no início das “Considerações”, quando Stuart Mill, colocando-se entre duas doutrinas conflitantes sobre as instituições – os voluntaristas, para os quais o governo é mera escolha de modo e padrão, “um problema a ser resolvido como qualquer outra questão de negócios” (2006a, p. 15); e os naturalistas, para quem os governos são cultivados, dada a sua semelhança à história natural, a partir

do aprisionamento contextual dos hábitos, costumes e desejos inconscientes de um povo –, enfaticamente afirma que ambos os lados exageram e que nenhum deles detém a verdade. Cumpre-nos, então, empenhar-nos para chegar à raiz de cada uma e tirar proveito da quantidade de verdade existente em cada uma delas (MILL, 2006a). E aqui ingressamos naquilo que denominamos caráter moral do conflito.

De acordo com Mill, há, em meio a essa pluralidade adversária de posições, certa tendência ao sectarismo de opinião. O conflito, por ele positivamente valorado, mantém-se, como todo conflito, sob o risco da fragmentação, do dissenso. A tendência sectária, por conseguinte, não seria aplacada pela mais livre discussão – mas “frequentemente intensificada e exacerbada” (MILL, 2006b, p. 79) – ou pelos arranjos inovadores das instituições políticas. O caráter moral do agente, exaltado pelos voluntaristas, há de ser combinado às formas organizacionais (caro aos naturalistas) – aqui o segundo o fundamento do conflito.

Tal combinação é que parece dar arrimo à defesa de Mill no sentido de que o conflito não encontrará solução pacífica pelas mãos do sectário apaixonado, mas pelo mais calmo e desinteressado espectador (MILL, 2006b, p. 79). Espectador que, no entanto, não se constitui pela passividade, mas, bem esclarece Mill, participa ativamente da política como atividade que se coloca para além da produção dos debates e do consentimento. A “máquina política não age por si mesma [...] deve ser desenvolvida pelos homens e até mesmo pelos homens comuns. Ela requer não simplesmente o consentimento deles, mas sua participação ativa; e deve ser ajustada às capacidades e qualidades de tais homens” (MILL, 2006a, p. 17-18).

A segregação entre homens e homens comuns, conquanto inclusiva de todos no processo político, é crítica no pensamento de

Mill e se acha na base da sua percepção elitista de que o ser humano apto para promover a pacificação do conflito e o bem-estar social é preferencialmente aquele educado e encontrado aos poucos em cada um dos polos antagônicos. Ainda assim, apropriando-se sem dúvida reconstrutivamente das suas ideias, é bastante interessante, para pensar a representação e a sua democratização, examinar, tipologicamente, o seu agente político, um sujeito ativo que, envolvido no conflito, precisa expressar capacidades morais para transitar em direção à descoberta da verdade parcial e, assim, à situação de convívio pacífico.

Costurando sua teoria política entre voluntaristas e naturalistas, Mill reconhece as verdades em cada perspectiva e sustenta que as instituições constitutivas das formas de governo são artificiais e passíveis de mudança pela ação humana. Todavia, essa mudança é condicionada por elementos contextuais atinentes ao próprio agente político: o desejo de aceitar a forma de governo, o desejo e a capacidade de fazer o necessário para mantê-lo funcionando e o desejo e a capacidade de fazer o que for exigido para atingir os objetivos da forma de governo aceita (MILL, 2006a, p. 18).

Desejo e capacidade de fazer e não fazer, “condições de ação e de autocontrole” (2006a, p. 18), eis as virtudes básicas do agente político em Mill. A todas as luzes, trata-se de atributos que requerem ativa participação política e que se esgotam em Mill apenas contingencialmente na sua preferência pelo sujeito culto e educado. Virtudes que, reitere-se, emergem e se constituem na disputa de oposições. É por causa do fato do conflito que o agente político em Mill, a despeito de todos os elementos contextuais que influenciam sua ação, pode atuar sobre a realidade artificial da política e da vida social. Essa atuação no entanto, exige tanto o seu engajamento sentimental e cognitivo (o desejo)

como a sua adesão prática (a capacidade de execução) (MILL, 2006a, p. 107).

Agente político conscientioso, capaz de uma sociabilidade pacificadora do conflito por meio do desejo e da realização em favor do outro e do futuro. Contudo, essa sociabilidade é ameaçada não apenas pelo baixo desenvolvimento daquelas virtudes morais, mas pela divisão em classes e pelo perigo da dominação, inclusive, nas democracias. Aí a base social do conflito em Mill.

A falta do desejo e da capacidade de ação pode fazer com que as instituições políticas representativas sejam de pouco valor, revelando-se “simples instrumento de tirania e intriga quando a maioria dos eleitores não está suficientemente interessada em seu próprio governo para dar seu voto” (2006a, p. 20). Quando votam, como argumenta Mill, não agem baseados em fundamentos públicos, visto que vendem o voto por dinheiro ou por obediência a alguém que os controla ou que desejam favorecer por razões particulares. Assim, Stuart Mill reconhecerá que a existência social e econômica, na qual poderes sociais são constituídos, pode gerar dominação quando anulado o conflito. Eis, aqui, o prometido terceiro fundamento do conflito.

Segundo Mill, o poder social, além da sua dimensão física, de força muscular, tendente a levar o imaginário a sempre crer no domínio do maior grupo social sobre o menor (a inevitabilidade de uma democracia pura), caracteriza-se por outros elementos, como a propriedade e a inteligência. Por causa desses elementos, o controle e a sujeição de alguma maioria por uma minoria pode se verificar mesmo quando “um grande número [possa] ter uma preponderância na propriedade e individualmente na inteligência” (2006a, p. 24). O que caracteriza a preponderância política de algum poder social, em Mill, é a sua capacidade de organização dos vários elementos do poder.

Os diversos grupamentos sociais e classes, portanto, não se colocam uns perante os outros em nível de igualdade, mas pela sua desigual capacidade de mobilização e organização política, possibilitando o domínio político tanto da minoria sobre a maioria como da maioria sobre a minoria. O perigo maior das democracias, destarte, estaria, de acordo com Mill (2006a, p. 108), na “legislação em favor de uma classe; do governo destinado (realmente colocando-o em prática ou não) ao benefício imediato da classe dominante, em detrimento permanente de todos”.

A saída para as democracias seria semelhante àquela atinente à descoberta da verdade, obstar a pretensão de dizer, com autoridade, a única opinião, impedindo que os poderes sociais, manifestados politicamente, suprimam do antagonismo constitutivo do ser humano e da sociedade a visão do outro capaz de levar ambos os lados à verdade historicamente contingente e à convivência pacífica.

Considerada uma classe, do ponto de vista político, como “qualquer número de pessoas que tenham o mesmo interesse ameaçador, ou seja, cujos interesses diretos e evidentes apontam para a mesma descrição de medidas prejudiciais”; o objetivo desejável, para Mill (2006a, p. 108-109), “seria que nenhuma classe e nenhuma combinação de classes pudesse exercer uma influência preponderante no governo”. Contudo, mais do que neutralizar os interesses de classes, como apontamos criticamente, ser uma das fragilidades da tradição liberal; parece que Mill assume a cooperação dos interesses, antecipando, de certo modo, as intuições de John Dewey na primeira metade do século XX.

A doutrina política abrangente de Stuart Mill, como se vem de expor, está por razões de ordem epistêmica, moral e social constituída pelo conflito. Esse caráter agonístico não é assumido por Mill como singela descrição nem

obliterado pela sua defesa do utilitarismo⁸. Faz parte, antes, de uma *ação intelectual construtivista das instituições políticas*. O conflito é o pano de fundo para a interação imaginativa entre a idealização e a prática institucional e, juntos, conflito e imaginação construtiva⁹, irão permitir a Mill defender como formatação atual para o governo, em específico para as democracias, a representação.

A voz de Mill ecoa contundente nessa direção quando assevera que investigar a melhor forma de governo em abstrato para introduzir, em qualquer país, as melhores instituições “não é uma utopia, mas um uso altamente prático do intelecto científico... um dos objetivos mais racionais para o qual o esforço prático pode ser direcionado” (MILL, 2006a, p. 23).

Exatamente por isso, talvez, entre voluntaristas e naturalistas, Stuart Mill encontre o seu caminho do meio na defesa das possibilidades de escolha de instituições e formas de governo (con quanto possibilidades limitadas pelas condições do desejo, da capacidade de fazer e das bases do conflito) para além das visões da política como atividade de superestrutura condicionada aos elementos sistêmicos infraestruturais da produção da vida social. Consiste em uma defesa da forma representativa apresentada por ele mesmo com um misto de novidade e pouco otimismo quanto à introdução das medidas concretas que propõe.

Mas por que a forma representativa? Para Mill, na sua específica condição existencial, provavelmente porque a *representação* possibilitaria filtrar os elementos sectários e fazer emergir, em cada lado do conflito, aqueles agentes políticos dotados das capacidades morais para coser, pacificamente, em favor do bem-estar geral, as parcialidades de indivíduos e classes. Mas o viés elitista de Mill não condiciona em definitivo as forças de suas ideias; seu contexto de vida não o aprisiona.

⁸O utilitarismo constitui sistema normativo de ética e encontra variações teóricas. Por vezes é assumido em nível metaético, como imbricação entre deontologia e axiologia (ou melhor, como definição dos termos deontológicos pelos termos axiológicos). Noutras, em nível psicossocial (atento às experiências de prazer e dor para explicar a origem e o desenvolvimento das atitudes morais) e em nível analítico-explicativo (atento ao exame dos critérios de ação da moral comum). Em síntese, porém, pode-se compreender o utilitarismo como doutrina justificadora da ação moral por referência exclusiva à sua utilidade, isto é, ao valor das consequências diretas e indiretas da ação. No caso de Mill, seu utilitarismo é por alguns atrelado às consequências atinentes à adoção de certo conjunto normativo de meios de ação. Excelente resumo do tema é encontrado em Pontara (2004, p. 1274-1284).

⁹Por abordagem construtivista refiro-me, de forma geral, ao percurso intelectual que se opõe aos emotivistas e não-cognitivistas que negam, na tentativa de formulação de um juízo moral, a possibilidade de expressão para além do mero estado subjetivo ou da reação emocional do falante. Opõe-se, igualmente, ao realismo simplista da ação racional voltada à exposição de um conjunto objetivamente existente de valores e ao encaixe, nesse conjunto, das ações humanas. A abordagem construtivista da moralidade é aqui entendida como uma resposta limitada da racionalidade humana aos problemas de ordem prática. Resposta que se vale da interação dos elementos ideacionais e institucionais pelo agente moral que, portanto, mais do que descrever um realidade ou simplesmente se basta nas suas idiossincrasias, constrói a moralidade, de forma limitada, ao longo do percurso contingencial da história.

A representação, para além dos próprios interesses diretos e evidentes de Mill, exsurge de suas “Considerações” com desenho bastante alargado, atinente às relações de poder em toda sociedade; poder fragmentado que subsiste por meio de um equilíbrio instável a exigir, de igual modo, um governo também organizado sob a corda bamba do conflito para manter a pacífica convivência contra o risco do sectarismo. A representação, assim, mais do que um filtro para manter a ação política nas mãos da intelectualidade, promove nova arena do dissenso e do entendimento pela inclusão de agentes que, politicamente, façam as vezes dos polos sociais conflitantes. Cria mais um espaço de poder, não condicionado pelas forças difusas na sociedade, mas politicamente organizado para sobre ela, a sociedade, também incidir.

O governo, por conseguinte, não pode constituir arena única, mas um dos meios para a promoção das finalidades dele esperadas; meio que, para ser julgado bom, deve alcançar seus objetivos pela promoção do conjunto de qualidades do ser humano que forma a sociedade sobre a qual exercerá o seu poder (MILL, 2006a, p. 35). Essa promoção, se seguir a agenda democrática, só logra êxito quando faz incluir os interesses e pontos de vista valorativos das mais diferentes pessoas na própria maquinaria governamental.

A representação cria aquele novo espaço de racionalização do conflito porque Mill assume sua preferência pelo olhar a partir do indivíduo, do agente político capaz de mobilizar a mudança e a transformação – ou a paralisação e a conservação – acima de qualquer forma institucional. É pela representação, portanto, entendida como mecanismo destinado a promover o choque racionalizado dos interesses e pontos de vista axiológicos e, assim, a aumentar as boas qualidades dos agentes políticos individuais e coletivos (desejo e capacidade de fazer participação ativa), que a instituição política consubstancia arena representativa e pode alcançar a boa avaliação da sociedade.

Representação, diga-se, que não substitui a soberania popular, a localização do poder para além dos diferentes órgãos dos governos mistos que podem muito bem disputar, pelos seus ocupantes, apenas o controle sectário dos interesses diretos e evidentes¹⁰; nem funciona como artimanha de engenharia em benefício da dominação de classes; mas se identifica com a participação democrática de todos (não apenas da minoria ou da maioria contingencialmente no poder). Afinal, conforme

¹⁰ O povo, nas “Considerações” de Mill (2006a, p. 79), parece ser referido como um poder a um só tempo transcendente e imanente, o *locus* “onde predomina o poder ativo executivo” que subjuga a todos os demais poderes, inclusive os poderes governamentais, e por isso mesmo está enraizado na moralidade política, independentemente de qualquer positivação normativa.

Mill (2006a, p. 54), um “governo totalmente popular” é a única constituição que pode reivindicar a concretização do exercício imaginativo do seu construtivismo, promovendo em grande quantidade as qualidades e condições indispensáveis ao melhoramento da vida comum. É o único governo “onde qualquer participação na função pública, mesmo a mais modesta, é útil [...] no qual a participação deverá ser tão grande quanto permita o grau geral de aprimoramento da comunidade” (MILL, 2006a, p. 65). Porém, esse governo só encontra barreira a que todos participem dos negócios públicos na realização fática da sua dimensão ideacional.

Concebida a representação nesses termos, comprehende-se, com clareza, por que Mill (2006a, p. 78) diferencia a essência do governo representativo das suas formas particulares, conceituando o governo representativo como aquele no qual “o povo inteiro ou uma parte numerosa dele exerce através dos deputados periodicamente eleitos pelo povo, o extremo poder controlador que, em qualquer constituição, deve residir em alguma parte”. O governo é apenas um instrumento para a representação; mecanismo que, entretanto, para Mill, à sua época, mostra-se em termos práticos o único viável e, por isso, para ser o mais produtivo possível, carecedor de aperfeiçoamento institucional.

É à dimensão particular do governo representativo, a propósito, que Mill se dedicará na maior parte do livro – à separação dos departamentos. A respeito desses departamentos é exigida a ampla participação do povo, a defesa do sistema eleitoral proporcional de Thomas Hare, a ampliação do sufrágio (embora ainda com algumas restrições), a forma das eleições, a composição do parlamento, a constituição de instituições representativas locais e internacionais etc. Neste trabalho, centramos a atenção naquelas que nos pareceram ser as linhas mais produtivas da compreensão de Mill para se

extrair frutos para a reflexão e a crítica à representação e ao governo representativo nas democracias do século XXI.

5. Conclusão: a representação energizada

Seja pelas razões derivadas da tradição marxista, seja pelos motivos da crítica experimentalista (pelo menos na vertente defendida por Mangabeira Unger), a representação apresenta-se como instituição umbilicalmente vinculada à tradição liberal e contrária ao ideário democrático. A representação se prestaria ao domínio de classe, à dispersão do poder entre diferentes arenas de conflito constitucional e à pacificação constante do impasse (ao preço, alto, da impossibilidade decisória de promover a mudança progressista da sociedade pela política).

A visita às “Considerações sobre o Governo Representativo”, de John Stuart Mill, contudo, oxigena a mente e parece recolocar, no lugar, as ideias de representação e de governo representativo como mecanismos que não substituem nem se opõem à democracia, mas se deixam afetar por ela, sendo, a seu exclusivo serviço, redimensionados.

A democracia defendida por Mill é substantiva, é valor, não se resumindo a mero instrumento ou meio adjetivo de organização do governo. Ainda que a sua defesa do governo representativo conote, por vezes, a própria realização democrática na sua possibilidade mais aproximada do tipo ideal da verdadeira democracia; ainda assim, o governo representativo não exaure as possibilidades de experimentação democrática. A democracia idealizada por Mill, na leitura aqui apresentada, assim como a de muitos representantes da teoria participativa, é no sentido da mobilização e da transformação da sociedade. É concebida pela sua potencialidade de permitir o aprendizado

das capacidades humanas que contribuem para a sociabilidade e o governo democrático. A democracia representativa de Mill parece mesmo bastante aproximada da defesa, levada a efeito por Dewey (apud HONNETH, 2001, p. 71), da democracia como condição para aumentar a racionalidade das soluções dos problemas da vida em sociedade.

A representação em Mill, por sua vez, é atrelada ao exercício construtivo e imaginativo da mente, não se confundindo, porém se nutrindo das suas tentativas acidentais de consolidação histórica. É um esforço de reconstrução imaginativa das instituições (uma abstração não utópica, como apelidada por Mill) que manifesta vantagens e desvantagens, dificuldades e facilidades apenas quando experimentada (razão pela qual o próprio Mill, em muitas de suas posições, pode mesmo se mostrar contrário à força da sua imaginação). Esforço atrelado à participação como melhor modo de promover as qualidades do espírito humano que transcendem as instituições e são capazes, sem desprezá-las, de permitir o seu abandono ou aperfeiçoamento. Tem em vista, destarte, uma sociabilidade inclusiva, promotora do bem-estar dos diversos indivíduos e grupos, arrimada na supremacia reguladora do povo, oposta à dominação de minorias ou de maiorias e realizadora dos ideais democráticos igualitários. Parece que seus críticos implicam muito mais com as escolhas históricas de Mill sobre o manejo das instituições representativas do que, propriamente, com a representação.

O conflito, além do mais, não se constitui por uma passiva harmonização de interesses ou de vontades, mas é constitutivo dos agentes políticos, da representação e do próprio governo representativo. O conflito é valorado positivamente, e a desaceleração da decisão no processo representativo parlamentar transcende a mera ideia de transação e de impasse, assumindo,

em Mill, certa importância epistêmica, ética e social: é mecanismo de encontro da verdade e da pacífica convivência em meio à contingência e ao risco do dissenso entre os variados interesses e valores de grupos e indivíduos.

Nessa direção, as ideias de Mill aproximam-se de deliberacionistas críticos que concebem a deliberação como competição de discursos, desvinculando “a ideia de legitimidade de uma contagem de cabeças de indivíduos refletidamente conscientes (reais ou imaginários)” (DRYZEK, 2004, p. 47). Trata-se de uma concepção de democracia discursiva que enfatiza a competição de discursos na esfera pública, entendida como o lar de uma constelação variável de discursos sobre fatos e valores, a um só tempo contra a diversidade não administrável dos teóricos da escolha social e a uniformização sufocante dos democratas da diferença (DRYZEK, 2004, p. 51).

O governo representativo, nesse cenário de relativo agonismo, é apenas mais um espaço de formação da vontade política no âmbito da esfera pública plural e conflituosa, ainda que em Mill a preferência e o centro das suas atenções seja, indiscutivelmente, a arena parlamentar. Não precisa ser necessariamente assumido como superior ao ideal clássico da democracia direta, na linha dos argumentos de Urbinati, mas, energizado ou democratizado. Dessa forma, harmoniza-se perfeitamente com a ampliação da frequência temporal, dos agentes participantes e dos temas submetidos à participação quando se tem em vista a produção da vontade política seja por mecanismos de manifestação direta da opinião popular seja por renovados mecanismos de participação nas mais variadas funções do estado, inclusive a legislativa.

Democracia representativa, portanto, mais do que mero governo representativo, é doutrina compatível com as contemporâneas preocupações de construir e reconstruir instituições

capazes de fomentar a ação progressista transformadora das práticas e instituições democráticas.

Referências

- ALKMIM, Antonio Carlos. O paradoxo do conceito de representação política. *Teoria & Pesquisa: Revista de Ciência Política*, São Carlos, v. 22, n. 1, p. 56-71, jan./jun. 2013.
- COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Org.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- DAHL, Robert A. *Um prefácio à teoria democrática*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989.
- DRYZEK, John S. Legitimidade e economia na democracia deliberativa. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Org.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 41-62.
- FERES JÚNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria política contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HOBBES, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- HONNETH, Axel. Democracia como cooperação reflexiva: John Dewey e a teoria democrática hoje. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora UNB, 2001. p. 63-91.
- KIRALLY, Cesar. *Ceticismo e política*. São Paulo: Giz Editorial, 2013.
- LESSA, Renato. *Veneno pirrônico: ensaios sobre o ceticismo*. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1997.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Petrópolis: Editora Vozes, 1994.
- MASBRIDGE, Jane. Rethinking representation. *American Political Science Review*, Cambridge, v. 97, n. 4, nov. 2003.
- MCCORMICK, John P. Democracia maquiaveliana: controlando as elites com um populismo feroz. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 12, p. 253-298, set./dez. 2013.
- MIGUEL, Luis Felipe. Teoria democrática atual: esboço de mapeamento. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais - BIB*, São Paulo, n. 59, p. 5-45, 2005.
- MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- _____. *Considerations on representative government*. Project Gutenberg [eBook], 2004. Disponível em: <<https://archive.org/details/considerationson05669gut>>. Acesso em: 19 jan. 2015.
- _____. *Considerações sobre o governo representativo*. São Paulo: Escala, 2006a.
- _____. *Ensaio sobre a Liberdade*. São Paulo: Escala, 2006b.
- NOBRE, Marcos. Participação e deliberação na teoria democrática. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Org.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 21-62.
- OSBORNE, Grant R. *A espiral hermenêutica: uma nova abordagem à interpretação bíblica*. São Paulo: Vida Nova, 2009.
- PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkley: University of California Press, 1972.

_____. Representação: palavras, instituições e idéias. *Lua Nova*: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 67, p. 15-47, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a03n67.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

POGREBINSCHI, Thamy; SANTOS, Fabiano. Participação como representação: o impacto das Conferências Nacionais de Políticas Públicas no Congresso Nacional. *Dados*: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 54, n. 3, p. 259-305, 2011.

PONTARA, Giuliano. Utilitarismo. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. 5. ed. Brasília: Editora UnB, 2004. p. 1274-1284.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social: ou princípios do direito político*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

SABEL, Charles. Dewey, Democracy and Democratic Experimentalism. *Contemporary Pragmatism*, New York, v. 9, n. 2, p. 35-55, 2012.

SARTRE, Jean-Paul. Eleições, armadilha para otários. *Alceu*: Revista de comunicação, cultura e política, v. 5, n. 9, p. 5-13, 2004. Disponível em: <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_sartre.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2015.

SPOONER, Lysander. A Constituição indefensável. In: WOODCOCK, G. *Os grandes escritos anarquistas*. Porto Alegre: L & PM Editores, 1981.

UNGER, Roberto Mangabeira. O que é o experimentalismo democrático? In: _____. *Democracia realizada: a alternativa progressista*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 168-218.

_____. A organização da economia: o fundo rotativo de capital e seu controle democrático. In: UNGER, Roberto Mangabeira. *Política: os textos centrais*. São Paulo: Boitempo, 2001.

_____. A imaginação de alternativas: pressupostos socioteóricos do experimentalismo democrático. In: UNGER, Roberto Mangabeira. *Direito e o Futuro da Democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 158-206.

URBINATI, Nadia; ZAKARAS, Alex. J.S. *Mill political thought*: a bicentennial reassessment. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática?. *Lua Nova* : Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 67, p. 191-228, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000200007>. Acesso em: 19 jan. 2015.

Liberdade de religião e o ensino religioso nas escolas públicas de um Estado laico

Perspectiva jusfundamental

FABIANA MARIA LOBO DA SILVA

Sumário

Introdução. 1. Da liberdade religiosa. 2. Do ensino religioso nas escolas públicas de um Estado laico. 2.1. A liberdade fundamental de recebimento de ensino religioso. 2.2. Questionamentos mais frequentes sobre o direito fundamental de recebimento de ensino religioso. 3. O ensino religioso nas escolas públicas brasileiras. 3.1. Tratamento normativo. 3.2. Análise crítica da Lei estadual do Rio de Janeiro nº 3.459/2000 (objeto da ADI nº 3.268). Síntese conclusiva.

Introdução

Trataremos do direito fundamental à liberdade religiosa e da sua manifestação no ensino religioso das escolas públicas de um Estado laico. De início, examinaremos aspectos gerais da estrutura jurídica desse direito, como suas dimensões negativa e positiva e suas formas de exteriorização, decorrentes da natureza complexa.

Após analisarmos, ainda que de forma breve, a questão conexa dos tipos de relação Estado/Igrejas, adentraremos na seara específica da liberdade de recebimento de ensino religioso nas escolas públicas de um Estado laico. Nesse aspecto, apresentaremos alguns dos questionamentos mais comuns sobre o tema, assim como discutiremos o assunto à luz da teoria geral dos direitos fundamentais. Para tanto, lançaremos mão do recurso à jurisprudência e à doutrina, com maior destaque para as doutrinas lusitana e espanhola, que tão bem desenvolveram a temática da liberdade religiosa.

Fabiana Maria Lobo da Silva é Promotora de Justiça no Estado da Paraíba e mestra em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.

1. Da liberdade religiosa

Direito à liberdade religiosa como direito fundamental: noções gerais

A liberdade religiosa, como ensina Jorge Miranda (1987-1988, p. 49), é considerada um *primus*¹ frente às demais liberdades, haja vista que a religião constitui, para quem a professa, um dos elementos fundamentais da concepção de vida. Pelo fato de compreender a liberdade do indivíduo de possuir ou não uma religião, de escolher a religião que desejar, de praticar, individualmente ou coletivamente, em público ou em privado, os atos de sua religião, sem que sofra qualquer coação ou discriminação em face disso, a liberdade religiosa se assenta na própria dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, é um típico direito fundamental de caráter supraestatal, na medida em que se impõe, na lição de Canotilho e Jónatas Machado (1995, p. 23), “sem lei, contra lei e em vez de lei”.

Nesse norte, apresenta as características típicas da generalidade dos direitos fundamentais, a exemplo da universalidade², da indivisibilidade³, da complementaridade⁴, da interdependência⁵ e da imprescritibilidade⁶.

¹ Deve-se registrar que, para determinada corrente doutrinária, representada por G. Jellinek, a liberdade religiosa é considerada a origem dos demais direitos, sendo a Reforma Protestante o seu berço. Nesse sentido, assinala J.J. Gomes Canotilho que “a quebra da unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas que defendiam o direito de cada um à verdadeira fé. Esta defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a idéia de tolerância religiosa e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Por esse facto, alguns autores, como G.Jellinek, vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 2003, p. 383). De igual modo, Diez-Picazo sustenta que “la libertad religiosa fue históricamente el primero de los derechos fundamentales en ser reclamado y reconocido: es sabido cómo la exigencia de tolerancia religiosa, surgida de la quiebra de la unidad espiritual europea como consecuencia de la Reforma, estuvo en el origen de las declaraciones de derechos y, en definitiva, del constitucionalismo moderno” (DÍEZ-PICAZO, 2003, p. 209).

² A universalidade decorre do fato de que todos são iguais e, por conseguinte, merecedores dos mesmos direitos, independentemente de raça, etnia ou religião.

³ Em face da indivisibilidade dos direitos fundamentais, resta superada a dicotomia outrora existente, que separava os direitos civis e políticos, de um lado; e os direitos sociais, culturais e econômicos, de outro.

⁴ Segundo Guedes Soriano (2002, p. 21), pelo princípio da complementaridade, entende-se que um direito não pode ser violado sob o pretexto de estar atendendo outro direito, desde que não haja colisão entre eles.

⁵ Os direitos fundamentais devem ser entendidos e aplicados à luz de outros direitos fundamentais. Não há como desassociar o direito à liberdade religiosa, por exemplo, do direito à vida. Em razão da interdependência, a lesão a certo direito fundamental pode atingir outro direito dessa espécie.

⁶ Para Luigi Ferrajoli (2001, p. 32), os direitos fundamentais apresentam a característica da indisponibilidade ativa (não são alienáveis pelo sujeito que é seu titular) e passiva (não são expropriados e limitados por outros sujeitos, dentre os quais o Estado). Todavia, o mencionado jurista é criticado, em tal posicionamento, por Riccardo Guastini, que sustenta que a “indisponibilidade” só pode caracterizar um direito fundamental quando houver previsão legal expressa. Em sua crítica, Guastini (2001, p. 62) apresenta o exemplo da liberdade pessoal que, embora consista num direito fundamental, pode ser disponibilizada (por ordem judicial, v.g.).

Por outro lado, possui força normativa que atinge tanto o Estado, informando suas atividades políticas, administrativas, judiciais e legislativas⁷, como os particulares, através da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittewirkung*)⁸.

Além disso, as normas que definem a liberdade religiosa podem se revestir da forma de princípios⁹, ou da forma de regras¹⁰, conforme se apresentem ou não, respectivamente, como mandamentos de otimização que são cumpridos na medida do possível¹¹. Com tais peculiaridades, a liberdade religiosa é hoje reconhecida, pacificamente, nos documentos internacionais garantidores de direitos fundamentais, bem como, formalmente, nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito, a exemplo da vigente Carta Constitucional brasileira.

Direito à liberdade religiosa como direito, liberdade e garantia

O direito fundamental à liberdade religiosa pode se manifestar como direito propriamente dito, liberdade ou garantia. Atua como direito ou liberdade quando representa por si só certos bens. Apresenta-se como garantia quando se destina a assegurar a fruição desses mesmos bens, assumindo, dessa forma, caráter acessório e instrumental (liberdade de autoorganização das associações religiosas, *v.g.*).

Nesse viés, a liberdade religiosa é propriamente um direito quando protege bens de caráter dinâmico (ter ou não ter religião, *v.g.*). Já como

⁷ A vinculação de entidades públicas exige, conforme ensina J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 439), “uma vinculação de todas as entidades públicas, desde o legislador aos tribunais e à administração, desde os órgãos do Estado aos órgãos regionais e locais, desde os entes da administração central até às entidades públicas autónomas. A cláusula de vinculação de todas as entidades públicas exige, pois, uma vinculação sem lacunas: abrange todos os âmbitos funcionais dos sujeitos públicos e é independente da *forma jurídica* através da qual as entidades públicas praticam os seus actos ou desenvolvem suas actividades”.

⁸ Jorge Miranda (2000, p. 321) distingue a mera eficácia externa dos direitos fundamentais da eficácia horizontal, afirmando que aquela equivale ao dever universal de respeito que recai sobre quaisquer cidadãos em face dos direitos dos outros, enquanto que nesta há relações bilaterais sobre as quais se projetam ou em que podem ser afetados especificamente certos e determinados direitos, liberdades e garantias.

⁹ É válido recordar que, para Dworkin (2004, p. 22), princípio é “*a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality*”.

¹⁰ As regras correspondem à ideia tradicional de norma jurídica, como enunciado em que consta um pressuposto de fato e uma consequência jurídica, como explana Díez-Picazo (2003, p. 40).

¹¹ Os princípios podem ceder frente a outros princípios, de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Já as regras se sujeitam ao “tudo ou nada”, como preconiza Dworkin (2004, p. 24, 27), quando afirma que “*Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision. [...] If two rules conflict, one of them cannot be a valid rule*”.

liberdade, tem por meta a tutela de atividades, de escolhas entre o *facere* e o *non facere*, entre o agir e o não agir (manifestar ou não manifestar uma religião, *v.g.*)¹². Como direito, liberdade e garantia de natureza fundamental, a liberdade religiosa se sujeita a regime especial previsto na Constituição brasileira, gozando, por exemplo, de aplicação imediata¹³.

As dimensões negativa e positiva do direito à liberdade religiosa

Os direitos fundamentais possuem dupla dimensão: negativa e positiva. Pela dimensão negativa é tutelado o espaço de liberdade do indivíduo, impondo-se um dever de abstenção por parte do Estado, bem como por parte de terceiros. Por outro lado, pela dimensão positiva se requer do Estado (e, em alguns casos, dos particulares) uma ação positiva, uma prestação como forma de propiciar a efetivação do próprio direito fundamental.

A liberdade religiosa, como direito, liberdade ou garantia, possui essa dupla dimensão, demandando omissões e ações, sejam essas para a sua proteção contra terceiros, seja para promoção das condições do seu gozo efetivo, como destaca Andrade (2001, p. 176). Nessa senda, a dimensão negativa da liberdade religiosa consiste em uma área de “imunidade de coação”, que exige uma abstenção, um *no facere* por parte do Estado e de terceiros. Nenhuma entidade pública ou privada, nenhum particular pode coagir um indivíduo a ter ou não ter

¹² Não obstante as diferenças traçadas, impõe-se registrar a observação de Vieira de Andrade de que os direitos fundamentais, em virtude de sua estrutura complexa, contêm faculdades que os qualificam simultaneamente como direitos, liberdades e garantias (ANDRADE, 2001, p. 117).

¹³ “Art. 5º [...] § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

religião, a praticar ou não praticar atos de culto, e assim por diante¹⁴.

Por sua vez, a dimensão positiva do direito à liberdade de religião exige que o Estado, através de uma ação, de uma prestação, remova os entraves e propicie as condições e os meios indispensáveis para o pleno gozo das convicções religiosas¹⁵. De fato, conforme observa Martínez de Carvajal (1975, p. 133), o Estado deve intervir no campo religioso no aspecto externo e formal, criando um marco jurídico e estabelecendo as garantias necessárias para que todas as pessoas, individualmente e em comunidade, possam desenvolver livremente e espontaneamente suas atividades religiosas. Ainda segundo o referido autor, o Estado deverá garantir a liberdade religiosa, deverá inclusive fomentar o religioso como um valor do homem e da sociedade e até favorecê-lo positivamente, mas, em nenhum caso, deverá definir, intervir ou controlar a vida religiosa.

De outra via, é certo que os particulares, em certas situações, podem, igualmente, ser sujeitos passivos da dimensão positiva da liberdade religiosa, destacadamente no âmbito das relações laborais, tal como ressalta Díez-Picazo (2003, p. 210).

Titulares do direito à liberdade religiosa

Conforme Andrade (2001, p. 118-119), apenas os indivíduos, a rigor, poderiam ser titulares

¹⁴ O Estado deve ignorar se o indivíduo crê e em que crê (MACHADO, 1996, p. 221).

¹⁵ A propósito, afirma Jorge Miranda (2000, p. 409) que “a liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres”.

de direitos fundamentais, posto que a dignidade humana que alicerça esses direitos só vale para as pessoas físicas. Entretanto, a partir das constituições liberais, os direitos fundamentais se desprenderam do caráter puramente individual, passando a ser reconhecidos às pessoas coletivas, quando compatíveis com a sua natureza (princípio da especialidade).

Foi assim que a liberdade religiosa, antes de contornos meramente individualistas, ganhou dimensão coletiva, sendo, no presente, igualmente consagrada às associações e confissões religiosas, naquilo, obviamente, que não demande uma referência obrigatória à pessoa humana. Com efeito, a concessão às pessoas coletivas religiosas do direito à liberdade de religião é de inegável importância, visto que o fenômeno religioso adquiriu caráter eminentemente social, de forma que, nos dias de hoje, tornou-se difícil conceber a religião desligada da sua dimensão associativa, segundo assinala Jônatas Machado (1996, p. 235).

Nessa senda, a Constituição brasileira reconhece, expressamente, às pessoas coletivas o direito à liberdade de religião, contemplando, por exemplo, a liberdade de auto-organização das confissões religiosas¹⁶, corolário do princípio da separação Estado/Igrejas, consoante será demonstrado.

O princípio da igualdade no direito à liberdade religiosa

O princípio da igualdade, como um dos princípios informadores dos direitos fundamentais e do próprio Estado Democrático de Direito, requer, para sua efetivação, não apenas a *igualdade jurídico-formal* (igualdade perante a lei), mas também a *igualdade material*, refletida pela máxima aristotélica: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”. Igualdade, nesse esteio, não é sinônimo de uniformidade, na medida em que se admite o tratamento diferenciado de situações aparentemente iguais, desde que justificado pelas desigualdades fáticas e de direito.

Com efeito, o que se proíbe é o tratamento desigual fundado no arbítrio, pelo que se afirma que o princípio da igualdade está paralelo ao princípio da proibição do arbítrio (*Willkürverbot*). Nesse diapasão, leciona Canotilho (2003, p. 428) que há uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando o tratamento diferenciado (i) não se basear em um fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem fundamento razoável.

¹⁶ “Art. 19. [...] I – É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou Igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público” (BRASIL, 1988).

Para a doutrina e a jurisprudência, o recurso ao princípio da proporcionalidade, com os seus subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, apresenta-se como melhor critério de avaliação da arbitrariedade ou não de um tratamento diferenciado, podendo, nessa via, distinguir-se uma *discriminação* (desvantagens não fundadas) de uma *discriminação positiva* (justificada pela desigualdade e legitimidade da situação fática) (MIRANDA, 2000, p. 238).

Quanto à liberdade religiosa, especificamente, é certo afirmar que o princípio da igualdade está tão intimamente a ela relacionado, que o direito à liberdade de religião acaba por se traduzir em um *direito à igual liberdade de religião*, quer dos indivíduos, quer das mais variadas confissões religiosas. Através da igual liberdade de religião, ninguém poderá ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, perseguido, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever por causa das suas convicções ou práticas religiosas. De outra via, o Estado não poderá discriminar qualquer Igreja ou comunidade religiosa relativamente às outras existentes¹⁷.

Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu art. 5º, VIII, garante a igualdade religiosa, ao estabelecer que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Na verdade, na seara da liberdade de religião, a não exigibilidade de um tratamento uniforme desponta com mais veemência por

se tratar de um campo fértil para o pluralismo. Aqui, a função do princípio da igualdade será, sobretudo, a de defender a diversidade religiosa, pois, como enfatiza Jónatas Machado (1996, p. 287), à luz desse princípio, “uns e outros sabem que podem prosseguir livremente as suas distintas visões do mundo e da vida (do bem e da verdade) com a certeza de que não serão, por esse facto, objecto de um tratamento jurídico diferenciado, nem afectado no seu sentimento de igual dignidade como membros de pleno direito da comunidade política”.

Em outro aspecto, o princípio da igualdade religiosa, na medida em que veda qualquer discriminação contra os indivíduos e contra as confissões religiosas em razão da crença adotada, admite o tratamento diferenciado entre esses, desde que justificado pelas legítimas situações de fato e direcionado pela necessidade, adequação e proporcionalidade¹⁸. Além disso, o princípio da igualdade religiosa deve ser observado por todos os segmentos estatais (legislativo, judiciário e executivo), assim como pelos particulares, quando haja uma relação privada de poder ou como forma de evitar discriminações que atinjam a dignidade humana dos discriminados, consoante sustenta Andrade (2001, p. 257).

Restrições ao direito à liberdade religiosa

Não há direito fundamental ilimitado, pois sua radicação subjetiva sempre vai depender das circunstâncias concretas, que podem exigir uma restrição de seu alcance. Diz-se, portanto, que os direitos fundamentais, nomeadamente a liberdade de religião, são direitos *prima facie*. Com efeito, a primeira delimitação sofrida por

¹⁷ Nessa senda, preceitua Magalhães Collaço (1918, p. 662) que “nenhuma lei, nenhum diploma do poder executivo, nenhum acto administrativo e nenhuma prática da administração poderão vir perturbar, molestar ou mesmo privar de direitos quaisquer indivíduos pelo simples facto de eles possuírem ou lhes repugnarem quaisquer idéias religiosas”.

¹⁸ A concessão de folgas aos sábados a empregados adventistas do sétimo dia é um típico exemplo de discriminação positiva, que não viola o princípio da igualdade.

um direito fundamental decorre da análise de seu *âmbito de proteção*, que irá revelar, através de um trabalho de mediação jurídica feito casuisticamente, conforme enfatiza Canotilho (2003, p. 449), o *conteúdo juridicamente garantido* por aquele direito.

Umas das formas de mediação jurídica para a delimitação dos direitos fundamentais são as *restrições* impostas imediata ou mediatamente pela Constituição. As restrições imediatas são aquelas previstas diretamente no corpo constitucional, a exemplo da descrita no art. 5º, IV, da Constituição Federal¹⁹. Por seu turno, as *restrições mediadas* são aquelas realizadas através de autorização expressa ou tácita da Carta Maior ao legislador ordinário, que deverá atuar através de lei geral, abstrata e não retroativa, de acordo com os ditames do princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação e razoabilidade).

De outro modo, um direito fundamental poderá ser restringido quando colidir com outro direito ou valor constitucionalmente protegido (ordem pública, saúde pública, bons costumes, v.g), dando azo a um conflito a ser resolvido através do uso do princípio da *harmonização* ou da *concordância prática* (MORAES, 1998, p. 46). Através desse, em um juízo de ponderação, irão se “coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas”, como assinala Alexandre de Moraes (1998, p. 40).

Todavia, na impossibilidade de uma coordenação, o princípio em pauta indicará o interesse de maior peso, que deverá prevalecer no caso

¹⁹“Art. 5º [...] IV – é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

concreto, surgindo uma *relação de precedência condicionada*, na medida em que, como leciona Robert Alexy (1997, p. 90), a precedência de um interesse sobre o outro se condiciona às circunstâncias do caso concreto, que, se alteradas, poderão ocasionar uma solução de precedência inversa.

Na hipótese de um conflito entre o direito de liberdade de religião e o direito de liberdade de expressão, por exemplo, será o recurso à ponderação, à luz das circunstâncias do caso concreto, que irá indicar o interesse preponderante. Mas é certo que, em todo caso, as restrições aos direitos fundamentais devem respeitar o *núcleo ou conteúdo essencial* desses direitos, que consiste, na concepção de Peter Häberle (2003, p. 65), naquele âmbito dentro do qual não há nenhum outro bem jurídico, de igual ou superior importância, que seja legitimamente limitador do direito fundamental.

No campo específico da liberdade religiosa, o núcleo essencial, conforme sustenta Jónatas Machado (1996, p. 203), encontra-se na proibição de coerção, no sentido de adoção de um comportamento religioso uma vez que tal conduta se projeta diretamente na dignidade do homem como ser livre (limite absoluto do poder de restrição).

Direito à liberdade religiosa como direito complexo

A liberdade religiosa é um direito de natureza expansiva e complexa, haja vista que se manifesta através de outros direitos, tais como os de liberdade de consciência, de expressão, de reunião, de manifestação, de associação, de aprender e de ensinar. Em face disso, sujeita-se à disciplina constitucional desses mesmos direitos. Nessa senda, a liberdade de reunião para fins religiosos em locais abertos ao público, por exemplo, é admitida pelo ordenamento jurídico

brasileiro. Isso desde que não se usem armas, não se frustre outra reunião anteriormente marcada e que se faça um prévio aviso à autoridade competente, tal como estabelece o art. 5º, XVI, da Constituição Federal, quando cuida do direito de liberdade de reunião²⁰.

A título ilustrativo, torna-se oportuno trazermos à baila alguns desses “direitos – instrumentos” de manifestação da liberdade sob análise. Para tanto, iremos dividi-los em dois grupos, conforme a sua titularidade (pessoas individuais/pessoas coletivas), senão vejamos:

a) *Direitos individuais de liberdade religiosa*: a.1) *direito de ter, não ter e deixar de ter religião*: a liberdade religiosa protege o *forum internum*, o direito de cada pessoa de ter a religião que desejar, bem como de não ter ou deixar de ter uma religião, sem que haja qualquer pressão nessa escolha. A respeito, enfatiza Díez-Picazo (2003, p. 211) que “*el mero hecho de profesar ciertas creencias no puede justificar la imposición, directa ou indirecta, de sanciones por parte del Estado*”²¹; a.2) *direito de praticar ou não praticar os atos de culto, em particular ou em público, próprios da religião professada*: a liberdade de culto, na lição de Pontes de Miranda (apud SILVA, 1990, p. 221), compreende “a liberdade de orar e de praticar os atos próprios das manifestações exteriores, em casa ou em público, bem como a de recebimento de contribuições para isso”. Os atos de culto compreendem as orações, os jejuns, as homilias, etc. É bem verdade, como já assinalado, que a liberdade de culto não autoriza a prática de atos contrários ao direito positivo, a exemplo do uso de substâncias entorpecentes em rituais religiosos; a.3) *direito de professar a própria crença religiosa, procurar para ela novos crentes, exprimir e divulgar livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento em matéria religiosa*: aqui há referência ao direito de proselitismo, isto é, ao direito de persuadir, por meios lícitos, outras pessoas, para que se convertam a sua fé. Em algumas decisões, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem distinguiu o proselitismo lícito (perfeitamente admissível) do proselitismo ilícito, que deve ser banido, por se fundar no oferecimento de vantagens materiais ou sociais, na pressão psicológica ou na pressão sobre pessoas em dificuldades²²; a.4) *direito de informar e se informar sobre religião*,

²⁰ “Art. 5º [...] XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente” (BRASIL, 1988).

²¹ Nesse sentido, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já se posicionou pela impossibilidade da perda do pátrio-poder pelo fato de o indivíduo ser membro de uma seita religiosa minoritária (Hoffmann *v.* Áustria, 23 de junho de 1993).

²² Kokkinakis *v.* Grécia, de 25 de março de 1993; Larissis *v.* Grécia, de 24 de fevereiro de 1998. Lembramos que a Grécia proíbe expressamente em sua Constituição a prática do proselitismo.

aprender e ensinar religião: o ensino da religião compreende o ensino no âmbito da respectiva confissão (v.g. catequese), o ensino para formação dos eclesiásticos (v.g. seminários) e o ensino da religião nas escolas privadas ou públicas, tal como se demonstrará adiante; a.5) *direito de se reunir, manifestar-se e associar-se com outros de acordo com as próprias convicções em matéria religiosa:* aplicam-se a esses direitos os limites constitucionais do direito de liberdade de reunião e de associação, previstos no art. 5º, XVI e XVII²³, da Constituição Federal; a.6) *direito de viver de acordo com os princípios ordenadores de sua religião:* compreende a forma de se vestir²⁴, de se alimentar, o uso de símbolos religiosos, a participação em cerimônias religiosas, dentre outras condutas que deverão ser respeitadas pelos poderes públicos²⁵ e pelos particulares. Cumpre ressaltar que a crença e a conduta constituem uma unidade incindível da liberdade de religião, como aponta Jónatas Machado (1996, p. 223), não merecendo respaldo, por conseguinte, o entendimento outrora esboçado pelo Supremo Tribunal norte-americano, que distingua a crença (*belief*) como um valor absoluto e a conduta (*action*) como um valor relativo²⁶; a.7) *direito de arguir objeção de consciência:* consiste no direito de não cumprir obrigações ou não praticar atos que conflituem essencialmente com os ditames da consciência

²³“Art. 5º [...] XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; [...] XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar” (BRASIL, 1988).

²⁴Uso de véu, xador, burca, *yarmulks*, hábitos, dentre outros.

²⁵Recordamos a polêmica (e a nosso ver ilegítima) lei francesa que veda o uso do véu islâmico nas escolas públicas.

²⁶Cantwell *v.* Connecticut, 310, U.S., 296 (1940); Virgínia State Board of Education *v.* Barnette, 319, U.S., 624 (1943) e outros.

de cada um, conforme expressamente garantido pela Constituição Federal de 1988²⁷; a.8) *direito de ter assistência religiosa em situações especiais:* são exemplos de situações especiais as dos membros das Forças Armadas²⁸, das forças de segurança ou de polícia; a prestação de serviço cívico; o internamento em hospitais, asilos, colégios, institutos ou estabelecimentos de saúde, de assistência, de educação ou similares; a detenção em estabelecimento prisional²⁹ ou em outro lugar semelhante³⁰. É um direito garantido expressamente pelo art. 5º, VII, da Constituição brasileira³¹; a.9) *direito de educar os filhos em coerência com as próprias convicções em matéria religiosa, no respeito da integridade moral e física dos filhos e sem prejuízo da saúde destes:* já é entendimento dominante a ressalva aqui consagrada de que o direito dos pais de educar os filhos segundo suas convicções reli-

²⁷“Art. 5º [...] VIII – Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” [...] “Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei. §1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar” (BRASIL, 1988).

²⁸A assistência religiosa às Forças Armadas é regulamentada pela Lei Federal nº 6.923/81.

²⁹Lei de Execução Penal (Lei Federal nº 7.210/84): “Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa. § 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos. § 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa” (BRASIL, 1984).

³⁰A assistência religiosa a adolescentes em regime de internação é prevista no art. 124, XIV, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/90), que assim preceitua: “Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes: [...] XIV – receber assistência religiosa, segundo a sua crença, e desde que assim o deseje” (BRASIL, 1990a).

³¹“Art. 5º [...] VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência nas entidades civis e militares de internação coletiva” (BRASIL, 1988).

giosas não pode pôr em risco a integridade física ou moral daqueles³². Logo, por esse prisma, não pode prevalecer a negativa dos pais, fundada em questões religiosas, em realizar uma transfusão de sangue ou qualquer outro tratamento que seja imprescindível para a boa saúde do filho³³; a.10) *direito de ser dispensado do trabalho, de aulas e de provas por motivo religioso*: nesse direito se enquadram as folgas semanais aos domingos ou em outros dias de descanso, conforme a religião adotada (no judaísmo, por exemplo, o dia de descanso é o sábado, enquanto no islamismo é a sexta-feira). Tal direito deverá ser respeitado tanto pelos poderes públicos como pelos particulares, sempre dentro dos contornos da razoabilidade.

b) Direitos coletivos de liberdade religiosa: b.1) *direito à liberdade de auto-organização das confissões religiosas*: corolário do princípio da separação Estado/Igrejas, compreende o direito de dispor sobre a formação, a composição, a competência e o funcionamento dos seus órgãos; sobre a designação, funções e poderes dos seus representantes, ministros, missionários e auxiliares religiosos; sobre os direitos e deveres religiosos dos crentes, sem prejuízo da liberdade religiosa desses; sobre a adesão ou a participação na fundação de federações ou associações interconfessionais, com sede no País ou no estrangeiro; de dispor de seus próprios bens, recursos e renda; de solicitar, receber e administrar contribuições voluntárias financeiras e de outro tipo de particulares e instituições, dentre outros; b.2) *direito à liberdade para fundar Igrejas, comunidades religiosas, seminários e outros estabelecimentos de formação cultural ou religiosa, bem como instituições de beneficência ou humanitárias adequadas*; b.3) *direito à liberdade no exercício das suas funções e do culto, sem a interferência do Estado e de terceiros*: compreende o direito de exercer os atos de culto, privado ou público, sem prejuízo das exigências de polícia e trânsito; estabelecer lugares de culto ou de reunião para fins religiosos; ensinar, na forma e pelas pessoas por si autorizadas, a doutrina da confissão professada; difundir a confissão professada e procurar para ela novos crentes; dar assistência religiosa aos seus membros; comunicar e publicar atos de matéria religiosa e de culto; relacionar-se e comunicar com as organizações da mesma ou de outras confissões no território nacional ou no estrangeiro; designar e formar os seus ministros; b.4.) *direito à liberdade de exercer atividades com fins não religiosos, mas que*

³² “Art. 5º [...] 5. A prática da religião ou convicções em que se educa uma criança não deverá prejudicar sua saúde física ou mental nem seu desenvolvimento integral levando em conta o parágrafo 3 do artigo 1 da presente Declaração” (Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções).

³³ A polêmica é acirrada no caso das Testemunhas de Jeová, que refutam, de forma veemente, a transfusão sanguínea por acreditarem que o sangue é impuro, “já que traz em si os pecados de seu doador”.

sejam instrumentais, consequentes ou complementares das suas funções religiosas: podem, assim, criar escolas particulares e cooperativas; praticar beneficência dos crentes ou de quaisquer pessoas; promover as próprias expressões culturais ou a educação e a cultura em geral; utilizar meios de comunicação social próprios para o prosseguimento das suas atividades; b.5) *direito a isenções fiscais:* a Constituição brasileira prevê, em seu art. 150, VI, “b”, a proibição da União, dos Estados, Municípios e do Distrito Federal de instituir impostos sobre templos de qualquer culto³⁴.

Direito à liberdade religiosa e o princípio da separação Estado/Igrejas

Antes de comentarmos o princípio da separação entre o poder político e o poder religioso, convém que exponhamos, de forma sistemática, os modelos de relação Estado/Igrejas, à guisa de uma melhor compreensão do tema. Assim, ao lado das mais variadas esquematizações expostas pela doutrina, como a de Jorge Miranda³⁵, Manoel Caetano³⁶ e Paulo Adragão³⁷, apresenta-

³⁴ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] VI – instituir impostos sobre: [...] b) templos de qualquer culto” (BRASIL, 1988).

³⁵ 1) Identificação entre o Estado e religião (Estado confessional): com domínio do poder religioso sobre o poder político (teocracia) ou com o domínio do poder político sobre o religioso (cesaropapismo); 2) Não identificação entre Estado e religião (Estado laico): com união entre o Estado e uma confissão religiosa (religião do Estado), que pode ser união com ascendência de um dos poderes sobre o outro (clericalismo ou regalismo) ou união com autonomia relativa; ou com a separação, que pode ser separação relativa (com tratamento privilegiado de uma religião) ou separação absoluta: (com igualdade absoluta das confissões religiosas); 3) Estado contrário à religião: com oposição relativa (Estado laicista) ou com oposição absoluta (Estado ateu) (MIRANDA, 2000, p. 406).

³⁶ Sistema de união, sistema de separação e sistema de proibição (CAETANO, 1990, p. 404-405).

³⁷ 1) Identificação entre o poder político e a religião: teocracia e cesarismo; 2) Não identificação entre o poder

tamos a seguinte proposta de classificação dos modelos de relação entre o poder temporal e o poder espiritual:

a) Identificação do poder político com o poder religioso (monismo): são os Estados teocráticos, que eram regra em um passado remoto, mas ainda sobrevivem excepcionalmente, a exemplo dos países islâmicos.

b) Não identificação do poder político com o poder religioso (dualismo): subdivide-se, por sua vez, nos modelos de: b.1) *união do Estado com uma confissão religiosa:* são os Estados confessionalistas, que tomam partido em questão de fé e se unem a uma religião, como no caso do Reino Unido, ligado à religião anglicana; b.2) *separação entre Estado e Igrejas:* Estados laicos, não confessionalistas ou neutros³⁸, que não tomam partido em questão de fé, não tendo ligação com qualquer religião. Nesse caso, a separação pode ser *absoluta*, como nos Estados Unidos, em que há uma rígida vedação de qualquer tipo de relação entre o poder político e o poder religioso, inclusive com a proibição de qualquer apoio financeiro³⁹. Pode ainda ser *relativa* (com coordenação), como na Espanha, em que se permite a colaboração entre o Estado e as Igrejas para a consecução de matérias mistas, comuns, a exemplo do ensino religioso; b.3) *oposição do Estado à religião:* Estados ateus

político e a religião: com união entre o poder político e uma religião (Estado confessional, em que poderá haver o hierocratismo, o regalismo e a autonomia relativa); com separação, que pode ser absoluta, relativa e nominal; e com cooperação entre a ação do poder político e das religiões; 3) Oposição do poder político à religião: relativa (laicismo) e absoluta (totalitarismo) (ADRAGÃO, 2002, p. 135).

³⁸ Entendemos, ao contrário de alguns doutrinadores, que as expressões neutralidade, laicidade e não-confessionalidade são expressões sinônimas, por significarem a ausência de uma valoração do fenômeno religioso pelo Estado. Nesse sentido, ver Cruz (apud ADRAGÃO, 2002, p. 440).

³⁹ Nos Estados Unidos, a jurisprudência do Supremo Tribunal vem, ultimamente, flexibilizando os contornos da separação, passando a admitir que o Estado colabore com o poder religioso em fins não meramente espirituais.

ou laicistas, que valoram negativamente o fenômeno religioso, a exemplo da antiga Albânia comunista⁴⁰.

Pelo princípio da separação, o Estado laico⁴¹, foco de nossa atenção, é aquele religiosamente neutral, que não emite juízo de valor algum, nem positivo nem negativo, sobre as crenças religiosas de seus cidadãos, em razão do princípio da igualdade, para evitar qualquer risco de discriminação por causa dessas crenças (LLAMAZARES apud CAVERO, 2000, p. 288).

Isso, porém, não significa que ele seja obrigado a desconhecer o fenômeno religioso⁴². Na verdade, pode e deve reconhecer as expressões religiosas, sendo apenas proibido de se identificar com qualquer confissão religiosa e de assumir funções tipicamente espirituais⁴³.

De fato, não se olvida que o Estado laico tem o dever de respeitar todas as religiões,

efetivando o direito fundamental à liberdade religiosa, quer em sua dimensão negativa, quer em sua dimensão positiva. Nessa perspectiva, sustenta Afonso Vaz (apud ADragão, 2002, p. 440) que o princípio da separação Estado/Igrejas “não é incompatível com uma vertente ou dimensão positiva que impele o Estado a propiciar um mínimo de condições fáticas e normativas para que a escolha religiosa dos seus cidadãos se possa exprimir em liberdade e em igualdade”.

No que concerne ao ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal, abandonado um passado confessionalista, conclamou o princípio da separação, com a independência e a livre organização das confissões religiosas no exercício de suas funções, sem qualquer intervenção estatal. Nesse esteio, em seu art. 19⁴⁴, vedou à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal: (a) estabelecer cultos religiosos ou Igrejas, o que, no ensinamento de Pontes de Miranda (apud SILVA, 1990, p. 223), compreende a proibição de criação de religiões ou seitas, de fazer Igrejas ou quaisquer postos de prática religiosa, ou propaganda; (b) subvencionar cultos religiosos, o que significa a doação de dinheiro ou outros bens da entidade estatal para que se exerça a atividade religiosa; (c) embaragar o exercício dos cultos religiosos, o que significa vedar ou dificultar, limitar ou restringir a prática psíquica ou material de atos religiosos ou manifestações de pensamentos religiosos; (d) estabelecer relações de aliança e de dependência com qualquer culto, Igreja, ou seus representantes, o que não exclui as relações diplomáticas com o Estado do Vaticano.

⁴⁰ Vislumbramos, em discordância com as classificações ultra apontadas, que o modelo de oposição se enquadra no modelo de não identificação, não consistindo, desde forma, um modelo à parte.

⁴¹ Convém transcrevermos a diferença entre as expressões “laicidade” (laico) e “laicismo” (laicista) apresentada por Jónatas Machado (1996, p. 306): “a primeira expressão (laicidade) pretende designar uma atitude de neutralidade benevolente por parte dos poderes públicos, respeitadora do religioso nas suas diversas manifestações, nos termos da qual estes se abstêm de tomar posição sobre o problema da verdade religiosa. A segunda designa uma verdadeira filosofia ou ideologia, no sentido de concepção global do mundo, da existência e da conduta moral. Trata-se aqui de um ‘dogma’, antidogmático, de uma ‘metafísica’, anti-metafísica, de um racionalismo antropológico que exclui qualquer referência teológica a uma verdade transcendente alicerçada na revelação”.

⁴² O princípio da separação Estado/Igrejas não significa indiferentismo religioso, como ressalta Angel Marzoa (1989, p. 106), ao afirmar que “implicar a não confessionalidade com o indiferentismo religioso, como uma relação de causa e efeito é falsear a natureza do princípio da não confessionalidade”.

⁴³ Nessa vereda, David Valente e Alberto Franco (2002, p. 31) asseveram que “a não-confessionalidade do Estado implica a indiferença ou neutralidade do Estado perante as confissões, isto é, fazer-se conduzir sempre de maneira a que qualquer acto ou omissão em relação a uma confissão religiosa não se traduzem num favorecimento ou num desfavorecimento em relação às outras confissões”.

⁴⁴ “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaragar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; [...]” (BRASIL, 1988).

Ademais, previu expressamente a possibilidade de colaboração entre o Estado e as confissões religiosas em prol do interesse público (modelo de separação relativa ou com coordenação).

2. Do ensino religioso nas escolas públicas de um Estado laico

2.1. A liberdade fundamental de recebimento de ensino religioso

Como exposto, a liberdade de religião tem natureza expansiva, manifestando-se por meio de outros direitos, a exemplo do direito à liberdade de associação, de reunião, de expressão, etc. Uma das formas de manifestação da liberdade religiosa é através do *ensino*, conforme reconhece expressamente o art. 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que assim dispõe: “Artigo 18. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular”.

A expressão da liberdade religiosa pelo ensino contempla tanto a liberdade do indivíduo e das confissões religiosas de *ensinar* as suas convicções, como a liberdade de *receber ensino religioso* de acordo com as convicções próprias. Por sua vez, a liberdade de *receber ensino religioso* pode se apresentar como (a) *o direito dos pais, ou de quem os represente, de que seus filhos recebam educação religiosa*: deriva do direito genérico dos pais de educar seus filhos e de escolher o tipo de educação que melhor atenda às suas convicções, sejam elas religiosas ou filosóficas, tal como reconhecido pelo art. 26, § 3º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴⁵; (b) *o direito do indivíduo de receber educação religiosa conforme suas próprias convicções ou, se menor, de acordo com as convicções de seus pais ou responsável*.

Em seu duplo aspecto, a liberdade em epígrafe, na qualidade de direito fundamental, possui as características típicas dessa sorte de direito (universalidade, imprescritibilidade, v.g). Outrossim, contém as já mencionadas dimensões negativa e positiva dos direitos fundamentais. Essas aqui se revelam, respectivamente, através do poder de se exigir que o Estado (e os particulares)⁴⁶ se abstenha de impor um ensino religioso contrário às convicções do indivíduo (ou de sua família) e se abstenha

⁴⁵ “Art. 26. [...] § 3º. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos” (Declaração Universal dos Direitos Humanos).

⁴⁶ Em face da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

de impedir o livre acesso às escolas privadas confessionais; e através do poder de demandar prestações estatais que propiciem as condições e os meios indispensáveis para o efetivo recebimento do ensino em questão. É certo que as prefladas dimensões, negativa e positiva, da liberdade fundamental de recebimento de ensino religioso são hoje pacificamente consagradas em diversos documentos internacionais recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro, senão vejamos alguns deles.

a) Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no campo do Ensino, da UNESCO: “Art. 5º 1– Os Estados Partes desta Convenção acordam que: [...] b) deve ser respeitada liberdade dos pais, ou se for o caso, dos tutores legais: 1º de escolher para os seus filhos estabelecimentos de ensino que não sejam os que são mantidos pelos poderes públicos, mas que obedeçam às normas mínimas que possam ser prescritas ou aprovadas pelas autoridades competentes e 2º de assegurar aos seus filhos, conforme as modalidades de aplicação próprias da legislação de cada Estado, a educação religiosa e moral de acordo com suas próprias convicções; outrossim, nenhuma pessoa ou grupo poderão ser obrigados a receber instrução religiosa incompatível com as suas convicções [...]”⁴⁷.

b) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: “Art. 18. [...] 4. Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais – e, quando for o caso, dos tutores legais – de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções [...]”⁴⁸.

c) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “Art. 13. [...] 1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais – e, quando for o caso, dos tutores legais – de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções”⁴⁹.

d) Convenção sobre os Direitos da Criança: “Art. 14.1. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de crença. 2. Os Estados Partes respeitarão os direitos e deveres dos pais e, se for o caso, dos representantes legais, de orientar a criança no exercício dos seus direitos de acordo com a evolução de

⁴⁷ Recepção no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 63.223/68 (BRASIL, 1968).

⁴⁸ Recepção no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 592/92 (BRASIL, 1992b).

⁴⁹ Recepção no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 591/92 (BRASIL, 1992a).

sua capacidade. 3. A liberdade de professar a própria religião ou as próprias crenças estará sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e necessárias para proteger a segurança, a ordem, a moral, a saúde pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outrem”⁵⁰.

e) Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções: “Artigo 5. 1. Os pais, ou no caso os tutores legais de uma criança, terão o direito de organizar sua vida familiar conforme sua religião ou suas convicções e devem levar em conta a educação moral em que acreditam e queiram educar suas crianças. 2. Toda criança gozará o direito de ter acesso à educação em matéria de religião ou convicções conforme seus desejos ou, no caso, seus tutores legais, e não lhes será obrigado a instrução em uma religião ou convicções contra o desejo de seus pais ou tutores legais, servindo de princípio essencial o interesse superior da criança”.

Os dispositivos de documentos internacionais acima transcritos, aliados aos aspectos gerais do direito fundamental à liberdade de religião, já esboçados, oferecem respostas aos questionamentos que, normalmente, apresentam-se em torno da liberdade de recebimento de ensino religioso, conforme será demonstrado.

2.2. Questionamentos mais frequentes sobre o direito fundamental de recebimento de ensino religioso

O ensino religioso deve ser ministrado na educação escolar ou apenas no âmbito das confissões religiosas e da família?

O ensino religioso pode e deve ser oferecido aos educandos, na medida em que o indivíduo

tem o direito de receber ensino religioso no contexto da educação ministrada pela escola⁵¹. Isso em razão da própria missão da educação formal, que é a de promover o pleno desenvolvimento da personalidade humana, conforme preceitua o art. 26, § 2º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵². Com efeito, não se comprehende como a educação escolar poderia cumprir fielmente a sua função, deixando de lado uma das dimensões culturais do homem crente⁵³, que é a sua fé religiosa.

Nesse norte, García Hoz (1979, p. 17, grifo nosso) sustenta que “una educación responde a todas las exigencias de la naturaleza humana cuando estimula el desarrollo intelectual que le capacita al hombre para alcanzar la verdad; el desarrollo moral que le capacita para buscar y realizar el bien; el desarrollo estético que le capacita para apreciar y realizar la belleza; el desarrollo técnico que le capacita para descubrir la utilidad de las cosas y emplearlas y para crear cosas útiles; y el desarrollo religioso que ayuda al hombre a relacionarse con Dios”.

Na mesma perspectiva, Juan Fornés (1980, p. 90) afirma que “o ensino da religião não se justifica apenas e exclusivamente em virtude da fé de determinados cidadãos, mas também em virtude da formação integral da personalidade”. Similar é o posicionamento de Fumagalli Carulli

⁵¹ Aqui nos reportamos à educação básica (infantil, fundamental e média), e não ao ensino superior, uma vez que aquela corresponde ao período de formação da personalidade humana, enquanto este diz respeito à fase de aprimoramento da personalidade.

⁵² “Art. 26. [...] § 2º A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz” (Declaração Universal dos Direitos Humanos).

⁵³ No Brasil, segundo censo religioso do IBGE, em 2010, 92% da população brasileira possuía alguma religião. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2014.

⁵⁰ Recepção pelo ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 99.710/90 (BRASIL, 1990b).

(1979, p. 338), quando assevera que o direito da pessoa humana de receber uma educação que lhe desenvolva uma personalidade integrada compreende o direito de receber ensino religioso⁵⁴.

O ensino religioso nas escolas deve ser um ensino genérico do fenômeno religioso ou um ensino confessional?

Para que a liberdade fundamental de recebimento de ensino religioso seja efetivamente atendida, não basta o ensino genérico do fenômeno religioso, como defendem alguns. Exige-se um verdadeiro ensino confessional, ministrado de acordo com as convicções religiosas do aluno ou de seus pais.

Com efeito, o ensino genérico da história da religião, das religiões comparadas, v.g., não atende ao requisito de “ensino religioso de acordo com as convicções”, preconizado pelos documentos internacionais garantidores do direito fundamental em questão, quais sejam: a) Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, da UNESCO, art. V, “1”, “b”; b) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 18, “4”; c) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 13, “3”; d) Convenção sobre os Direitos da Criança, art. 14, “1”, “2” e “3”; e) Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções, art. 5º, “1” e “2”.

⁵⁴ Em artigo sobre o assunto, Geraldo Morujão (1997) destaca que “o ensino religioso escolar justifica-se como uma resposta às exigências dumha educação integral, que abranja também a dimensão religiosa, como uma dimensão inegável da pessoa. É, portanto, uma exigência da Escola. Por outro lado, dar resposta a esta exigência não é uma mera exigência educativa da Escola; é mesmo um dever do Estado para que garanta o uso efectivo do direito que compete aos pais de darem aos filhos a educação que pretendam”.

O ensino religioso nas escolas pode ser obrigatório?

A resposta é negativa, como deixa clara a leitura dos dispositivos de direito internacional acima transcritos. Ninguém pode ser obrigado a receber ensino religioso, nemrante quando em desacordo com suas convicções. Essa vedação decorre da dimensão negativa do direito fundamental à liberdade de religião, que, como analisado, exige posturas de abstenção por parte do Estado e dos particulares, criando uma área de “imunidade de coação”, que exige uma abstenção, um *no facere* por parte do poder estatal e de terceiros.

O ensino religioso pode ser ministrado no horário comum das aulas?

O ensino religioso facultativo pode ser ministrado no horário comum das aulas sem qualquer violação ao direito à liberdade de religião. Isso desde que se garanta aos alunos que optaram em não receber essa espécie de ensino o direito de exercer outras atividades pedagógicas paralelas às aulas de ensino religioso, como forma de evitar-lhes qualquer prejuízo nas atividades escolares.

Justifica-se o ensino religioso nas escolas públicas?

Há muitas controvérsias na doutrina sobre o papel do Estado frente ao ensino religioso. Alguns doutrinadores defendem que a atuação estatal nessa seara deve se limitar às omissões: abster-se de impor uma educação religiosa contrária às convicções do aluno ou de sua família e se abster de impedir o livre acesso às escolas privadas confessionais.

Todavia, entendemos que essa corrente doutrinária afasta dois importantes aspectos

relativos à questão: a) a missão da educação formal de promover o pleno desenvolvimento da personalidade (art. 26, § 2º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos), que só se completa com o estudo da dimensão religiosa do homem; b) a dimensão positiva da liberdade de recebimento de ensino religioso, que exige, como já assinalado, uma prestação, uma ação positiva do Estado para a sua efetiva concretização.

Além disso, é fato que o Estado que se limita às mencionadas abstenções e deixa de promover, mediante ações positivas, o ensino religioso no seio das escolas públicas gera uma situação de desigualdade, com patente violação ao princípio isonômico, entre os alunos das escolas privadas confessionais e os alunos da rede pública (e suas famílias) que eventualmente desejem receber ensino religioso na educação escolar, mas não possam fazê-lo, *v.g.*, por razões financeiras.

Por outro lado, não se olvida que, ao deixar de atuarativamente, o Estado desempenha sua função educativa de forma incompleta⁵⁵, des cumprindo a dimensão positiva de um direito fundamental a que está constitucionalmente vinculado. Logo, afirmamos que o Estado não tem apenas dever de abstenções, mas também dever de garantir, através de ações positivas, o ensino religioso nas escolas públicas. Isso em razão da missão integral da educação, da dimensão positiva da liberdade de recebimento de ensino religioso e do igual exercício dos direitos fundamentais por parte de seus cidadãos⁵⁶.

Nessa mesma perspectiva, Aldir Guedes Soriano (2002, p. 102) enfatiza que o direito de recebimento de ensino religioso é um direito público subjetivo, que gera a faculdade do cidadão de exigir-lo do Estado. Já o Tribunal Constitucional Alemão, em sentido análogo, ao decidir sobre a garantia estatal do ensino religioso, entendeu que “a eliminação de todas as referências ideológicas e religiosas não neutralizaria as tensões e conflitos existentes, mas poria em desvantagem os pais que desejassem uma educação cristã para os seus filhos”^{57,58}.

⁵⁵ Nessa senda, ver Colombo (1979, p. 166).

⁵⁶ À vista das razões expostas, defendemos haver, igualmente, o dever das escolas particulares de ofertar ensino religioso aos alunos que desejarem recebê-lo, uma vez que a educação é uma típica função estatal passível de delegação à iniciativa privada.

⁵⁷ BVerGE 41 (apud ADragão, 2002, p. 197).

⁵⁸ A propósito, o Papa João Paulo II defendeu que “o ensino religioso é indispensável à formação integral do homem, devendo ser ministrado de forma que garanta a científicidade dos alunos, que têm direito de aprender com verdade e certeza a religião a que pertencem, inclusive no projeto global da escola pública (Discurso ao Simpósio do Conselho das Conferências Episcopais Europeias sobre o ensino da religião católica na escola pública, ao 15 de abril de 1991 apud CHORÃO, 2001, p. 208). De forma semelhante, Martinez Blanco (1989, p. 146) sustenta que, “se a escola pública deve ser a escola de todos, deverá ser uma escola plural e nela deve se abordar todas as visões da vida, dentre as quais a visão religiosa. O pluralismo que a escola de um país democrático deve inspirar pode exigir que a escola não ignore a dimensão religiosa e ética da vida social, na medida que é considerada de extrema

Justifica-se o ensino religioso nas escolas públicas de um Estado laico?

Quando nos reportamos ao dever do Estado de garantir o ensino religioso nas escolas públicas, referimo-nos a todos aqueles Estados que reconheçam o direito fundamental à liberdade de religião. Isso independe do modelo de relação Estado/Igrejas que seja adotado. Com efeito, o direito fundamental à liberdade de religião é autônomo e deve ser reconhecido e respeitado até mesmo quando o poder estatal valore negativamente o fenômeno religioso, como nos casos de Estados ateus.

Não há incompatibilidade entre o modelo de ligação Estado/Igrejas abraçado e a consagração estatal do direito fundamental à liberdade religiosa. Caso houvesse, ter-se-ia, na verdade, a garantia apenas formal e fictícia do direito em questão⁵⁹. Por consequência, sustentamos que qualquer Estado (laico, ateu, confessionalista), ao reconhecer o direito fundamental à liberdade de religião, tem o dever de garantir o ensino religioso nas escolas públicas (ou, de forma menos econômica, o acesso dos que desejarem receber ensino religioso às escolas privadas confessionais por meio de bolsas de estudo)⁶⁰.

É possível que os Estados cumpram o dever em epígrafe por diversos meios, que variam de acordo com o modelo de relação acolhido. Assim, pode um Estado, *v.g.*, custear o ensino religioso nas escolas públicas, integrando-o na grade escolar. Pode, simplesmente, adotar o denominado sistema do livre acesso, em que o poder estatal se limita a ceder⁶¹ o espaço físico da escola pública para que as confissões religiosas ministrem o ensino religioso às suas custas, fora do horário letivo e sem que esse ensino integre o currículo escolar⁶².

Entretanto, à vista do princípio da separação Estado/Igrejas, o ensino religioso nas escolas públicas laicas deve apresentar as seguintes

importância para uma parte dos alunos e das famílias que encaminham seus filhos para as escolas. A incorporação do ensino religioso na escola enriquece e é parte importante da bagagem cultural do aluno”.

⁵⁹ Nesse ínterim, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já decidiu que a ligação do Estado com uma religião não fere a liberdade religiosa de seus cidadãos (*Darby v. Suécia*, de 23 de outubro de 1990).

⁶⁰ A respeito, assevera Cristina Queiroz (2001, p. 307) que a escola pública de um Estado não confessional deve ser neutra e pluralista, o que significa que as diferenças religiosas, ideológicas, axiológicas ou outras não devem quedar à sua porta.

⁶¹ Convém salientar que, através da “cessão”, o Estado atua positivamente (dimensão positiva da liberdade em análise).

⁶² Como esclarece Martínez Blanco (1996, p. 728), no sistema do livre acesso, as escolas públicas põem à disposição das confissões religiosas um espaço físico e moral de liberdade para o livre ensino religioso da respectiva confissão, desde que solicitada pelos alunos. Nele não há a inclusão da disciplina da religião nos planos de estudo, já que é optativa, nem o financiamento do ensino pelo Estado.

características: a) deve ser o ensino de todas as religiões, de acordo com a demanda dos alunos, e não apenas o ensino de determinadas convicções religiosas, sob pena de ferir o princípio da neutralidade da escola laica; b) deve ser ministrado sob a responsabilidade das diversas confissões religiosas, e não sob a responsabilidade do próprio Estado, pois aí ele estaria exercendo típica função religiosa, o que lhe é vedado pelo precitado princípio da separação⁶³; c) deve ser garantido em condições iguais para todas as religiões, sob pena de violar a neutralidade estatal e a igualdade religiosa exigidas de um Estado laico⁶⁴.

Justifica-se o financiamento do ensino religioso nas escolas públicas por um Estado laico?

Visto que o Estado laico deve garantir o ensino religioso nas escolas públicas, resta saber se pode cumprir este dever mediante o financiamento dos professores e das despesas correlacionadas⁶⁵. Para alguns, o princípio da separação Estado/Igrejas veda a possibilidade desse financiamento, bem como impede que o poder político custeie qualquer outra atividade interligada ao poder religioso, mesmo

⁶³ Nesse sentido, afirma Jorge Miranda (2000, p. 431-439) que, nas escolas públicas laicas, o ensino religioso deve ser ministrado por docentes indicados por cada confissão, sob a responsabilidade desta e com programas por ela definidos.

⁶⁴ Essa desigualdade ocorre, por exemplo, no ordenamento jurídico laico espanhol, em que o ensino da religião católica integra o currículo escolar e é ministrado no horário letivo, enquanto as demais confissões religiosas ministram seus ensinos de acordo com o sistema do livre acesso. Em razão disso, Mantecón Sancho (2001, p. 127) ressaltou que, na Espanha, “o acesso das confissões não católicas ao ensino público trata-se de um sistema minimalista, que lembra mais um regime de pura tolerância do que o de uma verdadeira liberdade religiosa”.

⁶⁵ Enfatizamos que o “dever de garantir” o ensino religioso não é sinônimo do “dever de financiar”, como já deixamos claro.

que de interesse coletivo. Nesse diapasão, a Suprema Corte norte-americana declarou a inconstitucionalidade do ensino religioso nas escolas públicas ainda que ministrado através do sistema do livre acesso, por haver um custo (mínimo) para o poder estatal⁶⁶.

Perfilhando posicionamento contrário, entendemos que o princípio da separação, até na sua vertente absoluta, não pode funcionar como uma trava, um óbice para a concretização da dimensão positiva do direito à liberdade religiosa, uma vez que consiste em um instrumento de garantia desse direito e do próprio direito à educação, na dimensão da formação integral do educando. Trata-se de um meio, e não de um fim em si mesmo. Ademais, o que se veda pelo referido princípio é que o Estado reconheça uma religião oficial, explícita ou implicitamente, ou se propugne a realizar fins espirituais⁶⁷. É tudo isso e só isso⁶⁸.

Destarte, sustentamos que o Estado laico pode perfeitamente financiar o ensino religioso nas escolas públicas, em igualdade de condições para todas as religiões, não impondo o princípio da separação qualquer entrave em relação a

⁶⁶ No caso *McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 203, 1948, em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade das aulas de religião nas escolas públicas durante o horário letivo e no recinto das escolas, a cargo das próprias confissões religiosas. Isso por entender que havia violação ao princípio do *establishment clause*, pelo simples fato de as aulas serem ministradas em edifícios públicos sustentados pelos impostos (ABRAHAM, 1988, p. 333).

⁶⁷ Esclarece Díez-Picazo (2003, p. 217) que as relações de cooperação entre Estado e confissões religiosas não estão excluídas pela aconfessionalidade do poder estatal.

⁶⁸ É válido registrar que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América vem aderindo, em decisões mais recentes, a uma tendência de flexibilização do princípio da separação. Nessa esteira, firmou entendimento de que o Estado poderá auxiliar uma atividade qualquer de uma confissão religiosa, desde que, assim agindo, persiga um fim secular e que esse auxílio não produza um efeito primário de favorecimento ou restrição de uma religião, e sua aplicação nem signifique uma interferência excessiva dos poderes públicos com a religião. É o denominado “teste Lemon” (Caso *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 1971).

isso. Nesse sentido, posicionou-se o Tribunal Constitucional Português: “a neutralidade do Estado não impede que este deixe de criar as condições adequadas à facilitação do exercício de liberdade religiosa à população juvenil” (PORTUGAL, 1987, p. 4151).

Por outro lado, ao abraçar o sistema do livre acesso, entendemos que o Estado laico não se encontra obrigado ao custeio do ensino religioso, podendo fazê-lo com o apoio das diversas confissões religiosas. Todavia, caso opte pelo sistema de financiamento, está obrigado a cobrir as despesas com o ensino de todas as religiões, em igualdade de condições.

Enfim, no que se refere ao argumento comumente apresentado de que o custeio do ensino religioso lesionaria a liberdade de consciência dos descrentes (que para ele contribuiriam através dos impostos), convém apresentar, como resposta, as conclusões do jurista lusitano Magalhães Colaço (1918, p. 698), o qual, em suma, sustenta que admitir o critério de que só deve ser forçada a contribuição para as despesas com que cada um, pessoalmente, aproveite, é permitir que se abra o orçamento de qualquer Estado e interroguem-se a cada cidadão contribuinte sobre os proveitos que tira das verbas aí inscritas. Nesses termos, seria indagar qual o lucro de um aldeão que nunca visitou Lisboa com as despesas feitas pelo Estado com o teatro nacional; o lucro dos comerciantes com as despesas de fiscalização de preços; o lucro dos criminosos com as despesas da polícia; o lucro de um pacifista com as despesas de guerra e assim por diante.

3. O ensino religioso nas escolas públicas brasileiras

3.1. Tratamento normativo

Em um apanhado histórico, antes da proclamação da República, o ensino nas escolas

públicas era da competência exclusiva da religião oficial. Depois, com o Decreto nº 109-A, tornou-se oficialmente neutro, seguindo a tendência anticlerical oriunda da Europa. Todavia, em face da forte reação das autoridades eclesiásticas brasileiras, aos poucos, o ensino religioso retornou para o espaço da escola pública.

A Lei nº 1.092, de 1929, autorizou o funcionamento das aulas de religião na educação do Estado, dentro do horário escolar, autorização que foi corroborada pela Carta Constitucional de 1934. Em contrapartida, a Constituição de 1937 veio banir a religião das escolas, bem como dos hospitais, penitenciárias e estabelecimentos outros. Entretanto, com a Carta Constitucional de 1946, houve novo retorno da religião às esferas públicas, inclusive escolar, uma vez que se admitiu a colaboração do Estado com as confissões religiosas nas matérias de interesse coletivo.

De igual modo, a Constituição de 1967, com a emenda de 1969, preceituou, em seu art. 9º, II, a colaboração entre Estado e Igrejas nos assuntos de interesse público, “notadamente no setor educacional”. Por sua vez, a Carta Constitucional de 1988 veio se reportar, expressamente, ao ensino religioso nas escolas públicas, em seu art. 210, §1º: “O ensino religioso, de matéria facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental” (BRASIL, 1988).

Regulamentando o precitado mandamento constitucional, foi sancionada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que, reformada pela Lei Federal nº 9.475, de 22 de julho de 1997, disciplina: “Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo. § 1º Os

sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. § 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso” (BRASIL, 1996).

Em 13 de novembro de 2008, o Governo brasileiro firmou acordo com a Santa Sé sobre o Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil. No art. 11 do anexo dessa Concordata, promulgada pelo Decreto nº 7.107/2010, convencionou-se que “A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa. §1º O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação”.

Ainda em 2010, a Procuradoria-Geral da República interpôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439 (BRASIL, 2010), pendente de julgamento, com o objetivo de dar interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 33, §§ 1º e 2º, da LDB e ao art. 11 do Anexo do Decreto nº 7.107/2010. Na ação, a Procuradoria reconhece que o ensino religioso facultativo nas escolas públicas deve ser garantido em face da própria previsão constitucional. Todavia, argumenta que, pela laicidade do Estado, esse ensino não pode ser confessional.

Nesse aspecto, reafirmamos nosso posicionamento de que a liberdade fundamental de recebimento de ensino religioso só pode ser efetivamente atendida mediante o ensino confessional, ministrado de acordo com as convicções religiosas do aluno ou de seus pais. Isso na medida em que o ensino denominado “ecumênico” ou genérico (da história da religião, das religiões comparadas, *v.g.*) não atende ao requisito de “ensino religioso de acordo com as convicções”, preconizado pelos documentos internacionais garantidores do direito fundamental em questão.

De outra via, no âmbito dos Estados, há diversas leis regulamentando o ensino religioso nas escolas públicas, a exemplo da Lei nº 3.459/2000, do Rio de Janeiro; da Lei nº 7.945/2001, da Bahia; da Lei nº 10.783/2001, de São Paulo. No tocante à Lei nº 3.459/2000, do Estado do Rio de Janeiro, houve a interposição, em 2 de agosto de 2004, de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3.268) movida pela Confederação Nacional de Trabalhadores em Educação. Nessa ação, pendente de julgamento, argui-se, em síntese, a incompatibilidade entre o ensino religioso nas escolas públicas e a laicidade do Estado. Antecipando-nos ao julgamento

do Supremo Tribunal Federal, passaremos a analisar, especificamente, o conteúdo da mencionada lei estadual, visando detectar vestígios de inconstitucionalidade em seus dispositivos.

3.2. Análise crítica da Lei estadual do Rio de Janeiro nº 3.459/2000 (objeto da ADI nº 3.268)

Em seu art. 1º, a Lei estadual do Rio de Janeiro nº 3.459/2000 preceitua que o ensino religioso é de matrícula facultativa, sendo disciplina obrigatória dos horários normais das escolas públicas na Educação Básica. De igual sorte, prevê que esse ensino é disponível na forma confessional e ministrado de acordo com as preferências manifestadas pelos responsáveis ou pelos próprios alunos a partir de 16 anos, assegurando-se o respeito à diversidade cultural e religiosa, com a vedação de quaisquer formas de proselitismo⁶⁹. Já no parágrafo único, estabelece que, no ato da matrícula, os pais ou outros responsáveis deverão expressar, se desejarem, que seus filhos ou tutelados frequentem aquelas aulas⁷⁰.

Pela leitura desse dispositivo legal, não verificamos qualquer vestígio de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da separação Estado/Igrejas⁷¹ ou ao direito fundamental à liberdade religiosa dos educandos ou de sua família⁷². Ao contrário, vislumbramos apenas a regulamentação do dever do Estado de garantir o ensino religioso nas escolas públicas. Isso em razão da dimensão positiva do direito fundamental à liberdade de religião (na sua manifestação de liberdade de recebimento de ensino religioso), do cumprimento da missão educativa integrada e do tratamento igualitário entre os alunos da rede pública e das escolas privadas confessionais, tudo conforme explanamos, anteriormente, ao apreciarmos as questões gerais sobre o ensino religioso.

⁶⁹“Art. 1º O Ensino Religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina obrigatória dos horários normais das escolas públicas, na Educação Básica, sendo disponível na forma confessional de acordo com as preferências manifestadas pelos responsáveis ou pelos próprios alunos a partir de 16 anos, inclusive, assegurado o respeito à diversidade cultural e religiosa do Rio de Janeiro, vedadas quaisquer formas de proselitismo” (RIO DE JANEIRO, 2000).

⁷⁰“Art. 1º [...] Parágrafo único. No ato da matrícula, os pais, ou responsáveis pelos alunos deverão expressar, se desejarem, que seus filhos ou tutelados frequentem as aulas de Ensino Religioso” (RIO DE JANEIRO, 2000).

⁷¹“Art. 19. [...] I – É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou Igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público” (BRASIL, 1988).

⁷²“Art. 5º [...] VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, proteção aos locais de culto e suas liturgias” (BRASIL, 1988).

Outrossim, no que se refere à previsão do ensino religioso como disciplina obrigatória e integrante do horário letivo, entendemos que se trata de uma mera opção administrativa/pedagógica, que visa, tão somente, conferir mais seriedade àquele ensino. Em nada viola, segundo defendemos, o direito à liberdade de religião dos que não pretendem receber ensino religioso, desde que preservada a facultatividade da matrícula e garantida a prática de outras atividades pedagógicas paralelas.

Ademais, quanto ao caráter confessional do ensino religioso, reparamos que, apenas assim, é que se tem atendido, efetivamente, o direito fundamental de recebimento de ensino religioso conforme as convicções dos alunos ou de seus pais. Com efeito, um ensino genérico da religião ou ecumênico, tal como defendido por alguns, não seria, evidentemente, um ensino conforme as “convicções religiosas”, como já assinalamos.

Noutro norte, observamos que o art. 1º da Lei estadual em testilha atende aos postulados do Estado laico, na medida em que garante o ensino de todas as confissões religiosas no âmbito da escola pública, e não o ensino de determinadas confissões religiosas. Afora isso, constatamos que foi observado o direito de silêncio quanto às convicções religiosas, decorrente da liberdade de religião, uma vez que apenas aqueles que desejarem receber o ensino religioso é que devem manifestar seu assentimento. Nesse caso, deverão dispor daquele primeiro direito (de silêncio) em prol do exercício de outro direito (de recebimento de ensino religioso), como ocorre nas arguições de objeções de consciência⁷³ previstas constitucionalmente⁷⁴.

Por outro lado, no art. 2º, a lei em tela estabelece que só poderão ministrar aulas de ensino religioso nas escolas oficiais os professores que tenham registro no Ministério da Educação e Cultura. Devem também esses professores estar credenciados pela autoridade religiosa competente, a qual deverá exigir-lhes formação religiosa obtida em instituição por ela mantida ou reconhecida⁷⁵. O art. 3º, por seu turno, fixa que o conteúdo do ensino religioso é de atribuição específica das diversas autoridades

⁷³ A propósito, comentando a renúncia ao direito de silêncio em virtude do exercício do direito de objeção de consciência, Díez-Picazo (2003, p. 225) assevera que “*la declaración sobre las propias creencias, más que un deber impuesto, sería una carga aceptada por quien desea ejerce outro derecho fundamental*”.

⁷⁴ “Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei. §1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar” (BRASIL, 1988).

⁷⁵ “Art. 2º Só poderão ministrar aulas de Ensino Religioso nas escolas oficiais, professores que atendam às seguintes condições: I – Que tenham registro no MEC, e de preferência que pertençam aos quadros do Magistério Público Estadual; II – tenham sido credenciados pela autoridade religiosa competente, que deverá exigir do professor, formação religiosa obtida em Instituição por ela mantida ou reconhecida” (RIO DE JANEIRO, 2000).

religiosas, cabendo ao Estado o dever de apoiá-lo integralmente⁷⁶.

Nesses dispositivos, a Lei Estadual nº 3.459/2000 estabelece, acertadamente, que o ensino religioso nas escolas públicas deve ser ministrado sob a responsabilidade das confissões religiosas, e não do Estado, o qual deverá apenas garantir as condições necessárias para seu funcionamento. Desse modo, evitou que o poder estatal tomasse para si responsabilidade típica da esfera religiosa, violando, por conseguinte, o princípio constitucional da separação Estado/Igrejas.

O art. 4º da lei em análise, por sua vez, reporta-se unicamente à carga horária da disciplina de ensino religioso⁷⁷, enquanto o art. 5º prevê a realização de concurso público para suprir a carência de professores de ensino religioso, estipulando que a remuneração dos professores concursados obedecerá aos mesmos padrões remuneratórios de pessoal do quadro permanente do Magistério Público Estadual⁷⁸. Nesse último dispositivo, o diploma legal examinado também enveredou pela constitucionalidade, não cometendo qualquer ofensa ao princípio da separação Estado/Igrejas. Isso porque, como outrora afirmado, o precitado princípio

⁷⁶“Art. 3º Fica estabelecido que o conteúdo do ensino religioso é atribuição específica das diversas autoridades religiosas, cabendo ao Estado o dever de apoiá-lo integralmente” (RIO DE JANEIRO, 2000).

⁷⁷“Art. 4º A carga horária mínima da disciplina de Ensino Religioso será estabelecida pelo Conselho Estadual de Educação, dentro das 800 (oitocentas) horas-aulas anuais” (RIO DE JANEIRO, 2000).

⁷⁸“Art. 5º Fica autorizado o Poder Executivo a abrir concurso público específico para a disciplina de Ensino Religioso para suprir a carência de professores de Ensino Religioso para a regência de turmas na educação básica, especial, profissional e na reeducação, nas unidades escolares da Secretaria de Estado de Educação, de Ciência e Tecnologia e de Justiça, e demais órgãos a critério do Poder Executivo Estadual. Parágrafo Único – A remuneração dos professores concursados obedecerá aos mesmos padrões remuneratórios de pessoal do quadro permanente do Magistério Público Estadual” (RIO DE JANEIRO, 2000).

da separação não é óbice para o financiamento estatal do ensino religioso nas escolas públicas, mormente quando seja adotado o modelo de separação relativa, como no caso do ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa senda, a Constituição Federal de 1988 prevê, expressamente, em seu art. 19, I, a possibilidade de cooperação entre o poder estatal e as confissões religiosas em favor do interesse coletivo⁷⁹. Por consequência, não há impedimento de que o Estado brasileiro contrate professores de religião (desde que credenciados anteriormente pelas respectivas confissões religiosas) através dos meios previstos constitucionalmente para as contratações em geral, nos quais se inclui o concurso público⁸⁰.

Logo, finda a análise da Lei estadual nº 3.459/2000, sustentamos que não há, em seu bojo, qualquer indício de constitucionalidade, e, em contrapartida, constatamos o zelo e o respeito pelo direito à liberdade religiosa e pelos postulados do Estado laico.

Síntese conclusiva

1) A liberdade religiosa é um típico direito fundamental, possuindo, portanto, as características inerentes a essa sorte de direito, como a universalidade, a indivisibilidade, a complementaridade, a interdependência e a imprescri-

⁷⁹“Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou Igrejas, subvençá-los, embarracá-los o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, *ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público*” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

⁸⁰“Art. 37. [...] II – a investidura em cargo ou emprego público depende da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. [...] IX – A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público” (BRASIL, 1988).

tibilidade. Em face disso, detém uma dimensão negativa e uma dimensão positiva que demandam, respectivamente, abstenções e prestações do Estado, bem como dos particulares, para a sua efetiva concretização.

2) O direito à liberdade de religião se traduz como um direito à igual liberdade de religião, tanto dos indivíduos como das mais variadas confissões religiosas. Além disso, da mesma forma que os demais direitos fundamentais, não é ilimitado, sendo passível de restrições previstas imediata ou mediatamente na Constituição, bem como de restrições oriundas de seu conflito com outro direito ou valor constitucionalmente protegido.

3) Trata-se de um direito de natureza expansiva e complexa, na medida em que se manifesta através de outros direitos, sujeitando-se à disciplina constitucional desses. Nessa senda, a expressão da liberdade religiosa pelo ensino, nomeadamente, contempla tanto a liberdade do indivíduo e das confissões religiosas de ensinar as suas convicções, como a liberdade de receber ensino religioso de acordo com as convicções próprias.

4) A liberdade de receber ensino religioso pode se apresentar como o direito dos pais, ou de quem os represente, de que seus filhos recebam educação religiosa, ou como o direito do indivíduo de receber educação religiosa conforme suas próprias convicções ou, se menor, de acordo com as convicções de seus pais ou responsável.

5) O ensino religioso deve ser ministrado não somente no seio das famílias e das confissões religiosas, mas também na educação escolar, em razão da missão da educação formal de promover o pleno desenvolvimento da personalidade humana, que restaria incompleta com a exclusão da dimensão religiosa do homem.

6) Para que a liberdade fundamental de recebimento de ensino religioso seja efetivamente atendida, não basta o ensino genérico do fenômeno religioso, mas se exige um verdadeiro ensino confessional, ministrado de acordo com as convicções religiosas do aluno ou de seus pais.

7) O ensino religioso deve ser sempre facultativo, em razão da dimensão negativa do direito à liberdade de religião. Não obstante, pode ser ministrado no horário comum das aulas sem qualquer violação ao direito à liberdade de religião. Isso desde que se garanta aos alunos que optaram em não receber essa espécie de ensino o direito de exercer outras atividades pedagógicas paralelas às aulas de ensino religioso, como forma de evitar-lhes qualquer prejuízo nas atividades escolares.

8) O Estado laico deve garantir o ensino religioso no âmbito das escolas públicas, através de ações positivas, em nome da missão integral da educação, em nome da dimensão positiva da liberdade de recebimento de ensino religioso e em nome do igual exercício dos direitos fundamentais por parte de seus cidadãos. Outrossim, deve garantir o ensino de todas as religiões, de acordo com a demanda dos alunos, e não apenas o ensino

de determinadas convicções religiosas. Esse ensino deve ainda ser ministrado sob a responsabilidade das diversas confissões religiosas e não sob a responsabilidade do próprio Estado.

9) O Estado laico pode financiar o ensino religioso nas escolas públicas em igualdade de condições para todas as religiões, uma vez que o princípio da separação Estado/Igrejas que o norteia não é entrave para a concretização da dimensão positiva da liberdade religiosa, já que consiste em um instrumento de garantia dessa liberdade.

10) O ordenamento jurídico brasileiro garante o ensino religioso facultativo nas escolas públicas, a ser ministrado no horário comum das aulas (art. 210, §1º, Constituição Federal de 1988, art. 33, §§ 1º e 2º, LDB, e art. 11 do Anexo do Decreto nº 7.107/2010).

11) A Lei nº 3.459/2000, do Estado do Rio de Janeiro, objeto da ADI nº 3.268, não é eivada de vício de inconstitucionalidade, na medida em que seus dispositivos não maculam o princípio da separação Estado/Igrejas nem a liberdade de religião dos educandos da rede pública estadual ou de suas famílias.

Referências

- ABRAHAM, Henry J.; PERRY, Barbara H. *Freedom and the Court: Civil Rights and liberties in the United States*. 5. ed. New York: Oxford University Press, 1988.
- ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. Coimbra: Almedina, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- BLANCO, Antonio Matínez. Presencia y modalidades de la enseñanza de la religion en centros publicos. In: ANUARIO DE DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO. Madrid: Editorial de La Universidad Complutense de Madrid, 1989. v. 5. p. 146.
- _____. Fundamento y caracteres de la enseñanza de la religion evangelica, judia e islamica en centros publicos. In: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO, 7, 1994. Acuerdos del Estado Español com Confesiones Religiosas Minoritarias. *Actas....* Barcelona, 1994. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- BRASIL. Decreto n. 63.223 decreto, de 6 de setembro de 1968. Promulga a convenção relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino. *Diário Oficial da União*, 10 set. 1968. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-63223-6-setembro-1968-404776-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 fev. 2015.
- _____. Lei n. 7.210. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015.

_____. (Constituição 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015.

_____. 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*, Brasília, 16 jul. 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015.

_____. Decreto n. 591, de 6 jul. 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 jul. 1992a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 23 fev. 2015.

_____. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 jul. 1992b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 23 fev. 2015.

_____. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 23 fev. 2015.

_____. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.439. Relator: Ministro Ayres Brito. *Diário da Justiça Eletrônico*, 5 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4439&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1990. Tomo I.

CANOTILHO, José Gomes; MACHADO, Jónatas. Bens Culturais, propriedade privada e liberdade religiosa. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 16, n. 64, out./dez. 1995.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARULLI, Ombretta Fumagalli. Insegnamento della religione nella scuola pubblica e libertà religiosa: l'esperienza italiana nella revisione del Concordato. *Persona y Derecho*, Navarra, n. 6, 1979.

CAVERO, José Martínez de Pisón. *Constitución y libertad religiosa en España*. Madrid: Dykinson, 2000.

CHORÃO, Mário Bigotte. Ensino da religião e moral. In: CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO CANÔNICO. *Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa*. Coordenação de Manuel Saturino Gomes. Coimbra: Almedina 2001.

COLOMBO, Carlo. La libertà religiosa e la libertà della scuola. *Persona y Derecho*, n. 6, 1979.

DÍEZ-PICAZO, Luís María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth, 2004.

FERNÁNDEZ, Llamazares Dionisio. Los acuerdos y el principio de igualdad: Comparacion com los acuerdos com la iglesia catolia y situacion jurídica de las confesiones sin acuerdo. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO, 7, 1994. Acuerdos del Estado Español com Confesiones Religiosas Minoritárias. *Actas....* Barcelona, 1994. Madrid: Marcial Pons, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

FORNÉS, Juan. La enseñanza de la religión en España in Ius Canonicum. *Revista del Instituto Martin de Azpilcueta*, Universidad de Navarra, v. 20, n. 40, jul./dez. 1980.

GUASTINI, Riccardo. Tres probelmas para Luigi Ferrajoli. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

- HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Dykinson, 2003.
- HOZ, V. García. La libertad de educación y la educación para la libertad. *Persona y Derecho*, Navarra, n. 6, 1979.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- MAGALHÃES COLLAÇO, João Maria Tello. O regimen de separação. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano 4, n. 3 9-40, 1918.
- MANTECÓN SANCHO, Joaquín. O ensino religioso na escola pública espanhola. *Consciência e Liberdade*, n. 11, 2001.
- MARTÍNEZ DE CARVAJAL, José G. *Principios doctrinales de las relaciones Iglesia-Estado*. Salamanca: Universidad Pontificia, 1974.
- MARZOA, Angel. No confesionalidad e indiferentismo en materia religiosa (dos términos no implicados). In: ANUARIO DE DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO, v. 5. Madrid: Editorial de La Universidad Complutense de Madrid, 1989. p. 103-108.
- MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais: liberdade religiosa e liberdade de aprender e ensinar. *Revista Direito e Justiça*, v. 3, 1987-1988.
- _____. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo IV.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- MORUJÃO, Geraldo. Justifica-se o Ensino Religioso nas Escolas do Estado?. *Millenium online*, n. 6, mar. 1997. Disponível em: <http://www.ipv.pt/millenium/Millenium_6.htm>. Acesso em: 19 fev. 2015.
- PORUTGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão n. 427 de 1987. *Diário da República*, I, n. 273, de 26 de nov. 1987. p. 4151.
- QUEIROZ, Cristina. Autonomia e direito fundamental à liberdade de consciência, religião e culto: os limites da intervenção do poder público. *Estudos em Comemoração dos Cinco Anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- RIO DE JANEIRO (Estado). Lei estadual n. 3.459, de 14 de setembro de 2000. *Governo do Estado do Rio de Janeiro*, 15 set. 2000. Disponível em: <<http://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/136999/lei-3459-00>>. Acesso em: 23 fev. 2015.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- UNESCO. Conferência Geral. *Convenção relativa a luta contra a discriminação no campo do ensino*: adotada a 14 de dezembro de 1960, pela Conferência Geral da UNESCO, em sua 11^a sessão, reunida em Paris de 14 de novembro a 15 de dezembro de 1960. UNESCO, 2003. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132598por.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2015.
- VALENTE, David; FRANCO, Alberto. *Liberdade religiosa*. Lisboa: Dislivro, 2002.

Empresa agrária e Estado Democrático Social de Direito

WALFRIDO VIANNA VITAL DA SILVA

Sumário

1. Introdução. 2. O Direito Agrário brasileiro. 2.1. Empresa agrária na Constituição da República. 2.2. Empresa agrária na codificação civil constitucionalizada. 2.3. Empresa agrária e políticas públicas. 3. Algumas conclusões.

1. Introdução

Dados divulgados por organizações não governamentais brasileiras e estrangeiras têm demonstrado que, no Brasil, os trabalhadores rurais do setor de produção de biocombustível, por exemplo,

“[...] têm vivido em condições bem difíceis. Entre 1986 e 2006, houve mais de 140.000 denúncias de condições similares às do trabalho escravo. Entre 1995 e 2009, cerca de 30.000 trabalhadores foram libertados de sua situação de cativeiro em grandes fazendas. Em 2006 e 2007, alguns trabalhadores morreram por fadiga: como seus salários eram baseados em sua produtividade, acabaram por morrer na desincumbência de suas tarefas. Por fim, trabalhos universitários demonstram que mais e mais trabalhadores se afundam no álcool e em outras drogas como forma de suportar ou esquecer suas difíceis condições de trabalho” (LES AGROCARBURANTS..., 2010)¹.

Walfrido Vianna Vital da Silva é bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo (USP), e licenciado em Letras Português-Inglês, pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU-MG); professor e Analista Legislativo do Senado Federal.

¹ Cf. *in totum*: “Au Brésil, les travailleurs des productions d'agrocarburants connaissent des situations très difficiles. Entre 1986 et 2006, on dénombre 140.000 dénonciations pour esclavage. Entre 1995 et 2009, 30.000 travailleurs ont été libérés de leur situation d'esclave dans ces grandes plantations. En 2006 et 2007, certains ouvriers agricoles sont morts d'épuisement. Leur salaire étant basé sur leur productivité, ces derniers se tuent à la tâche. Enfin, des travaux universitaires montrent que de plus en plus de travailleurs sombrent dans l'alcool et la drogue pour les aider à supporter et à oublier leurs difficiles conditions de travail” (LES AGROCARBURANTS..., 2010).

Mais recentemente, ainda têm sido noticiados casos de resgate de trabalhadores atuando em situação análoga à escravidão, como o realizado pelo Ministério Público do Trabalho numa fazenda produtora de laranjas no interior de São Paulo em meados de 2014 (SIQUEIRA, 2014).

Em face dessas e de outras cifras tão expressivas quanto contundentes, é preciso sopesar a incidência – nas relações privadas no âmbito do Direito Agrário – dos direitos sociais e econômicos, no domínio das garantias dos direitos fundamentais expressas na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), uma vez que, no dizer de Sarmento, a CRFB e os direitos fundamentais

“[...] que ela consagra não se dirigem apenas aos governantes, mas a todos, que têm de conformar seu comportamento aos ditames da Lei Maior. *Isto porque a Constituição de 1988 não é apenas a Lei Fundamental do Estado brasileiro. Trata-se, na verdade, da Lei Fundamental do Estado e da sociedade, porque contém os principais valores e diretrizes para a conformação da vida social no país, não se limitando aos papéis mais clássicos das constituições liberais*, de organização da estrutura estatal e definição das relações entre governantes e governados” (SARMENTO, 2006, p. 239, grifo nosso).

Em vista disso, é inevitável a tentação de pretender abordar a controvérsia suscitada por uma presumível incompatibilidade entre a natureza do Estado Democrático Social de Direito instaurado pela CRFB e o conceito de *empresa agrária*, objeto central do Direito Agrário nos moldes como são, por um lado, legalmente positivados e, por outro, propostos pela doutrina – mormente sob o influxo da construção teórica de origem italiana.

Para isso, no domínio deontológico, investigaremos os contextos normativos de índole constitucional e infraconstitucional em que está

inserto o estatuto jurídico da *empresa agrária*, a fim de buscar algumas ilações a partir do confronto com o domínio fático das políticas públicas.²

2. O Direito Agrário brasileiro

É irrefutável a relevante contribuição da civilística italiana nas mais recentes formulações não só do Direito Agrário brasileiro, como também em outros ordenamentos. Costato chega a mencionar que a doutrina agrarista de todo o mundo latino

“[...] há sessenta anos tem nutrido quase que uma inveja do jurista italiano, a quem o legislador brindou com uma norma – seguramente a primeira tão explícita e significativa no universo jurídico – que definia o empresário agrário [...] e construía um ‘sistema’ que pudesse ser qualificado como direito agrário” (COSTATO, 2001, tradução nossa).³

Todavia, já na primeira página de sua obra, ao iniciar a abordagem das posições do problema e das razões no estudo do direito agrário italiano, Germanò advertia que mesmo

² Originalmente, este artigo tinha o propósito de enfocar o instituto da empresa agrária em face de direitos sociais mais específicos – entre eles, os relativos aos trabalhadores rurais. No entanto, dado o exíguo espaço destinado ao texto, a realização do intento soaria por demais pretensiosa, já que seria necessário e inevitável, além de alguma análise no âmbito civilista (jusagrarista) e constitucional, incorrer na seara do Direito do Trabalho, bem como recorrer à enorme jurisprudência nesse campo – relativa, por exemplo, ao descumprimento de direitos garantidos constitucionalmente àqueles trabalhadores. Refez-se, pois, o recorte.

³ *In verbis*: “La dottrina agraristica di tutto il mondo latino ha da sessant'anni guardato quasi con invidia il giurista italiano, al quale il Legislatore aveva ‘regalato’ una norma – sicuramente la prima così esplicita e pregnante nell'universo giuridico – che definiva l'imprenditore agricolo. Attorno ad essa si sarebbero affannati interpreti dottrinali e giurisprudenziali, i secondi spinti solo da necessità pratiche, i primi anche dal desiderio di arrivare a costruire un ‘sistema’ che potesse qualificarsi come diritto agrario”.

“[...] o mais superficial dos intérpretes facilmente constata que quase todas as partes do direito que têm como objeto a agricultura são mescladas de elementos publicísticos e privatísticos. A rede intrincada de normas de natureza diversa não lhes permite uma análise distinta, mas exige uma abordagem uniforme, com a decorrente oportunidade/necessidade de avaliar se o complexo de normas disciplinadoras da atividade agrária merece ser estudado separadamente dos outros ramos do direito” (GERMANO, 1997, p. 1, tradução nossa).⁴

De fato, não há como dissociar os componentes de direito público e de direito privado quando se intenta efetivamente compreender a multifacetada fenomenologia do âmbito agrário. Fazendo eco a Germanò, pode-se afirmar que até mesmo o mais privatista dos jusagraristas brasileiros há de reconhecer o irremediável processo de constitucionalização do direito civil a partir da CRFB.

Trata-se aqui da irradiação dos efeitos dos valores – e, portanto, das normas – constitucionais sobre os demais ramos do direito. Tal irradiação das normas constitucionais sobre o ordenamento jurídico, segundo a teoria de Schuppert e Bumke⁵ (apud SILVA, 2008, p. 39), realiza-se mediante cinco formas principais. De modo sucinto, são elas: a) reforma legislativa, por meio de alterações, parciais ou totais, das regras infra-constitucionais; b) o desenvolvimento jurídico por meio da criação de novos direitos individuais e de minorias; c) mudança de paradigma nos demais ramos do direito; d) irradiação dos efeitos constitucionalizantes nas relações privadas e deveres de proteção; e) irradiação dos efeitos constitucionalizantes mediante a jurisdição ordinária.

Por óbvio, não nos compete, nos estreitos limites deste artigo, apreciar o objeto do Direito Agrário brasileiro ou o estatuto jurídico da *empresa agrária* segundo tais formas de constitucionalização, na opulenta arquitetura teórica desenhada por Schuppert e Bumke, e aclimatada entre nós por Virgílio Afonso da Silva. Não obstante, ainda que em rápido sobrevoo, é possível buscar alguns desses componentes na esfera da constitucionalização do Direito Civil, em especial no Código Civil (CC) de 2002 – e,

⁴ *In verbis*: “[Anche] il più superficiale degli interpreti facilmente constata che quasi tutte le partizioni del diritto con oggetto l’agricoltura sono frammiste di elementi pubblici e privati. L’intrinco delle norme di natura diversa non ne consente un’analisi distinta, ma richiede un approccio unitario, con la conseguente opportunità/necessità di valutare se il *complesso* delle norme che disciplinano l’agricoltura *meriti* di essere studiato in modo separato dagli altri settori del diritto” (GERMANO, 1997, p. 1, grifo do autor).

⁵ Os alemães Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke são autores de uma obra capital acerca do tema (*Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung: Überlegungen zum Verhältnis von Verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit de “einfachen” Rechts*), sobre cujos fundamentos Virgílio Afonso da Silva (2008), na obra *A constitucionalização do Direito*, desenvolve sua argumentação a respeito dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

por conseguinte, do Direito Agrário –, a fim de compreender melhor o estatuto da *empresa agrária* no ordenamento jurídico brasileiro e avaliar seu papel no âmbito do Estado Democrático Social de Direito.

2.1. Empresa agrária na Constituição da República

A Carta Maior, que em 1988 instaurou juridicamente no Brasil o Estado Democrático Social de Direito, contém preceitos que regulam elementos da *empresa agrária*, caso, por exemplo, dos artigos 5º, inciso XXIII e XXVI⁶; 22, inc. I⁷; 170, incs. e parágrafo único⁸. Contudo, com o fito de investigar a constitucionalidade do objeto do Direito Agrário brasileiro, restringir-nos-emos ao Capítulo III, artigos 184 a 191, cujo título, “Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária”, revela conteúdos afeitos ao Direito Agrário, ou seja, relativos à política agrícola, à política fundiária e à reforma agrária.

Desdobrado, o Capítulo III trata: da competência da União para desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária (art.184); da insusceptibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária da pequena e média propriedade rural e da propriedade produtiva, além da previsão de tratamento especial à propriedade produtiva e a fixação de normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social (art.185); da função social da propriedade rural (art. 186); da política agrícola, planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, inclusive o planejamento agrícola das atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais, e a compatibilização das ações de política agrícola

⁶ CRFB, art. 5º: “XXIII – a propriedade atenderá a sua função social; [...] XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;” (grifo nosso).

⁷ CRFB, art. 22: “Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;” (grifo nosso).

⁸ CRFB, art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (grifo nosso).

e de reforma agrária (art. 187); da destinação de terras públicas e devolutas compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária (art. 188); dos beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária (art. 189); da regulação e limites à aquisição ou ao arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira (art. 190); da usucapião (art. 190).

Inquestionavelmente, o dispositivo que diz respeito, de modo mais nítido, à investigação relacionada à *empresa agrária* e a seu papel no Estado Democrático Social de Direito é o art. 186⁹, o qual dispõe que a *função social da propriedade rural* é cumprida quando simultaneamente se atendem a requisitos como o aproveitamento racional e a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis, a preservação do meio ambiente, a observância das disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

É sob essa irradiação constitucional que o CC prevê o *princípio da função social*, tanto no Livro I (“Do Direito das Obrigações”, Título V, “Dos Contratos em Geral”, Cap. I)¹⁰, quanto no Livro III (“Do Direito das Coisas”, Título III, “Da Propriedade”, Cap. I)¹¹.

⁹ CRFB, art. 186: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores” (grifo nosso).

¹⁰ CC, art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (grifo nosso).

¹¹ CC, art. 1.228: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em

Em verdade, porém, o princípio da *função social da propriedade* já havia sido introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 10/1964 à Constituição de 1946, e alterou a opinião dominante a respeito da propriedade. Da nova disposição vigorante decorreu o Estatuto da Terra (ET), cujo artigo 2º prevê – e de modo muito semelhante também o faria o constituinte originário em 1988 – a garantia a todos da oportunidade de acesso à “propriedade da terra condicionada pela sua função social”¹².

2.2. Empresa agrária na codificação civil constitucionalizada

No Brasil, com o advento do CC – e a disposição explícita relativa ao Direito de Empresa (Parte Especial, Livro 2) e o decorrente disciplinamento jurídico mais coerente da *empresa agrária* –, é possível afirmar que

lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” (grifo nosso).

¹² ET, art. 2º: “É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei. § 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem. § 2º É dever do Poder Público: a) promover e criar as condições de acesso do trabalhador rural à propriedade da terra economicamente útil, de preferência nas regiões onde habita, ou, quando as circunstâncias regionais o aconselhem, em zonas previamente ajustadas na forma do disposto na regulamentação desta Lei; b) zelar para que a propriedade da terra desempenhe sua função social, estimulando planos para a sua racional utilização, promovendo a justa remuneração e o acesso do trabalhador aos benefícios do aumento da produtividade e ao bem-estar coletivo. § 3º A todo agricultor assiste o direito de permanecer na terra que cultive, dentro dos termos e limitações desta Lei, observadas, sempre que for o caso, as normas dos contratos de trabalho. § 4º É assegurado às populações indígenas o direito à posse das terras que ocupam ou que lhes sejam atribuídas de acordo com a legislação especial que disciplina o regime tutelar a que estão sujeitas (grifo nosso).

o principal instituto do Direito Agrário contemporâneo é a *empresa agrária*, ainda que não ostente a qualidade de objeto único e exclusivo desse ramo jurídico.

Com efeito, o objeto do Direito Agrário brasileiro tem sido alvo de fundas controvérsias entre os estudiosos. No domínio da doutrina italiana, viva foi a polêmica sobre que instituto agrarista ocuparia a centralidade desse ramo do Direito, muito embora hoje predomine a noção da proeminência da *empresa agrária*. Costato, há bastante tempo, já asseverava que o exemplo maior e

“[...] mais recente dessa orientação [quanto ao conteúdo central do Direito Agrário] é o professor Galloni, que está solidamente convencido da centralidade da empresa agrária no Direito Agrário, por ele apontado como o ‘direito da empresa agrária’. E essa sua posição não é isolada, dado que a jurisprudência, relativamente aos contratos agrários, reconhece no arrendamento um contrato firmado por empresa agrária, e a grande maioria da doutrina parece orientar-se de modo semelhante” (COSTATO, 2001, tradução nossa).¹³

Em trabalho sobre esse tema específico, Albuquerque (2007, p. 11, grifo nosso) afirma que

“[...] o conteúdo do Direito Agrário brasileiro listado pelos doutrinadores está na dependência da concepção possuída pelo doutrinador em exame do Direito Agrário em geral. Assim, podem-se verificar pelo menos quatro correntes sobre o conteúdo do Direito Agrário: aquela vinculada ao conjunto normativo da agricultura; aquela vinculada à atividade agrária; aquela vinculada à empresa agrária; e aquela vinculada aos institutos jusagrários. A importância de se estabelecer o conteúdo jusagrário reside na necessidade de se ter disseminado um mesmo pensamento incidente sobre a normatividade que trata da agricultura, composta por leis orgânicas ou não. Portanto, a necessidade de se ter ou de se fazer esse ensino, ou a necessidade de se divulgar ou de se estabelecer um mesmo logos para todo esse pensamento jurídico incidente sobre essa normatividade, vai implicar, também, a necessidade de se estabelecer um mínimo de conteúdo presente em todas as formas de se ver o Direito Agrário. Enfim, mesmo tendo posições diversas, é imperativo que se estabeleça o campo onde se dará a batalha entre os diversos contendores. Esse campo é o conteúdo jusagrário aceitável para todos”.

¹³ *In verbis*: “Esempio maggiore e più recente di quest’orientamento è il prof. Galloni, che resta solidamente convinto della centralità dell’impresa agricola nel sistema del diritto agrario, per lui, appunto, ‘diritto dell’impresa agricola’. È la sua non è posizione isolata, dato che la giurisprudenza, relativamente ai contratti agrari, riconosce nell’affitto un contratto per l’impresa agraria, e la grande maggioranza della dottrina appare orientata similmente” (COSTATO, 2001).

O instituto da *empresa agrária* tem representado, pois, o aspecto dinâmico do Direito Agrário brasileiro, sobretudo em virtude da doutrina e da codificação civil italiana. Ela é considerada o ponto proeminente do exercício da atividade agrária, da qual podem decorrer mecanismos asseguratórios da dignidade humana.

Muito se comenta, quando se analisa a natureza da *empresa agrária* sob a óptica do CC, o fato de, na fase final de tramitação do projeto, ter sido alterada a redação original do art. 970, que concernia à definição de *empresário “rural”*. Tal disposição, anteriormente numerada como art. 973, definia o *empresário rural* como o “que exerce atividade destinada à produção agrícola, silvícola, pecuária e outras conexas, como a que tenha por finalidade transformar ou alienar os respectivos produtos, quando pertinentes aos serviços rurais”. Definia, pois, a atividade agrária, de modo quase idêntico ao que já fazia o art. 2.135 do *Codice Civile italiano*¹⁴, a respeito do qual Carrozza escreveu:

“O primeiro, e para muitos o único, critério distintivo é ressaltado pela dicção do art. 2.135 do Código Civil italiano, em que explicita a tipologia da atividade constituinte da empresa agrária. *Como atividades essencialmente agrícolas e, de per si, ainda que separadas uma da outra, indicam-se como qualificadoras da agrariedade da empresa: o cultivo do solo, a silvicultura e a criação de gado.* Outras atividades podem inserir-se na empresa agrária nos termos do art. 2.135, desde que se apresentem com acessórios ou conexas às anteriores” (CARROZZA, 1982, p. 7, tradução nossa, grifo nosso).¹⁵

Nesse sentido, ressente-se o CC de ter sido tímido na regulamentação de *empresa agrária*. Por isso, ainda há os que pugnam pelo advento de

¹⁴ Codice Civile, art. 2135: “Imprenditore agricolo. È imprenditore agricolo chi esercita una delle seguenti attività: coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e attività connesse. Per coltivazione del fondo, per selvicoltura e per allevamento di animali si intendono le attività dirette alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastro o marine. Si intendono comunque connesse le attività, esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall’allevamento di animali, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l’utilizzazione prevalente di attrezzi o risorse dell’azienda normalmente impiegate nell’attività agricola esercitata, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità come definite dalla legge” (ITALIA, 1942, grifo nosso).

¹⁵ *In verbis*: “Il primo, e per molto l’unico, criterio distintivo è avvalorato dalla dizione dell’art. 2.135 del cod. civ. italiano laddove esprime la tipologia delle attività costituenti impresa agricola. *Come attività essenzialmente agricole e di per sé, anche l’una separatamente dall’altra, qualificanti l’agrarietà dell’impresa, sono indicate: la coltivazione del suolo, la silvicultura e l’allevamento del bestiame (rectius: degli animali).* Altre attività possono essere attivate nell’impresa agricola, ai sensi dell’art. 2.135, in quanto si presentino come accessorie o conesse alle precedenti” (CARROZZA, 1982, p. 7, grifo nosso).

legislação mais específica, prevista pelo art. 970¹⁶, para a delimitação pormenorizada desse instituto fulcral na teorização jusagraria contempóranea, de modo que incumbiria a esse dispositivo legal demarcar mais precisamente o conceito não apenas da *empresa agrária*, mas também da atividade e do empresário agrário.

Não obstante, é inegável o significativo salto proporcionado pelo CC ao regulamentar a instituição jurídica e social da empresa, quando – a exemplo do que já fizera em 1942 o *Codice Civile* italiano – acabou por unificar o Direito Privado, decisão legislativa necessária ao Direito Agrário, no âmbito do qual a *empresa agrária* tem sua organização fundada em atividade civil. De todo modo, a empresarialidade agrária – atividade rural ou de exploração agrícola ou pecuária – sempre esteve adstrita ao Direito Civil, conquanto regulada em ramo específico, o Direito Agrário.

Disso decorrem duas flagrantes ilações na investigação teórica do estatuto empresarial no domínio do Direito Agrário. A primeira, em vista do fato de o Direito Comercial não monopolizar o instituto da empresa, é que, no Direito Privado, figura a empresa civil à margem do registro do comércio; a segunda, que a *empresa agrária* é espécie do gênero empresa de natureza civil, pois em essência é civil, a despeito de o empresário poder revestir-se da forma mercantil – tão somente uma realidade fática que não se pode confundir com a estruturação da sociedade ou da pessoa natural que a exerce.¹⁷

Em contrapartida, a noção moderna de *empresa agrária* é muito mais abrangente que aquela de “empresa rural”, constante do inciso VI do art. 4º do Estatuto da Terra (ET).¹⁸ Com efeito, a empresarialidade agrária deve ser concebida em sentido amplo, de modo que, no dizer de Scuff (1997. p. 37), “basta ocorrer a organização dos meios de produção pelo empresário, por meio de certos bens materiais e imateriais integrantes do estabelecimento, para que se realize ela na atividade agrária”.

Inclui, por conseguinte, desde os vultosos investimentos em grandes extensões de terra até a atividade de porte minúsculo em núcleos fami-

¹⁶ CC, art. 970: “A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes” (grifo nosso).

¹⁷ CC, art. 971: “O empresário, cuja *atividade rural* constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro” (grifo nosso).

¹⁸ ET, art. 4º: “VI – ‘*Empresa Rural*’ é o empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explore econômica e racionalmente imóvel rural, dentro de condição de rendimento econômico ... (Vetado)... da região em que se situe e que explore área mínima agricultável do imóvel segundo padrões fixados, pública e previamente, pelo Poder Executivo. Para esse fim, equiparam-se às áreas cultivadas, as pastagens, as matas naturais e artificiais e as áreas ocupadas com benfeitorias” (grifo nosso).

liares, por isso mesmo denominada *empresa agrária familiar*, garantida inclusive pela via constitucional¹⁹. É nesse sentido que Scaff define a *empresa agrária* como “a atividade organizada profissionalmente em um estabelecimento adequado ao cultivo de vegetais ou à criação de animais, desenvolvida com o objetivo de produção de bens para o consumo” (SCAFF, 1997, p. 46).

Assim, podem-se enumerar os três elementos dessa empresa: o *empresário agrário*, o *estabelecimento agrário* e a *atividade agrária*. A esses três elementos somam-se certos requisitos: a *organicidade* (organização de pessoas e de coisas em uma atividade); a *economicidade* da produção (“produção de bens que sejam, de alguma forma, economicamente avaliáveis”); e a *profissionalidade* da atividade, que deve ser contínua e não eventual. Igualmente, não há que se falar em exigência de exclusividade, porém se reconhece a imputabilidade genérica dos riscos, ou seja, dos resultados da empresa ao empresário agrário, o qual arcará com os benefícios e os reveses que porventura advierem de sua atividade (SCAFF, p. 53-58, p. 101-104).

No mesmo sentido, Marcial ressalta o caráter da *economicidade* da atividade em detrimento do lucro, ao conceituar a *empresa agrária* como

“[...] a unidade de produção econômica, constituída por um empresário, individual ou coletivo, e seus colaboradores dependentes, bem como pela terra e demais elementos organizados por meio dos quais se exerce em nome daquela uma atividade agrícola, pecuária, extrativista ou mista, e as conexas de transformação e comercialização, com ou sem finalidade lucrativa” (MARCIAL, 1978, apud SCAFF, 1997, p. 53).²⁰

Assim também, o CC, na definição de empresário no art. 966²¹, engloba a própria noção legal de empresa, de modo que se inclina nesse sentido, ao exigir apenas a presença de atividade econômica profissionalmente exercida e organizada para a produção e a circulação de bens ou de serviços. A regra será, todavia, a existência do lucro, o que ocorre na

¹⁹ CRFB, art. 5º, XXVI: “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

²⁰ *In verbis*: “la unidad de producción económica, constituida por el empresario, bien sea un sujeto individual o colectivo, y sus colaboradores dependientes, así como por la tierra y demás elementos organizados mediante los cuales se ejercita a nombre de aquél una actividad agrícola, ganadera, forestal o mixta y las conexas de transformación y comercialización, con o sin finalidades lucrativas” (MARCIAL, 1978, apud SCAFF, 1997, p. 53).

²¹ CC, art. 966: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

maioria quase absoluta das empresas. Interessa de perto ao Direito Agrário essa discussão, tendo em vista a inserção, ou não, da exploração familiar de subsistência, baseada na permuta da produção por outros bens de uso e de consumo, no conceito de *empresa agrária* familiar.

O CC alude diretamente à *empresa agrária* nos arts. 164, 970, 971 e 984. Em virtude disso, tal empresa submete-se à regulamentação geral presente na codificação civil naquilo que não conflita com a legislação especial e com os princípios do Direito Agrário, edificados a partir do texto constitucional. Segundo a previsão constante do art. 164²², no âmbito da fraude contra credores, presumem-se de boa-fé – e, portanto, não fraudulentos – e válidos os negócios ordinários indispensáveis à manutenção do estabelecimento agrário, mesmo na constância da insolvência. A regra visa à concreção dos princípios da conservação da empresa e de sua função social.

O estabelecimento é elemento componente da empresa, expressamente definido pelo art. 1.142²³ do CC. Em sua modalidade agrária, é ele o complexo de bens que instrumenta a atividade agrária, ou seja, o conjunto dos bens, tanto materiais como imateriais, empregados pelo empresário na constituição e no exercício da empresa agrária. É composto pelos animais criados e pelos vegetais cultivados, pela terra fértil, “pelo maquinário, pelas instalações e galpões de cultivo ou criação, pelas ferramentas, animais de serviço, insumos, tecnologias, direitos, créditos, débitos e relações jurídicas oriundas do cultivo e da criação” (SCAFF, 1997, p.101).

²² CC, art. 164: “Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família”.

²³ CC, art. 1.142: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Os arts. 970 e 971²⁴, por sua vez, cuidam do empresário agrário, pessoa física.²⁵ O primeiro está em estreita consonância com a proteção constitucional da pequena propriedade rural²⁶ e assegura, em lei específica (que para muitos não foi alcançada pela Lei Complementar nº 123/2006, denominada *Estatuto da Pequena Empresa e da Empresa de Pequeno Porte*), o tratamento diferenciado a esse tipo de empresário e à sua empresa, fundada na exploração familiar de pequeno porte. Apesar do emprego da expressão “empresário rural”, o tratamento especial estende-se à sociedade que tem por finalidade principal a exploração da atividade agrária. O segundo dispõe sobre a faculdade de o empresário, como pessoa física, inscrever-se no Registro Público das Empresas Mercantis, de forma a equiparar-se ao empresário mercantil obrigatoriamente sujeito ao registro previsto no art. 967 do CC²⁷.

2.3. Empresa agrária e políticas públicas

Quando se analisa o estatuto jurídico da *empresa agrária* em sua centralidade nas construções doutrinárias no âmbito de um direito

²⁴ CC, art. 971: “O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro”.

²⁵ Ressalte-se que a condição de empresário não retira do pequeno produtor agrário, pessoa física, a qualidade de consumidor na aquisição de serviços e produtos (insumos) no mercado, fazendo jus ao regime protetivo especial da Lei nº 8.078/1990. Essa tem sido a posição de nossos tribunais (REsp. 445854-MS, cuja ementa é clara: “o agricultor que adquire bem móvel com a finalidade de utilizá-lo em sua atividade produtiva, deve ser considerado destinatário final, para os fins do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor”).

²⁶ CRFB, art. 5º, XXVI (ver nota 6).

²⁷ CC, art. 967: “É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade”.

agrário resultante do processo de constitucionalização do direito privado, por certo não se podem ignorar os conflitos no campo em torno da posse da terra, com reflexos profundos também nas cidades, até porque o conceito de agrariedade torna indistintas as fronteiras entre o que comumente se considera como rural ou urbano.

Todavia, já se pode vislumbrar que, em virtude das políticas públicas – implementadas especialmente a partir de 2003 –, parece ter havido uma sensível desaceleração quantitativa e qualitativa no ritmo e na intensidade daqueles conflitos quando se compara o quadro atual com o da década anterior, fortemente vincada por políticas (ou pela ausência delas) de orientação neoliberal.²⁸

Naquele período, entre 1990 e 2002, os instrumentos de política agrícola (crédito, preços mínimos de garantia, pesquisa e extensão rural) foram, de modo geral, direcionados de forma seletiva, dirigindo-se prioritariamente para os grandes produtores, para as regiões mais ricas do País e para determinadas culturas agrícolas, com a finalidade de produzir para o mercado externo e para a agroindústria. No outro extremo, evidenciou-se o claro retrocesso em torno das garantias dos direitos sociais mínimos previstos constitucionalmente²⁹, visto que os produtores mais pobres ficaram relegados às piores terras, sem possibilidade de acesso às modernas técnicas de produção, buscando “produzir para a subsistência ou destinando, com enormes

²⁸ De acordo com dados da Comissão Pastoral da Terra, as ocupações de áreas rurais improdutivas chegaram a crescer mais de 100% entre 1991 e 1995, ao mesmo tempo em que se mantiveram altos índices de conflitos no campo, que chegaram a envolver, por exemplo, 318.000 trabalhadores em 1995, tendo como corolário o massacre de Eldorado dos Carajás, em 17/04/1996, quando 19 lavradores desarmados foram assassinados pela polícia do Pará” (STRECK, 2002, p. 34).

²⁹ Com respeito ao princípio da proibição do retrocesso e ao constitucionalismo dirigente possível, ver Sarlet (2006, p. 292-335).

dificuldades, seus pequenos excedentes para mercados urbanos, onde a baixa renda dos assalariados os obrigava a ofertarem tais produtos a preços bastante baixos” (PETRINA, 1993).

Certamente decorrem desse quadro os resultados apurados pelos Censos Agropecuários de 1985 a 2006 (IBGE, 2006), relativos à estrutura agrária brasileira. Segundo tais levantamentos, ao se constituir como caráter essencial da ocupação do território nacional, bem como da sua formação social,

“[...] a desigualdade na distribuição da terra revela a um só tempo processos pretéritos e contemporâneos do modo como os recursos naturais são apropriados no Brasil. [...] as diferenças verificadas na área dos estabelecimentos agropecuários, quando comparados os diferentes estratos fundiários, continuam a caracterizar a manutenção da desigualdade na distribuição da terra no País nos últimos censos agropecuários. Neste sentido, enquanto os estabelecimentos rurais de menos de 10 ha ocupam menos de 2,7% da área total ocupada pelos estabelecimentos rurais nos três últimos Censos Agropecuários – 1985, 1995-1996 e 2006 –, a área ocupada pelos estabelecimentos de mais de 1 000 ha concentram mais de 43,0% da área total nestes anos” (IBGE, 2006).³⁰

³⁰ “Em termos de número de estabelecimentos, contudo, a proporção se altera radicalmente uma vez que os estabelecimentos de menos de 10 ha passam a concentrar um percentual acima de 47,0%, enquanto os estabelecimentos de mais de 1 000 ha concentraram, respectivamente, 0,87%, 1,02% e 0,91% do número total de estabelecimentos agropecuários no Brasil, nos anos censitários analisados. Quanto aos estratos intermediários (de 10 a menos de 100 ha e de 100 a menos de 1 000 ha) sua participação mantém-se com pouca variação no período analisado, tanto no total de área quanto no número de estabelecimentos, confirmando a manutenção de um perfil fundiário pouco alterado no País entre os Censos Agropecuários de 1985 e o de 2006. Assim, enquanto os estabelecimentos de 10 a menos de 100 ha concentravam, respectivamente, 37,2%, 39,4% e 38,0% da área total dos estabelecimentos agropecuários em 1985, 1995-1996 e 2006, a participação deste estrato quanto ao número total de estabelecimentos variou, respectivamente, de 18,5%, em 1985, para 17,7%, em 1995 e, finalmente, 19,0%, em 2006. No que se refere ao estrato de 100 a menos de 1.000 ha, esta

Dessa forma, um dos resultados da combinação deletéria entre a crise institucional e econômica da “década perdida” de 1980 e a chamada “modernização conservadora” do decênio seguinte foi uma funda alteração nas relações de produção no campo, por meio da expulsão

“[...] de grandes contingentes de antigos pequenos proprietários ou moradores das fazendas; a integração forçada da produção familiar às agroindústrias; a generalização da figura do trabalhador volante (“boia-fria”), sem vínculos empregatícios com as empresas rurais onde trabalhava e o rompimento de contratos de parceria e arrendamento. Estas modificações deram margem, também, à atração de pequenos produtores do sul pelos projetos de colonização na fronteira agrícola, patrocinadas pelo governo federal” (PETRINA, 1993).

A sentido diverso parecem conduzir as atuais políticas públicas. Fundam-se elas na atuação conjunta das três esferas federativas constituintes do Poder Executivo, mormente em políticas integradas pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) – e no seu bojo o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) –, bem como pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) e pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS).

Conforme se anunciou em 2 de junho de 2011, o MDA passaria a implementar o *Plano Brasil Sem Miséria* (PBSM) (2014a), em execução conjunta com o MDS, cujo foco era a inclusão produtiva no campo. Um leque de medidas diversas buscava estruturar e combinar a capacidade de produção da agricultura familiar

variação temporal passou de cerca de 35,0%, nos dois anos iniciais, para 34,0% em 2006; quanto à área ocupada em relação ao total da área dos estabelecimentos, a variação foi de cerca de 9,0% para 8,2%, em 2006” (IBGE, 2006).

com assistência técnica diferenciada e com fomento para a geração de renda, a fim de reduzir a miséria na cidade e no campo. O PBSM, que buscava aliar transferência de renda, acesso a serviços públicos nas áreas de educação, saúde, assistência social, saneamento e energia elétrica, além de inclusão produtiva, direcionava-se aos que viviam com renda familiar de até R\$ 70,00 por pessoa. Desse público-alvo, 59% estavam no Nordeste, 40% tinham até 14 anos e 47% viviam na área rural. Nesse conjunto de ações estava implicada a criação de novos programas, bem como a ampliação de iniciativas já implantadas, e sempre em parceria com estados, municípios, empresas públicas e privadas e organizações da sociedade civil. Com base nos mapas de extrema pobreza produzidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o objetivo do PBSM era e tem sido incluir a população mais pobre nas oportunidades geradas pelo crescimento econômico brasileiro no período, de maneira a elevar a renda e melhorar, assim, as condições de bem-estar dessa população por ele alcançada.

Com isso, o grande diferencial do PBSM³¹ era alcançar os 16,2 milhões de brasileiros que,

³¹ “Os números do *Brasil sem Miséria*: Retirar 16,2 milhões da extrema pobreza; Renda familiar de até R\$ 70 por pessoa; 59% do público alvo está no Nordeste, 40% tem até 14 anos e 47% vivem na área rural; Qualificar 1,7 milhão de pessoas entre 18 e 65 anos; Capacitar e fortalecer a participação na coletiva seletiva de 60 mil catadores até 2014; Viabilizar a infraestrutura para 280 mil catadores e incrementar cem redes de comercialização; Aumentar em quatro vezes, elevando para 255 mil, o número de agricultores familiares, em situação de extrema pobreza, atendidos pelo Programa de Aquisição de Alimentos (PAA); Equipe de 11 técnicos para cada mil famílias de agricultores; Fomento de R\$ 2,4 mil por família, durante dois anos, para apoiar a produção e a comercialização excedente dos alimentos; 253 mil famílias receberão sementes e insumos; 600 mil famílias terão cisternas para produção; 257 mil receberão energia elétrica; Construir cisternas para 750 mil famílias nos próximos dois anos e meio; Implantação de sistemas complementares e coletivos de abastecimento para 272 mil famílias; Bolsa Verde: R\$ 300 para preservação ambiental; Bolsa Família incluirá 800 mil; Mais 1,3 milhão de crianças e adolescentes incluídos no Bolsa Família” (BRASIL, 2011).

segundo o IBGE, viviam em situação de miséria no País em 2011. De acordo com o MDA,

“[...] a população extremamente pobre no campo representa 47% do público foco do plano. A prioridade é a inclusão produtiva dessas famílias para aumento da produção e geração de renda. Para isso, o plano garante sementes de qualidade produzidas pela Embrapa, água, energia elétrica e fomento para estruturar a produção. Ao mesmo tempo, os agricultores receberão orientação e acompanhamento técnico para qualificação. A renda sai da venda para o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) e para hospitais, universidades, creches e a rede privada de abastecimento, como supermercados e restaurantes” (BRASIL, 2011).

Anunciou-se, também, a ampliação em quatro vezes do número de agricultores atendidos pelo Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), de modo que, segundo dados do MDA, “atualmente 66 mil agricultores em situação de pobreza fornecem alimentos para o programa, sendo que a meta para 2014 é subir para 255 mil. Outra meta era ampliar de 156 mil para 445 mil o número agricultores familiares que vendiam a produção para o PAA até o final de 2014” (BRASIL, 2011).

O PBSM criava uma linha de fomento de R\$ 2,4 mil por família para apoiar, ao longo de dois anos, a produção e a comercialização excedente dos alimentos. Cada família receberia o valor não reembolsável, pago em parcelas durante dois anos. O pagamento seria efetuado por meio do cartão do *Programa Bolsa Família* (PBF). Além disso, os beneficiários mais pobres do PBF no campo receberiam auxílio trimestral de R\$ 300,00 por meio de uma *Bolsa Verde* para a conservação ambiental.

Na mesma direção há também o *Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar* (Pronaf), que tem importado no financiamento de projetos individuais ou coletivos

geradores de renda aos agricultores familiares e assentados da reforma agrária. De acordo com a Secretaria da Agricultura Familiar, do MDA, o programa caracteriza-se pelas mais baixas taxas de juros dos financiamentos rurais, além das menores taxas de inadimplência entre os sistemas de crédito do Brasil (BRASIL, s.d.). O acesso ao Pronaf inicia-se na discussão da família sobre a necessidade do crédito, seja ele para o custeio da safra ou atividade agroindustrial, seja para o investimento em máquinas, equipamentos ou infraestrutura de produção e serviços agropecuários ou não agropecuários.³²

Quanto à esfera do Incra, é inegável que, sob o ponto de vista econômico, o acesso à terra é um instrumento de fortalecimento da agricultura familiar; afinal, trata-se de um setor dinâmico, que emprega a maior parte da mão de obra no meio rural – e produz, segundo o Incra, mais de 70% da alimentação que o brasileiro consome no seu dia a dia. Sob a perspectiva política, não se põe em dúvida a premência de modernizar e fazer avançar o reordenamento territorial do país e a regularização fundiária, de forma a garantir não apenas a soberania nacional, mas também a segurança jurídica para a eficácia das atividades agrárias e das políticas efetivas que conduzam à reforma agrária, com a meta de diminuir a histórica concentração da propriedade da terra no Brasil.

³² “Após a decisão do que financiar, a família deve procurar o sindicato rural ou a Emater para obtenção da Declaração de Aptidão ao Pronaf (DAP), que será emitida segundo a renda anual e as atividades exploradas, direcionando o agricultor para as linhas específicas de crédito a que tem direito. Para os beneficiários da reforma agrária e do crédito fundiário, o agricultor deve procurar o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Inca) ou a Unidade Técnica Estadual (UTE). O agricultor deve estar com o CPF regularizado e livre de dívidas. As condições de acesso ao Crédito Pronaf, formas de pagamento e taxas de juros correspondentes a cada linha são definidas, anualmente, a cada Plano Safra da Agricultura Familiar, divulgado entre os meses de junho e julho” (BRASIL, s.d.).

Segundo o Incra, entre 2003 e 2010, o volume de terras para a reforma agrária cresceria substancialmente e, em números gerais, a política agrária brasileira dera um salto significativo naquele período: a área incorporada ao programa de reforma agrária mais que duplicara em relação à era neoliberal da década anterior, pois saltara de 21,1 milhões de hectares de terras obtidos entre 1995 e 2002 para 48,3 milhões entre 2003 e 2010, o que representou um aumento de 129%. Além disso, também havia aumentado o número de famílias beneficiadas ao longo daqueles oito anos, que atingira a cifra de 614.093 famílias. Nesse período, por exemplo, constituíram-se 3.551 assentamentos. Ainda, de acordo com o Incra, naquela quadra o Brasil contava “com 85,8 milhões de hectares incorporados à reforma agrária, 8.763 assentamentos atendidos pelo Incra, onde [viviam] 924.263 famílias” (INCRA, 2010).

Também merece menção o *Plano Agrícola e Pecuário 2010/2011* do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), que apresentava metas e ações relativas à empresa agrária a conjugarem o crescimento econômico com a responsabilidade social e o respeito ao meio ambiente. O *Plano* do MAPA previa R\$ 100 bilhões de financiamento para a agricultura empresarial entre 1º de julho de 2010 e 30 de junho de 2011, o que significava um incremento de 8% em relação ao período da safra anterior. Ressalte-se também que o volume de recursos de apoio à comercialização decuplicou desde 2003.

“Desde 2002, o orçamento da União para a produção rural quadruplicou. Há oito anos, foram alocados pelo Governo Federal para a agricultura R\$ 24,7 bilhões. Para esta próxima safra, o total será de R\$ 116 bilhões, incluindo os R\$ 16 bilhões da agricultura familiar. *O resultado dessa atenção especial ao campo é mais riqueza para o País, geração de empregos, uso de melhores tecnologias, respeito à sociobiodiversidade e melhores condições para os agricultores de médio porte e para todo o setor rural brasileiro.* [...] É claro que também os grandes produtores terão suas necessidades financeiras atendidas, assim como os pequenos agricultores, que já contam com um programa específico, o Pronaf, no âmbito do Ministério de Desenvolvimento Agrário (MDA)” (BRASIL, 2010, grifo nosso).³³

Por fim, na perspectiva social, é inquestionável a necessidade de consolidar políticas eficientes de combate à pobreza e de ampliar direitos no

³³ E mais: “São objetivos do *Plano Agrícola e Pecuário 2010/2011*: aumentar o volume total de recursos do Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR), sobretudo as taxas controladas; melhorar a liquidez e reduzir os custos financeiros para o produtor; apoiar a comercialização; ampliar a cobertura do seguro rural; reforçar o apoio ao médio produtor rural; estimular o desenvolvimento sustentável da agropecuária, incentivando especialmente a agricultura de baixo carbono; incentivar as boas práticas agrícolas e pecuárias; aprimorar e fortalecer o sistema de armazenagem para a produção rural; fortalecer as cooperativas do setor agropecuário; fortalecer a produção de biocombustíveis” (BRASIL, 2010).

domínio rural, como o acesso à moradia, alimentação, saúde, educação e renda. Sob o aspecto ambiental, tanto as políticas de reforma agrária quanto as de ordenamento fundiário devem abrir caminho para uma produção agrária capaz de preservar as riquezas naturais do País.

3. Algumas conclusões

Em vista desses fatos, é possível avaliar que, em verdade, há dois níveis em que se pode dispor a questão da presumida incompatibilidade suscitadora da investigação intentada neste trabalho. O primeiro nível diz respeito ao plano deontológico constituído por aquela rede intrinca- da de normas (*l'intrinco delle norme*) referida, no início deste texto, por Germanò. O outro concerne ao plano fático, ou seja, aos modos como o Estado Democrático Social de Direito tem implementado políticas públicas com o fim de atender às normas programáticas³⁴ firmadas pelo constituinte original.

Quanto ao primeiro, há que se negar de modo veemente a presumida incompatibilidade entre os ditames do Direito Agrário (desde que concebido *lato sensu*) e os do Estado instaurado em 1988, uma vez que sua regulação por normas infraconstitucionais – seja no Código Civil, seja no Estatuto da Terra, ainda que com vieses bem distintos – está toda ela sob o aludido processo de irradiação constitucionalizante do ordenamento. Ademais, seria ingenuidade pretender imputar a um ramo do direito certa “responsabilidade objetiva” pelas mazelas durante séculos perpetradas contra a nação por suas próprias elites dirigentes. Entretanto, a ressalva quanto à acepção mais larga de Direito Agrário relaciona-se à possibilidade de pôr em xeque a centralidade da *empresa agrária* entre os conteúdos desse ramo do direito – como fazem Carrozza, Galloni, Scaff, entre outros teóricos –, em detrimento de certos aspectos também centrais da multifária fenomenologia agrarista, como a atividade agrária, os valores jusagrários ou a questão fundiária – naquele recorte já referido por Albuquerque.³⁵

Relativamente ao outro plano, o das políticas públicas postas em execução para o cumprimento das normas de caráter programático da CRFB, pode-se afirmar ser no mínimo discutível a incompatibilidade, dado que em princípio todo o aparato estatal – ou seja, administração, legiferação e jurisdição, Ministério Público inclusive – parece ter-se voltado para a efetiva concretização daqueles direitos. Ao menos desde 2003, é quase

³⁴ A respeito das normas programáticas na Constituição Federal, ver Bonavides (2003, p. 244-250).

³⁵ Ver nota 12.

dominante a noção de que não se pode perder de vista que a *empresa agrária* é possuidora de uma riqueza e, em virtude de possuí-la, ainda quando não detenha seu domínio, tem o dever de proporcionar o exercício de sua função social, além do que “a terra é um meio de produção finito – ela não se multiplica como um objeto fabricado” (INCRA, 2010).

Por isso, desenvolver políticas públicas voltadas à estrutura agrária do Brasil deve ser um processo que, muito além de circunscrever-se às dimensões econômicas, políticas, sociais e ambientais, não pode prescindir do desenvolvimento teórico e jurídico relativo aos conteúdos do Direito Agrário e, inserto neste, ao cumprimento da função social que constitucionalmente se impõe à *empresa agrária*, por força daquela irradiação no ordenamento da norma fundamental de que falam Schuppert e Bumke. Em face disso, incumbe constitucionalmente ao Estado Social, bem como a uma gestão pública de viés democrático e popular, a implementação de políticas que visem a corrigir as distorções resultantes de cinco séculos de dominação político-econômica das elites agrárias, que se têm manifestado em concentração de terras, renda e capital.

Com efeito, o desafio que se nos coloca, perante o Estado Democrático Social de Direito, é tratar o estatuto da *empresa agrária* de forma interdependente e aprofundada, de modo que simplificações esquemáticas – do gênero “questão agrária *versus* questão agrícola”, ou “indústria *versus* agricultura”, “rural *versus* urbano”, “riqueza *versus* pobreza”, “economia *versus* sociedade” – não induzam os operadores do Direito e os gestores do Estado a conceitos jurídicos estreitos nem a práticas técnica e politicamente equivocadas, que mais embacem a realidade do que a clarifiquem.

Referências

- ALBUQUERQUE, Marcos Prado de. O conteúdo do direito agrário brasileiro na doutrina jusagrárista. *Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais*, 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32595-39823-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2015.
- BARROSO, L. A.; REZEK, G. E. K. *O Código Civil e o direito agrário*. [s.d.]. Disponível em: <<https://docs.google.com/document/d/1gcsOli0KJuayhUfBOLYCDh2XmPitvxkufeUwTnPWIJo/edit?pli=1>>. Acesso em: 19 jan. 2015.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL. Lei n. 4.504 de 30 de novembro de 1964. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm>. Acesso em: 16 jan. 2015.
- _____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompileado.htm>. Acesso em: 19 jan. 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 jul. 2014.

_____. Ministério da agricultura, pecuária e abastecimento. *Plano Agrícola e Agropecuário 2010-2011*. Brasília: MAPA/SPA, 2010. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/arq_editor/file/MAIS%20DESTAQUES/Plano%20Agr%C3%ADcola%20e%20Pecu%C3%A1rio%202010-2011.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2014.

_____. Ministério do desenvolvimento agrário. Brasil Sem Miséria amplia inclusão produtiva e geração de renda da agricultura familiar. *MDA*, 2 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.mda.gov.br/sitemda/noticias/brasil-sem-mis%C3%A9ria-amplia-inclus%C3%A3o-produtiva-e-gera%C3%A7%C3%A3o-de-renda-da-agricultura-familiar-0>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

_____. Ministério do desenvolvimento agrário. Crédito rural. *MDA*, [s. d.]. Disponível em: <<http://www.mda.gov.br/sitemda/secretaria/saf-creditorural/sobre-o-programa>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

CARROZZA, A. Modello teorico e sviluppo reale del diritto dell'impresa agricola. In: GOLDONI, Marco. *Problemi giuridici dell'impresa agraria in Italia e nell'URSS*: 3. Tavola rotonda italo-sovietica. Milano: Giuffrè Editore, 1982.

COSTATO, L. Il diritto agrario: rana di Esopo o direito alimentare? *Nuovo dir. agr.*, 2001. Disponível em: <<http://www.nuovodirittoagrario.it/articoli/220011.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

GERMANÒ, A. *Manuale di Diritto Agrario*. Torino: G. Giappichelli, 1997.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ANÁLISES SOCIAIS E ECONÔMICAS – Ibase. Disponível em: <<http://www.ibase.br>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Censo Agropecuário 2006*: Brasil, Grandes Regiões e Unidades da Federação. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/agropecuaria/censoagro/>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - Incra. *Jornal do Incra*, publicação especial n. 2, dez. 2010. Disponível em: <<http://portal.mda.gov.br/registro/?return%5furl=%2fportal%2fnoticias%2fitem%3fitem%255fid%3d6795343>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

ITALIA. *Codice Civile* (agg. al 28.11.2014.). Regio Decreto 16 de marzo de 1942, n. 262. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

LES AGROCARBURANTS, menace pour l'accès à la terre. *DPH*, jan. 2010. Disponível em: <<http://base.d-p-h.info/pt/fiches/dph/fiche-dph-8175.html>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

MATTIA, F. M. Empresa agrária e estabelecimento agrário. *Revista de Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 19, n. 72, abr./jun. 1995. Disponível em: <http://www2.tj.pa.gov.br/biblioteca/arquivos/5000/.../62_7731.htm>. Acesso em: 16 jan. 2014.

PETRINA, Cláudia. A agricultura insustentável no Brasil. *DPH*, ago. 1993. Disponível em: <<http://base.d-p-h.info/pt/fiches/primierdph/fiche-primierdph-402.html>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

PINHEIRO, Frederico Garcia. *Empresa agrária: análise jurídica do principal instituto do Direito Agrário contemporâneo no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2010. Disponível em: <http://www.extras.ufg.br/uploads/13/original_frederico_garcia_pinheiro.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2015.

SARLET, I. W. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, P. et al. *Constituição e democracia: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 239.

SCAFF, F. C. *Aspectos fundamentais da empresa agrária*. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, V. A. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIQUEIRA, Chico. MPT encontra trabalho escravo em laranjais de São Paulo. *Terra*, 25 jun. 2014. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/mpt-encontra-trabalho-escravo-em-laranjais-de-sao-paulo,dd9c300e414d6410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

STRECK, L. L. A Constituição e o constituir da sociedade: a função social da propriedade e (do Direito): um acordão garantista. In: STROZAKE, Juvelino José. *Questões agrárias: julgados comentados e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002.

A integração formal do *Patent Prosecution Highway* (PPH) no âmbito do *Patent Cooperation Treaty* (PCT)

Uma análise juseconômica

DANY RAFAEL FONSECA MENDES

ADALBERTO AMORIM PINHEIRO

MICHEL ANGELO CONSTANTINO DE OLIVEIRA

CECÍLIA BARBOSA MACÉDO CORREA

Sumário

Dany Rafael Fonseca Mendes é mestre pela Universidade Católica de Brasília; especialista pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Consultor do Ministério da Saúde.

Adalberto Amorim Pinheiro é advogado. Graduado pela Universidade Federal de Ouro Preto. Pós-Graduado pela UCP-PT. Mestre pela UCP-PT/Rev. UFMG.

Michel Angelo Constantino de Oliveira é doutorando pela Universidade Católica de Brasília e mestre pela UCDB.

Cecília Barbosa Macêdo Correa é advogada, professora e mestrandona pela Universidade Católica de Brasília.

1. Introdução. 2. Objetivo. 3. Metodologia. 4. Entendendo o processo. 5. A proposta de integração formal do PPH ao PCT. 6. Conclusão.

Introdução

Durante uma visita do presidente Barack Obama ao Brasil, em março de 2011, estava prevista a assinatura de um acordo entre o *United States Patent and Trademark Office* (USPTO), escritório responsável pelos registros de propriedade industrial naquele país, e o INPI¹, autarquia responsável por esses registros no Brasil. Em linhas gerais, tratava-se da adoção de um sistema de exame conjunto de patentes (mais detalhadamente explicado no item 4, “Entendendo o processo”, e já adotado

¹ Criado pela Lei nº 5648, de 11 de dezembro de 1970 (BRASIL, 1970), o Instituto Nacional da Propriedade Industrial é a autarquia federal responsável pelo aperfeiçoamento, disseminação e gestão do sistema brasileiro de concessão e garantia de direitos de propriedade intelectual para a indústria. Entre os serviços do INPI, estão os registros de marcas, desenhos industriais, indicações geográficas, programas de computador e topografias de circuitos, as concessões de patentes e as averbações de contratos de franquia e das distintas modalidades de transferência de tecnologia. Na estrutura da Administração Pública, o INPI está vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), com sede e foro no Distrito Federal (INPI, 2012).

por diversos países) entre as duas instituições de exame e concessão de direitos de propriedade industrial. Contudo, a assinatura do acordo não ocorreu, e, até o momento, o governo brasileiro, apesar de haver um acordo procedural parecido em curso envolvendo países da América do Sul, o Sistema de Cooperação Regional em Propriedade Intelectual (PROSUR²), ainda não tem uma posição política sobre a adoção do PPH, seja por meio de acordos bilaterais como o que se propunha naquele momento, seja por meio da institucionalização formal do *Patent Prosecution Highway* no âmbito de um tratado procedural sobre patentes, o *Patent Cooperation Treaty*, administrado pela WIPO³, cuja explanação técnica se dará nos itens 4 (“Entendendo o processo”) e 5 (“A proposta de integração formal do PPH ao PCT”).

No estudo da Propriedade Intelectual (PI) e de seus impactos sobre a taxa de inovação⁴ e o índice de desenvolvimento dos países, caso se pretenda enxergar o cenário como um todo, não é possível se ater a uma visão estanque, limitada a esta ou aquela área do conhecimento. Além de especialistas das ciências exatas, biológicas e da engenharia, profissionais de outros campos da ciência, como advogados e economistas, têm-se envolvido cada vez mais na discussão sobre o tema no Brasil, visto que, em países desenvolvidos, essa interface já é uma realidade; essa compreensão é crucial para qualquer país que almeja sua inserção estratégica no âmbito

² O PROSUR “conta com a participação de nove países da região – Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Suriname e Uruguai – e o apoio financeiro e logístico do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). O projeto promove a integração crescente das atividades dos Escritórios envolvidos, com o objetivo de propiciar a celeridade e a qualidade necessárias para consolidar um ambiente ampliado de proteção dos direitos de PI na região, além de oferecer maior segurança jurídica aos usuários do sistema e servir como elemento para atração de investimentos e transferência de tecnologia para a América do Sul. O PROSUR prevê, entre outros, o estabelecimento de: uma estrutura de gerenciamento comum; um portal único; bases de dados integradas; colaboração em exames. Já são visíveis os seguintes resultados: um formulário único para o depósito *on-line* de marcas na região; o desenvolvimento da ferramenta eletrônica *e-Pec*, para colaboração em exames de patentes; o portal único – www.prosur.org.ar; além da aproximação entre os escritórios de inúmeros projetos de colaboração na região” (INPI, 2013).

³ A *World Intellectual Property Organization* (WIPO) é uma entidade internacional de Direito Internacional Público com sede em Genebra, Suíça, integrante do sistema das Nações Unidas. Criada em 1967, é uma das 16 agências especializadas da Organização das Nações Unidas (ONU) e tem por propósito a promoção da proteção da propriedade intelectual ao redor do mundo, por meio da cooperação entre Estados, e o uso da propriedade intelectual como meio de promoção da inovação e criatividade. Atualmente, é composta de 187 Estados-Membros e administra 24 tratados internacionais. Em resumo, a WIPO trabalha com Estados-Membros e as partes interessadas para melhorar a compreensão e respeito por propriedade intelectual no mundo todo, fornecendo análises econômicas e estatísticas, e contribuindo, com soluções baseadas em propriedade intelectual, para o enfrentamento de desafios globais (WIPO, 2014).

⁴ Para uma descrição da evolução do conceito de inovação ocorrida entre as edições de 1997 e 2005 do Manual, ver Mendes, Oliveira e Pinheiro (2013), em *Política Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação: avaliação do marco regulatório e seus impactos nos indicadores de inovação*.

da sociedade do conhecimento. Embora cada profissional carregue consigo a proposição de dar maior destaque à sua área de competência, neste contexto não é possível a um advogado que queira se fazer entender, por exemplo, debater apenas os aspectos legais relacionados à PI.

Antes de elucidar o significado de PPH, dadas as diferentes áreas de formação do público a que se destina este trabalho, é preciso retornar aos três requisitos legais de patenteabilidade, regulados tanto pelo art. 27 do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS⁵) quanto pelo art. 8º da Lei de Propriedade Industrial (LPI⁶): novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Para o cumprimento do primeiro requisito, os escritórios responsáveis pela aplicação das normas de propriedade industrial, função do INPI no caso do Brasil, precisam realizar uma busca de anterioridade, que é uma pesquisa para averiguar se é realmente nova a invenção para a qual se almeja a concessão da patente. Na prática, a busca de anterioridade é uma investigação

⁵ O Acordo TRIPS (do inglês *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) é um tratado multilateral, integrante do conjunto de acordos assinados no final de 1994, durante a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) – nascida em 1º de janeiro de 1995, a OMC é uma das agências especializadas da Organização das Nações Unidas (ONU) e todas as suas realizações são o resultado das negociações das quais é foro. A maior parte do trabalho da Organização vem das negociações ocorridas entre 1986 e 1994, chamadas de Rodada Uruguai de Negociações, e daquelas ocorridas no âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT, sigla em inglês). Atualmente, a OMC é o foro anfítrio de novas negociações, no âmbito da “Agenda de Doha para o Desenvolvimento”, lançado em 2012. Além das negociações comerciais, a Organização desenvolve, entre outros papéis, a implementação e monitoramento de acordos comerciais, a solução de controvérsias no âmbito da Organização, a construção de capacidades comerciais nos países em desenvolvimento e a divulgação do trabalho da Agência (World Intellectual Property Organization – WIPO, 2014). No Brasil, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio foi ratificado por meio do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994 (BRASIL, 1994).

⁶ Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial (BRASIL, 1996).

mundial, em que o examinador procura por patentes, artigos ou quaisquer outros registros capazes de classificar a invenção como algo pertencente ao estado da técnica⁷. Em resumo, diante de um registro com data anterior ao pedido de patente, encontrado pelo examinador ou apontado por terceiro durante o processo de proteção, a invenção é dada como conhecida em seu campo tecnológico, e, por não atender à condição de novidade legalmente estabelecida, a patente não deve ser concedida pelo escritório responsável por seu exame – aliás, o requerente pode até receber a carta-patente, como não raro acontece, mas, nesse caso, nos termos da legislação vigente (Lei de Propriedade Industrial – Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996), o titular estará sujeito a sucumbir diante de eventual processo administrativo, ou ação judicial, para declaração de nulidade do título.

Embora assim esteja delimitado no resumo deste estudo, o PPH não pode ser traduzido para Exame Acelerado de Patentes, tampouco se encaixa em sua tradução literal (Investigação Expressa de Patentes), pois, conquanto tenha seus efeitos diretos na redução do prazo de apreciação do pedido de patente, suas raízes estão fincadas na busca de anterioridade. Ideализado pelo Escritório de Patentes Japonês, tendo sido lançado em conjunto com o USTO em 2006, o PPH é um acordo técnico no qual os contratantes podem – ou devem, dependendo do nível de coercibilidade do pacto – utilizar-se dos relatórios de busca de anterioridade elaborados pelo escritório de patentes dos demais pactuantes, validando-os para a análise

⁷ A Lei de Propriedade Industrial, em seu artigo 11, define: “Art. 11. A invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica. § 1º O estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior, ressalvado o disposto nos artigos 12, 16 e 17” (BRASIL, 1996).

da pretensão do depositante sobre o referido direito de propriedade industrial.

Lastreada no discurso de celeridade e de redução de custos do sistema internacional, a WIPO, provocada pelos três maiores escritórios de PI do mundo, conhecidos por Trilateral⁸, trouxe o tema do PPH para o âmbito de discussão de melhorias técnicas no PCT⁹, mais especificamente para o Grupo de Trabalho sobre o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes¹⁰. A intenção demonstrada pelo relatório da Organização é internalizar a discussão sobre a sugestão de inserção formal do procedimento no PCT, para, diante da aprovação da proposta, tornar a utilização do PPH compulsória para todos os 147 Estados-Membros do Tratado.

Num primeiro momento (item 4), em razão da interface da matéria com as diversas áreas do conhecimento, o que pode dificultar a visualização dos procedimentos gerais, parte do fluxo processual do sistema internacional de patentes será exposta. Mais à frente, será abordada a proposta do PPH (item 5), com a consequente abordagem das posições favoráveis (item 5.1.), considerados benefícios pela metodologia aqui proposta, e das desfavoráveis

⁸O *Trilateral Co-operation* foi criado em 1983 e reúne o *European Patent Office* (EPO), o *Japan Patent Office* (JPO), e o USPTO. Juntos, os três escritórios detêm aproximadamente 85% dos pedidos de patentes depositados no mundo (OS TÓPICOS..., 2006).

⁹O PCT é um tratado multilateral que permite requerer a proteção patentária de uma invenção, simultaneamente, num grande número de países, por intermédio do depósito de um “único” pedido internacional de patente. O Tratado é administrado pela WIPO e conta com 147 países signatários, entre eles o Brasil. O seu principal objetivo é simplificar e tornar mais econômica a proteção das invenções quando a mesma for pedida em vários países. Um pedido PCT pode ser apresentado por qualquer pessoa que tenha nacionalidade ou seja residente em um Estado-Membro do Tratado.

¹⁰Instituído para realizar o trabalho preparatório para as questões que exigem submissão à Assembleia do PCT. Mais comumente, trata-se de propostas de alteração dos regulamentos no âmbito do Tratado, mas podem incluir uma grande variedade de assuntos de interesse para os Estados-Membros.

(item 5.2.), considerados os custos pela análise em andamento, à sua entrada no Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes. Estabelecidos os conceitos primordiais e apresentados os prós e contras da inserção do procedimento no fluxograma do PCT, restará a conclusão (item 6), com os apontamentos que evidenciam que as modificações propostas pelos signatários do Trilateral, projetam seus efeitos práticos para além da redução de custos e de prazo no exame dos pedidos de patentes, o que sugere possível impacto nos indicadores do Brasil em relação à utilização do sistema internacional de patentes.

2. Objetivo

Lastreado na metodologia da Análise Econômica do Direito (AED), mais especificamente na apresentação e análise fática de custos e benefícios, este trabalho ambiciona apresentar uma avaliação inicial sobre a proposta de integração formal do *Patent Prosecution Highway* no âmbito do *Patent Cooperation Treaty*.

3. Metodologia

O presente trabalho será pautado pela metodologia da Análise Econômica do Direito e, como essa abordagem não deve estar clara para uma parte dos juristas e economistas convidados à leitura deste texto, cabem alguns esclarecimentos conceituais prévios sobre a AED, também conhecida por Direito & Economia (*Law & Economics*) ou, ainda, por Juseconomia. Por isso, caso queiram, os leitores familiarizados com os conceitos da Análise Econômica do Direito podem saltar esta descrição metodológica (item 3) e ir direto para a discussão do item seguinte (“Entendendo o processo”).

Antes mesmo de apresentar o significado de Análise Econômica do Direito, cumpre esclarecer que a AED não se confunde com

o Direito Econômico, que é o ramo do Direito dedicado ao estudo da atividade econômica (produção e circulação de produtos e serviços) com preocupações acerca da regulamentação do mercado interno do país. Estão relacionados com o Direito Econômico temas que envolvem, por exemplo, problemas concorrenceis que alteram o equilíbrio do mercado, sendo perfeitamente possível realizar uma análise juseconômica destas questões – vide, por exemplo, a proposta de emprego do ferramental da AED ao Direito Econômico em “Cartel – Teoria Unificada da Colusão” (GICO JÚNIOR, 2006).

Se o Direito serve para regular o comportamento humano, a Economia é a ciência social que tem por escopo estudar o comportamento humano diante de recursos escassos. A AED, por sua vez, é o emprego de ferramentas econômicas e de outras ciências afins, também chamadas de sociais, para expandir o alcance do Direito e aprimorar suas normas, notadamente no que se refere à avaliação de possíveis consequências de alterações nas estruturas normativas. A Análise Econômica do Direito, por meio dos instrumentos de exame próprios das ciências econômicas, busca compreender os fatos sociais (diagnose) para antever comportamentos humanos (prognose) diante de possíveis alterações das estruturas de incentivos destes agentes (GICO JÚNIOR, 2010).

Deixando o histórico de surgimento da Escola Juseconômica para outra oportunidade, é importante reconhecer que, apesar da evolução oriunda da separação entre de “ser” (análise positiva) e o “dever ser” (análise normativa), o Positivismo jurídico, devido à sua dificuldade de investigar os fatos sociais, não era capaz de dar respostas satisfatórias à sociedade. Era, então, preciso reestabelecer o diálogo entre o Direito e as demais ciências sociais e, nesse sentido, a AED seria uma alternativa capaz de fornecer: um arcabouço teórico robusto; a possibilidade de levantamento e teste de hipóteses; e, ainda, a flexibilidade necessária à aplicação dos seus instrumentos a situações específicas (GICO JÚNIOR, 2010). Perante esse difícil contexto histórico (pós-Positivismo) de impasses ao avanço da “ciência normal”, surge, reativamente, um novo paradigma científico, ou revolução científica (KUHN, 1998) das ciências jurídicas.

Assim como é rotineiro que se misture AED com o Direito Econômico, é comum que se confunda Economia com termos afeitos ao comércio, como, por exemplo, taxas de juros, cotação de moedas, balança comercial etc. Sob essa influência, na linha dos exemplos supramencionados, as perguntas mais corriqueiramente ligadas às ciências econômicas são: qual a influência das taxas de juros sobre o desenvolvimento de novos empreendimentos? Como a cotação do dólar afetará os índices de inflação? Por que uma balança comercial negativa (em déficit) é considerada um indicador negativo para o país? Etc.

O fato é que, embora se tenha convencionado nomear o conjunto dos temas supramencionados dessa maneira, contraintuitivamente a Economia não se caracteriza pelo seu objeto de estudo e sim por um método de investigação científica (GICO JÚNIOR, 2010). Por isso, outras perguntas (aparentemente não relacionadas com a disciplina) são tão econômicas quanto aquelas do parágrafo anterior, tais como: por que as pessoas respeitam o limite de velocidade nas vias onde há fiscalização eletrônica, mas não o fazem em autoestradas desprovidas desse tipo de controle de velocidade? Por que os inventores preferem guardar suas invenções em segredo¹¹ (quando conseguem fazê-lo) a solicitar proteção estatal por meio da patente¹²? Por que é tão difícil alugar um imóvel no Brasil?

Por mais estranho que possa parecer, a Economia, por ser um método de investigação científica (característica que a define), é capaz de dar respostas a todas as perguntas dos dois parágrafos anteriores, sendo, portanto, possível estender o método econômico a temas exógenos ao comércio¹³, como poderia ser o caso, por exemplo, de uma análise econômica dos relacionamentos conjugais. Enfim, tudo aquilo que envolve os processos decisórios (comportamento) diante de alternativas pode ser estudado pelo método econômico (GICO JÚNIOR, 2010). Aliás, da maneira como se convencionou nomeá-los, o termo “Método Econômico” deveria estar para a “Economia” da mesma maneira que o “Direito” está para a “Lei” (MENDES, 2014, p. 17), mas essas discussões epistemológicas são demasiadamente complexas para caber numa simples descrição metodológica.

Sendo a Análise Econômica do Direito uma abordagem do Direito por meio dos métodos econômicos de investigação científica, ela pode ser positiva, dedicando-se ao exame do “ser”, ou normativa, debruçando-se sobre a análise do “dever ser”. Então, conforme Gico Júnior (2010), enquanto a AED positiva é voltada ao estudo das consequências de uma regra jurídica ou política pública adotada, a AED normativa é prescrita para os casos que tratam de escolhas entre possíveis normas ou políticas

¹¹ “Os segredos industriais são toda e qualquer informação relativa à fabricação ou que diz respeito ao negócio que é mantida em sigilo, e que, via de regra, propicia a seu detentor algum tipo de vantagem diante de seus concorrentes” (CNI, 2013).

¹² “Patente é um título de propriedade temporária sobre uma invenção ou modelo de utilidade, outorgado pelo Estado aos inventores ou autores ou outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos sobre a criação. Em contrapartida, o inventor obriga-se a revelar detalhadamente todo o conteúdo técnico da matéria protegida pela patente” (INPI, 2014).

¹³ Um dos pioneiros a se aventurar na aplicação do *approach* econômico a questões exógenas às tradicionalmente enfrentadas pela Economia foi Gary Stanley Becker, agraciado com o Prêmio Nobel de Economia (1992) justamente por estender a análise microeconômica para uma ampla gama de comportamentos e cooperações humanas, como a alocação do tempo dentro das famílias e o crime, por exemplo. Para verificação de uma parte do trabalho do autor no tratamento desses temas, sugere-se “*The Economic Approach to Human Behavior*” (BECKER, 1990).

aplicáveis. Ainda nesse sentido, se, por um lado, a análise positiva pode ser aplicada à verificação dos fatos, a análise normativa pode ser utilizada na investigação de valores.

De qualquer forma, sendo um método, a aplicação mais eficaz da Análise Econômica do Direito é como um meio de se alcançar um fim, e, seja na AED positiva ou na normativa, um juseconomista só se atreverá a opinar sobre qualquer norma a aplicar, ou decisão a escolher, se os parâmetros dos objetivos a ser perseguidos estiverem pré-determinados. Na identificação de objetivos que serão buscados por uma sociedade qualquer, a Análise Econômica do Direito pode até contribuir, limitadamente, como (mais) uma das ferramentas disponíveis ao estudo entre alternativas possíveis (GICO JÚNIOR, 2010). Logo, a Análise Econômica do Direito é como uma arma (método/meio) que precisa ser apontada para um alvo (objetivo/fim), mas a escolha deste alvo, contudo, não cabe à arma e sim ao seu detentor – ou, no caso desta comparação, ao construtor do armamento, que, em última análise, é a sociedade (MENDES, 2014, p. 18).

Então, de acordo com o modelo básico de atuação proposto para os praticantes da Análise Econômica do Direito, é fundamental deixar claro que este estudo se pautará pela AED positiva, mais especificamente pela fase de diagnóstico, ou seja, pelo estudo da PI como esta se apresenta na atualidade, sem considerar possíveis alterações na estrutura de incentivos que está posta ou, ainda, sem apreciar as possíveis alternativas de escolhas públicas aplicáveis aos DPI. Além de entender as possibilidades e fases de aplicação da AED, para colocá-la em andamento, é fundamental que seus praticantes compreendam alguns pressupostos basilares da Economia, pois, sem o entendimento desses conceitos, os que não são economistas estariam inabilitados a utilizar o ferramental – da mesma

forma que, para aplicar a Análise Econômica do Direito, os que não são juristas têm que se dedicar à inteligência da legislação em exame (MENDES, 2014, p. 19).

Um dos pressupostos fundamentais da Economia é a escassez. Não houvesse insuficiência de recursos, numa primeira análise, provavelmente não haveria problemas. Apesar de não serem infinitos, recursos como o ar atmosférico e a luz do Sol incidente sobre a Terra não causam congestionamento (luta por ar respirável ou por iluminação solar) entre os mais de sete bilhões de indivíduos que deles usufruem. Entretanto, recursos dessa natureza são exceções à regra – que é a escassez – e, na maioria dos casos, não há bens disponíveis em abundância para todos os agentes que os desejam, na quantidade que estes gostariam de tê-los (MENDES, 2014, p. 19). Aliás, como bem exposto por Gico Júnior (2010), em última análise, a escassez é a razão para a existência do próprio Direito, pois, se houvesse bens sobrando para todos os interessados, não haveria disputas entre os agentes sobre estes recursos.

A esta altura, já deve estar claro que, em termos conceituais, os processos decisórios são uma das preocupações centrais da Economia – se não for a principal – e que toda decisão envolve, necessariamente, uma análise de custos¹⁴ e de benefícios diante dos quais os agentes

¹⁴ É sempre bom reforçar que custos não são, necessariamente, valores pecuniários. No caso do mercado do casamento, por exemplo, quando uma candidata à posição de noiva aguenta as aporrinhões que lhe são impostas pela sua futura sogra, ela está incorrendo em um custo de paciência, esperando pelo benefício de se casar (custo imediato *versus* benefício esperado). No momento em que alguém, noutro exemplo, decide pelo consumo de tabaco, ao invés da abstenção ao fumo, além do valor de mercado do cigarro, este agente sofrerá uma redução dos seus índices de saúde e tal diminuição, ainda que não gere o gasto de um centavo adicional sequer, também é um custo, que é imposto ao agente em troca do prazer que este tem em fumar (benefício imediato *versus* custo esperado). Quando um apreciador de romances televisivos opta por assistir a novela, em detrimento de fazer qualquer outra coisa, ele está

decidem. *Grosso modo*, nesse ambiente de prós e contras, ocorre um *tradeoff*, que pode ser resumido como um dilema, pois, na prática, ao optar pelos benefícios de uma das alternativas possíveis, o agente estará perdendo – ou deixando de ganhar – os benefícios que poderiam ser auferidos mediante escolha da outra opção. Nesse dilema (*tradeoff*), o agente deve – ou, ao menos, deveria – estar ciente do custo de oportunidade, que é o preço referente à segunda melhor alternativa e envolve o cálculo de fazer, ou deixar de fazer, algo que seria benéfico para o próprio agente. Mais especificamente o custo de oportunidade é composto pelas perdas provenientes de se abrir mão de uma escolha em detrimento de outra – para se dedicar à leitura deste artigo, por exemplo, é preciso deixar de fazer outras coisas que gerariam benefícios ao leitor (MENDES, 2014, p. 20).

Em um ambiente que envolve escolhas entre alternativas acerca de recursos escassos, os economistas dirão que os agentes econômicos (que podem ser pessoas, sociedades empresárias, Estados nacionais etc.), ou simplesmente agentes, têm uma conduta racional maximizadora de utilidade¹⁵. Eles são seres racionais maximiza-

utilizando seu tempo em função do benefício (prazer) de fazê-lo (benefício imediato *versus* custo imediato). Enfim, muito além dos valores pecuniários, os custos podem envolver paciência, saúde, tempo etc. (MENDES, 2014, p. 19).

¹⁵ A utilidade é uma medida de satisfação relativa de um agente econômico. Para entender seu conceito, basta se lembrar de quando os pais costumam perguntar a seus filhos do que mais gostam, entre várias opções (doces, brinquedos, passeios etc.), a resposta compõe a escala de utilidade de cada criança. Na prática, diante de várias alternativas que lhe são colocadas, os agentes tomam decisões no intuito de aumentar (maximizar) sua própria satisfação (utilidade). O indicador é relativo porque pode ser usado para avaliar uma preferência de determinado agente em comparação com outra utilidade qualquer, do mesmo agente, numa escala de utilidades. Contudo, não é possível comparar a escala de um agente econômico com a de qualquer outro agente, pois as preferências – invariavelmente – variam e, consequentemente, o valor que se dá a determinada utilidade é diferente para todos os agentes econômicos. Portanto, nem mesmo se tratando de dinheiro, um dado valor pecuniário relevante (USD 1.000, por exemplo) não

dores porque, diante de cada escolha, os agentes, na média, agem como se calculassem os custos e os benefícios envolvidos em cada alternativa, para, ao final, majorar seu próprio nível de bem-estar. É importante deixar claro que “agir como se calculassem” é diferente de “efetuar os cálculos”, pois os agentes, notadamente as pessoas, não saem por aí, medindo todos os custos e benefícios como se fossem aplicativos de controle financeiro. Contudo, na média, os agentes econômicos atuam como se fizessem tais cálculos, na expectativa de aumentar a utilidade que suas escolhas podem (ou não) lhes propiciar. Esse senso de utilidade também não se refere a valores pecuniários e, por isso, ele pode estar perfeitamente relacionado com a satisfação que o agente experimenta ao ajudar o próximo ou, noutro exemplo, com o prazer de ouvir uma música – tudo isso pode ser utilidade para um agente, mas se trata de uma posição pessoal, portanto, subjetiva. Então, os agentes são racionais porque agem como se calculassem custos e benefícios; e são maximizadores de utilidade porque desejam melhorar seus níveis de bem-estar de acordo com aquilo que, conforme suas próprias preferências, eles consideram importante (MENDES, 2014, p. 20).

Neste ponto do texto, é possível que parte dos leitores se pergunte: se os agentes são racionais maximizadores de utilidade, por que uma parcela razoável deles toma decisões aparentemente irracionais minimizadoras de (sua própria) utilidade? Sem mencionar as ocorrências aleatórias – ordinariamente denominadas de “azar” – durante o processo de tomada de decisões, os agentes não conseguem afastar alguns vieses comportamentais de sua análise marginal (custo-benefício). Esses desvios podem ser de

tem a mesma utilidade para dois agentes, ainda que ambos se encontrem nas mesmíssimas condições financeiras, uma vez que certamente dão valores (pessoais) diferentes ao dinheiro em espécie (MENDES, 2014, p. 20).

toda ordem; mas, normalmente, estão relacionados com algumas informações, inclusive com aquelas atreladas à escolha posta, que os agentes desconhecem, ainda que eles tenham a convicção de que todos os subsídios sobre as opções sejam de seu pleno domínio. Para exemplificar como a assimetria de informações¹⁶ – que, nesse caso, é a diferença entre o que os agentes sabem e aquilo que eles realmente conhecem – afeta o processo de tomada de decisões dos agentes, vale mencionar um exemplo comum: se toda pessoa com uma TV em casa tem plena ciência de que, para manter uma boa forma física, é necessário combinar alimentação saudável com exercícios físicos regulares, por que há tanta gente tentando emagrecer, mas não consegue fazê-lo? Numa explicação resumida, esse fenômeno ocorre porque essas pessoas não conseguem trazer para o presente os benefícios esperados da combinação (de alimentação saudável e exercícios), ponderando “somente” os custos imediatos das suas decisões – caso clássico de benefício esperado *versus* custo imediato (vide nota 14). Avaliando a decisão sob outro ângulo – custos esperados *versus* benefícios imediatos (vide nota 14) –, num exame de cenários futuros, as mesmas pessoas não compreendem os possíveis problemas de saúde que serão trazidos pela não-combinação (de atividade física e alimentação saudável), estimando “apenas” os prazeres imediatos de se comer o que se quer e/ou de se manter no conforto do sedentarismo. Esse exemplo de desvio é tão somente uma das possibilidades relativas aos problemas de cognição que podem ocorrer durante o processo de escolha dos agentes econômicos (MENDES, 2014, p. 21).

Para utilizar o método econômico, tão fundamental quanto o estudo dos processos decisórios dos agentes diante de recursos escassos – talvez até anterior a esta análise – é responder à seguinte questão: trata-se de um contexto hierárquico ou mercadológico? No primeiro contexto, os agentes não têm liberdade de interagir; é o caso, por exemplo, das relações de poder familiar (entre pais e filhos) e das de emprego (GICO JÚNIOR, 2010). Nas relações de mercado, os agentes são movidos pelo seu próprio interesse com relação aos recursos e à alocação desses bens. Assim, no contexto mercadológico, nos processos de barganha, é possível deslocar os bens de quem menos os valoriza para quem lhes dá mais valor. Nessa esteira de análise, o equilíbrio só é possível num ambiente propício às barganhas, contexto de mercado, pois, quando um recurso fica na posse quem mais o valoriza, ocorre um equilíbrio temporário, que

¹⁶No caso das barganhas, as assimetrias compõem as diferenças entre as informações que um dos negociantes conhece e aquelas que o outro agente desconhece. No mercado de carros usados, por exemplo, o comprador não tem noção dos defeitos do veículo que está sendo negociado, da mesma maneira que o vendedor não sabe qual seja a real situação financeira do comprador (MENDES, 2014, p. 21).

se mantém até que apareça um terceiro agente disposto a trocar o bem por outro recurso que o segundo agente valorize ainda mais. Na prática, o equilíbrio nunca ocorre, mas, num contexto de mercado, sem o controle da hierarquia, as interações de troca realizadas entre os agentes econômicos tendem ao equilíbrio. Então, quando faz referência ao mercado a literatura juseconómica não está tratando de assuntos próprios da “Economia”. Trata-se apenas de um pressuposto do método econômico, cuja função é informar que o objeto em exame está sob o regime mercadológico (não-hierárquico) e, portanto, tendente ao equilíbrio.

Como é o caso da maioria dos projetos de pesquisa, o intuito desta metodologia é apresentar as bases nas quais o trabalho será lastreado e, neste caso em específico, alguns conceitos servirão para que os futuros praticantes da AED, quando necessário, retornem a esta parte do texto para esclarecer suas dúvidas sobre este ou aquele conceito. Com lastro nos objetivos aqui propostos, realizada uma pequena introdução ao universo da Análise Econômica do Direito, já é possível iniciar o estudo de benefícios e custos da integração formal do *Patent Prosecution Highway* no âmbito do *Patent Cooperation Treaty*.

4. Entendendo o processo

Ainda que se trate de uma informação notória àqueles que detêm conhecimentos básicos sobre o tema, por cautela, não é exagero lembrar: não existe patente internacional. Logo, considerando que determinado depositante tenha o interesse na obtenção de diversas patentes em diferentes países, antes de cumprir uma fase nacional¹⁷, estabelecida por cada Estado, há

dois caminhos possíveis: i) a via tradicional da Convenção da União de Paris (CUP¹⁸), que não será objeto do presente estudo; e ii) por meio do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes. Seja qual for a opção do depositante, após o ingresso do pedido nacional, assim como ocorre via PCT, uma das fases mais críticas é a busca de anterioridade¹⁹. Para exemplificar, no Brasil, após o depósito do pedido, o INPI apresenta, por meio do Relatório de Busca de Anterioridades e do Parecer Técnico, sua posição quanto à patenteabilidade, ou não, das reivindicações submetidas. Com o Relatório, o Escritório aponta, caso os encontre, documentos (patentes, artigos científicos, reportagens etc.) que mencionam ou antecipam a mesma tecnologia reivindicada (Ato Normativo nº 127, de 5 de março de 1997), sinalizando assim que, caso o depositante opte por manter o pedido inalterado, é provável que, por não atender ao requisito da novidade, a patente não seja concedida.

No depósito via PCT, por meio do denominado “Relatório de Busca Internacional” (ISR) e da “Opinião Escrita da Autoridade Internacional” (WOSA), a Autoridade de Busca Internacional (ISA) apresenta parecer quanto à patenteabilidade do pedido do depositante.

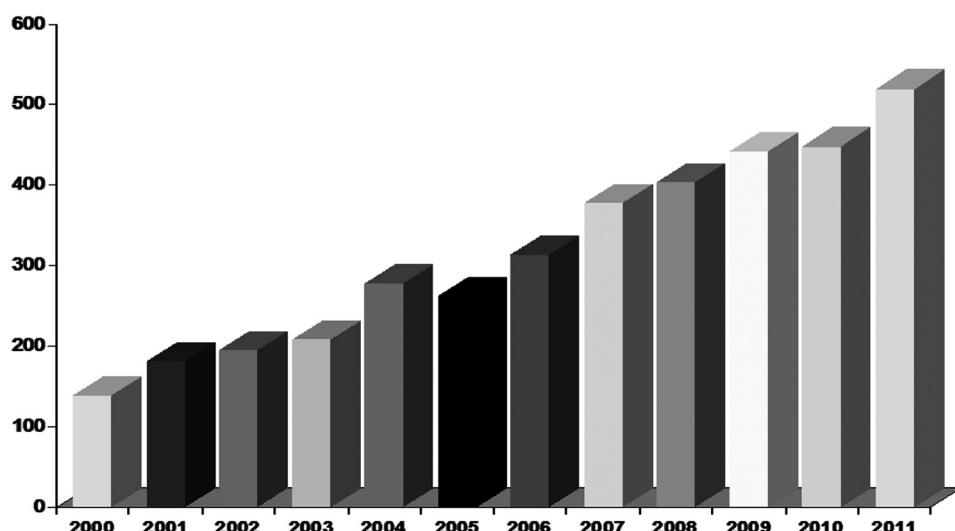
critivo, reivindicações, desenhos, resumo e comprovante de recolhimento da retribuição cabível (Guia de Recolhimento da União – GRU). Antes de aceito o depósito, será efetuado um exame formal preliminar, para verificar se o pedido está de acordo com as normas e, caso seja necessário, poderão ser elaboradas exigências, que deverão ser cumpridas em 30 trinta dias.

¹⁸ A Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial teve seu início sob a forma de anteprojeto, redigido em uma Conferência Diplomática realizada em Paris no ano de 1880, e seu texto entrou em vigor um mês depois do depósito de instrumentos de ratificação, em 7 de julho de 1883. Várias foram as modificações introduzidas no texto de 1883, e o Brasil, país signatário original, aderiu à Revisão de Estocolmo em 1992.

¹⁹ A busca de anterioridade é uma das fases que compõem um pedido de patente, ao passo que o relatório é apenas o documento que evidencia o cumprimento da etapa (Ato Normativo nº 127, de 5 de março de 1997) (INPI, 1997).

¹⁷ Etapa nacional de um pedido de patente que, normalmente, ocorre após os prazos estabelecidos pelo PCT. Nessa fase, o pedido deve ser solicitado em formulário específico, fornecido pelo INPI, junto com o relatório des-

Figura 1: Uso do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes no Brasil



Fonte: BRYAN, 2013.

Além de outros subsídios importantes para tornar o pedido mais robusto, durante o processo de patenteamento, a função desses documentos é sinalizar uma provável disposição dos escritórios nacionais, o que reduz a assimetria de informações entre eles e o depositante e, consequentemente, contribui para a redução dos custos de transação relacionados ao processo de proteção. Na prática, após sinalização negativa dos resultados das buscas, o depositante dispõe de informações mais claras para desistir da fase nacional do pedido, ou, na presença de um sinal positivo, manter-se no processo, mesmo diante de todos os custos pós-relatório envolvidos (exames preliminares, custos de entrada em fase nacional etc.), atenuando, em qualquer dos casos, o desperdício de recursos.

Provavelmente em razão de sua simplicidade e, especialmente, da dilatação de prazos que o sistema proporciona ao depositante antes que este entre com o pedido em fase nacional, a utilização do PCT como via de acesso aos signatários do Acordo vem crescendo em todo

o mundo e, também, no Brasil, como se pode verificar em “Use of PCT in Brazil”, presente na apresentação do Diretor da Divisão Legal do PCT na WIPO, Matthew Bryan (2013) *The Patent Cooperation Treaty (PCT) and its Advantages for Business* (Figura 1).

Em que pese o crescimento relatado, o gráfico seguinte (Figura 2) demonstra a baixa participação do Brasil no sistema do PCT, se comparado aos países desenvolvidos, em especial os signatários do Trilateral.

O descompasso entre a Figura 1 e a Figura 2 torna-se ainda mais claro com a análise do número de patentes depositadas pelo Brasil via sistema PCT, relativamente à posição que o país sustenta no contexto global da produção científica mundial, ranking em que ocupa a 13^a posição.

Não existem, todavia, dados concretos que permitam concluir que a baixa adesão do Brasil ao sistema internacional de patentes decorra dos custos de depósito e manutenção dos pedidos internacionais ou, ainda, esteja relacionada com o longo prazo de espera para o exame do INPI.

Figura 2: Total de pedidos de patentes (em alguns países selecionados) de acordo com o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes, segundo o país de residência do inventor e a data de prioridade, 1999-2011

Espanha	Coreia	Cingapura	China	Canadá	Brasil	Austrália	Argentina	Alemanha	Africa do Sul	País
571,5	1.163,5	175,6	660,4	1.886,2	183,5	1.592,1	23,9	12.108,1	434,6	1999
639,3	1.963,5	264,9	1.570,7	2.243,6	176,6	1.754,7	39,5	13.311,8	422,5	2000
779,9	2.175,0	331,3	912,8	2.329,4	221,8	1.754,6	30,9	13.575,4	408,7	2001
843,9	2.590,6	309,3	1.316,3	2.366,7	229,1	1.768,4	35,0	14.149,8	384,4	2002
864,6	3.388,7	369,4	1.701,2	2.324,4	321,1	1.897,2	42,9	15.004,8	410,4	2003
1.161,6	4.249,4	460,1	2.336,4	2.496,0	331,0	2.041,9	42,9	15.963,4	394,7	2004
1.294,6	5.219,0	488,7	3.858,6	2.805,4	347,2	2.092,1	59,3	16.727,9	423,1	2005
1.395,5	6.420,7	545,4	5.243,1	2.995,7	450,4	2.054,6	53,1	17.581,7	426,9	2006
1.535,2	7.249,7	550,3	6.519,8	3.033,3	531,1	2.010,2	84,4	18.727,1	412,4	2007
1.620,8	7.156,2	648,7	6.913,1	2.613,7	548,6	1.830,5	44,3	17.028,8	390,6	2008
1.770,2	8.690,3	606,0	10.682,3	2.689,1	544,5	1.845,7	45,2	17.287,2	302,7	2009
1.887,6	9.510,5	671,1	13.852,7	2.916,6	596,9	1.763,7	56,4	18.375,1	332,9	2010
1.731,9	10.237,1	582,2	17.027,2	2.764,5	599,9	1.640,4	45,7	16.054,8	310,6	2011

Rússia	Reino Unido	Portugal	México	Japão	Itália	Índia	França	Estados Unidos	País
595,9	5.260,6	29,4	83,1	8.402,6	1.541,3	202,0	4.014,6	35.815,3	1999
590,1	5.809,0	32,7	98,7	10.894,7	1.821,9	267,8	4.693,9	40.828,7	2000
634,2	5.863,2	36,2	122,8	12.433,7	2.045,9	420,0	4.990,5	40.019,4	2001
580,4	5.940,7	34,6	126,6	14.889,6	2.207,7	729,9	5.081,6	39.906,7	2002
618,8	5.913,2	48,0	135,1	19.350,3	2.414,5	951,9	5.306,2	42.183,9	2003
650,4	5.959,8	45,4	157,4	24.182,7	2.617,6	931,9	5.919,8	45.572,1	2004
769,6	5.988,8	92,5	188,9	26.131,8	2.967,9	1.091,1	6.362,8	49.760,4	2005
825,7	6.542,7	106,0	203,2	26.713,6	3.328,2	1.183,8	6.480,2	52.023,1	2006
845,0	6.409,8	114,3	214,7	27.238,3	3.345,6	1.307,3	6.816,3	49.921,7	2007
761,0	6.019,9	133,8	223,4	25.429,0	3.202,1	1.353,6	6.898,2	44.546,5	2008
810,6	5.680,3	138,9	207,0	28.823,2	3.119,3	1.531,2	7.008,8	42.798,9	2009
950,4	5.739,7	133,8	226,8	37.094,1	3.137,4	1.854,2	7.217,1	45.058,7	2010
990,6	5.176,4	134,2	168,2	39.869,1	3.152,4	1.730,0	7.334,4	44.597,7	2011

Fonte: BRASIL, 2014

Figura 3: Vinte países com maior participação percentual em relação ao total mundial de artigos publicados em periódicos científicos indexados pela Thomson/ISI, 2009

Posição	País	% (Percentual em relação ao mundo)
1º	Estados Unidos da América	28,6
2º	China	9,9
3º	Reino Unido	7,8
4º	Alemanha	7,5
5º	Japão	6,6
6º	França	5,5
7º	Canadá	4,7
8º	Itália	4,3
9º	Espanha	3,7
10º	Índia	3,4
11º	Austrália	3,2
12º	Coréia do Sul	3,2
13º	Brasil	2,7
14º	URSS/Rússia	2,5
15º	Holanda	2,5
16º	Taiwan	2,1
17º	Turquia	1,9
18º	Suíça	1,8
19º	Suécia	1,7
20º	Polônia	1,6

Fonte: Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (BRASIL, 2010).

5. A proposta de integração formal do PPH ao PCT

A proposta de integração formal do PPH ao Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (*Formal Integration of the Patent Prosecution Highway into PCT*, 2013), devidamente protocolada junto ao grupo de trabalho que discute e prepara as alterações do PCT, prevê o compartilhamento do relatório de busca de anterioridade entre os escritórios dos países signatários. Se aprovada, será facultado ao requerente (depositante) utilizar a opinião (relatório de busca) emitida pelo primeiro escritório de patentes (*Office of First Filing* – OFF) em um segundo depósito (*Office of Second Filing* – OSF), e assim por diante, com vistas à redução de custos e do prazo de análise relativos a pedidos poste-

riores de proteção patentária. O documento ainda propõe a criação de uma espécie de fila especial no OSF, destinada ao recebimento de processos submetidos ao rito de investigação rápida (PPH), considerados como tais aqueles pedidos que já foram objeto de busca anterior em Escritório de um dos países signatários, o que contribuiria para a superação de uma das etapas mais complexas do processo de apreciação dos pedidos de patentes

5.1. Benefícios – pontos favoráveis

Em função da velocidade com que os processos de proteção patentária têm passado do meio físico para o eletrônico, especialmente no PCT (BRYAN, 2013), o PPH não é apenas uma novidade factível, mas uma tendência conside-

rável, haja vista o propósito do Trilateral de fazer valer o procedimento. Afinal, se os escritórios destinatários de 85% dos pedidos mundiais de patentes optaram por disponibilizar o PPH para seus depositantes, e a utilização do procedimento tem crescido desde sua instituição (KEYACK, 2012), é improvável que, com o tempo, o PPH não esteja arraigado à rotina de depósitos internacionais, como ocorreu, e continua ocorrendo, com o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (BRYAN, 2013).

Num ambiente de fortes incentivos concorrenciais, como é o caso dos setores que investem em tecnologia e inovação, se uma alteração processual é capaz de promover a redução de custos (operacionais, de transação, provenientes do equilíbrio de assimetrias de informação etc.), suas chances de sucesso não podem ser ignoradas. Nesse sentido, tem militado o Cônsul de Propriedade Intelectual dos EUA para a América Latina, Albert Keyack, o qual, embasado na economia processual do PPH, tem apresentado dados com reduções significativas de custos nas comparações entre depósitos com a utilização do procedimento e sem o PPH (KEYACK, 2012).

Conforme hipótese levantada por Borges, Beildeck & Medina (OS TÓPICOS..., 2006), o programa contribuiria para o aumento da qualidade e redução do trabalho dos examinadores de patentes. A primeira suposição estaria lastreada no benefício gerado pelo controle mútuo de qualidade dos exames e, consequentemente, dos examinadores, os quais estariam sujeitos à interação com profissionais de outros escritórios mundo à fora. Esse intercâmbio, além de gerar inevitáveis comparações entre relatórios produzidos, inegavelmente proporcionaria aprendizado aos profissionais dos escritórios que tornassem disponível o procedimento do PPH para seus depositantes. Quanto à redução de trabalho dos examinadores, a instituição

do procedimento eliminaria a duplicação desnecessária de esforços na elaboração de um único relatório de busca de anterioridade, o qual poderia ser utilizado em diversas autoridades de exame do PCT.

Em fóruns de discussão em que haja técnicos e especialistas envolvidos na redação e exame de patentes, o PPH, nos países que o adotaram, promove um serviço de limpeza, notadamente no que se refere às reivindicações, pois o pedido de patente já chega ao OSF com as reivindicações não factíveis decotadas, ou seja, além da realização da busca de anterioridade, o procedimento auxilia na análise do quadro reivindicatório, que, no caso do PPH, chega mais limpo ao OSF.

5.2. Custos – pontos desfavoráveis

Um tratado refere-se aos direitos e obrigações materiais e, portanto, não se confunde com suas regras, as quais estão relacionadas à execução procedural do acordo, por vezes definidas como cláusulas operacionais. Essas cláusulas, dependendo das possibilidades de alteração pré-estabelecidas, podem passar por uma evolução continua. No âmbito dos acordos sob a gestão da WIPO, devido às diferenças de conteúdo, material e processual, as modificações de um tratado exigem a instituição de uma Comissão de Reforma; em contrapartida, a alteração de uma regra processual requer tão somente aprovação por uma Assembleia Ordinária, rito mais simples que o previsto para submissão da matéria na esfera da Comissão de Reforma. Nesse caso, ao que tudo indica, a proposta encerra alteração de direito material, dado que a entrada do PPH no Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes imporia aos escritórios de patente dos Estados-Membros a adoção de procedimentos realizados por outros escritórios.

Há ainda reflexos sobre a autonomia dos escritórios nacionais de exame, visto que a inserção formal do *Patent Prosecution Highway* no Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes alteraria a fila de pedidos de seus signatários, criando uma espécie de exame prioritário. Isso, em termos de relações internacionais, extrapolaria o papel do procedimento, afetando o sistema nacional de concessão de patentes, à medida que promoveria o tratamento diferenciado entre depositantes que se utilizam do PPH e os optantes pelo procedimento comum, haja vista que estes teriam que esperar mais do que aqueles pelo exame do pedido.

Destaca-se, também, que, em razão da diferença de legislação e de níveis de coercibilidade entre os 147 Estados-Membros do PCT, determinados cortes realizados durante a “limpeza das reivindicações”, por exemplo, poderiam afetar a concessão dos próprios direitos materiais relacionados ao pedido. Essa harmonização de direitos de propriedade industrial, embora desejada pelos grandes usuários do sistema internacional, não pode ser analisada apenas sob o ângulo econômico da redução de custos de transação. Ainda, nos termos da proposta, como já abordado, há que se refletir acerca dos efeitos práticos da criação de fila especial no OSF, destinada aos processos submetidos ao rito de investigação rápida, haja vista que eles entrariam na fase nacional com a vantagem de terem passado pelo relatório de busca, mesmo não havendo a imposição de análise prioritária formal dos pedidos.

6. Conclusão

Se, por um lado, se consolida o reconhecimento da importância dos ativos de propriedade intelectual como fator crítico determinante da posição estratégica tecnológica dos países e instituições em nível global, por outro, também

se verificam os crescentes custos de proteção, incluindo-se os trazidos pelo atraso na análise dos pedidos de patente nacionais. Essa é a realidade do Brasil pós-TRIPS, que apesar de todos os avanços, não pode se colocar no mesmo nível de países desenvolvidos, especialmente daqueles nos quais o sistema de PI já é uma realidade secular, como é o caso dos EUA e do Japão.

É nesse cenário de incertezas que a WIPO, desde 1984, provocada principalmente pelos países que compõem o Trilateral, tem liderado um intenso trabalho cujos objetivos parecem superar o aprimoramento do *Patent Cooperation Treaty*, buscando a harmonização das leis e procedimentos de patentes em todo o mundo. O tema que motivou o presente estudo evidencia uma destas iniciativas mais recentes, ou seja, a proposta de integração formal do PPH no âmbito do PCT, submetida pelo Trilateral sob a justificativa de visar à redução de custos de proteção e do prazo de análise das patentes entre os escritórios dos países signatários do tratado procedural. A sugestão, como se pode verificar, facultaria ao depositante o aproveitamento dos relatórios de buscas de anterioridade produzidos pelo escritório do país do primeiro depósito (OFF) nos pedidos posteriores efetuados nos demais países (OSF).

Mesmo que se reconheça a importância do compartilhamento do trabalho entre os escritórios nacionais de patentes e os aspectos positivos da harmonização internacional de procedimentos e da legislação de propriedade intelectual, iniciativas como a proposta pelo Trilateral merecem profunda reflexão dos países em desenvolvimento especialmente, uma vez que a harmonização em termos de propriedade intelectual, ainda que meramente procedural, pode sair relativamente mais caro para esses Estados-Membros da WIPO do que para os países desenvolvidos.

As conclusões do presente artigo, decorrentes do estudo do documento e da análise dos argumentos favoráveis e contrários à adoção do PPH no âmbito do PCT, permitem aferir que a alteração proposta pelo Trilateral projeta seus impactos para além da redução de custos de proteção e do tempo de análise dos pedidos de patentes, ainda que o tema seja tratado como simples alteração de regra de funcionamento.

Há que se considerarem os argumentos no sentido de que a proposta, a despeito de favorecer a redução de custos e do tempo de análise dos pedidos, bem como o compartilhamento de experiências e o aprendizado conjunto entre examinadores dos países signatários, implicaria verdadeira alteração de normas de direito material no âmbito do PCT, notadamente em virtude da obrigatoriedade – ainda não elucidada em suficiência na proposta protocolizada junto à WIPO – de observância dos procedimentos pelos escritórios nacionais, o que promoveria, portanto, a necessidade de levar a discussão para uma Comissão de Reforma do Tratado.

Ainda, se por um lado não se pode ignorar o argumento de que a eliminação de fases processuais em depósitos nacionais poderá estimular o crescimento do número de pedidos de patentes depositados pelos países do Trilateral, por outro o estado atual das discussões não permite medir em que nível a proposta favoreceria a ampliação dos indicadores de patentes de residentes brasileiros em nível internacional. Nesse contexto, seria necessário também estabelecer a relação entre custos internacionais, tempo de exame de pedidos de patentes e os índices atuais de participação no sistema PCT para a aferição da possível correlação entre eles e, portanto, dos efetivos impactos para o País, tendo em vista que os dados existentes não permitem concluir se a proposta de inclusão formal do instituto do PPH poderá agravar ou diminuir as assimetrias relacionadas à participação brasileira no Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes em relação aos países do Trilateral.

É necessário reforçar que este é o momento oportuno para que o Brasil formalize uma posição consistente e firme sobre o tema, uma vez que a matéria ainda é objeto de discussões internacionais e não há diretriz conclusiva sobre o tema. Talvez, mais importante que determinar qual decisão o País tomará sobre o tema, seria determinar como esse movimento político se daria, pois, salvo eventuais ganhos oriundos de uma negociação bilateral, como já ocorreu em 2011 entre USPTO e INPI, o foro adequado às discussões reativas a procedimentos e legislação de PI é a Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Contudo, como a dúvida persiste sobre o tema, conforme trazido por Porto & Barbosa (2013), caberia ao governo brasileiro deixar o assunto aos cuidados do

Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual (GIPI²⁰), para uma avaliação técnica com vistas à proposição de uma política planejada e coordenada sobre a proposta de integração formal do *Patent Prosecution Highway* no âmbito do *Patent Cooperation Treaty*.

Referências

- BECKER, Gary S. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press, 1990.
- BRASIL. Lei n. 5.648, de 11 de dezembro de 1970. Cria o Instituto Nacional da Propriedade Industrial e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 dez. 1970.
- _____. Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm>. Acesso em: 14 jan. 2015.
- _____. Lei n. 9.279, de 14 de maio 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 maio 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm> Acesso em: 14 jan. 2015.
- _____. Ministério da Ciência e Tecnologia e Inovação. Países com maior participação percentual em relação ao total mundial de artigos publicados em periódicos científicos indexados pela Thomson/ISI, 2009. *MCTI*, 12 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/9235.html>>. Acesso em: 15 jan. 2015.
- _____. Grupo interministerial de propriedade intelectual – GIPI. *Regimento Interno*. Portaria Interministerial n. 187, de 6 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1370870877.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2015.
- _____. Ministério da Ciência e Tecnologia e Inovação. Pedidos de patentes de acordo com o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT, na sigla em inglês), na área de Biotecnologia, segundo o país de residência do inventor e data de prioridade, de países selecionados, 1999-2011. *MCTI*, 7 maio 2014. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/346118.html>>. Acesso em: 15 maio 2015.
- BRYAN, M. *The Patent Cooperation Treaty (PCT) and its Advantages for Business*. Genebra: WIPO, 2013.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Propriedade industrial aplicada: Reflexões para o Magistrado*. Brasília: CNI, 2013.
- GICO JÚNIOR, I. T. *Cartel*: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex Editora, 2006.
- _____. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010.
- INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Ato Normativo n. 127, de 5 de março de 1997. Dispõe sobre a aplicação da Lei de Propriedade Industrial em relação às patentes e certificados de adição de invenção. INIPI, 1997. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/images/stories/Ato_Normativo_127-97.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2015.

²⁰ Regido pela Portaria Interministerial nº 187, de 6 de junho de 2013 (BRASIL, 2013), o Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual é um grupo governamental de avaliação e aconselhamento sobre os aspectos relacionados com o tema (PORTO; BARBOSA, 2013).

_____. *Sistema de Cooperação Regional em Propriedade Intelectual (PROSUR)*. Rio de Janeiro, 2013.

_____. *Patente*. [CGCOM, 28 de novembro de 2014]. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/portal/acessoainformacao/artigo/patente_1351691647905#1>. Acesso em: 10 abr. 2014.

KEYACK, A. The Impact of ‘Patent Prosecution Highway’ (PPH) Agreements in the Efficiency of International Patent Application Examination. In: SIMPÓSIO BRASIL-EUA. *Direito de patentes e transferência de tecnologia como ferramentas para o desenvolvimento de negócios*. São Paulo: Finnegan/IPT/Leonardo & Licks Advogados, 2012. p. 143-178.

KUHN, T. S. *A Estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

MENDES, D. R.; OLIVEIRA, M. A.; PINHEIRO, A. A. política nacional de ciência, tecnologia e inovação: avaliação do marco regulatório e seus impactos nos indicadores de inovação. *Revista de Empreendedorismo e Gestão de Pequenas Empresas*, v. 2, n. 1, p. 22-46, 2013.

MENDES, D. R. *A função social da propriedade intelectual*. 2014. 106f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Brasília, 14 de março de 2014.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Disponível em: <http://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=PATS_IPC>. Acesso em: 2 maio 2014.

OS TÓPICOS internacionais correntes em propriedade intelectual. Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2006.

PORTO, P. C.; BARBOSA, D. B. O GIPI e a governança da propriedade intelectual no Brasil. *Radar: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior*, p. 19-26, 2013.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *Formal Integration of the Patent Prosecution Highway into PCT*. Genebra: Patent Cooperation Treaty, Working Group, 2013.

Conheça outras obras publicadas pela
Coordenação de Edições Técnicas

www.senado.leg.br/livraria

