

Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 211

Brasília | julho – setembro/2016

Ano 53



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



Brasília | ano 53 | nº 211
julho/setembro – 2016



MISSÃO

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

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade, Presidente do Senado Federal – 1961-1967
Isaac Brown, Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967
Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

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

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Florian Augusto Coutinho Madruga

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADORA: Denise Zaiden Santos

EDITORIA RESPONSÁVEL: Denise Zaiden Santos. CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. GESTÃO DE ARTIGOS: Angelina Almeida e Letícia Costa. REVISÃO DE ORIGINAIS: Thiago Adjuto, Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Guilherme Costa. REVISÃO DE PROVAS: Letícia de Castro, Karina Arruda e Maria José Franco. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Angelina Almeida e Candylen Cordeiro. PROJETO GRÁFICO: Lucas Santos. CAPA: Daniel Marques. FOTO DA CAPA: Paulo Malheiro.

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

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

ISSN 0034-835x

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

CDD 340.05
CDU 34(05)

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

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

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

CONSELHO

Dr. Bruno Leonardo Câmara Carrá, Faculdade 7 de Setembro – FA7, Fortaleza, Ceará, Brasil / Dr. Carlos Blanco de Moraes, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Florivaldo Dutra Araújo, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil / Dr. Gilmar Ferreira Mendes, Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil / Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil / Dr. Luis Fernando Barzotto, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil / Dr. Luiz Fux, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil / Dr. Marcelo Dias Varella, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, Distrito Federal, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, Rio Grande do Norte, Brasil / Dra. Maria Tereza Fonseca Dias, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, Ceará, Brasil / Dr. Octavio Campos Fischer, Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Curitiba, Paraná, Brasil / Dr. Roger Stiefelmann Leal, Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil / Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, Distrito Federal, Brasil

PARECERISTAS

Dr. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Alexandre Luiz Pereira da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Aline Sueli de Salles Santos, Universidade Federal de Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Ma. Ana Carolina da Motta Perin Schmitz Kohlitz, Da Motta & Borges Sociedade de Advogados, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Ana Lucia Romero Novelli, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André Fernandes Estevez, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. André Karam Trindade, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dra. Andrea Flores, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Ângela Issa Haonat, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Me. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Leandro Vasques Advogados Associados, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Antônio Flávio Testa, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Antonio José Maristrello Porto, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Arlindo Fernandes de Oliveira, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Artur Stamford da Silva, UFPE, Recife, PE, Brasil / Dr. Augusto Jobim do Amaral, Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Veiga Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Ma. Beatriz Schettini, Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Benjamin Miranda Tabak, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Betânia de Moraes Alfonsin, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Betina Treiger Grupenmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Bruno Camilloto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Me. Bruno Cavalcanti Angelim Mendes, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Bruno César Machado Torres Galindo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Bruno Meneses Lorenzetto, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Camilo Zufelato, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Carla Reita Faria Leal, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Alexandre Amorim Rocha, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Carlos Luiz Strapazzon, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFF, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Carlos Pianovski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Celso de Barros Correia Neto, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Cesar Rodrigues van der Laan, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Claudio Ferreira Pazini, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Cristiano Gómes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Heineck Schmitt, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Ma. Daniela de Melo Crosara, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Danielle Annoni, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Davi Augusto Santana de Lelis, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. David Barbosa de Oliveira, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Devanildo Braz da Silva, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Diego Werneck Arguelhes, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Dunja Duic, Faculty of Law Osijek, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Croácia, Croácia / Dr. Edson Alvisi Neves, Universidade do Vigo, Ourense, Espanha / Dr. Eduardo Biacchi Gomes, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias,

Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Eduardo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Elaine Harzheim Macedo, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Curitiba, RS, Brasil / Dr. Emilio Peluso Neder Meyer, Universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Eriberto Franciso Beviláqua Marin, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dra. Erika Mendes de Carvalho, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, AM, Brasil / Dra. Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Eugênio Faccin Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Fabiana Santos Dantas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Fabiano César Rebuzzi Guzzo, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Fabio Queiroz Pereira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fábio Túlio Barroso, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Fabrício Ricardo de Limas Tomio, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Felipe de Melo Fonte, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Felipe Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Fernanda Sola, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, SP, Brasil / Dr. Fernando Angeló Ribeiro Leal, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Fernando César Costa Xavier, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Dr. Fernando do Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima, Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Mossoró, RN, Brasil / Me. Fernando Laércio Alves da Silva, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Filipe Lôbo Gomes, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Me. Flávia Orsi Leme Borges, Da Motta & Borges Sociedade de Advogados, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Francisco Humberto Cunha Filho, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Guilherme Brenner Lucchesi, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Guilherme Tanger Jardim, Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Gustavo César Machado Cabral, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Handel Martins Dias, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Heron José de Santana Gordilho, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Iara Antunes de Souza, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Ilzver Matos de Oliveira, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Me. Ivar Alberto Martins Hartmann, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jacopo Paffarini, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jailton Macena de Araújo, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dra. Jaqueline Mielke Silva, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. João Aparecido Bazolli, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. João Henrique Pederiva, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Jorge Luís Ribeiro dos Santos, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil / Dr. José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdade de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. José Diniz de Moraes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Josué Alfredo Pellegrini, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Juliana Teixeira Esteves, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Lavânia Cavalcanti Lima Cunha, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dra. Leila Maria d'Ájuda Bijos, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Brasília, DF, Brasil / Dr. Leonardo Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Leonardo Silva Nunes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Lídia Patricia Castillo Amaya, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Lívia Gaigher Bósio Campello, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Luciana Cordeiro de Souza Fernandes, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Me. Luciano Carlos Ferreira, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luis Alexandre Carta Winter, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Luís Fernando Sgarbossa, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Luiz Caetano de Salles, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Me. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Guilherme Arcaro Concl, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcelo Antonio Theodoro, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcelo Maciel Ramos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Márcio Alexandre da Silva Pinto, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marco Aurélio Gumieri Valério, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Marco Aurélio Nogueira, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Marco Félix Jobim, Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcos Jorge Catalan, Centro Universitário La Salle, Canoas, RS, Brasil / Dr. Marcos Prado de Albuquerque, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dra. Maria Auxiliadora Minahim, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Mariah Brochado Ferreira, Universidade

Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Marilda Miranda de Souza, Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, RO, Brasil / Mario Spangenberg Bolívar, Pontifícia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Mauricio Martins Reis, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Max Moller, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, SC, Brasil / Me. Maximiliano Vieira Franco de Godoy, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dra. Melina Girardi Fachin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Melina de Souza Rocha Lukic, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Me. Michael Freitas Mohallem, University College London, Londres, Reino Unido / Ma. Mônica Alves Costa Ribeiro, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Monica Paraguassu Correia da Silva, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Morton Luiz Faría de Medeiros, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Natalia Gaspar Pérez, Benemerita Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, México / Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Neuro José Zambam, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Nilson T. R. Campos Silva, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Me. Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Patricia Borba Vilar Guimarães, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Patricia Regina Pinheiro Sampaio, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Patricia Tuma Martins Bertolin, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Patryck de Araujo Ayala, Universidade Federal de Mato Grosso, Faculdade de Direito, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Paul Hugo Weberbauer, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Paulo César Busato, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Paulo Henrique da Silveira Chaves, Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Paulo Lopo Saraiva, Faculdade Maurício de Nassau, Natal, RN, Brasil / Dr. Paulo Roberto Nalin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Pedro Augustin Adamy, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg, Alemanha / Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Me. Périco Henrique Barroso, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rabah Belaïdi, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Rafael Fonseca Ferreira, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dr. Rafael Lamera Cabral, Universidade Federal Rural do Semiárido, Mossoró, RN, Brasil / Me. Rafael Reis Ferreira, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschosky, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Rejane Alves de Arruda, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Renata Christiana Vieira Maia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Renata Queiroz Dutra, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Renata Rodrigues de Castro Rocha, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Ricardo Maurício Freire Soares, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Me. Ricardo Rocha Viola, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Ricardo Sontag, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Roberto da Silva Fragale Filho, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, RJ, Brasil / Dr. Rodrigo Luís Kanayama, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Rodrigo Vitorino Souza Alves, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rogerio Mayer, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Rubens Valtecidès Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Salete Maria da Silva, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Salete Oro Boff, Instituição Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Sandro Marcelo Kozikoski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Saulo Nunes de Carvalho Almeida, Unicatólica de Quixadá, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Sérgio Cruz Arehart, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, RS, Brasil / Dr. Sergio Torres Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Shirlei Silmara de Freitas Mello, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Silviana Lucia Henkes, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Sônia Leticia de Melo Cardoso, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Ma. Tatiana Emilia Dias Gomes, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Taysa Schioccchet, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Me. Thiago Cortez Costa, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Tunjica Petrasevic, Faculty of Law Osijek, Osijek, Croácia / Me. Valter Moura do Carmo, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aietta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Venceslau Tavares Costa Filho, Fundação Universidade de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataide Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Wálder Araujo Carneiro, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Welton Roberto, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Me. William Soares Pugliese, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Wlademir Paes de Lira, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

AUTORES

Agassiz Almeida Filho é doutorando em Direito Constitucional na Universidade de Salamanca, Salamanca, Espanha; mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; professor de Direito Constitucional da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), PB, Brasil, e de Propedéutica Jurídica da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN), RN, Brasil. / Alan Chahrur é doutorando (com bolsa do CNPq) em Filosofia Política – Teoria Geral do Direito, do Estado e da Democracia, na Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), Campinas, SP, Brasil; mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), Marília, SP, Brasil; professor de Filosofia na graduação da Universidade Estadual Paulista, SP, Brasil. / Alexandre de Moura Bonini Ferrer é mestrando em Direitos Emergentes na Sociedade Global pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, Brasil; pós-graduando em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Franciscano (Unifra), Santa Maria, RS, Brasil. / Alvaro Augusto de Borba Barreto é doutor em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, RS, Brasil; professor de Ciência Política nos programas de mestrado e de doutorado da Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, RS, Brasil. / Caroline Bianca Graeff é mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, RS, Brasil. / Eduardo C. B. Bittar é livre-docente e doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; advogado; pesquisador N-2 do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). / Filomeno Moraes é doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio e Janeiro (IUPERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor titular do programa de pós-graduação em Direito Constitucional, mestrado e doutorado da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, CE, Brasil. / Gabriel Barroso Fortes é mestrando em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, CE, Brasil; advogado em Fortaleza, CE, Brasil. / Gabriel Prado Leal é doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; procurador federal, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil. / Isadora Scherer Simões é graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, Brasil. / Márcia Dieguez Leuzinger é doutora em Desenvolvimento Sustentável e mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; pós-doutora pela University of New England, Armidale, Austrália; professora de Direito Ambiental do mestrado e do doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, DF, Brasil; procuradora do Estado do Paraná em Brasília. / Mariana Barbosa Cirne é mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; docente na Uniceub, Brasília, DF, Brasil; procuradora federal – Advocacia Geral da União (AGU), Brasília, DF, Brasil. / Mario Gomes Schapiro é doutor e mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo, SP, Brasil. / Nina Trícia Disconzi Rodrigues é doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professora adjunta do doutorado e do mestrado em Direitos Emergentes na Sociedade em Rede na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, Brasil. / Rafael Azevedo é mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; professor da Faculdade Reinaldo Ramos (CESREI), Campina Grande, PB, Brasil; advogado. / Roberto Paulino é doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; professor adjunto da Faculdade de Direito do Recife; tabelião de notas do 25º Ofício do Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Rodrigo Cunha Chueiri é mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; professor do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, DF, Brasil; assessor de Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, DF, Brasil. / Sarah Morganna Matos Marinho é doutoranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo, SP, Brasil; pesquisadora na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo, SP, Brasil. / Sérgio Ferrari é doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor adjunto de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pesquisador visitante no Instituto do Federalismo da Universität Freiburg, Friburgo, Suíça; procurador da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Thiago André Pierobom de Ávila é doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil (2006); especialista pela École Nationale de la Magistrature, Paris, França; professor de direito processual penal e temas de direitos humanos no programa de pós-graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT), Brasília, DF, Brasil; promotor de justiça e coordenador do Núcleo de Direitos Humanos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) em Brasília, DF, Brasil. / Vicente Elísio de Oliveira Neto é mestrando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação (PPGD) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); e promotor de justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

Sumário

- 11 **Crise política e Teoria da Democracia**
Contribuições para a consolidação democrática no Brasil contemporâneo
Eduardo C. B. Bittar
- 35 **A importância teórica e prática da norma fundamental**
Alan Ibn Chahrur
- 55 **Criação de municípios e debate científico**
Entre mitos e métodos
Sérgio Ferrari
- 81 **Prestação de contas de campanha eleitoral como requisito à Certidão de Quitação Eleitoral**
Polêmicas e desencontros no ordenamento jurídico brasileiro
Alvaro Augusto De Borba Barreto
Caroline Bianca Graeff
- 105 **Pressupostos do constitucionalismo ambiental**
Agassiz Almeida Filho
- 123 **Migrações de conceitos constitucionais**
A história do voto na Constituição brasileira de 1988
Mariana Barbosa Cirne
- 143 **A (re)construção dos direitos sociais no século XXI**
Entre a progressividade, a estabilidade e o retrocesso
Gabriel Prado Leal
- 167 **Aspectos constitucionais da relação Estado/Terceiro Setor e a garantia do direito das pessoas com deficiência à educação**
Vicente Elísio de Oliveira Neto
- 199 **Federalismo e democracia**
Gabriel Barroso Fortes
Filomeno Moraes

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

- 227 **EIRELI**
Constituição e reflexões acerca do Projeto de Lei do Senado 96/2012
Nina Tricia Disconzi Rodrigues
Alexandre de Moura Bonini Ferrer
Isadora Scherer Simões
- 253 **A gestão compartilhada de áreas protegidas como instrumento de compatibilização de direitos**
Márcia Dieguez Leuzinger
- 273 **Compliance concorrencial**
Cooperação regulatória na defesa da concorrência?
Mario Gomes Schapiro
Sarah Morganna Matos Marinho
- 301 **Audiência de custódia**
Avanços e desafios
Thiago André Pierobom de Ávila
- 335 **O problema da causa na resolução dos contratos**
Roberto Paulino
Rodrigo Cunha Chueiri
Rafael Azevedo

Crise política e Teoria da Democracia

Contribuições para a consolidação democrática no Brasil contemporâneo

EDUARDO C. B. BITTAR

Resumo: Diante da crise política vivida pelo País no atual contexto, este artigo trata do tema da democracia, abordado pelo viés da Teoria da Democracia, na interface com a Filosofia Social e a Filosofia do Direito, compreendendo a vanguarda do debate teórico-democrático como válida contribuição à rediscussão da noção de democracia na realidade brasileira contemporânea.

Palavras-chave: Crise política. Teoria da Democracia. Consolidação democrática.

1. Crise política e Teoria da Democracia

O cenário de *crise política* na realidade brasileira contemporânea expõe as fragilidades, inconsistências e autoritarismos que atravessam a nossa história, abrindo um espaço intelectual para que se possam pensar as significações da democracia, a partir do debate filosófico contemporâneo. Esta reflexão considera que a sequência de manifestações de rua de 2013, juntamente com as tensões eleitorais presidenciais de 2014, até o pedido de *impeachment* de 2015, assinala a debilidade das instituições públicas e democráticas, e testemunham ainda a incapacidade de gerar justiça social e respeito à lei, ao mesmo tempo em que atestam o amadurecimento da consciência política contemporânea. O modo de se diagnosticar esse tipo de conjuntura vem sendo atualizado diante de imensas transformações, mas foi em recente artigo publicado, *O Decreto nº 8.243/2014 e os desafios da consolidação democrática brasileira* (BITTAR, 2014), que se puderam colher algumas chaves históricas

Recebido em 22/1/16

Aprovado em 13/6/16

do *passado* que cunham a situação do *presente*. Nesta oportunidade, não se trata de retomar aqueles argumentos, mas sim de fazer avançar a compreensão que se tem de *democracia*, a partir da vanguarda dos debates sobre o tema.

Assim, acompanhando a análise do sociólogo alemão Ulrich Beck, fica claro que há novos horizontes seja para a reflexão filosófico-política, apesar da afirmação reiterada de “fim da história” que tomou o ambiente do final do século XX, seja para a afirmação de novos caminhos e passos para a transformação da democracia, da vida pública e da liberdade política ativa no século XXI, apontando-se assim para o uso corajoso da *razão pública* e da *liberdade política* como recursos deste processo histórico em tempos difíceis marcados pelo terrorismo global, falta de alternativas utópicas, extremismos e desnorteamentos.¹

Logo de início, esse tipo de advertência é de suma importância, na medida em que as últimas décadas foram marcadas pela ascensão e queda do *neoliberalismo*, e, paradoxalmente, o mundo contemporâneo alimenta-se da sensação de vazio de referências políticas, num desnorteio de buscas e novas irracionais, que demarcam diversas preocupações para a teoria contemporânea da democracia. Daí, a necessidade de percorrer, observar e compreender as afinidades e discordâncias entre as grandes correntes teóricas contemporâneas, para delas extrair os elementos que fundamentarão as perspectivas de trabalho voltadas à atualização do ideário político-democrático na realidade brasileira contemporânea.

O que se perceberá, ao longo da abordagem das atuais teorias e concepções de democracia, é que todas apresentam como traço em

¹“Ambivalencia y vacío, tomados conjuntamente, significan: la situación es no sólo sin esperanza, sino que también está más abierta que nunca, tanto desde el punto de vista intelectual como político” (BECK, 2002, p. 32).

comum a crítica à democracia em sentido liberal, por sua incapacidade de significar uma alternativa no contexto atual, especialmente conhecendo o estado de crise da ideia de representação política.²

2. Teorias da Democracia: debates e perspectivas

Do ponto de vista teórico, à parte a mais tradicional divisão conceitual entre a *democracia dos antigos* e a *democracia dos modernos*,³ que organizou boa parte das discussões filosóficas em torno do termo, vem-se afirmando um conjunto de novos arranjos conceituais, concepções, linhas de pensamento e debates (democracia como diálogo social; democracia como reconhecimento e justiça; democracia como deliberação racional). Desde os anos 1970, o termo *democracia* tem sido reinventado por meio de refinados estudos sobre a exaustão da *democracia liberal*, o contexto histórico de *crise da modernidade* e a necessidade de *recriação de condições de exercício e atualidade à política democrática*.

As contribuições, as pesquisas e as concepções advindas dos estudos de Joseph Bessette e as discussões de Joshua Cohen e Jon Elster tiveram caráter precursor no desenvolvimento desse processo de rearticulação da potência incubada no termo (ELSTER, 1998, p. 107).⁴

²“As we have seen, Dewey shares with republicanism and proceduralism a critique of the liberal understanding of democracy; however, he proceeds from a model of communicative freedom that enables the development of a stronger, more demanding concept of democratic will-formation” (HONNETH, 1998, p. 233).

³“Entre as doutrinas democráticas podemos distinguir três grandes concepções: a democracia direta (que se divide em duas formas distintas: a dos antigos e a dos modernos), a democracia representativa e a democracia como competição entre elites” (TOSI, 2013, p. 225).

⁴Com base nessas análises, depreende-se na reflexão de Joshua Cohen a seguinte concepção de democracia de-

Desde então, formou-se um grande caldo de discussões, que apenas ganhou relevo e força, na medida em que, do ponto de vista da filosofia e da ciência política, na transição dos anos 80 para os anos 90, situa-se o contexto de derrocada do socialismo soviético e das experiências concretas derivadas deste regime, seguido da emergência do debate político sobre o *comunitarismo*.⁵

Nos anos 80, difunde-se a concepção segundo a qual os desafios das sociedades modernas, complexas e contemporâneas não podem ser enfrentados a partir da apatia dos cidadãos votantes e inertes. Àquela época, a ideia de renovação da democracia passou a dar-se nos termos da *democracia participativa*, que já representava uma ampliação reformista do modelo de democracia liberal e representativa, que acaba por encapsular a política na especialização, na técnica e no domínio da burocracia dos partidos. De acordo com Rainer Forst, foi nesse período que o termo *democracia* ganhou sua ainda mais nova versão como *democracia deliberativa*, indo além dos limites da expressão *democracia participativa*, tendo recebido os insumos do importante debate entre *liberalismo* e *comunitarismo*.⁶

Será a partir daí, e por meio da contribuição de J. Bessette (*Deliberative democracy*, 1980), que a expressão se consagrará no sentido de enfatizar o autogoverno, a deliberação entre cidadãos livres e iguais, e a capacidade da racionalização pública e inclusiva da participação popular para gerar insumos na esfera pública – o que, aliás, passa a definir e a distinguir a expressão em seus melhores termos.⁷

É no contexto dos anos 90 que a expressão *democracia deliberativa* se difunde e ganha enorme apelo argumentativo no debate teórico da Filosofia Política e das ciências sociais em geral, vindo a impor-se sobre

liberativa: “Deliberative democracy, then, is not simply about ensuring a public culture for reasoned discussion on political affairs, nor simply about fostering the bare conjunction of such a culture with conventional democratic institutions of voting, parties, elections. The idea instead is manifestly to tie the exercise of power to conditions of public reasoning: to establish all those conditions of communication under which there can come into being a discursive formation of will and opinion on the part of a public composed of the citizens of a state and to generate communicative power – and institutionalized impact of that will and opinion on the exercise of political power” (COHEN, 1998, p. 186-187).

⁵ A constatação é de Axel Honneth: “Not least as a result of the temporal coincidence of the fall of the Soviet empire and the Western debate on communitarianism, efforts to elucidate the normative foundations of democracy have been increasing worldwide in recent years” (HONNETH, 1998, p. 218).

⁶ “‘Comunitarismo’ e ‘liberalismo’ são conceitos genéricos vagos para designar as posições no interior de uma controvérsia que, durante os anos 1980, centrou-se em torno desse problema e desenvolveu-se – também para além do contexto anglo-americano de seu surgimento – como centro irradiador da discussão sobre questões normativas fundamentais das comunidades políticas” (FORST, 2010, p. 10).

⁷ “Deliberative democracy, broadly defined, is thus any one of a family of views according to which the public deliberation of free and equal citizens is the core of legitimate political decision making and self-government” (BOHMAN, 1998, p. 401).

a anterior, em função da busca da consolidação da participação aliada ao desenvolvimento qualitativo das formas da deliberação racional coletiva e socialmente institucionalizada em sociedades plurais e diversas.⁸ Seu impacto sobre os estudos do Direito virá na carreira da sensação de crise do positivismo, de renovação do constitucionalismo e na busca de alternativas às teorias clássicas de fundamentação da constituição, da representação política e dos modos de participação social.⁹

Assim, a abertura conceitual do termo *democracia* no cenário histórico atual é de latidão significativa e de impressionante dimensão, alargando possibilidades que as concepções de Joseph Bessette (*Deliberative democracy*, 1980), Benjamin Barber (*Strong democracy*, 1984), Joshua Cohen (*An epistemic conception of democracy*, 1986), James Bohman (*Deliberative democracy*, 1997), Simone Chambers (*Reasonable Democracy*, 1996), Seyla Benhabib (*Democracy and difference*, 1996) e Jon Elster (*Deliberative democracy*, 1998) vieram desbravando, reforçando, criticando e consolidando no cenário dos debates mundiais.

Esses debates se cruzarão e se conectarão aos mais profundos impactos gerados pela publicação de duas concepções filosóficas que terão enorme contribuição em todo esse

⁸ A respeito do tema, leia-se: “Nesse contexto, o próprio termo democracia participativa, utilizado a partir dos anos 1980, serviria para qualificar tal inovação. A democracia participativa corresponderia, assim, a uma demanda social que expressaria a tendência crescente dos cidadãos de não se contentarem mais em simplesmente eleger seus representantes assinando-lhes uma carta em branco. Aliás, prossegue Rosanallon, o projeto de uma democracia deliberativa, que começa a se impor a partir dos anos 1990, visaria, implicitamente, superar os limites da democracia participativa, a partir de uma abordagem que poderia ser qualificada de mais qualitativa em virtude de sua especial atenção à discussão racional e aos processos argumentativos” (VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 653).

⁹ Para um estudo detido do conceito de *democracia deliberativa*, e seus impactos no âmbito do direito constitucional, consulte-se Souza Neto (2006).

cenário teórico, as de John Rawls (*Political liberalism*, 1993) e de Jürgen Habermas (*Faktizität und Geltung*, 1992).¹⁰ Desta tensão entre concepções distintas, com sérias contribuições na perspectiva do liberalismo igualitário e da teoria crítica, nasce todo o potencial de um *repensar* a teoria clássica da democracia, que se vai aproximando cada vez mais de ser um *ideal prático*, um sistema em uso, um recurso de maximização do projeto da *modernidade política*, uma forma de enfrentar a sensação de exaustão do neoliberalismo, não obstante as dificuldades, as críticas teóricas e a diversidade dos processos de implementação e execução dos modelos.¹¹

A partir do diagnóstico de crise, portanto, a democracia representativa, moderna e liberal¹² veio ganhando novas significações e adjetivações. Pretende-se investigá-las mais de perto, considerando as seguintes linhas de pensamento, bem como suas enormes contribuições ao tema: democracia e comunitarismo: identidades e virtudes; democracia e repubicanismo: autogoverno e virtudes; democracia e proceduralismo: esfera pública e comunicação; democracia e cooperação reflexiva:

¹⁰ Ver Habermas e Rawls (1998).

¹¹ “This survey of some of the literature in this burgeoning field shows that a certain maturation in discussions of deliberative democracy is taking place. Tempered with considerations of feasibility, disagreement and empirical limits, deliberative democracy has now come of age as a practical ideal” (BOHMAN, 1998, p. 422).

¹² “A democracia representativa: é a forma moderna de democracia que nasce no contexto histórico do surgimento dos Estados soberanos modernos nos quais, devido à sua extensão e complexidade, o princípio da soberania popular é exercido não diretamente, mas através de representantes. A primeira realização histórica de uma democracia moderna em ampla escala foram os Estados Unidos da América no século XVIII e hoje, sobretudo após o colapso do comunismo, esta é a forma de governo mais difusa no mundo contemporâneo, ainda que com grandes variações. Na democracia representativa moderna (sobretudo na tradição inglesa), o Parlamento é a fonte principal do poder enquanto são os representantes do povo eleitos que elaboram as leis implementadas pelo executivo e fiscalizadas pelo Judiciário” (TOSI, 2013, p. 229).

pragmatismo e trabalho social; democracia deliberativa: autonomia e direito à justificação.

2.1. Democracia e comunitarismo: identidades e virtudes

Tendo surgido nos anos 80, a corrente de estudos intitulada *comunitarismo* resgata nos laços de comunidade os principais traços de sua reflexão teórica, daí nutrindo a concepção de cidadania, de democracia e suas instituições, com elementos que estão ausentes das ponderações liberais. Se o comunitarismo e o liberalismo forem tomados como modelos teóricos puros, poder-se-á entender o termo *cidadania* de formas diferentes; a *cidadania*, em seu formato comunitário, é fruto de processos éticos derivados de estímulos sociais e políticos que geram mais compromisso, proximidade e laços solidários, e, em seu formato liberal, é fruto do reconhecimento individual da esfera delimitada de cada qual, base para a estrutura dos direitos e das liberdades.¹³

Exatamente por isso, o comunitarismo nasce vocacionado a contrapor-se ao liberalismo, especialmente em face do *atomismo* que este acaba por promover, propondo-se a inovar na capacidade de perceber nos *laços comunitários* as práticas, as identidades e os valores de coexistência que são reificados e subvalorizados no pensamento liberal.¹⁴ Ao se contraporem ao liberalismo, e à ideia de que os laços sociais predominam na base de interesses e preferên-

¹³ “Do ponto de vista típico ideal, se o comunitarismo apreende a cidadania como sendo constituída eticamente e caracterizada por determinadas virtudes orientadas para o bem comum, o liberalismo, por sua vez, entende a cidadania como sendo primeiramente um *status jurídico* de liberdades subjetivas iguais” (FORST, 2010, p. 116).

¹⁴ “O comunitarismo pode ser caracterizado, em princípio, como uma corrente de pensamento que surgiu na década de 1980, e que se desenvolveu em permanente polêmica com o liberalismo em geral e com o liberalismo igualitário em particular” (GARGARELLA, 2008, p. 137).

cias individuais,¹⁵ os comunitaristas formam uma corrente de pensamento com uma diversidade enorme de concepções. Tal é o caso de Robert Putnam, Charles Taylor, Michael Sandel, Alasdair MacIntyre,¹⁶ que valorizam a ideia de que os indivíduos se fazem pelo conjunto de suas interações sociais identitárias, situadas histórica e culturalmente; e é nesta medida que se define a qualidade local situada da construção de solidariedades, interesses mútuos comungados e processos interpessoais de integração.¹⁷

O ambiente de socialização, as condições históricas dos atores, o compartilhamento de práticas, a atmosfera de construção de laços de identidade, o local de situação e enraizamento de práticas sociais e culturais são fatores de decisivo colorido central de concretude para a concepção comunitarista.¹⁸ Porém, é com

¹⁵ “Diante de posturas como as de Taylor ou MacIntyre, os liberais tenderiam a enfatizar excessivamente as preferências dos indivíduos. Segundo eles, atendendo a tais preferências, contribui-se melhor para o bem comum. Para os comunitaristas, por outro lado, o ponto de partida é exatamente o oposto” (GARGARELLA, 2008, p. 148).

¹⁶ “O termo ‘comunitarismo’ pode servir muito mais de ‘anteparo’ para reunir uma variedade de estudos que, em todo caso, vinculam-se uns aos outros para superar uma linha semelhante de críticas ao liberalismo” (GARGARELLA, 2008, p. 138).

¹⁷ Na leitura de Rainer Forst: “Contudo, tomada de um modo bem geral, pode-se vislumbrar uma tese comunitarista central a justificar o uso desse conceito. Ela diz que o ‘contexto da justiça’ deve ser o de uma comunidade que, em seus valores, práticas e instituições amadurecidos historicamente – enfim, em sua identidade –, forma um horizonte normativo que é constitutivo para a identidade de seus membros e, com isso, constitutivo para as normas do justo” (FORST, 2010, p. 11). Na visão comunitarista de Charles Taylor isso se afirma da seguinte forma: “Nosso caráter é formado pelas associações que se estabelecem em nossa história. Elas nos inclinam a servir a felicidade geral ou não, e com base nisso somos julgados bons ou maus. Mas não somos nenhum dos dois por natureza; podemos transformar-nos em um ou outro. Esta é a única questão relevante” (TAYLOR, 2013, p. 412).

¹⁸ “A identidade de cada um – segundo um renomado comunitarista, Charles Taylor – é definida em boa parte a partir do conhecimento de onde a pessoa está situada, quais são suas relações e compromissos: com quem e com que projeto se sente identificada. Perante aqueles que apresentam uma ideia vaga da liberdade, os comunita-

razão que, em *Contextos da justiça*, Rainer Forst chama a atenção para o fato de que não se podem compreender todas as posições do *comunitarismo* enquanto formadoras de um bloco, que impediria enxergar as particularidades de seus autores, na medida em que se identificam com este colorido central de concretude, embora se parta de premissas, metodologias e concepções muito diferentes entre si.¹⁹ Considerando esse tipo de preocupação é que, para efeitos de circunscrição da análise aqui empreendida, serão destacados traços das concepções comunitaristas de Charles Taylor e de Robert Putnam.

A concepção de Charles Taylor, especialmente em *As fontes do self*, é muito clara neste sentido, pois nos faz pensar na importância dos *traços morais* da socialização no respeito à alteridade, assim traduzidos em respeito à vida, à integridade, ao bem-estar e à prosperidade dos outros.²⁰ O que está em *ego* se projeta para *alter*. A partir daí, fica claro que não se pode interpretar o indivíduo como pessoa *des-situada*, ou seja, desvinculada de laços, relações e parcerias, práticas comuns; todo indivíduo se socializa de forma a que das interações brotem possibilidades de socialização, que se costuma chamar de *identidades*.²¹ Ao contrário

ristas defendem uma ideia de liberdade ‘situada’, capaz de considerar nosso ‘fazer parte’ de certas práticas compartilhadas” (GARGARELLA, 2008, p. 140).

¹⁹ “Nesse contexto, porém, as objeções de teóricos como Charles Taylor, Michel Sandel, Alasdair MacIntyre ou Michael Walzer (para citar os mais importantes) apresentam diferenças metodológicas e normativas essenciais. Por isso, evitar-se-á, no que se segue, falar *da* tradição comunitarista ou *da* tradição liberal” (FORST, 2010, p. 10).

²⁰ “Talvez o mais urgente e poderoso conjunto de exigências que reconhecemos como morais refira-se ao respeito à vida, à integridade, ao bem-estar e mesmo à prosperidade dos outros” (TAYLOR, 2013, p. 17).

²¹ Sobre o conceito de identidade, em Charles Taylor: “É essa situação original que confere sentido ao nosso conceito de ‘identidade’, dando uma resposta à questão de quem sou ao definir a partir de onde falo e de a quem falo. A plena noção de identidade de alguém envolve, em geral, não só sua posição em assuntos morais e espirituais como

da valorização desses laços identitários, que o comunitarismo quer enfatizar, o atomismo social apenas promove os interesses egoístas, desprezando aspectos decisivos da vida cívica, que teriam grande peso a desempenhar no jogo dos arranjos para a consolidação de práticas e instituições democráticas viáveis e efetivas, ativas e promotoras do bem comum.²² O maior prejuízo é visto na dinâmica do exercício da liberdade pública, pois a co-dependência implica o preparo para o cultivo de valores cívicos e é nessa medida que a vida política míngua onde a concepção atomista de liberdade se entraîneira.²³

Na mesma toada de Charles Taylor, no comunitarismo de Robert Putnam encontra-se a concordância de que os vínculos de afirmação da vida cívica dependem razoavelmente do solo fértil da existência de “virtudes cívicas” e “práticas republicanas”.²⁴ A percepção de Robert Putnam é de todo interessante, quando se trata de pensar na forma como as práticas políticas se criam, se sedimentam e se consolidam. Afinal, a democracia é uma prática social e requer investimento humano permanente

também alguma referência a uma comunidade definitória” (TAYLOR, 2013, p. 55-56).

²² “Mas a sociedade instrumental também costuma ser acuada pelas consequências públicas. Uma acusação antiga que já discuti é que ela tende a destruir a liberdade pública. Tocqueville ofereceu uma variante disso, em sua noção de que a sociedade atômica, instrumental, tanto enfraquece a vontade de manter essa liberdade como solapa os focos locais de autogoverno dos quais a liberdade depende crucialmente” (TAYLOR, 2013, p. 641).

²³ “Uma sociedade de autorrealizadores, cujas associações são vistas cada vez mais como revogáveis, não pode manter forte identificação com a comunidade política que a liberdade pública requer” (TAYLOR, 2013, p. 648).

²⁴ “Eis uma lição a ser tirada de nossa pesquisa: o contexto social e a história condicionam profundamente o desempenho das instituições. Quando o solo regional é fértil, as regiões sustentam-se das tradições regionais, mas quando o solo é ruim, as novas instituições definham. A existência de instituições eficazes e responsáveis depende, no jargão do humanismo cívico, das virtudes e práticas republicanas. Tocqueville tinha razão: diante de uma sociedade civil vigorosa, o governo democrático se fortalece em vez de enfraquecer” (PUTNAM, 2006, p. 191).

para se realizar. Essa realização depende de uma série de fatores que têm muito a ver com a capacidade de agremiação, associação, vinculação e relacionamento sociais.

Com efeito, a teoria de Putnam acerca do “capital social” é de todo decisiva para pensar um componente da vida democrática: a capacidade de *sustentar vínculos* que transcendam à dinâmica do indivíduo. Isso significa um grande desafio no estado atual de desenvolvimento da vida social, na medida em que o *individualismo consumista* devastou alternativas comportamentais socialmente relevantes. Na contramão das tendências históricas do momento, a leitura de mundo proposta pela concepção política de Robert Putnam acaba dando fôlego ao debate sobre *comunidade* e *democracia* no ambiente de exaustão da democracia liberal,²⁵ reservando-se a esses estudos a possibilidade de sua ressignificação inclusive no ambiente histórico pós-neoliberal.

A partir da experiência comunitária empírica, pode-se perceber a qualidade dos vínculos humanos e interações sociais, situando esse tipo de abordagem,²⁶ evidenciando-se o quanto os laços comunitários são elementos determinantes para a construção do governo democrático. Nessa visão, a democracia não se faz apenas por meio do “salto de gigante” do indivíduo votante ao governo democrático, mas das *instâncias intermediárias*, das *media-*

²⁵ “Ironicamente, a supremacia filosófica da democracia liberal se faz acompanhar de uma crescente insatisfação com seus resultados práticos” (PUTNAM, 2006, p. 19). Nessa linha, os comentários de Roberto Gargarella: “Se o liberalismo não demonstra preocupações como as anteriores, isso se deve – segundo os autores comunitaristas – ao fato de não reconhecer os profundos vínculos que unem os indivíduos de uma mesma comunidade entre si, e de não reconhecer os vínculos que ligam esses indivíduos a sua própria comunidade: o liberalismo parece conceber os sujeitos como separados uns dos outros e de sua comunidade” (GARGARELLA, 2008, p. 143).

²⁶ “As duas questões básicas da ciência política são: ‘quem governa?’ e ‘quão bem?’” (PUTNAM, 2006, p. 77).

ções parciais, do *associativismo*, das *dinâmicas coletivas*, dos *papéis complementares*, o que implica uma forma pré-política de construção do sentimento de vínculo com a coletividade e com o interesse público, com o que é comum e com o que é socialmente justo.²⁷ Seguindo essa visão, a democracia não tem a ver apenas com governo, com voto, com política institucional, com atividades ligadas ao Estado, mas com um conjunto de *interfaces sociais* pré-políticas que definem o “capital social” como uma forma qualitativa de interação social, em que a vivência da *reciprocidade social* com o outro é anterior a qualquer imposição vertical ou externa aos atores sociais.

O *comunitarismo* de Robert Putnam baseia-se, portanto, na noção de *comunidade cívica*; e essa expressão, no sentido aqui a ela atribuído, ganha sentido quando os laços entre os cidadãos fazem com que esses sujeitos se tornem ativos e interessados pelo que é comum, sabendo sopesar a relação entre seus interesses privados e interesses voltados ao bem público.²⁸ Nesse sentido, o *ativismo cívico* não

²⁷ A observação advém da interpretação de Emil Sobotka: “Quer-me parecer, que a associação inicial que Putnam faz do capital social como elemento pré-político fundamental à democracia, valesse ser resgatado. Ali se reconhecia a importância dos contextos intermediários de interação social, tais como associações, igrejas, sindicatos etc. para o todo da sociedade. A participação neles leva o indivíduo moderno a inserir-se na criação de formas novas e estáveis de intercâmbio, de solidariedade, que o vinculam a comunidades antes que a mercados. As relações de reciprocidade estabelecidas nestas comunidades envolvem lealdades e afinidades, e permitem um aprendizado político vital à democracia. E são muito mais estáveis que a capitalização de relações interpessoais para interesses particulares” (SOBOTTKA, 2009, p. 158).

²⁸ “Numa comunidade cívica, a cidadania se caracteriza primeiramente pela participação nos negócios públicos. ‘O interesse pelas questões públicas e a devoção às causas públicas são os principais sinais de virtude cívica’, diz Michael Walzer. Decerto nem toda atividade política merece ser qualificada como virtuosa ou contribui para o bem geral. O significado básico da virtude cívica parece residir em um ‘reconhecimento e uma busca perseverante do bem público à custa de todo interesse puramente individual e particular’” (PUTNAM, 2006, p. 101).

depende do governo nem das formas verticais de interação política, mas da forma como as associações civis organizam suas atividades e facilitam a criação de redes de convívio, com base nas quais se dá a possibilidade de estabilizar formas de compromisso em que cada um é tomado como sujeito, gerando efeitos socialmente significativos.²⁹

A noção de *capital social* é igualmente central para o *comunitarismo* de Robert Putnam, e, exatamente por isso, aponta para as características que deveriam ser vistas e trabalhadas no contexto da vida cívica: confiança, norma, coordenação da ação social.³⁰ São propriamente as redes de reciprocidades que firmam o horizonte da ação comum no solo da *confiança* e da *cooperação*, e é a partir desses elementos que a estabilização do convívio alcança patamares cada vez mais elevados, realizando ideais nivelados por exigências gradativamente crescentes, a partir de expectativas atendidas e bem-sucedidas, o que apenas reafirma a qualidade dos vínculos sociais. Se noções abstratas como *confiança* e *cooperação* forem desprezadas no contexto dos processos de afirmação de democracia, muito do que existe em *termos qualitativos* no convívio humano e social será considerado desprezível e irrelevante na definição dos laços políticos.³¹ Ao contrário do afirmado, na base da *desconfiança*, todo víncu-

²⁹ “Diz-se que as associações civis contribuem para a eficácia e a estabilidade do governo democrático, não só por causa de seus efeitos internos sobre o indivíduo, mas também por causa de seus efeitos externos sobre a sociedade” (PUTNAM, 2006, p. 103).

³⁰ “Aqui o capital social diz respeito a características da organização social, como confiança, normas e sistemas, que contribuem para aumentar a eficiência da sociedade, facilitando as ações coordenadas” (PUTNAM, 2006, p. 177).

³¹ “A confiança promove a cooperação. Quanto mais elevado o nível de confiança numa comunidade, maior a probabilidade de haver cooperação. E a própria cooperação gera confiança. A progressiva acumulação de capital social é uma das principais responsáveis pelos círculos virtuosos da Itália cívica” (PUTNAM, 2006, p. 160).

lo se desfaz liquidamente, e os atores retornam ao ponto de individualismo do qual partiram.

A participação é central e, nessa medida, as formas e os sistemas de participação são fundamentais para a gestão dos modos como se darão as formas de construção dos vínculos sociais contributivos e realizadores do espaço público que se consolida pelo conjunto das práticas sociais.³² Todavia, a participação qualitativa é definida com base nas exigências frontais de *confiança* e *cooperação*. Assim, para que a democracia se afirme, é necessário que haja *confiança* e *reciprocidade*, e os laços comunitários apenas contribuem para que a eficácia de todo o sistema o torne, ao final, crível, legítimo, eficiente, sólido e coeso, consistente a ponto de atrair mais apostas em suas instituições, em seus mecanismos e em suas práticas. Na visão de Putnam, as instituições democráticas devem ter a capacidade de ser sensíveis e eficazes, para que os recursos escassos sejam drenados para as causas realmente relevantes e para o atendimento das preferências dos cidadãos.³³

A igualdade em direitos e deveres e a horizontalidade das relações de reciprocidade são dois elementos centrais da concepção de *comunidade cívica*.³⁴ Em toda comunidade cí-

³² “Os sistemas de participação cívica são uma forma essencial de capital social: quanto mais desenvolvidos forem esses sistemas numa comunidade, maior será a probabilidade de que seus cidadãos sejam capazes de cooperar em benefício mútuo” (PUTNAM, 2006, p. 183).

³³ “Para ter um bom desempenho, uma instituição democrática tem que ser ao mesmo tempo sensível e eficaz: sensível às demandas de seus eleitorados e eficaz na utilização de recursos limitados para atender a essas demandas” (PUTNAM, 2006, p. 25). Em outra passagem: “Segundo os teóricos da democracia, de John Stuart Mill a Robert Dahl, a principal característica de uma democracia é a constante sensibilidade do governo em relação às preferências de seus cidadãos” (PUTNAM, 2006, p. 77).

³⁴ “Na comunidade cívica, a cidadania implica direitos e deveres iguais para todos. Tal comunidade se mantém unida por relações horizontais de reciprocidade e cooperação, e não por relações verticais de autoridade e dependência” (PUTNAM, 2006, p. 102).

vica há respeito nas relações interpessoais e tolerância nas divergências, e esses componentes não são menos importantes para tornar menos hostil a presença ativa de cada um no espaço público.³⁵ Exatamente por isso, é analisado e sopesado o quanto os laços de afinidade, disponibilidade, agremiação e coletivismo pré-políticos participam da definição da qualidade da gestão do interesse comum.³⁶ Onde vigora a *ilegalidade*, a *injustiça*, a *desigualdade*, a *agressividade*, a *violência*, a *exploração*, a *desconfiança*, a *rapinagem*, a *verticalidade*, o *autoritarismo* há indícios de laços cívicos mais tênuas, ainda primeiros em relação a estágios mais avançados de desenvolvimento do civismo comunitário.³⁷

A estabilidade das regras, a mediação do convívio pelo respeito às regras, a expectativa atendida de que as regras serão invocadas e efetivadas geram uma *coerência comunitária* partilhada na forma de agir em sociedade que realiza os ideais de proteção de todos, o que apenas reforça o sentimento gratificante de que a vida comunitária é preferível a qualquer outra forma de vida.³⁸ A grande dificuldade é aquela que define *como* se pode criar *capital social*, a partir de induzimentos culturais, religiosos, educacionais, econômicos, ideológicos, filosóficos, sociais e políticos, apesar de se concordar com Putnam que a democracia depende firmemente dele para se prosperar.³⁹

2.2. Democracia e republicanismo: autogoverno e virtudes

A teoria da democracia pode, agora, ser compreendida numa outra perspectiva, a do *republicanismo*, que remonta a uma tradição clássica que provém já da filosofia política antiga (Aristóteles, Tucídides, Cícero,

³⁵ “Em muitos aspectos, os cidadãos de uma comunidade cívica são mais do que meramente atuantes, imbuídos de espírito público e iguais. Os cidadãos virtuosos são preservativos, respeitosos e confiantes uns nos outros, mesmo quando divergem em relação a assuntos importantes. A comunidade cívica não está livre de conflitos, pois seus cidadãos têm opiniões firmes sobre as questões públicas, mas são tolerantes com seus oponentes” (PUTNAM, 2006, p. 102).

³⁶ “Ser membro de clubes desportivos, grupos culturais e recreativos, organizações comunitárias e filantrópicas, associações educativas e juvenis, entre outros, é aproximadamente duas vezes mais comum nas regiões mais cívicas do que nas regiões menos cívicas” (PUTNAM, 2006, p. 111).

³⁷ “Numa comunidade menos cívica, ao contrário, há maior insegurança, os cidadãos são mais desconfiados, e as leis, concebidas pelos maiorais, são feitas para ser desobedecidas” (PUTNAM, 2006, p. 124).

³⁸ “Tais diferenças, notavelmente coerentes, estão na raiz da distinção entre comunidades cívicas e comunidades não cívicas. A vida coletiva nas regiões cívicas é facilitada pela expectativa de que os outros provavelmente seguirão as regras. Sabendo que os outros agirão assim, o mais provável é que o cidadão faça o mesmo, satisfazendo assim às expectativas deles” (PUTNAM, 2006, p. 124).

³⁹ A derradeira frase do Capítulo 6 de *Comunidade e democracia*, de Robert Putnam, diz muito sobre o tema: “Criar capital social não será fácil, mas é fundamental para fazer a democracia funcionar” (PUTNAM, 2006, p. 194).

Sêneca), baseada na ideia do *governo das leis* sobre o *governo dos homens*.⁴⁰ Ao longo de sua história, produzem-se feições mais modernas de sua matriz original, com as mais diversas nuances. Podem-se citar, nessa longa coleção de referências, autores como Nicolau Maquiavel, Jean-Jacques Rousseau,⁴¹ Montesquieu, James Harrington, John Milton⁴² e Hannah Arendt.⁴³ Ainda que os autores tenham enormes diferenças metodológicas entre si, é fato que tanto a linha teórica do republicanismo quanto a do comunitarismo se opõem ao liberalismo,⁴⁴ na exata medida em que ambas as concepções enxergam na ausência de práticas comuns a consolidação do egoísmo como forma de vida, a tradução de convívio em troca de mercadorias, a exaustão dos direitos na ausência de violações à liberdade, a redução do papel social do cidadão ao de contribuinte, a burocratização da política, a especialização do exercício do poder, e, por isso, o alijamento do povo da efetividade soberana de controle do poder.

O que o espírito do republicanismo acaba por reclamar é a noção de que uma comunidade não é apenas um amontoado de indivíduos, mas, e, especialmente desde Rousseau,⁴⁵ um corpo moral associado, cujas regras são construídas com base na vontade geral, diretamente presente e ativa nas assembleias comunais,⁴⁶ fazendo-se obedecer por serem fru-

⁴⁰ “La nota característica de una república (*Commonwealth*) consiste en que es un imperio de las leyes y no de los hombres” (SABINE, 2006, p. 387).

⁴¹ “La filosofía social de la que tuvo que desligarse Rousseau era el individualismo sistemático que, en la época en que escribía, se atribuía a Locke. Sostenía esa doctrina que el valor de todo grupo social consiste en la felicidad o satisfacción que produce a sus miembros y en especial en la protección del derecho que les es inherente a poseer propiedad y gozar de ella. Los seres humanos se ven llevados a la cooperación por el egoísmo ilustrado y un minucioso cálculo de las ventajas individuales. Una comunidad es esencialmente utilitarista; no tiene en si ningún valor, aunque protege valores; el motivo en que descansa es el egoísmo universal; y contribuye sobre todo a la comodidad y seguridad de sus miembros” (SABINE, 2006, p. 442).

⁴² “John Milton y Algernon Sidney defendieron el republicanismo basándose en el argumento abstracto de que estaba implícito en el derecho natural el poder soberano del pueblo. James Harrington, aunque creador de una utopía, se apartó de modo mucho más completo que ningún otro escritor de la argumentación jurídica familiar y defendió el republicanismo como consecuencia de la evolución social y económica” (SABINE, 2006, p. 383).

⁴³ Ver GARGARELLA, (2008, p. 185).

⁴⁴ Seus traços em comum são assim definidos: “Comunitaristas e republicanos coincidem, em primeiro lugar, ao criticar o liberalismo por seu individualismo, seu ‘atomismo’” (GARGARELLA, 2008, p. 205).

⁴⁵ “Toda argumentación de Rousseau se basa en el hecho de que una comunidad de ciudadanos es única, y coetánea de sus miembros; estos no la crean ni tienen derechos contra ella. Es una ‘asociación’, no un ‘agregado’, una personalidad moral u colectiva. La palabra contrato es todo lo equívoca que podía haber deseado Rousseau” (SABINE, 2006, p. 447).

⁴⁶ “Rousseau concebía esto en el sentido de excluir toda forma de gobierno representativo, ya que la soberanía del Pueblo no puede ser representada. El único gobierno es, por lo tanto, la democracia directa, en la que los ciudadanos pueden estar presentes en la asamblea comunal” (SABINE, 2006, p. 451).

to de compartilhamento social. Mas, para que haja o espírito voltado ao que é comum, é necessário o cultivo social de virtudes, que acabam por desdobrar-se numa lista de compromissos consigo mesmo e com os outros, que definem o traçado da predisposição a partilhar com o outro o que é comum – o que significa a capacidade de praticar valores tais quais coragem, prudência, igualdade, honestidade, benevolência, solidariedade, moderação, patriotismo, integridade, nobreza, generosidade, simplicidade, sobriedade, abnegação, trabalho, justiça.⁴⁷ Assim, a tradição que se forma em torno das *virtudes republicanas* passa a ser constitutiva de muito daquilo que se torna fundamental na afirmação do próprio processo de modernização política, na medida em que esses valores começam a servir de base para a criação de elos políticos mínimos entre os cidadãos.

Dessa forma, percebe-se que as *virtudes republicanas* – modernamente traduzidas na forma de valores constitucionais de cidadania, muitas vezes constitucionalmente induzidas de modo intencional, na medida de sua própria relevância política⁴⁸ – não devem ser

⁴⁷ O trecho se refere à contribuição decorrente da leitura de Roberto Gargarella: “Essa dimensão reativa, distintiva do republicanismo, foi acompanhada, no entanto, de pelo menos outra dimensão igualmente característica dessa corrente: a persistente defesa de certos valores cívicos – virtudes (como se admitia) indispensáveis para a conquista da liberdade almejada. A lista de virtudes defendidas pelo republicanismo é muito extensa. Os pensadores ligados a essa corrente tenderam a exaltar, antes de tudo, valores como a coragem (para defender a própria comunidade contra ataques externos) e a prudência (para participar do governo da comunidade). Essa lista de virtudes, entretanto, pode ser facilmente ampliada com outros valores também defendidos pelos republicanos: a igualdade, a simplicidade, a honestidade, a benevolência, a moderação, o patriotismo, a integridade, a sobriedade, a abnegação, a laboriosidade, o amor à justiça, a generosidade, a nobreza, a solidariedade, e, em geral, o compromisso com o destino dos demais” (GARGARELLA, 2008, p. 187).

⁴⁸ “Ora, as virtudes mais especificamente jurídicas e constitucionais do nosso tempo só poderão ser, realmente, as chamadas virtudes republicanas” (CUNHA, 2008, p. 36).

compreendidas apenas como virtudes individuais, singulares, éticas, mas como *virtudes da ação política, virtudes de governo, virtudes de convívio, virtudes de cidadania*, na medida em que atingem diretamente a forma como age na esfera pública, ou seja, na forma como se observa, se critica, se age, se participa, se gere, se responsabiliza e se administra o que é de *interesse comum*.⁴⁹ Se a noção de *bem comum* é tão cara ao republicanismo, é nessa exata proporção que se traduz a sua carga conceitual como de motivação central para a governança dos interesses públicos, fazendo-se categoria definidora do padrão comportamental de todo(a) cidadão(ã), donde a inerente tarefa do governo de zelar pela *coisa pública*.⁵⁰

2.3. Democracia e proceduralismo: esfera pública e comunicação

A tradição criada pela teoria crítica de Jürgen Habermas,⁵¹ a partir do marco teórico de *Direito e democracia*, guarda vínculos com o *liberalismo* e com o *republicanismo*, diferenciando-se de ambos. Essa perspectiva para a teoria da democracia apenas fortalecerá, na esfera pública, a ação política como ação comunicativa política entre cidadãos ativos e mobilizados em torno do interesse comum.⁵²

⁴⁹ “O governante republicano veste a farda de serviço, não sobe, impante, ao pedestal da fama. Trabalha, mesmo com sacrifício pessoal, pela causa pública, não se serve dela. É até estreita e exageradamente cioso (dir-se-ia vaidoso) da sua honestidade irrepreensível. E nisso poderá ser um pouco rígido com os outros, porque começa por sê-lo consigo mesmo” (CUNHA, 2008, p. 42).

⁵⁰ “Assim, a República é empenho político na coisa pública, na coisa comum, e não mero conselho de administração de atônicos e conflitantes interesses particulares, quantas vezes mesquinhos. Ela é também liberdade e democracia, com participação e representação” (CUNHA, 2008, p. 43).

⁵¹ A respeito do tema, em leitura mais vertical, leia-se Bittar (2013).

⁵² Habermas afirma não só o caráter cooriginário do direito e da moral, mas também a igualdade do princípio

Por isso, o termo democracia aqui é entendido como *democracia deliberativa*, na medida em que a dinâmica dialógica da esfera pública é valorizada, para que exatamente se possa realizar o refrigério do caráter burocrático do sistema político, dinamizando a forma como *inputs* comunicativos geram novas relações de pressão sobre o poder administrativo.⁵³ A normatividade que daí exsurge é fruto do *status activus* dos cidadãos numa esfera pública mobilizada e participativa,⁵⁴ dando fôlego para a troca social, diversa, dinâmica rica e participativa, por fluxos comunicativos e interativos, o que permite a atualização do ideário emancipatório da modernidade política, expresso na forma de radicalização da democracia.

Dessa forma, para a teoria do discurso, a *democracia procedural (procedural, proceduralist)*⁵⁵ é aquela na qual o *procedimento político* permite a mescla entre a manutenção das instituições políticas modernas e a inclusão dos atores destinatários das normas jurídicas como coautores dos insumos mais relevantes (leis, códigos, políticas públicas, deliberações orçamentárias, destinação de recursos e investimentos, priorizações de agendas públicas etc.) da sociedade organizada. Por isso, além dos meios lindes definidores da tradição da *democracia representativa*, Jürgen Habermas contorna a concepção de democracia de forma a insistir na ideia de *democracia proceduralista* como a forma política em que “a produção legítima de leis deriva da deliberação pública de cidadãos” (BARRETO, 2006, p. 195-198).

do direito e do princípio da democracia numa tradição de pensamento que se vincula a Rousseau e a Kant e fundamenta sua tese no pressuposto recíproco da autonomia individual das pessoas e da autonomia política dos cidadãos, que são constitutivos do discurso da democracia deliberativa, ou seja, através do postulado da identificação entre o autor do direito e seu destinatário, que subjaz à ideia de soberania popular, ou seja, nesta perspectiva a ordem jurídica resulta dos processos discursivos da vontade política dos cidadãos” (OLIVEIRA, 2009, p. 424-425).

⁵³“Habermas propõe uma legitimação do Estado democrático de direito de tal modo que direitos humanos e soberania popular exerçam funções distintas, mas complementares: o princípio da democracia deve encontrar sua fundamentação normativa na linha do condicionamento recíproco entre a autonomia privada e a autonomia política através da mediação da autolegislação dos seres humanos enquanto cidadãos” (OLIVEIRA, 2009, p. 428).

⁵⁴“A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma *gênese lógica* dos direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto, o princípio da democracia, se constituem de *modo co-origínário*” (HABERMAS, 2003, p. 158).

⁵⁵“‘Procedural’ and ‘proceduralist’ are among the most commonly used adjectives in Habermas’s *Between Facts and Norms*” (BAYNES, 2010, p. 141).

A democracia *procedimentalista* aponta no sentido não somente da extensão dos procedimentos formais de participação para implicarem a inclusão política dos afetados, pois procura ampliar o debate público e qualificar a troca de argumentos e contra-argumentos que racionalizam o trato da coisa pública,⁵⁶ abrigando em seu interior a preocupação de um exercício efetivo de direitos fundamentais na forma de práticas políticas, nas quais outras concepções apenas veem procedimentos burocrático-formais e trâmites legais.⁵⁷ Nessa perspectiva, o diálogo na esfera pública, a autonomia e a atividade político-comunicativa dos cidadãos é relevante para o processo de criação e recriação dos direitos,⁵⁸ não se devendo abandonar as conquistas deixadas pelo rastro político do Iluminismo e da modernidade emancipatória, na exata medida em que esse é o seu melhor legado.

Esse modelo teórico, se considerado em sua pureza, não *pré-exige* que o cidadão esteja imerso em sua cultura de origem, nem que esteja vinculado a costumes sociais, ou integrado na cultura comunitária, em que as *virtudes cívicas* se desenvolvem, são nutridas, são compartilhadas e criam condições para a troca social solidária, diferenciando-se das concepções comunitarista e republicana.⁵⁹ A reforma dos procedimentos seria suficiente para racionalmente condicionar na inclusão o processo de formação de insumos democráticos socialmente relevantes para todos.

Para fins desta análise, fica claro que a *democracia procedimentalista* aposta na capacidade que a troca comunicativa (poder comunicativo) entre os atores sociais tenha o sentido de promover solidariedade social e luta pelos interesses de controle do poder econômico e do poder

⁵⁶ “A razão comunicativa evidencia o valor epistêmico da deliberação democrática: a troca de argumentos e contra-argumentos que se processa no espaço público leva à racionalização das propostas políticas” (SOUZA NETO, 2006, p. 144).

⁵⁷ “Constatamos que é errado apresentar o problema da proteção dos direitos e interesses fundamentais como se fosse uma questão de substância *versus* processo, de direitos e interesses fundamentais contra meros procedimentos. O processo democrático não somente pressupõe uma ampla série de direitos fundamentais: ele próprio é uma forma de justiça distributiva, já que influencia diretamente a distribuição de poder e autoridade sobre o governo do Estado e, por causa da importância das decisões tomadas pelo governo do Estado, também sobre outros bens substantivos” (DAHL, 2012, p. 304).

⁵⁸ “No plano da teoria social, Habermas apresenta a esfera pública como espaço em que as expectativas normativas que emergem do mundo da vida são racionalizadas pela comunicação, passando então a legitimamente ostentar a pretensão de permear o processo decisório que tem lugar no âmbito estatal. Essa esfera pública é o principal elemento do arranjo institucional da democracia deliberativa, por permitir uma participação permanente do povo, sem que esta dependa de uma incorporação formal em assembleia, inviável no contexto contemporâneo” (SOUZA NETO, 2006, p. 127).

⁵⁹ “A despeito dessa ênfase na soberania popular, a proposta *procedimental* de Habermas não pode, contudo, ser confundida com as perspectivas comunitária e republicana. Para essas perspectivas, o cidadão está enraizado na cultura política de sua comunidade e deve participar permanentemente da vida pública com vistas à realização dos valores comunitários” (SOUZA NETO, 2006, p. 132-133).

burocrático. Ademais, essa concepção estimula o processo de reforma e abertura dos procedimentos institucionais inclusivos, como forma de aprimoramento das condições de exercício efetivo da participação deliberativa dos cidadãos na vida comum. Ao apontar para alternativas, evitando os extremos demonstrados como desastrosos na história moderna, a virtude de posicionar-se entre o liberalismo e o republicanismo aponta para um caminho de relevo no debate filosófico-político contemporâneo.

2.4. Democracia e cooperação reflexiva: pragmatismo e trabalho social

Além da oposição entre o liberalismo, o comunitarismo, o republicanismo e o proceduralismo, o também teórico da Escola de Frankfurt, Axel Honneth, rediscute o sentido da democracia, especialmente ao considerar o legado do pragmatismo de John Dewey.⁶⁰ Em *Democracy as reflexive cooperation: John Dewey and the theory of democracy today* (HONNETH, 2007, p. 218-239), Honneth mantém distância das duas grandes vertentes da radicalização da democracia: o *republicanismo* e o *proceduralismo*. Para o atual Diretor do Instituto de Pesquisas Sociais de Frankfurt, a primeira corrente é responsável por pensar a *democracia como resgate de valores* (virtudes cívicas, valores republicanos), considerando o padrão do *cidadão antigo*, envolvido nos negócios da cidade (*pólis; civitas*), e a segunda corrente é responsável por pensar a readequação de procedimentos racionais politicamente inclusivos dos principais afetados pelas normas do direito, fazendo-o na base da razão comunicativa, sem a exigência de construção de valores comuns.⁶¹ A identificação dessa bipolaridade de alternativas no debate contemporâneo sobre a democracia é decisiva, na medida em que cria possibilidades de leitura e análise que fazem avançar a construção de novos paradigmas para a teoria da democracia.

Nessa linha de raciocínio, a concepção de democracia de John Dewey aproxima-se muito da concepção de Jürgen Habermas, com a

⁶⁰ “This striking contracts between two models of radical democracy has dominated the political-philosophical discussion in recent years; but for all its fruitfulness, it has also had a negative effect, for it frequently appears as though the two concepts have exhausted the spectrum of available alternatives for attempting to renew and expand democratic principles. However, there are more than merely two radically democratic alternatives to political liberalism, as I would like to show by reconstructing John Dewey’s theory of democracy” (HONNETH, 1998, p. 220).

⁶¹ “Whereas republicanism takes its orientation from antiquity’s ideal of citizen for whose members the intersubjective negotiation of common affairs has become an essential part of their lives, proceduralism insists the citizens’ virtues are not needed to reactivate the process of democratic will-formation, but simply morally justified procedures” (HONNETH, 1998, p. 218).

ressalva de que se trata de teorias distintas.⁶² A retomada do pragmatismo de John Dewey por Axel Honneth apresenta a ideia de que, no interior da democracia, e mediante práticas de participação e *integração das forças sociais associativas*, é possível o aprimoramento das conquistas de *justiça social* e *reconhecimento* dos sujeitos como protagonistas de processos sociais. Assim, na medida em que o público no qual estão reunidos os cidadãos permita que sejam compreendidos como *membros ativos da comunidade*, partilhando problemas e soluções, partícipes cooperativos de suas vantagens e interesses comuns, considerando a decisiva importância da *divisão social do trabalho*, opor cidadãos pode fazer da *esfera pública* o *locus* de manifestação de suas múltiplas habilidades para a construção do que é de interesse comum. São as experiências do agir pragmático em sociedade que ativam papéis no sentido da *partilha*, da *responsabilização*, do *compartilhamento de deveres e tarefas*, e de *participação do comum*, que, uma vez resgatadas, favorecem, na leitura de Dewey, a retomada do espaço público.⁶³

A perspectiva de John Dewey, retomada por Axel Honneth favorece a identificação de que por trás de seu pensamento se encontram categorias advindas da teoria hegeliana. E, segundo essa tradição, a *cooperação* é a primeira

⁶² “With such a rationalist definition of democratic procedures, Dewey undoubtedly approaches the model of democracy Habermas has developed in the form of a discourse theory in recent years; but again, Dewey’s model differs from that of Habermas in two respects, both of which I can only interpret as advantages of the former’s approach” (HONNETH, 1998, p. 234).

⁶³ “Dewey locates the prerequisite for a revitalization of democratic publics in the pre-political sphere of the social division of labor, which has to be regulated in a fair and just manner such that all members of society can understand themselves as active participants in a cooperative enterprise. Dewey correctly assumes that without this sense of shared responsibility and cooperation, individuals will never manage to see democratic procedures as a means for joint problem-solving” (HONNETH, 1998, p. 232).

característica da *sociabilidade*, elemento que rompe o círculo vicioso do *individualismo liberal* autojustificado.⁶⁴ Daí, um passo adiante, e de sua reflexão é possível constatar a concepção de uma *democracia cooperativa* como foco de expressão de outro modelo de teoria da democracia, que não se confunde com os modelos teóricos derivados do *republicanismo* ou do *procedimentalismo*, e que tem exigências pré-políticas em seus contornos advindas da divisão social do trabalho.⁶⁵ Nesse sentido, segundo Honneth, todo o potencial da democracia acaba revelando-se como forma coletiva e participativa de *solver questões práticas e desafios comuns*.⁶⁶

Assim, trata-se de um quarto modelo teórico, alternativo ao liberalismo político, exatamente porque dissociado da ideia do isolamento solipsista de cada qual na comunidade, na medida em que escapa à necessidade de *sobrecarga moral do republicanismo* e, também, ao *vazio ético do proceduralismo*, apostando na concepção do *agir cooperativo* para criar condições de autoestruturação da comunidade a partir do esforço contributivo conjunto e concertado, apenas apontando para a dimensão da *justa distribuição de tarefas* no contexto da *cooperação* e da organização da *divisão social do trabalho*.⁶⁷ A democracia como cooperação

⁶⁴ “Cooperation is thus the primary characteristic of every kind of sociality” (HONNETH, 1998, p. 223).

⁶⁵ “If Dewey had left his model of cooperative democracy in the theoretical state described above, it would be difficult to see why his reflections ought to be understood as an alternative to or even as a rival of contemporary conceptions of democracy. By proceeding from the social division of labor, Dewey does indeed draw attention to a pre-political dimension of social communication that neither republicanism nor the proceduralist theory of democracy sufficiently takes into consideration” (HONNETH, 1998, p. 225).

⁶⁶ “Only in this way will democratic procedures necessarily become the best instrument for rationally solving common problems” (HONNETH, 1998, p. 233).

⁶⁷ “Here as well, it seems to me that Dewey’s theory of democracy contains an answer that opens a third avenue

é, assim, uma forma de convívio colaborativa, capaz de favorecer trocas sociais solidárias, ligadas por desafios práticos, problemas, situações e casos a serem resolvidos em união de esforços, visões, competências, tarefas, habilidades e compromissos.

2.5. Democracia deliberativa: autonomia e direito à justificação

A tensão gerada pela oposição entre *comunitarismo* e *liberalismo* também abriu campo para um fértil desenvolvimento interior da filosofia política contemporânea, permitindo um alargamento dos horizontes de compreensão além das linhas clássicas de reflexão sobre o sentido do termo democracia. Isso se dá até mesmo para a Escola de Frankfurt, tradição dentro da qual a investigação da quarta geração germina, pela contribuição de Rainer Forst, e representa um esforço de diálogo, continuação e superação que se traduz numa forma de *teoria crítica* preocupada de forma central com a *teoria política*.⁶⁸

Se é a partir de Jürgen Habermas que a questão da democracia veio a ganhar sentido para a *teoria crítica* – gerando uma transformação gradativa, mas valiosa, dentro da Escola de Frankfurt, com desdobramentos que ora tocam de perto as investigações de Axel Honneth e de Rainer Forst –, pode-se dizer que a concepção de *democracia procedimentalista* funciona como centro de gravitação reflexiva para as concepções mais hodiernas.

between the false options of an overethicized republicanism and an empty proceduralism, namely to grasp democratic ethical life as the outcome of the experience that all members of society could have if they related to one another cooperatively through a just organization of the division of labor" (HONNETH, 1998, p. 235).

⁶⁸ "Teoria crítica e filosofia política permaneceram estranhamente dissociadas por décadas" (MELO, 2013, p. 12).

Como desdobramento dos debates abertos por *Direito e democracia*, a aparição de *Contextos da justiça* (Kontexte der Gerechtigkeit, 1994) situará o tema de forma atual no debate político contemporâneo.

Em especial, no capítulo *O Ethos da democracia*,⁶⁹ Rainer Forst torna decisiva a preocupação com a sociedade moderna, os quadros de justiça e tolerância, e também com as formas da emancipação, tendo nestes os eixos fundamentais de discussão de seu trabalho, sabendo-se que os potenciais de racionalidade nela incubados podem ser destravados a partir de práticas que carecem de ser buscadas, considerados os contextos em que a justiça se manifesta. Este é o empreendimento da teoria política ao pensar a *justiça social*, e, ao conectá-la, em seus desafios internos, com os termos da *democracia*. Com essas preocupações, dois conceitos tornam-se centrais para a sua concepção, influentes seja para o debate sobre o sentido da razão, seja para o debate sobre o sentido da justiça, seja para a teoria da democracia: autonomia⁷⁰ e reconhecimento⁷¹.

Esses termos são levados ao seu melhor terreno – o da proteção da *integralidade da pessoa* – na medida em que cada indivíduo é visto como pessoa autônoma e responsável,⁷²

⁶⁹ "Como as sociedades modernas podem enfrentar esses desafios, de modo a vincular a tolerância e solidariedade, democracia e complexidade social? Quais pressupostos culturais e dispositivos são necessários para isso?" (FORST, 2010, p. 113).

⁷⁰ "A autonomia ética das pessoas está vinculada à vida boa e à validade de valores éticos; a autonomia jurídica diz respeito aos destinatários do direito; a autonomia política se funda na concepção do cidadão como autor do direito; e a autonomia moral concerne às pessoas na qualidade de autoras e destinatárias de normas morais" (MELO, 2013, p. 19).

⁷¹ "O conceito de reconhecimento também possui uma vantagem normativa adicional para a superação da oposição entre liberais e comunitaristas" (MELO, 2013, p. 20).

⁷² "Para 'situar' o conceito de autonomia em contextos intersubjetivos e diferenciá-lo em quatro dimensões, pressupõe-se um conceito comum prévio. Segundo esse conceito, as pessoas como agentes são, no sentido prático,

ou seja, contextualizada como *pessoa ética*, *pessoa do direito*, *cidadão* e *pessoa moral*, devendo ser fortalecido para participar de todas estas dimensões da existência e da coexistência, bem como protegido em seus contextos de inserção de modo a realizar os diversos aspectos de sua inserção individual no meio social.⁷³

A posição de Forst é compreendida como uma síntese das contribuições do *liberalismo* e do *comunitarismo*,⁷⁴ como um *tertium datur*, ou seja, alimenta-se de elementos de ambas as concepções, sem se confundir com elas, encontrando na expressão *democracia deliberativa* esse ponto de encontro que sintetiza com precisão uma possibilidade política desta controvérsia oriunda.⁷⁵ A noção de *democracia procedimentalista*, derivada da teoria de Jürgen Habermas, serve como um ponto de apoio, pois a *democracia deliberativa* emerge, então, com o sentido de democracia discursiva, procedimental e deliberativa, para a qualificação dos discursos públicos, antes das decisões políticas, como forma de exercício qualificado e racional do poder soberano popular, de onde se extrai a

co, seres autônomos autodeterminantes quando agem de forma consciente e fundamentada. Como tais, são responsáveis por suas ações: podem ser questionadas acerca das razões pelas quais agiram" (FORST, 2010, p. 305).

⁷³ Em *Contextos da justiça*, a especial identificação dos aspectos da pessoa humana irá aparecer no capítulo de mesmo título *Contextos da justiça*, onde os contextos de justificação conferem espaço para a sustentação da tese central de Rainer Forst: "Eles formam quatro 'contextos' de reconhecimento recíproco – como pessoa ética, pessoa do direito, cidadão(á) com plenos direitos, pessoa moral – que correspondem a diferentes modos de justificação normativa de valores e de normas em diferentes 'comunidades de justificação'" (FORST, 2010, p. 275).

⁷⁴ "Da discussão desenvolvida até aqui, pode-se concluir que, em relação às questões da (a) integração política, (b) cidadania e (c) legitimação política, é exigida uma teoria para além de liberalismo e comunitarismo, que assuma em si mesma os momentos de ambos" (FORST, 2010, p. 142).

⁷⁵ "Essa discussão possibilita destacar os problemas centrais de cada posição, que, por fim, conduzem a um *tertium datur* da controvérsia entre liberalismo e comunitarismo: o modelo de uma 'democracia deliberativa'" (FORST, 2010, p. 117).

legitimidade para a ação social, vertendo-se ao atendimento dos interesses comuns.⁷⁶ Assim, a *democracia deliberativa*, na forma, baseia-se em procedimentos, e, no conteúdo, se baseia na racionalidade argumentativa.⁷⁷

Nessa linha da raciocínio, a *racionalidade da democracia* deve-se a um quadro de exigências normativas fundadoras do *direito à justificação*,⁷⁸ típica das condições modernas de socialização, sabendo-se que decorre do próprio conjunto de exigências políticas impostas a todo o processo, controle e definição do justo, do legal e do injusto.⁷⁹ A *publicidade da democracia deliberativa* permite a liberdade de participar e de expressar-se, mas condensa na responsabilidade um eixo importante de consolidação das práticas políticas, na medida em que cada qual que participa contribui por meio de razões, sabendo-se que estas podem ser contrapostas por *contrarrazões*, sendo que o *respeito racional* ao lugar das práticas do discurso permite que o argumento possa fundamentar decisões politicamente justificadas e relevantes.⁸⁰

⁷⁶ "A ideia de uma democracia discursiva, deliberativa, apresenta uma alternativa para as teorias liberais e comunitaristas da legitimação política" (FORST, 2010, p. 153).

⁷⁷ "Do ponto de vista forma, são os procedimentos de fundamentação recíproca que incorporam a ideia da soberania popular e, do ponto de vista material, são as razões justificadas reciprocamente que conferem legitimidade às normas. As normas legítimas são o resultado comum de processos deliberativos" (FORST, 2010, p. 153).

⁷⁸ "No plano da cidadania e da democracia, 'justificação' refere-se, portanto, prioritariamente à justificação recíproca de normas que devem valer universalmente para essa comunidade política: à autolegislação dos cidadãos" (FORST, 2010, p. 318).

⁷⁹ "Pois ser racional não significa somente saber quanto algo tem de ser justificado, mas também que isso é exigido quando se trata da dominação sobre outros. Estes outros possuem cada qual um irredutível *direito à justificação* caso se trate de saber quem devem seguir e o que devem aceitar – e eles também têm um dever de ser justificar caso se trate de suas próprias pretensões" (MELO, 2013, p. 22).

⁸⁰ "A ideia de uma linguagem pública pressupõe a de uma esfera pública política na qual os cidadãos apresentam razões, respondem a contrarrazões e responsabilizam-se de modo argumentativo por suas próprias razões. Sem essa dimensão de publicidade e de responsabilidade,

Não se trata de um modelo que valoriza por demais os direitos, esquecendo-se dos deveres, na medida em que a responsabilidade coletiva ressalta da forma como as interações se dão, gerando compromissos públicos.⁸¹ Mas, esse insu-
mo de racionalização somente é possível desde que as razões públicas exercidas no espaço pú-
blico possam sofrer contra-argumentos e auto-
explicar -se em condições de universalização.⁸²

Os compromissos sociais tornados normas do direito são gerados por um sistema *justo e participativo*, por isso tendem a possuir maior *qualidade racional e deliberativa*, na medida em que os cidadãos livres e iguais estão engajados na promoção do bem comum, e o fazem por modos participativos, abertos pelas instituições, que favorecem os meios de criação e inclusão, deliberação e transformação sociais da política e dos rumos do que é comum e de interesse geral.⁸³ É, assim, uma atribuição dos cidadãos serem *artífices do direito*, e, nesse sentido, são protagonistas do direito e da justiça, e não apenas *pessoas do direito*.⁸⁴

uma concepção de democracia fica aquém do princípio de justificação pública e mostra-se que esse princípio pres-
supõe uma forma política de responsabilidade mútua dos cidadãos com e para os outros" (FORST, 2010, p. 152).

⁸¹ "Nesse sentido, uma comunidade de justificação procedural é uma comunidade de responsabilidade que tem, ao menos, a 'substância' de que os cidadãos se compreendem como participantes dessa comunidade: deliberam reciprocamente e chegam a decisões que podem ser responsabilizadas coletivamente perante e com os outros" (FORST, 2010, p. 152).

⁸² "A democracia é o domínio das razões justificadas universalmente. 'Boas razões' para uma norma ou decisão política tem de ser universais e públicas, não se furtar a contra-argumentos e poderem se autoexplicar da melhor maneira possível" (FORST, 2010, p. 155).

⁸³ "O princípio da democracia deliberativa é um princípio de legitimação democrática: somente podem pretender legitimidade as normas e decisões políticas que, num discurso entre cidadãos livres e iguais, podem ser questionadas e aceitas em suas consequências gerais e particulares" (FORST, 2010, p. 154).

⁸⁴ "A 'pessoa do direito' e o 'cidadão' remetem-se, portanto, um ao outro, mas devem ser diferenciados de um ponto de vista normativo: somente nas democracias o conceito de pessoa do direito está vinculado ao de 'cidadão pleno' e mesmo nelas existem pessoas que são sujeitos do

O modelo teórico de Rainer Forst pensa *na fronteira*, mas *para além* do liberalismo e do comunitarismo, liberando-os para uma linha de análise isenta de falsas oposições, permitindo que a *teoria da democracia deliberativa* desponte para indicar formas de interação social baseadas no universalismo político que reconhece as diferenças, liberdades que convivem com o compromisso com o bem comum. Assim, não existindo contraposições estanques entre os modelos, torna-se possível que elementos de ambos convirjam para dentro da concepção de democracia normativamente pensada segundo o modelo da *democracia deliberativa*.⁸⁵ O universalismo legado do liberalismo não é de todo incompatível com a ancoragem das relações intersubjetivas no solo dos contextos comunitários, daí seguir a teoria de Rainer Forst para considerar mais a complementaridade entre as concepções liberais e comunitaristas do que sua oposição.⁸⁶

No entanto, a teoria da *democracia deliberativa* dista dos modelos puros do *república-
nismo* e do *comunitarismo*, na medida em que aquele pressupõe *virtudes cívicas* para a realiza-
ção do bem comum, e este pressupõe práti-

direito, mas que não são cidadãos plenos de direitos (aos quais, como membros permanentes de uma comunidade jurídica, não deveriam ser negados os direitos de participação política). Os cidadãos são responsáveis *pelo* direito, enquanto que as pessoas do direito são responsáveis *diante* do direito" (FORST, 2010, p. 313).

⁸⁵ "A proposta de diferenciar os diversos contextos normativos da comunidade de tipo ético, jurídico, político e moral, e a análise do modo como eles estão novamente vinculados permitem comprovar a compatibilidade dos direitos individuais com o bem da comunidade, da universalidade política com a diferença ética, do universalismo moral com o contextualismo, e permitem evitar oposições falsas" (FORST, 2010, p. 13).

⁸⁶ "Forst, indo além dessa oposição, acredita ser necessário formular uma teoria crítica da justiça, capaz de justificar o ancoramento dos princípios normativos nos valores, nas práticas e nas instituições da comunidade política, compatibilizando dessa maneira os aspectos universalistas com a reivindicação de validade daqueles princípios para a autocompreensão e instituições sociais específicas" (MELO, 2013, p. 17).

cas fundadas em laços substanciais de uma comunidade ética.⁸⁷ Assim, a teoria da *democracia deliberativa* possibilita que se alcancem *consensos políticos* a partir de práticas políticas racionais e deliberativas, na medida em que a própria democracia é o que permite que todos estejam em ação conjunta e orientada, cujo resultado é a produção de mais justiça social.

Mas o coração desta teoria aponta para a promoção do respeito como regra central da vida democrática, e qualifica o *espaço público* para seu uso em favor da *autonomia da pessoa humana*, seja como membro de uma comunidade local, seja como membro de uma comunidade global.⁸⁸ A autolegislação torna, assim, a teoria de Forst uma concepção de democracia que valoriza o exercício racional e comunicativo do poder soberano, como poder qualificado deliberativamente para a justificação situada das decisões políticas,⁸⁹ tornando possível a construção do que é comum na promoção da justiça social, da cidadania⁹⁰ e do respeito moral à autonomia de todos e de cada um, fortalecendo as instituições democráticas, a modernização social fundada na reforma das instituições, a racionalidade pública e as formas de exercício da responsabilidade no espaço do comum.⁹¹

Sobre o autor

Eduardo C. B. Bittar é livre-docente e doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; advogado; pesquisador N-2 do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

E-mail: edubittar@uol.com.br

⁸⁷ “Diferente da teoria comunitarista, a da democracia deliberativa não reduz a possibilidade do consenso nem a uma eticidade substancial prévia e aos seus valores, tampouco aos cidadãos virtuosos orientados para o bem comum” (FORST, 2010, p. 155).

⁸⁸ Assim, a pessoa humana é respeitada por ser considerada pessoa autônoma: “Pessoas autônomas são sempre membros normativos tanto de uma comunidade concreta quanto daquela abrangente de todos os seres humanos” (FORST, 2010, p. 333).

⁸⁹ “Com isso, são identificadas condições de justificação que não são cegas às reivindicações e necessidades concretas das pessoas: nos contextos diferentes, a justificação de normas universais está sempre relacionada com as reivindicações de pessoas concretas, por exemplo, na questão da legitimidade do direito e especificamente na questão da justiça social” (FORST, 2010, p. 331).

⁹⁰ O termo é lido de forma complexa na teoria de Rainer Forst: “A cidadania, frente a esse pano de fundo, é um conceito complexo, pois tem de abranger igualmente diferenças ético-culturais, igualdade jurídica e características políticas comuns. Os cidadãos devem reconhecer suas diferenças bem como sua igualdade como *pessoas éticas*, como *pessoas de direito* e como *concidâos*” (FORST, 2010, p. 171).

⁹¹ “Nessa composição disciplinar em que Forst se orienta, a filosofia política normativa deve ser então altamente reflexiva: precisa também estar ancorada em processos políticos e sociais, ou seja, na práxis política dos próprios cidadãos” (MELO, 2013, p. 16).

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁹²

POLITICAL CRISIS AND THEORY OF DEMOCRACY: CONTRIBUTIONS TO THE CONSOLIDATION OF DEMOCRACY IN CONTEMPORARY BRAZIL

ABSTRACT: Facing the current political crisis, this article deals with the issue of democracy, in the perspective of democracy theory, working with the relation between the Social Philosophy and Philosophy of Law, understanding the forefront of the democratic debate as valid contributions to reconsideration of the notion of democracy in the contemporary Brazilian reality.

KEYWORDS: POLITICAL CRISIS. THEORY OF DEMOCRACY. DEMOCRACY CONSOLIDATION.

Como citar este artigo

(ABNT)

BITTAR, Eduardo C. B. Crise política e teoria da democracia: contribuições para a consolidação democrática no Brasil contemporâneo. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, n. 211, p. 11-33, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p11>.

(APA)

Bittar, Eduardo C. B. (2016). Crise política e teoria da democracia: contribuições para a consolidação democrática no Brasil contemporâneo. *Revista de informação legislativa: RIL*, 53(211), 11-33. <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p11>.

Referências

- AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática*. São Paulo: Perspectiva, 1996.
- _____. Sociedad civil, espacio público y poder local: un análisis del presupuesto participativo en Belo Horizonte y Porto Alegre. In: DAGNINO, Evelina (Coord.). *Sociedad civil, esfera pública y democratización en américa latina*. Brasil. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. p. 120-153.
- _____. Conferências nacionais: ampliando e redefinindo os padrões de participação social no Brasil. *Texto para discussão*, Rio de Janeiro, n. 1739, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1137/1/TD_1739.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de filosofia do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BAYNES, Kenneth. Deliberative democracy and public reason. *Veritas*, v. 55, n. 1, p. 135-163, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/download/7326/5289>>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- BECK, Ulrich (Org.). *Hijos de la libertad*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

⁹²Sem revisão do editor.

BITTAR, Eduardo C. B. Filosofia crítica e filosofia do direito: por uma filosofia social do direito. *Cult*, n. 112, p. 53-55, abr. 2007. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/filosofia-critica-e-filosofia-do-direito-por-uma-filosofia-social-do-direito/>>. Acesso em 15 jul. 2016.

_____. Violência e realidade brasileira: civilização ou barbárie?. *Katálysis*, v. 11, n. 2, p.214-224, 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/S1414-49802008000200007/8189>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. *O direito na pós-modernidade*: (e reflexões frankfurtianas). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

_____. *Democracia, justiça e direitos humanos*: estudos de teoria crítica e filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Crise econômica, desglobalização e direitos humanos: os desafios da cidadania cosmopolita na perspectiva da teoria do discurso. In: FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque (Org.). *Marxismo, realismo e direitos humanos*. João Pessoa: Ed.UFPB, 2012. p. 241-282. Disponível em: <<http://150.162.138.7/documents/download/6764;jsessionid=D990A6F1DED77C7897B76050EFE5442E>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. *Democracia, justiça e emancipação social*: reflexões jusfilosóficas a partir do pensamento de Jürgen Habermas. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

_____. O Decreto nº 8.243/2014 e os desafios da consolidação democrática brasileira. *Revista de informação legislativa*, v. 51, n. 203, p. 7-38, jul./set. 2014.

BOBBIO, Norberto. *Três ensaios sobre a democracia*. São Paulo: Cardim Alario, 1991.

_____. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

_____. Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

BOHMAN, James. The coming of age of deliberative democracy. *The Journal of Political Philosophy*, v. 6, n. 4, p. 400-425, 1998.

BOLZAN, José. *Habermas*: razão e racionalização. Ijuí, RS: Unijuí, 2006.

BRONNER, Stephen Eric. *Reclaiming the enlightenment*: toward a politics of radical engagement. New York: Columbia University Press, c2004.

CHADE, Jamil. Para ONU, Brasil ainda vive 'uma cultura autoritária'. *Estadão online*, 10 set. 2014. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,para-onu-brasil-ainda-vive-uma-cultura-autoritaria,1557860>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

CHAUÍ, Marilena. *Brasil*: mito fundador e sociedade autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

CLAYTON, Matthew; WILLIAMS, Andrew (Ed.). *Social justice*. Malden, MA: Blackwell Pub., 2004.

COHEN, Joshua. Democracy and liberty. In: ELSTER, Jon (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge, U.K.; New York: Cambridge University Press, 1998. p. 185-231.

COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*: para compreender o mundo em que vivemos. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRETTEIEZ, Xavier. *As formas da violência*. São Paulo: Loyola, 2011.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Princípio republicano e virtudes republicanas. In: BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). *Educação e metodologia para os direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 27-56.

_____. *Para uma ética republicana*: virtude(s) e valore(s) da república. Lisboa: Coisas de Ler, 2010.

DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DAHRENDORF, Ralf. *Después de la democracia: entrevista al cuidado de Antonio Polito*. Barcelona: Critica, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

_____. *O futuro do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DEMOCRACIA é melhor regime para 66%, aponta Datafolha. *Folha de S.Paulo online*, 8 dez. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/12/1559020-democracia-e-melhor-regime-para-66-aponta-datafolha.shtml>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

ELEY, Geoff. *Forjando a democracia: a história da esquerda na Europa, 1850-2000*. São Paulo: Perseu Abramo, 2005.

ELSTER, Jon (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge, U.K.; New York: Cambridge University Press, 1998.

ESTEVES, João Pissarra. *Espaço público e democracia: comunicação, processos de sentido e identidade sociais*. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2003.

FAORO, Raymundo. *A república inacabada*. São Paulo: Globo, 2007.

FISHKIN, James S.; LASLETT, Peter (Ed.). *Debating Deliberative Democracy*. Malden, MA: Blackwell, c2003.

FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Org.). *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

FORST, Rainer. *Contextos da justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. São Paulo: Boitempo, 2010.

FRASER, Nancy. *Scales of justice: reimagining political space in a globalizing world*. New York: Columbia University Press, 2009.

FREITAS, Juarez. Direito constitucional à democracia In: DIREITO à democracia: ensaios transdisciplinares. São Paulo: Conceito, 2011.

GARGARELLA, Roberto. Full representation, deliberation, and impartiality. In: ELSTER, Jon (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge, U.K.; New York: Cambridge University Press, 1998. p. 260-280.

_____. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

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

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Lua Nova*, n. 36, p. 39-53, 1995.

_____. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Taschenbuch, 1998.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Paidos Iberica, 1998.

HELLER, Agnes; FÉHER, Ferenc. *A condição política pós-moderna*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HÖFFE, Otfried. *El proyecto político de la modernidad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. 17. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

HOLMES, Pablo. Briga de família ou ruptura metodológica na teoria crítica (Habermas x Honneth). *Tempo social: revista de sociologia da USP*, v. 21, n. 1, p. 133-155, jun. 2009.

HONNETH, Axel. Democracy as a reflexive cooperation: John Dewey and the theory of democracy today. *Political Theory*, v. 26, n. 6, p. 763-783. Dez. 1998.

_____. *Luta por reconhecimento: gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.

_____. *Disrespect: the normative foundations of critical theory*. Cambridge: Polity Press, 2007a.

_____. *Sofrimento de indeterminação: uma reatualização da filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Singular, 2007b.

_____. Reconhecimento ou redistribuição?: a mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade. In: SOUZA, Jesse; MATTOS, Patrícia (Org.). *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007c, p. 79-94.

JAGUARIBE, Hélio (Org.). *A democracia grega*. Brasília: Ed. UnB, 1981.

MAUS, Ingeborg. *O direito e a política: teoria da democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MELO, Rúrion, Crítica e justificação em Rainer Forst. *Cadernos de filosofia alemã*, São Paulo, n. 22, p. 11-30, jul./dez. 2013.

MORAIS, José Luis Bolzan de. O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do estado social e a dessacralização da modernidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 83, p. 569-590 2007.

_____. Reflexões acerca das condições e possibilidades para uma ordem jurídica democrática no século XXI. In: O DIREITO e o futuro, o futuro do direito. Coimbra: Almedina, 2008, p. 445-469.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Moral, direito e democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedural da filosofia prática. In: OLIVEIRA, Nythamar de; SOUZA, Draiton Gonzaga de (Org.). *Justiça global e democracia: homenagem a John Rawls*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 397-432.

PUTNAM, Robert D. *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*. 5. ed. São Paulo: FGV, 2006.

SABINE, George H. *Historia de la teoria política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

SCHOMBERG, René von; BAYNES, Kenneth. *Discourse and democracy: essays on Habermas's Between facts and norms*. Albany: State University of New York Press, c2002.

SOBOTTKA, Emil. Participação e democracia: uma análise do capital social em Putnam. In: OLIVEIRA, Nythamar de; SOUZA, Draiton Gonzaga de (Org.). *Justiça global e democracia: homenagem a John Rawls*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 147-160.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2013.

TOSI, Giuseppe (Org.). *Norberto Bobbio: democracia, direitos humanos, guerra e paz*. João Pessoa: Ed. UFPB, 2013.

VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 108, p. 651-696, jan./dez. 2013.

A importância teórica e prática da norma fundamental

ALAN IBN CHAHRUR

Resumo: Este trabalho exporá breves notas acerca da importância teórica e prática do conceito de norma fundamental como elemento estruturante de todo o sistema da Teoria Pura do Direito desenvolvido por Hans Kelsen no princípio do século XX. De início, será pontuada a posição da Teoria Geral das Normas no contexto da produção de Kelsen, como obra que congrega textos esparsos oriundos de distintos momentos de seu trabalho intelectual, os quais não necessariamente refletem de modo uniforme o pensamento do autor naquela que ficou conhecida como sua fase “cética” ou “crítica”, iniciada após 1960, com a edição da segunda versão da Teoria Pura do Direito. No entanto, além das reconhecidas dificuldades histórico-filológicas no tratamento das fontes, pretende-se demonstrar alguns impactos teóricos e práticos desse conceito basilar para a prática judiciária, com o objetivo de realçar a importância da Teoria Geral do Direito como campo de sustentação metodológica para as demais disciplinas da ciência jurídica.

Palavras-chave: Norma Fundamental. Teoria. Prática.

1. Introdução

O presente trabalho pretende, em síntese, desenvolver brevemente algumas notas acerca da relevância teórica e prática do conceito da norma fundamental, tal como articulada por Hans Kelsen (1881-1973) no programa de sua *Teoria Pura do Direito* (TPD), a qual permanece, na esfera da tradição ocidental, como um dos grandes pilares de toda a ciência jurídica originada no século XX. A necessidade da tarefa impõe-se na medida em que boa parte do debate contemporâneo no Brasil se afasta diuturnamente dos pressupostos teóricos e filosóficos essenciais à compreensão do fenômeno jurídico, redundando numa discussão esté-

ril e superficial, a ponto de termos como *positivismo* ou *pós-positivismo* serem utilizados com frequência e sem maiores delimitações, pois que transfigurados em expressões ou designações “não problemáticas” que descrevem um estado de coisas já estabelecido e de todos conhecido – uma prática judiciária em relação à qual os juristas podem debater e refletir no “plano teórico”, desde que conformados “na prática” ao sistema, uma vez que este simplesmente “é assim”.

Em virtude disso, afigura-se sempre oportuno o retorno a um dos fundadores da ciência jurídica como sistema de direito positivo, ainda mais em se tratando de um jurista da estatura do tão citado e paradoxalmente pouco conhecido Hans Kelsen. O célebre autor de *Teoria Pura do Direito* (KELSEN, 2006) imprimiu de tal forma sua marca indelével ao longo de todo o pensamento jurídico do século XX, que referências conceituais como a própria noção de norma jurídica ou mesmo a “pirâmide kelseniana” acabaram elevadas a verdadeiros lugares-comuns do conteúdo programático dos cursos de formação dos agora bacharéis em Direito – e não mais graduados em ciências jurídicas e sociais, uma designação que diz muito sobre a mentalidade do nosso tempo. Um conteúdo, porém, que permanece obviamente restrito à diminuta carga de poucas horas num semestre reservada à disciplina Filosofia do Direito, incapaz de conscientizar os juristas a respeito do profundo vínculo dessa temática com sua futura prática profissional.

Assim se justifica o propósito do presente trabalho: relembrar, com um jurista do gabarito de Hans Kelsen, que não se faz teoria do direito relativamente a quaisquer das múltiplas disciplinas específicas do mundo jurídico sem a consequente mobilização de certos pressupostos de ordem ética, política e epistemológica, visto que todos esses campos de reflexão em particular correspondem a verdadeiras condições de possibilidade da prática judiciária em si, que não se resumem a reflexões superficiais sobre um sistema já posto, mas, ao contrário, legitimam e viabilizam a permanência ou a derrocada do ordenamento posto.

Nesse sentido, muito mais que um estudo para filósofos, a TPD (KELSEN, 2006) apresentou ao século XX problemas que demandam atenção e resposta dos juristas, dado o impacto direto das teorizações de Kelsen na prática cotidiana da atividade judiciária. Quando despidos desse preconceito epistemológico, que exclui como “não jurídica” a reflexão sobre as bases das ciências humanas, podemos então conhecer a magnitude do pensamento de Kelsen. Não do teórico “nazista” cuja teoria “formalista” teria possibilitado a hecatombe do totalitarismo alemão e italiano, no curso da Segunda Grande Guerra, conforme acreditam aqueles que o conhecem de manuais mal lidos. Poderemos sim conhecer o filósofo e teórico da democracia, segundo a feliz expressão que

intitula o brilhante artigo de Caio Henrique Lopes Ramiro e Luiz Henrique Martim Herrera (2015), os quais demonstram com propriedade a falácia do argumento antikelseniano do assim chamado *reductio ad hitlerum*.

Contra a limitada leitura corrente, esclarecem os autores:

Diante dessa compreensão, seu nome é invocado irresponsavelmente para tão somente dar estética e autoridade (verdade) a afirmações relativas a tudo o que se refere a “aplicação da letra (fria) da lei”, “recusa à aplicação de princípios”, “totalitarismo, sobretudo do regime nazista”, “não reconhecimento de valores”, entre outras que serão expostas adiante. Deduz-se, portanto, do contexto de que Hans Kelsen é um normativista que seria ele, na mesma medida, um pensador dedicado apenas ao direito positivo e ao exercício da aplicação autômata do fato correspondente ao texto. Diariamente o que vemos, pois, é um “epistemicídio” da teoria desenvolvida por Hans Kelsen, na medida em que se desconhece sua proposta (RAMIRO; HERRERA, 2015, p. 243).

Buscaremos, então, colocar-nos na esteira de ambos, para encontrar o teórico que “[...] arquiteta a estrutura do sistema normativo a partir de um senso de interdisciplinaridade e transdisciplinaridade monumental” (RAMIRO; HERRERA, 2015, p. 243); tudo com o objetivo de explicitar certos impactos teóricos e práticos de um dos conceitos cardinais do pensamento kelseniano: a norma fundamental. E, nesse particular, não são poucas as dificuldades levantadas desde a publicação da *Teoria Geral das Normas* (TGN), editada em 1979, sob os auspícios do Instituto Hans Kelsen, de Viena. A tal ponto que o professor José Florentino Duarte, da Universidade Federal da Paraíba, responsável pela tradução e revisão da obra no Brasil, posteriormente publicada pelo Editor Sérgio Antonio Fabris (KELSEN, 1986), es-

creveu em entusiasmada introdução que “[...] a norma fundamental, neste tratado, recebeu conceituação nova e definitiva, corrigindo, o autor mesmo, o que escrevera anteriormente ao tratá-la como hipótese” (KELSEN, 1986, p. VIII).

Do teórico brasileiro também mereceu transcrição integral a memorável passagem, na qual Kelsen supostamente subverte quatro décadas de intenso trabalho intelectual, para dar início ao dito período¹ “cético” ou “crítico” de suas reflexões:

No novo conceito, a norma fundamental – a que fundamenta a validade de um ordenamento jurídico – passou a ser vista como uma norma fictícia, meramente pensada, produto de um mero ato de vontade também fictício: “... uma autêntica ou ‘verdadeira’ ficção no sentido da Filosofia do Como-Se vaihingeriana... Por conseguinte, é de se considerar que a norma fundamental no sentido da Filosofia do Como-Se vaihingeriana não é uma hipótese – como eu mesmo ocasionalmente a qualifiquei – e sim uma ficção que se diferencia de uma hipótese pelo fato de que ela é acompanhada pela consciência ou, digo, deve ser acompanhada; pelo fato de que a realidade não lhe corresponde” (KELSEN, 1986, p. VIII-IX).

Trata-se de uma mudança de relevância ímpar, que atinge em suas bases a construção da TPD, com a qual o autor trabalhou ao menos desde 1920, quando – efetivamente “armado” com a teoria da hierarquia das normas de Merkl² (*Stufenbaulehre*), segundo a oportuna

¹ Para possíveis periodizações da obra de Hans Kelsen, ver Paulson e Paulson (1999), bem como Dias (2010).

² Adolf Julius Merkl (1890-1970), publicista, formou-se em 1913 na Universidade de Viena, onde se doutorou em 1919, com a tese *Die Verfassung der Republik Deutschösterreich* (A Constituição da República da Áustria Germânica), lecionando nessa instituição entre 1920 e 1965. É considerado o mais antigo e mais genial dos alunos de Kelsen, sendo descrito por ele como “cofundador” da TPD, tamanha a influência de sua contribuição, notadamente

expressão de Gabriel Nogueira Dias (2010, p. 234) e de fato convencido da necessidade epistemológica da norma fundamental – Kelsen já antecipava os fundamentos de seu sistema conceitual, que encontra a diagramação inicial na primeira edição da TPD³ em 1934.

2. As bases da norma fundamental

A partir de então, as bases do normativismo kelseniano são amplamente conhecidas, desde o seu posicionamento entre os extremos de um direito natural metafísico, pautado na regulação das normas jurídicas por valores transcedentes, e o de um juspositivismo científicista do século XIX, na esteira do qual os grandes nomes do Direito, como Georg Jellinek (1954, p. 326), defendiam ser dever do jurista a descrição das conexões de causa e efeito dos fatos sociais à maneira da ciência natural, devido à “força normativa” inerente às relações fáticas de dominação.

Por outro lado, desde o início, a perspectiva clássica da TPD (KELSEN, 1992, p.10) concebe a norma jurídica como um esquema de interpretação das condutas humanas que, em termos lógicos, outorga um sentido objetivo a determinados atos de vontade dos indivíduos. Desse modo, o elemento primordial que transforma um evento particular em *fato jurídico* não é mais sua facticidade propriamente dita, o seu “ser natural”, mas sim um ato da *razão*, a saber, o procedimento intelectual que confronta o fato com um sistema normativo de referência, positivado na forma de um código ou da constituição, por exemplo. Nas palavras de Kelsen: “Para que um fato material não seja qualificado como assassinato, mas como execução de uma sentença criminal, dependemos da qualidade, imperceptível aos sentidos, que emerge do raciocínio consistente no confronto deste ato com o Código Penal e de Processo Penal.” (KELSEN, 1992, p. 10, tradução nossa⁴).

A base dessa distinção, que permanece indelével até a segunda e definitiva⁵ edição da TPD em 1960 (KELSEN, 2006, p. 4), encontra-se

no que se refere à proposta de sua teoria da hierarquia das normas (*Stufenbaulehre*). Ver Kelsen (c2011) e Dias (2010).

³Originalmente *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Ver Kelsen (1992).

⁴Originalmente: “That a material fact is not murder but the carrying-out of a death penalty is a quality, imperceptible to the senses, that first emerges by way of an act of intellect, namely, confrontation with the criminal code and with criminal procedure.”

⁵Referimo-nos à interpretação corrente nos países de língua alemã, a qual via de regra reconhece duas edições da *Teoria Pura do Direito*: a de 1934 e a de 1960. No entanto, não podemos ignorar a pontual anotação de Gabriel Nogueira Dias (2010, p. 234), ao destacar uma terceira edição como igualmente “auténtica”: a tradução francesa da obra, datada de

na rígida cisão metodológica entre as esferas do *ser* (*Sein*) e do *dever-ser* (*Sollen*), princípio que funda o dualismo epistemológico entre fato e valor, entendidos aqui como opostos irredutíveis entre si e delimitados de maneira estanque. Trata-se de um instrumental teórico que, por si só, reverbera toda a herança kantiana de Kelsen e esclarece muito do repúdio do autor ao juspositivismo de seu tempo, pródigo em sustentar, à maneira do já citado Jellinek, a preponderância da “força normativa do fático”. Kelsen, porém – em parágrafos que bem poderiam compor parte da *Crítica da Razão Pura* (KANT, 2013) –, abre a apresentação da TPD com cristalina exposição de princípios:

A distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma – e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja (KELSEN, 2006, p. 4).

A semelhança do excerto em destaque com as conclusões de Kant (2013, p. 432), quando da resolução da terceira antinomia da razão pura, que opunha os conceitos da causalidade por liberdade à lei universal da necessidade natural, não é mera coincidência, pois, quanto a pouco detalhista e nada abundante na exposição de suas premissas especulativas⁶, isso demons-

1953 e subscrita por Henri Thévenaz, porém corrigida e revisada em parte pelo próprio Kelsen. Isso sem falar na edição italiana de 1965, de autoria de Mario Losano, bem como na tradução inglesa de 1967, redigida por Max Knight, ambas igualmente revisadas pelo autor ainda que em proporção menor do que a edição francesa.

⁶Gabriel Nogueira Dias (2010, p. 131-132) relembra-nos aqui que muitas das bases metodológicas de Kelsen

tra que Kelsen jamais deixou de operar, ao longo de toda a sua extensa produção intelectual, com estruturas filosófico-conceituais do mais alto gabarito, particularmente no que respeita ao criticismo transcendental, o qual fora eleito desde o início como sua “estrela-guia”, consonte a eloquente declaração de sua autobiografia (KELSEN, c2011, p. 25).

No mais, a lição de Kant na *Crítica da Razão Pura* (CRP), ao formular sua proposta de abordagem da terceira antinomia da razão, expõe o alicerce da metodologia diretiva da TPD:

O *dever* exprime um tipo de necessidade e conexão com os fundamentos que não aparece de outro modo em toda a natureza. O entendimento só conhece aí *aquilo que é*, foi ou será. É impossível que algo *deva* ser aí de outro modo, a não ser como de fato já o é, em todas as suas relações temporais; o *dever*, no entanto, caso só se tenha em vista o curso da natureza, não tem absolutamente nenhum significado. Nós não podemos, de forma alguma, perguntar o que deve acontecer na natureza; menos ainda as propriedades que um círculo deve ter; devemos perguntar apenas o que aí acontece, ou quais as propriedades que o último tem (KANT, 2013, p. 437, B 575).

Dessa forma, torna-se compreensível a conclusão que Kelsen sustentou à exaustão, sempre rejeitando de plano toda possibilidade de fundamentação do Direito – concebido como sistema de normas situado no plano deontico do *dever-ser* – em qualquer espécie de contexto fático, para buscar, ao contrário, desvinculá-lo das relações de poder que se manifestam no plano natural do *Sein*. Era nesse plano que até então o positivismo jurídico do século XIX pretendia circunscrevê-lo, valen-

surgem de forma indireta e somente nos prefácios de seus trabalhos, devendo no mais ser deduzidas da crítica feita pelo autor aos fundamentos de outros sistemas teóricos da ciência jurídica.

do-se de “conceitos híbridos” como a “vontade” do Estado, do “povo” e outras construções conceituais que não se consideram propriamente empíricas, como noções gerais alheias à relação causal, tampouco como referenciais metafísicos à maneira da “alma” ou de uma “ordem cósmica” divina. Consequentemente, se a norma não encontra fundamento no fato, assim como o *dever-ser* jamais pode ser derivado do *ser*, fica claro que: “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma” (KELSEN, 2006, p. 215).

A extensão desse princípio de validade, plenamente coerente com a mencionada epistemologia dualista de cunho kantiano, possibilita, num segundo momento, a incorporação da teoria da hierarquia das normas (*Stufenbaulehre*) de Merkl à TPD, apenas para engendrar aquela que talvez configure a mais antológica imagem associada ao nome de Kelsen até o momento presente, a pirâmide normativa, um sistema fechado em cujo interior as normas inferiores encontram seu fundamento nas prescrições superiores, procedendo-se sucessivamente até o ápice do direito interno⁷, cujo ponto limite pode ser situado na Constituição dos Estados nacionais, os quais, por sua vez, encontram fundamento na chamada *norma fundamental*, elemento central de nossas considerações.

A natureza da norma fundamental representa o grande ponto de dissenso entre defensores e detratores do normativismo jurídico, uma vez que dela depende todo o arcabouço conceitual da TPD. A pirâmide normativa, que pretende legitimar um sistema de validação concebido por inteiro à luz da perspectiva deôntica do *dever-ser*, como forma de manter a cisão epistemológica entre este e o modo de conhecimento das ciências naturais (*ser*), simplesmente não subsiste sem a possibilidade de um fundamento normativo último e ainda assim não factual – em outros termos, um “puro” *dever-ser*, na busca do qual Kelsen uma vez mais recorreu às bases kantianas de sua formação, com o intento de sedimentar a visão posteriormente cristalizada na segunda edição da TPD:

Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica – e se é lícito

⁷Limitaremos nossas considerações, aqui, ao plano do direito interno, pois as restrições de um artigo não nos permitem discorrer sobre as consequências do sistema kelseniano para o direito internacional. Ainda assim, vale destacar que a equiparação sem ressalvas da norma fundamental com a Constituição dos Estados nacionais, a nosso ver, é tão frequente quanto equivocada, haja vista que em diversas passagens da TPD Kelsen faz referência à norma fundamental como norma de direito internacional, equiparando-a ao *pacta sunt servanda*. A esse respeito, ver Kelsen (1929, 2006, p. 239-242 e 355-383) e Kelsen e Campagnolo (2003, p. 111-133).

aplicar *per analogiam* um conceito da teoria do conhecimento de Kant –, ser designada como condição lógico-transcendental desta interpretação. Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descriptíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teorético-gnosiológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição (KELSEN, 2006, p. 225, grifo nosso).

O excerto citado vale, inicialmente, como demonstração de que, não obstante a evidente influência kantiana em Kelsen, a relação teórica entre ambos deve sempre ser vista *cum grano salis*, porquanto nos parece também explícito que o autor da TPD, como verdadeiro filósofo do Direito, não se limitou à reprodução acrítica do pensamento de seu antecessor, mas retrabalhou os fundamentos de Kant com extrema originalidade, para somente então os aplicar à teoria jurídica propriamente dita. Cremos que um exemplo eloquente, que buscamos destacar na citação referida, se encontra na forma como Kelsen enfatiza sua intenção de apenas aplicar *per analogiam* os conceitos da teoria do conhecimento de Kant.

Por outro lado, o próprio Kelsen também destacou (KELSEN, c2011, p. 25-26) que num primeiro momento se aproximou do kantismo por meio dos filósofos da “corrente do sudoeste alemão”, a conhecida Escola neokantiana de Baden, ativa entre os anos de 1890 e 1930, em Friburgo, Breisgau, Estrasburgo e Heidelberg. Apenas num momento posterior – e, segundo o autor, unicamente por meio de uma resenha⁸ de sua obra publicada nos *Kantstudien* –, Kelsen reconhece ter tomado conhecimento “[...] dos numerosos paralelos entre meu trabalho do problema da vontade no direito, sobretudo da vontade do Estado, e a filosofia da vontade pura de Cohen” (KELSEN, c2011, p. 26), assimilando então a influência do mestre dos neokantianos de Marburgo.

Dada a sua relevância substancial, é digna de menção também a já famosa proximidade do autor com os teóricos do positivismo lógico que compunham o Círculo de Viena, liderados por Moritz Schlick.

⁸ Trata-se da resenha de Oscar Ewald a respeito da tese de livre-docência um ano antes apresentada por Kelsen à Universidade de Viena, sob o título “Principais Problemas da Teoria do Direito Público, desenvolvidos a partir da teoria da proposição normativa”. Originalmente, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, Tübingen, 1911. No que se refere à resenha, ver EWALD, Oscar. Die Deutsche Philosophie im Jahre 1911. *Kantstudien*, v. 17, n. 4, p. 382-433, 1912.

Merecem, porém, ser afastadas as afirmações ainda correntes de que Kelsen “pertenceu” àquele Círculo, como bem destaca o professor Andityas Soares (MATOS, 2006, p. 49), da Universidade Federal de Minas Gerais. Nesse sentido, o teórico brasileiro alude a um artigo de Clemens Jabloner, da Universidade de Viena, e traduz uma significativa carta de Kelsen, já há tempos divulgada pelo pesquisador austriaco (JABLONER, 1998, p. 7), com data de 5/5/1963, dirigida a Henk L. Mulder:

Em atenção à sua carta de 31 de março, deixo informá-lo de que não pertenci ao chamado “Círculo de Viena” no sentido mais estrito da palavra. Tive contatos pessoais com esse Círculo em virtude das minhas relações com o Prof. Schlick, o Dr. Otto Neurath, o Prof. Philipp Frank e o Prof. Victor Kraft. O que me ligou à filosofia desse Círculo – sem ser por ele influenciado – foi a sua ênfase antimetafísica. Desde o primeiro momento rejeitei a filosofia moral desse Círculo – pela maneira como está formulada nas “Questões de Ética” de Schlick. *Entretanto, os escritos de Philipp Frank e Hans Reichenbach sobre causalidade influenciaram minha visão dessa questão. A revista “Erkenntnis” publicou meu ensaio “Die Entstehung des kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip”, em seu volume 8, e um ensaio intitulado “Causalidade e Retribuição”, no volume 9* (MATOS, 2006, p. 49-51, grifo nosso).

Embora pouco explorada, a atenção que Kelsen dispensa ao princípio da causalidade, declarando a influência explícita de Hans Reichenbach, a nosso ver poderia revelar também uma abertura inusitada, capaz de ensejar um diálogo profícuo de sua obra com o desenvolvimento do positivismo lógico levado a efeito no curso do século XX, após a revolução da relatividade no campo da física e seus desdobramentos na esfera da filosofia da ciência, que encontram expressão paradigmática no debate

entre Carnap e Quine, sem ignorar o importante movimento do positivismo ou empirismo lógico como um todo.

3. Implicações teóricas e práticas no contexto da atividade judiciária

Mas qual é exatamente a importância da recepção das categorias kantianas pelo pensamento de Kelsen, para a fundamentação da norma fundamental? Podemos a princípio memorar, com o professor Andityas (MATOS, 2013, p. 105), alguns pontos de contato, começando pela definição de que em Kant tanto as formas da sensibilidade (a intuição duplice do espaço e do tempo), quanto as categorias do entendimento (as percepções de quantidade, qualidade, relação e modalidade) são formas puras – o que significa dizer, em síntese, que são conceitos vazios derivados da estrutura do aparato cognitivo do sujeito. Eles nada prescrevem às leis naturais, mas tornam possível a própria cognição, na medida em que o objeto deve aqui se regular pelos condicionantes gnosiológicos de ordem subjetiva.

Eis a origem do projeto kantiano⁹ consistente na busca pelos fundamentos *a priori* do conhecimento, ou seja, fundamentos “anteriores” ao conhecimento objetivo, que devem fornecer as condições de possibilidade desse conhecimento, em oposição ao conteúdo *a posteriori* da cognição, que emerge pela manifestação da experiência dentro dos limites fixados pelo quadro de categorias no interior

⁹ Conforme se depreende do prefácio à segunda edição da CRP: “É preciso verificar pelo menos uma vez, portanto, se não nos sairemos melhor, nas tarefas da metafísica, assumindo que os objetos têm de regular-se por nosso conhecimento, o que já se coaduna melhor com a possibilidade, aí visada, de um conhecimento *a priori* dos mesmos capaz de estabelecer algo sobre os objetos antes que nos sejam dados” (KANT, 2013, p. 30).

da intuição espaçotemporal. Segundo Kant¹⁰, um sistema de conceitos *a priori* justamente se denominaria filosofia transcendental.

Do mesmo modo, a norma fundamental que Kelsen encontra nas ordens jurídicas contemporâneas “[...] também é vazia de conteúdo e não determina nenhuma prescrição jurídica específica, ao contrário das normas fundamentais estáticas que orientam os ordenamentos de matriz jusnaturalista” (MATOS, 2013, p. 105-106). Em vez de abraçar um valor central de fato (*ser*), privilegiando certo conteúdo para dele fazer derivar por dedução as demais normas (*dever-ser*) do sistema – daí a caracterização dos ordenamentos de direito natural como sistemas de conteúdo *estático* –, Kelsen descreve uma norma fundamental ou um “puro” *dever-ser* dito dinâmico, já que vazio de conteúdo. Trata-se, em resumo, de uma norma que somente “[...] pode fornecer o fundamento de validade, mas não o conteúdo de validade das normas sobre ela fundadas” (KELSEN, 2006, p. 219).

As eventuais alterações materiais do conteúdo normativo conferem ao sistema sua natureza dinâmica, uma vez que a norma fundamental permanece desde que se mantenha a pressuposição que reconhece a instituição de um fato produtor de normas, ou seja, a pressuposição que declara a atribuição de poder a uma primeira autoridade legisladora. Não por acaso, ao longo da sobredita citação da TPD (KELSEN, 2006, p. 225), Kelsen sintetiza a *Grundnorm* segundo a máxima, dirigida à ordenação dos Estados nacionais, de que “devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve”.

¹⁰No mesmo prefácio: “Eu denomino *transcendental* todo conhecimento que se ocupe não tanto com os objetos, mas com o nosso modo de conhecer os objetos, na medida em que estes devam ser possíveis *a priori*” (KANT, 2013, p. 60).

Por conseguinte, uma norma jurídica também vale porque ostenta um conteúdo determinado, passível de ser deduzido logicamente da base de valores do sistema. Em última análise, a validade¹¹ acaba atrelada aqui à adequação da norma em relação ao processo de criação jurídica fixado pela autoridade legiférante constituída de início, um procedimento consubstanciado no exemplo do atual processo legislativo estabelecido em âmbito constitucional. Não pelo conteúdo, mas por essa pertinência formal – e somente por isso –, a norma criada de acordo com esse processo pertence ao ordenamento estabelecido de acordo a norma fundamental. Logo, deve-se menos à inclinação política e mais à necessidade epistemológica a tão distorcida afirmação kelseniana de que “[...] todo e qualquer conteúdo pode ser direito” (KELSEN, 2006, p. 221).

Outra consequência relevante da orientação epistemológica de Kelsen, como destaca Gabriel Nogueira Dias (2010, p. 249), reside no caráter *constitutivo* que, à maneira de Kant, a TPD deve atribuir ao conhecimento jurídico. Nesse sentido, assim como a CRP reconhece que os objetos se orientam de acordo com as faculdades cognitivas do sujeito, na medida em que o objeto deve ser verdadeiramente *constituído* pelas condições epistêmicas *a priori*, também deve a TPD reconhecer que cabe à Ciência do Direito *construir* o ordenamento normativo, não lhe sendo mais dado limitar-se à interpretação de um sistema “previamente” existente.

A norma fundamental assume, em consequência, o posto substancial de condição de possibilidade da *geração* desse objeto, atri-

¹¹Por ora, também não pretendemos abordar nos limites deste artigo a significância múltipla que o conceito de validade assume na obra de Kelsen, em especial na TPD. Para tanto, com comentários significativos, ver BARZOTTO (2007, p. 34).

buindo ao raciocínio jurídico-científico o caráter de *atividade constitutiva* epistemológica. Por sua vez, o grande reflexo pragmático desse compromisso teórico assumido pelo autor ganha destaque na exigência de que, como criação subjetiva, o material dado à Ciência do Direito deve ser organizado como um sistema homogêneo *isento* de contradições, incapaz de assimilar como *existentes* duas ou mais prescrições normativas contrárias. Nas palavras de Gabriel Nogueira Dias:

Nisso pode-se vislumbrar uma consequência imediata e inevitável da utilização feita por Kelsen da teoria do conhecimento de Kant. Como ciência *que cria seus objetos*, a Ciência do Direito se obriga à “criação”, ou seja, ao conhecimento de um todo provido de sentido, de modo que o ordenamento jurídico não pode tolerar a *existência* concorrente, i.e. a validade de normas jurídicas que estejam em contradição (DIAS, 2010, p. 265).

No limite, Kelsen equipara a validade de uma norma à sua existência como tal no interior de um sistema homogêneo, e esse conceito por si só já impõe um desafio colossal à TPD na sua abordagem da concepção corrente de nulidade, uma vez que a equiparação da validade de uma norma à sua existência como *dever-ser* torna qualquer consideração de uma “norma inválida” uma contradição em termos. A perda da validade, sob essa ótica, acarretaria a perda da existência, dado que a “norma nula” – contrária ao sistema – simplesmente não existiria como norma, tampouco poderia ser objeto de um eventual processo de anulabilidade.

Com efeito, a anulação de algo pela via do Direito pressupõe ao menos que esse objeto já “ingressou” no mundo jurídico, ou seja, que já existe como *dever-ser*, de tal forma que o pleno reconhecimento da existência de uma norma (ainda que “inválida”) já está implícito na

mera tentativa de sua anulação, a qual objetiva expurgar do mundo jurídico algo que justamente lá já reside. Até mesmo porque anular uma norma não pode significar anular o ato de que a norma é sentido (o que implicaria a capacidade de um *dever-ser* anular algo que é). Quando muito, designa a criação de uma nova norma com fito de retirar da “norma inválida” o seu sentido objetivo, sob a justificativa de que este diverge do sentido previsto pela norma anterior que permitia/prescrevia/autorizava a criação da norma inválida (KELSEN, 2006, p. 298).

A difundida visão piramidal do sistema jurídico de Kelsen, cujo ápice é a norma fundamental, implica assim uma dificuldade conceitual substantiva, desconsiderada com frequência, no trato com este vício corriqueiro de todos os grandes ordenamentos jurídicos da atualidade: a possibilidade real de conflito entre normas de distintos níveis hierárquicos. À eventual divergência entre normas de um mesmo patamar, a toda evidência aplica-se quase que intuitivamente o princípio da *lex posterior derogat priori*; porém, diante do conflito entabulado entre duas disposições de hierarquia diversa, o intérprete não pode olvidar a problemática advinda da conjugação que equipara a validade da norma à existência como *dever-ser* não contraditório – um conceito passível de ser sintetizado no princípio da “validade-existência”.

Nesse sentido, se determinada norma X é criada em desacordo tanto com aspecto material quanto com o aspecto formal que a norma superior Y lhe prescreve a fim de garantir um sentido objetivo, a norma X ou é (1) juridicamente inexistente, em razão da invalidade que vem macular o ato de sua criação, tornando-se incapaz de gerar qualquer efeito ou mesmo de ser objeto de um recurso ou outro processo tendente a anulá-la; ou (2) é juridicamente

existente e passível como tal de ser anulada – o que, no entanto, aparentemente contradiz a noção de que a validade se equipara, sob um primeiro aspecto, à existência da norma tomada como *dever-ser* válido e vigente, criado sem qualquer contradição com o sistema composto pelas normas que lhe são anteriores e superiores.

Kelsen enfrenta essa dificuldade em dois casos específicos: o da sentença ilegal, que deve ser reapreciada por um tribunal em sede de recurso; e o da lei inconstitucional, objeto maior do controle concentrado de constitucionalidade, implementado pelo teórico na fundação do Tribunal Constitucional da Áustria (KELSEN, 2006, p. 295, 308). No entanto, em ambos os casos, a coerência do autor a princípio se mantém, porquanto ele jamais deixa de equiparar a validade de uma norma à sua existência, sempre considerando que o *dever-ser* que “nasce” em desacordo com o sistema nem mesmo é uma norma. De início, portanto, a sentença ilegal e a lei inconstitucional serão igualmente válidas, o que significa dizer, juridicamente existentes:

Mas uma “norma contrária às normas” é uma contradição em termos; e uma norma jurídica da qual se pudesse afirmar que ela não corresponde à norma que preside a sua criação não poderia ser considerada como norma jurídica válida – seria nula, o quer dizer que nem sequer seria uma norma jurídica. O que é nulo não pode ser anulado (destruído) pela via do Direito. Anular uma norma não pode significar anular o ato de que a norma é sentido. Algo que de fato aconteceu não pode ser transformado em algo não acontecido. Anular uma norma significa, portanto, retirar de um ato que tem por sentido subjetivo uma norma, o sentido objetivo de uma norma. E isso significa pôr termo à validade desta norma através de outra norma. Se a ordem jurídica, por qualquer motivo, anula uma norma, tem de – como o mostrará a análise subsequente – considerar esta norma primeiramente como norma jurídica objetivamente válida, isto é, como norma jurídica conforme o Direito (KELSEN, 2006, p. 296, grifo nosso).

A solução que harmoniza essa afirmação com a assertiva anterior de que uma norma existe e é válida somente se criada em conformidade com o *dever-ser* anterior que lhe outorga um sentido objetivo, reside, no entanto, em considerar que órgãos de criação do direito como os parlamentos e os tribunais “[...] recebem da ordem jurídica poder para criar, ou uma norma jurídica individual, cujo conteúdo se encontra prefixado na norma jurídica geral, ou uma norma jurídica individual cujo conteúdo não se encontra predeterminado, mas é estabelecido por estes mesmos órgãos [...]” (KELSEN, 2006, p. 298).

Em suma, Kelsen reconhece, por meio de uma manobra engenhosa, que todo *dever-ser* que prescreve a forma como outra norma deve ser

criada, também reconhece implicitamente (e até mesmo autoriza) que essa norma seja criada em desacordo com o procedimento proposto, limitando-se o ordenamento jurídico à possibilidade de prescrever que, nesses casos, a validade do *dever-ser* seja provisória e condicionada à eventual instauração de um processo (um recurso ou declaração de inconstitucionalidade) ao cabo do qual essa validade deve cessar por força da norma criada com o objetivo de anulá-la. Mesmo um tribunal que decide em última instância tem resguardada, pela norma constitucional, a possibilidade de que sua decisão se dê em desacordo com as prescrições da carta magna, tendo como único diferencial o fato de que, nessa hipótese, o sistema não prevê o procedimento de anulação seja qual for a decisão; assim, a validade da norma individual consubstanciada na decisão do tribunal passa a ser definitiva e não provisória (KELSEN, 2006, p.298).

Porém, o subterfúgio de Kelsen marca um nítido ponto de inflexão na base teórica da TPD, como bem percebeu a aguda crítica que Luiz Fernando Barzotto (2007, p. 59) retoma de Carlos Santiago Nino, ao destacar o artificialismo do estratagema. Afinal, como os teóricos destacam¹², a lógica desse monismo universalista inviabiliza em sua essência o elemento coercitivo do direito – a sanção –, pois se as normas superiores contêm uma autorização “aberta” à instância normativa inferior, de modo que o destinatário da norma pode ou não optar por cumpri-la, ao seu arbítrio, então jamais se deve obedecer às normas em questão, o que as anula como normas, cujo fundamento deveria também derivar do componente sancionatório-punitivo atrelado ao eventual descumprimento das condutas impostas por elas.

O conflito com as premissas metodológicas fixadas de início pela TPD não poderia ser maior, notadamente no que se refere à redução conceitual que circunscreve todo o direito exclusivamente ao direito positivo¹³, *secundum non datur* (DIAS, 2010, p. 142). Em sentido diverso, a orientação epistemológica de cunho kantiano, no seu processo de construção conceitual do ordenamento pela ciência jurídica, configura um verdadeiro “filtro epistemológico”, em razão do qual o jurista

¹² Em sua extensão, o argumento de Barzotto, secundando Nino, toma o seguinte sentido: “Se a norma superior deixa aberta a possibilidade de determinação do procedimento e da matéria a ser regulada pelo órgão competente, não se vê por que ela não deixaria em aberto a própria determinação do órgão. Daí ser legítima a queixa que se expressa nestes termos: ‘Não pode deixar de ser desalentadora, portanto, uma tese que induz a sustentar que o direito positivo autoriza a qualquer pessoa a ditar normas mediante qualquer procedimento e sobre qualquer matéria’” (BARZOTTO, 2007, p. 59).

¹³ Nesse sentido, a linha de desenvolvimento do projeto kelseniano nada tem de obscuro: “Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica” (KELSEN, 2006, p. 79).

não pode reconhecer como simultaneamente válidas e existentes duas normas contraditórias, ainda que de fato positivadas pela autoridade constituída. Logo, isso significa que a predileção metodológica pelo direito positivo somente se manifesta no plano científico com restrições consideráveis.

Ao menos até 1960, com o advento da segunda edição da TPD, Kelsen não transige nesse ponto e substitui inclusive o tradicional conceito de *nulidade* da teoria jurídica pelo da *anulabilidade*, certo de que a TPD não poderia operar com o conceito de uma “norma nula” sem abandonar – ou ao menos reformular radicalmente – as linhas de força do método crítico-transcendental. Isso porque a natureza constitutiva do conhecimento jurídico-científico – decorrente da universalidade que Kant atribuía às formas da percepção e às categorias do entendimento que constroem o fenômeno objetivo – legitima-se no ideal de um ordenamento por assim dizer “corrigido” ou isento de contradições, uma vez que se trata de um objeto estruturado pela própria cognição do jurista que com ele opera.

Por conseguinte, o direito deve ser sempre direito válido, sob pena de não ser mais direito. Disso decorre igualmente a obrigatoriedade natureza constitutiva que o teórico se vê forçado a atribuir à declaração de nulidade, vedando a possibilidade do efeito *ex tunc*. O raciocínio de Kelsen é categórico:

Do que acima fica dito também resulta que, dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula, mas apenas pode ser anulável. [...] Porém, a lei foi válida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como “declaração de nulidade”, quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como “nula desde o início” (*ex tunc*). A sua decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo. [...] Sob este aspecto, o Direito é como o rei Midas: da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o direito se refere assume o caráter jurídico. Dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade (KELSEN, 2006, p. 306-308).

Consequências dessa ordem permitem antever que a transição de Kelsen para a TGN, supostamente abandonando suas bases kantianas de outrora, nada tem de mero capricho especulativo, pois pode ser vista como um empreendimento substantivo de readequação das bases teóricas da TPD, na tentativa de equacionar problemas concretos, cuja resolução proposta até então ainda parecia limitar o pensamento kelseniano. Precisamente nesse contexto se enquadra a assunção da nor-

ma fundamental não mais como pressuposto lógico transcendental (KELSEN, 2006, p. 225), e sim como ficção “contraditória em si mesma” e “contraditória em relação à realidade” (KELSEN, 1986, p. 328). Porque se duas normas conflitantes não podem ser reconhecidas como pertencentes simultaneamente ao mesmo ordenamento jurídico, então fica claro que *nem todo direito positivo é direito* (DIAS, 2010, p. 328), e não mais se sustenta a possibilidade de uma Teoria Pura como teoria do direito positivo *em geral* (KELSEN, 2006, p.1).

É na fase tardia de seu trabalho que Kelsen se dedicará ao ajuste da relação entre essas duas diretrizes metodológicas de sua teoria jurídica, buscando adequar o princípio do monismo jurídico, centrado na busca de um sistema *geral e coerente* de direito positivo, em face do problema concreto das possíveis prescrições normativas opostas que se pretendem igualmente válidas no interior de um mesmo ordenamento.

Na busca dessa solução, já em sua fase dita cética e no âmbito da TGN, a caracterização do componente constitutivo da descrição jurídico-científica como um princípio epistemológico-transcendental será finalmente abandonada, de modo que a eliminação das contradições inerentes ao ordenamento não mais se apresenta como função da Ciência do Direito, na forma de uma exigência epistêmica que impõe ao teórico o dever de construir seu objeto para além de qualquer contradição, consoante as bases do criticismo kantiano. De outro ângulo, a necessária resolução de antinomias passa agora a ser tratada no plano intrasistêmico, associada à existência de uma norma derogatória de direito positivo, tendente a anular uma ou ambas as normas porventura em conflito, segundo um procedimento que aqui já se encontra previsto no conjunto do ordenamento jurídico (DIAS, 2010, p. 329).

Consequentemente, a princípio ambas as prescrições divergentes deverão ser reconhecidas como direito positivo, e a própria resolução da antinomia converte-se num momento de aplicação do direito, e não mais em uma função da cognição jurídica.

Algumas passagens marcantes da TGN expõem a extensão da ruptura com os princípios epistemológicos consolidados na TPD, quando Kelsen ainda pregava a possibilidade de uma “norma contrária às normas” como uma “contradição em termos” (KELSEN, 2006, p. 296):

Na hipótese de um tal conflito de normas, não pode, porém, ser afirmado que se uma das normas vale, a outra tem de ser não-válida, assim como na hipótese de uma contradição lógica, se um enunciado é verdadeiro, o outro tem de ser falso. Na hipótese de um conflito de normas, ambas as normas são válidas; do contrário, não existiria conflito de normas. Nenhuma de ambas as normas que estão em conflito suprime a validade da outra. [...] A supressão da validade de uma de ambas, ou também de ambas as normas, apenas pode realizar-se no processo produtivo de normas, especialmente por meio de uma norma derogatória. A proposição *lex posterior derogat legi priori* – como Adolf Merkl já mostrou em seu escrito “Die Rechtseinheit des österreichischen Staates”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1917, Bd. 37, p. 75 e ss. – não é princípio lógico, mas uma norma da Moral positiva ou do Direito positivo. [...] Tanto quanto interessem conflitos entre normas gerais, um conflito de normas, que não pode ser resolvido conforme o princípio *lex posterior derogat legi priori*, não é – como afirmei na minha *Reine Rechtslehre* – absurdo e, por conseguinte, ambas as normas sem validade. Cada uma de ambas as normas gerais é razoável, e ambas valem (KELSEN, 1986, p. 266-268).

Por outro lado, a inovação da perspectiva proposta não deixa de lhe impor dificuldades, uma vez que bloqueia a aplicação do instru-

mental teórico kantiano com o qual Kelsen operava até então. A sistematização lógica, universal e necessária das formas da percepção e das categorias do entendimento caracteriza-se como *conditio sine qua non* de qualquer experiência ordenada do mundo exterior. Em virtude disso, no interior desse quadro conceitual, é impossível pensar qualquer contradição interna na constituição do objeto fenomênico, bem como múltiplas possibilidades para o seu conhecimento. E, se a norma fundamental deve ser ademais a pressuposição de uma ficção possível, *mas não obrigatória* (DIAS, 2010, p. 296), podendo o mundo jurídico ser também perceptível sem ela, conforme as relações de poder descritas pela metodologia sociológica, o apoio, ainda que por analogia¹⁴, da filosofia transcendental não pode mais ter êxito.

No entanto, a necessidade da norma fundamental como o “ponto de fuga” comum para onde convergem todas as prescrições do ordenamento tampouco pode ser abandonada. Esse referencial de unificação ou de “fechamento” do sistema permanece, sendo descrito por fim na forma de um ato meramente pensado; uma pura ficção que contradiz a realidade e é contraditória em si mesma, no sentido da Filosofia do Como-Se, de Hans Vaihinger, que passa a substituir a base teórica da filosofia transcendental (KELSEN, 1986, p. 328).

Novamente não se encontra, assim como na TPD, considerações mais aprofundadas e diretas a respeito do embasamento filosófico eleito pela TGN, salvo algumas asserções pontuais nas quais, por exemplo, citando Vaihinger, Kelsen frisa que “[...] uma ficção é um recurso do pensamento, do qual se serve se não pode alcançar o fim do pensamento com o material existente (ob. cit. p. 19)” (KELSEN, 1986, p. 329). E o fim do pensamento da norma fundamental, em particular, não seria outro que não “[...] o fundamento de validade das normas instituintes de uma ordem jurídica ou moral positiva, é a interpretação do sentido subjetivo dos atos ponentes dessas normas como de seu sentido objetivo” (KELSEN, 1986, p. 329).

Trata-se em sua integralidade de uma proposta distinta do *a priori* kantiano em sentido clássico, a partir do qual Kelsen pretendia postar-se entre os extremos da metafísica jusnaturalista e o sociologismo positivista do século XIX, como o demonstra um breve recurso à obra do próprio Vaihinger:

¹⁴ Não pode ser ignorada a insistência de Kelsen ao frisar repetidas vezes, desde a já citada (KELSEN, 2006, p. 225) passagem da TPD, que a relação de sua proposta com a teoria do conhecimento de Kant deveria ser pensada apenas “por analogia”. Trata-se de uma relação que, segundo Gabriel Nogueira Dias (2010, p. 297), Kelsen tenta enfraquecer ainda mais até 1968, em escritos como *Die Funktion der Verfassung* (1964); *Recht, Rechtswissenschaft und Logik* (1966); e *Logisches und Metaphysisches Rechtsverständnis* (1968).

Por atividade ficcional no pensamento lógico referimo-nos à produção e ao uso de métodos lógicos os quais, mediante o auxílio de conceitos acessórios – quando a improbabilidade de qualquer correspondência objetiva se torna consideravelmente óbvia – pretendem atingir os objetivos do pensamento. Ao invés de se contentar com o material dado, a função lógica introduz estruturas de pensamentos híbridas e ambíguas, de modo a auxiliar indiretamente no alcance de seus propósitos, se o material com o qual ela deve lidar resiste ao procedimento direto. [...] Devemos lembrar que o objetivo do mundo das ideias como um todo não é retratar a realidade – isso seria no limite uma tarefa impossível –, mas possibilitar, em especial, um *instrumento para encontrarmos mais facilmente nosso caminho no mundo*. [...] O mundo das ideias é um edifício construído com o propósito de atingir esse objetivo, mas assumir que por causa disso ele representa uma cópia da realidade significa aceitar uma comparação apressada e injustificada. Nem mesmo as relações elementares são cópias da realidade; trata-se quando muito de parâmetros para mensurar as mudanças nessa realidade (VAIHINGER, 1965, p. 12-16, tradução nossa¹⁵).

Kelsen pouco relaciona também a adequação da *Grundnorm* como “ficação autêntica” com um problemático postulado da Vaihinger,

¹⁵No original: “By fictive activity in logical thought is to be understood the production and use of logical methods, which, with the help of accessory concepts – where the improbability of any corresponding objective is fairly obvious – seek to attain the objects of thought. Instead of remaining content with the material given, the logical function introduces this hybrid and ambiguous thought-structures, in order with their help to attain its purpose indirectly, if the material which it encounters resists a direct procedure. [...] It must be remembered that the object of the world of ideas as a whole is not the portrayal of reality – this would be an utterly impossible task – but rather to improve us with an *instrument for finding our way about more easily in this world*. [...] The world of ideas is an edifice calculated to fulfill this purpose; but to regard it for that reason as a copy is to indulge in a hasty and unjustifiable comparison. Not even elementary sensations are copies of reality; they are rather mere gauges for measuring the changes in reality” (VAIHINGER, 1965, p. 12-16).

relativo ao *necessário* caráter provisório de toda ficção. Pois, segundo o autor do *Als-Ob*, em que pese a contradição inerente ao ente ficcional, bem como a sua posição frente ao real, retomadas por Kelsen (1986, p. 328-329), o fato é que “[...] conceitos contraditórios existem apenas para serem finalmente eliminados” (VAIHINGER, 1965, p. 98), na medida em que “[...] resultados corretos são obtidos pelo pensamento e pelo cálculo, e essas ficções devem de alguma forma ser eliminadas e suas contradições canceladas”¹⁶ (VAIHINGER, 1965, p. 98).

Assim, percebe-se que, mesmo em termos conceituais, não é possível inserir sem grandes dificuldades a norma fundamental de Kelsen no quadro da teoria das ficções de Vaihinger, em concordância com a advertência pontual de Gabriel Nogueira Dias (2010, p. 301). Até mesmo porque o afastamento da herança kantiana subtrai inclusive a sustentação teórica da cisão epistemológica entre *ser* e *dever-ser*, postulado fundante do método de investigação kelseniano, que exigiria a mesma e dificultosa fundamentação em termos ficcionais.

4. Conclusão

Diante do exposto, parece-nos evidente a amplitude das implicações teóricas e práticas da TPD (Kelsen, 2006), a qual não se resume a um simples sistema de filosofia jurídica, apenas de interesse marginal para o jurista, pois que alheio à dinâmica da práxis forense. O pensamento de Kelsen em geral e o conceito da norma fundamental em particular refletem-se sobremaneira na compreensão contemporâ-

¹⁶No original: “Contradictory ideas are thus only there to be finally eliminated; moreover, in spite of these contradictory ideas, correct results are obtained in thought and calculation, and this fiction must somehow be eliminated and their contradiction cancelled” (VAIHINGER, 1965, p. 98).

nea de temas tão fundamentais quanto o controle de constitucionalidade difuso e concentrado, influenciando até mesmo a compreensão da sentença/acórdão de inconstitucionalidade como provimento jurisdicional declaratório ou constitutivo, com as respectivas variações na natureza do efeito de cada qual das decisões (*ex tunc* ou *ex nunc*).

Trata-se a norma fundamental de verdadeiro postulado científico do próprio Direito, como destaca a reconhecida interpretação do professor Andityas (MATOS, 2013, p. 113). O que significa dizer que não se trata aqui da *Grundnorm* como fim regressivo da estrutura escalonada de Kelsen, ou seja, como ponto culminante da pirâmide normativa. Ela se torna antes condição do *início lógico do sistema* – um postulado gnosiológico que se estabelece na forma de uma condição transcendental dinâmica, capaz de operar a recondução da multiplicidade de elementos do mundo natural à estrutura básica da norma jurídica.

Por fim, o fundamento histórico de semelhante postulado pode ser encontrado sem dificuldade no quadro de ruptura que caracteriza a transição do século XIX para o século XX, ao longo do qual a fundamentação da ciência jurídica logrou ser cada vez mais associada aos princípios de fontes “externas” ao elemento do direito, como Deus, o poder ou a concordância do corpo social. Dessa maneira, a norma fundamental cumpre (ou deve cumprir) nesse ambiente, para além da crítica rasteira que lhe é dirigida desde sempre, o papel substantivo de garantir a autonomia da ciência jurídica, como campo privilegiado de atuação não do político, não do sociólogo, não do teólogo, mas do jurista.

Sobre o autor

Alan Chahrur é doutorando (com bolsa do CNPq) em Filosofia Política – Teoria Geral do Direito, do Estado e da Democracia, na Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), Campinas, SP, Brasil; mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), Marília, SP, Brasil; professor de Filosofia na graduação da Universidade Estadual Paulista, SP, Brasil.

E-mail: alanchahrur@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁷

THE THEORETICAL AND PRACTICAL RELEVANCE OF THE BASIC NORM

¹⁷ Sem revisão do editor.

ABSTRACT: The present paper aims to expose some brief appointments concerning the theoretical and practical relevance of the concept of the basic norm, which works as a founding element of the famous jurisprudence system developed by jurist Hans Kelsen in the beginning of the twentieth century, entitled Pure Theory of Law. At first, the problematic position of the General Theory of Norms in the context of Kelsen's intellectual itinerary will be highlighted, in order to find a collection of scattered texts, based on different moments of the reflections proposed by the author along his life. A selection which doesn't necessarily depicts the vision endorsed by Kelsen after 1960 and the second edition of the Pure Theory of Law, in the course of his so called "skeptical" or "critical" phase. Nonetheless, stepping for a moment beyond the aforementioned difficulties of historical and philological nature, we intent to demonstrate some theoretical and practical impacts of such a fundamental kelsenian concept to the daily practice of law, all in order to highlight the major significance of Jurisprudence as the methodological basis of all the other juridical disciplines that compose the science of law as a whole.

KEYWORDS: BASIC NORM. THEORY. PRACTICE.

Como citar este artigo

(ABNT)

CHAHRUR, Alan Ibn. A importância teórica e prática da norma fundamental. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, n. 211, p. 35-53, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p35>.

(APA)

Chahrur, Alan Ibn. (2016). A importância teórica e prática da norma fundamental. *Revista de informação legislativa: RIL*, 53(211), 35-53. <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p35>.

Referências

- BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen*, Ross e Hart. 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007.
- DIAS, Gabriel Nogueira. Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FRIEDMAN, Michael. *Dynamics of reason: the 1999 Kant lectures at Stanford University*. CSLI Publications: California, [2001?].
- JABLONER, Clemens. Kelsen and his circle: the viennese years. *European Journal of International Law*, v. 9, n. 2, p. 368-385, 1998.
- JELLINEK, George, 1851-1911. *Teoria general del estado*. Buenos Aires: Ed. Albatros, 1954.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 3. ed. Petrópolis, RJ; Bragança Paulista, SP: Vozes: Ed. Universitária São Francisco, 2012.
- KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*. Tübingen: J.C.B. Mohr (P. Siebeck), 1920.
- _____. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1986.

_____. *Introduction to the problems of legal theory*: a translation of the first edition of the *Reine Rechtslehre* or Pure theory of law. New York: Oxford University Press, 1992.

_____. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, c2011.

KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito internacional e Estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *Contra Natvram*: Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2013.

PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. New York: Oxford: Clarendon, Oxford University Press, 1999.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; HERRERA, Luiz Henrique Martim. Hans Kelsen: filosofia jurídica e democracia. *Revista de informação legislativa*, v. 52, n. 205, p. 235-260, jan./mar. 2015.

SANTOS, José Carlos. Minkowski, geometria e relatividade. *Revista Brasileira de História da Matemática*, v. 9, n. 18, p. 115-131, 2009.

VAIHINGER, Hans. *The philosophy of 'As if'*: a system of the theoretical, practical and religious fictions of mankind. 2. ed. reimpr. London: Routledge & K. Paul, 1965.

Criação de municípios e debate científico

Entre mitos e métodos

SÉRGIO FERRARI

Resumo: Com uma abordagem multidisciplinar e perspectiva histórica, este estudo trata do fenômeno da criação de municípios no Brasil desde a década de 1950. São analisados argumentos favoráveis e contrários à fragmentação municipal, tanto no debate científico quanto no debate social, e como tais argumentos influenciaram a elaboração normativa, desde a Lei Complementar nº 1, de 1967, passando pela Constituição de 1988 e pela Emenda nº 15, de 1996, até os projetos recentemente aprovados pelo Congresso Nacional, mas vetados pela Presidência da República.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Criação e tamanho ideal de municípios. Debate social e método científico

1. Introdução e proposta metodológica

Um dos temas mais recorrentes no “compêndio de discursos pré-fabricados” do debate público, científico ou não, é o relativo à divisão territorial brasileira no âmbito municipal. Em alguns períodos, parece ter saído de moda, em outros reaparece, com os mesmos clichês e frases feitas, mas nunca deixa de estar entre os mais frequentes, ao lado do “desgaste do sistema representativo”, da “reforma tributária” e de outros assuntos que fazem a alegria dos jornalistas sem pauta ou daqueles que fazem da crítica um fim em si mesmo.

Do ponto de vista histórico, o debate sobre a criação de municípios ou sobre as condições mínimas para que uma coletividade possa almejar sua emancipação territorial tem acompanhado, de certa forma, o debate sobre a própria autonomia municipal, intensificado a partir da

década de 1950, e que atingiu seu ápice após a Constituição de 1988 (CF). Com maior ou menor intensidade, portanto, está em pauta há cerca de 60 anos.

No exterior, o debate também se intensificou na última década, embora com um foco um pouco diferente: cuida-se, na verdade, de estabelecer o *tamanho ideal* para a unidade *administrativa* (e, no grau permitido em cada ordenamento constitucional, também *política*) local¹. Nesse contexto, o foco é eminentemente de eficiência econômica e administrativa, tendo como contraponto razões de natureza jurídica e política. Por isso, tais estudos são necessariamente interdisciplinares, envolvendo estudiosos da Economia, Geografia, Ciência Política, Administração e Direito.

No Brasil, frequentemente, a discussão também extrapola o campo jurídico, é objeto de críticas e análises de estudiosos de outras áreas e chega, em alguns momentos, ao âmbito do que se poderia chamar, sem rigor científico, de “opinião pública”, quando até a imprensa “comum” se envolve na discussão².

Em tal situação, o tema tem sido objeto de uma abordagem emocional, com defesas apaixonadas, a favor ou contra a criação de municípios. Todavia, os argumentos esgrimidos pelos dois lados do debate raramente têm conexão efetiva com a realidade. Para os que se colocam a favor da criação de municípios (o que, numa visão ampla, resulta em maior fragmentação territorial e unidades cada vez menores), são alardeados supostos benefícios da maior

autonomia municipal, entre os quais o velho e surrado argumento (sem juízo de valor, por enquanto, da sua validade) da “maior proximidade” do povo com os governantes e seus supostos benefícios. Quando tem um pouco mais de embasamento teórico, o argumento da “maior proximidade” costuma apoiar-se no princípio da subsidiariedade, embora ele próprio ainda careça de fundamentação jurídica mais efetiva. Também são colocados argumentos de ordem econômica: os tributos arrecadados no novo município seriam sempre aplicados “em seu favor”, e não “apropriados” pelo município do qual se originou. Ambos os argumentos, porém, carecem de demonstração científica. Por outro lado, aqueles que se colocam contra a criação de municípios costumam utilizar argumentos igualmente velhos e surrados, como um alegado aumento da despesa pública (especialmente pela criação de mais cargos eletivos, como os de prefeito e vereadores), além de apontar (sem demonstração efetiva) a “inviabilidade econômica” dos novos municípios.

A abordagem do tema envolve os aspectos histórico, econômico, geográfico, político e jurídico, sendo relevantes, neste último, as vertentes normativa e jurisprudencial. Neste artigo, a opção é por não separar estes aspectos em subitens específicos, mas fazer um único texto com abordagens entrelaçadas, mantendo, na medida do possível, uma ordem cronológica. Espera-se que, assim, a compreensão do tema possa escapar do maniqueísmo de opiniões extremadas contra ou a favor da criação de novos municípios. Na verdade, a própria diversidade das realidades locais já permite ver que nenhum modelo *matemático* (para a Economia) e, consequentemente, *normativo* (para o Direito), pode apreender cada nuance dessa diversidade. Qualquer modelo provocará iniquidades nos pontos extremos.

¹Entre as obras recentes que abordam o tema, na Europa, destaque-se: Lago-Peñas e Martinez-Vazquez (2013); Panara e Varney (2013); Tanquerel e Bellanger (2007). Nos Estados Unidos, o tema sempre teve um enfoque pragmático e objetivo, valendo conferir, entre outros: Kemp (1999).

²MELLO (1992, p. 24) faz menção a extensas reportagens publicadas nos periódicos *Folha de S.Paulo* (10/11/1991) e *Jornal do Brasil* (17/11/1991), com opiniões sobre o assunto.

Por conta disso, será sempre fácil, para qualquer posição que se defende nesse debate, encontrar exemplos extremos que a apoiem. O que se pode fazer é buscar um modelo que evite, na maior medida possível, tais iniquidades.

Espera-se, assim, que essa abordagem não estanque, com o olhar simultâneo de diferentes ramos do conhecimento, contribua para trazer mais luz e menos calor para esse debate já tão desgastado.

2. A “Primeira Onda” emancipatória (décadas de 1950 e 1960)

Tomando-se como ponto de partida o Censo de 1940, a evolução da quantidade de municípios no Brasil pode ser demonstrada na tabela a seguir:

Tabela 1 – Municípios no Brasil

ano	existentes	criados	
		absoluto	%
1940	1.574		
1950	1.889	315	20,01
1960	2.766	877	46,43
1970	3.952	1.186	42,88
1980	3.974	22	0,56
1991	4.491	517	13,01
1993	4.974	483	10,75
1997	5.507	533	10,72
2000	5.560	53	0,96
2009	5.565	5	0,09

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados obtidos no site do IBGE, em 2010.

A tabela demonstra que, ao longo da década de 1960, foram criados 1.186 municípios, o que representou um aumento de 42,88% na comparação entre 1970 e 1960. Se a comparação for feita entre 1950 e 1970, ver-se-á

que, em 20 anos, mais que dobrou o número de municípios no Brasil. Este período poderia ser chamado de “primeiro ciclo” de emancipações no País. Comentando o fato, Mello (1971, p. 29), fez a seguinte e enfática crítica: “surgiram centenas de Municípios-fantasmas, verdadeiras ficções do ponto de vista econômico, sociológico, administrativo e até geográfico, pois muitos nem divisas delimitadas possuíam”. Em texto posterior, o mesmo autor aponta o que seria uma das causas deste fenômeno:

Uma causa da onda emancipacionista que se verifica no Brasil a partir da década de 1940 está no sistema de tributos partilhados, o qual favorece sobretudo os municípios mais pobres, através do FPM. Quando foi introduzido pela Constituição de 1946, as cotas eram iguais para todos os Municípios. Assim, os Governos Estaduais estimulavam a criação de novos Municípios para atrair mais recursos do Governo Federal para o Estado (MELLO, 1971).

Duas observações devem ser feitas antes de prosseguir. Em primeiro lugar, infelizmente não foi possível separar os dados da década de 1960 entre os períodos antes e depois de 1964, embora se possa intuir que o maior crescimento se deu no primeiro período, até o movimento militar de 1964. Em todo caso, é fato que a Lei Complementar nº 1/1967 (sobre a qual se falará logo a seguir) provocou uma “freada brusca” no processo de criação de municípios. Razoável supor, assim, que as taxas de crescimento foram ainda mais elevadas, quando observado o período de 1950-1964. Em segundo lugar, embora pareça bastante elevado o crescimento do número de municípios no período de 1950-1970, esse dado deve ser lido em conjunto com o elevado crescimento populacional do País no mesmo período, demonstrado na tabela a seguir:

Tabela 2 – Crescimento populacional do Brasil 1940-1970

Ano	população	crescimento %
1940	41.236.315	
1950	51.944.397	25,97
1960	70.070.457	34,90
1970	93.139.037	32,92

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados obtidos no site do IBGE, em 2010.

Portanto, embora ainda se possa falar num “ciclo de emancipação” no período de 1950-1970 (ou, provavelmente, 1950-1964), ele é *em parte* explicado pela acentuada expansão populacional no mesmo período. Esse dado será importante na comparação com o ciclo seguinte, iniciado no final da década de 1980.

3. O regime militar e a rigorosa restrição às emancipações

A Lei Complementar nº 1/1967 estabeleceu severos limites à criação de novos municípios, como se vê dos seguintes dispositivos:

Art. 1º – A criação de Município depende de lei estadual que será precedida de comprovação dos requisitos estabelecidos nesta Lei e de consulta às populações interessadas.

Parágrafo único – O processo de criação de Município terá início mediante representação dirigida à Assembleia Legislativa, assinada, no mínimo, por 100 (cem) eleitores, residentes ou domiciliados na área que se deseja desmembrar, com as respectivas firmas reconhecidas.

Art. 2º – Nenhum Município será criado sem a verificação da existência, na respectiva área territorial, dos seguintes requisitos:

I – população estimada, superior a 10.000 (dez mil) habitantes ou não inferior a 5 (cinco) milésimos da existente no Estado;

II – eleitorado não inferior a 10% (dez por cento) da população;

III – centro urbano já constituído, com número de casas superior a 200 (duzentas);

IV – arrecadação, no último exercício, de 5 (cinco) milésimos da receita estadual de impostos.

§ 1º – Não será permitida a criação de Município, desde que esta medida importe, para o Município ou Municípios de origem, na perda dos requisitos exigidos nesta Lei.

§ 2º – Os requisitos dos incisos I e III serão apurados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o de nº II pelo Tribunal Regional Eleitoral do respectivo Estado e o de número IV, pelo órgão fazendário estadual.

§ 3º – As Assembleias Legislativas dos Estados requisitarão, dos órgãos de que trata o parágrafo anterior, as informações sobre as condições de que tratam os incisos I a IV e o § 1º deste artigo, as quais serão prestadas no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data do recebimento.

Art. 3º – As Assembleias Legislativas, atendidas as exigências do artigo anterior, determinarão a realização de plebiscito para consulta à população da área territorial a ser elevada à categoria de Município.

Parágrafo único – A forma da consulta plebiscitária será regulada mediante resoluções expedidas pelos Tribunais Regionais Eleitorais, respeitados os seguintes preceitos:

I – residência do votante há mais de 1 (um) ano, na área a ser desmembrada;

II – cédula oficial, que conterá as palavras “Sim” ou “Não”, indicando respectivamente a aprovação ou rejeição da criação do Município (BRASIL, 1967).

Apesar da pitoresca exigência do art. 1º (firma reconhecida de pelo menos 100 eleitores), o principal “freio” à criação de novos municípios foi a exigência de uma população mínima de 10 mil habitantes (art. 2º, I), bastante elevada para a época. Basta verificar,

para efeito de comparação, que mais da metade dos municípios existentes em 2005 não atingiria esse patamar. Se os mesmos dados forem “deflacionados” do crescimento populacional no período de 1970-2000, conclui-se que mais de 3.500 dos municípios hoje existentes não poderiam ter sido criados, se a Lei Complementar nº 1/1967 permanecesse em vigor (a população mínima seria de 18.230 habitantes). Isso explica, de maneira clara, por que foram criados apenas 22 novos municípios em toda a década de 1970.

4. A “Nova República”: não vale o que está escrito

Como explicar, então, que a partir de 1980, mesmo com tal legislação restritiva, tenham sido criados 289 municípios até 1987? A resposta diz muito sobre a cultura política e jurídica brasileira. Segundo o cientista político Fabrício Tomio, teria ocorrido o simples desrespeito à legislação e, onde não houve impugnação judicial, a emancipação se consumou:

Na segunda metade da década de 1980, devido ao que parece ter sido uma crise de legitimidade das instituições geradas no governo militar, muitos municípios foram criados desrespeitando a legislação vigente. A eficácia jurídica da Lei Complementar Federal (LC) 01/67 só ficou caracterizada quando a emancipação de algum destes municípios foi objeto de disputa judicial. Nos casos em que o processo tramitou sem recurso judicial, os municípios foram criados (TOMIO, 2002, p. 65).

Como o artigo de Tomio (2002) não fornece exemplos concretos do fato, procuramos, na base de dados do IBGE, municípios criados na década de 1980, que pudessem confirmar a hipótese. O município de Italva, no Estado do Rio de Janeiro, foi criado por lei estadual de 11/11/1983, cuja constitucionalidade foi declarada por acórdão do STF de 25/9/1985, determinando sua extinção (Representação 1223-9-RJ, Relator Ministro Sydney Sanches). Menos de um ano depois, em 12/6/1986, foi promulgada outra lei estadual, recriando aquele município. É pouco provável que, nesse curto período, Italva tenha alcançado os requisitos previstos na Lei Complementar nº 1/1967. Não se pode perder de vista, ainda, que, embora a CF tenha sido promulgada em outubro de 1988, a derrocada do regime militar foi gradativa, começando com o resultado da eleição presidencial indireta de 1985 e pela convocação da Assembleia Nacional Constituinte, eleita em 1986. Não houve “ruptura”, ao contrário do que ocorreu em 1964. Esses dados históricos são coerentes com a relação de causalidade apontada pelo cientista po-

lítico, ocasionando o fenômeno de perda de efetividade da Lei Complementar nº 1/1967, durante este período de transição.

5. A Constituição de 1988 e a “Segunda Onda” de emancipações

A CF trouxe novo regime jurídico para a matéria, conforme disposição do seu art. 18, § 4º:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em Lei Complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas (BRASIL, 1988).

A expressão “populações diretamente interessadas”, como parece claro, poderia ter dois sentidos: de consulta apenas à população da parcela (geralmente um ou mais distritos) que pretende emancipar-se, ou a esta e também do município que “perderá” população, chamado, inclusive pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), de “município-mãe”. O STF, ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade nº 733-MG (20/5/1992, Relator Ministro Sepúlveda Pertence), optou pela primeira interpretação, em acórdão assim ementado (transcrição parcial):

MUNICÍPIO: CRIAÇÃO: PLEBISCITO: ÂMBITO DA CONSULTA POPULAR. O INTERESSE JURÍDICO DO MUNICÍPIO-MÃE NA PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE TERRITORIAL E POPULACIONAL E DA UNIDADE HISTÓRICO-CULTURAL DO SEU AMBIENTE URBANO CESSA COM A VERIFICAÇÃO DOS PRESUPOSTOS OBJETIVOS, SEM A CONCORRÊNCIA DOS QUAIS NÃO É LICITA SEQUER A REALIZAÇÃO DO PLEBISCITO; REUNIDOS, PORÉM, ESSES PRESSUPOSTOS E AUTORIZADO O PLEBISCITO PELA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA, DIRETAMENTE INTERESSADA NO OBJETO DA CONSULTA POPULAR É APENAS A POPULAÇÃO DA ÁREA DESMEMBRADA, ÚNICA PORTANTO, A PARTICIPAR DELA (BRASIL, 1995).

Entendeu a Suprema Corte que o único interesse que a população do “município-mãe” poderia ter em se opor à emancipação seria a *preservação da continuidade e da unidade histórico-cultural do ambiente urbano*, presente no dispositivo constitucional. Mesmo esse interesse,

porém, tinha como curadora a assembleia legislativa estadual, e não a população do “município-mãe” ou sua câmara municipal. Note-se, porém, que no regime constitucional anterior, esta já era a interpretação do STF (Representação 1.269, julgada em 30/10/1987, Relator Min. Néri da Silveira). Voltar-se-á a esse ponto mais adiante.

A acelerada expansão do número de municípios, a partir daquele momento, pode ser percebida nos dados da Tabela 1-A relativos ao período 1987-1997:

Tabela 1-A – Municípios no Brasil

ano	existentes	Criados	
		absoluto	%
1940	1.574		
1950	1.889	315	20,01
1960	2.766	877	46,43
1970	3.952	1.186	42,88
1980	3.974	22	0,56
1987	4.263	289	7,27
1997	5.507	1.244	29,18
2000	5.560	53	0,96
2009	5.565	5	0,09

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados obtidos no site do IBGE em 2010.

Quando se considera o período de 1987 a 1997, fica bastante claro o segundo “ciclo de emancipação”, comparável, em número de municípios emancipados, ao período de 1960-1970, e representando, em percentual, um acréscimo de quase 30% no número de municípios existentes em 1987, que, como visto, já considerava um significativo aumento (7,27%) em relação ao período “estacionário” em que foi efetiva a Lei Complementar nº 1/1967.

Para que seja possível a comparação com o “primeiro ciclo” de emancipação, no período de 1950-1964, veja-se o crescimento populacional no período 1970-1996:

Tabela 2-A – Crescimento populacional do Brasil 1970-1996

Ano	população	crescimento %
1970	93.139.037	
1980	119.002.706	27,77
1991	146.825.475	23,38
1996	157.070.163	6,98

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados obtidos no site do IBGE em 2010.

Não obstante, é preciso cautela antes de atribuir esse enorme crescimento do número de municípios apenas à nova Constituição. As causas do fenômeno podem ser múltiplas, além de serem bastante controversas na literatura jurídica e, especialmente, econômica. Para uma melhor visão do tema, portanto, convém abordar as possíveis causas sob o enfoque *normativo* e sob o enfoque *fático*.

Sob o ângulo *normativo*, percebe-se que, com a Constituição de 1988, os requisitos para criação de novos municípios passaram a ser determinados em lei complementar de cada Estado-membro. O quadro a seguir, elaborado por Fabrício Tomio, mostra como alguns Estados-membros regularam a matéria, comparando os requisitos com os constantes da Lei Complementar nº 1/1967:

Tabela 3

UF	Leis Complementares	População
União	LC 01/67	10.000(*)
PR	56/91	5.000
RS	9070-9089/90	1.800
SC	01/89 29-33/90, 34/91 37-42/91, 135/95	5.000 1.796 5.000
ES	13/91 87/96, 100/97	8.600 Proibida a divisão de municípios emancipados nos últimos 50 anos
MG	19/91 24/92 37-39/95	3.000 2.000 2.000
RJ	59-61/90	6.393
SP	651/90	1.000
AL	01/90 06/91 11/92	7.000 7.000 5.500
BA	01/89 02/90	12.541 8.000
CE	11.659/89 01/91	5.000 10.213
MA	17/93	1.000
PB	01/90 24/96	2.000 5.000
PE	01/90 14/96 15/96	10.000 10.000 Proibido emancipações até 1999
PI	06/91	4.000
RN	102/92	2.558
SE	01/90	6.000
AC	23/89 35/91	2.088 1.500
AM	07/91	965
AP	01/92	948
PA	01/90 27/95	5.000 10.000

UF	Leis Complementares	População
RO	31/89	6.155
RR	02/92	2.471
TO	01/89	2.000
	05-06/92	1.200
	09/95	3.000
GO	02/90	3.000
	04/90	2.000
MS	58/91	9.635
	62/91	5.781
MT	01/90, 08-09/91	3.040
	23/92	4.000

Fonte: Lei Complementar federal e estadual, IBGE (Contagem 96, Censo 91).

(*) Quatro Estados utilizam o eleitorado (RS, SP, MG e MA).

(**) Menos para os Estados com menos de 2 milhões de habitantes, quando prevalecia 0,5 % da população. Segundo os dados do Censo de 1991, a população municipal mínima para essas UF seria: AC (2.088 hab.), AP (1.446 hab.), MS (8.901 hab.), RO (5.663 hab.), RR (1.087 hab.), SE (7.459 hab.) e TO (4.599 hab.).

Vê-se que, à exceção do Estado de Pernambuco, os demais adotaram requisitos bem mais permissivos que os previstos anteriormente pela legislação federal. Merece registro ainda que várias “constituições” estaduais pretendem criar diretamente novos municípios, em seus atos de disposições constitucionais transitórias, o que foi impedido pelo STF³.

6. O Debate sobre a “Segunda Onda” de Emancipações

Do ponto de vista normativo, essa alteração explica muito, mas ainda não seria suficiente para que as populações de distritos ou outras localidades quisessem a emancipação. Quanto às razões econômicas e políticas que

levaram a tal processo, uma vez estabelecida a norma favorável, várias são apontadas sobre o tema. Mello (1992, p. 3) relaciona as seguintes:

- interesses político-eleitoreiros, voltados para a obtenção de votos, por parte dos defensores da emancipação, especialmente dos Deputados Estaduais, causa esta a mais invocada;
- o fato de que muitos distritos carecem de serviços básicos, tais como água encanada, escolas, postos de saúde, iluminação pública e energia elétrica;
- numa visão oposta à anterior, a existência de uma infraestrutura de serviços tão satisfatória que já não se justifica a subordinação do distrito ao Governo Municipal a que pertence e para o qual contribui com recursos fiscais próprios.

Com a ressalva de que Lordello de Mello, nessa passagem, não está enunciando opiniões próprias, mas apenas reportando argumentos que eram suscitados no intenso debate daquela época, é preciso notar que os dois últimos pontos são reciprocamente excludentes: se ambos fossem sempre verdadeiros, a emancipação ocorreria em qualquer hipótese. Mas o próprio Lordello de Mello acrescenta um dado que parece decisivo:

³Sobre o ponto, com referência a vários acórdãos do STF e transcrição de ementas, veja-se Ferrari (2003, p. 183-184). Interessante observar ainda, embora não diretamente relacionada ao tema, a seguinte diferença: enquanto no período aproximado de 1985-1988 vários municípios foram criados *contra legem*, mas se mantiveram por omissão na impugnação judicial; a criação de municípios pelas constituições estaduais, já sob a vigência da nova Constituição Federal, não “passou em branco”, sendo sempre objeto de ações diretas de inconstitucionalidade. Parece claro, na opinião que aqui se expressa, que esta diferença se deve à ampliação do rol de legitimados a provocar o controle de constitucionalidade (art. 103 da CF).

O que um novo município, mesmo incluído na primeira das 16 categorias de distribuição das cotas do FPM – aqueles com população até 10.188 (a categoria mais alta inclui os Municípios com população acima de 156.216 habitantes) – irá receber será uma quantia suficiente para a instalação da Prefeitura e da Câmara Municipal, para sua manutenção, bem como para a prestação de alguns serviços.

Destaque-se este número: a “primeira categoria” a que se refere Lordello de Mello – até 10.188 habitantes – engloba nada menos que 48% dos municípios brasileiros. Assim, o coeficiente de cálculo do FPM seria o mesmo para um município de mil ou de dez mil habitantes. Parece bastante claro que esse critério representa um incentivo bastante significativo para a emancipação, tanto maior, proporcionalmente, quanto menor a população do novo município e, portanto, mais longe do “teto” de 10.188 habitantes. Isto parece explicar, também, por que a grande maioria dos municípios criados nesse período está na faixa de menos de 10 mil habitantes, e um número significativo tem menos de cinco mil. Veja-se a tabela a seguir, elaborada por Gustavo Maia Gomes e Maria Cristina Mac Dowell, que retrata apenas os “novos” municípios (instalados a partir de 1984):

Tabela 4 – BRASIL E REGIÕES: número de Municípios instalados após 1984, por classes de tamanho da população, 1997

Estratos de municípios	Norte	Nordeste	Sudeste	Sul	Centro-Oeste	Brasil
Até 5.000 hab.	97	146	118	295	80	736
5.000 a 10.000 hab.	48	108	85	88	30	359
10.000 a 20.000 hab.	42	125	29	19	19	234
20.000 a 50.000 hab.	17	20	14	2	6	59
50.000 a 100.000 hab.	3	2	2	1	3	11
100.000 a 200.000 hab.	*	1	3	*	*	4
Total	207	402	251	405	138	1.403

Fonte: Gomes e Mac Dowell (1997, p. 7).

Veja-se: dos 1.403 “novos” municípios no período após 1984 (ou seja, já a partir da “flexibilização” da Lei Complementar nº 1/1967, agravando-se depois da CF) e até 1997, 1.095 tinham – mesmo em 1997 – menos de cinco mil habitantes. Diante desses dados, é difícil duvidar de que os efeitos dos critérios de distribuição do FPM não tenham sido a principal causa desse ciclo emancipacionista.

Para não perder a ordem cronológica, é necessário fazer referência à Lei Complementar nº 62, de 1989, cujo art. 3º manteve os critérios de

distribuição do FPM, “até que lei específica sobre eles disponha”. Aliás, o parágrafo único do art. 5º dessa Lei trouxe uma importante novidade:

Art. 5º O Tribunal de Contas da União efetuará o cálculo das quotas referentes aos Fundos de Participação e acompanhará, junto aos órgãos competentes da União, a classificação das receitas que lhes dão origem.

Parágrafo único. No caso de criação e instalação de Município, o Tribunal de Contas da União fará revisão dos coeficientes individuais de participação dos demais Municípios do Estado a que pertence, reduzindo proporcionalmente as parcelas que a estes couberem, de modo a lhe assegurar recursos do Fundo de Participação dos Municípios – FPM (BRASIL, 1989).

Assim, até 1989, a criação de um município obrigava ao recálculo das participações dos demais municípios brasileiros. A partir dessa lei, as participações totais dos municípios de cada Estado-membro ficaram “congeladas”, de modo que a redistribuição passou a se dar apenas no âmbito dessa unidade federativa estadual. Em palestra (daí a linguagem coloquial do texto), Bremaeker (2007, p. 11) demonstrou que, até então, existia uma “corrida interestadual” pela criação de novos municípios, com base no sistema anterior. Todavia, demonstrou também que esse “congelamento” acabou eternizando distorções:

Uma lei complementar, em 1989, resolveu fazer o seguinte: antigamente quando se criava municípios o FPM era redividido no país inteiro. O Rio Grande do Sul, em 1988, criou 101 municípios, o que engordou a fatia de FPM do Estado do Rio Grande do Sul. Isto foi um estímulo para que outros estados começassem a multiplicar municípios para puxar o dinheiro de volta para eles. Aí veio uma Lei Complementar que disse “agora congela esse quadro”: quando forem criados novos municípios o dinheiro irá ser dividido dentro do estado, dentro do mesmo percentual de FPM que os municípios daquele estado recebiam.

Quem teve o grande azar dessa história foi Roraima, que na época tinha dois ou três municípios e agora possui 15 municípios. Um município de Roraima recebe menos da metade de FPM que um município de Minas Gerais, por exemplo, embora Minas Gerais seja o estado com o maior número de municípios no país. Até 10 mil habitantes o FPM é o mesmo para todos os municípios.

Perceba-se, então, como um detalhe aparentemente simples e que passa absolutamente despercebido nos debates sobre o assunto – a mudança do recálculo das cotas do FPM, de nacional para estadual – pode provocar significativas diferenças no estímulo às emancipações. Além de estar fora do debate – acadêmico ou social –, essa variável não pode ser apreendida ou valorada em nenhuma das fases do procedimento de emancipação

(plebiscito, votação da lei estadual, “estudos de viabilidade” etc.). Também já se pode perceber que, do ponto de vista estritamente econômico-financiero, a criação de municípios é um “jogo”, com ganhadores e perdedores, que passam a ter maior ou menor FPM *per capita*. Apesar disso, como já visto, o movimento de fragmentação municipal continuou intenso.

Pelo que se viu até aqui, já é fácil perceber que as razões que impulsionaram as “ondas emancipacionistas” não estão apenas no que dispõe a Constituição (sobre a abrangência do plebiscito), tampouco num interesse na criação de alguns poucos cargos de vereadores, ou ainda em arrecadar tributos próprios, como o IPTU e o ISS, absolutamente inexpressivos nesses pequenos municípios. Na verdade, tudo indica que questões infraconstitucionais, consistentes nos critérios de divisão do FPM, estavam na origem da “onda emancipacionista”, como já estivera nas décadas de 1950 e 1960.

Além do já referido debate pela imprensa, alguns trabalhos acadêmicos também formularam juízos de valor, sob diferentes enfoques, a respeito desse ciclo de emancipações.

Os economistas Gustavo Maia Gomes e Maria Cristina MacDowell, do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), em dois trabalhos semelhantes, publicados em 1997 e 2000, fazem uma pesada crítica ao processo emancipatório. No segundo trabalho, depois de demonstrarem detalhadamente o incentivo à criação de novos municípios, decorrente dos critérios de distribuição do FPM – já referido acima – dedicaram-se a demonstrar três teses, assim enunciadas:

- 1 – O aumento das transferências entre grandes e pequenos municípios e entre regiões desestimula a atividade econômica global;
- 2 – Pequena parte da população é beneficiada (não necessariamente a mais pobre); grande parte da população, que vive nos médios e grandes municípios, é prejudicada;
- 3 – O aumento dos gastos administrativos do setor público global reduz relativamente as despesas públicas em setores sociais e em investimento (GOMES; MAC DOWELL, 2000, p. 6).

Merecem destaque, neste momento, os fundamentos da segunda tese, consistentes nas seguintes proposições, todas demonstradas com a análise de dados econômicos e demográficos:

- Pequenos municípios têm mais receita por habitante que todos os demais;
- Apenas uma pequena parcela da população brasileira vive nos pequenos municípios;

– Os municípios pequenos não são sempre os municípios de população mais pobre (GOMES; MAC DOWELL, 2000, p. 6).

Essas proposições são compatíveis com os resultados encontrados por Marcos J. Mendes (1994), em trabalho que não aborda a questão da criação de municípios, mas os critérios de rateio do FPM. Trabalhando com uma amostra de 380 municípios existentes em 1994, o economista demonstrou que os grandes “perdedores” dos critérios de rateio do FPM são os municípios mais populosos na periferia dos grandes centros, quase sempre integrantes de regiões metropolitanas e com características de “cidade-dormitório”. Um dos pontos fundamentais do seu estudo é o seguinte:

Ocorre que o conceito de renda *per capita* é uma medida estatística de média. Sabe-se que a capacidade de uma média espelhar a realidade de uma amostra é tão menor quanto maior for a dispersão desta amostra. Ou seja, se houver grande concentração da renda em um país, como é o caso do Brasil, uma região de alta renda *per capita* pode ter uma população de muitos pobres e uns poucos ricos.

Dai é possível que uma política de transferir recursos fiscais de uma região de alta renda *per capita* para outra de baixa renda *per capita* pode estar, na verdade, transferindo renda dos pobres que vivem na região “rica” para os ricos que vivem na região “pobre” (MENDES, 1994, p. 46).

Ora, a cada novo município criado, esse problema somente se agrava, pois mais recursos são drenados dos municípios “perdedores” em favor do novo ente federativo. Assim, desfaz-se o mito de que as potenciais perdas de um processo emancipatório só possam ocorrer no “município-mãe” daquele que é criado.

Este parece ser, exatamente, o equívoco dos trabalhos que fazem juízo positivo sobre o ciclo emancipacionista da década de 1990. Além de fazerem uma abordagem de base empírica, sem dados econômicos concretos, tais análises se dão sob a exclusiva ótica das populações “emancipadas”. Veja-se, como exemplo, o seguinte texto do economista e geógrafo François Bremaeker, que sintetiza várias publicações anteriores. Logo de início, o autor reconhece ser minoritária sua opinião:

Existe uma quase unanimidade nos meios técnico, acadêmico, político e da mídia contra o processo de emancipação de novos Municípios. A principal alegação diz respeito à inviabilidade da grande maioria desses novos Municípios e do “custo” que representam para o País (BREMAEKER, 1993, p. 8).

De fato, tem razão François Bremaeker no ponto em que descreve as “alegações” dos que são contrários às emancipações, as quais, como já se pode entrever, carecem de comprovação científica.

Realmente, o grande contrassenso dessas alegações ou argumentos contrários às emancipações está exatamente nesse ponto: tem-se um discurso de “proteção” das populações dos novos municípios, que estariam sendo “enganadas” por “aproveitadores” que quereriam apenas criar novos cargos públicos para o seu próprio proveito, e levadas a viver em municípios economicamente inviáveis. É argumento tão elitista e antidemocrático quanto aquele que diz que “o povo não sabe votar”. Na verdade, a população do distrito emancipado sabe muito bem, ainda que intuitivamente, aquilo que é melhor para si, como o provam os economistas: os habitantes do novo município são, quase sempre, os “ganhadores” no “jogo das cotas do FPM”. Essas pessoas não querem e não precisam da proteção dos “críticos das emancipações”.

Todavia, embora estes sejam os argumentos da maioria dos debatedores, existem outros mais decisivos – embora pouco comentados – como se procura demonstrar aqui. A “inviabilidade”, em si, não é o principal problema, já que o custeio por receitas redistribuídas (especialmente FPM) é característica marcante dos municípios brasileiros, antes e depois desse ciclo emancipatório.

O principal problema está na profunda desigualdade gerada entre as populações dos “novos” municípios e dos preexistentes. Quanto ao “custo” para o País, não está apenas no aumento da despesa administrativa do setor público, mas também nas perdas de eficiência econômica desse mesmo setor, como um todo, demonstradas nos trabalhos acima referidos⁴. Prossegue então, Bremaeker, com a justificativa das vantagens da emancipação:

A emancipação passa a representar para a comunidade o real acesso a toda uma gama de serviços públicos a que jamais teriam acesso. Bem ou mal a comunidade passa a gerir seus destinos quanto à educação, à saúde e à assistência social. Além disso, passa a construir e depois a conservar as vias urbanas, as estradas e caminhos vicinais, a cuidar da limpeza pública e, de alguma forma, prover o saneamento básico (BREMAEKER, 1993, p. 9).

O argumento final, visivelmente político, mas de base empírica, é seguido de um recado aos “críticos” das emancipações:

Não é para menos que 61,2% dos Prefeitos dos Municípios emancipados em 1997 conseguiram se reeleger, numa demonstração da satisfação da população com o status dos novos Municípios, que lhes permitiu ter acesso a uma inédita gama de serviços públicos.

É preciso viver a realidade interiorana para entendê-la (BREMAEKER, 1993, p. 9).

Ora, as conclusões a que chegaram os estudos econômicos são exatamente neste sentido: para as populações dos novos municípios, a emancipação é benéfica na grande maioria dos casos. A receita *per capita* do novo município, como demonstrado, será sempre mais alta que na situação anterior, o que é tanto mais verdadeiro quanto menor a população do “novo” município. A nova municipalidade nasce sem dívidas, reclamações trabalhistas, aposentados ou pensionistas para pagar. É um mundo irreal, de problemas postergados para o futuro ou abandonados no “município-mãe”. De fato, não admira que, nesse período inicial, como afirmado por Bremaeker, a maioria dos prefeitos tenha logrado a reeleição.

Ocorre que esse *ganho* na receita *per capita* dos novos municípios tem uma necessária contrapartida na *perda* de outros já existentes. Em se tratando de um “rateio” de recursos (o FPM),

⁴ Essa perda de eficiência do gasto público, decorrente das emancipações, chegou a ser estimada por Palos (2006), entre 15 e 18 bilhões de reais, no período de 1991 a 2000 (a preços de dezembro de 2000).

cada real “a mais” nos novos municípios – e este é um postulado fundamental da Matemática – representa um real “a menos” em algum outro. Daí o acerto da conclusão, em tom contundente, de Gomes e Mac Dowell (2000, p. 23):

Como expressão de uma política social, portanto, a descentralização política, na sua versão federalismo municipal, é, na melhor das hipóteses, míope. Na pior, ela é perversa mesmo, pois redistribuir significa, por definição, tirar de uns, muitos, para dar a outros, poucos. No caso em tela, está-se tirando renda de uns pobres, cujo pecado é residir em cidades grandes, para dar a outros, que não são necessariamente pobres, e cujo direito ao céu decorre de habitarem em cidades pequenas. Não chega a ser edificante.

7. Move-se o pêndulo: Segunda Onda, segunda “reação normativa”

Em 1996, como uma espécie de *reação normativa* a esse ciclo de emancipações – provavelmente motivada pelo “consenso” referido por Bremaeker –, sobreveio a Emenda Constitucional nº 15, que deu nova redação ao § 4º do art. 18 da CF, que passou a ser a seguinte:

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei (BRASIL, 1965).

Subvertendo a expressão popular “atirou no que viu e acertou no que não viu”, pode-se dizer que, aqui, o legislador não viu o alvo correto, nem teve a sorte de acertá-lo por aca-

so. Bastava modificar os critérios de repartição do FPM – todos contidos em legislação infraconstitucional – para extinguir o principal incentivo às emancipações. Em vez disso, foi-se mexer no texto constitucional, criando um engessamento com consequências indesejadas, como se procurará explicitar a seguir. É o velho “movimento pendular” que caracteriza muitas das “reformas” legislativas e constitucionais no Brasil.

Com efeito, analisemos a alteração efetuada na CF. A primeira modificação que se nota é a necessidade de uma lei complementar federal para disciplinar o “período” em que se poderá fazer alguma alteração territorial dos municípios. Passados dezenove anos da Emenda, a mencionada lei complementar não foi promulgada, a despeito de vários projetos apresentados, como se verá a seguir. A segunda modificação é uma opção legislativa (*rectius, constitucional*) por uma das interpretações possíveis na redação anterior, oposta à interpretação efetuada pelo STF (BRASIL, 1995); ou seja, a partir dessa Emenda, a consulta plebiscitária deve ser feita não apenas à população da área a ser desmembrada, mas também à população do “município-mãe”. Por fim, a terceira modificação é a exigência de “Estudos de Viabilidade Municipal”, cuja disciplina também é remetida para a lei, não tendo ficado claro se essa “lei” seria a mesma “lei complementar” anteriormente referida (ou lei ordinária), tampouco se se trataria de lei federal (como no regime constitucional anterior) ou de lei estadual (como na redação original da CF)⁵. As leis exigidas pelo novo dispositivo

⁵ No entendimento de Moraes (2001, p. 279), seriam necessárias duas leis federais: uma complementar, tratando apenas do prazo, e outra ordinária, tratando dos requisitos para a criação dos municípios. Para Ferreira Filho (1997, p. 139), por sua vez, a lei complementar federal deveria tratar do período e a lei complementar estadual deveria tratar dos requisitos para criação de municípios.

constitucional não foram editadas, o que, por si só, já seria suficiente para uma completa paralisação de novos processos emancipatórios.

Quanto à nova abrangência do plebiscito, também teve o efeito, por si, de tornar quase impossível um novo processo emancipatório. A mobilização dos habitantes de uma cidade, em favor da emancipação de um distrito afastado, é fato improvável, especialmente quando o comparecimento, na hipótese, é facultativo.

Apesar desse efeito prático, cabe refletir sobre o fundamento teórico dessa abrangência. Para isso, a pergunta fundamental é: quem são os “perdedores” no “jogo do FPM”?

Como visto nos parágrafos anteriores, os potenciais “prejudicados” pela emancipação não são necessariamente os habitantes do “município-mãe”. Na verdade, raramente são, na medida em que a redução de sua população também favorece – ou ao menos não prejudica significativamente – sua participação no FPM. Os potenciais prejudicados, até a edição da Lei Complementar nº 62, em 1989, espalhavam-se por todo o País, devido ao recálculo global das cotas do Fundo. A partir dessa Lei, o impacto fica limitado ao âmbito do Estado-membro – mas, ainda assim, difuso por outros municípios, especialmente os de maior população. Esse caráter “difuso” do prejuízo provocado pela criação de um município torna quase impossível que sejam ouvidos aqueles que realmente têm algo a perder com a emancipação. Isso parece explicar, então, por que a emancipação não costuma encontrar oposição popular, mas apenas no meio acadêmico. Como perguntar a todos os habitantes de um Estado – inclusive do município-mãe – se concordam em perder uma pequena parcela do FPM (não sem antes explicar a fórmula de cálculo que, embora razoavelmente simples, tem detalhes complexos)?

Desse modo, o plebiscito que ausculta apenas a vontade dos moradores do “município-

-mãe” (inclusive da parcela que pretende a emancipação) não reflete adequadamente o jogo de forças envolvido na emancipação, pois consulta apenas os potenciais “ganhadores”. Sob o ângulo da *democracia deliberativa*, na sua vertente substantiva, é possível dizer que o plebiscito, nesse caso, é incapaz de levar ao resultado ótimo, dentro dos princípios de justiça. Como explica Souza Neto (2007, p. 46):

De acordo com o “princípio da diferença” de Rawls, elaborado a partir do ótimo de Pareto, uma conjugação ideal entre justiça e eficiência ocorre quando nenhum incremento da igualdade pode resultar em benefício para os menos favorecidos, mas, ao contrário, pode prejudicá-los. Por isso, a alocação de recursos deve ser feita da maneira a mais igualitária possível até o limite em que seja preservada a eficiência alocativa, i. e., há um momento em que aumentar a igualdade significa prejudicar os menos favorecidos.

Em todo caso, parece ser indiferente, sob o ângulo teórico da justiça, a abrangência do plebiscito antes e depois da Emenda nº 15, pois em nenhum dos procedimentos são ouvidos os potenciais prejudicados, tampouco a emancipação atende – como fartamente demonstrado nos estudos econômicos – a critérios de eficiência alocativa global. Todavia, sob o aspecto prático, a alteração efetuada pela Emenda nº 15 passou a ser um poderoso fator de impedimento das emancipações. Sob o aspecto estritamente normativo, é mais poderoso até que a antiga Lei Complementar nº 1/1967.

8. Nem sempre vale o que está escrito – a resistência das emancipações após a Emenda nº 15

O movimento pendular, nesse tema, não se limita às alterações normativas. Quanto à efetividade das normas sobre alteração de muni-

cípios, a resistência, à norma, da *natureza singular do presente*⁶, também parece se repetir em ciclos.

Como a criação de um município é processo formalmente complexo, que envolve várias etapas (provocação pelos interessados, realização de plebiscito, homologação do seu resultado pela Justiça Eleitoral, tramitação de projeto de lei, instalação com a eleição do primeiro Prefeito etc.) e demanda razoável tempo, é evidente que a promulgação da Emenda coincidiu com vários processos emancipatórios em curso, em diferentes etapas. Num fenômeno que guarda alguma semelhança com a “rebeldia” contra a Lei Complementar nº 01/1967, na segunda metade da década de 1980, em muitos Estados-membros continuou a criação de municípios, com certo beneplácito do Judiciário local, sob o fundamento de que o processo se havia iniciado antes da Emenda⁷. Isso explica por que o número de municípios continuou crescendo, ao menos até o ano de 2000, embora em ritmo bem mais lento.

Somente em 2001, o STF foi provocado a pronunciar-se sobre o tema. Em julgamento de medida cautelar na ADI 2.381-RS, ele suspendeu a lei gaúcha que criara o município de Pinto Bandeira, determinando a deposição do prefeito e dos vereadores e a devolução dos bens e servidores ao município de origem (Bento Gonçalves), o que – caso raro – chegou a ser cumprido. Em 2007, diante de muitos casos que continuavam a chegar ao STF, foram julgados, em sessões plenárias realizadas nos dias 9 e 10 de maio daquele ano, vários processos objetivos sobre o tema. Inicialmente, julgou-se improcedente a ADI 2.395, em que era impugnada a própria Emenda nº 15, por suposta violação à cláusula pétreia da federação. Na mesma sessão, não foi conhecido, por ilegitimidade ativa do impetrante, o mandado de injunção 725-RO, no qual se reclamava a regulamentação da mesma Emenda pelo STF, diante da inércia do legislador federal. Entretanto, foi também julgada a ADI por omissão 3.682, em que se declarou a mora legislativa do Congresso Nacional e assinou-se um prazo de dezoito meses para a edição da norma faltante (nos itens seguintes, serão examinadas as propostas já aprovadas pelo Legislativo). Por fim, de maneira coerente ao julgar a ADI 2.240-BA, o STF reconheceu a constitucionalidade da lei baiana que

⁶Da clássica obra de Hesse (1991, p. 18), a expressão “natureza singular do presente” (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*) denota aproximadamente o conjunto de forças sociais que pode funcionar como um vetor oposto à efetividade das normas, gerando resistência ao seu cumprimento.

⁷Interessante observar que, embora na “resistência” à LC nº 1/1967, a inércia do Judiciário tenha desempenhado papel importante, na “resistência” à Emenda nº 15/1997 ocorreu exatamente o oposto: o Judiciário, especialmente estadual, atuou como garantidor da “sobrevida” dos processos emancipatórios.

criara o município de Luís Eduardo Magalhães, mas deixou de declarar sua nulidade, diante do “fato consumado” da sua criação. Outras ADIs julgadas na mesma sessão tiveram idêntico destino (3.316-MT, 3.489-SC, 3.689-PA e 1.881-AL).

Segundo informação da Associação Nacional dos Prefeitos, 57 municípios foram criados por leis editadas após a Emenda 15. Nem todos, porém, tiveram sua situação submetida a julgamento do STF. Curiosamente, o mesmo Congresso que estava em mora na regulamentação definitiva do tema, através de lei complementar, promulgou nova Emenda à Constituição (nº 57, de 2008), exclusivamente para tratar da situação destes 57 municípios. Foi acrescentado ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) o art. 96, com o seguinte teor:

Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação (BRASIL, 2008).

A resistência à efetividade da Emenda nº 15, portanto, não veio apenas do Judiciário, mas também do próprio Legislativo, resultando em nova alteração da própria Constituição, para consagrar “fatos consumados” ocorridos após o início da sua vigência.

Para concluir a narrativa deste item, necessário dizer que a ADI 2.381-RS (Município de Pinto Bandeira) foi julgada prejudicada, por decisão monocrática da ministra relatora, em 30/6/2010, exatamente em razão dessa Emenda. E assim nasceu mais um pequeno município, que não chegava a ter cinco mil habitantes:

A intenção do presidente do Legislativo e de integrantes da comunidade é que sejam realizadas eleições para prefeito e vereador junto com o pleito nacional do dia 3 de outubro. [...] Pinto Bandeira, com pouco mais de 4,5 mil habitantes, compõe uma das rotas turísticas da região serrana e tem sua economia baseada na produção de pêssego e uva (OLIVEIRA, 2010).

9. O fim da omissão do Congresso e o veto envenenado

A criação de 57 municípios após 1997, “legalizada” pela Emenda 57, não chegou a provocar grandes protestos ou críticas, talvez exatamente por serem vistas como um “mal residual”, necessário à transição para o novo regime da Emenda nº 15, talvez por concorrer, na atenção da

sociedade, com outros fenômenos da primeira década deste século, em princípio mais “prejudiciais” às contas públicas ou ao País.

No entanto, resolvido o falso problema dos municípios nascidos entre 1997 e 2008, o Congresso Nacional finalmente aprovou a lei exigida pela Emenda nº 15.

Primeiramente, foi aprovado o Projeto de Lei Complementar (PLC) nº 98/2002, do Senado, cujo número na Câmara dos Deputados (416/2008) demonstra o longo tempo de tramitação, ainda mais quando se vê que sua aprovação final ocorreu apenas em 2013. Merecem destaque alguns dos dispositivos desse Projeto, a começar pelo seu art. 13, que estabeleceu os requisitos para criação dos municípios:

Art. 13. O Estudo de Viabilidade Municipal tem por finalidade o exame e a comprovação da existência das condições que permitam a consolidação e desenvolvimento dos Municípios envolvidos, e deverá comprovar, preliminarmente, em relação ao Município a ser criado, se foram atendidos os seguintes requisitos:

I – população igual ou superior a:

- a) 5.000 (cinco mil) habitantes nas Regiões Norte e Centro-Oeste;
- b) 7.000 (sete mil) habitantes na Região Nordeste;
- c) 10.000 (dez mil) habitantes nas Regiões Sul e Sudeste;

II – eleitorado igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) de sua população;

III – existência de núcleo urbano já constituído, dotado de infraestrutura, edificações e equipamentos compatíveis com a condição de Município;

IV – número de imóveis, na sede do aglomerado urbano que sediará o novo Município, superior à média de imóveis de 10% (dez por cento) dos Municípios do Estado, considerados em ordem decrescente os de menor população;

V – arrecadação estimada superior à média de 10% (dez por cento) dos Municípios do Estado, considerados em ordem decrescente os de menor população;

VI – área urbana não situada em reserva indígena, área de preservação ambiental ou área pertencente à União, suas autarquias e fundações;

VII – continuidade territorial (BRASIL, 2002).

O dispositivo, que guarda curiosa semelhança com a Lei Complementar nº 1/67, apesar de prolixo, estabeleceu requisitos bastante rigorosos para a criação de municípios. Outro ponto muito importante é que os requisitos do inciso I praticamente eliminariam as vantagens do “jogo do FPM”, pois o número mínimo de habitantes estaria sem-

pre próximo do teto da primeira faixa, isto é, 10.188 habitantes. Os sete parágrafos desse artigo, bem como o artigo seguinte (14), estabeleciam ainda vários outros requisitos, como a realização de audiências públicas e a possibilidade de impugnação, por qualquer interessado, dos estudos de viabilidade.

Quanto à abrangência do plebiscito, o art. 16 do projeto cuidava de especificar ainda mais a redação do dispositivo constitucional, de modo a não deixar dúvidas quanto à exigência de que a consulta abranja todo o “município-mãe”:

Art. 16. Homologado o Estudo a que se refere o art. 13, comprovando a viabilidade, a Assembleia Legislativa autorizará a realização de plebiscito em consulta à totalidade da população do Município pré-existente, inclusive da área a ser emancipada, observado o que dispõe o art. 9º (BRASIL, 2002).

O texto tratava, também, das hipóteses de incorporação, fusão e desmembramento, as quais, embora previstas no texto constitucional, jamais tiveram regramento específico, sujeitando-se às mesmas restrições da criação de municípios.

Como se percebe, embora não fosse perfeito, o texto então aprovado representava um avanço com relação aos períodos anteriores, seja quanto à “onda emancipacionista” (1988-1997), seja com relação ao período de *hipocrisia constitucional*, em que se utilizava a falta de regulamentação do texto constitucional como meio indireto de paralisar, simplesmente, toda e qualquer alteração da divisão territorial municipal do País.

Apesar de, como defendido acima, a alteração das regras de repartição do FPM ser a melhor solução, o projeto resolvia, pelo menos, a repercussão dessas distorções do FPM sobre o movimento de fragmentação municipal.

Em outros termos: ainda que continue injusta a distribuição do FPM, pelo menos isto não serviria mais como um incentivo à desmedida criação de novos municípios.

Assim, pode-se ver que o PLC nº 98/2002 atendeu, em grande parte, aos anseios dos debates mais qualificados sobre o tema, ao longo de décadas, quais sejam:

- i) clareza quanto à abrangência do plebiscito;
- ii) diversos meios de impedir a criação de municípios “inviáveis”;
- iii) fim do “jogo do FPM” como incentivo à criação de novos municípios.

Todavia, esse projeto de lei foi vetado pela Presidência da República e suas razões foram expressas na Mensagem nº 505, de 12/11/2013, com a seguinte fundamentação:

A medida permitirá a expansão expressiva do número de municípios no País, resultando em aumento de despesas com a manutenção de sua estrutura administrativa e representativa. Além disso, esse crescimento de despesas não será acompanhado por receitas equivalentes, o que impactará negativamente a sustentabilidade fiscal e a estabilidade macroeconômica. Por fim, haverá maior pulverização na repartição dos recursos do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, o que prejudicará principalmente os municípios menores e com maiores dificuldades financeiras (BRASIL, 2013).

Tais razões não têm qualquer suporte técnico, científico, ou mesmo de bom senso, antes parecendo que quem as redigiu sequer leu o conteúdo do projeto de lei complementar, limitando-se a repetir os velhos e surrados argumentos “leigos” contra a criação de municípios. Não admira, assim, que o próprio projeto de lei complementar tenha sido noticiado de forma negativa, como se fosse uma reabertura da “farra emancipacionista” e, com

o maniqueísmo que caracteriza tantos debates superficiais no Brasil, o veto tenha sido noticiado como a “salvação da moralidade” ou da preservação do equilíbrio fiscal.

Note-se, em especial, a equivocada assertiva na parte final do texto, no sentido de que a maior pulverização na repartição dos recursos do FPM prejudicaria “principalmente os municípios menores e com maiores dificuldades financeiras” (BRASIL, 2013). Ora, isso é exatamente o oposto do que anos de análises científicas, especialmente da Economia, demonstraram: os municípios menores (especialmente os “novos” municípios) são justamente os beneficiados com a nova divisão, e não os maiores. Além disso, os elevados patamares exigidos pelo PLC (7.000 habitantes no Nordeste, 10.000 no Sul e Sudeste) impediriam a criação de novos municípios apenas como forma de aumentar a parcela do FPM recebida por determinada unidade federativa.

Lamentavelmente, portanto, o veto estava “envenenado” por razões equivocadas, próprias de um debate leigo e desinformado, sem qualquer fundamento científico ou mesmo uma análise mais cuidadosa do projeto de lei complementar.

10. E o Congresso persiste em exercer seu papel

Como visto até aqui, ainda que com enorme atraso, o Legislador cumpriu seu papel, aprovando projeto de lei complementar para dar efetividade ao disposto no § 4º do art. 18 da CF, na forma determinada pela EC nº 15/1996. Neste ponto, vale lembrar que tal aprovação representa, também, o cumprimento da decisão proferida pelo STF na ADI por omissão 3.682.

Assim, diante do veto, era esperado que o Congresso formulasse nova proposta sobre o

tema, pois não se pode crer que a mora legislativa eterna (golpeando a efetividade da Constituição) seja um objetivo ou decisão defensável, do ponto de vista político ou jurídico.

De fato, pouco tempo depois, foi aprovado o Projeto de Lei Complementar nº 104, de 2014 (nº 397/2014 na Câmara dos Deputados). A principal modificação, com relação ao projeto anterior, foi o “endurecimento” dos requisitos, que deveriam ser aferidos antes mesmo da realização dos estudos de viabilidade, como se vê do art. 6º:

Art. 6º Constitui condição necessária para a criação de Município comprovar-se:

I – que tanto os novos Municípios quanto os Municípios preexistentes que perderem população possuirão, após a criação, população igual ou superior aos seguintes quantitativos mínimos regionais:

- a) Regiões Norte e Centro-Oeste: seis mil habitantes;
- b) Região Nordeste: doze mil habitantes; e
- c) Regiões Sul e Sudeste: vinte mil habitantes.

II – a existência de um núcleo urbano consolidado cujo número de imóveis seja superior à média observada nos Municípios que constituam os dez por cento de menor população no Estado; e

III – área urbana não situada em reserva indígena, área de preservação ambiental ou área pertencente à União, suas autarquias e fundações;

IV – território com área não inferior a:

- a) duzentos quilômetros quadrados nas Regiões Norte e Centro-Oeste;
- b) cem quilômetros quadrados nas Regiões Nordeste, Sul e Sudeste (BRASIL, 2014a).

Esses requisitos, extremamente rigorosos, como se pode perceber, quase equivalem à vedação absoluta que, por meio de inconstitucio-

nal omissão legislativa, está completando 20 anos, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 15, de 1996. De resto, o Projeto mantém as linhas gerais do anterior, com todas as qualidades já enunciadas acima. Apesar disso, inacreditavelmente, também este último projeto foi vetado pela Presidência da República, agora com as seguintes razões, expostas na Mensagem nº 250, de 26/08/2014:

Embora se reconheça o esforço de construção de um texto mais criterioso, a proposta não afasta o problema da responsabilidade fiscal na federação. Depreende-se que haverá aumento de despesas com as novas estruturas municipais sem que haja a correspondente geração de novas receitas. Mantidos os atuais critérios de repartição do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, o desmembramento de um Município causa desequilíbrio de recursos dentro do seu Estado, acarretando dificuldades financeiras não gerenciáveis para os Municípios já existentes (BRASIL, 2014b).

A primeira parte da justificativa é mais do mesmo: “aumento de despesas com as novas estruturas municipais” (BRASIL, 2014b). Como já visto, o fato é verdadeiro, mas seus efeitos são irrelevantes, em termos econômicos, para favorecer ou evitar a criação de municípios, ou para ter impacto significativo no gasto público como um todo. Quanto à segunda parte, parece que finalmente alguém, dentro do Ministério da Fazenda, procurou saber da produção científica dos últimos vinte anos, sobre o assunto, constatando, corretamente, que “mantidos os atuais critérios de repartição do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, o desmembramento de um Município causa desequilíbrio de recursos dentro do seu Estado” (BRASIL, 2014b).

Todavia, embora correto o diagnóstico, mais uma vez tem-se a impressão de que o conteúdo do projeto sequer foi lido. Os “atuais critérios” do FPM provocam distorções – como exaustivamente demonstrado aqui – principalmente na faixa inicial, isto é, até 10.188 habitantes. O próprio projeto exige números maiores (20 mil habitantes no Sul e Sudeste e 12 mil no Nordeste), exceto nas regiões Norte e Centro-Oeste, em que se exigem 6 mil habitantes. Mesmo este último número (plenamente justificável diante da baixíssima densidade populacional dessas regiões) não pode ser considerado um incentivo para a criação de municípios.

Como se percebe, uma vez mais, manteve-se a omissão inconstitucional, condenando-se à inefetividade um dispositivo legítimo da CF, ao mesmo tempo em que são desprestigiadas iniciativas de boa qualidade, em que o Congresso nada mais fez do que cumprir seu papel constitucional.

11. Conclusão

Como se procurou demonstrar ao longo deste estudo, a questão da criação de municípios no Brasil é discutida em dois universos absolutamente distintos. No âmbito acadêmico, trabalhos de alta qualidade têm demonstrado as razões que levaram às duas “ondas emancipatórias”, nos períodos de 1950-1970 e de 1985-1996, além de promover um rico debate sobre as vantagens e desvantagens do processo de fragmentação municipal. Por outro lado, no debate social, mitos e lendas, completamente desconectadas da realidade, têm persistido por décadas, demonizando toda e qualquer iniciativa de criar municípios, ou de simplesmente regular esse processo e outros correlatos, como a fusão e a incorporação.

O principal fator de incentivo à criação de municípios não está na CF, mas na legislação que trata da divisão dos recursos do FPM, especialmente por prever o mesmo fator de participação para todos os municípios com até 10.188 habitantes. Outros fatores comumente apontados, como a criação de novos cargos ou a arrecadação de impostos próprios, têm alguma influência, mas muito menor do que geralmente é apontado.

Quanto às consequências dessas emancipações, os principais problemas apontados, na análise “leiga”, são: a despesa com a criação de novos cargos públicos e a “inviabilidade econômica” dos novos municípios, além de possíveis prejuízos ao município de origem.

Todavia, uma análise interdisciplinar do tema demonstra o equívoco dessas críticas, pois não correspondem à realidade. As principais consequências negativas desse processo emancipatório são as perdas de receita dos demais municípios (em todo o Estado, e não apenas no município de origem) e também o grande desequilíbrio no “FPM per capita”, isto

é, no valor de FPM recebido por habitante, que tende a ser muito mais alto nos menores municípios.

Assim, para ouvir os verdadeiros interessados que pudessem se opor à emancipação, dever-se-ia ouvir toda a população do Estado. Relativamente à “preservação da continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano”, que constava do texto original da CF, mas foi suprimida pela Emenda Constitucional nº 15, a consulta à Câmara Municipal do município de origem representaria melhor tal interesse do que a deliberação por Assembleia Legislativa.

A Emenda Constitucional nº 15/1996 espehou os argumentos equivocados do debate social. A ausência de regulamentação representou ainda uma ilegítima supressão da possibilidade de modificações territoriais dos municípios brasileiros.

Apesar das frequentes críticas feitas ao Poder Legislativo Federal, ao menos quanto a esse tema, foram produzidos projetos de alta qualidade, que incorporaram os mais fundamentados argumentos do debate científico. Ao aprovar tais projetos, o Poder Legislativo cumpriu fielmente o papel que lhe é atribuído pela CF e regulamentou de forma eficiente um tema de grande importância.

Exatamente por isso, merecem as mais contundentes críticas os vetos apostos pelo Poder Executivo, baseados nos mitos e lendas do debate social, fechando os olhos à produção científica sobre o assunto. Desperdiçou-se uma ótima oportunidade de aprimorar a Federação, com normas claras sobre as modificações territoriais no âmbito municipal, e posteriou-se a efetividade da norma constitucional, da pior maneira possível: ceifando a legítima produção legislativa e mantendo, por exclusiva responsabilidade da Presidência da República, um injustificado estado de mora legislativa.

Sobre o autor

Sérgio Ferrari é doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor adjunto de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pesquisador visitante no Instituto do Federalismo da Universität Freiburg, Friburgo, Suíça; procurador da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
E-mail: professorsergioferrari@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁸

CREATION OF MUNICIPALITIES AND SCIENTIFIC DEBATE: BETWEEN MYTHS AND METHODS

ABSTRACT: This article broaches the phenomenon of the municipalities creation in Brazil, with a multidisciplinary and historical perspective, since the 50's. Will be analyzed arguments against and in favor about municipality fragmentation in a scientific debate as much as in a social debate. Also, it will be discussed how these arguments influenced the normative elaboration, since the Supplementary Law nº 01, edited in 1967, passing through the Constitution of 1988 and the Amendment nº 15, edited in 1996, till the recent projects passed by the National Congress but rejected by the President of the Republic.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL LAW. CREATION AND SIZE OF MUNICIPALITIES. SOCIAL DEBATE AND SCIENTIFIC METHODOLOGY.

Como citar este artigo

(ABNT)

FERRARI, Sérgio. Criação de municípios e debate científico: entre mitos e métodos. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, n. 211, p. 55-80, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p55>.

(APA)

Ferrari, Sérgio. (2016). Criação de municípios e debate científico: entre mitos e métodos. *Revista de informação legislativa: RIL*, 53(211), 55-80. <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p55>.

Referências

BRASIL. Emenda Constitucional nº 15, de 1965. *Diário Oficial da União*, 6 jul. 1965.

⁸ Sem revisão do editor.

_____. Lei Complementar nº 1, de 9 de novembro de 1967. Estabelece os requisitos mínimos de população e renda pública e a forma de consulta prévia às populações locais, para a criação de novos municípios. *Diário Oficial da União*, 10 nov. 1967.

_____. Supremo Tribunal Federal. Representação n. 1223/RJ. Relator: Min. Sydney Sanches. *Diário da Justiça*, 25 out. 1985.

_____. Supremo Tribunal Federal. Representação n. 1269/RJ. Relator: Min. Neri da Silveira. *Diário da Justiça*, 18 dez. 1987.

_____. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Lei Complementar nº 62, de 28 de Dezembro de 1989. Estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos fundos de participação e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 29 dez. 1989.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 733/MG. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, 16 jul. 1995.

_____. Senado Federal. *Projeto de lei do Senado nº 98, de 2002*. 23 abr. 2002.

_____. Emenda Constitucional nº 57, de 2008. Acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para convalidar os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios. *Diário Oficial da União*, 18 dez. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2381/RS. Relatora: Min. Cármem Lúcia. *Diário da Justiça*, 11 abr. 2011.

_____. Presidência da República. Mensagem nº 505, de 12 de novembro de 2013. *Diário Oficial da União*, 13 nov. 2013.

_____. Senado Federal. *Projeto de lei do Senado nº 114, de 2014*. 14 maio 2014a.

_____. Presidência da República. Mensagem nº 250, de 26 de agosto de 2013. *Diário Oficial da União*, 27 ago 2014b.

BREMAEKER, François E. J. de. Os novos Municípios: surgimento, problemas e soluções. Rio de Janeiro: *Revista de Administração Municipal*, v. 40, n. 206, p. 88-99, jan./mar. 1993.

_____. *Pactuação federativa municipalista: os desafios da repartição de renda pública no Brasil*. Rio de Janeiro: Prefeitura da cidade do Rio de Janeiro, 2007.

FERRARI, Sérgio. *Constituição estadual e federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

GOMES, Gustavo Maia; MAC DOWELL, Maria Cristina. *Os elos frágeis da descentralização: observações sobre as finanças dos municípios brasileiros em 1995*. Brasília: IPEA, 1997.

_____. *Descentralização política, federalismo fiscal e criação de municípios: o que é mau para o econômico nem sempre é bom para o social*. Brasília: IPEA, 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

KEMP, Roger L. *Forms of al loc government: a handbook on city, county, and regional options*. Jefferson, N.C.: McFarland, c1999.

LAGO-PEÑAS, Santiago; MARTINEZ-VAZQUEZ, Jorge (Ed.). *The challenge of local government size: theoretical perspectives, international experience and policy reform*. Northampton: Edward Elgar, 2013.

MELLO, Diogo Lordello de. *O município na organização nacional: bases para uma reforma no regime municipal brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 1971.

_____. A multiplicação dos municípios no Brasil. *Revista de Administração Municipal*, v. 39, n. 203, p. 23-28, abr./jun. 1992.

MENDES, Marcos J. *Proposta para um novo federalismo fiscal: novos critérios de distribuição para o FPM e criação do fundo de participação das regiões metropolitanas*. 1994. Disponível em: <<http://www.braudel.org.br/pesquisas/pdf/fedfiscal.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

OLIVEIRA, Samir. Pinto Bandeira espera ter eleições em outubro. *Jornal do comércio*, 13 jul. 2010. Disponível em: <<http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=33644>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

PALOS, Aurélio Guimarães Cruvinel e. *Criação de municípios, eficiência e produtividade na provisão de serviços públicos locais: um estudo não-paramétrico*. 112 f. 2006. Dissertação (Mestrado em Economia)– Universidade de Brasília, Departamento de Economia. Brasília, 2006.

PANARA, Carlo; VARNEY, Michael R. *Local government in europe: the “fourth level” in the EU multilayered system of governance*. London: Routledge, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. *Revista brasileira de estudos constitucionais*, v. 1, n. 1, p. 104-143, jan./mar. 2007.

TANQUEREL, Thierry; BELLANGER, François. *L'avenir juridique des communes*. Genève: Schulthess, 2007.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. A criação de municípios após a Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 17, n. 48, p. 61-89, fev. 2002.

Prestação de contas de campanha eleitoral como requisito à Certidão de Quitação Eleitoral

Polêmicas e desencontros no ordenamento jurídico brasileiro

ALVARO AUGUSTO DE BORBA BARRETO

CAROLINE BIANCA GRAEFF

Resumo: O artigo analisa as formas como a exigência da prestação de contas de campanha eleitoral como requisito para a obtenção de Certidão de Quitação Eleitoral tem sido regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro. Utiliza, como fontes primárias, as leis e as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que disciplinaram a questão; e, como fontes secundárias, comentários de especialistas em Direito Eleitoral sobre essa problemática e debates ocorridos no TSE. Verifica que a polêmica gira em torno de ser suficiente a apresentação das contas para obtenção da Quitação Eleitoral ou de também ser necessária a aprovação. Igualmente, atesta que, sempre que a Justiça Eleitoral exigiu a aprovação, a medida não foi aplicada, seja por recuo do próprio TSE, seja pela promulgação de lei que modificava a decisão.

Palavras-chave: Prestação de contas de campanha eleitoral. Quitação eleitoral. Legislação. Resoluções.

Introdução

O artigo aborda a exigência da prestação de contas da campanha eleitoral¹ como requisito para a obtenção de Certidão de Quitação Eleitoral

Recebido em 24/2/16

Aprovado em 30/8/16

¹ Também são adotadas, neste texto e nas normas legais, as expressões “apresentação de contas de campanha eleitoral” e “prestação” ou “apresentação de contas eleitorais”.

e tem por objetivo descrever o modo como tem sido regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, promove a análise comparada das leis e das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)², as quais compõem a fonte principal da pesquisa. Trabalhos de especialistas em Direito Eleitoral e debates ocorridos no TSE constituem fontes secundárias.

Ressalva-se que não serão discutidos os efeitos que a prestação de contas traz para o candidato na eleição em que acabou de concorrer³. O objeto de estudo também não se confunde com aquela prestação que os partidos devem encaminhar anualmente à Justiça Eleitoral, determinada pela Lei nº 9.096/1995, a “lei orgânica dos partidos políticos”, tampouco com a rejeição das contas de quem exerce cargo ou função pública. Igualmente, não se discute a questão das formas de financiamento de campanhas eleitorais existentes ou pretendidas para o País.

O texto está organizado em três seções. A primeira caracteriza sinteticamente a presta-

² As leis são: nº 8.713/1993, que regulamentou a eleição de 1994; nº 9.100/1995, alusiva ao pleito de 1996, e nº 9.504/1997, a “lei das eleições”, pois promulgada como uma norma permanente que substituiu a tradição de formular uma norma a cada pleito. As subsequentes – nº 11.300/2006, nº 12.034/2009, nº 13.165/2015 – promoveram mudanças na Lei nº 9.504/1997 e eventualmente em outras relativas ao tema. As resoluções, por sua vez, são muitas, pois a cada pleito o TSE as produz para explicar, interpretar, esclarecer determinações constantes na lei vigente e/ou suprir lacunas nela identificadas.

³ Embora todos os concorrentes sejam passíveis de punição por causa das contas de campanha, os eleitos são atingidos imediatamente: conforme a Lei nº 9.504/1997, art. 29, § 2º, a não prestação impossibilita que sejam diplomados enquanto perdurar, isto é, até que seja entregue; e, desde a Resolução 21.609/2004, art. 56, é exigido o julgamento das contas, apesar de a rejeição não impedir a diplomação. O prazo para manifestação da Justiça Eleitoral era de oito dias antes da diplomação entre 1994 e 2014 (Leis nºs 8.713/1993, art. 55, § 3º; 9.504/1997, art. 30, § 1º; e 11.300/2006) – com exceção do pleito de 1996, fixado em três dias (Lei nº 9.100/1995, art. 45, § 1º), o mesmo período hoje vigente (Lei nº 13.165/2015). Desde essa determinação da Resolução 21.609/2004, o tempo para analisar as contas dos não eleitos é mais dilatado; até então, esse prazo valia para o conjunto dos candidatos.

ção de contas eleitorais. As duas subsequentes analisam cronologicamente as decisões que disciplinaram o tema: a seção 2 centra-se na delimitação do conceito de Quitação Eleitoral e na inserção da prestação de contas como um dos elementos que a constitui; a seção 3 narra o modo como foi regulamentada na Lei nº 12.034/2009, aborda o acirramento da polêmica ocorrido entre 2010-2012 e como ela se encontra desde então.

1. Prestação de contas de campanha eleitoral

Ela pode ser conceituada como

instituto que tem como finalidade primordial, emprestar transparência às campanhas eleitorais, através da exigência da apresentação de informações, legalmente determinadas, que têm o condão de evidenciar o montante, a origem e a destinação dos recursos utilizados nas campanhas de partidos e candidatos, possibilitando a identificação de situações que podem estar relacionadas ao abuso do poder econômico, além de prever sanções pelo desrespeito aos dispositivos que o regulam (LIMA, 2005, p. 90).

Deve ser encaminhada à Justiça Eleitoral⁴ por todo e qualquer candidato⁵, bem como

⁴ Em termos mais específicos: nas eleições municipais, exclusivamente ao juiz eleitoral; nas presidenciais, ao TSE; nas demais, ao respectivo Tribunal Regional Eleitoral (TRE).

⁵ A partir da Resolução 20.987/2002, o TSE detalhou que a exigência abrange os que renunciaram, desistiram ou foram indeferidos, pelo período que participaram do processo eleitoral, ainda que não tenham realizado campanha; e os que faleceram, pelo período em que a realizaram, o que foi antecipado pela Resolução 20.775/2000. A Resolução 22.715/2008, art. 26, § 1º, acresceu a referência ao candidato substituído. De 1998 a 2010, a de candidatos a vice e suplente era abrangida pela dos respectivos candidatos a titular (resoluções 20.102/1998, art. 19, § 1º; 20.566/2000, art. 17, § 1º; 20.987/2002, art. 25; 21.609/2004, art. 37, § 3º; 22.160/2006, art. 24, § 3º; e 22.715/2008, art. 26, § 3º). A

por comitês financeiros e por partidos políticos, ainda que não haja movimentação de recursos financeiros ou estimáveis em dinheiro. Conforme a Lei nº 9.504/1997, art. 28, I, II, § 1º e 2º, candidatos a cargo proporcional podem optar pela prestação individual ou pela via do comitê financeiro, e quem concorre a posto majoritário o faz somente por intermédio de comitê financeiro⁶. Segundo o art. 29, III, IV, § 1º, da mesma lei, o prazo para entrega é de até 30 dias após a votação, mas se ocorrer 2º turno haverá uma prestação alusiva aos dois períodos para os que o disputam (cujo prazo foi reduzido para 20 dias pela Lei nº 13.165/2015)⁷.

O tema foi tratado pioneiramente na Lei nº 4.740/1965, na qual chama a atenção o fato de não prever a prestação de contas de candidatos, tão somente de partidos, pois todos os gastos se deviam processar por meio das legendas⁸. Igualmente, a análise das contas não era de responsabilidade da Justiça Eleitoral, e sim de comitês interpartidários formados

Resolução 23.217/2010, art. 25, § 9º, autorizou que elas pudessem ser apresentadas separadamente e a 23.406/2014, art. 55, parágrafo único, repôs a excepcionalidade, pois só na hipótese de não prestação do titular no prazo legal é que eles poderão fazê-lo separadamente.

⁶Os parágrafos citados foram modificados pela Lei nº 13.165/2015, que suprimiu os comitês financeiros, ou seja, a partir do pleito de 2016, todas as prestações devem ser feitas pelos próprios candidatos.

⁷A Lei nº 11.300/2006, ao incluir o § 4º ao art. 28 da Lei nº 9.504/1997, criou as chamadas prestações de contas parciais. Para Carvalho (2010, p. 102), “não se trata, propriamente, de prestação de contas parcial, mas de simples adiantamento de informações [...]”. A Lei nº 13.165/2015 determinou que ela implica a publicação de: “I – os recursos em dinheiro recebidos para financiamento de sua campanha eleitoral, em até 72 (setenta e duas) horas de seu recebimento; II – no dia 15 de setembro, relatório discriminando as transferências do Fundo Partidário, os recursos em dinheiro e os estimáveis em dinheiro recebidos, bem como os gastos realizados”.

⁸Conforme a Lei nº 4.740/1965, art. 58: “§ 1º Nenhum candidato a cargo eletivo, sob pena de cassação do respectivo registro, poderá efetuar, individualmente, despesas de caráter político ou eleitoral, ou alistamento, arregimentação, propaganda e demais atividades definidas pela Justiça Eleitoral, devendo processar todos os gastos através dos partidos ou comitês”.

para essa finalidade. O papel dela era o de “asegurar a publicidade das informações colhidas e analisadas por integrantes dos próprios partidos políticos participantes das eleições” (LIMA, 2005, p. 93).

A Lei nº 8.713/1993 foi a primeira a afirmar, em seu art. 35, que o candidato a cargo eletivo é o responsável direto, ou por intermédio de pessoa por ele designada, pela administração financeira de sua campanha. Ao tratar da prestação de contas, ela fixa no art. 37: “o candidato é o único responsável pela veracidade das informações financeiras e contábeis de sua campanha [...]”, o que é reafirmado no art. 54, parágrafo único. A determinação foi repetida nas leis que se seguiram (nº 9.100/1995, art. 35, § 5º; e nº 9.504/1997, art. 21) e nas resoluções do TSE; mas mereceu uma sutil alteração por meio da Lei nº 11.300/2006, que tornou o candidato também solidariamente responsável com a pessoa por ele indicada para tal finalidade⁹.

A partir das eleições de 2002, a prestação passou a ser obrigatoriamente elaborada por meio do Sistema de Prestação de Contas Eleitorais (SPCE)¹⁰, o que simplificou o processo, pois, conforme Schlickmann (2010, p. 269), ele “já contempla os requisitos de formalidade e organização da apresentação, emitindo todas as peças passíveis de emissão eletrônica”¹¹.

⁹Ao tratar deste dispositivo, a Resolução 22.250/2006, art. 24, parágrafo único, lembra: “o candidato não se exime da responsabilidade prevista neste artigo, alegando ignorância sobre a origem e a destinação dos recursos recebidos em campanha ou deixando de assinar as peças integrantes da prestação de contas”.

¹⁰Não implicou o fim da utilização do papel, pois documentos gerados pelo SPCE devem acompanhar a prestação. Uma versão inicial do SPCE foi implantada para uso facultativo na eleição de 1998 (Resoluções 20.102/1998, art. 28, e 20.266/1998).

¹¹Anteriormente, a legislação exigia que ela fosse elaborada de acordo com os princípios fundamentais de contabilidade aprovados pelo Conselho Federal de Contabilidade e assinada por profissional habilitado, caso da Lei nº 8.713/1993, art. 50.

A Lei nº 8.713/1993, no art. 55, explicitou pioneiramente que cabe à Justiça Eleitoral fazer “o exame da prestação de contas dos partidos e candidatos, referente a cada eleição, devendo verificar a sua *regularidade e correta apresentação das contas* [...]” (grifo nosso)¹². Quanto aos procedimentos adotados para cumprir essa determinação, Lima (2005, p. 142) explica:

a análise técnica das prestações de contas encontra-se sob responsabilidade das coordenadorias de controle interno dos Tribunais Regionais Eleitorais, operacionalizadas através de comissões nomeadas pela Justiça Eleitoral, entre servidores dos Tribunais Regionais Eleitorais (para as eleições gerais) e dos cartórios eleitorais (para as eleições municipais), as quais incluem, muitas vezes, técnicos dos Tribunais de Contas do Estado ou da União, requisitados exclusivamente para auxiliar nos trabalhos.

A Resolução 20.987/2002, art. 29, explicitou que há três decisões em relação às contas recebidas: a) pela aprovação, quando estiverem regulares; b) pela aprovação com ressalvas, quando constatadas falhas que, examinadas em conjunto, não lhe comprometem a regularidade; c) pela desaprovação, quando constatadas falhas que, examinadas em conjunto, comprometem a regularidade¹³. Até então, persistiam dúvidas sobre se havia alternativa intermediária, provocadas pelos próprios textos legais, que não a traziam, mas determinavam: “meros erros formais e mate-

riais que venham a ser corrigidos”, como a Lei nº 9.100/1995, art. 45, § 2º, ou “erros formais e materiais corrigidos não autorizam a rejeição das contas e a cominação de sanção a candidato ou partido”, caso da Lei nº 9.504/1997, art. 30, § 2º¹⁴.

Até 2009, o TSE considerava tais decisões como “administrativas” e, por isso, a elas não cabiam recursos¹⁵. O cenário alterou-se com a Lei nº 12.034/2009, que acresceu o § 5º ao art. 30 da Lei nº 9.504/1997: “[...] caberá recurso ao órgão superior da Justiça Eleitoral, no prazo de 3 (três) dias, a contar da publicação no Diário Oficial”; e o § 6º, “no mesmo prazo previsto no § 5º, caberá recurso especial para o Tribunal Superior Eleitoral, nas hipóteses previstas nos incisos I e II do § 4º do art. 121 da Constituição Federal”.

2. Inclusão como requisito para a Certidão de Quitação Eleitoral

Apontados os princípios básicos da prestação de contas, antes de explicar o papel que ela desempenha como um dos requisitos para a obtenção da Certidão de Quitação Eleitoral

¹² Como o artigo discute amplamente, o modo como devem ser compreendidos os termos grifados motiva larga discussão no âmbito jurídico-político.

¹³ Foram mantidas para as resoluções seguintes (21.609/2004, art. 53; 22.160/2006, art. 37; e 22.715/2008, art. 40) – sendo que, em 2006, o termo “desaprovação” foi substituído por “rejeição” – e incorporadas pela Lei nº 12.034/2009 à nova redação do art. 30 da Lei nº 9.504/1997, ao lado de uma quarta possibilidade, introduzida pela Resolução 22.715/2008: “contas não prestadas”, o que será discutido na sequência.

¹⁴ O advento da aprovação com ressalvas não implicou a retirada dessas determinações. Ao contrário, a Lei nº 12.034/2009 as ampliou, pois acresceu ao art. 30 da Lei nº 9.504/1997, o § 2º-A: “erros formais ou materiais irrelevantes no conjunto da prestação de contas, que não comprometam o seu resultado, não acarretarão a rejeição das contas”. Schlickmann (2010, p. 344-345) pondera que, anteriormente, erros corrigidos não implicavam rejeição; agora eles nem precisam ser corrigidos, basta serem considerados “irrelevantes”.

¹⁵ A flexibilização surgiu na Resolução 20.987/2002, art. 35: “das decisões dos tribunais regionais eleitorais que versarem sobre contas somente caberá recurso para o Tribunal Superior Eleitoral quando proferidas contra disposição expressa da Constituição Federal ou de lei, ou quando ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais”. A Resolução 21.609/2002, art. 55, acresceu: “da decisão que versar sobre contas não se admitirá pedido de reconsideração, cabendo recurso para o Tribunal Regional Eleitoral”, e reproduziu, como parágrafo único, o art. 35 da Resolução 20.987/2002.

é preciso ponderar como se desenvolveu a própria noção de Quitação Eleitoral.

Ela aparece na Lei nº 8.713/1993, que fixa a Certidão a ela correspondente como um dos documentos necessários para o registro da candidatura: “art. 11. [...] § 1º O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos: [...] d) *certidão de quitação eleitoral*” (grifo nosso). E foi incorporada de forma quase literal ao art. 11 da Lei nº 9.504/1997¹⁶.

O fundamento para a exigência está no texto constitucional (art. 14, § 3º, II) que inclui o “pleno exercício dos direitos políticos” como uma das condições de elegibilidade. A Quitação Eleitoral é concebida, então, como instrumento para garantir que o pretendente a cargo eletivo cumpra esse requisito.

Porém, durante algum tempo não era clara a abrangência dessa expressão e, consequentemente, os requisitos legais que a compunham. A regulamentação existente era o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), cuja exegese permitia vinculá-la à condição de eleitor (alistamento) e, conforme o art. 7º, § 1º, à comprovação de votação no último pleito (em caso de não comparecimento, à apresentação da devida justificativa e/ou ao pagamento da respectiva multa)¹⁷. O mesmo diploma legal também previa punição – de ordem pecuniária – aos que não atendessem às convocações da Justiça Eleitoral.

A questão só ganhou precisão em 2004, quando o TSE expediu a Resolução 21.823. Nela foi estabelecido que o conceito de Quitação Eleitoral abrange: (1) plenitude do gozo dos direitos políticos; (2) regular exercício do voto, salvo quando facultativo; (3) atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito; (4) inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remitidas, excetuadas as anistias legais; (5) *regular pres-*

¹⁶ Há uma diferença formal: na Lei nº 9.504/1997, ela é o requisito “VI” (em número romano).

¹⁷ As punições ao descumprimento dessas exigências – que hoje atingem também quem não tem a Quitação Eleitoral – estão previstas no art. 7, § 1º e são estar impedido de: I – inscrever-se em concurso ou prova para cargo ou função pública, investir-se ou empossar-se neles; II – receber vencimentos, remuneração, salário ou proventos de função ou emprego público, autárquico ou paraestatal, bem como fundações governamentais, empresas, institutos e sociedades de qualquer natureza, mantidas ou subvencionadas pelo governo ou que exerçam serviço público delegado, correspondentes ao segundo mês subsequente ao da eleição; III – participar de concorrência pública ou administrativa da União, dos Estados, dos Territórios, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou das respectivas autarquias; IV – obter empréstimos nas autarquias, sociedades de economia mista, caixas econômicas federais ou estaduais, nos institutos e caixas de previdência social, bem como em qualquer estabelecimento de crédito mantido pelo governo, ou de cuja administração este participe, e com essas entidades celebrar contratos; V – obter passaporte ou carteira de identidade; VI – renovar matrícula em estabelecimento de ensino oficial ou fiscalizado pelo governo; VII – praticar qualquer ato para o qual se exija quitação do serviço militar ou imposto de renda.

tação de contas de campanha eleitoral, quando se tratar de candidatos (grifo nosso).

Ao contrário do que se possa pensar, a definição foi suscitada por um problema operacional da Justiça Eleitoral, e não por uma questão jurídica abstrata. Conforme a Corregedoria Eleitoral de Minas Gerais, autora do processo administrativo, o cadastro eleitoral dispunha de mecanismos para registrar os três primeiros quesitos, mas a existência de multa de natureza criminal. Esses eram, até então, os elementos que compunham o conceito ou, como afirmam Rollemburg e Britto (2012, p. 91), na prática, ele “se limitava ao que constava no banco de dados da Justiça Eleitoral”. Porém, o cadastro não estava apto a registrar as sanções pecuniárias de natureza administrativa, aplicadas pela Justiça Eleitoral, que se vinham somando àquelas exigências. Para incorporar esse dado, impunha-se delimitar a expressão “Quitação Eleitoral”.

A prestação de contas de campanha não constava entre os requisitos que compunham o conceito na minuta da Resolução 21.823/2004. Ela foi incluída por sugestão do Ministro Fernando Neves, acatada por unanimidade pela Corte, que a propôs baseado na previsão contida no art. 28 da Lei nº 9.504/1997, segundo a qual os candidatos devem fazer tal prestação¹⁸. Ele também citou o tema que suscitou tanta discussão nos anos seguintes:

se é certo que a rejeição das contas não implica sanção imediata, podendo, apenas, servir de fundamento para ações subsequentes, penso que não é menos certo que o candidato que não apresentar contas estará em mora e, consequentemente, não poderá obter certidão de quitação eleitoral no período do mandato para o qual concorreu (BRASIL, 2004b).

Por conta dessa novidade, a Resolução 21.833/2004 acresceu o parágrafo único ao art. 57 da Resolução 21.609/2004: “a não apresentação de contas de campanha impede a obtenção de certidão de quitação eleitoral no curso do mandato ao qual o interessado concorreu” (grifo nosso).

Todavia, a medida suscitou duas questões que, de um modo ou de outro, repetiram-se nos anos subsequentes. A primeira, de ordem legal, girava em torno de não ser claro se a prestação: a) era exigida em relação a pleitos pregressos (2002 para trás); portanto, abarcava os que desejavam ser candidatos naquele ano (2004), ou b) seria requisitada a partir das próximas eleições (2006 em diante). A segunda, de ordem operacional, era a seguinte: caso a ausência de prestação de contas impossibilite

¹⁸ O art. 28 da Lei nº 9.504/1997, *caput*, incisos I e II, diz: “a prestação de contas será feita: I, no caso dos candidatos às eleições majoritárias, na forma disciplinada pela Justiça Eleitoral; II, no caso dos candidatos às eleições proporcionais, de acordo com os modelos constantes no anexo desta lei”.

ser candidato em 2004, como aferir esse dado, se até então ele não era exigido e o cadastro eleitoral não o registrava, razão por que, à época, centenas de certidões já haviam sido emitidas?

Em resposta, o TSE aprovou uma nova Resolução, a 21.848/2004, por meio da qual esclareceu: “a falta de apresentação de contas de campanha pelo candidato impedirá a obtenção de Certidão de Quitação Eleitoral, com relação às omissões verificadas a partir das eleições de 2004 [...].” Paralelamente, a Justiça Eleitoral providenciaria a adoção dos mecanismos para incluir as informações relativas à prestação de contas no cadastro eleitoral, de modo a implantar a exigência a partir do próximo pleito.

Para as eleições de 2006, a Resolução 22.250/2006, art. 42, § 1º, repe-te *ipsis litteris* a Resolução 21.833/2004, tão somente com o acréscimo do § 2º: “a partir do dia imediato ao término do prazo para apresentação das contas, proceder-se-á, no cadastro eleitoral, ao registro relativo à apresentação ou não, da prestação de contas, com base nas informações inseridas no SPCE”¹⁹, ou seja, informa que a Justiça Eleitoral já estava capacitada a implementar a medida. Nessa perspectiva, a Resolução 22.156/2006, art. 26, dispensa o candidato de apresentar a Certidão de Quitação Eleitoral, pois ela seria aferida pela própria Justiça Eleitoral.

A Resolução 22.715/2008, em seu art. 27, § 5º, repetiu a exigência da apresentação de contas nos termos fixados pelas que antecederam. Contudo, também se preocupou em tornar mais preciso o conceito de “não prestação”. Ele não correspondia à simples ausência da entrega dos dados, e sim era o produto de uma decisão da Justiça Eleitoral²⁰. E, para formar tal juízo, ela devia cumprir alguns procedimentos, conforme a Resolução 22.715/2008, art. 27, § 4º: a) constatar os candidatos e os comitês financeiros que não haviam apresentado as contas no prazo previsto pela lei; b) notificá-los para que, no máximo em 72 horas, cumprissem essa obrigação, sob pena de aplicação do disposto no art. 347 do Código Eleitoral²¹ e de serem as contas julgadas não prestadas²²;

¹⁹ Por essa razão, a prestação fora do prazo legal não sustava a impossibilidade de obter a Certidão de Quitação Eleitoral pelo curso do mandato pretendido. O caso de maior repercussão foi a impugnação da candidatura de Rui Pimenta (PCO) a presidente porque apresentou as contas da campanha de 2002 somente ao solicitar o registro em 2006 (STF, 2006).

²⁰ A medida foi incorporada pela Lei nº 12.034/2009, ao art. 30, IV, da Lei nº 9.504/1997. Porém, implicou alterar o *caput* do art. 30 que afirmava, na versão original: “examinando a prestação de contas e conhecendo-a, a Justiça Eleitoral decidirá sobre a sua regularidade”. Como a “não apresentação” era, agora, uma decisão, ele passou a dizer: “a Justiça Eleitoral verificará a regularidade das contas de campanha, decidindo: [...]”, seguindo-se as quatro possibilidades.

²¹ Detenção de três meses a um ano e pagamento de 10 a 20 dias-multas para quem “recusar [...] cumprimento ou obediência a diligências, ordens ou instruções da Justiça Eleitoral ou opor embaraços à sua execução” (BRASIL, 1965a).

²² Esses procedimentos têm merecido cada vez mais detalhamentos. A Resolução 23.217/2010, art. 26, § 4º, incluiu os partidos entre aqueles a serem notificados da ausência

c) verificar que, passado esse prazo, elas ainda não haviam sido entregues. Conforme o art. 40, IV da mesma resolução, somente após caberia a decisão da não prestação. Em virtude dessa inovação, a Resolução 22.715/2008 repetiu: “art. 42. A decisão que julgar as contas eleitorais como não prestadas implicará: I – ao candidato, o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral durante o curso do mandato ao qual concorreu”.

A redação final dessa resolução – com acréscimo promovido pela Resolução 22.948/2008 – também trazia uma novidade na modulação dos efeitos: contas não prestadas impossibilitam a obtenção da Certidão de Quitação Eleitoral não somente pelo período do mandato pretendido – como era determinado desde 2004 –, mas, passado esse prazo, até que sejam apresentadas. Isto é, a punição não mais prescrevia.

Por consenso ou por ausência de atenção, até aquele momento a Corte nunca havia discutido o fato de a punição ser pelo tempo do mandato a que o candidato concorreu. A medida foi citada pelo Ministro Fernando Neves ao reivindicar a prestação de contas como um

e fixou um prazo máximo de dez dias para que ela ocorra, quando então passaria a contar o prazo de 72 horas. A Resolução 23.376/2012, art. 38, § 4º, reduziu este período para cinco dias, o que foi seguido pela 23.406/2014, art. 38, § 3º. A Resolução 23.463/2015, por sua vez, destaca: “Art. 45 [...] § 4º Findos os prazos fixados neste artigo sem que as contas tenham sido prestadas, observar-se-ão os seguintes procedimentos: I – o chefe do Cartório Eleitoral ou a unidade técnica responsável pelo exame das contas, conforme o caso, informará o fato, no prazo máximo de três dias: a) ao presidente do Tribunal ou ao relator, caso designado; ou b) ao Juiz Eleitoral; II – a autoridade judicial determinará a autuação da informação na classe processual de prestação de contas, caso ainda não tenha havido a autuação [...]”; III – [...] IV – o omissão será notificado para, querendo, manifestar-se no prazo de setenta e duas horas; V – o Ministério Público Eleitoral terá vista dos autos da prestação de contas, devendo emitir parecer no prazo de quarenta e oito horas; VI – permanecendo a omissão, as contas serão julgadas como não prestadas (Lei nº 9.504/1997, art. 30, inciso IV). § 5º A notificação de que trata o inciso IV deve ser pessoal [...]”.

dos requisitos da Quitação Eleitoral; todavia, a Resolução 21.823/2004, resultado da decisão, é omissa em relação a essa modulação, que aparece somente na Resolução 21.833/2004, é repetida na Resolução 22.250/2006 e na redação original da Resolução 22.715/2008.

A mudança foi proposta pelo Ministro Joaquim Barbosa, sob o argumento de que a questão não devia ser examinada apenas à luz da Lei nº 9.504/1997, mas também sob a óptica da Constituição:

É que, por serem utilizados recursos do Fundo Partidário na campanha eleitoral, incidem automaticamente sobre essa temática os comandos taxativos do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, que estabelece: “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”. Estamos, pois, diante do princípio constitucional da obrigatoriedade da prestação de contas, uma das facetas da chamada “Accountability”, norma de enorme significado no direito comparado e largamente observada nas grandes democracias modernas (BRASIL, 2008a).

Assim, a Resolução 22.948/2008 acresceu ao art. 27, § 5º, e ao art. 42, I, da Resolução 22.715/2008 a frase: “e, ultrapassado este prazo, até que sejam prestadas as contas”.

Na regulamentação das eleições de 2008, o TSE produziu outra inovação na temática: não bastava a prestação das contas de campanha para a obtenção da Certidão de Quitação Eleitoral: era preciso que elas fossem aprovadas. Logo, independentemente do processo que poderia ser instaurado pelo Ministério Público Eleitoral para apurar criminalmente a fraude nos gastos de campanha (Lei nº 9.504/1997,

art. 22, § 4º), conforme a Lei nº 9.504/1997, art. 41: “§ 3º [...] a decisão que desaprovar as contas de candidato implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral durante o curso do mandato ao qual concorreu” (grifo nosso).

Havia duas justificativas básicas a sustentar o novo posicionamento do TSE. A primeira, que a apresentação das contas sem a devida aprovação tornava a exigência sem efeito e incompleta, pois não havia sentido em equiparar os que arrecadaram e utilizaram corretamente os recursos e aqueles que não o fizeram. A segunda, menos axiológica e mais hermenêutica, que a expressão “regular apresentação de contas de campanha”, presente na Resolução 21.823/2004, englobava a aprovação, pois só assim era possível garantir que a prestação apresentasse “regularidade”. Como comenta Pimenta Júnior (2010, p. 58), “se as contas estão desaprovadas, é porque estão irregulares, e, com isso, deixam de preencher as condições para fazer jus à quitação eleitoral, que pressupõe a regularidade na prestação de contas”.

A determinação pôs em destaque que os textos legais em que estava baseada não citam, em momento algum, a necessidade da aprovação das contas, sequer determinam que elas sejam prestadas para obter a Quitação Eleitoral. Ela existia apenas nas resoluções do TSE; era, portanto, interpretação que a Justiça Eleitoral fazia da legislação. Há um diálogo travado pelos ministros que é eloquente sobre a inovação realizada pelo TSE e a surpresa de alguns membros da Corte, quando a constataram:

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO – [...] O parágrafo terceiro do artigo 41 da Resolução que aprovamos diz:

Art. 41 [...] Sem prejuízo do disposto no parágrafo 10 a decisão que desaprovar as contas implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral durante o curso do mandato ao qual concorreu.

Essa parte é que me deixa preocupado.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (presidente): Na Lei 9.504/97?

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Não, na resolução.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (presidente): Mas a resolução reproduz a Lei.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Qual artigo?

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (presidente): Artigo 28.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Mas só fala na obrigatoriedade. Não traz essa penalidade.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Não traz essa limitação?

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Não.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: A limitação foi criada pela resolução.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Este é o problema (BRASIL, 2008b).

A outra, de ordem prática, foi apresentada pela Corregedoria Eleitoral de Goiás e fez com que o TSE se defrontasse com a impossibilidade de incluir no cadastro eleitoral a rejeição das contas de pleitos passados, visto que, até então, ela não era requisito à emissão da Certidão de Quitação Eleitoral. Enfim, repetiam-se os problemas relativos à operacionalização registrados em 2004, quando da inclusão da prestação de contas para a mesma finalidade.

O TSE rendeu-se à impossibilidade de adotar a decisão e definiu, com a Resolução 22.948/2008, que ela seria implantada a partir do pleito seguinte²³:

a restrição à obtenção de quitação eleitoral em decorrência de prestação de contas após o prazo definido nas instruções pertinentes à arrecadação e à aplicação de recursos por candidatos e comitês financeiros e à prestação de contas nas eleições municipais de 2008, bem como na hipótese de desaprovação das contas, somente alcançará situações verificadas a partir do referido pleito, não atingindo eleições anteriores (BRASIL, 2008b)²⁴.

Nesse interregno, o cadastro eleitoral passaria a incluir a informação necessária para viabilizar a exigência da aprovação das contas. Porém, essa não foi a motivação oficial para a decisão, e sim o respeito ao princípio da irretroatividade da norma²⁵.

²³ A ressalvar que, apesar de a decisão ter sido tomada por unanimidade, a discussão perdurou de 24 de abril a 30 de setembro de 2008 e que, em três de setembro de 2008, ao apreciar o Recurso Especial Eleitoral (Respe) 29.020, relativo ao indeferimento de uma candidatura a vereador, o TSE já havia chegado a uma decisão idêntica (BRASIL, 2008b).

²⁴ Relativamente à punição para a prestação fora do prazo legal, ela não só já existia como vinha sendo aplicada, como comprova o caso de Rui Pimenta. O texto tornou-se mais claro a partir da Resolução 23.217/2010, cujo art. 39, parágrafo único, diz: “julgadas não prestadas, mas posteriormente apresentadas [...], as contas não serão objeto de novo julgamento, sendo considerada a sua apresentação apenas para fins de divulgação e de regularização no Cadastro Eleitoral ao término da legislatura”. A Resolução 23.406/2014, art. 54, acresceu: “§ 2º [...] as contas apresentadas [extemporaneamente] serão submetidas a exame técnico tão somente para verificação de eventual existência de recursos de fontes vedadas, de origem não identificada e da ausência de comprovação ou irregularidade na aplicação de recursos oriundos do Fundo Partidário, com posterior encaminhamento ao Ministério Público” (BRASIL, 2010a).

²⁵ Em 2012, ao decidir pela aplicação imediata da exigência da aprovação das contas de pleitos precedentes, esse princípio não foi considerado pelo TSE.

3. A consagração em lei e a retomada da polêmica

No ano seguinte, o tema em estudo entrou na pauta de mudanças da legislação eleitoral, o que redundou no acréscimo do § 7º ao art. 11 da Lei nº 9.504/1997, realizada pela Lei nº 12.034/2009:

A certidão de quitação eleitoral abrangerá *exclusivamente* a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remitidas, e a apresentação de contas de campanha eleitoral (BRASIL, 2009c, grifo nosso).

A principal inovação está no fato de o conceito de Certidão de Quitação Eleitoral ser fixado em lei, e não mais por meio de resoluções do TSE. A exemplo de outras medidas, o entendimento da Justiça Eleitoral, ao expedir instruções, antecipou o texto legal, serviu-lhe de inspiração e foi, em grande medida, equivalente a legislar.

Porém, o Congresso Nacional demonstrou contrariedade com a interpretação adotada a partir de 2008 pelo TSE, razão pela qual procurou restringir a exigência à apresentação das contas, de modo a retornar ao patamar que a Justiça Eleitoral havia estabelecido em 2004. E teve o cuidado de não utilizar nessa passagem o termo “regular”, existente na Resolução 21.823/2004 e que dera margem, quando da elaboração da Resolução 22.715/2008, à interpretação de que as contas também deveriam ser aprovadas.

Aliás, havia contrariedade com a intervenção do Judiciário na interpretação das regras eleitorais, o que foi destacado como um mal a ser evitado ou um indicativo da importância de

o Parlamento legislar sobre a matéria, de forma que esse papel não fosse desempenhado pelo TSE. O deputado Flávio Dino (PCdoB-MA), relator do Projeto de Lei (PL) 5.498/2009, que se tornou a Lei nº 12.034/2009, destacou na apresentação do seu parecer:

quais são as principais características desse projeto? Em primeiro lugar, detalhar as regras do processo eleitoral, as regras do jogo. Isso não é algo de menor importância, insignificante, desprezível. Ao contrário, detalhar as regras do jogo, fazer esse detalhamento diz respeito ao exercício de uma prerrogativa fundamental nossa, somente nossa, de estabelecer as regras que presidirão as eleições, com um efeito muito importante: a diminuição da judicialização da política. Detalhar significa diminuir a margem interpretativa, diminuir as arbitrariedades, diminuir a subjetividade de cada juiz que trabalha com a matéria eleitoral no nosso País (BRASIL, 2009a).

Por isso, a reforma eleitoral de 2009 também se preocupou com limitar o poder regulamentar do TSE, ao acrescer ao art. 105 da Lei nº 9.504/1997 as partes abaixo grifadas:

Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, *atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei*, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos (grifo nosso)²⁶.

Ao incluir na lei a necessidade de tão somente prestar contas, é evidente que os congressistas agiram com vistas a impedir que a

²⁶ A substituição do termo “expedirá”, constante na forma original, por “poderá expedir”, visava a eliminar a obrigatoriedade da emissão das resoluções.

exigência da aprovação fosse aplicada a partir de 2010, pois sabiam que, se nada fosse feito em contrário, prevaleceria a decisão do TSE. A ação interessada também pode ser verificada quando o texto legal associa “exclusivamente” e “prestação de contas”, de modo a impedir que novos requisitos fossem introduzidos mediante resoluções. Assim, para Cerqueira e Cerqueira (2010, p. 92), a Lei nº 12.034/2009 “fez previsão taxativa do rol da quitação eleitoral, doravante, o TSE não pode mais criar modalidades de quitação eleitoral não previstas pelo Poder Legislativo”. O interesse também pode ser atestado pelo alto grau de consenso que ela alcançou: a redação aprovada constava na versão original e recebeu poucas emendas (BRASIL, 2009a). Cabe lembrar que o PL 5.498/2009 tocava em questões-chave para todos os parlamentares, motivo por que, apesar de chancelado pelos líderes de treze partidos e de conter uma série de acordos, ele mereceu muitas emendas, implicou ajustes e novas negociações até conseguir os votos para ser aprovado. Tal não se mostrou necessário na questão em apreço²⁷.

A primeira resolução do TSE a abordar o tema após a promulgação da Lei nº 12.034/2009, a Resolução 23.217/2010, seguiu o texto legal e consagrou, no art. 26, § 5º: “*a não apresentação de contas* impede a obtenção de certidão de quitação eleitoral no curso

do mandato ao qual o interessado concorreu” (BRASIL, 2010a, grifo nosso), e reafirmou:

Art. 41 – a decisão que julgar *as contas eleitorais como não prestadas* acarretará:

I – ao candidato, o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral durante o curso do mandato ao qual concorreu, persistindo os efeitos da restrição até a efetiva apresentação das contas (grifo nosso)²⁸.

Ao determinar a necessidade de prestação das contas eleitorais, o texto legal aprovado em 2009 não vedava expressamente a exigência da aprovação: ele simplesmente não fazia referência à questão. Como não trazia essa informação, ele mantinha a dúvida, apesar de incisivas interpretações em contrário, como a de Cerqueira e Cerqueira (2010, p. 92). Assim, a Resolução 23.221/2010 determina, no art. 26, § 4º: “a quitação eleitoral [...] abrangeira exclusivamente [...] a apresentação regular de contas de campanha eleitoral (grifo nosso)²⁹. Por um lado, ela repetiu os termos da Lei nº 12.034/2009, que vinculou “exclusivamente” a “apresentação de contas de campanha eleitoral” e respeitou o texto legal. Por outro, retomou a expressão “apresentação regular de contas de campanha eleitoral”, que constava na primeira resolução relativa ao tema (21.823/2004) e, como tal, inspirou a interpretação que exigia a aprovação, formalizada na Resolução 22.715/2008. Entretanto, a associação entre “regular” e “apresentação” não existe na lei, ela foi formulada pelo TSE ao redigir

²⁷ O PL recebeu 136 emendas na Câmara dos Deputados, mas somente três abordaram a prestação de contas. A nº 92, de autoria de Leonardo Villela (PSDB-GO), propunha a supressão da “inexistência de multas” e da “prestação de contas” entre os elementos exigidos para a Quitação Eleitoral, pois implicavam “ampliação indevida” do conceito. As outras duas – nº 105, de Odair Cunha (PT-MG) e nº 120, de Vital do Rego Filho (PMDB-PB) – buscavam incluir a necessidade de aprovação das contas. Todas foram rejeitadas pelo relator (BRASIL, 2009a). Ao tramitar no Senado, como PLC 141/2009, houve apenas uma emenda relativa ao tema, de autoria de Álvaro Dias (PSDB-PR), que fixava a obrigatoriedade da aprovação das contas. Ela também não foi acatada (BRASIL, 2009b; 2012e).

²⁸ É o mesmo texto-base utilizado desde a primeira Resolução sobre o tema (21.833/2004), com o acréscimo introduzido pela Resolução 22.948/2008 que tornava imprescritível a não prestação.

²⁹ A partir da promulgação de Lei nº 12.034/2009, as resoluções do TSE relativas à escolha e ao registro dos candidatos passaram a incorporar um parágrafo em que se repete a definição de Quitação Eleitoral fixada em lei. Contudo, nem sempre se trata de repetição literal.

essa resolução. É fato que o termo não está ausente da norma, mas ele surge somente no art. 30, I, que trata da decisão acerca das contas prestadas, consideradas aprovadas, “quando estiverem regulares”. Ao investir nessa ambiguidade, a Resolução 23.221/2010 cimentou o caminho para modificar a interpretação da lei e exigir que as contas fossem aprovadas.

Em maio de 2010, por meio Processo Administrativo 594-59, de iniciativa da Corregedoria Geral Eleitoral, o TSE defrontou-se com a situação dos candidatos cuja prestação de contas do pleito de 2008 havia sido rejeitada. Conforme a Resolução vigente à época (22.715/2008), eles figuravam no cadastro eleitoral como impedidos de receber a Certidão de Quitação Eleitoral e, consequentemente, de concorrer em 2010. Contudo, a Lei nº 12.034, vigente desde setembro de 2009, definiu que, ressalvados os demais requisitos exigidos, quem a havia entregado no prazo legal estava em condições de receber a Certidão. Na prática, como a lei não explicitava a anistia das penalidades até então aplicadas, o que estava em discussão era se o entendimento fixado por ela retroagia ou se prevalecia a norma em vigor naquela oportunidade e as punições dela decorrentes.

A decisão do TSE foi tomada em três de agosto de 2010, em uma votação apertada (4 a 3). A Corte não se restringiu a apreciar a situação exposta acima, e sim se debruçou sobre o novo teor do § 7º do art. 11 da Lei nº 9.504/1997 e entendeu existir margem para interpretar que as contas de campanha deviam ser aprovadas para a obtenção da Quitação Eleitoral. Em outros termos, o TSE reafirmou a determinação contida na Resolução 22.715/2008 e manteve a impossibilidade de os candidatos cuja prestação de 2008 fora rejeitada alcançar a condição necessária para concorrer em 2010.

Assim como em 2008, o principal argumento a sustentar essa posição indicava que a norma legal não podia ser interpretada literalmente, pois, nesse caso, era inegável a exigência da mera prestação de contas. Ela devia ser analisada em razão de sua finalidade de garantir a regularidade da arrecadação e dos gastos de recursos nas campanhas; por isso, era preciso uma interpretação extensiva e teleológica do texto, a qual revelasse, como *mens legis*, a necessidade da aprovação das contas prestadas (BRASIL, 2010c)³⁰.

Contudo, o Recurso Especial Eleitoral (Respe) 442.363/2010 fez com que, em setembro de 2010, o Tribunal debatesse novamente o assunto, agora em sede judicial, ao se defrontar com um caso concreto decor-

³⁰ A posição contrária afirmava que, no caso em questão, não cabia a interpretação extensiva, pois o texto era claro e, consequentemente, qualquer avanço para construir outro sentido era indevido e implicava legislar em lugar do Parlamento.

rente da decisão tomada. Ao longo dessa discussão foi apresentado um argumento novo: o Ministro-relator Arnaldo Versiani interpretou que o adjetivo “regular” associado à “apresentação”, presente na Resolução 23.221/2010, não evocava a necessidade de as contas serem aprovadas para configurar a Quitação Eleitoral, mas sim que a prestação devia conter todos os elementos necessários ao seu exame (BRASIL, 2010b)³¹. Nessa perspectiva, as contas não podem ser consideradas prestadas simplesmente pelo fato de terem sido protocoladas na Justiça Eleitoral, no prazo estabelecido pela legislação. Para que possam ser assim consideradas, candidato, comitê financeiro ou partido devem cumprir determinados procedimentos e anexar uma série de documentos. E, como estabelecido pela Lei nº 12.034/2009, o processo só se completa quando a Justiça Eleitoral assim se manifesta, ou seja, determina que as contas apresentadas podem ser apreciadas.

O Ministro Versiani sustentou seu entendimento com a referência a um artigo de outra Resolução recente do TSE (23.217/2010):

Art. 26 [...]

§ 6º Também se consideram não apresentadas as contas quando a respectiva prestação estiver desacompanhada de documentos que possibilitem a análise dos recursos arrecadados e dos gastos de campanha e cuja falta não seja suprida após o prazo de 72 horas, contado da intimação do responsável (BRASIL, 2010 a).

Esse texto é a explicitação de um entendimento que podia ser reconhecido há alguns anos na legislação e nas resoluções. A Lei nº 9.100/1995 dizia: “art. 45. Examinando a prestação de contas, a Justiça Eleitoral, *conhecendo-as*, decidirá sobre a sua regularidade” (grifo nosso). Essa determinação, com alterações de ordenação dos termos, constava da redação original do art. 30 da Lei nº 9.504/1997. As resoluções relativas às eleições traziam esses elementos desde 1998³², mas foi a partir da Resolução 21.609/2004 que o texto deixou mais evidente a dissociação entre a simples “entrega” de documentos e a “prestação” de contas:

Art. 46. Apresentada a prestação de contas, se o número de controle gerado pelo sistema no disquete for idêntico ao existente nas peças por

³¹ Agra (2010, p. 18) concorda com o ponto destacado pelo Ministro Versiani, ou seja, que o termo “regularidade” evoca a correção da prestação do ponto de vista formal, mas não a contempla do ponto de vista material. Por essa razão, na perspectiva dele, não se mostra o mais adequado, visto que o principal objetivo da análise é verificar a moralidade na obtenção e na destinação dos recursos de campanha.

³² Ver Brasil (1998), arts.16, 23,24; Brasil (2000), art. 18; e Brasil (2002b), art. 3.

este impressas, o cartório emitirá o correspondente recibo de recebimento da prestação de contas.

Parágrafo único. Se houver divergência entre o número de controle constante das peças impressas e o constante do disquete; inconsistência, ausência de dados ou falha de leitura do disquete; ausência do número de controle nas peças impressas; ou, ainda, qualquer outra falha que impeça a recepção das contas na base de dados da Justiça Eleitoral, essas deverão ser reapresentadas na forma descrita no artigo anterior (BRASIL, 2004a).

Idêntica perspectiva figura no art. 31, § 1º, da Resolução 22.160/2006, ao dizer que “não serão consideradas recebidas na base de dados da Justiça Eleitoral as prestações de contas que apresentarem”, e repetir os elementos constantes no parágrafo único do art. 46 da resolução anterior. O § 2º avisa que, se ocorrer quaisquer dessas hipóteses, “o SPCE emitirá aviso de impossibilidade técnica de análise da prestação de contas, a qual deverá ser reapresentada”.

As Resoluções 22.250/2006 (art. 33), 22.715/2008 (art. 34) e 23.217/2010 (art. 33) preservaram os ditames mencionados. E a 23.376/2012 trouxe mais detalhamento, pois a decisão de que as contas não foram prestadas ocorre quando:

Art. 51 [...]

IV [...]

- a) não apresentados, tempestivamente, as peças e documentos de que trata o art. 40 desta resolução;
- b) não reapresentadas as peças que as compõem, nos termos previstos no § 2º do art. 45 e no art. 47 desta resolução;
- c) apresentadas desacompanhadas de documentos que possibilitem a análise dos recursos arrecadados e dos gastos realizados na campanha.

§ 1º Também serão consideradas não prestadas as contas quando elas estiverem desacompanhadas de documentos que possibilitem a análise dos recursos arrecadados e dos gastos de campanha e cuja falta não seja suprida no prazo de 72 horas, contado da intimação do responsável (BRASIL, 2012a).

Ao apreciar o caso trazido pelo Respe 442.363/2010, o TSE modificou outra vez o seu entendimento (a questão também foi decidida por 4 votos a 3) e estabeleceu que, para as eleições de 2010, não seria exigido que as contas estivessem aprovadas. A decisão não produziu normativa específica alguma: continuou vigente a necessidade da “apresentação regular de contas de campanha eleitoral”, constante na Resolução 23.221/2010, agora (ou novamente) compreendida como ausência da obrigatoriedade de aprovação.

Nessa perspectiva, a Resolução 23.373/2011 trazia essa determinação no art. 27, § 3º, em texto idêntico ao da 23.221/2010, apenas com a supressão do termo “regular” – detalhe não desprezível, tendo em vista as divergentes decisões do TSE do ano anterior.

Todavia, ao contrário do que se possa imaginar, a questão não estava pacificada. O TSE pôs o assunto em pauta ao discutir as regras para o pleito de 2012, decidindo, novamente por 4 a 3, que não bastava a apresentação das contas de campanha para liberação da Certidão de Quitação Eleitoral, sendo necessário que elas fossem aprovadas. Logo, a Resolução 23.376/2012, art. 52, § 2º, fixa: “[...] a decisão que *desaprovar as contas de candidato* implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral” (grifo nosso).

Conhecedor do histórico das decisões, o TSE atentou em pormenores que, por não terem sido considerados em 2004 e em 2008, inviabilizaram a implantação imediata da medida naquelas oportunidades. Desse modo, desconsiderou o princípio da irretroatividade e definiu que a exigência teria efeito imediato, de modo a excluir da Quitação Eleitoral todos os candidatos que tiveram contas de campanhas precedentes rejeitadas³³. Com a mesma atenção, preferiu não incluir a modulação dos efeitos dessa desaprovação.

Como se esperava, os políticos não concordaram com a decisão do TSE. Seguindo os

critérios propostos por Ferraz Júnior (2008), pode-se dizer que eles reagiram de duas formas: (1) por meio da estratégia refratária, com a apresentação de PL para reverter as bases jurídicas da decisão; e (2) da estratégia judicial reformadora, realizada com o encaminhamento de um Pedido de Reconsideração. Elas não são contraditórias entre si: formam frentes de ação com vistas a alcançar o mesmo objetivo de modificar a decisão.

No caso da estratégia refratária, o deputado Roberto Balestra (PP-GO) apresentou, em maio de 2012, o PL 3.839, que propunha a seguinte redação da Lei nº 9.504/1997 sobre o tema:

Art. 11 [...]

§ 8º Para fins de expedição da certidão de que trata o § 7º, considerar-se-ão quites aqueles que:

III – apresentarem à Justiça Eleitoral a apresentação de contas de campanha eleitoral nos termos desta Lei, *ainda que as contas sejam desaprovadas*. (BRASIL, 2012d, grifo nosso).

Na justificativa, o autor do PL revela desejar esclarecer definitivamente que basta a apresentação de contas de campanha para a obtenção da Certidão de Quitação Eleitoral e, assim, eliminar as possibilidades de interpretações divergentes da Justiça Eleitoral. Lembra que o Congresso já havia definido com exatidão a questão, quando aprovou a Lei nº 12.034/2009, que esta concordava com a jurisprudência que o TSE estabelecera em 2004 e vigorara até que uma nova e, segundo ele, equivocada interpretação tivesse sido apresentada pela Corte em 2008. Apesar disso, em 2012, o TSE voltou a insistir que a apresentação não era suficiente e fixou a obrigatoriedade da aprovação das contas. Em razão disso, propunha um texto legal que tornava ainda mais explícito o que a norma de 2009 já estabelecia (BRASIL, 2012d, p. 2-3).

³³Com esse entendimento, o TSE pôs por terra as ponderações como a de Silva (2012), segundo a qual, como a resolução disciplina a eleição de 2012, as contas desaprovadas a que faz referência são as relativas a esse pleito, o que é corroborado pelo tempo verbal adotado: “a decisão que desaprovar” “implicará” – ou seja, produzirá efeitos no futuro. Para o autor, “se a intenção do TSE era a de atingir fatos pretéritos, deveria ter incluído no texto comando expresso nesse sentido, utilizando os tempos verbais mais adequados como ‘os candidatos que tiveram (passado) contas de quaisquer campanhas desaprovadas pela Justiça Eleitoral estão (presente) impedidos de obter a quitação eleitoral’”.

O PL 3.839/2012 tramitou em regime de urgência, definido a partir de requerimento assinado por líderes de uma dezena de partidos, entre eles os três maiores partidos da Câmara (PT, PMDB e PSD); não recebeu qualquer emenda e foi aprovado pela Câmara dos Deputados, em votação simbólica, no dia 22 de maio, após uma tramitação recorde de 13 dias.

Encaminhado ao Senado, onde foi identificado como PLC 37/2012, está com a tramitação interrompida na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). Muito provavelmente, a revisão da decisão no TSE reduziu a celeridade do Poder Legislativo, e o PLC passou a tramitar no ritmo a que é submetida a maior parte dos PLs. Foi produzido apenas o relatório da CCJ, apresentado em março de 2013, ainda não apreciado, no qual o senador Valdir Raupp (PMDB-RO) se manifestou pela aprovação “para evitar a repetição do equívoco no futuro [a decisão em contrário do TSE], para conferir segurança jurídica às normas que balizam as eleições” (BRASIL, 2012e)³⁴.

A estratégia judicial reformadora serviu-se de um Pedido de Reconsideração, protocolado pelo PT poucos dias após a decisão do TSE e que, em abril, passou a contar com o apoio de outras 13 legendas – juntas, elas atingiam quase 80% da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2012a). O Pedido argumenta: não foi dada aos partidos a oportunidade de manifestação antes da edição da resolução, conforme determina o art. 105 da Lei nº 9.504/1997; a exigência da aprovação das contas restringe direitos políti-

cos dos candidatos e impede o pleno exercício da cidadania; o legislador deixou claro, na elaboração do dispositivo legal, que bastava a prestação para emissão da Certidão de Quitação Eleitoral, o que não permitia ao TSE dar outra interpretação e ir além das hipóteses elencadas no § 7º do art. 11 da Lei nº 9.504/1997.

Na sessão plenária de 28 de junho de 2012, o TSE analisou o Pedido de Reconsideração e acabou por modificar o primeiro entendimento e a considerar que basta a apresentação de contas para a Certidão de Quitação Eleitoral. Novamente, a votação foi decidida por 4 votos a 3. Por consequência, a Resolução 23.382/2012 supriu o § 2º do art. 52 e transformou o § 1º em parágrafo único. A referência ao tema que permaneceu é:

Art. 53. A decisão que julgar as contas eleitorais como não prestadas acarretará:

I – ao candidato, o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral até o final da legislatura, persistindo os efeitos da restrição após esse período até a efetiva apresentação das contas (BRASIL, 2012d).

Essa foi a terceira eleição seguida em que o Tribunal afirmou a necessidade de aprovação das contas e depois recuou. A novidade é que, dessa vez, a mudança não ocorreu por meio de um Processo Administrativo ou de um Recurso Especial, e sim de um Pedido de Reconsideração, no qual as interpretações do TSE e dos partidos estiveram diretamente confrontadas. A decisão retirou a questão da pauta do TSE, de modo que as resoluções dos pleitos de 2014 e 2016 repetiram as anteriores³⁵.

No entanto, a polêmica ainda não se encerrou. Em janeiro de 2013, o Ministério Públ

³⁴ O PL do deputado Balestra não foi o único nem o primeiro a ser apresentado após a decisão do TSE. O deputado Pauderney Avelino (DEM-AM) encaminhou, em 6 de março de 2012, o PL 3.356, que pretendia consagrar a interpretação da Justiça Eleitoral, ao propor que a Certidão de Quitação Eleitoral abrangesse exclusivamente “a apresentação e a aprovação de contas de campanha eleitoral”. A tramitação encerrou-se na CCJ, sem que um relatório tivesse sido apresentado e ele foi arquivado (BRASIL, 2012c).

³⁵ No caso, as Resoluções 23.405/2014 (art. 27, § 6º), 23.406/2014 (art. 58, I), 23.455/2015 (art. 27, § 2º) e 23.463/2015 (art. 73, I).

Federal (MPF) ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.899 contra o § 7º do art. 11 da Lei nº 9.504/1997. O fundamento do pedido é idêntico ao utilizado pelo TSE nas decisões já descritas:

a única exegese compatível com a Constituição Federal da expressão “apresentação das contas” [...] [que integra o conceito de quitação eleitoral] é aquela que a entende em seu sentido substancial, interpretando-a, portanto, como a apresentação totalmente regular da prestação de contas de campanha (em tempo oportuno e sem que sejam detectadas falhas que lhes comprometam a regularidade) (BRASIL, 2013, p. 3).

Os princípios constitucionais que, no entender do MPF, têm sido desrespeitados são o dever de prestar contas (CF, arts. 17, III, e 70, parágrafo único), a moralidade para o exercício do mandato e o dever do Estado de proteger a normalidade e a legitimidade das eleições contra o poder econômico (art. 14, § 9º).

A ADI tem como relator o Ministro Luiz Fux, que não concedeu a medida cautelar solicitada, de modo que os objetivos do MPF ainda não foram atendidos. Mas a questão permanece em aberto, pois a ADI ainda não foi apreciada pelo Pleno do STF. Quando o for, há a possibilidade de o pedido ser acolhido pela Corte, o que implicará a reversão da exigência em vigor de as contas serem tão somente prestadas para a emissão da Certidão de Quitação Eleitoral e, a depender da decisão, a fixação da necessidade de aprovação³⁶.

Na instrução do processo, manifestaram-se o Congresso Nacional, a Consultoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União (AGU), ainda em 2013, e todos discordaram da pretensão do MPF. As alegações foram as de que o dispositivo legal era claro e a pretensão da ADI alargava demasiadamente o espectro de abrangência da norma; revelava mera discordância com o teor da decisão tomada pelo Legislativo e desconsiderava o fato de que este detém a competência constitucional para decidir sobre o assunto e ele não a utilizara em contrariedade à Constituição (BRASIL, 2013).

Considerações finais

O artigo descreveu como tem sido regulamentada a exigência da prestação de contas de campanha eleitoral como requisito para a ob-

³⁶ Nessa hipótese, arrisca-se a dizer que muito provavelmente o PL 3.839/2012, proposto pelo deputado Balestra, e hoje em *stand by* no Senado Federal, entrará na pauta de deliberações do Congresso Nacional, de modo a reverter legalmente a interpretação do STF.

tenção de Certidão de Quitação Eleitoral. O inventário demonstrou que ela foi introduzida em 2004 e, desde então, mantém-se no ordenamento jurídico nacional. Todavia, ela surgiu como uma decisão do TSE, formalizada por meio de resolução, e assim permaneceu até 2009, quando foi incorporada ao diploma legal. Ao mesmo tempo em que consagrou a inovação formulada pelo TSE em 2004, a Lei nº 12.034/2009 divergiu da obrigatoriedade da aprovação das contas que a Corte havia estabelecido em 2008, ou seja, considerou demasiada essa exigência.

Esta é clivagem principal nesse debate: a obrigatoriedade de as contas de campanhas serem prestadas tornou-se consenso; contudo, enquanto uma corrente a considera requisito suficiente para a Quitação Eleitoral, outra deseja ir além e determinar que, para o mesmo fim, elas devem ser aprovadas. Ela se intensificou após o advento da no Lei 12.034/2009, pois nas resoluções relativas aos pleitos de 2010 e de 2012, o TSE interpretou o texto legal no sentido da necessidade de aprovação.

Entretanto, sempre que tomou essa decisão, a Justiça Eleitoral não foi aplicada de fato. Em 2008, quando a questão ainda não estava expressa em lei, foi aprovada de modo consensual e, do mesmo modo, a Corte definiu que seria exigida a partir do pleito seguinte, tendo em vista o princípio da irretroatividade e a operacionalidade do cadastro eleitoral. Isso acabou por não se efetivar, pois nesse interregno foi promulgada a Lei nº 12.034/2009. Em 2010, a interpretação extensiva da lei foi aprovada em decisão administrativa e, em seguida, reformada em sede judicial, com a prevalência da literalidade do texto. Dois anos depois, foi definida em resolução e modificada por um Pedido de Reconsideração apresentado pelos partidos. Nessas quatro votações, a decisão se deu pelo placar mínimo possível no âmbito

do TSE (4 a 3), a indicar alto grau de divisão. Desde então, a questão está pacificada na Justiça Eleitoral e tem sido aplicada em torno da necessidade tão somente da apresentação das contas no prazo legal, embora ainda padeça de análise pelo STF uma ADI que deseja que a lei seja interpretada no sentido da exigência da aprovação das contas. Em outros termos: caso a decisão do STF atenda ao pedido, a polêmica pode ressurgir.

A título de sistematização desse manancial de decisões sobre o tema, o quadro a seguir resume como a questão figurou nas resoluções do TSE e na Lei nº 12.034/2009, desde o seu surgimento, em 2004, até as mais recentes deliberações, relativas ao pleito de 2016.

No que se refere ao conceito de Quitação Eleitoral, a diferença mais significativa está nas resoluções de 2004 e 2010, que optam pelo adjetivo “regular”, o qual serviu de mote para a defesa da exigência de aprovação das contas. O termo “exclusivamente” tem sido utilizado desde que figurou na Lei nº 12.034/2009. As outras variações são apenas de redação: (1) a Lei nº 12.034/2009 fala em “certidão de quitação eleitoral” e as resoluções omitem o substantivo “certidão”; (2) o verbo “reunir” (no presente do indicativo) aparece na resolução inicial e depois foi substituído por “abrir” (no futuro do indicativo), e o mesmo ocorre com “prestação” e “apresentação”.

Para a modulação das punições decorrentes da não apresentação de contas, não há mudanças de entendimento significativas. Entre 2004 e 2006, ela implica a impossibilidade de obtenção da Certidão de Quitação Eleitoral pelo período de duração do mandato pretendido. A partir de 2008, foi acrescido que a punição continuaria, para além desse prazo, até que as contas fossem prestadas. As demais diferenças são meramente de redação. Na modulação 1, a partir de 2008, foi suprimi-

Quadro 1 – Normatização da prestação de contas de campanha eleitoral como requisito à emissão de Certidão de Quitação Eleitoral (2004-2016)

Tema	Texto	Norma	Artigo
Conceito	quitação eleitoral reúne [...] regular prestação de contas de campanha eleitoral, quando candidato.	21.823/04	-
	a certidão de quitação eleitoral abrangerá exclusivamente [...] a apresentação de contas de campanha eleitoral.	Lei 12.034/09	(a)
	a quitação eleitoral [...] abrangerá exclusivamente [...] a apresentação de contas de campanha eleitoral.	23.373/11	27, § 3º
		23.405/14	27, § 6º
		23.455/15	27, § 2º
	a quitação eleitoral [...] abrangerá exclusivamente [...] a apresentação regular de contas de campanha eleitoral.	23.221/10	26, § 4º
Modulação 1	a não apresentação de contas de campanha impede a obtenção de certidão de quitação eleitoral no curso do mandato ao qual o interessado concorreu.	21.833/04	(b)
		22.160/06	40, § 1º
		22.250/06	42, § 1º
		23.217/10	26, § 4º
	a não apresentação de contas impede a obtenção de certidão de quitação eleitoral no curso do mandato ao qual o interessado concorreu, [e, ultrapassado este prazo, até que sejam prestadas as contas(c)].	22.715/08	27, § 5º
Modulação 2	a decisão que julgar as contas eleitorais como não prestadas implicará: I – ao candidato, o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral durante o curso do mandato ao qual concorreu, e, ultrapassado este prazo, até a apresentação das contas.	22.715/08	42, I
		23.217/10	41, I
		23.376/12	53, I
	a decisão que julgar as contas eleitorais como não prestadas acarretará: I – ao candidato, o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral durante o curso do mandato ao qual concorreu, persistindo os efeitos da restrição até a efetiva apresentação das contas.	23.406/14	58, I
		23.463/15	73, I
Desaprovar	a decisão que desaprovar as contas de candidato implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral durante o curso do mandato ao qual concorreu.	22.715/08	41, § 3º
	a decisão que desaprovar as contas de candidato implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral (d)	Lei 23.376/12	52, § 2º

(a) Inclui o § 7º ao art. 11 da Lei nº 9.504/1997; (b) acrescenta o parágrafo único ao art. 57 da Resolução 21.609/2004; (c) acrescido pela Resolução 22.948/2008; (d) excluída pela Resolução 23.383/2012. Fonte: TSE.

do “de campanha”. Na modulação 2: (a) uso do verbo “implicar” (2008) ou “acarretar” (desde 2010); (b) determinação de que o impedimento é “durante o curso do mandato ao qual concorreu” (2008-10) ou “até o final da legislatura” (desde 2012)³⁷; (c) estabelecimento da persistência dos efeitos “ultrapassado este prazo, até a apresentação das contas” (2008); “até a efetiva apresentação das contas” (2010) ou “após esse período até a efetiva apresentação das contas” (desde 2012).

Por fim, as duas resoluções que afirmam a necessidade de aprovação das contas distinguem-se tão somente porque a Resolução 22.715/2008 afirma a modulação dos efeitos e a 23.376/2012, em sua versão original, não traz essa previsão.

Sobre os autores

Alvaro Augusto de Borba Barreto é doutor em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, RS, Brasil; professor de Ciência Política nos programas de mestrado e de doutorado da Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, RS, Brasil.

E-mail: albarret.sul@terra.com.br

Caroline Bianca Graeff é mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, RS, Brasil.

E-mail: carolinegraeff@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês³⁸

PROVISION OF ELECTION CAMPAIGN ACCOUNTS AS A PREREQUISITE TO THE ELECTORAL ACQUITTANCE CERTIFICATE: CONTROVERSY AND DISAGREEMENTS IN BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

ABSTRACT: The paper analyzes the ways in which the requirement for provision of election campaign accounts as a condition for obtaining Electoral Acquittance Certificate has been regulated in the Brazilian legal system. Used as primary sources, the laws and resolutions of the Supreme Electoral Court (TSE) which regulated the issue and as secondary sources, comments from Election law experts on this issues and discussions that occurred at. It notes that the controversy revolves around suffice presentation of accounts for the release of the certificate or to be approved. Also, that when the Electoral Court requires approval, the measure was not applied, either by retreat the TSE himself, or by enactment of the law that modified the decision.

³⁷ Aqui há uma diferença: “legislatura” implica quatro anos e é comum a todos os cargos; “mandato” envolve punição mais longa para candidatos a senador, posto que dura oito anos.

³⁸ Sem revisão do editor.

Como citar este artigo

(ABNT)

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba; GRAEFF, Caroline Bianca. Prestação de contas de campanha eleitoral como requisito à Certidão de Quitação Eleitoral: polêmicas e desencontros no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, n. 211, p. 81-104, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p81>.

(APA)

Barreto, Alvaro Augusto de Borba, & Graeff, Caroline Bianca. (2016). Prestação de contas de campanha eleitoral como requisito à Certidão de Quitação Eleitoral: polêmicas e desencontros no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de informação legislativa: RIL*, 53(211), 81-104. <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p81>.

Referências

- AGRA, Walber de Moura. Financiamento de campanha e prestação de contas. *Estudos Eleitorais*, v. 5, n. 2, p. 9-24, maio/ago. 2010.
- BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de Julho de 1965. Institui o código eleitoral. *Diário Oficial da União*, 19 jul. 1965a.
- _____. Lei nº 4.740, de 15 de Julho de 1965. Lei orgânica dos partidos políticos. *Diário Oficial da União*, 19 jul. 1965b.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.
- _____. Lei nº 8.713, de 30 de setembro de 1993. Estabelece normas para as eleições de 3 de outubro de 1994. *Diário Oficial da União*, 1º out. 1993.
- _____. Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 2 out. 1995.
- _____. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial da União*, 1º out 1997.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 20.102*. Relator: Min. Eduardo Alckmin. 3 mar. 1998.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 20.566*. Relator: Min. Eduardo Alckmin. 2 mar. 2000.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 20.775*. Relator: Min. Waldemar Zveiter. 1º mar. 2001.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 20.987*. Relator: Min. Fernando Neves. 21 fev. 2002a.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 21.118*. Relator: Min. Fernando Neves. 6 jun. 2002b.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 21.609*. Relator: Min. Fernando Neves. 9 mar. 2004a.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 21.823*. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. 15 jun. 2004b.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 21.833*. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. 22 jun. 2004c.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 21.848*. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. 24 jun. 2004d.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 22.156*. Relator: Min. Caputo Bastos. 3 mar. 2006a.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 22.160*. Relator: Min. Caputo Bastos. 3 mar. 2006b.

_____. Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006. Dispõe sobre propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais, alterando a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. *Diário Oficial da União*, 11 maio 2006c.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 22.250*. Relator: Min. Geraldo Grossi. 29 jun. 2006d.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 22.715*. Relator: Min. Ari Pargendler. 29 maio 2008a.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 22.948*. Relator: Min. Ari Pargendler. 30 set. 2008b.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 5.498, de 2009*. 2009a.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara n. 141, de 2009*. 14 jul. 2009b.

_____. Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009. *Diário Oficial da União*, 30 set. 2009c.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 23.217*. Relator: Min. Arnaldo Versiani. 2 mar. 2010a

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 23.221*. Relator: Min. Arnaldo Versiani. 2 mar. 2010b.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso especial eleitoral n. 4423-63/RS*. Relator: Min. Arnaldo Versiani. 28 set. 2010c.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 23.376*. Relator: Min. Arnaldo Versiani. 1º mar. 2012a.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 23.382*. Relator: Min. Arnaldo Versiani. 1º mar. 2012b.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.356, de 2012*. 6 mar. 2012c.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.839, de 2012*. 9 maio 2012d.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara n. 37, de 2012*. 24 maio 2012e.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 4899/DF*. Relator: Min. Luiz Fux. 16 jan. 2013.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 23.405*. Relator: Min. Dias Toffoli. 24 fev. 2014a.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 23.406*. Relator: Min. Dias Toffoli. 27 fev. 2014b.

_____. Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015. *Diário Oficial da União*, 29 set. 2015a.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 23.455*. Relator: Min. Gilmar Mendes. 15 dez. 2015b.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 23.463*. Relator: Min. Gilmar Mendes. 15 dez. 2015c.

CARVALHO, João Fernando Lopes de. Prestação de contas. In: ROLLO, Alberto (Org.). *Eleições no direito brasileiro: atualizado com a Lei n. 12.034/09*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 93-106.

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Reformas eleitorais comentadas: Lei n. 12.034/2009*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Vitor Emanuel Marchetti. Poder judiciário e competição política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e do STF sobre as regras eleitorais. 2008. 233 f. Tese (Doutorado em Ciências Política) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2008.

LIMA, Sídia Maria Porto. *Prestação de contas e financiamento de campanhas eleitorais*. Curitiba: Juruá, 2005.

PIMENTA JÚNIOR, Luciano Caleiro. Desaprovação de contas de campanha eleitoral e a “perda” do cargo eletivo. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, n. 20, p. 57-62, 2010.

ROLLEMBERG, Gabriela; BRITTO, Cezar. A evolução do conceito de quitação eleitoral na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e as implicações para as eleições municipais de 2012. In: ROLLEMBERG, Gabriela; DIAS, Joelson; KUFA, Karina (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais no direito eleitoral*. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 89-107.

SCHLICKMANN, Denise Goulart. *Financiamento de campanhas eleitorais*. 5. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, Felipe Scabello. Por que a Resolução 23.376 do TSE não impede que os candidatos com contas de campanha desaprovadas em 2010 sejam candidatos em 2012?. *Revista Jus Navigandi*, v. 17, n. 3219, 24 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21584>>. Acesso em: 1º set. 2016.

STF arquiva recursos de Pimenta contra impugnação de candidatura. *Terra*, 14 set. 2006. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/eleicoes2006/interna/0,,OI1139783-EI6652,00-STF+arquiva+recurso+de+Pimenta+contra+impugnacao+de+candidatura.html>>. Acesso em: 6 set. 2016.

Pressupostos do constitucionalismo ambiental

AGASSIZ ALMEIDA FILHO

Resumo: As várias transformações que caracterizaram o Direito Constitucional após a Segunda Guerra Mundial incorporaram ao constitucionalismo a realização da pessoa humana e a preservação do meio ambiente. Ao lado de outras transformações, esses dois elementos deram origem ao constitucionalismo ambiental e, assim, a uma nova forma de entender a Constituição e o Estado. Este pequeno artigo se propõe a analisar alguns desses novos elementos e situá-los ao lado de ideias tradicionais que giram em torno do conceito de constitucionalismo e das quais ele depende. O conjunto desses elementos novos e tradicionais foi aqui denominado pressupostos do constitucionalismo ambiental.

Palavras-chave: Constitucionalismo ambiental. Pessoa humana. Realidade constitucional. Estado Constitucional. Constituição.

1. Introdução

A existência de um *constitucionalismo ambiental* parte da adoção de alguns indispensáveis pressupostos teóricos, cujo fim, por um lado, é conciliar a tradição constitucional com a proteção jurídica do meio ambiente – um problema “político e moral” (CERUTTI, 2008, p. 108) e, em razão disso, constitucionalmente relevante –, e justificar, por outro, a incorporação do elemento ambiental ao núcleo das discussões constitucionais do nosso tempo. Em virtude das limitações do presente texto, tais pressupostos serão objeto de algumas brevíssimas considerações. Alguns deles, contudo, serão analisados um pouco mais detalhadamente, devido à posição estruturante que ocupam em relação ao constitucionalismo como um todo e ao Estado Constitucional (modelo de domínio político estruturado por uma Constituição).

2. Pressupostos gerais: o constitucionalismo como matriz

2.1. Embora também possa designar um sistema constitucional em concreto ou certas modalidades de mobilização política, *o constitucionalismo será aqui concebido como construção teórica ou ideológica* (COMANDUCCI, 2011, p. 89) que respalda a Constituição e o Estado Constitucional. É decorrência, por causa disso, muito mais do modo de pensar dos cidadãos e do esforço teórico dos juristas do que da forma como se organiza normativamente uma dada ordem constitucional. A predominância do conteúdo teórico e ideológico do constitucionalismo não afasta a sua conexão com a estrutura normativa (Constituição) do Estado Constitucional, essencialmente vinculada, por sua própria natureza, ao sentido político do regime democrático e ao próprio constitucionalismo. Ao contrário, toda Constituição, verdadeiro “estatuto do poder” (BURDEAU, 1979, p. 57) e dos direitos fundamentais, baseia-se no sistema de valores e elementos teóricos que identificam o constitucionalismo e (parte da) sua indissociável herança moderno-iluminista. A Constituição extrai do constitucionalismo o conteúdo material necessário para fundar um Estado Constitucional compatível com as exigências jurídico-políticas relevantes em cada momento da história.

2.2. *A experiência constitucional está aberta a mudanças de qualquer natureza* (não com qualquer conteúdo)¹ que ocorrem na comunidade política, ainda que alguns aspectos da vida social sejam juridicamente relevantes e constitucionalmente inexpressivos, como, a título de exemplo, os elementos formais responsáveis pela validade de determinada modalidade de contrato. Essas mudanças, para o constitucionalismo, têm como consequência a necessidade de conciliar “o objetivo normativo de fundação da comunidade” (MÜLLER, 1996, p. 231) com uma permanente abertura da Constituição frente à realidade e às suas próprias possibilidades de transformação. Tais transformações podem ocorrer, *grosso modo*, pelo surgimento de novos valores constitucionais (depois convertidos em teoria) e superação parcial dos anteriores, ou pelo des-

¹ *A experiência constitucional* dos povos pode conferir relevância jurídico-política e incluir na ordem constitucional, por meio da reforma da Constituição, qualquer tipo de mudança que venha a ocorrer na realidade, com exceção, como sabemos, daquelas que entrem em conflito (incompatibilidade vertical) com o sistema constitucional. No Estado Constitucional, todas as situações juridicamente relevantes devem estar em harmonia com a Constituição, sob pena de serem afastadas pelo sistema ou de darem origem à substituição da própria ordem constitucional. Este último caso constituiria um exemplo adequado de ruptura constitucional pela inadequação do sistema normativo com transformações específicas (e de caráter estrutural para o convívio) da vontade popular. Afinal, mesmo tendo em conta a relação entre o político e o jurídico que caracteriza a Constituição, esta sempre se manifestará como um sistema jurídico (BEAUD, 1994, p. 207), podendo e devendo ser substituída quando não houver mais identidade entre os seus enunciados normativos e a vontade popular.

carte *in totum* dos valores tradicionais. Os únicos elementos que não podem ser eliminados do constitucionalismo clássico são a proteção dos direitos fundamentais e a limitação do poder político (ALMEIDA FILHO, 2011, p. 50). Do contrário, a palavra *constitucionalismo* poderia até ser mantida, deixando de ser, porém, a teoria ou a ideologia que sustentam o Estado Constitucional.

Por definição, o conteúdo do constitucionalismo é aberto ao incremento dos seus pressupostos uma vez que ele se apresenta como construção teórica e ideológica. Como sabemos, os mesmos pressupostos do Estado Constitucional integram o constitucionalismo como núcleo duro indissociável. Isso ocorre por causa de dois fatores: a) coerência teórica com a herança constitucional; b) natureza simbiótica em relação à Constituição e ao Estado Constitucional. O aspecto preponderante, entretanto, para que outros elementos sejam incorporados ao constitucionalismo é a sua conexão direta ou indireta com a realização da pessoa humana. O constitucionalismo atual, por exemplo, adotou a Constituição normativa e a jurisdição constitucional como realidades interdependentes, que conferem efetividade à Constituição e contribuem, pelo menos teoricamente e segundo a lógica normativa do sistema, para que essa alcance os seus objetivos e realize os seres humanos.

Essa abertura ante a realidade faz com que o constitucionalismo incorpore, em cada momento específico, os valores e elementos normativos estruturais para a realização do homem. Sendo assim, tomando como base o mundo contemporâneo, o constitucionalismo tanto é sensível ao direito fundamental ao desenvolvimento quanto à preservação do meio ambiente. Nesse sentido, há certa harmonia entre a realidade presente e o passado constitucional.

De acordo com esse ponto de vista, a construção teórica do constitucionalismo ambiental, manifestação de um conjunto de limites e também de possibilidades para o Estado e a sociedade nas suas relações com o meio ambiente (RUIZ MIGUEL, 2004, p. 63-64), não implica um distanciamento completo em relação à herança do Estado Constitucional. É certo que o Direito Constitucional ainda se prende ao “esquema de artifícios técnico-jurídicos” do Estado de Direito burguês (liberal) [...], descurando os problemas de ‘racionalização’ e de ‘situação’ inerentes ao ‘projeto’ de uma ‘Constituição temporalmente adequada’ (CANOTILHO, 1994, p. 9). No entanto, apesar de alguns dos postulados desse modelo de Estado terem sido superados pelo processo histórico, como veremos mais adiante, é principalmente com base nessa experiência multissecular que podemos analisar o constitucionalismo e as transformações pelas quais ele vem passando nas últimas décadas, e que talvez sejam, em última medida, insuficientes para acompanhar a dinâmica social, cultural e política do nosso tempo. Mesmo assim, o constitucionalismo é a base teórica e axiológica do Estado Constitucional, devendo assumir, por causa do seu conteúdo democrático, a realidade tal como ela se apresenta em cada momento da história.

A conclusão de que o constitucionalismo ambiental representa uma alteração axiológica (primeiro) e teórica (depois) dentro do Estado Constitucional significa que este não se deixa condicionar completamente por suas raízes individualistas e liberais, embora em certos países, principalmente naqueles de formação e influência anglo-saxônica, haja certa tendência para um maniqueísmo que separa o pensamento político em dois grandes blocos: liberal e conservador. Nesses países, o individualismo e o liberalismo têm mais força do que em outros quadrantes constitucionais, a exemplo da

Europa continental e dos sistemas normativos influenciados por ela.

O Estado Constitucional e o constitucionalismo preservam os requisitos e objetivos (garantia dos direitos fundamentais e controle do poder político) que os identificam como fenômenos históricos desde as suas origens. Porém, como mencionamos anteriormente, para que cumpram o papel que deles se espera na atualidade, é indispensável aprimorar ou superar alguns dos elementos que lhes conferiram sentido no passado. Nessa linha, a incorporação do meio ambiente ao núcleo material do constitucionalismo é um passo seguro na direção de um regime democrático e de um Estado Constitucional inclusivos, emancipadores e historicamente comprometidos. Afinal, o homem e o meio ambiente são partes do mesmo todo (MARQUES, 2004, p. 172). E a realização do primeiro se conecta à autonomia do segundo.

Entretanto, a projeção do meio ambiente no discurso constitucional não ocorre do dia para a noite. Ela é fruto de uma verdadeira refundação do Estado Constitucional, do constitucionalismo e da forma como esses passam a se relacionar com a sociedade contemporânea. A dimensão axiológica do constitucionalismo faz com que os valores da comunidade política sejam assimilados de alguma maneira (constitucionalização, concretização das normas constitucionais etc.) pelo sistema constitucional, e, como todos sabemos, os valores das pessoas normalmente mudam conforme as alterações que ocorrem ao seu redor.

Como lida com as transformações axiológicas de hoje e com um longo legado jurídico-político que remonta ao início da Modernidade, é muito importante entender a evolução do constitucionalismo e por que ele passa a se vincular à proteção do meio ambiente considerado como fim em si mesmo. Podemos res-

altar, todavia, que sua dimensão ambiental é consequência de uma profunda mudança na concepção da pessoa humana, na relação dos homens entre si e na estruturação de um projeto civilizatório em que o humanismo da alteridade supera o *individualismo possessivo*. Nesse sentido, podemos afirmar que o constitucionalismo ambiental é a continuidade do constitucionalismo clássico e suas tradições, ao mesmo tempo em que absorve parte dos grandes desafios do mundo contemporâneo.

2.3. *A tradição constitucional reflete valores e interesses historicamente plasmados.* Representa um marco civilizatório em que a legitimidade do domínio político se baseia em uma decisão política tomada pelo povo e projetada em uma Constituição. Toda tradição tem um início, marcado por certas características mais ou menos duradouras, conforme o caso. A soberania estatal, por exemplo, é uma característica do Estado Moderno que perdura até os dias de hoje, apesar dos avanços da integração política supranacional nos últimos anos. A marcha constitucional tem início com o envolvimento político de alguns grupos sociais inspirados por ideais individualistas e que dispunham das condições necessárias para desafiar o poder absoluto dos monarcas. Tais grupos tiveram acesso revolucionário ao poder e o converteram em instrumento para a proteção dos direitos fundamentais. Naturalmente, esses direitos refletiam os interesses e os valores desses grupos políticos que fundaram o Estado Constitucional. Em todo esse processo, houve influência do racionalismo, da consolidação econômica da burguesia, dos ideais iluministas – nos casos norte-americano e francês – e de outros fatores que incidiram sobre as revoluções liberais. Todavia, os valores e interesses dos grupos liberais que chegaram ao poder foram os fatores decisivos para o surgimento do Estado Constitucional.

Como qualquer tradição, a experiência constitucional se deixa vincular por alguns pressupostos gerais. São eles a legitimidade democrática do poder político, que ganha corpo com a decisão constituinte do povo; a limitação jurídica desse poder; e a proteção dos direitos fundamentais. Nos marcos do Estado Constitucional, a decisão constituinte do povo tem finalidade garantística; toma como ponto de partida a proteção dos direitos fundamentais e a limitação do poder estatal. Isso ocorre na organização da sociedade moderna com o objetivo de oferecer um contrapeso ao poder do Estado, uma das principais fontes de opressão social antes que o cenário fosse alterado pelo Estado Constitucional. Precisamos levar em conta que a ideia segundo a qual o povo é o titular do poder político convive com o fato inevitável de que alguns poucos indivíduos exercem o poder político. Aqueles que exercem o poder, ainda que membros da comunidade politicamente ativa que cria o Estado Constitucional (AGAPITO SERRANO, 1989, p. 43), fazem parte da Administração Pública e dão corpo ao Estado. Nada mais coerente, portanto, do que o povo, podendo estruturar o domínio, fazê-lo de modo a equilibrar de alguma maneira a sua relação com o Estado por meio dos marcos garantísticos dos direitos fundamentais.

Sendo assim, o fenômeno constitucional se afirma sobre uma espécie de tendência à autopreservação que o povo apresenta como titular do poder político. Essa autopreservação aparece para o Estado em um contexto marcado pela diferenciação/separação entre Estado e sociedade, segundo a qual os particulares não podiam ser a Administração Pública nem compartilhá-la (MOREIRA, 1997, p. 24). A proteção do indivíduo ante as esferas estatais pressupõe também, de certa maneira, uma proteção do povo contra o próprio povo. Isso ocorre porque no Estado Constitucional o povo é o responsável pelo exercício do poder político. Quer dizer, o povo titular do poder político também é o responsável por seu exercício, que vai ocorrer nos moldes do sistema representativo e de acordo com o princípio geral da alternância no poder, maior ou menor, conforme as circunstâncias. Sendo assim, a autopreservação decorrente da limitação jurídica do poder e da proteção dos direitos fundamentais alcança também aqueles que exercem o poder e é decorrência dos seus valores e interesses. A continuidade da tradição constitucional, por conseguinte, exige que a proteção normativa dos indivíduos – agora entendida como realização da pessoa humana – permaneça como requisito teórico e prático para a construção e o funcionamento do Estado Constitucional.

2.4. Existe um sistema teórico desenvolvido com base na experiência constitucional. Tal sistema adotou os fundamentos desse legado jurídico-político como os requisitos lógicos para a análise e construção

dos conceitos de Constituição e de Estado Constitucional, com todas as implicações que esse arcabouço teórico tem sobre o Direito Constitucional e o constitucionalismo. De fato, a proteção dos direitos fundamentais e a limitação do poder político representam um momento histórico em que prevalecem as decisões políticas de determinados grupos sociais. A questão a enfrentar é saber se é possível compatibilizar o sistema teórico baseado na limitação jurídica do poder e na proteção dos direitos fundamentais com a necessidade de alterar – e não substituir ou superar – o modo como tais pressupostos se manifestam em outros momentos da história ou acrescentar a eles novos pressupostos. Trata-se de uma resposta complexa, que inevitavelmente deve ser construída a partir das circunstâncias históricas e dentro das possibilidades do próprio constitucionalismo. *Essa flexibilidade no modo de limitar o poder político e proteger os direitos fundamentais é o quarto pressuposto do constitucionalismo ambiental.*

Em primeiro lugar, tais alterações são perfeitamente possíveis, sempre que surja uma nova Constituição, pois seu advento representa um momento fundacional que, de uma forma ou de outra, refletirá as contingências (constitucionalmente relevantes) de cada tempo e de cada lugar. A Constituição brasileira de 1934 é um bom exemplo dessa tendência, na medida em que, influenciada pela Constituição alemã de 1919 (Weimar), trouxe um título sobre a ordem econômica e social, além de outro sobre a família, a educação e a cultura (SILVA, 2007, p. 82), demonstrando, também entre nós, a decadência da ordem jurídica e política do Estado Liberal. Essas contingências de tempo e lugar também afetam o constitucionalismo, dando origem a uma relação de circularidade, segundo a qual o constitucionalismo influencia a Constituição e é influenciado por ela, concomitantemente. É importante ressaltar, contudo, que o constitucionalismo, no presente texto, tem natureza não normativa; como construção teórica e ideológica, ele vai além de um sistema constitucional positivo e dialoga livremente com o constitucionalismo de vários países e tendências diferentes. O importante, devemos sublinhar, é preservar a legitimidade popular do poder, a proteção dos direitos fundamentais e a limitação jurídica do poder político, características voltadas, todas elas, de uma maneira ou de outra, para a realização da pessoa humana.

Em segundo lugar, se a proteção dos direitos fundamentais e a limitação do poder político representam os valores e interesses que fundaram o Estado Constitucional e, se esses, por vezes, sofrem mudanças tão substanciais que podem levar à elaboração de uma nova Constituição, nada mais natural do que admitir que tais mudanças podem interferir no modo como o poder político vai ser limitado e na própria

composição do rol de direitos fundamentais. Isso significa que o elemento *proteção do meio ambiente* pode alterar a estrutura do Estado e influenciar o próprio sistema de direitos fundamentais.

O ponto que nos interessa de momento consiste em saber se podemos acrescentar algum novo pressuposto aos conceitos de Constituição e Estado Constitucional, criando outras dimensões para o constitucionalismo posterior à Segunda Guerra Mundial. Afinal de contas, o processo histórico altera de tal maneira a trajetória humana que realmente não é possível defender fórmulas definitivas e absolutas de organização do domínio político. Tal conclusão implica, inclusive, que no futuro possa surgir uma forma de organização política mais adequada para a realização dos seres humanos do que o Estado Constitucional, apesar de esse modelo de domínio político ter-se mostrado, até os dias de hoje, o mais adequado ou o menos defeituoso entre aqueles que foram registrados no decorrer da história.

Nada é definitivo, portanto, no que diz respeito ao modelo ideal de organização política. Isso não significa, porém, que se possa deixar para trás os elementos estruturais do Estado Constitucional. A legitimidade democrática ou popular do poder, sua limitação pelo Direito e a existência/proteção dos direitos fundamentais são fatores que determinam a existência ou inexistência do Estado Constitucional. Por outro lado, se não é possível eliminar tais pressupostos, no futuro o próprio Estado Constitucional – é importante sublinhar – pode tornar-se obsoleto frente a uma modalidade de domínio político que nem sequer foi ainda pensada e que pode servir de forma mais adequada ao objetivo de realizar a pessoa humana. Trata-se de uma possibilidade prática e teórica, que não deve ser afastada em nome da preservação do presente. Se a existência do

Estado Constitucional está ligada a elementos que foram incorporados ao constitucionalismo no começo da era moderna, então sua preservação impede que outros elementos sejam incorporados ao constitucionalismo para somar-se aos primeiros com a finalidade de realizar os seres humanos? A abertura do constitucionalismo a que fizemos referência no item 2.2. demonstra que a incorporação de novos elementos é possível e necessária.

3. Pressupostos específicos: o constitucionalismo ambiental

3.1. *O constitucionalismo ambiental é decorrência do constitucionalismo em geral*, inserindo-se, portanto, na experiência jurídica e política do Estado Constitucional. Embora a proteção do meio ambiente como valor em si deva ser objeto de um diálogo democrático participativo, em que os membros da comunidade política devem estar realmente implicados – não só as pessoas afetadas diretamente pelas decisões de caráter ambiental, pois os danos ambientais podem gerar consequências que se projetam para além do ambiente físico em que eles se verificam –, o constitucionalismo ambiental incorpora o principal elemento do constitucionalismo como fenômeno geral: a limitação, constitucionalmente estabelecida, da vontade democrática. Dito de outro modo, o constitucionalismo ambiental assimila o postulado tradicional de que a Constituição é a mais relevante manifestação da vontade popular, devendo proteger o meio ambiente – pelo fato de essa proteção ser fruto de uma “convergência geral sobre alguns aspectos estruturais da convivência política” (ZAGREBELSKY, 1999, p. 40) – e adotando o ponto de vista de que a deliberação democrática, em qualquer das modalidades de democracia existentes,

não pode fugir a esse parâmetro normativo geral.

3.2. *O constitucionalismo ambiental se baseia em elementos axiológicos e teóricos incompatíveis com parte da herança do Estado Constitucional*, como o individualismo (econômico, jurídico e político), o antropocentrismo racional dele decorrente ou mesmo a visão absoluta dos direitos fundamentais, que, ao contrário do que ocorre nos dias atuais (pelo menos em relação às normas constitucionais abertas), não podiam ser objeto de ponderação ante a potencial incidência de outro direito fundamental sobre uma mesma faceta da realidade. Isso significa que o paradigma liberal e suas referências ao papel do Estado como mero garantidor das relações entre privados ficaram para trás (BENJAMIM, 2007, p. 84) ou parcialmente para trás, confirmado, assim, o princípio geral de que o Direito é sempre resultado da cultura e da história. Por esse motivo, um constitucionalismo que pretenda harmonizar a vida humana com o meio ambiente deve assumir uma perspectiva mais centrada na pessoa humana e sua dignidade, na alteridade e na solidariedade dos seres humanos: “a existência de um meio ambiente incólume é [...] indispensável para o desenvolvimento de uma humanidade que se inspira no princípio da dignidade da pessoa humana” (CRUZ, 2010, p. 227).²

² A partir dos anos 1970, ganhou força a vinculação entre os valores ecológicos e o modo de vida democrático, que, inicialmente, identificava-se com “comunidades locais, descentralizadas, mais ou menos autossuficientes, e autogovernadas através de uma democracia direta assentada sobre valores ecoocêntricos, igualitários e socialista-libertários” (ESCRIHUELA, 2013, p. 176). Esse modelo de organização social era nitidamente incompatível com as tradições liberais. Nos anos 1990, continua Escrivuelha (2013, p. 177), essa perspectiva assumiu uma faceta um pouco mais pragmática, através da qual teoria política do meio ambiente passou a dialogar com outras tradições democráticas, criando a chamada *modernização ecológica* como objetivo dos movimentos ecologistas. Tal tendência baseava-se no incremento tecnológico (energia limpa, no-

3.3. *A proteção do meio ambiente e sua incorporação ao Estado Constitucional dependem de uma decisão que equilibre o humano e o ambiental*, razão pela qual, mesmo que o meio ambiente seja considerado como valor intrínseco e objeto de proteção do sistema constitucional, para o constitucionalismo o homem sempre ocupará uma posição estratégica dentro desse processo de preservação. Precisamos recordar que “de certa forma todo o sistema econômico parte de uma apropriação do meio ambiente, já que, em última análise, os bens de consumo são retirados direta ou indiretamente da natureza” (FARIAS, 2010, p. 329). Todas as dimensões humanas, assim, dependem do meio ambiente porque nascem dele, desenvolvem-se e encerram-se nele. Ademais, se o homem é a fonte dos desequilíbrios ambientais do nosso tempo, também a ele e somente a ele cabe a responsabilidade de desenvolver critérios de ação ecologicamente comprometidos. Exigir do homem a construção de uma realidade da qual ele não seja parte como espécie que detém os instrumentos para transformar a natureza significa eliminar qualquer sentido político ou constitucional da temática ambiental. Afinal, só o homem protagonista das suas próprias circunstâncias pode transformar a realidade.

Sendo assim, o constitucionalismo ambiental tem como ponto de partida o inevitável protagonismo do homem na construção da decisão constitucional de proteger o meio ambiente – “antropocentrismo alargado” (LEITE,

vos tipos de tratamento de dejetos etc.) como forma de proteger o meio ambiente. Essa mudança na teoria política do meio ambiente tem como consequência uma ampla relativização acerca da “natureza ‘revolucionária’” do Direito Ambiental (GOMES, 2006, p. 56), possibilitando, porém, que haja avanços concretos em relação à proteção ambiental e à função de cada pessoa nesse processo. A democracia deliberativa, a propósito, com suas limitações teóricas e práticas, tem sido apontada como uma alternativa para a criação de uma verdadeira democracia ambiental (LENZI, 2009, p. 21).

2007, p. 137) –, que é adotado, concomitantemente, como objeto de especial proteção e verdadeiro fim em si mesmo. O homem tem capacidade (e também a responsabilidade, vale a pena repetir) de decidir que o meio ambiente é um valor intrínseco, da mesma forma, *v. g.*, que opta por criar um regime democrático em que as leis, resultado da vontade da maioria, devem respeitar as disposições constitucionais. Portanto, as discussões entre alternativas ecocêntricas e antropocêntricas racionais/liberais/radicalis para a proteção do meio ambiente deixam de ter sentido no Estado Constitucional. Além disso, para o constitucionalismo, tanto o paradigma ecocêntrico como o antropocêntrico racional foram superados pela impossibilidade concreta de se construir, com base nesses, um modelo de proteção ambiental compatível com as exigências (ecológicas, políticas, axiológicas etc.) do Estado Constitucional.

O fator decisivo para o constitucionalismo ambiental, com base nesta última conclusão, não é a divisão entre as dimensões natural e humana do meio ambiente, mas a compreensão da sua unidade fundamental. No Estado Constitucional, como sabemos, o sistema normativo surge de uma decisão política de natureza fundacional. Em termos constitucionais, o conteúdo de tal decisão representa o critério de correção necessário para que o jurídico seja histórica e democraticamente válido. Trata-se da pretensão de correção a que o Direito necessariamente se vincula no Estado Constitucional de ontem e de hoje. Nessa linha, o critério de correção de que devem partir a Constituição e o pensamento constitucional (doutrina) incorpora a proteção do meio ambiente como núcleo fundamental e elemento para uma adequada compreensão do constitucionalismo.

3.4. *A finalidade do constitucionalismo ambiental é realizar a pessoa humana.* Por isso, podemos ressaltar que o constitucionalismo e o Estado Constitucional não constituem um fim em si mesmo. Tradicionalmente, sua existência depende da necessidade de emancipar, segundo as necessidades de cada época, o indivíduo membro da comunidade política. O constitucionalismo e o Estado Constitucional assumem o sentido que a Política e o Direito modernos lhes atribuem, sobretudo no que diz respeito à proteção, em várias dimensões diferentes, do indivíduo ante outros indivíduos e também perante o Estado. Na primeira metade do século XX, por exemplo, a dualidade Estado/indivíduo dominou a quase totalidade das discussões constitucionais (KOENIG, 2007, p. 678). Como as necessidades materiais e existenciais das pessoas mudam constantemente, o meio ambiente como realidade autônoma, nos últimos tempos, pouco a pouco passou a integrar o imaginário constitucional das complexas sociedades da informação.

Com isso, não pretendemos afirmar que o advento do constitucionalismo e do Estado Constitucional realmente alcançou os objetivos por eles

almejados, pois, se tomarmos a experiência continental europeia como referência, sobretudo no séc. XIX, logo vamos nos deparar com a negação sistemática dessa emancipação do indivíduo e do próprio sentido da Constituição (ASENSIO, 2005, p. 13). O que nos interessa de momento é que os objetivos da Constituição e do Estado Constitucional, neste começo de século, tendem a incorporar a preservação cultural e normativa do meio ambiente, bem como a tarefa de emancipar e realizar seres humanos constitucionalmente compreendidos como sujeitos de direitos dotados de uma especial dignidade. Por mais difícil que seja implementar o discurso normativo da Constituição, devemos insistir nessa tarefa, pois dela dependem a democracia e a concepção de pessoa humana que surge com ela. E nunca é demais recordar que “todo sistema político, e, por consequência, todo ordenamento jurídico positivo são tributários de uma certa concepção sobre o homem” (LEGAZ Y LACAMBRA, 1951, p. 22).

O Estado Constitucional atribui a todos os membros da comunidade política os direitos necessários para sua emancipação e realização. Mas qual a diferença entre emancipar e realizar os seres humanos? A emancipação humana consiste, primeiramente, em uma compreensão de si mesmo, inclusive como espécie, que leva cada indivíduo a entender o seu papel perante os demais e o mundo, que também é o seu. Embora tal colocação assuma parte da tradição kantiana de que o homem é livre em virtude do uso da razão, afasta-se desse paradigma na medida em que essa capacidade de compreender é sempre potencial. Todos os seres humanos a detêm. No plano dos direitos fundamentais, entretanto, “a liberdade engendra o dever de reconhecer a liberdade do outro”, o que “torna necessária a solidariedade” (MAURER, 2005, p. 79). Precisamos entender que a construção da condição humana depende, outrossim, de fatores externos ao indivíduo e que as outras pessoas e as suas circunstâncias são fatores indispensáveis para o desenvolvimento da própria identidade e do modo como cada um vai exercer a sua cidadania.

A realização dos seres humanos, por sua vez, situa-se em um momento e em um plano diferentes. Em primeiro lugar, só o indivíduo emancipado, dotado de consciência de si mesmo e dos demais, uma consciência que absorva as principais circunstâncias da sua existência individual e coletiva (e que inclua a sua conexão com o meio ambiente), pode ter a plena realização humana como ideal a ser almejado. O universo prático, segundo Castanheira Neves (1995, p. 312), depende da imagem do homem entendida em duas modalidades interdependentes: a) o modo como o homem se projeta (modo-de-ser-concreto do homem historicamente considerado) junto a uma dada realidade histórico-social; b) “a ideia em que o homem assume o sentido com que a si próprio se comprehende e que, antecipada à sua prática histórica, dá

fundamento e orientação a essa mesma prática". Além disso, a sua realização depende diretamente da afirmação e proteção dos elementos que convertem uma pessoa em um ser humano diferente dos outros seres humanos, que podem, por exemplo, diferenciar-se do ponto de vista da identidade sexual, das escolhas ou ideologias políticas, do exercício profissional, da posição concreta que assumem em relação ao meio ambiente etc.

Para viver, de acordo com uma perspectiva dialógica e relacional, o homem precisa do outro. Necessita compartilhar a (co)existência, ou seja, o modo de ser do homem "se expressa em conduta 'para com os demais' ou enquanto existem os demais" (LEGAZ Y LACAMBRA, 1951, p. 27). O outro é condição para a humanaidade do homem. No mesmo caminho, podemos dizer que o meio ambiente é requisito necessário para a existência e o consequente convívio entre as pessoas. A emancipação humana torna o homem consciente da sua própria condição e, na medida em que protege o meio ambiente, protege a si mesmo; avança no sentido da sua realização. Trata-se de uma unidade de caráter absoluto (homem e meio ambiente) que se fortalece com a consciência e a cultura, não podendo ser quebrada pelo fato de o homem ser capaz de transformar a natureza por meio da tecnologia. Afinal de contas, a tecnologia é apenas um meio para o homem, ao passo que o meio ambiente é fim ao lado do próprio homem, devido à unidade que os caracteriza.

Assim como a vida social é "uma necessária condição da existência" humana (LEGAZ Y LACAMBRA, 1951, p. 31), também o meio ambiente e a sua proteção se impõem como condição inafastável para o homem. Assim, a questão da preservação do meio ambiente ganha relevância quando pensamos no tipo de vida humana que todos desejamos e também no momento de planejar o futuro, um futuro

que está potencialmente ao alcance das gerações atuais. Por isso – e como o futuro do meio ambiente não faz parte do presente –, ganha espaço a ideia de que a sua proteção pode evitar que a degradação ambiental se aprofunde de forma a impedir a continuidade da existência humana como nós a conhecemos, que é o tipo de existência com a qual as gerações de hoje estão comprometidas.

Se, no início da Modernidade, o homem fugiu de Deus como fonte de legitimação do poder para encontrar-se consigo mesmo, deve agora, perante os desafios ambientais do mundo atual, fugir de si mesmo como indivíduo isolado do meio ambiente que o rodeia. O despertar para si mesmo provocou a reflexão do indivíduo acerca do seu papel no meio ambiente que o circunda e do qual ele faz parte. Nas últimas décadas, tal reflexão levou essa problemática ao cenário constitucional de muitos países, que, de acordo com as suas tradições, cultura política, economia etc., tornaram mais ou menos efetiva a proteção ambiental. A emancipação e realização humanas, finalmente, passam pela compreensão do papel de uma espécie na sua relação simbiótica com as demais e com o ambiente que as abriga.

3.5. O constitucionalismo ambiental se justifica na medida em que protege o meio ambiente presente e futuro, nos limites, todavia, das decisões tomadas por uma comunidade política historicamente considerada e situada. Por isso, a proteção dos direitos fundamentais das gerações futuras só tem sentido em duas situações. Na primeira delas, se partirmos da ideia de que a justiça ambiental – concebida como princípio constitucional geral de proteção do meio ambiente – tem caráter absoluto³ ou de

³ A ideia de justiça ambiental protegida constitucionalmente não é absoluta. Como qualquer manifestação do Direito, ela tem caráter histórico e convive com outros valores juridicamente relevantes. Por isso, podemos con-

que essa concepção de justiça necessariamente vai ter continuidade intergeracional por meio de elementos culturais e políticos.

No Estado Constitucional, o sistema normativo está sempre vinculado ao cenário histórico dentro do qual se desenvolve a realidade constitucional, o que, nos planos teórico, político e jurídico, tem como consequência a inexistência de valores e sistemas de justiça absolutos. Para o constitucionalismo, é importante lembrar que tanto a proteção do meio ambiente como valor em si quanto a dignidade da pessoa humana, por exemplo, são decorrentes de circunstâncias de caráter histórico e de um certo contexto valorativo a elas inerentes. Longe do relativismo político e axiológico, essa forma de pensar toma como referência a Constituição e suas transformações no decorrer do tempo. Ela é resultado do binômio Constituição/realidade constitucional.

Na segunda situação em que a proteção dos direitos fundamentais das gerações futuras tem sentido, a preservação intergeracional do meio ambiente ganha corpo como questão constitucional presente, ou seja, como dever atual de preservar o meio ambiente, assegurando que tal preservação não seja afetada e contrarie a Constituição. Este dever fundamental depende do próprio constitucionalismo ou de uma previsão constitucional concreta. É um valor atual válido para as gerações atuais, nos

cluir que o compromisso do constitucionalismo ambiental não é condicionar o modo de viver das gerações futuras. A comunidade política decide exclusivamente nos limites da sua existência – que, por outro lado, também se manifesta por meio da continuidade das gerações –, uma vez que um mesmo tempo sempre abriga mais de uma geração. E a essas gerações cabe o papel de transmitir os valores necessários para que os padrões axiológicos do futuro se assemelhem aos do presente em termos de compromisso ambiental. Também é necessário que haja continuidade entre a cultura constitucional de hoje e a de amanhã. Portanto, há uma tendência, pelo menos para os adeptos do Estado Constitucional, de que as gerações futuras observem a cultura constitucional do nosso tempo e a proteção do meio ambiente.

termos, *v. g.*, do art. 225 da Constituição brasileira de 1988⁴.

As discussões que envolveram o desenvolvimento teórico e prático do poder de reforma constitucional entre os franceses ressaltaram a impossibilidade de uma geração decidir acerca da estrutura da comunidade política em nome das gerações do futuro, embora haja diferenças entre decidir por gerações que não compartilham a mesma época histórica (período de vigência de uma Constituição) e decidir no lugar de gerações que surgem depois da decisão, mas integram o mesmo tempo histórico. Fazer parte da mesma época histórica – vale a pena repetir – significa estar sob a vigência de um modelo de Constituição que não sofreu alterações em sua *fórmula política*, o que abrange todas as gerações que vivem sob a égide de um mesmo sistema constitucional. Nesse sentido, todas as gerações que existem no Brasil contemporâneo e que vivem, portanto, sob a égide da Constituição de 1988, compartilham o mesmo tempo histórico.

A proteção do meio ambiente, por exemplo, envolve o tradicional conflito entre a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico. Apesar de o constitucionalismo contemporâneo adotar a preservação ambiental como um dos seus elementos estruturantes, não podemos assegurar que essa opção preservacionista será mantida no futuro. Mesmo hoje, há não poucas posições que submetem a proteção ambiental a critérios de natureza econômica (PINHO, 2010, p. 79) e que defendem a prevalência do desenvolvimento sobre a preservação ambiental como instrumento para a emancipação humana. Politicamente, inclusive, trata-

⁴ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

-se de valores que podem ou não ser incorporados a uma Constituição, embora sua exclusão, nos passos do que apresentamos no presente texto, afronte as tendências contemporâneas do constitucionalismo.

Nessa linha, realmente não podemos decidir pelas gerações (e seus modelos civilizacionais que ainda não conhecemos) que nos sucederão. Isso seguramente não afasta a necessidade da proteção ambiental como um valor constitucional do presente. Além disso, se adotarmos essa perspectiva decisória como critério para limitar a proteção intergeracional do meio ambiente, precisaremos levar em conta dois aspectos. O primeiro deles aponta para a relação entre a proteção do meio ambiente como base do constitucionalismo e a continuidade do Estado Constitucional. Todos os argumentos aqui mobilizados pressupõem a permanência de um domínio político em que a Constituição tenha supremacia normativa, limitando juridicamente a política e protegendo os direitos fundamentais. Isso significa, em linhas gerais, que o Estado Constitucional do nosso tempo deve alcançar as gerações do futuro. Do contrário, não haveria Constituição, constitucionalismo ou um meio ambiente protegido pelo discurso constitucional.

O segundo elemento consiste na mínima proteção das parcelas da realidade sobre as quais vão decidir as futuras gerações. A existência do meio ambiente ou de algumas das suas manifestações é um requisito indispensável para que se possa deliberar sobre sua eventual preservação. Dito de outro modo, para que as futuras gerações possam decidir acerca da proteção ambiental, é preciso que elas disponham de um meio ambiente em relação ao qual possam tomar suas próprias decisões. Criar as condições necessárias para que tal condição se verifique no futuro é (sempre) uma responsabilidade do momento constitucional presente.

3.6. *O constitucionalismo ambiental assume uma projeção transfronteiras.* Isso ocorre, em primeiro lugar, pelo fato de o meio ambiente ser uma realidade incompatível com os limites territoriais dos Estados Nacionais, de blocos supranacionais ou de qualquer outra unidade territorial política ou economicamente considerada. Não existem dúvidas sobre a unidade planetária do meio ambiente, ou seja, não podemos considerar o meio ambiente como algo que faça parte apenas de um dado Estado Nacional. Ademais, a experiência constitucional de um povo dialoga com o universo global, ao mesmo tempo em que esse universo também se refere à realidade local, nacional ou regional (CARDUCCI, 2003, p. 73). Em segundo lugar, a projeção transfronteiras do constitucionalismo ambiental também se deve à alteridade que caracteriza a concepção de ser humano no Estado Constitucional do nosso tempo e é uma das suas características mais marcantes. Por isso, vale a pena repetir, em termos de proteção global do meio ambiente, é mais adequado

analisar o constitucionalismo do que uma Constituição ou um Estado Constitucional específicos.

A questão da alteridade como um elemento do constitucionalismo contemporâneo e sua importância para a preservação ambiental está ligada à forma como os seres humanos se veem, como se relacionam entre si e com o meio ambiente. Nesse caso, a alteridade aparece como uma preocupação individual e coletiva com os interesses, valores e circunstâncias ambientais das outras pessoas. É inegável que a preservação do meio ambiente apresenta um acentuado caráter cultural; e sua conversão em realidade vivida, por causa disso, vai depender do compromisso das pessoas com a mensagem normativa da Constituição e com os valores ambientais do constitucionalismo.

Se todos preservassem o seu entorno em nome de interesses particulares diretos, haveria uma modalidade de preservação ambiental utilitária, segundo a qual as pessoas escolheriam o que iriam preservar, protegendo, de acordo com essa forma de pensar, o que lhes fosse mais útil. Essa proteção seletiva baseada em interesses particulares deixaria de lado a questão do meio ambiente como unidade planetária, o que, levado às últimas consequências, terminaria na aceitação de níveis mais elevados de degradação quando os interesses diretos das pessoas não estivessem em jogo. A proteção do meio ambiente, em virtude disso, deve ser entendida como interesse direto ou indireto de todas as pessoas em âmbito global. Podemos dizer, então, que a proteção ambiental deve ser incorporada como um valor do constitucionalismo e do Estado Constitucional, que depende da alteridade e só tem sentido jurídico-político, ademais, nos países que adotam um sistema constitucional de fato (Constituição normativa).

3.7. *O constitucionalismo ambiental caminha lado a lado com a democracia constitucional.* Dito isso, é preciso ressaltar que a democracia constitucional – regime político do Estado Constitucional – tem pelo menos duas dimensões. Na democracia constitucional, antes de mais nada, há uma decisão democraticamente estabelecida na Constituição que serve como parâmetro material (conteúdo a ser observado) para o funcionamento de todo o sistema. Além disso, o constitucionalismo ambiental também implica uma dinâmica democrática capaz de fomentar a difusão de uma cultura de proteção do meio ambiente. No primeiro caso, estamos diante da tradicional *força normativa* da Constituição, segundo a qual “a Constituição fixa as regras do jogo político” (LAGHMANI, 2006, p. 597) e impõe um conteúdo normativo mínimo (estruturante) a ser seguido pela sociedade e pelo Estado. O segundo aspecto está ligado à formação de uma cultura democrática que assume a proteção do meio ambiente como um dos seus valores fundamentais.

4. Conclusões

O constitucionalismo ambiental depende de alguns pressupostos para se configurar como marco teórico e ideológico da Constituição e do Estado Constitucional. Esses pressupostos estão ligados ao modo como o Direito Constitucional se configura na atualidade, mesclando elementos clássicos com inovações que representam valores e interesses do nosso tempo. A admissão do constitucionalismo ambiental como categoria do pensamento constitucional contemporâneo exige a aceitação paralela de pelo menos alguns dos pressupostos mencionados no presente artigo, o que representa, por vezes, uma necessária e difícil ruptura com alguns dos paradigmas clássicos do Direito Constitucional, como o conceito liberal de indivíduo ou a ideia de que a limitação do poder consiste na abstenção estatal ou na intervenção limitada à distribuição de prestações sociais. De qualquer forma, o presente artigo chega a pelo menos duas conclusões fundamentais. Em primeiro lugar, o constitucionalismo ambiental já é uma realidade teórica nos setores mais influenciados pelas transformações do Direito Constitucional após a Segunda Guerra Mundial. Em segundo lugar, os principais fatores para o seu advento são a ideia de realização humana e a sua conexão com a preservação do meio ambiente.

Sobre o autor

Agassiz Almeida Filho é doutorando em Direito Constitucional na Universidade de Salamanca, Salamanca, Espanha; mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; professor de Direito Constitucional da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), PB, Brasil, e de Propedêutica Jurídica da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN), RN, Brasil.

E-mail: prof.agassiz@hotmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁵

CONSTITUTIONALISM ENVIRONMENTAL ASSUMPTIONS

ABSTRACT: Several transformations that characterized the constitutional law after the Second World War brought to constitutionalism the fulfillment of the human person and the preservation of the environment. Alongside other changes, these two elements gave rise

⁵Sem revisão do editor.

to environmental constitutionalism and thus a new way of understanding the constitution and the state. This short paper aims to analyze some of these new elements and place them next to traditional ideas that revolve around the concept of constitutionalism and of which it depends. The set of all of them was called here constitutionalism environmental assumptions.

KEYWORDS: ENVIRONMENTAL CONSTITUTIONALISM. HUMAN PERSON. CONSTITUTIONAL REALITY. CONSTITUTIONAL STATE. CONSTITUTION.

Como citar este artigo

(ABNT)

ALMEIDA FILHO, Agassiz. Pressupostos do constitucionalismo ambiental. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, n. 211, p. 105-121, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p105>.

(APA)

Almeida Filho, Agassiz. (2016). Pressupostos do constitucionalismo ambiental. *Revista de informação legislativa: RIL*, 53(211), 105-121. <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p105>.

Referências

AGAPITO SERRANO, Rafael. *Estado constitucional y proceso político*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1989.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Formação e estrutura do direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ASENSIO, Rafael Jiménez. *El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BEAUD, Olivier. *La puissance de l'État*. Paris: PUF, 1994.

BENJAMIN, Antônio. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira: In: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

BURDEAU, Georges. *Le libéralisme*. Paris: Seuil, 1979.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

CARDUCCI, Michelle. *Por um direito constitucional altruísta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CERUTTI, Furio. Le réchauffement de la planète et les générations futures. *Pouvoirs*, n. 127, p. 107-122, nov. 2008.

COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalismo: problemas de definición y tipología. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, p. 95-100, 2011.

CRUZ, Danielle da Rocha. Breves comentários acerca da tutela jurídico-penal do meio ambiente. In: FARIAS, Talden et al. *Direito ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ESCRIHUELA, Carme Melo. La democracia ecológica: fundamento, posibilidades, actores. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 162, p. 175-198, out./dez. 2013.

FARIAS, Talden. Termo de ajustamento de conduta e defesa do meio ambiente na sociedade de risco. In: FARIAS, Talden et al. *Direito ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GOMES, Carla Amado. Princípios jurídicos ambientais e proteção da floresta: considerações assumidamente vagas. *RevCEDOUA*, v. 9. n. 17, p. 51-69, 2006.

KOENIG, Matthias. Mondialisation des droits de l'homme et transformation de l'État-nation. Une analyse néo-institutionnaliste. *Droit et société*, n. 67, p. 673-694, 2007.

LAGHMANI, Slim. Constitution et démocratie. In: BÉCHILLON, Denys de et al. *L'Architecture du droit: mélanges en l'honneur de Michel Troper*. Paris: Economica, 2006.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre. *Revista de Estudios Políticos*, n. 55, p. 15-46, 1951.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LENZI, Cristiano Luis. Sustentabilidade: os modelos deliberativo e associativo de democracia ambiental. *Ambiente e Sociedade*, v. 12, n. 1, p. 19-36, jan./jun. 2009.

MARQUES, Angélica Bauer. A cidadania ambiental e a construção do Estado de direito do meio ambiente. In: ARAGÃO, Alexandra et al. *Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MOREIRA, Vital. *Administração autónoma e associações públicas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris: PUF, 1996.

NEVES, Antonio Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. v. 1.

PINHO, Hortênsia Gomes. *Prevenção e reparação de danos ambientais: as medidas de reposição natural, compensatórias e preventivas e a indenização pecuniária*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. Constitucionalismo y democracia. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 21, p. 51-84, out. 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.

Migrações de conceitos constitucionais

A história do voto na Constituição brasileira de 1988

MARIANA BARBOSA CIRNE

Resumo: Este artigo pretende analisar, à luz das migrações de modelos constitucionais, os debates sobre o voto presidencial na Assembleia Nacional Constituinte, entre 1987 e 1988. Valendo-se do Constitucionalismo e da História do Direito, este estudo avaliará a experiência constitucional brasileira por meio da análise dos discursos dos constituintes. Apesar de saber da incompletude de uma pretensão de reconstrução histórica, almeja-se identificar alguns discursos, com especial destaque para a tensão entre a experiência estrangeira e a cultura local, no intuito de alcançar uma reflexão sobre o voto e a separação de poderes, tema que ainda hoje permanece relevante.

Palavras-chave: Migrações. Constituição. Veto. História.

Introdução

Transferência. Transplante. Circulação. Empréstimo¹. Migrações². Quando da elaboração de um texto constitucional, as experiências de outros países, como não poderia deixar de ser, estão presentes. Pondera-se que, ao adotar o parlamentarismo, por exemplo, um país estaria

¹Cabe concordar com Sujit Choudhry (2006, p. 20) de que esta metáfora deve ser evitada por trazer em si uma ideia implícita de devolução e de propriedade. Vald Perju (2012, p. 1307) vale-se da referência de Kin Lane Schepelle para dizer que a palavra empréstimo dá a equivocada sensação de entrega voluntária e de que ocorreria um retorno não modificado daquilo que foi emprestado para o seu dono, o que se materializaria em uma metáfora dissociada da ideia mais apropriada às migrações constitucionais.

Recebido em 17/9/15
Aprovado em 6/11/15

²Esta parece ser a melhor terminologia, pois representa a complexa dinâmica das interações entre constituições (PERJU, 2012, p. 1307).

segundo uma experiência mais bem sucedida. Em sentido inverso, ao se concederem maiores poderes ao Executivo, pode-se defender que se tenha alcançado maior estabilidade democrática, o que merece prestígio na elaboração de um novo texto constitucional. Estudos comparados no âmbito da Ciência Política (AMORIM NETO, 2006) costumam fazer tais avaliações no intuito de apresentar os melhores desenhos institucionais (PERES, 2008). Exatamente por essas razões, parece interessante pesquisar o sentido de tais migrações de experiências constitucionais distintas sob a ótica não só do Constitucionalismo, mas também da História do Direito.

Como não poderia deixar de ser, o exemplo brasileiro aparece como material ímpar de pesquisa para tal empreitada, não só porque, ao eleger o Brasil, o pesquisador pode ser incluído no seu contexto histórico (GADAMER, 2006), mas também porque essa escolha permite que se identifiquem alguns ecos, fragmentos, vozes, que permanecem ressoando até os dias de hoje.

Por ser necessário fazer um recorte metodológico para o desenvolvimento de um trabalho acadêmico, foi escolhido o voto – instituto presente em todas³ as Constituições brasileiras, mas que sofreu sutis e, ao mesmo tempo, gigantescas mudanças até alcançar o seu formato atual no texto constitucional⁴. Uma pesquisa sobre esse tema é muito atual e

³ Já existia na Carta do Império de 1824, nos arts. 64 a 67. A Constituição de 1891 dispunha, no art. 37, § 1º, sobre o poder de negar sanção. Só com a Reforma de 3 de setembro de 1926, o termo voto passou a constar expressamente no texto e criou-se a possibilidade de sua utilização parcial. Na Constituição de 1934, o voto manteve a redação anterior (art. 45), mas passou a ser apreciado pela maioria absoluta das Casas em separado. Em 1937, o prazo para o presidente vetar foi ampliado de 10 para 30 dias (art. 66) com a exigência do quórum de 2/3 dos presentes. Na Constituição de 1946 (art. 70), a inovação foi a apreciação em sessão conjunta com o quórum de 2/3. Registre-se que a Emenda Constitucional (EC) nº 4, de 2 de setembro de 1961, que instituiu o sistema parlamentar de governo não retirou do presidente a competência de voto (art. 3º, IV), mas modificou o quórum para 3/5. A EC nº 5, de 23 de janeiro de 1963, restabeleceu o sistema presidencialista e revogou a EC nº 4/1961. O voto (art. 62 e 83) está presente na Carta Constitucional de 1967. A EC nº 1, de 17 de janeiro de 1969, aumenta o prazo para o presidente vetar (de 10 para 15 dias úteis), mas diminui o prazo de comunicação para 48 horas. Há aqui o voto do Poder Judiciário (art. 42, VII) que pode ser chamado a se pronunciar (RODRIGUES, 1993, p. 154-164).

⁴ O texto constitucional permanece praticamente o mesmo de 1988, salvo duas alterações decorrentes de Emendas Constitucionais. A primeira (EC nº 32/2001) que excluiu a ressalva das medidas provisórias no trancamento de pauta e a segunda (EC nº 76/2013) que retirou o sigilo das votações sobre o voto. Cf. o principal artigo do texto constitucional sobre o voto: “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º— Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do voto. § 2º— O voto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. § 3º— Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção. § 4º O voto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013) § 5º— Se o voto não for mantido, será o projeto enviado, para

relevante, em virtude da recente judicialização do voto⁵ e da inovação no reconhecimento de sua prejudicialidade pelo Congresso Nacional (COSTA; PASSARINHO, 2013). No âmbito do Direito, poucos são os trabalhos⁶ sobre o voto e a sua relação com a separação de poderes, o que também atesta a pertinência desta pesquisa.

O percurso a ser trilhado neste trabalho – apesar de tratar sobre as migrações e suas influências no instituto do voto para o texto constitucional brasileiro de 1988 – não pretende, no entanto, olvidar a importância da experiência brasileira para a recepção e a ressignificação desse instituto. Nesse contexto, a história certamente atuou – como permanece atuando – na construção e reconstrução do conceito, como se pretende demonstrar neste artigo.

promulgação, ao Presidente da República. § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o voto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestandas as demais proposições, até sua votação final. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) § 7º – Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo” (BRASIL, 1988a).

⁵“No caso, o que se pretende, na impetração, é provimento que iniba o Congresso Nacional de apreciar o Veto Parcial 38/2012, apostado pela presidente da República ao Projeto de Lei 2.565/2011, antes da votação de todos os demais vetos anteriormente apresentados (mais de três mil), alguns com prazo vencido há mais de treze anos. A medida liminar, que tem natureza antecipatória, não pode ir além nem deferir providência diversa da que deriva da sentença definitiva. Assim, no entender majoritário da Corte, não há como manter a determinação liminar ordenando ao Congresso Nacional que ‘se abstenha de deliberar acerca do Veto Parcial 38/2012 antes que proceda à análise de todos os vetos pendentes com prazo de análise expirado até a presente data, em ordem cronológica de recebimento da respectiva comunicação’. Isso porque se mostra pouco provável que tal determinação venha a ser mantida no julgamento definitivo da demanda, especialmente pela gravidade das consequências que derivariam do puro e simples reconhecimento, com efeitos *ex tunc*, da inconstitucionalidade da prática até agora adotada pelo Congresso Nacional no processo legislativo de apreciação de vetos presidenciais [...]” (BRASIL, 2013).

⁶Para trabalhos sobre esse tema, ver Hetsper (2012), Lois (2009b) e Paula (2010).

Para o seu desenvolvimento, primeiro se abordarão as migrações de modelos constitucionais e da discussão teórica e metodológica de seus estudos. Neste espaço, será apresentada a tensão entre os exemplos estrangeiros e a cultura local. Em seguida, de posse de tais elementos, será avaliada a experiência constitucional brasileira, utilizando-se não só os discursos da Constituinte de 1987-1988, mas também algumas obras que na época discutiram o tema. Sabe-se da incompletude de uma pretensão de reconstrução histórica, mas se almeja aqui identificar alguns discursos, com especial destaque para a tensão entre a experiência estrangeira e a cultura local, no intuito de alcançar uma reflexão sobre o voto e a separação de poderes que permanece relevante nos dias de hoje.

1. Migrações constitucionais

As ideias viajam no tempo e no espaço. Valendo-se dessa introdução, Vlad Perju (2012, p. 1.305) explica que a circulação de normas legais e ideias mudaram não apenas os sistemas legais⁷, mas também o curso da História⁸. Nesse âmbito, os empréstimos constitucionais são muito comuns tanto na construção de textos constitucionais, quanto na sua aplicação e interpretação.

Quando trata da migração constitucional, valendo-se de um embate entre Breyer e Scalia na Corte Americana relativo à utilização

⁷Sobre esse tema, Walker (2008) defende que está surgindo uma “desordem da ordem” na soberania dos Estados. Não se deve mais pensar em soberania de maneira tão restrita ao território. O autor defende que as pessoas constituem um corpo político e a Constituição é um instrumento de autoinstituição coletiva.

⁸Koselleck (2013) explica que hoje mudou aquilo que é chamado de História, pois o passado pode ser apropriado seletivamente.

da experiência internacional, Sujit Choudhry (2006, p. 5) escreve sobre a sua demanda de justificação. Apesar de apresentar possíveis questionamentos a esses empréstimos (seu uso seletivo, perda de soberania, violação da separação de poderes e interferência estrangeira no governo⁹), Choudhry (2006, p. 13) explica que a migração de ideias constitucionais, além do sistema legal, está emergindo rapidamente como uma questão central na prática contemporânea constitucional. Os seus usos, como não poderia deixar de ser, não se restringem à interpretação: afetam também o uso de constituições estrangeiras como modelos no processo de construção constitucional. A despeito disso, parece haver uma lacuna na literatura sobre a metodologia dessas migrações e a sua sustentação normativa.

Como sugerido por Sujit Choudhry (2006, p. 16), em vez de comparar constituições, pretende-se neste trabalho examinar como e por que algumas ideias constitucionais migraram – no caso deste artigo, por que e como o poder de voto presidencial foi desenhado na Constituição de 1988, quais foram as suas influências exógenas e em que aspectos experiências presidencialistas e parlamentaristas estrangeiras incentivaram essa escolha. Pretende-se, portanto, observar os mecanismos de interação *cross-constitutional* (PERJU, 2012, p. 1.305) no processo de construção do texto brasileiro de 1988.

⁹Na discussão, o argumento desenvolvido era o de que, ao se utilizarem decisões estrangeiras para decidir questões nacionais, estar-se-ia conferindo uma abertura ao julgador para decidir com arbitrio, sem observar as normas e a jurisprudência nacional. A soberania também estaria abalada porque o outro país seria compreendido como exemplo a ser seguido. Haveria, ainda, uma quebra da separação de poderes, pois em vez de aplicar as normas aprovadas pelo Legislativo, o Judiciário estaria buscando fundamentação estrangeira, com violação ao princípio democrático. Por fim, ao se utilizar da experiência estrangeira, o país estaria concedendo espaço para a ingerência externa nas questões nacionais (CHOUDHRY, 2006).

No âmbito do Direito Privado, os pesquisadores têm endossado posições extremas. Parte da literatura defende que as migrações ocorrem em todos os lugares. Em sentido contrário, outra parte advoga que os empréstimos são impossíveis porque estão envoltos na cultura, que não pode ser transplantada. Contudo, como proposto por Vlad Perju (2012, p. 1.306), mais produtivo parece ser observar a interação entre a norma constitucional e a cultura constitucional. A justificação das migrações depende de como se conceitua a relação entre a norma e a cultura (PERJU, 2012, p. 1.324) e essa tensão aparece como interessante material de pesquisa.

Isso porque, apesar de se conferir valor às migrações, não se pode esquecer que as normas terão também a sua compreensão cultural. Em cada contexto, a norma pode transformar-se em algo diferente, o que demanda observação de tais questões (CHOUDHRY, 2006, p. 13). Como advertido por Tushnet (2012, p. 220), as ideias constitucionais e as estruturas podem migrar, mas nesse processo elas podem ser transformadas para se conformarem ao espírito local das normas. Ao tratar do processo de construção de um texto constitucional, Kim Lane Scheppel (2008, p. 1.397) ilustra bem esse processo ao explicar que o constituinte não sabe ao certo se ele está no fim ou no início do processo.

Kim Lane Scheppel (2008) escreve sobre o passado e o futuro na construção do texto constitucional. Utilizando-se de textos de Hannah Arendt e de Franz Kafka, adentra uma discussão sobre a construção do texto constitucional, com todas as suas dúvidas e incertezas, para concluir que os constituintes olham invariavelmente mais para o passado que para o futuro (SCHEPPEL, 2008, p. 1.379). No entanto, como adverte Scheppel (2008, p. 1.380), a construção constitucional não pode inspirar-

-se apenas em futuros imaginários. Mais crucial parece ser observar o passado com toda a sua complexidade. Como a memória é contingente, é essencial questionar como as constituições incorporam esse passado (SCHEPPELE, 2008, p. 1.389). Em outras palavras, deve-se conceder espaço não só para um futuro, mas também para um passado que precisa ser questionado, já que ele é construído.

Em vista das possibilidades abertas com a interação entre texto constitucional e cultura, a questão das migrações não se revela tão simples, pois a construção constitucional não deve ser considerada como o diferencial para se alcançar o sucesso do desenho institucional. Ao tratar deste ponto, Tushnet (2012, p. 221) cita os exemplos das Constituições alemã (pós-1945) e japonesa como casos de sucesso, mas desmitifica o papel da imposição, pois, mesmo nesses exemplos, houve espaço para negociação com os legisladores locais. Elementos culturais, portanto, permanecem inseridos nesse processo.

Neste trabalho, pretende-se apresentar as migrações como instrumentos importantes para permitir novas transformações nos arranjos de força. Elas podem conceder abertura e incentivo para estabilizar o empréstimo, o que pode gerar uma nova noção da constituição (TUSHNET, 2012, p. 221). Nessa trajetória, a História é um fator central para definir a percepção de proximidade constitucional (PERJU, 2012, p. 1.321).

As migrações, como esclarecido por Vlad Perju (2012, p. 1.320), podem ser verticais (entre níveis de jurisdições distintas) ou horizontais (em jurisdições similares). No presente artigo, pretende-se dar maior ênfase às horizontais, levando-se em conta os modelos de estrutura constitucional americano, alemão, francês e inglês, que são aqueles mais utilizados nas migrações (PERJU, 2012, p. 1.320). Tal escolha decorre de uma avaliação preliminar dos debates constituintes de 1987-1988, nos quais tais modelos são evidenciados como experiências a serem seguidas, como adiante se demonstrará.

2. A experiência constituinte brasileira

O debate sobre a separação dos Poderes e a escolha do sistema de governo foram algumas das tópicas da Constituinte brasileira no período de 1987-1988 (BRASIL, 1988b; COELHO, 1988). Como não poderia deixar de ser, algumas das experiências estrangeiras – com destaque para a britânica, a americana e a francesa – foram trazidas para a discussão, no intuito de um futuro melhor e de uma não repetição dos erros do passado.

As falas dos constituintes são fragmentos essenciais para entender esse processo. Como advertido por Luisa Passerini (2003, p. 240), para tentar entender as conexões entre silêncio e discurso, esquecimento e memória, deve-se observar a relação entre os traços, ou entre os traços e as suas ausências. É preciso considerar ainda que a interpretação torna possível a criação de novas associações. A despeito de saber que a vida da Constituição é o que garante a materialização de seu conteúdo, entender a sua história e a sua formação pode ser um interessante itinerário para compreender alguns de seus sentidos ocultos (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2008).

Muitos exemplos disso puderam ser identificados no debate constituinte de 1987-1988. No âmbito das Subcomissões do Legislativo e do Executivo, valendo-se das experiências estrangeiras, ocorreu uma polarização entre os sistemas parlamentaristas e presidencialistas. Apesar disso, o voto presidencial, como uma prerrogativa do Presidente da República, aparecia como viável independente do sistema eleito. Nesse sentido, no âmbito da Comissão sobre o Poder Executivo, afirma seu Relator, Constituinte José Fogaça:

Portanto, como na Constituição francesa, quem inicia o processo legislativo é o Primeiro-Ministro. O Congresso delibera e, depois, o Presidente da República sanciona, promulga e faz publicar as leis. É um processo tripartite. Começa no Primeiro-Ministro, ou no Conselho de Ministros, é aprovado pelo Congresso Nacional e a promulgação é da competência do Presidente da República. No projeto do Constituinte Cunha Bueno não há referência ao direito de voto, mas em algumas Constituições parlamentaristas ou semi-parlamentaristas, como a portuguesa – e me socorre o Constituinte Bonifácio de Andrade, Professor de Direito Constitucional – onde existe o direito de voto pelo Presidente da República. A proposta Afonso Arinos também dá ao Presidente da República o direito de voto.

O SR. CONSTITUINTE BONIFÁCIO DE ANDRADA: – E a proposta Nelson Carneiro é interessante porque dá o direito de voto ao Presidente da República, por sua iniciativa, e a pedido do Primeiro-Ministro.

O SR. RELATOR (José Fogaça): – Exato.

(BRASIL, 1988b).

O sistema francês – híbrido entre o presidencialismo e o parlamentarismo – foi adotado como modelo hábil para manter certos poderes do Presidente, como o voto, e ao mesmo tempo fortalecer o papel do Legislativo. Buscava-se, assim, evitar a hipertrofia do Poder Executivo¹⁰.

¹⁰ O tema permanece atual. Para aprofundamento sobre esse debate, ver Grillo (1992), Pinheiro, Vieira e Motta (2011).

O Constituinte Marco Maciel, após falar da experiência americana, defendeu que a “distribuição harmônica dos poderes do Estado, portanto, não interessa apenas ao presidencialismo ou ao parlamentarismo, como sistema de governo. Interessa, de maneira ampla e irrestrita, a toda e qualquer forma de governo” (BRASIL, 1988b). Tushnet (2012, p. 227), ao tratar da separação dos Poderes, defende que juntamente com a revisão judicial, esses mecanismos podem produzir uma estabilidade em arranjos institucionais. Aqui, a iteração pode ocorrer e favorecer, às vezes, um grupo, e outras vezes, o outro. Os arranjos políticos, entre os quais se inclui o veto, precisam, pois, estar institucionalizados.

No entanto, o argumento central de Marco Maciel era o de que o modelo de *checks and balances* americano jamais foi estabelecido de maneira eficiente e duradoura no Brasil¹¹ e, por isso, seriam necessárias “mudanças sensíveis na concepção, na estrutura e no funcionamento dos três Poderes, em face de nossa experiência histórica”. Nesse discurso, aparece não só a identificação de um modelo estrangeiro (*freios e contrapesos* americano) para a construção de um futuro diferente, mas também a preocupação com a experiência histórica brasileira. Como Kim Lane Schepelle (2008, p. 1.406) reconhece, os desenhos institucionais podem falhar; logo, é preciso preocupar-se também com a cultura constitucional do país. O amadurecimento das instituições é construído em sua vivência (CARVALHO NETTO, 1992). Não há como olvidar a história que precede a definição do desenho constitucional para viabilizar um futuro diverso.

Apesar de existir uma pretensão de reduzir os poderes do Presidente da República, foi constantemente lembrado nos debates da Constituinte de 1987-1988 que as definições institucionais não seriam infalíveis¹². A experiência francesa e o contexto brasileiro dos 40 milhões de votos mantinham a posição de protagonismo do Executivo, como bem relatado pelo Constituinte José Fogaça:

Um presidente com quarenta milhões de votos terá poderes, mesmo que a Constituição não lhos dê. Assim De Gaulle se pronunciava a respeito

¹¹ “A sabedoria consiste. Exatamente em dividir harmônica e eqüitativamente, de tal sorte que nenhum deles possa exercer, sozinho, e sem controle, o peso de toda a autoridade do Estado. A decorrência natural desse processo implica estabelecimento de um sistema constitucional, em que cada um dos ramos do poder governamental disponha de mecanismos jurídicos e políticos para controlar o outro. Trata-se daquele princípio que, na Teoria do Estado, se convencionou chamar de Freios e Contrapesos. Trata-se do *checks and balances*, expressão tão referida no sistema norte-americano, e que, infelizmente, jamais conseguimos estabelecer, de forma eficiente e duradoura, em qualquer dos sistemas que praticamos.” (BRASIL, 1988b)

¹² Isso demonstra um pouco dos questionamentos do constituinte, materializado por Kim Lane Schepelle (2008) em sua leitura de “He”, personagem de Kafka, entre o passado e o futuro.

da Constituição francesa de 1958. Mesmo que a Constituição não lhe provesse ou não lhe definisse tais e tais poderes, De Gaulle, com a imensa carga de legitimidade política, com a imensa autoridade moral que o fazia o cidadão mais representativo da sociedade francesa nos anos 60, agia com a força, com a carga de autoridade, com a expressão de legitimidade que os milhões de votos dos franceses inequivocamente, lhe atribuíam. Por isso entendemos que um presidente com quarenta milhões de votos terá poderes – e fatalmente o Presidente da República no Brasil os terá porque a eleição é pelo princípio da maioria absoluta. E o melhor é que ele tenha esses poderes e os exerça pela via do consenso, da negociação e do equilíbrio; o melhor é que ele tenha esses poderes e os exerça com a Constituição, e não contra ela. Aliás, é o mecanismo de dificuldades que os franceses agora tentam superar e do qual nos fala tão bem Maurice Duverger na sua obra “*La Monarchie Républicaine*” infelizmente ainda não publicada no Brasil (BRASIL, 1988b).

A França e a representatividade das eleições majoritárias aparecem nos discursos para impor certas limitações ao projeto constituinte. Não adiantaria criar um modelo constitucional segregado das experiências e da sua história constitucional brasileira.

No embate entre conferir mais poderes ao Presidente da República ou restringi-los, o veto foi um dos temas nessa busca de uma solução intermediária. Criou-se a possibilidade do pedido de reconsideração ao Congresso Nacional no intuito de suavizar o confronto entre Legislativo e o Executivo no processo legislativo. Como defendido pelo Constituinte João Amazonas, “ao Presidente da República compete privativamente vetar ou pedir reconsideração total ou parcial de projetos de leis aprovados pelo Congresso Nacional. Hoje a questão é posta de maneira muito extremada: o presidente veta, ou não, ou veta parcialmente. Acho que o Presidente da República deveria pedir, em certos casos, reconsideração total ou parcial do projeto de lei” (BRASIL, 1988b). Percebe-se que nessa proposta havia uma intenção de colaboração¹³ entre os Poderes. Miguel Reale também intercedeu pela inclusão da reconsideração no âmbito da Subcomissão do Poder Legislativo:

Nós temos, hoje, em matéria de processo legislativo, apenas duas hipóteses: ou aprovação ou veto. Com isso nos afastamos do modelo norte-americano, que prevê uma segunda hipótese, que é o pedido de revisão. Por que perder todo um processo legislativo que pode ser útil economicamente e culturalmente válido? O Presidente da República declara que poderá aprovar uma lei, desde que alterados tais ou quais pontos. É um

¹³ Como defendido por Stephen Holmes (HOLMES, 2012, p. 203), a Constituição ajuda a organizar o processo de decisão política em desfavor dos pouco considerados e impulsivos julgamentos de quem está incumbido politicamente. Se a Constituição força a submissão do processo a um adversário, será possível obter uma melhor informação e uma reflexão mais acurada sobre a deliberação.

pedido de revisão do processo legislativo e não o voto. O voto é um não, pura e simplesmente, parcial ou total. O outro é um pedido de revisão. Então, no processo legislativo haveria este instituto (BRASIL, 1988b).

A inovação da reconsideração, portanto, viria da experiência exitosa americana¹⁴. Sobre o processo legislativo, Menelick de Carvalho Netto (1992, p. 112) defende que “a influência exercida pelo modelo da Constituição norte-americana e a sua difusão, no que se refere ao caráter constitutivo atribuído à participação do Chefe de Estado e do Executivo no procedimento de formação da lei e à possibilidade de superação da eventual recusa, por reprodução, por reprovação qualificada do projeto pelas Casas parlamentares, nas Repúblicas Presidencialistas latino-americanas, é insofismável.” O modelo americano permaneceu central na escolha da separação dos Poderes e na possibilidade de voto presidencial no âmbito do processo legislativo¹⁵.

Ainda sobre o tema, na Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, o Constituinte Vilson Souza defendia que no Direito Constitucional moderno seria inquestionável a participação do Presidente da República na atividade legislativa com o poder de vetar:

O SR. CONSTITUINTE VILSON SOUZA: – Sr. Presidente, é inquestionável que, no direito Constitucional moderno, o Presidente da República participe da atividade legislativa como poder de vetar projetos de lei aprovados pelo Congresso Nacional. Mas também não é menos verdade que os poderes do Presidente da República devem ser limitados. Temos a experiência da ditadura, em que se permite o voto, inclusive, de palavras. Inúmeros diplomas legais, leis ou os projetos de leis votados pela Câmara ou pelo Congresso Nacional foram deturpados por supressão de palavras, de parágrafos ou de alíneas. Minha proposta é no sentido de que o Presidente da República tenha efetivamente o poder de vetar o projeto de lei, mas que não contribua para deformar o conteúdo, a própria vontade

¹⁴No debate, houve quem entendesse o modelo americano como uma experiência não exitosa e, portanto, a ser evitada. Nesse sentido, o Constituinte Nilson Sguarezi: “Fico a observar que os Estados Unidos, tídos padrão do presidencialismo, atravessam, no meu entendimento, uma situação difícil. Os últimos quatro presidentes saíram em posição de dificuldade. O atual vive momentos de crise. Quanto aos próximos candidatos, parece que a própria sociedade americana busca recrutar para a presidência os mitos que ela criou, o ‘Superman’, o ‘He-man’, pessoas acima do nível normal que uma sociedade civilizada e organizada possa exigir, ou seja, a dependência de uma só personalidade. O sistema parlamentarista traz o coletivo, e acho que isso é uma conquista da humanidade. Então, parabenizo V. Ex.^a ao propor – o que considero um passo à frente – o sistema parlamentarista de governo (BRASIL, 1988b).

¹⁵Bruce Ackerman (2009) estuda a separação de Poderes do ponto de vista da legitimidade democrática e da especialização funcional. Ao tratar sobre o modelo presidencialista, apresenta o impasse como seu problema mais grave. Três cenários seriam possíveis: a) de acomodação (esperança madisoniana); b) de colapso constitucional (pesadelo de Linz) e c) de crise de governabilidade (a Câmara atormentará o Executivo e o Presidente realizará ações unilaterais). O modelo parlamentarista limitado, como defendido por Bruce Ackerman (2009), seria a melhor configuração institucional para uma legitimidade democrática.

legislativa. Ou o Presidente veta integralmente o projeto, ou o aprova integralmente. Esta é a minha posição. Que não se permita ao Presidente da República, na supressão de um parágrafo, de um artigo ou de uma alínea de um projeto de lei, deturpar o próprio sentido da lei (BRASIL, 1988b).

Como contraponto:

O SR. RELATOR (Egídio Ferreira Lima): – Sr. Presidente e Srs. Constituintes, tenho grande consideração pelo Constituinte Vilson Souza. Mas entendo que a proposta de S. Ex.^a cria problemas sérios. Às vezes, o Presidente da República tem necessidade de limitar o voto a algumas expressões, salvando o todo. E agora temos uma amplitude muito maior de poder. Primeiro, porque reduzimos o quórum do voto para a metade, maioria absoluta; segundo, criamos o instituto do pedido de reconsideração pelo Presidente da República (BRASIL, 1988b).

Como resultado, na votação da emenda, cinco constituintes foram favoráveis e 46 contrários, tendo sido rejeitada a pretensão de alteração¹⁶. O pedido de reconsideração, como alternativa do Chefe de Estado para evitar o voto total ou parcial de leis, prosperou no âmbito das sub-comissões, por meio da aprovação da Emenda 100-2, do Constituinte Jorge Hage¹⁷ (BRASIL, 1988b). No entanto, na Comissão de Sistematização, o tema voltou aos debates:

Uma das mudanças fundamentais é aquela que introduz a solicitação para que o Congresso Nacional reconsidera matéria aprovada, antes de exercer o poder de voto.

É neste sentido que gostaria de opor uma discordância à tese aqui levantada pelo nobre Constituinte José Genoíno, no sentido de que esse conjunto de atribuições do Presidente da República consiste numa

¹⁶ No âmbito dessa comissão, o texto aprovado sobre o voto era o seguinte: “Art. 28. A Câmara, na qual tenha sido concluída a votação, enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á ou solicitará ao Congresso Nacional a sua reconsideração total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento. § 2º O voto parcial somente abrangeá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso, de item, de número ou de alínea. § 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção. § 4º O Presidente da República comunicará as razões do voto ou do pedido de reconsideração do Presidente do Senado Federal, o qual será apreciado dentro de trinta dias, a contar do seu recebimento, considerando-se mantido o voto se obtiver maioria absoluta dos membros de cada uma das Casas do Congresso, reunidas em sessão conjunta. § 5º Se o voto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República. § 6º Esgotado, sem deliberação, o prazo estabelecido no § 4º, o voto ou o pedido de reconsideração será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final, ressalvadas as matérias de que trata o § 1º do art. 20; § 7º No caso do inciso V do Art. 10, o voto será submetido apenas ao Senado Federal, aplicando-se, no que couber, o disposto neste artigo” (BRASIL, 1988a).

¹⁷ Note-se, no entanto, que o Constituinte Jorge Hage pretendia excluir totalmente a hipótese de voto, mas foi vencido em sua pretensão (BRASIL, 1988b).

extraordinária concentração de poder. Muito ao contrário. A Emenda Nelson Carneiro, que na verdade reproduz um trabalho articulado que vem desde a Subcomissão do Poder Executivo, e da Comissão de Organização de Poderes, relatada pelo nobre e inteligente Constituinte Egídio Ferreira Lima, a Emenda Nelson Carneiro, praticamente, coincide com o texto do Relatório Bernardo Cabral, com mudanças que, eu diria, são quase de técnica redacional, com pequenas alterações de ordem funcional ou em relação ao poder do Presidente da República. Mas, de qualquer sorte, o que está caracterizado é que o Chefe de Estado aqui é tão-somente um Chefe de Estado e não intervém nas questões de Governo, não exerce atos administrativos e não se imiscui nos problemas cotidianos do exercício do Poder Executivo.

Quero dizer ao Constituinte José Genóíno, que levantou a questão mais veemente contra esta Emenda, que o direito de voto por parte do Presidente da República existe no Parlamentarismo francês, existe no Parlamentarismo português e acredito que V. Ex.^a ainda esteja submetido ao vezo e ao vício de um raciocínio que sempre fez debaixo de um regime autoritário. Realmente, debaixo de um regime autoritário, toda vez que se falava em voto do Presidente da República isto significava uma grave objeção à autonomia do Parlamento; mas aqui não. E esta lógica, esta coerência já está no Substitutivo nº 2, do Constituinte Bernardo Cabral.

O Presidente exerce o direito de voto como é tradição dos parlamentarismos onde ele é eleito pelo voto direto, mas este voto não é um voto autoritário, supremo e irrecorribel, como no tempo do regime autoritário, que só era derrubado por dois terços do voto do Congresso Nacional.

O Constituinte Bernardo Cabral já disse isso uma vez, que “estamos escrevendo uma Carta para o futuro e não para o passado”.

Por isso, nobre Constituinte José Genóíno, para um presidente eleito pelo voto direto, que vai ser o árbitro das instituições, que falará em nome da Nação, o exercício do poder de voto, que poderá ser derrubado imediatamente pelo Parlamento, por uma simples maioria ao contrário... Portanto, aqui nós temos o enxugamento, a limpeza e a definição clara das funções elevadas, importantes, cruciais do Chefe de Estado, mas apenas enquanto Chefe de Estado.

V. Ex.^a verá que nas atribuições do primeiro-ministro ele é estritamente o Chefe de Governo. A posição da Relatoria, neste caso, é favorável à emenda, porque ela mantém o espírito do Substitutivo II e acrescenta algumas alterações que, de certa forma, são quase emendas redacionais.

O parecer é favorável.

O SR. PRESIDENTE (Fernando Henrique Cardoso): – Com o parecer favorável do relator, passamos à votação.

(Procede-se à votação)¹⁸

¹⁸ Votaram SIM os seguintes Constituintes: Ademir Andrade, Alfredo Campos, Almir Gabriel, Antônio Britto, Artur da Távola, Bernardo Cabral, Carlos Mosconi, Celso Dourado, Egídio Ferreira Lima, Fernando Henrique Cardoso, Francisco Pinto, Haroldo Sabóia, João Calmon, João Herrmann Neto, José Fogaça, José Paulo Bisol, José Serra, José Ulisses de Oliveira, Mário Lima, Milton Reis, Nelson Carneiro, Nelton Friedrich,

O SR. RELATOR (José Fogaça): – Encerrada a votação.

O SR. PRESIDENTE (Fernando Henrique Cardoso): – A Mesa vai proclamar o resultado: votaram SIM 70 Constituintes; votaram NÃO 10 Constituintes; abstiveram-se de votar 2 Constituintes. Total: 82 votos. O destaque foi aprovado (BRASIL, 1988b).

Acreditando no contexto democrático e num futuro promissor, o texto final sobre o voto excluiu a reconsideração, e o instituto não foi preservado no texto final da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988a).

Outros modelos estrangeiros inusitados foram citados ao se repensar o modelo do voto. Ao tratar sobre o quórum de 2/3¹⁹ para a derubada do voto, que estava no projeto inicial, o Constituinte Henrique Eduardo Hargreaves afirmou que esse formato se assemelharia ao modelo de Constituição da Albânia, o que tornaria a sua derrocada quase impossível (BRASIL, 1988b).

A história brasileira, como não poderia deixar de ser, também apareceu nos debates constituintes sobre o voto. O Constituinte Miguel Reale caracterizou a vida republicana brasileira como a de uma permanente crise institucional e valeu-se do voto para demonstrar essa tensão entre o Executivo e o Legislativo:

Ora, a vida política brasileira republicana emerge de uma crise, já estabelecendo um profundo confronto entre o Poder Executivo e o Legislativo. A vida brasileira tem esse dado característico. Já em novembro de 1891, Deodoro fechava o Congresso Nacional, porque o Congresso Nacional impunha uma rejeição ao voto imposto por Deodoro no projeto das leis dos crimes de responsabilidade. Antes disso, no período da eleição – vejam que essa é uma ponderação que se renova a cada instante – Prudente de Moraes, Presidente da Assembléa Nacional Constituinte, candidato à Presidência da República, foi procurado por Campos Sales, que lhe disse: “Não seria mais conveniente retirar a sua candidatura, sob pena de se instalar uma crise institucional e as Forças Armadas fecharem o Congresso Nacional?” (BRASIL, 1988b).

Nilson Gibson, Oswaldo Lima Filho, Paulo Ramos, Pimenta da Veiga, Raimundo Bezerra, Rodrigues Palma, Sigmaringa Seixas, Virgildálio de Senna, Wilson Martins, Antonio Mariz, Chagas Rodrigues, Délia Braz, Israel Pinheiro, José Costa, Octávio Elísio, Rose de Freitas, Uldurico Pinto, Vilson Souza, Alceni Guerra, Aloysio Chaves, Antonio Carlos Mendes Thame, Arnaldo Prieto, Carlos Chiarelli, Edme Tavares, Eraldo Tinoco, Inocêncio Oliveira, José Lins, José Thomaz Nonô, Marcondes Gadelha, Mário Assad, Oscar Corrêa, Paulo Pimentel, Enoc Vieira, Jonas Pinheiro, José Tinoco, Antônio Carlos Konder Reis, Gerson Peres, José Luiz Maia, Adylson Motta, Bonifácio de Andrade, Francisco Rossi, Gastone Righi, Joaquim Bevilacqua, Adolfo Oliveira, Siqueira Campos, Haroldo Lima, Jamil Haddad e Antonio Farias. Votaram NÃO: Abigail Feitosa, Cristina Tavares, Jorge Hage, José Lourenço, Jofran Frejat, José Maurício, Lysâneas Maciel, Bocayuva Cunha, Plínio Arruda Sampaio e José Genoíno. ABSTIVERAM-SE DE VOTAR: Luis Eduardo e Virgílio Távora. (BRASIL, 1988b).

¹⁹ Note-se que o quórum de 2/3 é o exigido no modelo americano (RODRIGUES, 1993, p. 76).

Em outras palavras, a história do veto demonstrava um problema em face da decisão no processo legislativo, com um passado que dialoga com práticas ditatoriais. Quando trata das influências de modelos estrangeiros, para a formação da primeira Constituição republicana, Vera de Araújo Grillo (2000, p. 44) afirma que o papel do modelo americano foi central. A autora percebe um comportamento do Executivo em sua formação militar, à revelia de mecanismos de participação ou de representação popular. Segundo a autora, “a longa história que se segue, na vida constitucional brasileira, demonstra que a inviabilidade de se transpor um sistema político de um país para o outro está contida, menos na transposição das normas legais que o asseguram e mais na própria formação política, cultural e social do país para onde é transplantado” (GRILLO, 2000, p. 44). Há aqui, claramente, uma identificação da questão cultural a atuar na reformulação desse modelo.

Outro exemplo citado na Constituinte parece demonstrar o quanto esses elementos culturais permanecem presentes no veto. Quando tratava sobre as suas definições para o futuro texto constitucional, o Relator, Constituinte Bocayuva Cunha, citou dois casos sobre o veto e o descumprimento da lei:

Outra preocupação que temos – e já me referi a ela no dia em que fui investido nesta honrosa função de Presidente – é quanto ao não cumprimento das leis. O Congresso vota uma lei, o Presidente a sanciona. Vou citar especificamente um caso que tocou muito de perto os políticos do Estado do Rio de Janeiro: a lei dos *royalties* do petróleo. Depois de um combate parlamentar de muitos e muitos anos, finalmente a Câmara e o Senado aprovaram lei obrigando a PETROBRAS a pagar as indenizações, que são chamadas vulgarmente de *royalties*, sobre o petróleo produzido no litoral, na plataforma submarina, aos Estados e municípios fronteiriços. Na primeira vez em que essa lei foi aprovada o Presidente João Figueiredo a vetou. Veio a chamada transição democrática, e a lei dos *royalties* foi aprovada pela segunda vez na Câmara e no Senado. O Presidente José Sarney sancionou-a e, três meses depois, mandou uma norma regulamentando-a. Esta norma foi sancionada pelo Presidente da República há um ano, e até agora a PETROBRAS não pagou um tostão de *royalties* a ninguém. E não acontece nada. Os municípios ficam impotentes. (BRASIL, 1988b).

Ora, o mesmo debate aconteceu recentemente no trâmite do Projeto de Lei nº 2565/2011 que deu ensejo à Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012, para definir novas regras de distribuição dos *royalties* entre os entes da Federação. A Presidente da República, por meio da Mensagem nº 522, de 30 de novembro de 2012, vetou parte dos seus dispositivos. O Congresso Nacional rejeitou os vetos em 7/3/2013 e houve a promulgação. O debate parlamentar decorrente dos interesses dos Estados foi

tão intenso que houve impetração de mandado de segurança por Alessandro Molon, Deputado Federal pelo Estado do Rio de Janeiro, contra o ato da Mesa Diretora do Congresso que pretendia apreciar o voto (BRASIL, 2013). Nota-se, portanto, que as questões culturais permanecem em posição central no contexto brasileiro. Tanto é assim que uma disputa sobre os *royalties* aparece não só no passado, mas também no presente recente brasileiro.

A questão cultural sobre o veto apresenta outro exemplo ainda mais representativo no passado constitucional brasileiro. Quando fazia uma avaliação sobre o veto, um servidor do Senado Federal, Nerione Nunes Cardoso, afirmou à época que “temos sessenta e cinco projetos de lei aprovados pelo Congresso Nacional e encaminhados à sanção do Presidente da República. Foram vetados e aguardam oportunidade para serem novamente apreciados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em sessão conjunta. Desses, trinta e sete foram vetados totalmente e vinte e oito, parcialmente; o voto mais antigo enviado ao Congresso é de 16 de dezembro de 1985, e o mais recente é do dia 8 de janeiro de 1987” (BRASIL, 1988b). Em outras palavras, no passado constitucional já ocorria a não apreciação dos vetos presidenciais²⁰.

²⁰ A Constituição de 1967: “Art. 62. Nos casos do art. 46, a Câmara na qual se concluiu a votação enviará o projeto ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, contados, daquele em que o receber, e comunicará dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal, os motivos do voto. Se a sanção for negada quando estiver finda a sessão legislativa, o Presidente da República publicará o voto. O voto parcial deve abranger o texto de artigo, parágrafo, inciso, item, número ou alínea. § 2º Decorrido o decêndio, o silêncio do Presidente da República importará em sanção. § 3º Comunicado o voto ao Presidente do Senado Federal, este convocará as duas Câmaras para, em sessão conjunta, dele conhecerem, considerando-se aprovado o projeto que obtiver o voto de dois terços dos Deputados e Senadores

Apesar da inclusão na CF de um prazo constitucional para a apreciação dos vetos, o problema da sua não apreciação permanece nos dias de hoje. Isso aconteceu porque a regra constitucional de 30 dias expressa – que daria celeridade ao processo legislativo e permitiria o controle recíproco entre os poderes – era suprimida pelo Regimento Comum do Congresso Nacional, segundo a previsão do art. 104, § 1º²¹. O Senador Marco Maciel (2007) comentou esse ponto:

Para se ter uma dimensão aproximada do nosso “déficit deliberativo” com relação aos vetos apostos pelo Executivo, há, pendente da análise do Congresso Nacional, 140 projetos de lei vetados, perfazendo 881 partes sobre as quais incidiu a negação do Poder Executivo. Se a tal cifra aditarmos 19 projetos de lei com 181 dispositivos vetados, ainda sequer lidos, conforme exige o Regimento Comum do Congresso Nacional, o total de proposições que tiveram negada sua aprovação pelo Executivo atinge número talvez sem precedente na história do Parlamento: 159 projetos de lei e 1.062 partes a serem apreciados. Vale explicitar que remanescem sem análise: uma proposição do período governamental do presidente Itamar Franco; 28 do octoénio de Fernando Henrique Cardoso; e 130 do atual presidente. É muito provável que, ao encerrar este mês, o número de projetos vetados, ou parte deles, seja bem mais elevado.

E note-se que essa constatação data de 2007. Em 25/9/2012, havia 2.424 vetos pendentes de apreciação, acumulados entre 27/3/2001 e 20/12/2011, na pauta do Congresso Nacional (BRASIL, 2012a). Tais dados demonstram o quanto a questão cultural permanece central

presentes, em escrutínio secreto. Neste caso, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República” (BRASIL, 1967).

²¹ Art. 104, § 1º O prazo de que trata o § 4º do art. 66 da Constituição será contado a partir da sessão convocada para conhecimento da matéria (BRASIL, 2015).

para o funcionamento das instituições brasileiras.

Ao falar sobre o exemplo alemão, na Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, o Relator Egídio Ferreira Lima deu especial destaque ao papel da história:

Quanto à questão do parlamentarismo, concordo com V. Ex.^a já dei entrevistas neste sentido: ou adotaremos o presidencialismo ou o sistema de governo parlamentar. Só que estamos diante de um grande desafio: o conjuntural. São as contradições do processo; é a dialética deste processo que temos o dever de administrar e, dentro dela, encontrar uma solução possível e que seja a melhor. V. Ex.^a se lembra do grande drama da Alemanha, depois da I Guerra Mundial, com a *Constituição de Weimar*, que instituiu um parlamentarismo tentando estabilizar o regime político alemão. E não obteve êxito, porque concentrou excesso de poderes no Chefe de Estado. O resultado disso foi Adolf Hitler e tudo o que ele provocou no mundo. Sabe V. Ex.^a também que, depois da II Guerra Mundial, prevalecendo-se uma vez mais da conjuntura, os alemães elegeram um sistema parlamentarista tanto quanto possível perfeito, que tem funcionado muito bem. Se não me falha a memória, só houve, de lá até aqui, uma única dissolução do Congresso, e a Alemanha é hoje o que todos sabemos. Foram necessárias etapas, foi indispensável administrar o processo dialético e a contradição da História, para que eles chegassem ao regime que têm hoje (BRASIL, 1988b).

Perceba-se que a concentração de poderes no Executivo aparece como uma tônica para o surgimento do Fascismo. A Constituição de Weimar seria, nas palavras do Constituinte, responsável em parte pelo fracasso constitucional. No entanto, como explicado por Kim Lane Schepelle (2008, p. 1.403), o processo constituinte alemão revisitou a constituição de Weimar para rejeitar alguns de seus aspectos diante do seu passado imediato. Esse passado

é que precisava ser objeto de clara avaliação. Como afirmado:

The Weimar constitutional order was not such a bad one. It has become fashionable today... to speak disparagingly of the Weimar constitution.... It is unquestionable that the Weimar constitution fell victim to a stupendous error: overconfidence in the “fairness” of the German people.... Thus it came about that the development of the young democracy took place in the atmosphere of nationalistic fantasies, of attempts to restore the monarchy, and of the criminal fairy tale of having been stabbed in the back. These things were far, far more decisive for the operation of the Weimar constitution than the formulation of this or that article which may not accord with present-day notions²².

Em outras palavras, Schepelle observa que o aprendizado com a experiência histórica apresentou papel central para o funcionamento de seu desenho institucional. Não basta, portanto, reduzir os poderes do Presidente, permanecendo central a questão cultural.

Como visto, por mais que as migrações das experiências estrangeiras tenham forte impacto no processo de construção constitucional, permanecem essenciais os elementos culturais que fazem parte da formação do país. No caso brasileiro, o passado ditatorial e o centralismo do Poder Executivo aparecem nas discussões sobre o voto; no entanto, como parece demonstrar os relatos de um passado sobre esse

²²Tradução livre da autora: “A Constituição de Weimar não foi tão ruim. Tornou-se moda hoje... falar de modo depreciativo da Constituição de Weimar.... É inegável que a Constituição de Weimar foi vítima de um estupendo erro: excesso de confiança na ‘justiça’ do povo alemão.... Assim, aconteceu que o desenvolvimento de uma jovem democracia transformou-se em uma atmosfera de fantasias nacionalistas, de tentativas para restaurar a monarquia e em um conto de fadas criminoso que foi esquecido nas costas. Essas coisas eram muito mais decisivas para o funcionamento da Constituição de Weimar que a formulação deste ou daquele artigo que não pode estar de acordo com as noções atuais.”

instituto, e a sua reprodução nos dias de hoje, demonstram o quanto o desenho institucional permanece frágil.

Entre o presente e o futuro, Kim Lane Schepelle (2008, p. 1.406) é precisa quando afirma que

Constitutions fail because the success of a constitution is not predictable merely from its initial design. How political leaders and citizens learn to live-or not-within a constitution's framework is determined only in part by the way that the political institutions were constructed in the first place and the specific lists of rights that a constitution contains.²³

Como explicado por Derrida (c2002, p. 47), a “declaração que funda uma instituição, uma constituição, ou um Estado, exige que quem a assina se engaje”²⁴. Exigido esse engajamento, cabe à academia e a quem trabalha com o Direito a tarefa de levar a cabo o aprofundamento desses estudos. Isso porque o texto constitucional é construído no tempo pela sua vivência²⁵ e a revisita de seu passado aparece como papel central para a correção de problemas e um futuro diverso.

Conclusão

Este artigo pretende observar a importância das migrações constitucionais para a elaboração do texto constitucional brasileiro de 1988. Por meio de uma revisão da literatura que trata sobre as migrações constitucionais, foi possível entender que não bastam os exemplos e as experiências estrangeiras. Encontra-se em jogo, aqui, uma tensão entre a norma constitucional e a cultura constitucional, que não pode ser desprezada. Na elaboração de um texto constitucional, não é suficiente imaginar um futuro incrível. É preciso observar o seu passado, problematizando-o, ante a possível apropriação dessa memória.

Ao revisitar os discursos da Constituinte de 1987-1988, foi possível identificar uma enorme influência do sistema de *freios e contrapesos* americano e do sistema francês híbrido entre o parlamentarismo e o presidencialismo. Em virtude do recente passado ditatorial, existia uma forte preocupação dos Constituintes com os superpoderes do Presidente (o que se traduzia no apoio ao parlamentarismo britânico) e, ao mesmo tempo, certa consciência de que em decorrência da eleição majoritária do Presidente, não se poderiam arrancar todos os seus poderes – cabendo, portanto, uma ponderação no desenho institucional da separação de poderes (modelo americano).

Ocorre que, quando se aprofundaram os debates sobre o voto, pareceu possível identificar nos discursos uma crise entre os papéis do Legislativo e do Executivo, tanto que se buscou amenizar esses embates por um novo instituto que seria o pedido de reconsideração no processo legislativo. Apesar de a iniciativa não ter revelado exitosa – o pedido de reconsideração não foi incorporado ao texto constitucional –, acreditou-se que o novo contexto democrático, com a definição do prazo de 30 dias e

²³ Tradução livre da autora: “Constituições falham porque o sucesso de uma Constituição não é previsível apenas a partir de sua construção inicial. Como os líderes políticos e os cidadãos aprendem a viver – ou não – dentro da estrutura da constituição é determinado apenas em parte pela maneira que as instituições políticas foram construídas em primeiro lugar e as listas específicas de direitos que a Constituição contém.”

²⁴ Tradução livre, de responsabilidade da autora. No original: “The declaration that founds an institution, a constitution or a state, requires that a signer engage him – or herself”.

²⁵ Sobre o papel da Teoria Constitucional para a afirmação e concretização dos Direitos Fundamentais, Marcelo Cattoni defende que o seu papel é o de fornecer ao operador do direito, que também é um cidadão, o papel de comprometimento com o “desenvolvimento constitucional” ao participar das controvérsias político-constitucionais e assim poder refletir e definir a sua vida em comum (OLIVEIRA, 2002, p. 45).

um menor quórum para a derrubada do voto, poderia gerar um futuro diferente, com maior equilíbrio entre os poderes.

No entanto, como atestam os casos do passado – embate dos Poderes decorrente de vetos sobre os *royalties* e a acumulação de vetos sem apreciação –, que se repetem hoje, os elementos culturais brasileiros protagonizam o funcionamento de suas instituições.

Em vez de buscar uma reformulação constitucional, por meio de constituintes ou de reformas constitucionais, parece mais interessante perceber que tais questões culturais se repetem à revelia de previsões constitucionais. Notar a tensão entre a Constituição e seus elementos culturais, como se almejou fazer neste trabalho, materializa-se como importante passo para uma reflexão sobre novos caminhos para a abertura de um futuro diferente pautado na vivência constitucional brasileira.

Sobre a autora

Mariana Barbosa Cirne é mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UNB), Brasília, DF, Brasil; doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília (UNB), Brasília, DF, Brasil; docente na Uniceub, Brasília, DF, Brasil; procuradora federal – Advocacia Geral da União (AGU), Brasília, DF, Brasil.

E-mail: marianabcirne@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês²⁶

MIGRATION OF CONSTITUTIONAL CONCEPTS: THE HISTORY OF THE VETO IN BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988

ABSTRACT: This article aims to analyze the debates of the Brazilian Constituent National Assembly of 1987 and 1988 on the presidential veto by constitutional models migrations. The Constitutionalism and the History of Law will help this study to evaluate the Brazilian constitutional experience through discourse analysis of the constituents. Despite knowing the incompleteness of a historical reconstruction of pretension, this paper aims to identify some speeches, with special emphasis on the tension between the foreign experience and local culture in order to achieve a reflection on the veto and the separation of powers, themes it remains still relevant today.

KEYWORDS: MIGRATION. CONSTITUTION. VETO. HISTORY.

²⁶Sem revisão do editor.

Como citar este artigo

(ABNT)

CIRNE, Mariana Barbosa. Migrações de conceitos constitucionais: a história do voto na Constituição brasileira de 1988. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, n. 211, p. 123-142, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p123>.

(APA)

Cirne, Mariana Barbosa. (2016). Migrações de conceitos constitucionais: a história do voto na Constituição brasileira de 1988. *Revista de informação legislativa: RIL*, 53(211), 123-142. <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p123>.

Referências

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AMORIM NETO, Octavio. The presidential calculus: executive policy making and cabinet formation in the americas. *Comparative Political Studies*, v. 39, n. 4, p. 415-440, maio 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1967. *Diário Oficial da União*, 24 jan, 1967.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988a.

_____. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1988*. Brasília, 1988b. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituinte/ComESub.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

_____. Senado Federal. *Ordem do dia*. Brasília: Secretaria Geral da Mesa, 25 set. 2012a. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/ordemodia/menu.asp?dat=25/09/2012>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

_____. Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012. *Diário Oficial da União*, 30 nov. 2012b.

_____. Mensagem nº 522, de 30 de novembro de 2012. *Diário Oficial da União*, 30 nov. 2012c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 31.816 MC-AgR/DF. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 maio 2013.

_____. Resolução do Congresso Nacional nº 1, de 1970. *Diário do Congresso Nacional*, 3 fev. 2015.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

_____. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Notícia do direito brasileiro*: Nova Série. n. 6, p. 233-250, jul./dez. 1998.

CHOUDHRY, Sujit. Migrations as a new metaphor in comparative constitutional law. In: THE MIGRATION of constitutional ideas. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 1-35.

COELHO, João Gilberto Lucas. O Brasil de muitas constituições e processo constituinte. O PROCESSO constituinte 1987-1988: documentação fotográfica: a nova constituição / Brasília: Agil, 1988.

COSTA, Fabiano; PASSARINHO, Nathalia. Congresso arquiva 1.478 vetos presidenciais pendentes. *G1*, Brasília, 3 jul. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/>>.

noticia/2013/07/congresso-arquiva-1478-vetos-presidenciais-pendentes.html> Acesso em: 2 fev. 2016.

DERRIDA, Jacques. *Negotiations: interventions and interviews, 1971-2001*. Stanford: Stanford University Press, c2002.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GRILLO, Vera de Araújo. Reflexões sobre a teoria da separação dos poderes e a hegemonia do Poder Executivo. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*, v. 13, n. 24, p. 25-35, set. 1992.

_____. *A separação dos poderes no Brasil: legislativo x executivo*. Blumenau: FURB, 2000.

HETSPER, Rafael Vargas. O Poder de veto no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de informação legislativa*, v. 49, n. 193, p. 215-226, jan./mar. 2012.

HOLMES, Stephen. Constitutionalism. In: THE OXFORD handbook of comparative constitutional law. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012, p. 189-216.

KOSELLEK, Reinhart et al. O conceito de história. Tradução de René E. Gertz. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

LOIS, Cecilia Caballero. Separação de poderes e vício de iniciativa: bases para a fixação do regime de cooperação legislativa entre os poderes Executivo e Legislativo. *Revista Jurídica, Brasília*, v. 11, n. 94, p. 1-50, jun./set. 2009a.

LOIS, Cecilia Caballero (Coord). Separação de poderes: vício de iniciativa. Florianópolis: Brasília: UFSC; Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL), 2009b.

LOUGHLIN, Martin. *Sword and scales: an examination of the relationship between law and politics*. Oxford; Portland, Or: Hart, 2000, p. 161-236.

MACIEL, Marco. Veto e insegurança jurídica. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, v. 117, n. 218, 12 nov. 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Ed. UnB, 2008.

PASSERINI, Luisa. Memories between silence and oblivion. In: CONTESTED pasts: the politics of memory. London; New York: Routledge, 2003, p. 238-254.

PAULA, Felipe de. Processo legislativo, doutrina e academia: hipóteses de afastamento e efeitos deletérios. *Fórum administrativo*, v. 10, n. 116, p. 67-75, out. 2010.

PERES, Paulo. Comportamento ou instituições?: a evolução histórica do neo-institucionalismo da ciência política. *Revista brasileira de ciências sociais*, v. 23, n. 68, p. 53-71, out. 2008.

PERJU, Vlad. Constitutional borrowing and transplants. In: THE OXFORD handbook of comparative constitutional law. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012, p. 1304-1327.

PINHEIRO, Ivan Antônio; VIEIRA, Luciano José Martins; MOTTA, Paulo Cesar Delayti. Mandando Montesquieu às favas: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três poderes da república. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 6, p. 1733-1759, nov./dez. 2011.

RODRIGUES, Ernesto. *O veto no direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SCHEPPELE, Kim. The migration of anti-constitutional ideas: the post-9/11 globalization of public law and the international state of emergency. In: THE MIGRATION of constitutional ideas. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 347-373.

_____. A constitution between past and future. *49 William & Mary Law Review*, v. 49, n. 4, p. 1377-1407, 2008.

TUSHNET, Mark. Constitution. In: THE OXFORD handbook of comparative constitutional law. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012, p. 217-232.

WALKER, Neil. Beyond boundary disputes and basic grids: mapping the global disorder of normative orders. *International Journal of Constitutional Law*, v. 6, n. 3, p. 373-396, jul. 2008.

A (re)construção dos direitos sociais no século XXI

Entre a progressividade, a estabilidade e o retrocesso

GABRIEL PRADO LEAL

Resumo: O artigo tem por objetivo discutir a atualidade do chamado princípio da vedação do retrocesso social e o sentido da eficácia progressiva dos direitos sociais. Sustenta-se que tal eficácia está condicionada pela escassez, embora haja um mínimo existencial cuja implementação deva ser imediata. A progressividade, ademais, não pode ser lida como uma “marcha sempre em frente”, uma vez que é característica dos direitos sociais a sujeição às conjunturas fáticas. Nesse sentido, a petrificação de direitos sociais seria irreal e antidemocrática. A democracia, afinal, está ligada à pluralidade de visões de mundo e à revisibilidade das decisões políticas. Recusa-se, assim, o princípio da vedação do retrocesso social como princípio constitucional autônomo. Eventuais medidas que impliquem retrocessos, porém, precisam ser fundamentadas e proporcionais, além de respeitarem o “conteúdo essencial” de direitos concretizados vinculados ao mínimo existencial.

Palavras-chave: Direitos sociais. Escassez. Retrocesso. Mínimo existencial.

1. Apresentação e delimitação do tema

O problema do nosso tempo é que o futuro deixou de ser aquilo que era.
Paul Valéry

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), do qual Portugal e Brasil são signatários, afirma que os Estados devem garantir o pleno exercício dos direitos nele previstos,

progressivamente, até o *máximo* dos seus recursos disponíveis¹. Tal Pacto, é bom lembrar, foi elaborado em 1966, após anos de intensas discussões. Por um lado, o mundo vivia o auge da Guerra Fria – por isso, não raro os debates sobre a relação entre direitos individuais e direitos sociais acabavam “encobertos” por argumentos ideológicos. Por outro lado, o crescimento econômico nos chamados “anos dourados do capitalismo” (TRINTIN; ROSSONI, 1999) parecia anunciar um futuro promissor, fazendo com que muitos acreditassesem que o progresso constituía uma curva ascendente e contínua. O progresso, para esses efeitos, era definido como cada vez “mais Estado”, “mais prestações sociais” e “melhores prestações sociais”.

Entretanto, segundo Goethe, em *Fausto*, “tudo o que nasce/deve perecer”. Ou, como dito na epígrafe deste artigo, “o futuro deixou de ser aquilo que era”. De fato, os anos 70 trouxeram a primeira crise do Estado Social (*Welfare State*), e, com ela, uma retomada de ideias e políticas neoliberais, a exemplo dos governos Thatcher (Inglaterra) e Reagan (EUA). No âmbito da filosofia, em 1979, o francês Jean-François Lyotard escreveu uma obra que se tornaria referência. Nela, anuncia-se a pós-modernidade como o período caracterizado pela morte das *metanarrativas*, isto é, dos discursos totalizantes que conferem à história um significado unívoco e predeterminado (LYOTARD, 2002). Como diz Bauman (1998, p. 21), “quase todas as fantasias modernas de um ‘mundo bom’ foram em tudo profundamente antimodernas,

visto que visualizaram o fim da história compreendida como um processo de mudança”.

Certa compreensão do *dirigismo constitucional* situa-se, precisamente, no quadro das metanarrativas que foram golpeadas (ou mortas) pelo advento da pós-modernidade, como, aliás, reconhece o próprio Canotilho, conforme veremos adiante. Essa morte, porém, pode vir a significar justamente uma sobrevida da Constituição como instrumento eficaz de ordenação do poder político e garantidor dos direitos fundamentais. Uma Constituição que deve assumir a sua importância sem supervalorizá-la, e que, se não renuncia à utopia como um ideal a ser perseguido, apresenta-se em condições de adaptar-se à realidade de um mundo complexo e mutável, onde a crise é, praticamente, a normalidade. Afinal, “em termos de futuro, a única certeza que dessa sociedade [pós-moderna] podemos ter é a sua crescente complexidade” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 339).

Fundado nesses pressupostos, este ensaio pretende ser uma singela contribuição para o debate relativo aos direitos sociais neste (ainda) início de século. Escolhemos tratar do assunto tendo por foco um princípio que, embora seja aceito e defendido por boa parte da doutrina, foi posto em causa por motivos óbvios após a crise econômica iniciada em 2008: o princípio da vedação do retrocesso social. As perguntas feitas, basicamente, são as seguintes: faz sentido, hoje, falar em um princípio *jurídico* de não retrocesso de direitos? Se sim, em que termos? Se não, quais são as alternativas possíveis para a proteção de algum grau de concretização dos direitos sociais? O nosso breve percurso será feito com um olhar para *trás* e outro para *frente*, sem esquecer o *agora*.

Assim, começaremos o trabalho rememorando a luta pelos direitos sociais e a sua vinculação à dignidade da pessoa humana – valor

¹ PIDESC, Art. 2º: “Cada Estado-partde no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacional, principalmente nos planos econômico e técnico, até o *máximo* de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas” (BRASIL, 1992, grifo nosso).

que, hoje, deve necessariamente fundar qualquer ordem jurídica que se pretenda legítima². Fixada a sua importância, enfrentaremos alguns problemas decorrentes da questão dos *custos* dos direitos, justamente o que torna a sua efetivação sempre tormentosa, sobretudo em tempos de crise econômica. Por fim, entraremos na questão da existência e da pertinência (ou não) do princípio da vedação do retrocesso social, nas suas formulações mais correntes.

O filósofo basco Daniel Innerarity (2011, p. 11) disse que “a principal tarefa da política democrática consiste em estabelecer a mediação entre a herança do passado, as prioridades do presente e os desafios do futuro”. Tal tarefa, diríamos, não pode prescindir do direito. Pelo contrário: o direito há de ter um papel essencial. E é por acreditar nesse papel que escrevemos.

2. A luta pela declaração e pela efetivação dos direitos sociais

É conhecida a lição de Bobbio (1992, p. 6) de que “os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou quando podem nascer”. Acrescentaríamos, com Ihering, que esse nascimento não prescinde das “vivas dores do parto”. E é assim porque os direitos – sobretudo os fundamentais – não são “dados” de presente, não constituem obra do acaso ou da providência divina; são, antes, duramente conquistados, em geral depois de intensa luta e, não raro, à custa de muitas vidas (IHERING, 2003, p. 53). Ihering também afirma que “basta um longo período de paz para que floresça

a crença na paz perpétua – até que o primeiro tiro de canhão espante o belo sonho”. Em seguida, diz ele: “o lugar da geração que gozou a paz sem o menor esforço é ocupado por outra que há de reconquistá-la através das labutas da guerra”. E, mais à frente, conclui: “a paz sem luta e o gozo sem trabalho pertencem aos tempos do paraíso; na história, esses benefícios só surgem como produto de um esforço persistente e exaustivo” (IHERING, 2003).

A luta, pois, é contínua, justamente porque a história não é linear. Não há paz perpétua, assim como não há prosperidade eterna. Uma geração pode enriquecer, a seguinte desfrutar da riqueza e a terceira acabar na pobreza. Esta, então, terá que se esforçar mais para reconquistar a riqueza perdida. O esforço, porém, não significa necessariamente começar do zero. Há conquistas que perduram e estão destinadas a atravessar décadas. A ideia dos direitos fundamentais como *limitação* e *controle* do poder é uma delas. A construção de uma teoria dos direitos fundamentais tendo por base a *dignidade humana* é outra. Os tópicos seguintes tratam desses dois pontos.

2.1. O caráter histórico dos direitos sociais e as gerações de direitos fundamentais

a) A ascensão dos direitos sociais

Não é exagero dizer que a história do constitucionalismo moderno é a história da luta pelo reconhecimento e afirmação dos direitos humanos. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, marco histórico definitivo do movimento constitucionalista, já enunciava, em seu artigo 2º, que “a finalidade de toda associação política é a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”. A importância era tamanha que os revolucionários franceses condicionaram o próprio conceito de Constituição ao estabelecimento

²Não faremos, neste trabalho, distinção entre as expressões “dignidade da pessoa humana” e “dignidade humana”, embora parte da doutrina entenda que a diferenciação seja relevante (BOTELHO, 2015, p. 69).

de um catálogo de direitos (art. 16º da Declaração³). Assim, os direitos do homem (inatos, segundo a doutrina jusnaturalista), que serviram de inspiração à Revolução Francesa, foram positivados no texto constitucional e convertidos em direitos fundamentais⁴.

Os primeiros direitos fundamentais refletem o contexto de sua época. Traumatizados com o Absolutismo monárquico, que tudo podia (“L’État c’est moi”, dizia Luís XIV), os franceses trataram de estabelecer direitos *contra* o Estado. São os assim chamados direitos de defesa, que demandam um não agir estatal para proteger a esfera de liberdade dos indivíduos. Cuida-se de um traço do liberalismo, cuja ideologia que propugnava a existência de um Estado mínimo, não interventor em questões econômicas e sociais, enxuto na sua estrutura burocrática e apologeta da auto-organização do mercado. Na lição de Vieira de Andrade (2012, p. 53): “liberdade, segurança e propriedade, eis a essência do lema da construção liberal da sociedade política”.

Contudo, não tardou para que o Estado Liberal, tal como originariamente concebido, fosse posto em causa. Em meados do século XIX, o mundo já não era o mesmo do século XVIII. O ideal de um Estado absenteísta não servia aos propósitos de uma sociedade pro-

³ Art. 16, DDHC: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (FRANÇA, 1990).

⁴ Sobre as diferenças entre as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, ver Sarlet (2005, p. 36-41) e Luño (2010, p. 32-22). Em linhas gerais, pode-se dizer que a expressão “direitos do homem” remete aos direitos naturais não positivados da tradição jusnaturalista, ao passo que o termo “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, reservando-se a designação “direitos fundamentais” àqueles positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado. De nossa parte, não acreditamos ser essencial o preciosismo terminológico. Apenas evitaremos a expressão “direitos do Homem” por acreditarmos que ela acentua uma tradição individualista já superada. De resto, não manteremos preocupações especiais com o uso de um ou outro termo.

fundamente modificada pela industrialização e pela urbanização. Afinal, se o liberalismo oitocentista propiciou um rápido desenvolvimento da economia capitalista (FERREIRA FILHO, 2006, p. 9), o fato é que o acréscimo de riqueza ficou concentrado nas mãos de uma classe de empresários – a burguesia. A tão propalada liberdade contra o Estado, na qual se ancoravam a ampla autonomia da vontade e a liberdade contratual, terminou por conduzir a uma verdadeira servidão econômica (MOREIRA V., 1978, p. 78).

Não é de admirar, portanto, a enorme repercussão do *slogan* político com o qual Karl Marx e Friedrich Engels encerraram enfaticamente o “Manifesto Comunista”, de 1848: “trabalhadores de todo o mundo: uni-vos”⁵. De fato, em alguns casos o que houve foi uma ruptura revolucionária, como a ocorrida na Rússia, em 1917. Grande parte dos países, entretanto, seguiu caminhos reformistas, conservando a base da ordem capitalista, mas incorporando uma legislação que protegesse as classes menos favorecidas. Para Jorge Miranda (2009, p. 102), cuida-se de articular “direitos, liberdades e garantias [...] com direitos sociais”, de articular “a igualdade jurídica com igualdade social” (com destaque no original). Assim, não são mais direitos *contra* o Estado, mas *por meio* do Estado.

Surgida, pois, ainda no século XIX, no século XX a “questão social” entra em definitivo na agenda dos Estados e da sociedade internacional⁶. Para tanto, contribuíram decisivamente

⁵ É relevante notar, também, o papel desempenhado pela Igreja Católica. Embora divergisse profundamente das soluções propostas pelo marxismo, também a Igreja passou a criticar o liberalismo exacerbado. Na Encíclica papal *Rerum Novarum* (1891), por exemplo, o papa Leão XIII faz uma exortação para que o Estado assumisse uma posição mais ativa no cenário socioeconômico, intervindo em favor dos mais pobres.

⁶ Segundo Paulo Bonavides (2000, p. 518), “os direitos de segunda geração [...] dominam o século XX do mesmo

te o intervencionismo estatal na economia de guerra (1914-1918 e 1939-1945), as políticas de recuperação após a Grande Depressão de 1929 e a reconstrução das economias nacionais ao fim da Segunda Guerra Mundial, tendo por base as propostas intervencionistas de John Maynard Keynes (MACHADO, 2013, p. 406-407). Sem esquecer, é claro, a necessidade de elaboração de uma nova axiologia que, em contraposição aos horrores do nazismo, conjugasse liberdade (real) e igualdade.

Assim é que, em 1945, durante a Conferência de São Francisco, cinquenta países fundam a Organização das Nações Unidas (ONU). Em 1948, a Assembleia Geral da ONU aprova a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), na qual se reafirma a “fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana” (NAÇÕES UNIDAS, 1998). Mais à frente, em 1966, dois tratados internacionais, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), detalharam e conferiram força vinculante aos direitos previstos na DUDH. Esses instrumentos, ainda hoje, são os três principais elementos que dão suporte a toda a arquitetura internacional de normas e mecanismos de proteção aos direitos humanos (ALVES, 1997, p. 24).

b) A teoria geracional

Parte da doutrina, seguindo a famosa classificação proposta pelo professor tcheco-francês Karol Vasak⁷ (apud SERAU JÚNIOR, 2015, p. 160), agrupa o direito em “gerações”. Tal teoria procura refletir a evolução e o processo histórico de afirmação dos direitos humanos. Em apertada síntese, segundo Vasak, (apud SERAU JUNIOR, 2015), a *primeira geração*, surgida no final do século XVIII, compreende os direitos de liberdade, individuais ou negativos (que, como visto, demandam uma não atuação do Estado para a proteção da esfera de liberdade dos indivíduos); a *segunda geração*, desenvolvida a partir do último quarto do século XIX, abrange os direitos de igualdade ou positivos (que, ao contrário, demandam uma atuação do Estado para propiciar a justiça social); e a *terceira geração*, tendo como marco o pós-guerra, abarca os direitos de titularidade difusa ou coletiva (como o direito ao meio ambiente), concebidos não para a proteção do indivíduo isoladamente,

modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado, São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.

⁷ Vasak (apud SERAU JUNIOR, 2015) apresentou a teoria geracional em 1979, no Instituto Internacional de Direitos do Homem, em Estrasburgo. Não era, porém, propriamente original. Como explica José Adércio Leite Sampaio (2010, p. 241), trinta anos antes T. H. Marshall já havia feito uma divisão semelhante.

mas de grupos ou coletividades. Atualmente, há autores que cogitam de uma quarta e até mesmo de uma quinta geração de direitos, sobre as quais, contudo, não há consenso⁸.

Essa classificação rapidamente ganhou ampla adesão doutrinária, embora não seja isenta de críticas. Há autores, por exemplo, que preferem uma classificação geracional um pouco distinta, posicionando as *liberdades individuais* na primeira, os *direitos políticos* na segunda e os *direitos sociais* na terceira geração⁹. Há, ainda, quem critique o termo “geração”, pois ele exprimiria um equívoco de linguagem, induzindo o intérprete a pensar erroneamente em uma sucessão cronológica estanque, com uma geração substituindo a outra. Nesse sentido, seria preferível a expressão “dimensões de direitos fundamentais”¹⁰.

Sem embargo da discussão terminológica, ou da definição acerca de “qual direito pertence a qual geração (ou dimensão)”, o mais importante é a visualização dos direitos fundamentais como uma construção histórica, como um produto cultural. Ademais, realmen-

te não há substituição de uma “geração” pela subsequente. Os direitos persistem, interagem e influenciam-se reciprocamente. Assim, são atualizados e adaptados às novas realidades.

Por outro lado, se é certo que as gerações não “caducam”, a compreensão “cumulativa”¹¹ das gerações de direitos fundamentais também deve ser vista sob uma perspectiva não exatamente linear. Do contrário, estariam negando a concepção de história defendida já no início deste trabalho, além de correr o risco de cairmos em armadilhas metanarrativas. Citando novamente Bobbio (1992, p. 5), diríamos que os direitos humanos, por mais fundamentais que sejam, “são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. Essa lição deve ser conjugada com o que se afirmou no início do tópico: há conquistas que perduram (ainda que possam não ser eternas); o discurso dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana é uma delas. Com efeito, o percurso histórico mostra, sem dúvida, uma evolução desse discurso do ponto de vista *qualitativo*. Não acreditamos que tal fato deva ser ignorado ou abandonado. Pode, porém, ser redimensionado. Uma “melhor teoria dos direitos” não é necessariamente uma teoria de “quanto mais direitos, melhor”. Tal compreensão é fundamental para que seja possível analisar, de modo

⁸Sobre o assunto, ver Sampaio (2010, p. 278).

⁹Defendo essa classificação; ver Peces-Barba (1998, p. 28) e Botelho (2015, p. 69). Vieira de Andrade (2012, p. 51-61) refere-se a esses três momentos como “concessão liberal originária”, “o processo de democratização” e “os fenômenos de socialização”. A nosso juízo, faz sentido. Apesar de constar na Declaração de 1789 que todos os homens são “livres e iguais”, o sufrágio universal não foi imediatamente reconhecido – muito pelo contrário. A burguesia ascendente, conquanto defendesse o sistema representativo, ainda buscava impedir a excessiva influência das massas na política, com a implantação do voto censitário. Por essa razão, autores como Gilberto Bercovic (2008, p. 187) chegam a definir o sufrágio universal como a *grande questão constitucional* do século XIX. É possível dizer, aliás, que a implantação – após muita luta e sacrifício, frise-se – do sufrágio universal, somada ao direito de associação, constituiu um impulso essencial para a consolidação dos direitos sociais. Com efeito, como explica Peces-Barba (1998, p. 25), várias das batalhas pelo reconhecimento dos direitos políticos tiveram como pano de fundo a busca por metas sociais, pelo que se percebe a íntima conexão dos direitos sociais com a generalização dos direitos políticos.

¹⁰É a preferência, por exemplo, de Bonavides (2000, p. 520) e Sarlet (2005, p. 50).

¹¹“A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de uma geração interage com as duas outras e, nesse processo, dá-se a compreensão” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 268). “A ideia da acumulação vale na medida em que cada momento histórico se formulam novos direitos, típicos do seu tempo, mas que se vêm a somar aos direitos antigos. [...] os direitos de cada geração sub-sistema a par dos da geração seguinte e até se acrescentam sob novos aspectos” (ANDRADE, 2012, p. 67-68).

crítico e construtivo, o mencionado princípio do “não retrocesso social”.

2.2. A dignidade humana e a interdependência entre os direitos fundamentais

Desde meados do século XX, seja no direito internacional, seja no direito interno dos Estados, a menção à dignidade da pessoa humana tem ganhado um merecido destaque, que reforça o seu caráter de *valor central* nos ordenamentos jurídicos. A título de ilustração, ela ocorre nos artigos que abrem a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹², na Constituição portuguesa de 1976¹³ e na Constituição brasileira de 1988¹⁴.

Na doutrina, já se definiu o princípio da dignidade da pessoa humana como: a “premissa antropológica do estado Constitucional” (SARLET, 2013, p. 50); o “denominador comum a todo o complexo normativo constitucional” (BOTELHO, 2015, p. 31); o “dogma de confluência da consciência jurídica universal” (OTERO, 2007, p. 561) – entre outras tantas definições que, igualmente, realçam a sua importância. Não se trata, pois, como adverte Vieira de Andrade (2012, p. 48), de uma mera abstração ou idealidade, mas sim de princípio jurídico que, nessa qualidade, vigora “através das normas positivas e realiza-se mediante o consenso social que suscita, projetando-se na consciência jurídica constituinte da comuni-

¹² Art. 1º, DUDH/1946: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” (NAÇÕES UNIDAS, 1998).

¹³ Art. 1º, CRP/1976: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (PORTUGAL, 1976).

¹⁴ Art. 1º, CRFB/1988: “A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

dade”. A esse princípio reconhecem-se pela menos três funções: (i) uma função *simbólica*; (ii) uma função *instrumental*, como parâmetro de interpretação e integração de normas; e (iii) uma função de *proteção*, seja como critério de último recurso, seja como fundamento de deveres de proteção e promoção (ALEXANDRINO, 2011, p. 67).

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana é indissociável do discurso dos direitos. Mais ainda, a noção de dignidade implica a compreensão das gerações/dimensões de direitos como categorias interligadas e interdependentes. De fato, a liberdade (real) não prescinde das condições materiais básicas de subsistência¹⁵. Não há liberdade na fome, na miséria e/ou na ignorância. Para que um indivíduo possa desenvolver a sua personalidade e exercer, autonomamente, os seus direitos civis e políticos, precisa ter acesso a direitos sociais – como saúde e educação¹⁶. Daí dizer Jónatas Machado (2013, p. 403) que ambos os direitos (individuais e sociais) “podem e devem ser vistos como decorrências universalmente válidas de uma mesma concepção da dignidade da pessoa humana, apontando para entendimento mais amplo da autonomia universal e dos princípios gerais, nela radicados, de liberdade, igualdade e solidariedade”¹⁷.

¹⁵ José Afonso da Silva (2005, p. 285-286) chega a afirmar que os direitos sociais valem como “pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”. Flávia Piovesan (2010, p. 700), por sua vez, prefere dizer que “a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa”.

¹⁶ Nesse sentido, Peces-Barba (1998, pp. 31-32). Jeff King (2012, p. 22), por sua vez, afirma que “the link between human dignity and adequate housing, health, social security, and education is too obvious to warrant any discussion – most of these items rank higher on any hierarchy of human needs than many cherished civil rights”.

¹⁷ No mesmo sentido, ver Piovesan (2010, p. 703), Young (2012, p. 4) e Eide (1995, p. 22).

Nesse sentido, a incorporação de direitos sociais nas constituições, como feito em Portugal e no Brasil, atesta um compromisso estatal com a promoção da dignidade da pessoa humana. Tal compromisso, por óbvio, não pode ser letra morta. Por isso, os direitos sociais devem ser concretizados *progressivamente* ou, ao menos, concretizados no que (e quando) for possível. Procuraremos articular as duas ideias – progressividade e possibilidade – nos tópicos seguintes. Desde já, porém, é possível apontar uma consequência básica e imediata da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: ninguém pode ser privado, seja por ação ou omissão do Poder Público, do *mínimo* necessário para uma sobrevivência *digna*. Compreende-se, assim, que existe, nos direitos em geral e nos direitos sociais especificamente, um “conteúdo nuclear” que tem uma força jurídica especial, pela sua referência imediata à dignidade (ANDRADE, 2012, p. 357). Há autores que chegam mesmo a dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta um núcleo, representado pelo *mínimo existencial*¹⁸. Resgataremos o conceito de mí-nimo existencial posteriormente. Sigamos.

2.3. Após a declaração, o “entretanto”: os custos dos direitos

a) Todos os direitos têm custos, mas os direitos sociais têm mais

Em uma citação muito reproduzida na doutrina, Bobbio (1992, p. 25) diz que o problema grave do nosso tempo, em relação aos direitos humanos, não é mais a natureza dos seus fundamentos (se v.g. são naturais ou históricos, absolutos ou relativos), mas qual o melhor modo de garantí-los, isto é, de impedir a sua contínua violação, a despeito das declarações solenes. Não concordamos inteiramente com o filósofo italiano; a questão da “fundamentação” dos direitos humanos ainda é debatida por muitos autores no contexto da afirmação da sua *legitimidade* – e consideramos este um ponto relevante. Não obstante, a afirmação de Bobbio chama a atenção para um aspecto (muito) delicado: o da *efetividade* dos direitos. E se para a generalidade dos direitos a “efetividade” é um assunto problemático, para os direitos sociais o é ainda mais, pois estes, como lembra Ana Maria Guerra Martins (2006, p. 175), são frequentemente tidos como os “parentes pobres” dos direitos humanos. Mas quais seriam as razões para isso?

Vimos que é comum a divisão dos direitos em gerações/dimensões. Os direitos individuais (liberdades públicas ou direitos *negativos*) são

¹⁸ Segundo Luís Roberto Barroso (2004, p. 381), “partindo da premissa [...] de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial”.

tidos como direitos de defesa do indivíduo contra o Estado. Em tese, portanto, bastaria que o Estado nada fizesse para que esses direitos fossem protegidos, pelo que a sua realização não geraria *custos* ao erário. Ao contrário, os direitos sociais, em sua maioria, seriam “prestacionais” (*direitos positivos*), estando associados a uma atuação/intervenção (*custosa*) do Estado. Esse é o sentido de dizer que os direitos sociais, “de um modo geral são difíceis de concretizar na prática, na medida em que dependem, em grande parte, do poder econômico de cada Estado” (MARTINS, 2006, p. 175).

Quanto aos custos dos direitos sociais, não há dúvida. Por outro lado, a afirmação de que os direitos individuais “não possuem custos” precisa ser relativizada – como, aliás, aponta o multicitado estudo de Stephen Holmes e Cass Sunstein (HOLMES; SUNSTEIN, c1999)¹⁹. Segundo os autores, do ponto de vista do suporte financeiro, *todos* os direitos fundamentais têm custos, demandando, em maior ou menor grau, algum tipo de prestação pública para serem efetivados. Por exemplo, todos os direitos precisam de uma estrutura básica que possibilite a sua fiscalização e implementação, como um aparato policial e uma organização judiciária. Outro exemplo óbvio é o direito ao voto e os elevados custos relacionados com a realização de eleições periódicas (o *custo financeiro* da democracia). Daí dizer Casalta Nabais (2007, p. 177) que os direitos negativos são, na verdade, tão positivos quanto os ditos positivos, pois “a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e proteção pelas autoridades públicas exigem avultados recursos financeiros”.

Mas se é verdade que todos os direitos têm custos, por que a taxa de efetividade dos direitos sociais é significativamente mais baixa? Para o professor Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 241), a resposta é uma só: porque a “criação das condições de exercício dos direitos sociais é, pura e simplesmente, mais cara”. Segundo ele, as diferenças entre as normas que distinguem ambos os tipos de direitos (individuais e sociais) são, realmente, menores do que se imagina. Contudo, boa parte das condições fáticas, institucionais e legais para uma produção satisfatória ou (quase) plena dos efeitos dos direitos individuais já existe. Esse é o motivo pelo qual as prestações positivas das liberdades públicas tendem a ser “naturalizadas”²⁰. Por exemplo: já existem tribunais eleitorais, polícia, órgãos públicos etc., ou seja, toda uma organização e procedimentos que estão “internalizados” na sociedade e “assimilados” às funções do

¹⁹ Os autores alertam que ignorar os custos dos clássicos direitos de liberdade é deixar dolorosas escolhas disjuntivas (*tradeoffs*) fora do debate, uma decisão de modo algum politicamente inocente (HOLMES; SUNSTEIN, c1999).

²⁰ A expressão é empregada por Victor Abramovich e Christian Courtis (2011, p. 33).

Estado, tornando os custos menos visíveis. Além disso, toda essa estrutura, ainda que utilizada para a promoção e proteção dos direitos individuais, também é, em boa medida, aproveitada globalmente para a realização de todos os direitos. No caso dos direitos sociais, ao contrário, normalmente os custos costumam ser específicos para um tipo de direito, e as reais condições para o seu exercício têm que ser criadas. E tudo isso custa, *custa muito*²¹. A conclusão de Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 243) é a seguinte: “O cerne das liberdades públicas é, portanto, de fato, a exigência de uma abstenção estatal. Enquanto direitos sociais exigem *sobretudo* prestações estatais” (com destaque no original).

b) A eficácia progressiva e a reserva do possível

A questão dos custos ajuda a compreender o correto sentido da “progressividade” dos direitos sociais. A eficácia progressiva traduz a necessidade de o Poder Público ter como absoluta prioridade atender às demandas sociais existentes na comunidade (saúde, educação, habitação etc.). Assim, as normas consagradoras de direitos sociais não são normas programáticas se associarmos tal conceito a simples “aspirações” ou “ideais”, isto é, à ausência de *qualquer* eficácia no plano prático. Como observa Canotilho (2003, p. 478), existe uma “verdadeira *imposição constitucional legitimadora*, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos”.

Todavia, a progressividade não pode ser dissociada dos custos dos direitos. Afinal, o Estado não é um “milagreiro” e, de resto, “direitos não nascem em árvores” (GALDINO, 2005) – ou, conforme Holmes e Sunstein (c1999, p. 94): “taking rights seriously means taking scarcity seriously”. Por essa razão, a progressividade é condicionada e limitada pela expressão “na medida no possível”, ou, simplesmente, pela “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*), tal como foi denominada pela doutrina alemã algumas décadas atrás. Parte-se, pois, da constatação de que os direitos sociais têm um custo muito alto e sujeitam-se à capacidade financeira do Estado, uma vez que o direito não pode prescrever o impossível²².

Toda a problemática, então, pode ser resumida em uma palavra: *escassez*. Existem, afinal, recursos escassos e necessidades humanas ilimitadas.

²¹ Ana Paula de Barcellos (2002, p. 238) diz, então, que a diferença entre os direitos individuais e os direitos sociais é menos de natureza e mais de *grau*; os direitos sociais são mais custosos.

²² Não entraremos aqui em maiores digressões teóricas acerca da “reserva do possível”. Ficaremos com a noção básica que, para além de ser praticamente intuitiva, resume bem, em nossa opinião, a problemática decorrente da relação custo/escassez/efetividade/ escolhas alocativas. Para uma apreciação crítica dos conceitos de escassez e da reserva do possível, (SGARBOSSA, 2010).

mitadas. Consequentemente, sempre existirá a obrigação de serem feitas escolhas alocativas (as *tragic choices* de que fala a análise econômica do direito). Essas escolhas (trágicas) normalmente serão (ou deverão ser) orientadas: (i) por *critérios técnicos*, isto é, a partir de estudos científicos e de avaliações empíricas que indiquem quais as políticas públicas mais eficientes para maximizar o gasto social; e (ii) por critérios *democráticos*, já que, se não há dinheiro para tudo, nada mais natural que a maioria (ou o poder eleito) escolha onde ele será empregado prioritariamente. No mais, convém frisar: se a escassez e as consequentes escolhas alocativas fazem parte da vida cotidiana de qualquer sociedade, em tempos de *crise* a “dramaticidade” das escolhas pode aumentar significativamente.

Dito isso, percebe-se a razão pela qual o Poder Judiciário não é, na maior parte dos casos, o local mais adequado para discussões relativas à implementação dos direitos sociais. Não obstante, também para eles é preciso existir algum grau de eficácia *imediata*. Do contrário, tendo afirmado a relação intrínseca de tais direitos com a dignidade da pessoa humana, estariam admitindo a violação desta mesma dignidade. É nesse contexto que surge a noção de *mínimo existencial* como parâmetro que, vinculado à dignidade humana, permite a apreciação e, se preciso, a concretização judicial²³. Na lição de Jorge Miranda (2008, p. 430), “há um conteúdo essencial também das tarefas e das incumbências que o intérprete deve desvendar e o aplicador da Constituição pre-

servar, uma reserva de dignidade da pessoa”. Além disso, continua o professor, “é o contraditório político – marcado por diferentes opções em contraste e por conjunturas variáveis – que imprime os ritmos, os graus e os modos de realização”²⁴.

Evidentemente, há a dificuldade de se estabelecer o conceito de “mínimo existencial”. A doutrina, em geral, inclui no mínimo existencial: renda mínima, saúde básica e educação fundamental (BARROSO, 2009, p. 253). Mas não se pode dizer que haja consenso. Há, por exemplo, autores que defendem uma teoria absoluta do mínimo existencial, sustentando que ele tem conteúdo fixo, independentemente das circunstâncias. Outros propõem uma teoria relativa, que leva em consideração o contexto relacional e circunstancial, ponderando necessidades individuais e coletivas e disponibilidades financeiras²⁵. Em verdade, a teoria relativa, que nos parece mais adequada, apenas reafirma o princípio da reserva do possível, enunciando um núcleo essencial dos direitos sociais (sujeito à apreciação judicial) variável de acordo com a conjuntura da sociedade (ANDRADE, 2004, p. 29).

3. Os direitos sociais: entre o progresso e o retrocesso, a segurança possível

Chegamos até aqui tentando ressaltar, de um lado, a importância e a fundamentalidade dos direitos sociais como conquistas históricas da humanidade, e, de outro, a dificuldade prática da sua (plena) efetivação, em vista das limitações causadas pelo custo e pela escas-

²³ De acordo com Robert Alexy (2012, p. 512): “Mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos os que dele necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária à sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto”.

²⁴ No mesmo sentido, ver Andrade (2012, p. 372).

²⁵ Ver, a esse respeito, a didática (e crítica) exposição de Jorge Reis Novais (2010, p. 201).

sez. O propósito, a partir de agora, é debater o princípio da vedação do retrocesso social em si. Para isso: (i) contextualizaremos a sua concepção no quadro de uma teoria constitucional “dirigente”; (ii) destacaremos a própria dificuldade em definir o “progresso”, e, consequentemente, a sua antítese, o “regresso”; (iii) examinaremos as principais formulações do princípio do não retrocesso; e, finalmente, (iv) concluirmos em que medida os direitos sociais podem ter alguma proteção contra medidas ditas “retrocessivas”.

3.1. A “morte” da Constituição dirigente

O “dirigismo constitucional” está situado em certa etapa da evolução da Teoria da Constituição. Ocorre que, até meados do século passado, muitos ainda viam a Constituição como um documento meramente político, orientador da atividade do legislador ordinário, mas sem eficácia direta a ponto de gerar direitos subjetivos²⁶. O constitucionalismo desenvolvido no pós-guerra – que alguns chamam de *neoconstitucionalismo*²⁷ – pretendeu alterar esse paradigma. Assim é que, inicialmente na Alemanha, depois na Itália, e mais à frente em Portugal e na Espanha, passou-se a falar em *força normativa* da Constituição (HESSE, 1991), cuja proteção passou a caber ao Poder Judiciário. Houve, ainda, uma tendência de constitucionalização abrangente, com a inserção, em textos constitucionais, de inúmeras matérias que antes eram deixadas para a legislação ordinária. Em alguns casos, essa constitucionalização abrangente significou a incorporação expressa, na Constitui-

ção, de inúmeros direitos sociais, a exemplo do que aconteceu em Portugal, em 1976, e no Brasil, em 1988. E mesmo na Alemanha, onde a Constituição (a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949) não foi pródiga na previsão de direitos sociais, a jurisprudência constitucional exerceu um papel essencial, deduzindo tais direitos a partir da interpretação da cláusula do Estado Social, do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (SARLET, 2005, p. 536).

O século XX, portanto, assistiu ao fenômeno da *constitucionalização* do Estado Social. A esse respeito, as atuais Constituições portuguesa e brasileira realmente são emblemáticas – basta ver que dois juristas israelenses, após compararem as constituições de sessenta e oito países, indicaram Portugal, em primeiro lugar, e Brasil, no segundo lugar, como os que *mais* previam direitos sociais em seus respectivos textos constitucionais (BEN-ASST; DAHAN, 2003 apud ZENKNER, 2012, p. 221). Ou seja, as Constituições de 1976 e 1988 são ambiciosas, incorporam direitos “prestacionais” e princípios programáticos, que *condicionam e vinculam* a atividade estatal, conforme diz boa parte da doutrina. São, na lição de Canotilho, Constituições *dirigentes*, isto é, caracterizadas pela presença de um conteúdo programático-constitucional que impõe ao Estado a realização de tarefas na busca pela justiça social. Em outras palavras, tais Constituições dirigem (comandam) a ação do Estado e obrigam os órgãos competentes a buscarem a concretização das metas programáticas nelas estabelecidas (CANOTILHO, 2001).

Pelo exposto, não é difícil estabelecer a relação entre o dirigismo constitucional e o princípio do não retrocesso. Ora, se a constituição é “ambiciosa”, impõe-se o dever de buscar a justiça social – e, mais do que isso, se quer ela

²⁶ Ver Barroso (2009, p. 62), Souza Neto e Sarmento (2013, p. 22-24).

²⁷ Caso Barroso (2009), Moreira, E. (2008) e Carbonell (2009). Para uma apreciação extremamente crítica (e negativa) do neoconstitucionalismo, ver Ramos (2010).

mesma ser o “fio condutor” dessa transformação –, uma conclusão possível é a de que essa direção se daria em uma via de mão única, que ligaria o mundo “ruim” ao mundo “bom”, considerando-se bom um mundo onde todas as pessoas têm acesso ao máximo possível de direitos sociais.

O grande problema, como reconheceu o próprio Canotilho, é que uma série de fatores (v.g. a globalização, a crise do Estado Social, a influência do direito comunitário e do direito internacional, o advento de uma filosofia pós-moderna descrente em projetos ambiciosos de transformação social por meio do Direito) contribuiu para enfraquecer as premissas do constitucionalismo dirigente. Tanto que, no prefácio à edição mais recente de sua famosa tese, acabou por relativizá-la, dizendo que, *em certo sentido*, a Constituição dirigente “está morta”²⁸.

Tal morte, porém, não mata a Constituição, mas apenas algo que parte da doutrina acreditasse que ela fosse, ou queria que ela fosse. E não foi apenas *esse* tipo de dirigismo constitucional que morreu. As mesmas condições que mataram a Constituição dirigente também o fizaram quanto a uma determinada noção de progresso. Mas ainda há vida após a(s) morte(s), como veremos.

3.2. Há “vida” após a “morte”: o futuro depois do progresso

O título deste tópico é inspirado numa passagem do livro de Daniel Innerarity, na qual o autor reflete acerca do “futuro depois do progresso”. Para ele, umas das características essenciais do nosso tempo é o esgotamento da ideia moderna de progresso. Tal ideia, que alimentou o imaginário político durante os dois últimos séculos, “esvaziou-se dos seus principais atributos e está hoje reduzida a uma palavra oca que soa bem nos discursos políticos e econômicos” (2011, p. 142). Bem colocadas as coisas, não queremos dizer, com essa citação, que não há *progresso* no futuro. Afirmamos, porém, que o *futuro* do progresso passa pela sua reformulação não como um discurso de via única, mas como um horizonte de possibilidades, ainda que mediado pelo Direito. Desse modo, a noção de progresso fica sem um sentido predeterminado. Assume-se abertamente como um reflexo de posições políticas e/ou ideológicas, devendo, por isso mesmo, ser continuamente debatida e submetida ao

²⁸ Expressamente: “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais” (CANOTILHO, 2001). Ver também Canotilho (2008, p. 101-129), sendo especialmente relevante o texto “Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo”.

escrutínio público. Em um mundo plural e diversificado, o progresso é ele mesmo uma pluralidade. Não pode ser apropriado por uma única visão de como é ou deveria ser o mundo.

Se a noção de progresso é equívoca, o seu reverso – o retrocesso – também o é. Alguns exemplos podem ajudar a compreender o nosso ponto de vista. Vejamos: (i) a supressão de direitos de servidores públicos é um retrocesso na visão da categoria, mas pode representar um tratamento menos desigual em relação aos trabalhadores da iniciativa privada – lembramos que, em muitos países, servidores públicos constituem um grupo privilegiado, com uma série de vantagens e um bom salário em termos comparativos; (ii) a diminuição de benefícios sociais ou a adoção de regras mais rígidas para a sua concessão, em um contexto de escassez crescente, pode significar a transferência de prestações sociais de quem menos precisa para os verdadeiramente necessitados; (iii) a instituição de cobrança por serviços públicos que anteriormente eram gratuitos (ou o aumento da taxa cobrada por alguns que já não são) é ruim para o usuário individualmente considerado, mas pode ser um avanço em termos de fonte de custeio; (iv) a flexibilização de regras trabalhistas é certamente um dos temas mais polêmicos dentro desse assunto; por um lado, é um retrocesso para quem está empregado; por outro, pode ser um progresso para uma massa de desempregados e jovens que buscam o primeiro emprego, se as medidas flexibilizadoras acarretarem maior competitividade e dinamismo da economia.

Esses são apenas alguns exemplos. Inúmeros outros poderiam ser dados, ainda mais se pensarmos nas ideias de eficiência, sustentabilidade (econômica, financeira, ambiental etc.) e justiça intergeracional (o retrocesso para uma geração pode ser um progresso para a subsequente). Às vezes, para dar dois passos, é preciso recuar um. Outras vezes, é necessário recuar um passo apenas para permanecer em pé. A história não é linear, mas feita de sobressaltos, de idas e vindas, de altos e baixos, de bonança e carestia, de crescimento e recessão. Na sociedade *técnica*, na sociedade *globalizada*, na sociedade de *risco*, a certeza é a incerteza e o futuro não é previsível. Ainda que não se renuncie à segurança, a segurança possível – inclusive a jurídica – precisa equilibrar a estabilidade que queremos com a flexibilidade necessária.

Voltando aos exemplos dados, note-se que sequer entramos no mérito sobre qual seria, em nosso juízo, a melhor solução para cada caso. A intenção, de fato, foi apenas acentuar a falta de sentido em atribuir um significado único à palavra “progresso”. Dissemos, também, que em um mundo plural, o progresso é uma pluralidade. Nesse contexto, uma Constituição que queira *constituir* precisa ser suficientemente aberta para abranger mais de uma visão de mundo ou de possibilidades, o que

não significa *qualquer* visão ou *qualquer* possibilidade. A Constituição continua – ou esperamos que continue – a ser um mecanismo essencial de limitação e racionalização do poder. Permanece como o “estatuto jurídico do político” (Castanheira Neves). Não é, porém, um projeto político específico e nem um programa de governo²⁹. Ela medeia e, por certo, limita as escolhas políticas (a política é “domesticada” pela Constituição, mas não é por ela dominada); porém, o seu núcleo intangível e seu compromisso fundamental são com a pluralidade e com a dignidade da pessoa humana.

Enfim, como dissemos no final do tópico anterior, ainda há vida após a(s) morte(s), seja a da Constituição dirigente (ou da sua versão mais “ambiciosa”), seja a do progresso como discurso único, seja a das demais metanarrativas que falharam na modernidade. Do ponto de vista da teoria constitucional, pode significar, entre outras coisas, o resgate de uma dimensão democrática que foi negligenciada na construção neoconstitucionalista, com a sua fé inabalável nos juízes, nos direitos adquiridos e na absolutização constitucional.

3.3. O princípio da vedação do retrocesso social: formulações *forte* e *intermediária*

Como visto, o princípio da vedação do retrocesso social parte da premissa de que as normas consagradoras de direitos sociais impõem o dever de legislar – uma “imposição

²⁹ Conforme Vieira de Andrade (2012, p. 380-381), “a Constituição é um *quadro normativo aberto* que implica e exprime uma *unidade de sentido cultural* e não pode ser *nem tornar-se* um programa de governo, regulando de forma exaustiva as situações e os factos políticos. Por isso, os preceitos relativos aos direitos sociais, que estabelecem opções de valor fundamentais de transformação da sociedade, não poderão ser constitucionalmente determinados e hão de deixar sempre um espaço vasto para as escolhas democráticas e as alternativas”.

constitucional legitimadora”, de acordo com Canotilho (2001) –, ainda que *gradativo* ou na medida em que permitirem as possibilidades fáticas e econômicas de cada Estado. Segundo parte da doutrina, seria uma consequência lógica da eficácia *progressiva* dos direitos sociais (PIOVESAN, 2010, p. 712), tal como previsto no art. 2º do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. De forma detalhada, Ingo Sarlet (2005, p. 447-448) afirma que o princípio da vedação do retrocesso social decorre: (i) do princípio do Estado democrático e social de direito; (ii) do princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais; (iv) do princípio da proteção da confiança; (v) da vinculação dos órgãos estatais em relação a atos anteriores; (vi) da vinculação de todos os poderes estatais aos direitos fundamentais; e (vii) da implementação progressiva da proteção internacional no âmbito internacional.

É possível distinguir pelo menos duas concepções desse princípio, que chamaremos de formulações *forte* e *intermédia*. Ambas substanciam uma dimensão *negativa* dos direitos de caráter “prestacional”, no sentido de impedir a redução do nível de concretização desses direitos, mas com uma sensível diferença de grau. Vejamos:

a) *Formulação forte* (absoluta): segundo essa formulação, adquirindo os direitos sociais um grau de densidade normativo adequado, não poderia mais haver supressão por via legislativa (por lei ou mesmo por revisão/alteração constitucional), sem que fossem previstas alternativas ou compensações. O princípio da vedação do retrocesso social funcionaria, assim, como uma espécie de “guarda de flanco” (QUEIROZ, 2006b, p. 68) – fala-se, na doutrina francesa, em *effet cliquet* –, garantindo o *exato* grau de concretização já obtido. Tal for-

mulação traduz, em termos precisos, a ideia do “caminhar sempre em frente”.

b) *Formulação intermédia* (relativa): nessa versão, são admitidas medidas “retrocessivas”, desde que fundamentadas e que não ponham em risco o “núcleo essencial” do direito social que tenha sido legislativamente concretizado. Tal posição é bem refletida na mudança de orientação de Canotilho. Comparando escritos seus de diferentes épocas, Canotilho assinalou que, em um momento anterior, defendera que o caráter dirigente da Constituição portuguesa, se não significava otimização direta e imediata dos direitos sociais, mas sim a gradualidade da sua realização, também não significava a possibilidade de reversão social. Todavia, reconheceu que o problema dessa posição “é que ela foi rapidamente ultrapassada pela chamada ‘crise do Estado Social’ e pelo triunfo esmagador do globalismo neoliberal. Em causa está não apenas a gradualidade, mas também a reversibilidade das posições sociais”. Mais a frente, concluiu: “os tribunais não podem neutralizar a liberdade de conformação do legislador, mesmo num sentido regressivo, em épocas de escassez e de austeridade financeira. Isto significa que a chamada tese da ‘irreversibilidade dos direitos adquiridos’ se deve entender com razoabilidade e com racionalidade, pois poderá ser necessário, adequado e proporcional baixar os níveis de prestações essenciais para manter o núcleo essencial do próprio direito social” (CANOTILHO, 2008, p. 245-246).

Na jurisprudência constitucional portuguesa, o que se nota é uma aplicação cada vez mais atenuada do princípio. No famoso Acórdão nº 39/1984 (“Serviço Nacional de Saúde”), por exemplo, foi dito que, a partir do momento em que são cumpridas tarefas constitucionalmente impostas, “o Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao

direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”. Quase duas décadas depois, no Acórdão nº 509/2002 (“Rendimento Social de Inserção”), o Tribunal Constitucional fez uma leitura bem mais restritiva, assentando que o apelo à vedação do retrocesso social “apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática [...] inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais”³⁰.

Efetivamente, no mundo de hoje, a aludida formulação forte não tem muito abrigo. Basta ver que o “congelamento” puro e simples do nível de concretização dos direitos sociais levaria à declaração de inconstitucionalidade de diversas propostas ou medidas legislativas (arriscamos dizer que a maioria) adotadas por países europeus no contexto da austeridade (BOTELHO, 2015, p. 407). Daí a afirmação de José Melo Alexandrino (2011, p. 159) de que a pergunta – se o legislador estaria ou não vinculado por um princípio da vedação do retrocesso social – pode parecer, hoje, sarcástica.

Com efeito, parece-nos uma tese anti-histórica, anticultural e, mais ainda, irreal. Por trás da sua aparente “bondade”³¹, está a

³⁰ Dizendo que a jurisprudência constitucional portuguesa acabou por matizar a sua posição, e ressaltando o fato de o Acórdão nº 39/1984 estar “completamente defasado dos nossos dias e da atual conjuntura económica e financeira” (BOTELHO, 2015, p. 415). Falando que, na verdade, apenas por uma vez, justamente no Acórdão nº 39/1984, o Tribunal Constitucional demonstrou que aderia ao princípio da proibição do retrocesso (ALEXANDRINO, 2011, p. 150).

³¹ Subscrevemos a lição de Suzana Tavares da Silva (2014, p. 195): “Não se trata de discutir novamente se ao analisar os direitos sociais estamos presentes perante normas programáticas ou dotadas de eficácia jurídica plena. Sabemos hoje que são normas jurídicas que vinculam o Estado, mas sabemos também que o Estado não é um milagreiro e que a petrificação dos direitos sociais (*princípio da proibição do retrocesso social*) ou outras teorias aparentemente mais garantísticas dos direitos subjetivos

crença num discurso metanarrativo, determinista, que pode pôr em causa a sobrevivência da própria Constituição e da sua pretensão de *normatizar* a realidade. Veja-se que Konrad Hesse, que combatia a concepção lassalliana de que a Constituição *real* era ditada pelos “fatores reais de poder”³², não ignorava (pelo contrário) que a Constituição jurídica é condicionada pela realidade histórica, ao afirmar que a *pretensão de eficácia* da norma constitucional não pode ser separada das *condições históricas* de sua realização (HESSE, 1991, p. 43). Ora, a “petrificação” normativa, a inflexibilidade, não tem outra consequência senão o abandono da Constituição nas primeiras adversidades. Por isso, sem esquecer a força normativa da Constituição, é preciso, na lição de João Loureiro (2010, p. 61), “tomar a sério a articulação entre texto e contexto, recusar leituras de costas voltadas para a realidade”³³.

A formulação intermédia, por sua vez, é menos problemática em termos práticos, mas não deixa de estar sujeita a críticas no plano jurídico. Quer-nos parecer que o seu apelo (o “não retrocesso”) é mais uma bandeira de luta

dos indivíduos podem constituir um fenômeno de injustiça social ainda maior que a revogação pura e simples de alguns direitos consagrados em lei, na medida em que alguém terá de suportar a despesa. Atentemos, por exemplo, dos resultados preocupantes do desempenho econômico e financeiro dos Estados, que não conseguem sustentar as suas necessidades financeiras e recorrem ao endividamento externo, instituindo facturas pesadas para as novas gerações”.

³² Ferdinand Lassalle (2010, p. 47), como se sabe, apresenta uma concepção *sociológica* da Constituição. Para ele, “os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do *poder*; a *verdadeira* Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis os critérios fundamentais que devemos lembrar”.

³³ Ademais, como diz Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 239-240), “[...] as condições fáticas, sociais e institucionais para a produção dos efeitos de uma norma jurídica são parte do fenômeno jurídico. Mais que isso: fazem parte do estudo da dogmática jurídica – sobretudo em sua dimensão empírica”.

política que um princípio *juridicizado*. Outras designações³⁴ (v.g. “princípio da contrarrevolução social” e “proibição da evolução reacionária”) acentuam a “politicização” que julgamos ser inerente ao princípio. Assim, a não ser que façamos concessões a um constitucionalismo dirigente “morto”, não vemos onde encontrá-lo autonomamente na Constituição portuguesa (ou na brasileira). Acompanhamos, pois, a corrente doutrinária que *recusa* à proibição do retrocesso social a condição de princípio constitucional autônomo³⁵.

3.4. Por uma (re)compreensão constitucionalmente adequada: a questão da segurança jurídica e do mínimo existencial; ou: “nem tanto ao mar, nem tanto à terra”

A Constituição é, pois, um quadro aberto, no qual cabem vários projetos políticos. O próprio texto constitucional, aliás, pode ser alterado, desde que observados os requisitos formais e materiais – a impossibilidade de alteração textual é a exceção. Portanto, faz parte do processo democrático a revisibilidade das decisões políticas (que, na sequência, se transformam em normas jurídicas), pelo que a *reformatio in pejus* não só é possível, como natural e até *imprescindível* em determinadas circunstâncias. Eventual “petrificação” seria um golpe à democracia, à pluralidade e, certamente, às gerações subsequentes, que deixariam de poder fazer as suas próprias escolhas (“os mortos não devem governar os vivos”³⁶).

³⁴ Dizendo que a expressão “proibição do retrocesso social” não é “feliz”, embora admita que é operativa (QUEIROZ, 2006a, p. 105).

³⁵ Nesse sentido, recusando essa condição de princípio autônomo, ver Alexandrino (2011, p. 159), Botelho (2015, p. 416), Andrade (2012, p. 379) e Vaz (2013, p. 386).

³⁶ Trata-se de uma referência a Thomas Jefferson, que, durante os debates anteriores à promulgação da Constituição norte-americana, sugeriu a realização de uma con-

Por outro lado, embora *a regra* seja a revisibilidade, também ela apresenta seus limites, que decorrem não só de valores consagrados na Constituição, mas da própria concepção de Estado de Direito. De fato, a segurança jurídica era uma das ideias angulares do Estado (liberal) de Direito construído a partir do final do século XVIII. A estabilidade do direito era considerada condição indispensável para a prosperidade econômica – a da burguesia, à época. Hoje, vários estudos confirmam que um ambiente juridicamente estável favorece e atrai investimentos. Mas a segurança jurídica não tem apenas essa dimensão econômica. Ela é, também, associada a uma questão de justiça social. Afinal, as pessoas fazem planos e constroem as suas vidas a partir de um horizonte de calculabilidade e previsibilidade. Como afirma Canotilho (2003, p. 256), “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsávelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideraram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito”.

Portanto, mesmo num mundo onde o futuro é cada vez mais mutável, instável e incerto, a segurança jurídica (e a proteção da confiança, que dela decorre) funciona como uma garantia da estabilidade *possível* e de uma mudança *controlável*. Assim, mesmo que as circunstâncias fáticas indiquem a necessidade de alterações (constitucionais, legais, procedimentais, organizacionais etc.), profundas ou não, urgentes ou não, tais alterações não podem ser feitas de *qualquer* forma e em *qualquer* coisa. Em outras palavras: a segurança jurídica proíbe o arbítrio e veda o excesso; impõe uma mudança controlada, sujeita à exigência da fundamentação, bem como ao teste da proporcionalidade e de princípios conexos, especialmente a igualdade proporcional. Por exemplo: reduções ou cortes (temporários ou definitivos) em pensões e benefícios de seguridade social podem ou não ensejar uma violação constitucional – a validade ou invalidade das medidas que acarretem modificações para *pior* da situação de pensionistas e beneficiários deverá ser analisada sob o ângulo da segurança jurídica em todas as suas dimensões. Ou seja, tais medidas serão avaliadas a partir da sua fundamentação e da proporcionalidade. Todavia, não serão consideradas *a priori* inconstitucionais, como aconteceria caso se aplicasse a formulação *forte* do “princípio” da vedação do retrocesso social³⁷.

venção constituinte a cada 19 anos, a fim de evitar o “governo dos mortos sobre os vivos” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 24).

³⁷ A questão da redutibilidade de pensões foi abordada recentemente pelo Acórdão nº 353/2012 do Tribunal Constitucional (TC), que integra a chamada “jurisprudência da crise”. No caso, a medida foi julgada inconstitucional por violação ao princípio da igualdade proporcional, uma vez que as reduções foram previstas apenas para pensionistas do setor público. Parte da doutrina vê nesse acórdão o momento da passagem de um controle

Por fim, ligado à segurança jurídica e, mais nitidamente, à dignidade da pessoa humana, há ainda o *mínimo existencial*. Concretizações legislativas que digam respeito ao mínimo existencial não podem ser puramente eliminadas sem a previsão de esquemas alternativos ou compensatórios³⁸. Há aqui uma estabilidade-limite, dentro de um conceito que é para ser utilizado em situações-limite.

Poder-se-ia dizer que, no fundo, essa compreensão se assemelha à formulação *intermédia* do “princípio” da vedação do retrocesso social. Não negamos a semelhança, mas a vemos por outra perspectiva. Quer-nos significar que, para além de tudo, ainda que em sua versão palatável³⁹, o referido princípio é, na teoria, *redundante* e, na prática, *dispensável*.

4. Conclusões

Em face do que expusemos, concluímos que:

a) A evolução do constitucionalismo e do discurso dos direitos humanos aponta para a fundamentalidade dos direitos sociais como parte indissociável da dignidade da pessoa humana. Existe, assim, uma *unidade* entre os direitos fundamentais – compreendendo-se unidade como interligação e interdependência, a partir (e dentro) de um complexo único que busca a promoção dos valores que dão sentido à dignidade da pessoa humana, designadamente a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

b) Porém, o reconhecimento da unidade dos direitos fundamentais não significa ad-

³⁸“fraco” para um controle “forte” por parte do TC dentro da jurisprudência da crise. Para uma apreciação crítica dessa decisão, ver Medeiros (2015, p. 70).

³⁹Com a mesma posição, ver Andrade (2012, p. 381).

³⁹A formulação *forte*, a bem da verdade, já descartamos de início, pela falta de *qualquer* sentido no mundo atual.

mitir que todos os direitos são submetidos ao mesmo regime e têm a mesma eficácia jurídica. Há direitos (especialmente os sociais prestacionais) cuja implementação acarreta altos custos financeiros. Portanto, a eficácia “progressiva” dos direitos sociais está condicionada pela escassez; ou, em outras palavras, pela “medida do possível”. Não obstante, existe um conteúdo mínimo, diretamente vinculado à dignidade da pessoa humana, cuja implementação deve ser imediata. Esse *mínimo existencial*, acaso desrespeitado, enseja controle judicial.

c) Ademais, a “progressividade” dos direitos sociais não pode ser lida como uma “marcha sempre em frente” na base do “quanto mais direitos, melhor”. É característica dos direitos sociais a sujeição às conjunturas fáticas, mormente à realidade econômica. O argumento econômico, ao passo que integra o contexto de realização da norma, faz parte do fenômeno jurídico e, uma vez filtrado pelo Direito, não pode ser negligenciado. É natural que, em circunstâncias favoráveis, haja uma inflação de prestações sociais, do mesmo modo que é natural que, em cenários desfavoráveis, haja um decréscimo – que pode mesmo significar a pura e simples revogação de direitos. Nesse sentido, uma pretensa petrificação de direitos sociais seria irreal. Além disso, a inflexibilidade é antidemocrática. A democracia está ligada à pluralidade de visões de mundo e à revisibilidade das decisões políticas. A Constituição é um quadro aberto, não um projeto político determinado.

d) O “princípio” da vedação do retrocesso social, em sua formulação forte, foi superado pela realidade e “sepultado” junto com um tipo idealizado de dirigismo constitucional. Tal princípio “sobrevive”, atualmente, em sua versão relativizada. Ainda assim, é redundante e dispensável, quer na teoria, quer na prática,

razão pela qual a ele recusamos a condição de princípio constitucional autônomo.

e) Por outro lado, revisibilidade não significa rever qualquer coisa, de qualquer modo, a qualquer tempo. Um horizonte de previsibilidade e calculabilidade é necessário para o ser humano, para o Direito e para as relações jurídicas em geral. Não está descartada, como dissemos, a revogação pura e simples de direitos sociais. Porém, tal revogação, assim como outras medidas ditas retrocessivas, precisam ser fundamentadas e proporcionais, além de não atingirem o “conteúdo essencial” de direitos concretizados vinculados ao mínimo existencial. São exigências decorrentes do princípio da segurança jurídica em sentido lato, que, se não torna absoluta a estabilidade, fornece parâmetros de controle para as mudanças.

Sobre o autor

Gabriel Prado Leal é doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; procurador federal, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil. E-mail: gabriel.leal@agu.gov.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁴⁰

THE RECONSTRUCTION OF SOCIAL RIGHTS IN THE TWENTY-FIRST CENTURY: BETWEEN PROGRESSIVENESS, STABILITY AND RETROGRESSION.

ABSTRACT: The article aims to discuss the relevance of the principle of prohibition of social regression and the meaning of the progressive effectiveness of social rights. It is argued that such effectiveness is conditioned by scarcity, although there is an existential minimum whose implementation should be immediate. The progressivity, moreover, cannot be read as a “march always straight ahead”, considering that is characteristic of social rights the subjection to the factual circumstances. In this sense, the petrification of social rights would be unrealistic and undemocratic. Democracy, after all, is connected to the plurality of worldviews and reversibility of political decisions. So, the article refuses the principle of prohibition of social regression as an independent constitutional principle. However, any regressive measures need to be justified and proportionate. Besides that, must respect the “essential core” of implemented rights linked to the existential minimum.

KEYWORDS: SOCIAL RIGHTS. SCARCITY. REGRESSION. EXISTENTIAL MINIMUM

⁴⁰Sem revisão do editor.

Como citar este artigo

(ABNT)

LEAL, Gabriel Prado. A (re)construção dos direitos sociais no século XXI: entre a progressividade, a estabilidade e o retrocesso. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, n. 211, p. 143-166, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p143>.

(APA)

Leal, Gabriel Prado. (2016). A (re)construção dos direitos sociais no século XXI: entre a progressividade, a estabilidade e o retrocesso. *Revista de informação legislativa: RIL*, 53(211), 143-166. <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p143>.

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais*: introdução geral. 2. ed. Cascais: Principia, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. 2. tir. São Paulo, Malheiros, 2012.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. O direito ao mínimo de existência condigna como direito fundamental a prestações estaduais positivas: uma decisão singular do tribunal constitucional. *Jurisprudência Constitucional*, n. 1, p. 4-27, jan./mar. 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BERCOVIC, Gilberto. *Soberania e constituição*: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise*: ou revisitá as normas programáticas. 2015. Tese (Doutorado em Direito)–Universidade Católica Portuguesa. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. *Diário Oficial da União*, 7 jul. 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 17. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. “Brancos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Reflexões sobre a relação entre constituição, povo e estado a partir da discussão de uma constituição para a Europa. *Revista do Instituto de Hermenéutica Jurídica*, Belo Horizonte, n. 2, p. 339-351, jan./dez. 2004.

EIDE, Asbjørn (Ed.). *Economic, social, and cultural rights: a textbook*. Dordrecht; Boston: M. Nijhoff Publishers; Norwell, MA, U.S.A.: Sold and distributed in the U.S.A. and Canada by Kluwer Academic Publishers, c1995.

FRANÇA. A Constituição do ano I, 1793: declaração dos direitos do homem e do cidadão. In: *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 1990. p. 75-91.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton, c1999.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

INNERARTY, Daniel. *O Futuro e os seus inimigos: uma defesa da esperança política*. Alfragide: Teorema, 2011.

KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado social?: a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Portugal: Woters Kluwer, Coimbra Ed., 2010.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 7. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 2002.

MACHADO, Jónatas. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito internacional dos direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2006.

MEDEIROS, Rui. *A constituição portuguesa num contexto global*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 3. ed. Coimbra: Centelha, 1978.

NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*: adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da assembleia geral das nações unidas em 10 de dezembro de 1948. Brasília: UNESCO, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Woters Kluwer, Coimbra Ed., 2010.

OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto. *Derechos y Libertades*. v. 3, n. 6, p. 15-34, fev. 1998.

PIOVESAN, Flávia. Planos global, regional e local. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 697-720.

PORTUGAL. *Constituição da república portuguesa*. 2 abr. 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006a.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006b.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito de Lisboa (RIDB)*, v. 2, n. 1, p. 769-820, 2013.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Catalogação dos direitos fundamentais no direito internacional. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, p. 153-166, 2015.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SAMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

TRINTIN, Jaime Graciano; ROSSONI, Sandra dos Reis M. Os anos dourados do capitalismo: breve abordagem sobre o crescimento capitalista. *Acrópolis – Revista de Ciências Humanas da UNIPAR*, v. 7, n. 27, p. 49-60, 1999.

VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva de lei*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

YOUNG, Katharine G. *Constituting economic and social rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ZENKNER, Marcelo. A tutela dos direitos fundamentais sociais pelo tribunal constitucional português e pelo Supremo Tribunal brasileiro: uma análise comparativa. *Themis*, n. 22/23, p. 219-259, 2012.

Aspectos constitucionais da relação Estado/Terceiro Setor e a garantia do direito das pessoas com deficiência à educação

VICENTE ELÍSIO DE OLIVEIRA NETO

Resumo: O artigo busca identificar as premissas constitucionais das relações estado/mercado/terceiro setor, direcionadoras da conjugação de forças tendentes à implementação progressiva dos direitos sociais. Na ordem social, a colaboração mútua entre o poder público e o setor parceiro é permitida pela via das políticas públicas. O conflito que extrema o executivo federal e entidades do terceiro setor foi deflagrado com o delineamento pelo Ministério da Educação da Política Nacional de Educação Especial (2008). O deslinde da aporia demanda o estabelecimento do percurso mais adequado à universalização do direito das pessoas com deficiência à educação, afastando-se os riscos de retrocesso.

Palavras-chave: Estado/Terceiro setor. Políticas públicas. Educação. Pessoa com deficiência. Projeto de Decreto Legislativo nº 2.846/2010.

1. Introdução

O presente artigo busca estabelecer uma compreensão viável das articulações entre as esferas pública e privada intermediadas pelo terceiro setor no paradigma do Estado Democrático de Direito constitucionalmente estabelecido no Brasil pelo texto de 1988, tendo por ponto de partida os fundamentos e os fins da República.

A análise do núcleo fundamental e mais geral do texto constitucional procura salientar que o modelo instituidor da comunidade política se propõe à efetivação de um projeto de desenvolvimento social queabilize o desfrute das liberdades e dos direitos sociais em uma sociedade democrática e pluralista, fundada na dignidade humana.

A efetivação progressiva da plataforma social desenvolvimentista é tarefa de tal magnitude que exige o empenho de todas as esferas do plano social sob a coordenação política do Estado parametrizada constitucionalmente, de modo a não olvidar a afirmação do pluralismo.

Em tal contexto é que buscamos afirmar o papel das políticas públicas como processo e espaço mais adequado à articulação da colaboração mútua entre Estado e terceiro setor direcionada à efetivação progressiva do direito fundamental social à educação das pessoas com deficiência.

A aporia que se busca equacionar exsurge do conflito entre o executivo federal e as organizações não governamentais que prestam serviços educacionais na modalidade de educação especial. O início da controvérsia tem por marco a formulação pelo Ministério da Educação, no ano de 2008, da “Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da educação inclusiva”.

A aprovação do Projeto de Decreto Legislativo nº 2.846/10 pela Comissão de Educação da Câmara dos Deputados, no dia 1º de julho de 2015, reforça a necessidade de ampliação do debate e da reflexão sobre o tema da universalização do direito fundamental social à educação titularizado pelas pessoas com deficiência e, mais especificamente, sobre o dever constitucional estatal de adequar progressivamente a rede regular de ensino de modo a viabilizar o acesso e a escolarização de qualidade das pessoas com deficiência, evitando o desmonte imediato das escolas do terceiro setor e o risco de retrocesso.

2. Estado democrático de direito e desenvolvimento

A compreensão dos nexos que conectam o Estado e o processo de desenvolvimento evidencia-se com a identificação no texto constitucional dos fundamentos da comunidade política e dos fins que deve perseguir no seu atuar. É norteado por tal perspectiva que se podem estabelecer as dialéticas interações entre Estado/sociedade/terceiro setor, consoante se passa a expor.

2.1. Os fins do Estado Democrático de Direito

De acordo com parcela significativa da doutrina jurídica, o modelo de Estado de Direito sofreu transformações no curso de sua história de modo a acompanhar e adequar-se à dinâmica social. Uma das leituras viáveis das mutações da modelagem identifica três fases claramente distintas: a) Estado de Direito Liberal; b) Estado de Direito Social; c) Estado Democrático de Direito.

De regra, abstraídas as divergências terminológicas sem maiores implicações teóricas ou práticas, os que reconhecem as fases metamórficas do *rule of law* afirmam que, em cada uma das etapas, foram consagradas novas espécies de direitos fundamentais e, por isso, propõem sucessões (ou dimensões¹) cumulativas de direitos de *liberdade*, de *igualdade* e de *participação*.

À evidência, tal compreensão é limitada, e talvez insuficiente, para explicar e articular todos os componentes do processo em face do seu viés unilinear, possivelmente herdado da ideologia do progresso em voga até o início do século XX (HEIDEMANN, 2014, p. 23). Contudo, a concepção nos parece útil e adequada ao alcance dos objetivos deste estudo, que a articula com outras reflexões.

Frise-se aqui que a teorização que relaciona as mudanças do paradigma do Estado de Direito com o reconhecimento de determinados grupos de direitos que se agregam em torno de um núcleo comum (liberdade, igualdade e participação) muito contribui para a percepção de que a atuação estatal deve ter por parâmetros as liberdades individuais e coletivas, a isonomia e a abertura à participação e deliberação da sociedade plural que o instituiu com o figurino e a essência do Estado Democrático de Direito.

Interessa especificamente aqui uma referência aos dispositivos constitucionais dedicados aos fins estatais, às premissas que justificam a própria existência do Estado brasileiro e devem necessariamente orientar toda a sua *performance* em quaisquer dos planos do seu atuar (STRECK; MORAIS, 2013, p.149).

¹Não há consenso na doutrina pesquisada quanto ao número de sucessões (ou dimensões) dos direitos fundamentais nem aos critérios que as distinguem. Em nosso pensar, não se afigura desarrazoado afirmar que os três modelos de Estado de Direito podem ser associados à liberdade, igualdade e participação.

Identifica-se, no conteúdo do art. 3º da Constituição Federal, o ponto de partida mais geral, que permite a indicação das tarefas fundantes atreladas à república, sintetizadas na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na garantia do desenvolvimento nacional, no estabelecimento de um padrão mínimo de vida digna, na redução das desigualdades sociais e regionais e na promoção do bem de todos sem discriminação.

O programa a ser concretizado pela atividade estatal mantém estreita coerência com a soberania popular instituidora da comunidade política, com a cidadania, a dignidade humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, todos qualificados com o *status* de fundamentos da comunidade estatal. Assente-se, desde logo, que premissas de tamanha magnitude não podem ser escamoteadas por quem pretenda empreender uma interpretação sustentável do texto constitucional.

Não é despiciendo lembrar que tais cláusulas foram firmadas pela representação democrática e plural da sociedade como frutos do consenso estabelecido no processo constituinte que trouxe a lume um projeto a ser perseguido, um dever ser prospectivo, que pretende progressivamente vir a ser.

Ademais, a apreensão sistemática das disposições constitucionais permite inferir que os objetivos fundamentais republicanos devem ser entendidos como metas que orientam as atividades estatais, do mercado e do terceiro setor em uma interação politicamente coordenada e fomentada pelo poder público, conforme buscaremos demonstrar mais adiante.

Os que relacionam o modelo do Estado Democrático de Direito com a pós-modernidade justificam um enfático realce dos compromissos diretamente vinculados à efetivação dos direitos sociais em países periféricos, de

modernidade tardia ou emergentes, como o Brasil, em virtude do imprescindível resgate das “promessas da modernidade” (STRECK; MORAIS, 2013, p. 149).

Por enquanto, basta averbar que, em nosso pensar, as mudanças sociais e regionais pretendidas e teleologicamente direcionadas à promoção universalizante do bem comum rumo a uma sociedade livre, justa, solidária e promotora da dignidade da pessoa humana pressupõem e se inter-relacionam com o processo dinâmico do desenvolvimento nas suas múltiplas acepções, como imediatamente pretendemos explicitar.

2.2. O programa desenvolvimentista da Constituição de 1988

O compromisso desenvolvimentista do Estado não é inovação advinda do texto constitucional vigente. Ao contrário, tem suas raízes solidamente fincadas na história nacional e foi textualmente estampado no lema expresso na bandeira do Brasil². O ideal do *progresso*, muito em voga naquela época, veio a ser sucedido³

²Sobre o tema, assinala Heidemann (2014, p 24): “No século 19, o conceito de progresso atingiu seu auge, tornando-se bandeira do romantismo e assumindo caráter de necessidade. Em um contexto de busca e luta por democracia, a realização material propiciada pelo progresso econômico seria uma condição necessária para que as pessoas comuns pudessem superar seu destino de danação social. Quem não fosse nobre ou clérigo poderia, enfim, sonhar com a redenção social. O mito do progresso dominou todas as manifestações da cultura ocidental durante aquele século. Não foi, portanto, por mero acaso que o lema do progresso acabou sendo estampado então na bandeira do Brasil (Ordem e ‘Progresso’).

³A crise da ideia de progresso é concomitante às dúvidas e críticas direcionadas ao ideário liberal e ao seu modelo de Estado absenteísta (Estado de Direito Liberal). De tal perspectiva, o conceito de desenvolvimento e a assunção de novos papéis pelo Estado são historicamente contemporâneos. Nas primeiras décadas do século XX, afirma-se o protagonismo estatal no processo de desenvolvimento (Estado intervencionista nos domínios econômico e social). O incremento das atividades estatais se expressa particularmente via regulação, prestação de serviços públicos, exploração de empreendimentos eco-

pela noção de *desenvolvimento* no pensamento e na literatura do Ocidente.

Sem solução de continuidade, ainda que com direcionamentos e ênfases setoriais distintos, a perspectiva do desenvolvimento sempre esteve presente na pauta programática dos mais altos interesses estatais no Brasil, cabendo lembrar, exemplificativamente, os esforços para a industrialização do país e o pensamento nacional desenvolvimentista. Ademais, lembre-se ainda aqui a mobilização de expressiva parcela da opinião pública brasileira pela campanha “o petróleo é nosso”, que resultou na criação da Petrobras por intermédio da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953.

É certo que as referências acima mencionadas prendem-se a uma fase histórica já ultrapassada na qual o desenvolvimento era compreendido como sinônimo de industrialização, de crescimento econômico, o que já não mais se dá na atualidade. De igual modo, o interventionismo estatal na esfera econômica, por meio da exploração direta de atividades próprias do mercado e do fomento econômico excessivo e exauriente dos recursos públicos, já não mais se sustenta em face do incremento de demandas coletivas na ordem social que a estrutura estatal é incapaz de eficazmente atender. Também não se sustenta em razão da constatação de que os interesses e reclamos de uma sociedade complexa e plural exigem, de um lado, a redefinição dos papéis do Estado e do mercado e, de outro, a compreensão de que Estado e sociedade civil devem assumir os encargos afetos à concretização dos direitos fundamentais sociais (coprodução do bem público).

Destarte, a par da pacificação social, o desenvolvimento se mantém como um dos fins primordiais e justificadores do Estado brasi-

nômicos e formulação de políticas governamentais. Nesse sentido, ver Heidemann (2014).

leiro, consoante impresso no mais importante dos seus símbolos e, no Estado Democrático de Direito, a plataforma desenvolvimentista é correlacionada aos fins do *Welfare State*, agregados ao modelo desenhado pelo texto constitucional de 1988, precipuamente no art. 3º.

Acentue-se aqui, ainda que de passagem, que o relevo da temática fica sobremodo evidenciado quando se leva em conta que, no plano internacional, o direito da humanidade ao desenvolvimento foi proclamado por declaração aprovada no dia 4 de dezembro de 1986 pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

O direito ao desenvolvimento deve ser compreendido como um metadireito. Assim, o reconhecimento e a inserção do direito ao desenvolvimento no catálogo do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) implicam afirmar o direito a um processo (de desenvolvimento) que possibilite a fruição de todos os demais direitos humanos até então proclamados (MONTEIRO, 2003, p. 764).

A afirmação do desenvolvimento como direito do ser humano e da humanidade (de todos os povos) contribuiu decisivamente para fortalecer uma tendência que compreendia o processo de desenvolvimento como fenômeno multidimensional, contrapondo-se a uma clássica e consolidada acepção estritamente economicista e, consequentemente, redutora do processo (MONTEIRO, 2003, p. 775). Com efeito, ao ser integrado ao elenco dos direitos humanos, reforça-se o desenvolvimento com os caracteres da universalidade, indivisibilidade, interdependência e indisponibilidade, fixando-se desde então inquebrantável correlação entre o noviço direito e os que o antecederam na conquista do *status*.

Saliente-se aqui que, ao menos em nosso pensar, em 1986 tivemos tão somente o reconhecimento formal da imprescindibilidade e do protagonismo de há muito desempenhado

pelo desenvolvimento na concretização dos direitos fundamentais do homem. De qualquer modo, a proclamação da Organização das Nações Unidas (ONU) reveste-se de grande importância ao apontar o caminho do desenvolvimento como um percurso a ser cumprido na efetivação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Assim, cada vez mais se abandona a acepção redutora do desenvolvimento em favor de concepções abrangentes e integradoras que destacam as múltiplas nuances do processo de desenvolvimento – seu caráter político, econômico, social, inclusivo, sustentável, cultural, humano, científico, tecnológico, entre outros.

Uma perspectiva que permite compreender as conexões possíveis entre (direito ao) desenvolvimento e direitos humanos é a sustentada por Amartya Sen em obra de referência, *Desenvolvimento como liberdade*.

Defende o autor que na contemporaneidade a superação da pobreza, das privações enfrentadas por significativa parcela da comunidade humana e as violações de direitos constituem a questão central do processo de desenvolvimento em todo o planeta, inclusive nos chamados países desenvolvidos, que devem equacionar as distorções do processo.

O modelo proposto por Sen associa em uma só plataforma os dois catálogos de direitos humanos que no passado demarcaram a divisão do mundo em dois blocos. Assim, os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais são agregados sob a categoria geral da *liberdade* em cinco espécies: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora.

A expansão de tais liberdades, que se entrelaçam e não se excluem na dinâmica social, é apontada como *fim e meio* do desenvolvimento, entendendo o autor que tal formulação é

uma alternativa adequada à superação da tradicional abordagem que sempre enfatizou exclusivamente a renda (crescimento econômico, renda *per capita*, produto interno bruto etc.) como parâmetro do desenvolvimento. A mudança de foco operada claramente abandona a concepção economicista do fenômeno desenvolvimentista sem, todavia, desconhecer ou reduzir o peso do componente estritamente econômico do processo.

A teoria evidencia a necessidade de que a avaliação e o planejamento levem em consideração as múltiplas dimensões e implicações envolvidas no processo. O desenvolvimento não é tarefa exclusiva do Estado ou do mercado. Para Sen, o poder público, o sistema de mercado e a sociedade civil são partícipes indispensáveis do processo que busca maximizar as capacidades humanas individuais, sopesando a heterogeneidade presente no meio social, viabilizando o protagonismo individual do cidadão quer na condução da sua vida, quer na participação nos debates em torno das decisões afetas às questões de interesse coletivo, o que só é possível com a garantia efetiva das liberdades instrumentais/substanciais.

Em nosso entender, a estruturada teorização do desenvolvimento como processo vocacionado à expansão dos direitos é inegavelmente compatível com o modelo constitucionalizado do Estado Democrático de Direito brasileiro, assim como é útil ao desate das questões relativas ao atingimento dos seus fins e à deliberação sobre as soluções mais apropriadas para alcançá-los via planejamento estatal e adoção de políticas públicas, que deverão inexoravelmente assegurar a participação da sociedade civil em todas as fases dos procedimentos atinentes aos temas de interesse geral.

Uma apreciação sistemática do desenvolvimento no texto constitucional vigente deve partir da sua inserção entre os objetivos fundamentais republicanos. Estabelece-se, assim, uma íntima interação entre a promoção inclusiva do bem comum, a erradicação da pobreza e da marginalização, o propósito direcionado à redução das desigualdades sociais e regionais, o desenvolvimento como processo simultaneamente instrumental/substancial e a construção da sociedade com os valores da liberdade, justiça e igualdade. Inexiste, supõe-se, parâmetro consensualmente aceito ou racionalmente fundado para hierarquizá-los.

Tais são os fins de uma comunidade (soberana) que se universaliza no plano político pela cidadania e no moral pela afirmação da dignidade humana, mas que, no plano estrito da vida social, admite as tensões que envolvem o trabalho e a livre iniciativa.

Ao que parece, o emprego da noção de pluralismo é que permite justificar o estabelecimento do programa teleológico abertamente social

desenvolvimentista como uma aposta viabilizadora de um respeitoso convívio com a heterogeneidade social sem, todavia, abrir mão de que, no convívio social, um padrão mínimo seja a todos assegurado (mínimo existencial, garantia do núcleo essencial dos direitos, renda básica ou similares).

Certamente, a pretensão desenvolvimentista descortina-se com a enumeração dos direitos à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos necessitados (CF/1988, art. 6º).

Cumpre ainda levar em consideração que:

- 1 – Compete à União elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e do desenvolvimento econômico e social (21, IX);
- 2 – É de competência comum de todos os entes da federação proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação (23, V, redação da EC 85/15);
- 3 – Para efeitos administrativos a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais (43, *caput*);
- 4 – Aos entes da federação é vedado instituir impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da Lei (150, VI, c);
- 5 – O comprometimento da ordem econômica com o programa desenvolvimentista econômico e social delineado no texto constitucional é aquilatado pela indicação da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa como seus fundamentos, pelo seu fim precípua de assegurar a todos existência digna conforme os ditames da Justiça Social, bem como à luz dos princípios da função social da propriedade, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e do tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (170, *caput*, III, V, VI, VII e IX);
- 6 – Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (174, *caput*);
- 7 – O desenvolvimento nacional equilibrado deve se pautar por diretrizes e bases e incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento, nos termos da lei (174, §1º);
- 8 – A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social (art. 193) (BRASIL, 1988).

Empreendida tal incursão introdutória e retrospectiva, cumpre reafirmar que, no Estado Democrático de Direito modelado pelo texto constitucional, as funções e os fins do aparato estatal, as atividades pró-

prias do mercado e as relevantes contribuições do terceiro setor se encontram precisamente estipuladas.

Tal constatação vai de encontro ao que supõem os intérpretes que se dedicam à hermenêutica constitucional sem se apartarem das lentes refratárias do (neo)liberalismo, do (neo)marxismo, de um estatismo conservador ou de outros prismas ideológicos e que, por isso, formulam teorizações em grande medida inviáveis; ou pouco consistentes por não contarem com o respaldo de sólidos precedentes jurisprudenciais e dogmáticos e ao arrepio de todos os parâmetros de controle intersubjetivo da racionalidade da argumentação atualmente postos à disposição de todos pelas teorias da argumentação jurídica.

Isso posto, cumpre ainda deixar averbado que nos interessa especificamente demonstrar que o Estado brasileiro encontra-se comprometido com a concretização progressiva dos direitos sociais visando ao atingimento dos seus fins, no cumprimento das tarefas desenvolvimentistas próprias da ordem social. As funções estatais de planejamento e de formulação de políticas sociais não podem desconsiderar nem subtrair o papel constitucionalmente conferido à sociedade civil na coprodução do bem público, ainda que sob coordenação estatal quando atuarem em conjunto, conforme veremos a seguir.

3. Estado e terceiro setor na ordem social

O protagonismo estatal na ordem social, ainda hoje abordado por muitos sob a designação de “intervenção do Estado” e similares⁴, tra-

dicionalmente é associado ao desempenho das atividades estatais de prestação de serviços públicos e de fomento à atuação de entes estatais diversos e de entidades privadas que objetivam a realização de interesses da(s) coletividade(s).

No paradigma do Estado Democrático de Direito, o agir estatal na esfera social prende-se inelutavelmente aos fundamentos e fins da comunidade política que se realizam especialmente nessa seara por intermédio de ações focadas na progressiva concretização dos direitos sociais no contexto das políticas públicas.

Dessarte, em nosso pensar, a compreensão da política social constitucionalmente traçada como projeto a ser implementado pelo Estado e pela sociedade exige que se dedique atenção às noções de serviço público, fomento público e política pública como expressões dos esforços do poder público no cumprimento dos seus deveres.

Impõe-se, em seguida, evidenciar que o chamado terceiro setor cumpre destacado e reconhecido papel, conforme assentado no ordenamento jurídico brasileiro, na condição de colaborador inafastável da materialização do programa social perseguido impositivamente, o que passaremos a demonstrar.

3.1. A noção de serviço público

A noção de serviço público já foi considerada a pedra angular do Direito Administrativo na época em que a “Escola francesa do serviço público” hegemonizava o pensamento dos publicistas, destacando-se, dentre outros, Duguit, Jèze, Bonnard e Rolland como principais representantes de tal corrente do pensa-

⁴ É curioso notar que autores abertamente contrários ao ideário neoliberal não se desapegam da terminologia

de origem indiscutivelmente liberal. Mello (2015, p. 836) denominou o capítulo de “Intervenção do Estado no domínio social”; Zockun (2009) intitulou sua obra como “Da intervenção do Estado no domínio social”; Streck e Morais (2013) referem-se a “intervencionismo estatal”.

mento jurídico. Atribui-se a essa Escola ter deslocado a ênfase até então conferida à ideia de “poder” como caracterizadora do agir estatal para a ideia de “dever”, implícita na definição de “serviço público” (MELLO, 2015, p. 695-696).

Hoje, predomina no Brasil o entendimento de que a expressão serviço público é útil para definir uma parcela das múltiplas e distintas atividades estatais assim qualificadas em dado momento histórico porque consideradas como de grande relevância e interesse social pelo ordenamento jurídico. Decorre de tal reconhecimento a submissão dessas atividades a uma peculiar disciplina de direito público, ao regime jurídico administrativo principiologicamente conformado, construindo a doutrina noções de serviço público com base na integração de elementos de ordem subjetiva (titularidade), material (relativa à atividade) e formal (regime jurídico).

Nessa linha de raciocínio, é de Mello (2015, p. 695) uma das mais acatadas e referenciadas definições de serviço público na doutrina administrativista brasileira, vazada nos seguintes termos:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Para os fins que orientam o presente artigo, interessa destacar que a doutrina distingue as atividades qualificadas em nossa ordem jurídica como serviços públicos, entre outras classificações, em dois grupos:

a) serviços públicos privativos do Estado, que só podem ser prestados pelo Estado ou por quem for por ele credenciado;

b) serviços públicos não privativos do Estado, que compreendem as atividades que os entes estatais prestam sob regime especial – o regime jurídico-administrativo – e, por isso, e só por isso, são na hipótese alcançadas ao plano do serviço público, mas podem ser prestadas por pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, independentemente de concessão ou permissão estatal.

Os serviços públicos não exclusivos, também chamados serviços públicos sociais, compõem o grupo das atividades que se desenrolam na ordem social, particularmente nas áreas da educação, saúde, previdência e assistência social, que historicamente passaram a ser empregadas pelo Estado com a instituição do modelo do Estado Social de Direito, permanecendo como dever estatal em nosso Estado Demo-

crático de Direito vigente (FRANÇA, 2006, p. 9-11).

O que se afigura para nós indiscutível, à luz de uma interpretação consistente do texto constitucional, é que o Estado brasileiro, em todas as suas esferas, deve, em regra, desincumbir-se dos seus encargos atinentes à efetivação dos direitos sociais por meio da execução direta de serviços públicos, assim como pelo manejo da atividade de fomento público aos colaboradores dos setores privados e com a cooperação intergovernamental. A articulação dessa gama de ações a cargo dos seus diversos responsáveis deve ser promovida e assegurada instrumentalmente pelas políticas públicas, cujas particularidades serão abordadas logo em seguida ao fomento público.

3.2. A atividade de fomento público

O fomento se alinha ao serviço público e ao poder de polícia como integrante da tríade clássica na qual se enfeixariam as atividades da administração pública de acordo com tradicional lição doutrinária.

Em uma aproximação inicial, o fomento constitui técnica empregada por ente estatal para estimular e promover as iniciativas da sociedade vinculadas à satisfação de interesses públicos, despido o atuar estatal do signo da obrigatoriedade e sem que dele resulte a prestação de serviço público, o que extrema a atividade fomentadora das atividades inerentes ao exercício do poder de polícia e da execução de serviços públicos (ROCHA, 2006, p. 24). Por outro lado, tais atividades se avizinham, por quanto são deveres endereçados juridicamente ao alcance dos fins últimos da comunidade política.

Diga-se, ademais, que a técnica promocional do fomento público igualmente se di-

rigir à articulação da cooperação intergovernamental e intersetorial, e pretende otimizar tanto recursos materiais e humanos quanto os resultados almejados pela atividade pública.

O encargo estatal de fomento⁵, nos moldes do texto constitucional vigente, exige estímulos à cooperação no âmbito do setor público, a oferta de incentivos à iniciativa privada e o apoio às entidades do terceiro setor a fim de que se traduzam em realidade os objetivos da atividade de fomento público – o planejamento do desenvolvimento nacional e regional, a realização da ordem social (fomento social) e da ordem econômica (fomento econômico) –, sendo certo que em dadas circunstâncias tais fins estarão entrecruzados.

Os incentivos, apoios ou estímulos se materializam por formas e meios diversos, tais como aportes pecuniários (subvenções, auxílios, contribuições), cooperação e colaboração técnica, incentivos fiscais e creditícios, doação ou cessão de bens, custeio de projetos e programas, constituição de fundos, outorga de títulos honoríficos e vantagens a cidadãos e pessoas jurídicas, reconhecimento e qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, tudo isso viabilizado por leis, regulamentos, convênios, consórcios, termos de cooperação, contratos e parcerias.

Da bibliografia pesquisada extraímos e trazemos à colação o conceito de fomento público que nos pareceu mais apropriado e compatível com as ideias que acabamos de deixar averbadas. Consoante Moreira Neto (1994, p. 402),

⁵ Registro que a maior parte da doutrina pesquisada diverge da compreensão que ora defendemos de fomento como dever estatal. O pensamento majoritário é bem representado pelo averba a respeito Costa (2004, p. 87).

Podemos conceituar o fomento público como a atividade administrativa através da qual o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam a iniciativa dos administrados ou de outras entidades públicas e privadas para que desempenhem ou estimulem, por seu turno, atividades que a lei considere de interesse para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade.

Conforme amplamente demonstrado nas linhas anteriores, vastos são os campos nos quais a presença da atividade de fomento público se manifesta de modo claro e inequívoco. Ainda que se volte a atenção tão somente ao texto constitucional dedicado à ordem social buscando verificar nos seus dispositivos as referências a cooperação e colaboração, a incentivos, estímulos e apoio, a subvenção e auxílio, entre outras indicativas de ações fomentadoras, ainda assim o material garimpado certamente superaria em muito as necessidades e pretensões do estudo ora empreendido.

Por assim ser, optamos por apartar e identificar exclusivamente as referências literais que nos parecem poder ser enfeixadas como indiciárias de fomento direcionado às atividades educacionais, como dispositivos que permitem fundamentar e estruturar o direito social à educação. À guisa de resultado da pesquisa, colacionamos:

1 – É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionar os meios de acesso à educação (art. 23, V);

2 – Compete aos Municípios manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental (art. 30, VI);

3 – É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços das instituições de educação sem fins lucrativos atendidos os requisitos da lei (art. 150, VI, “c”);

4 – A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205);

5 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino (art. 211, *caput*);

6 – A União exercerá em matéria educacional função redistributiva e supletiva de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 211, §1º);

7 – Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório (art. 211, §4º);

8 – Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação, assim como assegurem a destinação de seu patrimônio a outra instituição congênere ou ao poder público caso encerrem suas atividades (art. 213, *caput*, I e II);

9 – Os recursos públicos poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando (art. 213, §1º);

10 – As atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do poder público (art. 213, §2º);

11 – O Plano Nacional de Educação, de duração decenal, articulará o sistema nacional em regime de colaboração devendo definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas (art. 214, *caput*);

12 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à educação (art. 227, *caput*) (BRASIL, 1988).

As disposições constitucionais arroladas autorizam supor que a efetivação do direito social à educação é incumbência compartilhada pelo Estado, pela sociedade, pela família e mesmo pelo cidadão individualmente, razão pela qual não se permite desconsiderar a imprescindibilidade da mútua colaboração entre os responsáveis, sob a coordenação do poder público.

Tal raciocínio viabiliza explicar o porquê de caber ao Estado concomitantemente ofertar o serviço público social educacional e fomentar as iniciativas voluntárias da sociedade objetivando a prestação educativa, não se podendo igualmente olvidar a regulação estatal da atividade de educação e a fiscalização de sua exploração pela iniciativa privada. Isso ocorre por estar pressuposto na disciplina constitucional ser a efetivação do direito fundamental social à educação encargo de tal monta que só pode ser alcançado com a conjugação de esforços das três esferas da vida comunitária.

Ademais do que se vem explicitando até o momento, não é desarrazoado inferir que o emprego equilibrado das atividades de serviço público e de fomento exige planejamento estatal e manejo de políticas públicas, instrumentos adequados à formatação da coprodução dos interesses coletivos.

3.3. Políticas públicas

O direcionamento político (regulação) e a atuação direta do Estado nas searas econômica e social têm por marco histórico a implementação do *New Deal* (novo pacto) após a crise de 1929, nos Estados Unidos da América. O mercado, até então autorregulado e único responsável pela condução do desenvolvimento, é chamado a coadjuvar o Estado, que atrai para si as tarefas de coordenação e promoção do processo de desenvolvimento.

A novel desembaraçada e deliberada *performance* estatal, qualificada sob o influxo da ideologia liberal como “intervencionismo estatal”, trouxe à luz a noção de políticas de governo como ideia que se encontra na essência do conceito de políticas públicas. Buscando uma aproximação inicial, é importante assentar que

1) as políticas públicas são instrumentos do desenvolvimento em sentido amplo, pois em geral pretendem levar a efeito ações e modificações no plano sobre o qual incidem;

2) as políticas públicas envolvem as noções de planejamento, plano, diretrizes, programas, metas, objetivos e valores, entre outras, salientando-se que toda atividade de planejamento deve ser pautada pelos parâmetros constitucionalmente estipulados (STRECK; MORAIS, 2014, p. 149);

3) é política a decisão sobre a adoção da política pública, e governamental a sua gestão; é estatal a responsabilidade última por sua implementação, mas deve ser assegurada a participação e a cooperação do terceiro setor e da iniciativa privada em todas as fases que integram o processo político-administrativo da política pública em face do reconhecimento de que não cabe exclusivamente ao poder público a satisfação dos interesses das coletividades em uma sociedade aberta, complexa e plural,

sendo possível e necessária a conjugação de esforços;

4) no plano da administração pública, deslocou-se o foco da atenção da aparelhagem burocrática estatal para iluminar o teatro de operações no qual se desenrola a gestão das políticas públicas.

A ciência da política pública (multidisciplinar, pragmática e normativa) fornece um modelo do processo de política pública no qual se identificam cinco estágios ou ciclos que não necessariamente se sucederão numa ordem linear:

a) montagem da agenda política: o ingresso do problema na pauta pública implica o reconhecimento de que ele se reveste de importância e que demanda apreciação e desate por poder estatal (legislativo, em regra; na maioria das vezes, por provocação do executivo);

b) formulação da política pública: comprehende a diagnose do problema e de suas implicações e repercussões setoriais e/ou gerais, a prognose, assim como a indicação provisória das soluções profiláticas ou terapêuticas;

c) tomada de decisão política: definição por órgão ou órgãos politicamente legitimados sobre a adoção ou não de uma política pública, questionando-se, nesse estágio, os estudos sobre o predomínio da racionalidade ou das injunções políticas;

d) a implementação da política pública: o estágio comprehende a alocação dos recursos materiais e humanos, a articulação e mobilização intersetorial e intergovernamental, a coordenação da cooperação da iniciativa privada e da sociedade civil visando traduzir em ações a decisão política expedida por lei ou ato infra-legal instituidor da política pública;

e) avaliação da política pública: o ciclo envolve a mensuração dos meios empregados, a apreciação do grau de atingimento dos objetivos perseguidos, a consideração precisa da eficiência e eficácia das ações.

cácia da política pública de modo a viabilizar julgamentos acerca da sua continuidade, ampliação, desaceleração ou correção de rota. A avaliação pode ser administrativa (efetivada pelos seus gestores ou outros órgãos da administração pública), jurisdicional (mediante provocação do judiciário pelos interessados legitimados), ou política (por agentes políticos, órgãos públicos ou pessoas jurídicas de direito público, organizações do terceiro setor, entidades representativas ou empresas da iniciativa privada ou ainda, mas não menos importante, pelos cidadãos em geral)⁶.

O modelo que destaca as fases ou estágios do processo da política pública permite que se identifique uma variação do universo de participantes no curso dos ciclos que compõem o procedimento político-administrativo preponderantemente aberto à consideração das contribuições dos interessados que se propõem a influir na solução de questões de expressão coletiva. Sobre o tema, afirma Heidemann (2014, p. 45-46):

De acordo com essa visão, a montagem da agenda é um estágio em que praticamente todos os atores políticos poderiam se envolver na deploração de um problema e na demanda por ação governamental. Em qualquer número em que se apresentem e participem, esses atores políticos podem ser considerados o *universo da política pública*. Já no estágio da formulação, apenas um subconjunto do universo da política pública (o *subsistema da política* em foco) participa na discussão das opções indicadas para lidar com os problemas reconhecidos como alvos de ação governamental. O subsistema é composto somente por aqueles atores que têm suficiente conhecimento de uma área temática-alvo ou o domínio sobre os recursos necessários para dar-lhes condições de participar no processo de desenvolvimento dos cursos alternativos de ação a serem definidos para enfrentar as questões (*issues*) levantadas no estágio da montagem da agenda. Quando se toma as opções propostas a implementar, o número de atores se reduz ainda mais; ele se limita aos membros do subsistema político-administrativo composto pelos *deliberadores governamentais oficiais*, isto é, apenas aos funcionários eleitos, juízes ou burocratas. Tão logo se dá início à implementação, porém, o número dos atores aumenta de novo ao nível relevante para o subsistema e, em seguida, finalmente, com a avaliação dos resultados da implementação, ele se expande mais uma vez, até abranger todo o universo da política pública.

Entre as inúmeras definições pesquisadas, elegemos a compreensão formulada por Maria Paula Dallari Bucci (apud GOTTI, 2012, p. 234-235) sobre o que se deve entender por política pública, deixando aqui averbado que o critério que presidiu a escolha foi unicamente a adequação da definição às ideias que até aqui sustentamos.

Segundo a autora, a política pública é

⁶ Adotamos aqui a classificação das fases apresentadas por Heidemann (2014, p. 37-45).

O programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados.

3.4. O terceiro setor e o seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro

Nas abordagens em torno do terceiro setor, são facilmente detectáveis divergências profundas quanto ao papel desempenhado pelos grupos juridicamente personificados que compõem essa parte delimitada da sociedade civil. Tais controvérsias parecem resultar particularmente de visões ideológicas dispareces acerca das delicadas e conflitivas relações entre indivíduo, sociedade e estado adotadas pelos autores, controvérsia cujo equacionamento talvez termine por exigir o sacrifício da liberdade de manifestação do pensamento, o que seria impensável no Estado Democrático de Direito. Contudo, em nossa opinião, a atuação, a relevância social e o crescimento do terceiro setor não podem ser escamoteados.

De regra, boa parte da literatura pesquisada endossa a doutrina social da Igreja Católica como fundamento teórico da necessidade de grupos intermediários (terceiros) como elos da relação indivíduo/Estado (família, associações, sindicatos). Nessa perspectiva, a intermediação cumpriria função de salvaguarda da autonomia, da liberdade e da dignidade humanas em face do Estado a ser contido (princípio da subsidiariedade).

De outro ponto de vista, o terceiro setor se afirma e se interpõe entre Estado e mercado no processo histórico de redefinição (ou superação, para alguns) das esferas pública e privada, expressando-se no universo jurídico pelo reconhecimento dos direitos difusos e coletivos, o que teria fragilizado a clássica e milenar dicotomia direito público/direito privado.

Essa compreensão sugere, com mais consistência e precisão, a instituição de uma terceira via no plano social, já dotada de assento de nascimento e patrimônio (direitos difusos e coletivos) juridicamente conferidos.

Outra interpretação estabelece o reconhecimento do terceiro setor enfatizando seus fundamentos na complexidade da sociedade na modernidade. Assim, a fragmentação pluralística do meio social seria o caldo de cultura em que proliferam os entes que pretendem expressar a multiplicidade de segmentos e suas reivindicações específicas e setorializadas, e desprovidos, por isso, de qualquer pretensão hegemônica quer em face da sociedade, quer diante do Estado.

Isso parece explicar por que o terceiro setor é percebido pela sociedade por seu viés *solidário*, ao passo que, através do prisma estatal, o terceiro setor é essencialmente parceiro a ser incentivado e apoiado em suas iniciativas.

Nessa linha de entendimento, pressupondo mantidas as condições que facultaram na contemporaneidade a erupção do terceiro setor no tecido social – o contexto de intensa diferenciação e fragmentação em curso –, temos por suficientemente esclarecidos os fundamentos e as circunstâncias que envolvem seu surgimento. Cumpre agora defini-lo, identificar as entidades nele compreendidas e suas relações com o Estado na ordem jurídica brasileira.

Em geral, a doutrina constrói o conceito de terceiro setor salientando sua posição intermédia entre os setores estatal e econômico, e

definindo como próprio de sua essência o desempenho de atividades de interesse(s) coletivo(s) sem perseguir a obtenção de lucro. Sob tal ótica, pontifica Rocha (2006, p. 15):

O nome terceiro setor indica os entes que estão situados entre os setores estatal e empresarial. Os entes que o integram são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da administração pública, mas que não almejam, entretanto, entre os seus objetivos sociais o lucro, e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e público.

Segundo Boaventura de Souza Santos (apud Paes e Santana, 2014, p. 183), o terceiro setor compreende as “instituições que tentam realizar o compromisso prático entre a eficiência e a equidade em atividades sociais, adotando a flexibilidade operacional típica de pessoas privadas sem prejuízo da busca da equidade social inerente a qualquer instituição pública”.

Acentue-se que a indissociabilidade que atrela umbilicalmente terceiro setor e direitos coletivos é hodiernamente ressaltada na doutrina dos direitos fundamentais sociais que propõe ao Estado os deveres de prestar serviços públicos e formular políticas públicas que contemplem a colaboração decisiva do *setor parceiro*, de modo a criar as condições indispensáveis à realização progressiva do projeto social desenvolvimentista, que tem em seu núcleo os direitos sociais. Nesse rumo, asseveram Paes e Santana (2014, p. 181):

Sabe-se que os direitos fundamentais sociais priorizam o coletivo em detrimento do individual. São direitos concebidos para atenuar desigualdades, para efetivar uma liberdade que crie condições propícias para a plenitude da dignidade da pessoa humana. O objeto dos direitos fundamentais sociais está em uma utilidade concreta pelo Estado, adotando medidas e políticas que se prestem à sociedade, à coletividade, para o qual se demonstra o relevante papel da sociedade civil organizada em coordenação com o terceiro setor na busca da efetividade de tais direitos.

No âmbito das relações Estado/terceiro setor, o maior relevo é geralmente dado à via de mão dupla pavimentada pelo fomento público: em um sentido, o Estado suplementa com recursos públicos os investimentos privados carreados à satisfação de interesses da(s) coletividade(s) e, no sentido inverso, o setor parceiro complementa no seu atuar os esforços estatais que perseguem o alcance de fins sociais (colaboração mútua sob a coordenação política do ente estatal).

Todavia, não se pode olvidar que o Estado igualmente se relaciona com o terceiro setor quando fiscaliza e regula a “esfera pública não es-

tatal” nos termos da Constituição e da legislação infraconstitucional, consoante saliente França (2006, p. 16).

Nesse passo, interessa aqui gizar os contornos de alguns dos moldes previstos no ordenamento jurídico brasileiro para o enquadramento e definição das organizações não governamentais que serão admitidas como colaboradoras do Estado na concretização do programa social constitucional e, por isso, aptas à fruição dos estímulos e incentivos do poder público.

Saliente-se que o texto constitucional e a regulação infraconstitucional direcionam o fomento público social às pessoas jurídicas de direito privado (associações e fundações) que não pretendam auferir lucros em decorrência do desempenho de suas atividades, devendo ainda tais entidades destinar seus esforços e ações à realização universal de fins específicos de natureza social e de interesse da(s) coletividade(s), sob quaisquer dos seguintes figurinos jurídicos traçados pela legislação federal:

a) Entidades de utilidade pública. A Lei nº 91/35 disciplina o reconhecimento de pessoas jurídicas de direito privado constituídas no país com o fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade, desde que tenham personalidade jurídica, estejam em efetivo funcionamento e não persigam escopo lucrativo, não remunerem os cargos de sua diretoria, conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos, exceto no caso de associações assistenciais ou fundações sem fins lucrativos, cujos dirigentes poderão ser remunerados, desde que atuem efetivamente na gestão executiva, respeitados como limites máximos os valores praticados pelo mercado na região correspondente à sua área de atuação (art. 1º e alíneas, com as modificações introduzidas pela Lei nº 13.151/2015). O ato de outorga do título de utilidade pública foi delegado ao ministro de Estado da Justiça pelo Decreto Federal nº 3.415/00 (COSTA, 2015, p. 88), viabilizando-se a partir de então o desfrute dos incentivos próprios da atividade de fomento social pela pessoa jurídica agraciada.

b) Organizações sociais (OS). A Lei nº 9.637/1998 trouxe a lume no ordenamento jurídico brasileiro um título jurídico especial que define nova forma de parceria entre os setores público e privado via contrato de gestão de serviços em determinadas áreas de interesse da coletividade. Assim, o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (art. 1º da Lei das OS).

c) Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP. A Lei nº 9.790/99 trata da qualificação pelo Estado de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos como OSCIP. A partir do reconheci-

mento, o ente do terceiro setor poderá estabelecer relação de colaboração com o Estado por meio do ajuste de termo de parceria nas áreas de assistência social, saúde, educação, entre outras indicadas no art. 3º do mencionado diploma normativo.

d) Entidades benfeicentes de assistência social. Nos termos da Lei nº 12.101/09, a certificação das entidades benfeicentes de assistência social e a isenção de contribuições para a seguridade social serão concedidas às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades benfeicentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação (art. 1º). Tais entidades deverão obedecer ao princípio da universalidade do atendimento, sendo vedado dirigir suas atividades exclusivamente a seus associados ou a categoria profissional (art. 2º). Disciplina a lei os procedimentos que deverão ser observados para a outorga do novel título de entidade benfeicente de assistência social para a fruição de incentivos fiscais, assim como fixa as regras atinentes à fiscalização dos entes do terceiro setor assinalados com o certificado. Destaque-se ainda que o reconhecimento possibilita às entidades o desfrute de outros incentivos e apoios inerentes à atividade fomentadora estatal.

Frise-se, nesse passo, que as referências constitucionais e legais a pessoas jurídicas compreendidas no setor parceiro por intermédio de outras designações (confessionais, comunitárias, filantrópicas, assistenciais etc) não devem fazer supor titulações diversas dos títulos aqui arrolados. As mencionadas pessoas jurídicas de direito privado, em geral, se amoldam à perfeição aos figurinos traçados na legislação infraconstitucional indicadas nas alíneas “a” a “d” *supra*.

A seguir, passaremos à análise de caso concreto visando aferir se o poder executivo fede-

ral, mais precisamente o Conselho Nacional de Educação, vem observando, no exercício de função normativa, os parâmetros constitucionalmente estabelecidos relacionados ao reconhecimento da colaboração mútua entre o setor público e o terceiro setor com vistas à realização progressiva do direito fundamental social à educação, titularizado pela cidadania em geral e especificamente pelas pessoas com deficiência.

4. Análise da ofensiva governamental destinada a inviabilizar as iniciativas das Organizações Não Governamentais (ONG) dedicadas exclusivamente à educação especial

No dia primeiro de julho de 2015, a Comissão de Educação da Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Decreto Legislativos nº 2.846/10, que susta os efeitos do disposto no §1º do art. 29 da Resolução nº 4/2010 da Câmara de Educação Básica (CEB) do Conselho Nacional de Educação (CNE), por entender que o ato do executivo exorbita do poder regulamentar nos termos do art. 49, V, da CF/1988, por se encontrar em descompasso com preceitos constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à espécie.

A divulgação da deliberação parlamentar⁷ no curso de procedimento legislativo ainda em tramitação trouxe a questão ao debate público deflagrado no mundo virtual, sendo certo que ao menos um grupo de internautas, exercitando a saudável e constitucional liberdade de pensamento e expressão, vem buscando cap-

⁷ “Comissão muda resolução de conselho para garantir acesso a educação especial”. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias>>. Acesso em: 6 jul. 2015.

tar adeptos em torno de uma petição⁸ *on-line* contrária ao sobreditó projeto por entendê-lo discriminatório às pessoas com deficiência.

Como sói acontecer em uma sociedade plural, o posicionamento não conclusivo da Comissão de Educação da Câmara dos Deputados indiscutivelmente entusiasmou as entidades do terceiro setor que se dedicam há décadas à prestação de serviços de interesse coletivo de educação especial das pessoas com deficiência no Brasil e, nos últimos anos, têm sido encaradas por setores ligados ao aparelho estatal, articulados a parcelas da sociedade civil, como representantes de um paradigma da integração superado historicamente.

Assim, a celeuma contrapõe especialmente duas das mais expressivas correntes de opinião na matéria: de um lado, parte do terceiro setor que invoca em seu favor um compromisso de assistência às pessoas com deficiência, sustentado em épocas nas quais o poder público pouco ou nada fazia em prol desse segmento da população nacional; de outro, entrincheiram-se setores do aparelho estatal e representantes da sociedade civil que apregoam ser a atuação estatal na área (a única) adequada e suficiente ao atendimento do universo das pessoas com deficiência e, por conseguinte, a modalidade de educação especial não mais deve subsistir em nossa ordem jurídica, impondo-se o imediato encerramento das atividades das entidades que a desenvolvem com o caráter de atividade exclusiva.

Feita essa brevíssima e despretensiosa contextualização, faz-se mister verificar o conteúdo do dispositivo impugnado inserto na Resolução nº 4/10 do Conselho Nacional da Educação, *in verbis*:

⁸ “Petição *on-line* contra o Projeto de Decreto que ameaça a inclusão escolar”. Disponível em <<http://inclusao.com.br>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

Os sistemas de ensino devem matricular os estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação nas classes comuns do ensino regular e no Atendimento Educacional Especializado (AEE), complementar ou suplementar à escolarização, ofertado em salas de recursos multifuncionais ou em centro de AEE da rede pública ou de instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos (BRASIL, 2010a).

O dispositivo sugere que as organizações não governamentais que se dedicam a prestar serviço de educação especial a alunos com deficiência não mais poderiam continuar atuando exclusivamente na educação especial. Poderiam tão somente prestar o atendimento educacional especializado, complementar ou suplementar, em colaboração com o setor público, mas seus alunos necessariamente deveriam ser matriculados no sistema regular de ensino público.

Cumpre agora confrontar a prescrição normativa acima epigrafada com o texto constitucional e a legislação infraconstitucional que com ela se correlaciona em nosso entender, buscando assim a formulação de um posicionamento refletido e minimamente consistente sobre o tema.

Na Constituição de 1988, o direito à educação deve ser compreendido em sua plenitude associado aos fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º), aos objetivos perseguidos pelo Estado Democrático de Direito (art. 3º), assim como ao seu *status de direito fundamental social* (art. 6º).

Nessa abordagem mais alargada, a doutrina contemporânea reconhece um vínculo inafastável entre o direito à educação e o princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana. Consoante Barroso e Barcellos (2003, p. 40-41), todo princípio dispõe de um núcleo em cujo âmbito opera como

regra, sendo o mínimo existencial precisamente o núcleo do princípio da dignidade humana. O direito ao ensino fundamental constitui parte saliente do mínimo existencial. Logo, a universalização da educação fundamental é imperativo que tem assento constitucional.

Trata-se de direito reconhecido a todos cujo adimplemento incumbe ao Estado e à família, com a colaboração da sociedade, uma vez que a universalização do direito pretende assegurar a cada um o pleno desenvolvimento de sua personalidade, prepará-lo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205). Ademais, está expressamente disposto na Constituição que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito constitui direito público subjetivo (§1º do art. 208).

Tais premissas seguramente autorizam concluir ter a Constituição brasileira reconhecido às pessoas com deficiência, como parcela constitutiva da comunidade humana, o direito fundamental social à educação, visto tratar-se de componente essencial do mínimo existencial.

Considerando que o processo educacional das pessoas com deficiência é caracterizado por peculiaridades decorrentes dos impedimentos próprios do fenômeno da deficiência e da interação de tais fatores com obstáculos atitudinais e ambientais presentes na maioria das escolas, cuidou o constituinte originário de assinalar o dever do Estado e da sociedade de assegurar o atendimento educacional especializado preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III). Assim, é possível concluir que o Estado brasileiro, a partir de 05 de outubro de 1988, se encontra juridicamente comprometido com o acesso das pessoas com deficiência às instituições que compõem o sistema regular de ensino.

Por outro lado, ainda em razão do estabelecido nos arts. 205 e 208, III, e das ponderações assentadas nas seções 2 e 3 deste estudo – o dever estatal de fomentar as iniciativas do terceiro setor direcionadas a colaborar com o Estado na efetivação dos direitos fundamentais sociais –, não se há de negar que a ordem constitucional admite e prestigia a efetiva contribuição das entidades que prestam serviços de educação especial em razão de tal atividade assegurar a escolarização básica de crianças e jovens que não frequentam as escolas comuns por não se encontrarem essas em condições de recebê-los, nem de prestar-lhes educação de qualidade.

Com base nos parâmetros constitucionais atinentes à matéria, foram expedidos diplomas legislativos que versam sobre o direito das pessoas com deficiência à educação. Cumpre aqui destacar que

1 – A Lei nº 7.853/1989 estabeleceu caber ao poder público assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno desfrute do direito à educação, devendo ser dispensado tratamento prioritário e adequado à viabilização de medidas efetivas para a inclusão da educação especial

em todos os níveis do sistema educacional; a inserção das escolas especiais, privadas e públicas, no sistema educacional; a oferta obrigatória e gratuita da educação especial na rede pública; a oferta obrigatória de educação especial pré-escolar para educandos portadores de deficiência internados em instituições hospitalares; a garantia aos alunos com deficiência de todos os benefícios concedidos aos demais alunos; a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino (art. 2º, parágrafo único, I, “a” a “f”);

2 – A sobredita lei, em seu art. 8º, I, criminalizou as condutas de “recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta” (BRASIL, 1989);

3 – A Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (Lei nº 9.394/1996), em seu art. 58, com a redação dada pela Lei nº 12.796/2013, define a educação especial como a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino para educandos com deficiência, transtornos globais de desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação;

4 – A LDB, em seu art. 60 e parágrafo único (redação da Lei nº 12.796/2013), dispõe sobre o apoio técnico e financeiro estatal às instituições privadas sem fins lucrativos, especializadas e com atuação exclusiva na educação especial, ao mesmo tempo em que reafirma o compromisso maior ainda não cumprido pelo poder público de levar a cabo todas as adequações das escolas da rede regular de modo a assegurar o direito ao acesso e à inclusão plena dos educandos com deficiência no sistema geral (BRASIL, 2013);

5 – A Lei nº 10.845/2004, objetivando garantir a universalização do atendimento especializado e a progressiva inserção dos educandos portadores de deficiência nas classes comuns do ensino regular (art. 1º), instituiu o repasse de assistência financeira pela União às entidades privadas sem fins lucrativos que prestem serviços gratuitos na modalidade de educação especial, proporcional ao número de alunos apurado no censo escolar, determinando que a atividade de fomento será implementada automaticamente pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, sem necessidade de convênio, ajuste, acordo ou contrato, mediante depósito em conta corrente específica (art. 2º e parágrafos);

6 – A Lei 10.845/2004, em seu art. 3º, ainda faculta aos demais entes da federação fomentar as iniciativas das instituições do terceiro setor na oferta da educação especial por meio da cessão de recursos materiais e humanos, repasse de recursos financeiros e oferta de transporte escolar aos alunos matriculados nas ONG;

7 – O Plano Nacional de Educação – PNE, instituído pela Lei nº 13.005, de 24 de junho de 2014, a ser executado no prazo de 10 (dez) anos, fixa entre suas diretrizes a erradicação do analfabetismo, a universalização do atendimento escolar, a superação das desigualdades educacionais, a erradicação de todas as formas de discriminação e a melhoria da qualidade do ensino;

8 – A Meta nº 04 do PNE pretende, em uma década, universalizar o acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado preferencialmente na rede regular de ensino, com a garantia de sistema educacional inclusivo, de salas de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados públicos ou privados, para a população de 04 (quatro) a 17 (dezessete) anos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação;

9 – Para o alcance da aludida meta, o PNE traça 19 (dezenove) estratégias. Interessa aqui salientar que as estratégias 17, 18 e 19 cuidam das parcerias que o poder público deverá firmar com as ONG, a fim de viabilizar a implementação da Meta 04. Quanto às demais (1 a 16), além de fixarem as tarefas estatais direcionadas à universalização do direito à educação do público-alvo da educação especial, evidenciam que a rede pública regular de ensino se encontra muito distante de assegurar a inclusão plena e o ensino de qualidade às pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com os demais estudantes.

Destarte, o disposto no §1º do art. 29 da Resolução nº 4/2010 – CNE/CEB, inspirado na Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da educação inclusiva – PNNE, formulada pelo Ministério da Educação no ano de 2008, acha-se em descompasso, quer na forma, quer no conteúdo, com o texto constitucional e a legislação ordinária. Sem ingressar no debate sobre a competência para o delineamento de políticas públicas, temos por indvidoso que uma política pública não pode, no Estado Democrático de Direito, ser instituída por autoridade administrativa em aberta desarmonia e afronta ao princípio da legalidade administrativa⁹.

Ocorre que os que entendem não ser atualmente viável o desempenho das atividades próprias da educação especial pelas ONG que tradicionalmente atendem educandos com deficiência asseveram que o texto constitucional brasileiro, após a incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD, inadmite outro espaço educacional que não aquele inserto no sistema regular e universal de ensino.

É certo que o direito fundamental à educação passa a ter disciplina mais minudente com a inserção no bloco de constitucionalidade da CDPD pelo Congresso Nacional, com a observância do procedimento previsto no §3º, do art. 5º, da Carta Republicana de 1988, cuja vigência no plano interno é assinalada pelo Decreto Presidencial nº 6.949/2009.

⁹ A situação se reveste de maior gravidade e, por isso mesmo, exige o aprofundamento da reflexão e do debate, quando se tem em mira que a sobredita política nacional foi cancelada por dois decretos (Decreto nº 6.57/2008 e Decreto nº 7.611/2011), e recentemente foi respaldada pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que expediu guia de atuação ministerial em 2014, no qual se orientam os membros do *parquet* a contribuir na implementação da política ora questionada.

O propósito da Convenção é a universalização dos direitos humanos para as pessoas com deficiência, minoria que enfrenta uma série de barreiras atitudinais e ambientais ao desfrute dos mencionados direitos em igualdade de condições com as demais pessoas, conforme se infere de todo o texto do Tratado e de seu artigo inaugural em particular.

No que se refere à educação, a Convenção de Nova York impõe ao Estado que a ratificou que assegure às Pessoas com Deficiência – PCD o direito ao ingresso no sistema regular de ensino em quaisquer dos seus níveis, de modo a fazer cessar as exclusões fundadas na deficiência (art. 24, II, “a”). Além disso, outras providências devem ser adotadas visando ao alcance da meta de inclusão plena (art. 24, “b”, “c”, “d”, “e”, III, IV e V).

Não estabeleceu o texto convencional qualquer proibição imediata ou futura de funcionamento, para além do sistema educacional geral, de escolas ou classes especiais. O que indiscutivelmente não se pode admitir é a negação da matrícula de PCD em instituição de ensino pública ou privada em decorrência exclusiva de sua(s) deficiência(s).

A grande mudança que se vem operando nos últimos anos não se deu no plano jurídico, mas sim na esfera administrativa, não obstante o quanto paradoxal tal afirmação aparente ser à primeira vista, quando não se olvida o princípio da legalidade administrativa. Com efeito, tudo parece indicar que o executivo federal vem atuando sob inspiração de compreensão equivocada e juridicamente insustentável.

Ao invés de buscar a conjugação de esforços para concretizar o direito à educação das PCD, passou o Ministério da Educação a atuar objetivando efetivar a migração compulsória dos alunos público-alvo da educação especial das escolas especiais mantidas pelo terceiro setor para as escolas das redes públicas e pri-

vadas de ensino a toque de caixa, sem maiores cautelas nem providências imprescindíveis à adequação das instituições de ensino receptoras da nova clientela.

É evidente que o direito de não ser excluído do sistema geral de ensino não pode ser convertido por autoridades administrativas em dever imposto às PCD e suas famílias. Há que se ter em mira que igualmente são reconhecidos às PCD a condição humana, o respeito à identidade, à autonomia, à independência e à liberdade de fazer as próprias escolhas.

Assim, em tese, impõe-se admitir à faculdade de uma pessoa com deficiência (e/ou sua família) decidir adquirir conhecimentos e formação em instituição educativa não necessariamente inserta no molde próprio das entidades educacionais do sistema regular de ensino.

Acentue-se ainda que a CDPD, assim como os documentos internacionais que a antecederam e inspiraram o seu conteúdo¹⁰, empresta grande destaque à atuação das organizações da sociedade civil e da sociedade em geral como partícipes e parceiras do Estado no processo que objetiva a universalização dos direitos das pessoas com deficiência, inclusive na formulação, execução, monitoramento e avaliação das políticas públicas que perseguem a inclusão plena.

Na pesquisa que empreendemos, ficou assentado que, no Brasil, o terceiro setor foi pioneiro e o maior protagonista da educação especial, ao passo que o poder público apenas

¹⁰ Particularmente, a “Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes”, proclamada por resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1975; o “Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes”, 1982 – ONU; as “Normas para equiparação de oportunidades para Pessoas com Deficiência”, 1993-ONU; a “Declaração de Salamanca”, aprovada pela Conferência Mundial de Educação Especial, em 10 de junho de 1994; a “Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência” (Convenção da Guatemala), 1999 – OEA.

promoveu na área iniciativas isoladas ou muito restritas (CARNEIRO, 1998, p. 130). Tal assertiva é igualmente referendada pelas estatísticas levantadas e divulgadas pelo MEC/INEP. Assim, a migração forçada dos alunos das escolas especiais para as classes comuns da rede regular levanta dúvidas quanto aos resultados atuais e futuros da política ora implementada.

Tal circunstância histórica peculiar – e os documentos internacionais orientam considerar as especificidades nacionais – pode autorizar conclusão de que no Brasil as escolas especiais não podem, sem maiores reflexões, ser encaradas como segregacionistas (à semelhança das arcaicas, degradantes e superadas “colônias de leprosos”) nem discriminatórias (em equiparação injustificada com o igualmente superado *apartheid* educacional norte-americano).

Em nosso pensar, a oferta da educação especial pelas organizações não governamentais deve ser entendida à luz da ideia de *discriminação positiva* que se encontra na base das *ações afirmativas*¹¹ e é aceita internacionalmente, não se confundindo com as *discriminações negativas*, estas vedadas pelo princípio da não discriminação.

Ademais, uma atenta leitura das resoluções da ONU que precederam a CDPD permite inferir que os documentos partem da constatação de que, na maioria dos países, a educação prestada por entidades especializadas às pessoas com deficiência era, em geral, de qualidade inferior à escolarização assegurada pelo sistema geral de ensino.

Destarte, a incorporação dos alunos com deficiência ao sistema regular, previamente adaptado para tanto, implicaria a prestação de

serviço educacional de melhor qualidade aos estudantes com deficiência em igualdade de oportunidades com o alunado nacional. No que diz respeito à rede pública de ensino brasileira para onde migraram, em sua maioria, os alunos cooptados das escolas do terceiro setor (segundo o Censo da Educação Básica – 2013), fatos públicos e notórios, dados oficiais e notícias rotineiramente veiculadas pela mídia colocam em xeque as virtudes da transferência compulsória e precipitada dos estudantes, assim como a própria capacidade da rede pública para recebê-los.

Assim é porque os sistemas públicos de ensino municipais e estaduais, principais responsáveis pela prestação de serviços educacionais no âmbito da educação básica no Brasil, salvo honrosas exceções, encontram-se enredados em impasses tão graves que suscitam dúvidas acerca de sua funcionalidade e eficiência, particularmente:

1 – o déficit de vagas na educação infantil, o que impossibilitará *in concreto* a observância da diretriz da intervenção precoce em matéria de deficiência (princípio internacionalmente reconhecido e de capital importância nas áreas da saúde, habilitação/reabilitação e educação);

2 – a ausência ou insuficiência da capacitação dos professores em educação especial;

3 – a inexistência, em regra, de quadro permanente de profissionais de apoio (mobilidade, higiene, alimentação etc) aos alunos com deficiência nas escolas públicas;

4 – a ausência de quadros de especialistas para orientação e acompanhamento dos profissionais da educação e da comunidade escolar como um todo;

5 – a não ocorrência de intervenções direcionadas a tornar as unidades escolares acessíveis (espaço físico, comunicação e informação, material didático, transporte etc);

¹¹ Os documentos internacionais costumam indicar ações afirmativas com o emprego da expressão *medidas adequadas à aceleração da igualdade de oportunidades*.

6 – a baixa qualidade do ensino público obrigatório e gratuito evidenciada em pesquisas e avaliações;

7 – as interrupções do ano letivo por movimentos grevistas dos profissionais da educação e os consequentes prejuízos no processo de ensino e aprendizagem;

8 – os salientes índices de evasão escolar;

9 – o assustador incremento de comportamentos agressivos nas escolas públicas e a resultante vitimização dos que integram a comunidade escolar;

10 – as insuficientes provisões de recursos materiais e humanos;

11 – o comprometimento dos orçamentos públicos na área da educação com a remuneração do pessoal e a insuficiente destinação de recursos para manutenção dos equipamentos e melhoria da qualidade do ensino;

12 – o tradicional desprestígio da atividade de planejamento que impede inversões eficientes, redimensionamento e redirecionamento das instituições de ensino dos sistemas, de modo a atender as reais demandas da população.

A endêmica manifestação dos problemas acima elencados não pode ser desconsiderada em uma detida análise da realidade do ensino obrigatório público e gratuito no Brasil. Aqui nos interessa apenas chamar a atenção para os entraves que devem ser equacionados para que se considere possível e viável o alcance da inclusão plena dos alunos com deficiência no(s) sistema(s) regular(es) de ensino.

Não se olvide que o analfabetismo no Brasil, talvez o maior óbice à cidadania plena e inquestionável confirmação de violação de direitos fundamentais decorrente de histórica omissão estatal, atinge com mais intensidade a parcela da população com deficiência em todas as faixas etárias e nas cinco regiões do país, segundo o Censo Demográfico de 2010. Se as-

sim o é, certamente pior seria caso a sociedade civil tivesse permanecido alheia à educação das pessoas com deficiência.

Definitivamente, é descabido atribuir às escolas especiais instituídas por organizações não governamentais qualificações negativas (segregadoras, excludentes e discriminatórias).

Ficou evidenciada na pesquisa uma forte tendência a rejeitar as escolas especiais porque elas seriam representativas do denominado *paradigma da integração*. Tal modelo de compreensão das relações entre pessoa com deficiência e sociedade veio a ser superado, na área da educação, pelo advento do *paradigma da inclusão*, formulado pela Declaração de Salamanca, em 1994.

Enquanto no modelo anterior a pessoa com deficiência deveria dispor de condições para ser escolarizada em instituição de ensino regular, sob pena de ser encaminhada a classe ou escola especial, no atual modelo é a escola quem deve adequar-se às necessidades próprias de cada aluno com deficiência.

Ocorre que há uma distância abissal entre a superação teórica de um modelo e a implantação efetiva do novo protótipo, conforme demonstra a realidade brasileira. Dessarte, embora muitos não percebam, apagar as luzes e cerrar as portas das escolas especiais, logo em seguida à evacuação acelerada do prédio (política da migração compulsória), ao mesmo tempo em que aparentemente resolve um velho problema, imediatamente faz surgir um novo (ou o mesmo?): alunos são “incluídos” em uma instituição de ensino inadequada, desprovida das condições materiais e humanas para escolarizá-los com qualidade, precipuamente quando se trata de educandos com deficiências severas.

Não se discute que o texto constitucional hoje vigente adota o paradigma do sistema educacional inclusivo em todos os níveis, par-

ticularmente em face do que dispõe o art. 24 da Convenção de Nova York. Entretanto, a afirmação do paradigma pretende assegurar o acesso de todas as pessoas com deficiência a toda e qualquer instituição de ensino pública, privada ou do terceiro setor. Em nenhum momento, a leitura do texto da Convenção parece aceitar exegese no sentido de excluir qualquer forma ou modalidade educacional.

Ademais, a interpretação esposada pelos que se opõem sem maiores reflexões à atuação dos entes do terceiro setor na área da educação de pessoas com deficiência afigura-se como extremamente perigosa e inviável. Lembre-se aqui que, no Direito Internacional dos Direitos Humanos, impera o princípio da vedação ao retrocesso social.

Por esse prisma, tendo em vista que governo e sociedade reconhecem que no Brasil expressivo percentual das pessoas com deficiência não desfrutam atualmente do direito à educação, bem como que a rede pública de ensino, em quaisquer dos seus níveis, não se encontra adequada às normas que disciplinam a prestação do serviço educacional a essa parcela da população, impedir a atuação das entidades do terceiro setor irremediavelmente acarretará retrocesso social.

Pelo que se expôs e à luz das premissas anteriormente estabelecidas, parece razoável afirmar que a efetivação progressiva do direito fundamental social das pessoas com deficiência à educação no Brasil é encargo que exige a atuação simultânea e parceira do poder público e das entidades que integram o terceiro setor, conforme as balizas fixadas em sede constitucional e infraconstitucional.

5. Considerações finais

A plataforma social fixada com base nos fins estatais direcionados à promoção do bem comum, à construção de uma sociedade livre, justa, solidária e fundada na dignidade da pessoa humana pressupõe e se inter-relaciona com o processo dinâmico do desenvolvimento (político, social, econômico, cultural, sustentável...).

O Estado brasileiro, em todas as suas esferas, deve, em regra, desincumbir-se dos seus encargos atinentes à efetivação dos direitos fundamentais sociais tanto por meio da prestação direta de serviços públicos, quanto pelo manejo do instrumento de fomento às atividades do setor parceiro e da cooperação intergovernamental.

A atividade político-administrativa de formulação de políticas públicas sociais não pode desconsiderar nem desprestigar o papel constitucionalmente reconhecido à sociedade civil, particularmente ao terceiro setor, na coprodução dos interesses da coletividade, sob a coordena-

ção política estatal quando atuarem em conjunto perseguindo a realização progressiva dos direitos da ordem social.

A Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva traçada e encampada pelo Ministério da Educação desde 2008, chancelada pela chefia do executivo federal e apoiada pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, a par de desconsiderar princípios constitucionais fundamentais, vai de encontro a inúmeros dispositivos da legislação ordinária em vigor, assim como não encontra respaldo na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD.

A mudança de rota empreendida por autoridades administrativas federais não se justifica na perspectiva da juridicidade e enseja fundadas dúvidas e preocupações no plano pragmático em face das conhecidas mazelas do sistema público regular de ensino.

Nessa ordem de ideias, a política de migração compulsória e acelerada dos alunos das escolas mantidas pelo terceiro setor para as instituições educacionais da rede regular pública pode implicar resultados diversos dos pretendidos: pode acarretar (ou ter acarretado) retardo no processo de universalização do direito, queda da qualidade do ensino ofertado às pessoas com deficiência, submissão dos alunos cooptados à discriminação e a preconceitos em ambientes escolares objetivamente inadequados e subjetivamente avessos à inclusão, entre outras consequências graves.

Assim, a frenagem brusca e sub-reptícia levada a cabo pelo executivo federal – não antecedida de amplo e amadurecido diálogo com os demais poderes e instituições estatais, com os tradicionais parceiros ora desincentivados e escanteados, com os interessados diretamente atingidos (pessoas com deficiência e suas famílias e organizações), profissionais da educação, especialistas e com a sociedade em geral – afigura-se como medida estatal incompatível com o Estado Democrático de Direito constitucionalmente delineado no texto vigente.

Considerando que o Projeto de Decreto Legislativo nº 2.846/2010 limita-se a investir contra um aspecto da questão, urge que o Poder Legislativo, em vez de aguardar o Judiciário, insira em sua pauta a política ora implementada, tendo em conta a fundamentalidade do direito das pessoas com deficiência à educação, integrante do mínimo existencial, salvaguardado igualmente pelo princípio da vedação ao retrocesso.

Por fim, parece ser indispensável a ampliação do debate público e o aprofundamento das pesquisas sobre as alternativas postas e suas consequências, em ambientes respeitosos à pluralidade de opiniões estribada na liberdade de manifestação do pensamento, para além dos dados e do discurso oficial, ambos unilaterais e comprometidos.

Sobre o autor

Vicente Elísio de Oliveira Neto é mestrando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação (PPGD) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); e promotor de justiça do Estado do Rio Grande do Norte.
E-mail: vicenteelisio@yahoo.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹²

CONSTITUTIONAL ASPECTS OF THE STATE/THE THIRD SECTOR RELATIONSHIP AND THE ASSURANCE OF THE RIGHT TO EDUCATION OF PERSONS WITH DISABILITIES

ABSTRACT: The article aims to identify the constitutional premises of state/market/ third sector relations, which direct the combination of forces leading to the progressive implementation of social rights. In the social order, mutual cooperation between the government and the sector partner is allowed through public policies. The conflict that splits the federal executive and third sector organizations was triggered with the designing by the Ministry of Education of the National Special Education Policy (2008). The disentangling of the impasse demand the establishment of the most appropriate route to the universal right to education of persons with disabilities, moving away from the risk of kickback.

KEYWORDS: STATE/THIRD SECTOR. PUBLIC POLICY. EDUCATION. PEOPLE WITH DISABILITIES. LEGISLATIVE DECREE PROJECT NO. 2.846/2010.

Como citar este artigo

(ABNT)

OLIVEIRA NETO, Vicente Elísio de. Aspectos constitucionais da relação Estado/terceiro setor e a garantia do direito das pessoas com deficiência à educação. *Revista de informação legislativa*: RIL, v. 53, n. 211, p. 167-197, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p167>.

¹² Sem revisão do editor.

(APA)

Oliveira Neto, Vicente Elísio de. (2016). Aspectos constitucionais da relação Estado/terceiro setor e a garantia do direito das pessoas com deficiência à educação. *Revista de informação legislativa: RIL*, 53(211), 167-197. <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p167>.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história*: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. 2003. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaprof/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2016.

BEDIN, Gilmar Antônio. Direitos humanos e desenvolvimento: algumas reflexões sobre a constituição do direito ao desenvolvimento. *Desenvolvimento em questão*, ano 1, n. 1, jan./jun. 2003. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935. Determina regras pelas quais são as sociedades declaradas de utilidade pública. *Diário Oficial da União*, 4 set. 1935.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 25 out. 1989.

_____. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da União*, 23 dez. 1996.

_____. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 18 maio 1998.

_____. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 24 mar. 1999.

_____. Lei nº 10.845, de 5 de março de 2004. Institui o Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 8 mar. 2004.

_____. Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009. *Diário Oficial da União*, 30 nov. 2009.

_____. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. *Resolução nº 4, de 13 de julho de 2010*. Define diretrizes curriculares nacionais gerais para a educação básica. 2010a. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004_10.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. *Marcos políticos-legais da Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva*. Brasília: Secretaria de Educação especial, 2010b.

_____. Lei nº 12.796, de 4 de abril de 2013. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a formação dos profissionais da educação e dar outras providências. *Diário Oficial da União*, 5 abr. 2013.

_____. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o plano nacional de educação – PNE e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 26 jun. 2014.

_____. Lei nº 13.151, de 28 de julho de 2015. *Diário Oficial da União*, 29 jul. 2015.

CAIADO, Kátia Regina Moreno. Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiências: destaques para o debate sobre a educação. *Educação Especial*, Santa Maria, v. 22, n. 35, p. 329-338, set./dez. 2009. Disponível em <<http://www.ufsm.br/revistaeducacaoespecial>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

CARNEIRO, Moaci Alves. *LDB Fácil: leitura crítico-compreensiva artigo a artigo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

COSTA, José Marcelo Ferreira. *Organizações sociais: comentários à Lei Federal nº 9.637*, de 15 de maio de 1998. São Paulo: Atlas, 2004. (Coleção Direito Administrativo Positivo, v. 14).

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*, n. 6, jun./ago. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-6-JUNHO-2006-WLADIMIR%20DA%20ROCHA.pdf>>. Acesso: 23 fev. 2016.

GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIA de atuação ministerial: pessoa com deficiência e o direito à acessibilidade, ao atendimento prioritário, de acesso ao concurso público, à educação inclusiva, ao apoio na curatela. Brasília: CNMP, 2014.

HEIDEMANN, Francisco G. (Org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2014.

INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. *Censo escolar da educação básica 2013: resumo técnico*. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Brasília: O Instituto, 2014.

MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér; SANTOS, Maria Terezinha Teixeira dos. *Atendimento educacional especializado: políticas públicas e gestão nos municípios*. São Paulo: Moderna, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MONTEIRO, Agostinho dos Reis. O pão do direito à educação. *Educação e Sociedade*, Campinas, v. 24, n. 84, p. 763-789, set. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v24n84/a03v2484.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e especial*. 10. ed., rev., refund. e atual. pela Constituição de 1988 e pela legislação infraconstitucional posterior. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração dos direitos das pessoas deficientes*. 1975. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_7/IIIPAG3_7_3.htm>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. *Declaração de Salamanca*. 1994. Disponível em <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. *Programa de ação mundial para as pessoas deficientes*. 1982. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

_____. *Normas para equiparação de oportunidades para pessoas com deficiência da ONU*. Disponível em: <<http://styx.nied.unicamp.br/todosnos/documentos-internacionais>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

PAES, José Eduardo Sabo; SANTANA, Hadassah Laís de Sousa. O Terceiro Setor como elemento estratégico da sociedade civil em um Estado Social pós-moderno. *REPATS*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 176-189, jul./dez. 2014. Disponível em: <www.portalrevistas.ucb.br>. Acesso em: 12 fev. 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. (Coleção Temas de Direito Administrativo).

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luís Bolzan de. Comentário ao artigo 3º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 146-150.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009. (Coleção Temas de Direito Administrativo).

Federalismo e democracia

GABRIEL BARROSO FORTES

FILOMENO MORAES

Resumo: Embora federalismo e democracia já sejam realidades mundiais desde o pós-guerra, buscou-se identificar algum vínculo político-institucional que os relacione diretamente: um mútuo condicionamento ou uma recíproca potencialização. O intuito foi analisar se a organicidade política do sistema federativo serviria à democracia contemporânea. Para tanto, averiguaram-se as características que as comunidades democráticas têm apresentado e, então, identificaram-se dois de seus preceitos atuais: participação e pluralismo, numa tendência de inclusão social e defesa de minorias. Nesse sentido, identificou-se também que o federalismo, que traduz diversidade na unidade, revelaria “ferramentas políticas” capazes de potencializar as condições institucionais para consolidação dos postulados democráticos. Verificou-se que federalismo implica descentralização, o que levaria à aproximação entre povo e poder, tornando mais factíveis a participação e a fiscalização. Ademais, a autonomia política das localidades permitiria que variadas comunidades pudessem resolver questões políticas conforme cada realidade, o que revelaria algum mecanismo contramajoritário, resguardando minorias nacionais.

Palavras-chave: Federalismo. Democracia. Pluralismo político. Participação popular.

Introdução

Federalismo e democracia são duas temáticas que costumam ser – provavelmente, as mais – recorrentes nos estudos sobre a política moderna. Na teoria do Estado, na ciência política, as pesquisas desenvolvidas sobre ambas são perenes, e sempre renovadas.

Esses dois temas, entretanto, não se encerram apenas nas discussões acadêmicas acerca das teorias do Estado e dos regimes políticos. Fede-

ralismo e democracia são, na verdade, realidades mundiais. Ao menos no hemisfério ocidental, fazem parte da vida política de quase todos os países – pelo menos formalmente. Por essa razão, estudos sobre qualquer um dos dois temas mostram-se não apenas atuais, mas, de fato, necessários. Relevância que parece maior, principalmente, quando se pretende desenvolver uma abordagem *conjunta* de ambos – como é o caso deste trabalho.

Não obstante sejam instituições políticas de naturezas distintas, sua adoção simultânea no cenário mundial revela alguma aproximação, ao menos de ordem cronológica, que se acentua, com maior destaque, após a Segunda Guerra Mundial, a partir de quando federalismo e democracia tomaram assento na maioria dos sistemas políticos. Naquele contexto, a (re)democratização de muitos regimes e a busca por suplantar o emblema dos totalitarismos homogeneizantes foram pautadas, de alguma maneira, pelo advento das ideias de tolerância, de reconhecimento, de diversidade e, destacadamente, de redistribuição do poder, numa proposta de inclusão. Assim, a marca do *pluralismo* destacou-se como ideia central das tendências normativas de reformulação estatal.

Mas essa nova configuração sociopolítica pressupunha – ou demandava – maior aproximação entre *povo* e *poder*, numa perspectiva de tentar evitar a centralização do espaço político, de modo a descentralizar, democratizar, legitimar as decisões nacionais – refreando os desvios inerentes às relações representativas. Desse modo, a postulação por um sistema democrático de participação – não apenas de representação – passa a ganhar maior destaque.

Doutro lado, é fato que também se difundiu o federalismo, na segunda metade do século passado, como decorrência dessa *revisão política* que se instalou, principalmente, no mundo ocidental. Acentuaram-se os movimentos em prol da autonomia política das localidades e das diferentes regiões, principalmente em Estados que contemplam populações com identidades históricas distintas, com base na percepção de que um sistema federativo poderia se mostrar apto para contemplar as aspirações regionais – mitigando, assim, a efervescência de postulados separatistas. Ademais, sob esse influxo de localismo, a descentralização federativa do Estado ainda revelaria supostamente alguma potencialidade para acrescer condições de eficácia e adaptação de ações e políticas públicas de natureza socioeconômica e cultural.

Contudo, a expansão do federalismo também se revelou adequada no contexto dessa nova perspectiva sociocultural, devido à sua capacidade estrutural de fomentar aquele que se costuma identificar como seu princípio básico e que talvez revele as emergentes aspirações de (re) organização sociopolítica: a diversidade na unidade. Como resultado

dessas tendências, então, o panorama político contemporâneo demonstra uma ascensão conjunta de federalismo e democracia, mundo afora.

É nessa perspectiva, entretanto, que surge aquela inevitável indagação: seria possível encontrar alguma relação político-institucional *direta* entre democracia e federalismo, além da coincidência moderna? Para encontrar respostas possíveis – e, quiçá, adequadas – à questão, a abordagem adotada, neste estudo, consiste em analisar os elementos políticos básicos dos dois fenômenos, no intuito de identificar conexões “de princípio” na configuração de ambos, de modo a deixar evidente, especificamente, se o federalismo, como mecanismo de estruturação sociopolítica, mostra-se instrumento adequado ou potencializador para a contemplação das demandas e necessidades contemporâneas da democracia. É o que se pretende descobrir.

A democracia na contemporaneidade

Inegavelmente, todo processo democrático acompanha a realidade cultural e o ritmo político de cada população (HERTEL, 2007, p. 30). Mas não se pode desprender da ideia-chave de que democracia costuma significar “identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo” (KELSEN, 2000, p. 35).

Essa identidade vinha sendo traduzida como *representação política*, por meio do exercício do direito de voto, do processo eleitoral, como a única manifestação de participação e a forma de realização do “princípio democrático”. Tal concepção, todavia, já não parece sustentar o mesmo vigor de antes. Para muitos autores, essa modalidade de participação já não se apresenta suficiente para qualificar/

consolidar o que se tem exigido numa democracia (HERTEL, 2007, p. 114-115).

A ideia mesmo de *cidadania* já não se tem limitado à tradicional concepção duma ligação formal entre indivíduo e Estado; ela passou a enfeixar, na verdade, “um conjunto de direitos e deveres relacionais à liberdade, à igualdade e à justiça, pressupondo exatamente a possibilidade de interferência, na geração de normas jurídicas, dos seus próprios destinatários” (MARTINS, 2007, p. 34). Por isso, tem-se reconhecido que o funcionamento do regime democrático deveria ser, cada vez mais *direto*, fundado na implantação dum efetivo estado de “bem-estar social”, que fomentasse a difusão de virtudes públicas, e a instituição de instrumentos de participação (AGRA, 2005, p. 77).

Não se pode esquecer, é certo, que justamente a formação histórica e o conjunto de tradições acumuladas de cada povo influem, de fato, nas construções democráticas (HERTEL, 2007, p. 30). Por isso, não se pode buscar uma “receita” universal. Algumas *condições*, todavia, podem e devem ser reconhecidas e identificadas, quando se procura estudar o “fenômeno democrático”.

Talvez ninguém negue que o acesso aos mecanismos públicos de tomada de decisão e de mediação/negociação sempre foi – principalmente, nos países “subdesenvolvidos” – privilégio de elites. E esse é um dos motivos pelos quais a criação de instrumentos que possam *incluir* cidadãos historicamente excluídos das decisões políticas e do controle da gestão pública tem-se apresentado como desafio permanente (OLIVEIRA, Francisco, 2003, p. 72).

Se a participação popular constituir o elemento-chave para caracterização do processo democrático, somente com a atuação de todos nesse processo é que a democracia refletiria a tal soberania do povo (HERTEL, 2007, p. 31). Esse é o pensamento que apontaria, inevitavel-

mente, uma progressão participativa e emancipatória que, embora avance com lentidão, já aparece em grau ou qualidade que devem ser considerados (BONAVIDES, 2008, p. 58), pois numa perspectiva como essa é que se consolidaria o núcleo “axiológico” do chamado governo *republicano*, que se formaria sobre a base do princípio democrático, do autogoverno, da isonomia (AGRA, 2005, p. 13). Parece mesmo irrefreável, então, a busca de abertura política por meio da *inclusão*, se é em democracia que se pensa.

Juarez Freitas (2011) resume três razões – “principais” – que explicariam a tendência ou preferência pela consolidação dum regime *participativo*. Primeiramente, porque a democracia representativa não é prejudicada por essa proposta, nem sequer enfraquecida, mas, ao contrário, tende a ser arejada e fortalecida pela atuação popular. Em segundo lugar, porque o sistema representativo, ao que tudo indica, sozinho não levará a termo qualquer reforma política séria – tarefa que demanda a pressão vigorosa da população. Além disso, porque todo poder político precisa ser reequacionado de maneira responsável, e a responsabilidade mostrar-se-ia inversamente proporcional à delegação de poderes.

Parece certo, então, que a tendência dos preceitos da democracia e do desenvolvimento social aponta para a participação popular, ao menos pela “combinação entre a democracia representativa e as várias expressões de democracia direta” (BENEVIDES, 2009, p. 726) – perspectivas que traduziriam a busca por legitimização de instituições sociais e jurídicas, no contexto dum constitucionalismo que efetivamente “abraça” a democracia, propiciando que os cidadãos participem e promovam mudanças no sistema político (SOUZA, 2010, p. 445).

Ademais, os mecanismos para exercício do poder democrático, além de apontarem na

direção da necessidade de concretização do “princípio participativo”, caracterizado pelo envolvimento direto e pessoal da população na formação dos atos de governo, permitiriam a necessária compreensão de outro fenômeno sociopolítico atual: o *pluralismo*, que traduziria uma força motriz ideológica capaz de edificar o equilíbrio entre as variadas tensões, conciliar a sociabilidade e o individualismo, e administrar os antagonismos (ROBERT, 2006, p. 228).

Afinal, a compreensão da cidadania como direito de todos, nesse panorama, somente se efetivaria na medida em que todo cidadão tivesse suas singularidades respeitadas, como sujeito que vive numa determinada realidade sociocultural e colabora no processo de sua transformação e consolidação (SOUZA, 2010, p. 453).

Com efeito, a ideia de pluralismo, vivificada no respeito à diversidade, permitiria a consolidação de valores característicos dos tradicionais ideais democráticos, como a solução pacífica dos conflitos sociais, a eliminação da violência institucional, o frequente revezamento da classe política, a tolerância etc. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009, p. 326). Enfim, como se pode perceber, parece que os novos paradigmas para o sistema político democrático sinalizariam, antes de tudo, a imbricação entre pluralismo e participação.

É diante dessa perspectiva, com base em suas implicações normativas, que se fixa o objeto deste estudo. A análise da relação que se tenta identificar entre *federalismo* e *democracia*, certamente, não poderia ser confinada aos conceitos tradicionais que envolvem a matéria ou aos elementos formais que indicam sua compreensão dogmática. A pesquisa deve firmar-se, considerando esses novos paradigmas, no plano do *pluralismo* e da *participação*. O que se busca, então, é averiguar se esses dois preceitos podem ter relação direta com a doutrina ou teoria do *federalismo*.

Norberto Bobbio (1994, p. 28) lembra que a configuração do regime democrático implica duas contenções: tanto a negação do poder *autocrático* quanto a negação do poder *monocrático*. E é partindo dessa premissa que a indagação central neste estudo toma lugar: compreender se o federalismo, como teoria de organização sociopolítica, forneceria, potencialmente, meios “institucionais” ou “estruturais” para vencer essa dupla conformação.

A negação do poder autocrático, certamente, pressupõe que “governantes e governados” compartilhem a prerrogativa de confabular as decisões sobre a “coisa pública”, o que envolveria, numa renovada perspectiva sociopolítica, a participação *efetiva* dos cidadãos, que deveria ser substancial e inclusiva – não meramente retórica. Participar do processo político, então, poderia significar isto: impedir que as decisões sejam tomadas autocraticamente. Para a segunda negação (da monocracia), seria possível encontrar alguma resposta na ideia de *distribuição* do poder, que é característica dum sistema pluralista, ou seja, na noção de *pluralismo político*. A concentração do espaço decisório, afinal, retiraria a legitimidade de decisões mais abrangentes.

Nesse contexto, o que se pretende averiguar, portanto, é se justamente o federalismo, considerando seus pressupostos teóricos e consequências fáticas, poderia oferecer – ou, ao menos, potencializar – condições instrumentais para desenvolver esses preceitos democráticos, que se alastram nos ideais de *pluralismo* e *participação*. Assim, a análise a ser feita paira sobre estes três pontos iniciais: federalismo, pluralismo e participação.

Federalismo, unidade e diversidade

É comum que estudiosos do tema afirmem haver ligação (estreita, até) entre federalismo, pluralismo e participação¹. Para Leonardo Mairins (2009, p. 692), por exemplo, a ideia do federalismo, em si, já possuiria como valores inerentes “o pluralismo e a democracia”. Ainda assim, parece imprescindível delimitar as relações entre tais conceitos, de modo a averiguar a conectividade dos elementos que os caracterizam.

O advento do constitucionalismo – na experiência norte-americana, destacadamente – foi estabilizado pela adoção de três parâmetros fundamentais de *controle* do poder político-estatal: o federalismo, a separação de poderes e os direitos fundamentais (BONAVIDES, 2007, p. 183-184). Talvez ninguém possa negar que essas três marcas serviriam,

¹ Vide, entre outros, Baracho (1986, p. 66), Bastos (1998, p. 285), Dallari (1986, p. 66).

na sistemática do pensamento moderno, como limitação à concentração de poder e, assim, como resguardo contra o autoritarismo. Aliás, na história do constitucionalismo norte-americano, os três elementos acabam, na verdade, sendo mesmo indissociáveis.

Madison (HAMILTON, 1984, p. 419), por exemplo, desde que defendia a consolidação da Federação norte-americana, destacava que da distribuição de poderes por meio da organização dum sistema federativo decorria uma “dupla segurança” para os “direitos do povo”, visto que, assim como ocorreria pela separação orgânica de poderes (Executivo, Legislativo, Judiciário), as duas esferas de governo que comporiam o Estado federal poderiam se controlar mutuamente, ao mesmo tempo em que cada uma seria controlada “por si mesma”. Esse é um dos motivos pelos quais se afirmaria que a técnica de *descentralização política*, que é da essência da organização federativa, envolveria também a ideia de *limitação do poder*² (ARAÚJO, 2010, p. 526).

Talvez por isso, então, Paulo Bonavides (2007, p. 185) identifique que a Constituição norte-americana “não precisou ali de ir à letra da lei para dizer que a separação de poderes é a técnica horizontal, e o federalismo, a técnica vertical de organização do poder político”. E parece ser nesse mesmo sentido, aliás, que Canotilho (2011, p. 556) analisa a ideia de *separação de poderes*:

Enquanto a repartição vertical visa a delimitação das competências e as relações de controlo segundo critérios fundamentalmente territoriais (competência do Estado central, competência das regiões, competência dos órgãos locais), a repartição horizontal refere-se à diferenciação funcional (legislação, execução, jurisdição), à delimitação institucional de competências e às relações de controlo e interdependência recíproca entre os vários órgãos de soberania. [grifos no original]

Juristas e cientistas políticos parecem, assim, identificar na *distribuição de poder* que decorre do federalismo “o freio mais eficaz contra o abuso de poderes por parte do Governo central e a mais sólida garantia contra os perigos da ditadura” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009, p. 481), e o mecanismo institucional capaz de tornar o processo político “mais transparente, mais balanceado e mais controlável” (BARACHO, 2000, p. 44).

Certamente, parece compreensível a estreita conexão entre as ideias de descentralização e democracia, segundo lembra Augusto Zim-

² “É, portanto, natural que o Estado Unitário torne-se descentralizado, inclinando-se, assim, para o patrocínio desses ideais de limitação e democracia”, como resume Marcelo Labanca Araújo (2010, p. 526).

mermann (2005, p. 155; 157), o que, ademais, calharia na operacionalidade política inerente ao federalismo, tendente a permitir, em algum sentido, contato próximo entre povo e poder³. É assim, afinal, que conclui Dircêo Torrecillas Ramos (2010, p. 722):

A descentralização divide territorialmente o poder e, ao lado da divisão funcional e dos direitos e garantias, constitui-se como limitação do poder. É, ainda, um dos critérios de divisão do poder, geograficamente. Como corolário, temos uma aproximação entre governo e governados.

A contribuição dessa sistemática para os influxos democráticos seria perceptível. Com efeito, quando decisões são tomadas numa instância deliberativo-executória que se encontra próxima da realidade daqueles que a elas estarão sujeitos, parece existir maior probabilidade de que o “poder” seja exercido de modo “democrático” (BASTOS, 1998, p. 285), já que ali seria, de fato, mais fácil que tivessem lugar “a participação dos cidadãos nas decisões políticas” e “o controle social sobre as prestações estatais”, que constituem “eficazes mecanismos para assegurar a legitimidade da atuação do Estado” (LOPES; UCHOA, 2009, p. 87) – atuações que, aparentemente, tendem a ocorrer, com maior factividade, em âmbito local.

Por outro lado, não parece equívoco aduzir, nesse panorama, que a construção dum governo *autoritário* passaria, sem dúvida, pela *centralização* de poder (BASTOS, 1998, p. 286). E isso já evidenciaria uma primeira cor-

relação possível entre aquilo que se classifica como *forma de Estado e regime político*, como observa Jorge Miranda (2007, p. 314):

Um poder autocrático é um poder fortemente centralizado: daí a subsistência apenas no Estado unitário ou a redução do federalismo a mera fachada. Um poder democrático e liberal propenderá a acolher a descentralização ou o federalismo [...] uma espécie de separação de poderes de âmbito territorial.

Essa relação entre descentralização e democracia, aliás, apresenta subsistência histórica no exemplo do constitucionalismo norte-americano, com a vinculação entre o regime republicano e a defesa da liberdade na criação dumha organização política em que se instituiu o sistema de *autogoverno local* (CORRALO, 2009, p. 107).

No âmbito estatal, quando ocorre a centralização política, o poder tende a ostentar caráter *nacional* (“homogêneo”). Por outro lado, a opção pela *multiplicação* dos centros de decisão, inerente ao federalismo, permitiria que o processo político fosse realizado dalguma maneira mais dinâmica (“heterogênea”). Como decorrência, talvez se possa constatar que o sistema republicano no qual o poder político se manifeste sempre em nível nacional, ou seja, sem a base do autogoverno local, configuraria uma democracia apenas *nominal*, “porque controla, do alto, sufocando-as, as comunidades, isto é, a vida concreta dos homens” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009, p. 482). Com isso se perceberia alguma necessidade de superar a sistemática política de cunho centralista, não apenas para legitimar o exercício do poder, mas para torná-lo adequado. É essa visão que encontra ressonância, por exemplo, nas observações de Hans Kelsen (1992, p. 305) sobre os postulados de concreção dos preceitos democráticos:

³Para alguns autores, “a distribuição de poder de base territorial é, na realidade, bem mais eficaz do que a de base funcional para garantir o controle dividido do poder, a principal garantia da liberdade política, na medida em que quer o Governo federal, quer os Estados-membros podem fundamentar a própria independência numa distinta base social” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009, p. 481-482).

A democracia exige a conformidade máxima entre a vontade geral expressa na ordem jurídica e a vontade dos indivíduos sujeitos à ordem; por essa razão, a ordem jurídica é criada pelos próprios indivíduos por ela obrigados, de acordo com o princípio da maioria. A conformidade da ordem à vontade da maioria é o objetivo da organização democrática. Mas as normas centrais da ordem, válidas para o território inteiro, podem facilmente entrar em contradição com a vontade majoritária de um grupo que vive num território parcial. O fato de que a maioria da comunidade total pertença a certo partido político, nacionalidade, raça, língua ou religião não exclui a possibilidade de que, dentro de certos territórios parciais, a maioria dos indivíduos pertença a outro partido, nacionalidade, raça, idioma ou religião. [...] Para diminuir a possível contradição entre o conteúdo da ordem jurídica e a vontade dos indivíduos a ela sujeitos, para que se chegue o mais próximo possível do ideal de democracia, pode ser necessário que, sob certas circunstâncias, certas normas da ordem jurídica sejam válidas apenas para certos territórios parciais e sejam criadas apenas pelo voto majoritário dos indivíduos que vivem nesses territórios. Com a condição de que a população do Estado não possua uma estrutura social uniforme, a divisão territorial do Estado em províncias mais ou menos autônomas [...] pode ser um postulado democrático.

O federalismo, ou melhor, a descentralização federativa, assim, surgiria como potencial mecanismo para promoção das *adaptações normativas* à diversidade social, de modo a tornar adequada e legítima a figura e a atividade estatais. Por sua vez, a autonomia das unidades políticas regionais – conceito-base do Estado federal – constituiria um mecanismo institucional de *limitação* ao centralismo nacional e permitiria, ao mesmo tempo, essa vinculação da ordem geral ao particularismo local. Nesse diapasão, se o conceito da autonomia federativa implica distribuição da ordem político-

-jurídica, que permite a cada localidade dispor de seu próprio aparato de governo para criar os meios adequados à deliberação política, a multiplicidade de centros de decisão, em decorrência, permite, por exemplo, a eleição de políticas públicas adequadas às demandas de cada realidade social (BERNARDES, 2010, p. 70-71).

De fato, se o planejamento político é traçado, decidido e executado no âmbito central, sem efetiva interação com os diversos ambientes locais e sem relação com as aspirações e exigências expressas pelas instituições regionais, não apenas ele acabaria parecendo *autoritário*, como pode até mesmo ser *ineficiente*, se não for baseado nas realidades e necessidades cotidianas dos cidadãos (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009, p. 482).

É possível notar, portanto, que o federalismo acaba retomando o objeto e o objetivo do constitucionalismo moderno, ao trabalhar as ideais de limitação do poder político e de participação na construção e execução desse poder, numa tendência de realce da legitimação democrática e da integração social (BERNARDES, 2010, p. 45). Nessa perspectiva, a descentralização do federalismo – equalização pela distribuição de poder e controle recíproco – poderia ser considerada, ao lado da separação orgânica das funções estatais, agente de *equilíbrio* dos poderes (ZIMMERMANN, 2005, p. 161), uma limitação recíproca entre poder central e poder local (GARDNER, 2012, p. 39-40).

Federalismo como democratização do poder

O equilíbrio e a limitação de poderes que decorreriam do federalismo variam, estrutural e funcionalmente, consoante as determinações normativas da constituição nacional, a cargo

da qual fica delimitado o espaço político de mobilidade e adaptação do ordenamento local (TARR, 2012, p. 109). Para tanto, justamente essa greta, esse espaço constitucional, precisaria dar vazão adequada, na estrutura federal, aos preceitos da *autonomia democrática*⁴.

Baracho (1986) suscita que a descentralização territorial apresentaria justificações de ordem prática e política⁵. Com a aproximação do âmbito de exercício do poder, inerente à descentralização federativa, talvez a própria população percebesse que o contato mais estrito com as “autoridades” locais – e não com os “representantes” do poder central – proporcionaria maior compreensão do campo de atuação das esferas públicas, “além de facilitar o atendimento das demandas sociais reprimidas” (ZIMMERMANN, 2005, p. 158). Além disso, o contrapeso que a autonomia local impinge à tendência homogeneizante da “maioria política” nacional permitiria que as populações de distintas regiões recebessem o tratamento jurídico-político mais adequado, principalmente se lhes é resguardado o direito de participar das formulações políticas que lhes dizem respeito:

A esfera local potencializa a ideia de pertencimento, de responsabilidade social, estimulando, dada a proximidade do processo decisório, a ativa participação da sociedade, o que acarreta inúmeros benefícios. Portanto, o fator que se constata em todas as estratégias bem-sucedidas de poder local reside no maior grau de abertura dos processos decisórios para a população (HERMANY, 2012, p. 95).

Por isso, afirmaria Leonardo Marins (2009, p. 696) que, na estrutura do federalismo democrático em que se dividem as esferas de decisão, é necessário garantir que os indivíduos possam discutir livremente, no âmbito local, suas identidades sociais, prioridades institucionais, entendimentos políticos, equacionamentos econômicos. Nesse sentido, seria imprescindível que a autonomia reconhecida às comunidades pudesse protegê-las da imposição ou neutralização institucional, conferindo-se à sociedade local a prerrogativa de ditar o seu próprio destino. Afinal, a perspectiva da democracia na Federação “exige uma garantia da par-

⁴Como sistematiza Alan Tarr (2012, p. 110), afinal, “o ponto de vista nacional não abrange todo o conjunto de questões constitucionais de um sistema federal, em parte porque ele incentiva uma compreensão do federalismo como um arranjo [...] do centro para a periferia, em vez de um arranjo baseado na diferenciação das esferas de autoridade pública”.

⁵Para o autor, o *federalismo*, em si, “constitui uma receita para assegurar a diversidade na unidade, tendo em vista a variedade das necessidades locais, sendo que não se abandona certo controle do poder central; contribui para descongestionar a administração central; possibilita à administração melhor conhecimento dos problemas administrativos de ordem local; a descentralização territorial é sobretudo fruto de fator político, [...] relacionando a organização constitucional com a administrativa” (BARACHO, 1986, p. 117-118).

ticipação do indivíduo no processo político, para que todos os homens sejam considerados livres e iguais" (MARINS, 2009, p. 697).

Nesse contexto, parece evidente que ao grau de autonomia local para decisão e execução de matérias políticas sensíveis corresponderia, proporcionalmente, maior controle sobre práticas homogeneizantes, até mesmo porque os atores políticos que se encontram mais próximos da realidade local dos cidadãos é que poderão melhor desenvolver as engrenagens estatais para atender ao interesse popular (REVERBEL, 2012, p. 38). Como reconhece Canotilho (2011, p. 702-703), "as mudanças estruturais da sociedade tornam clara a necessidade de o direito não ser considerado como *regulador heterônomo de relações sociais*, mas como *instrumento de trabalho para auto-regulação*". Dessa forma, parece impraticável não se enxergar na autonomia política pertinente ao federalismo alguma resposta adequada para as demandas contemporâneas. Sem descentralização política, por exemplo, determinada comunidade pode não ter sua "vontade" respeitada, se até assuntos considerados de foro eminentemente local acabarem sendo decididos por cidadãos de outras localidades (LIMA, 2007, p. 302). Como resposta, então, emerge essa ideia de autonomia local, para legislar sobre matérias de importância para aquela sociedade em particular, o que também corresponderia a "um maior controle sobre o centralismo e arbítrio estatal" (MORAES, A., 2010, p. 160). Nesse sentido, caminhar-se-ia para um sistema de *democracia local*.

Dizem que o "sentimento democrático" se manifesta é no âmbito local, onde o povo se expressa e participa, onde a prática da cidadania pode ser aprendida (MÉNY, 2001, p 280-281), de modo que essa autonomia significaria a combinação "direta e deliberada" das ideias de descentralização política e democracia (KELSEN, 1992, p. 307), já que essa divisão territorial do poder ajudaria a vocalizar demandas plurais (BERNARDES, 2010, p. 66).

Para Jürgen Habermas (1997, p. 61), todo sistema político deve assumir, em sua configuração, a articulação das necessidades públicas relevantes, dos conflitos sociais latentes, dos problemas recalados, dos interesses que não se deixam organizar *etc.* Essa multifacetada interação poderia encontrar sua reverberação justamente no ambiente público *local*. É nesse sentido que aponta Ricardo Hermann (2012, p. 94-95), ao dizer que "é a democracia local que favorece o desenvolvimento duma cultura participativa de caráter permanente, constituindo-se num novo espaço político". A concretização dessa democracia demandaria a remoção dos bloqueios que retardam sua marcha, de modo que se desobstruam os caminhos da participação (BONAVIDES, 2008, p. 58), consolidando-se espaços abertos em que possam ser expostas as ideias da comunidade,

que poderá reivindicar as práticas políticas que atendam às suas prioridades (SANTIN, 2010, p. 422). É nesse contexto que a *autonomia política local* passa a ser conceito-chave:

Entendemos que o federalismo deve ser compreendido a partir da noção de pluralismo defendida por Habermas, que se apresenta tanto como defesa das concepções individuais de vida digna, como defesa das várias formas de identidades sociais e coletivas. Também entendemos que o federalismo é concretizado quando da organização dessa nova sociedade e vai melhor permitir dar vazão à concepção de democracia procedural da sua Teoria do Discurso (BERNARDES, 2010, p. 17).

De fato, porque se encontra “mais próximo” dos cidadãos, é factível que o aparato burocrático local possa oportunizar maior participação popular nos programas e atividades governamentais (SANTIN, 2010, p. 425), o que configuraria uma das principais “vantagens” – figurando, aliás, como uma decorrência – do processo de descentralização federativa (ZIMMERMANN, 2005, p. 152).

A deliberação política, assim, encontraria no espaço local, autônomo, sua factividade. Sua amplitude e aplicabilidade variariam conforme as condições estruturais estejam orientadas à concretização das liberdades políticas em âmbito estatal (BONAVIDES, 2010, p. 346), nas deliberações comunitárias, mediante a discussão “aberta, plural, intersubjetiva, permeável e autônoma”, em que poderia operar a racionalidade comunicativa – “os cidadãos, individuais ou organizados em movimentos sociais e associações, exercem a prática discursiva e formulam suas pretensões baseadas no consenso” (SANTIN, 2010, p. 430). Assim, como se pode inferir, essa cidadania democrática, pluralista e participativa, que emerge na contemporaneidade, poderia retirar da siste-

mática federativa alguma “vantagem instrumental” para sua efetivação. E isso ocorrerá, destaca Wilba Bernardes (2010, p. 81), se a descentralização democrática do federalismo for aquela que permite chamar a sociedade para participar das decisões políticas, criando o espaço público em que os cidadãos conseguem fazer-se destinatários e autores de suas próprias decisões⁶.

Inegavelmente, o regime democrático funciona de acordo com duas funções estritamente conexas: *legitimização e controle* (PEREIRA, 2010, p. 32-33). E o sistema federativo parece oferecer bases adequadas para tais finalidades, seja porque a autonomia política da esfera local –, onde a manifestação popular tem maior probabilidade de ter lugar com a participação da comunidade nas deliberações – permitiria que tradicionais aspirações populares funcionem como princípio de fundamentação para as decisões públicas, legitimando-as; seja porque, no ambiente local, dada a “proximidade” burocrática com a população, seriam mais bem desenvolvidos os instrumentos de adequação do uso e exercício do poder, cujos efeitos seriam sentidos diretamente pela comunidade, enaltecedo-se a função democrática de controle popular. Afinal, parece sensato que as políticas públicas sejam estabelecidas com a participação substancial da população (FREITAS, 2011, p. 24).

Nesse contexto, o autogoverno local aparece como a esfera pública com condições para participação e empoderamento sociais, na qual podem ter lugar os instrumentos institucionais de captação e solução das demandas públicas – como no exemplo de Conselhos

⁶ Assim, como suscita Wilba Bernardes (2010, p. 23), “nessa sociedade pluralista que está procurando soluções para que não se consolide um déficit de legitimidade que inviabilize vínculos de integração social, achamos que o federalismo, ao reforçar as condições procedimentais democráticas, pode ser um dos caminhos a se percorrer”.

municipais, no Brasil – cuja natureza passaria a ser “democrática”, visto que em seu campo de atuação formam-se fóruns adequados ao debate popular e, nesse sentido, permitiriam a instauração de procedimentos de gestão participativa (FEITEN et al, 2010, p. 284). Afinal, um dos eixos dos regimes democráticos sempre esteve no axioma de que as decisões e, em geral, todos os atos de governo devem ser observados e conhecidos *diretamente* pelo povo (BOBBIO, 1997, p. 87). Nesse diapasão, a descentralização do federalismo, por “aproximar” cidadãos e poder estatal, facilitaria a participação e fiscalização social, de modo a “dificultar” decisões desviadas ou autoritárias (ZIMMERMANN, 2005, p. 158-159).

Talvez por isso, então, se afirme que o federalismo seria um dos meios de efetivação dos valores republicanos, porquanto, com base na descentralização política, possibilitaria o exercício eficiente e eficaz da função pública e do respectivo controle e participação popular (CORRALO, 2009, p. 137). Nesse sentido, ademais, explica Norberto Bobbio (1997, p. 88):

Ao lado e acima do tema da representação, a teoria do governo democrático desenvolveu um outro tema estritamente ligado ao poder visível: o tema da descentralização entendida como revalorização da relevância política da periferia com respeito ao centro. Pode-se interpretar o ideal do governo local como um ideal inspirado no princípio segundo o qual o poder é tanto mais visível quanto mais próximo está. De fato, a visibilidade não depende apenas da apresentação em público de quem está investido do poder, mas também da proximidade espacial entre o governante e o governado.

Essa noção seria apreendida, ainda, quando se percebe que a identificação das demandas e a busca por soluções adequadas, na

forma deliberativa de participação, somente conseguem ter lugar efetivo na política local. Nas palavras de Ferdinand Kinsky (1997, p. 15), são justamente os indivíduos dos pequenos grupos, que, dotados de autonomia, conhecem melhor a população e seus problemas e, assim, também têm melhores condições de participar nas decisões do que aqueles ligados às instâncias burocráticas centrais, até porque as soluções de conflito encontradas por meio de *acordo* seriam mais democráticas do que a decisão imposta à força, pelo distante governo nacional.

A deliberação política, que se mostra pilar da democracia contemporânea, somente teria aplicabilidade/condições práticas ao fim que se propõe, quando a participação popular se fizesse efetiva e adequada. Inegavelmente, parece que é na praça política do espaço local que isso pode ter lugar. Assim, ao se afirmar – retomando Kelsen (1992, p. 278) – que a liberdade dos cidadãos é diretamente proporcional à sua participação na construção das decisões a que se sujeitam, vê-se que o federalismo, na perspectiva de autonomia local, ofereceria bases para execução desse postulado.

Participação popular e pluralismo político

Costuma-se dizer que a política “republicana” baseia-se na distribuição do poder e na participação dos cidadãos, evidenciando uma “virtuosa” *forma de governo*, bem como na contraposição aos vínculos de subjugação sociopolítica, tornando-se, aí, uma *teoria da liberdade* (AGRA, 2005, p. 12-13). Acontece que toda atuação popular voltada para o cuidado da *res publica* estaria condicionada, por outro lado, ao respeito à diversidade existente no espaço político (plural):

Pluralismo evoca positivamente o estado de coisas no qual não existe um poder monolítico e no qual, pelo contrário, havendo muitos centros de poder distribuídos territorial e funcionalmente, o indivíduo tem a máxima possibilidade de participar na formação das deliberações que lhe dizem respeito, o que é a quintessência da democracia (BOBBIO, 1994, p. 22).

Nesse diapasão, essa autonomia política das comunidades, que é da essência do sistema federativo, representaria o espaço, constitucionalmente delimitado, em que ocorre primordialmente o *autogoverno* (AGRA, 2008, p. 28), o que aumentaria as possibilidades de participação e legitimação das decisões em sistemas políticos descentralizados.

Um exemplo disso estaria no estudo realizado por John Dinan (2012) acerca dos avanços que a autonomia local pode lograr, no âmbito do constitucionalismo “infranacional”, para contemplar mecanismos de participação popular. Segundo o autor, a tendência majoritária em Federações que não se pautam pelo *paralelismo rígido* entre as Constituições regionais e a federal – o que não é o caso do Brasil, por exemplo, onde as primeiras são praticamente réplicas da segunda – é permitir, em âmbito local, que os cidadãos desempenhem papel mais direto no governo, prevalecendo maior conjunto de mecanismos democráticos do que em nível nacional (DINAN, 2012, p. 13).

Por sua vez, no Estado unitário, onde a tormenta das decisões políticas perpassa apenas o âmbito do governo central, poderia este tornar-se uma espécie de “árbitro da Constituição”, como dizem Bobbio, Pasquino e Matteucci (2009, p. 482). Por isso, afirma Zimmermann (2005, p. 76) que *constitucionalismo e federalismo* identificam-se, por quanto desenvolvidos como teorias ou instituições políticas voltadas para a *delimitação do poder*. Como pontuado, o conceito dum governo com limitações dependeria, comumente, da distribuição do poder numa sociedade “livre” (MOSS, 1977 p. 49), de tal modo que regimes autoritários somente conseguem estabilizar-se por meio da centralização política (BAGGIO, 2006, p. 118). Parece ser nesse sentido que Alfred Stepan (1999, p. 6) considera que todas as federações democráticas restringem, dalguma maneira, o poder central⁷.

Pode-se, então, reconhecer que o federalismo oferece “vantagens” instrumentais à democracia? A resposta pressupõe, todavia, a delimi-

⁷Não se trata de negar a existência de *estruturas* federativas em Estados não democráticos, como seria o caso das federações socialistas da Jugoslávia, da Checoslováquia ou a própria URSS. Mas seria necessário distinguir a estrutura federalista do *funcionamento federativo plural*, que, nos exemplos citados, certamente não se verifica. Quando um Estado adota uma estrutura territorial federal, mas tem seu funcionamento condicionado pela falta de liberdade e de pluralismo, pode-se falar duma federação nominal ou institucional, porém não plural (CAMILA, 2002, p. 165).

tação exata da indagação: saber se a autonomia política que o sistema federativo reserva às comunidades locais serviria à contemplação dos postulados democráticos (participação e pluralismo). É necessário, pois, ir ao fundo da questão inicial.

A participação social na política não se pode restringir àquela manifestada por meio de referendos e plebiscitos, que limitam a ação dos cidadãos a dizer “sim” ou “não” para as decisões que, comumente, já são adotadas longe de sua voz, nem às impraticáveis propostas de iniciativa popular para leis, sobre cuja discussão e votação os indivíduos nem sequer podem exercer influência. Na verdade, a construção de regras, para que seja legítima, deveria ser operada por um processo democrático no qual haja o tratamento *racionalizado e deliberado* dos problemas reais da sociedade (HABERMAS, 1997, p. 47).

Assim, a democracia deliberativa, orientada principalmente pelo pensamento de Jürgen Habermas, seria aquela que emerge na busca por eficácia e legitimização do direito, no panorama atual. O espaço político, nesse contexto, seria convertido numa assembleia popular, em que o cidadão, individualizado ou organizado em movimentos sociais, pudesse participar, efetivamente, das decisões que afetam o cotidiano de sua vida. Por outro lado, como visto, não parece concebível a efetivação dum a democracia deliberativa que não aconteça no espaço *local*.

Certamente, os mecanismos que podem ser utilizados na concretização da deliberação pública são os mais variados⁸ e, graças à autonomia política que o federalismo inspira às localidades, diversos instrumentos de participação podem ser criados em cada região, de acordo com a tradição e as necessidades das populações. Afinal, “a expansão do espaço público é fundamental, pois vocaliza demandas, aproximando cidadãos de seus governantes e permite maior fiscalização e controle das funções públicas”, o que fortaleceria a cidadania e aumentaria o sentimento republicano de pertencimento (BERNARDES, 2010, p. 57-58).

Como se pode ver, então, o federalismo parece conter uma chave para abertura dos caminhos da participação popular *exequível*, que permita ao povo atuar de maneira direta e deliberar juntamente com os agentes representativos sobre as decisões públicas, no mesmo espaço social onde todos convivem e onde os resultados poderão ser vivenciados. Talvez a *democracia de participação* pudesse, mesmo, encontrar

⁸ Giovani Corralo (2009, p. 299-302) sistematiza vários mecanismos de participação encontrados na realidade política brasileira, principalmente no âmbito *municipal*, como conselhos deliberativos, audiências e consultas públicas, conselhos consultivos, orçamento participativo, ouvidoria etc. Farlei Riccio de Oliveira (2011, p. 213-214) complementa essa lista, incluindo organizações não governamentais, entidades de utilidade pública, serviços sociais autônomos, organizações sociais e corporações de fiscalização do exercício profissional.

nos princípios/pressupostos do federalismo alguma instrumentalidade institucional para sua efetivação. Mas ainda se faz necessário aprofundar a discussão sobre essa relação.

De qualquer modo, vê-se que a primeira proposta – antes apontada – de Bobbio, segundo a qual a efetivação da democracia demanda a mitigação do *poder autocrático*, encontraria alguma resposta “adequada” na doutrina do federalismo, tendo-se em vista que, além da recíproca limitação de poder que existiria no sistema federativo, o espaço de autonomia local serviria à concretização da *participação popular* na deliberação pública. Ademais, mesmo a segunda proposta do autor italiano para a fluência da democracia, que se firma na negação do *poder monocrático*, exigindo, em contrapartida, *diversificação política*, também poderia encontrar no estudo do federalismo uma esfera de ressonância. Como antes indicado, o pluralismo seria outro princípio ínsito ao federalismo (MARINS, 2009, p. 692), e sua incidência pode manifestar-se de várias formas.

Primeiramente, é necessário compreender a diversidade política dentro da Federação como complemento inerente ao *policentrismo*, no sentido de que, se existem dois ou mais governos com poderes próprios, é porque se entende que poderão exercer políticas distintas (CAMILA, 2002, p. 169). Assim, a essência desse federalismo democrático estaria na possibilidade de *contrariedade* ao sentido majoritariamente dominante numa sociedade nacional (BERNARDES, 2010, p. 51), também aí aparecendo a ideia de oposição política como função decorrente do *pluralismo*, da qual deriva o direito de discordar, fiscalizar e buscar a alternância governativa, condições ínsitas à democracia e imprescindíveis à consolidação da cidadania (MORAES, F., 2010, p. 150).

Nesse diapasão, explica Miquel Caminal (2002, p. 170), a pluralidade de governos, legi-

timados e com capacidade de decisão política, traduziria, em algum sentido, maior garantia de condução/resolução dos conflitos do que a adoção de soluções derivadas dum único centro de poder. Tal panorama pode ser explicitado com base na seguinte proposta de Edilberto Lima (2007, p. 301-302):

Suponha um país em que quase todas as decisões sejam centralizadas, isto é, tomadas no âmbito do governo central, por representantes eleitos em cada localidade, mediante maioria simples. Suponha ainda que o país possua território médio e população distribuída ao longo do território. Admita também que, em alguns assuntos, os gostos e preferências da população de cada localidade sejam heterogêneos entre si, ou seja, diferentes localidades apresentam diferentes preferências. Desse modo, se um país tem dez localidades representadas e as decisões são tomadas por maioria de forma centralizada, as preferências de alguma localidade que seja minoritária poderão [ser] preteridas.

Assim, conforme já aduzido, a autonomia política das comunidades locais numa Federação, que permite a “individualização” no tratamento das questões públicas, seria o “campo de força” de aspirações sociais minoritárias, dentro duma sociedade plural. E nessa perspectiva poder-se-ia enxergar outro fundamento democrático do federalismo.

Emilio Santoro (2011, p.74-78) lembra que a democracia teria como “pré-condição” a consciência coletiva de que os indivíduos, no exercício dos próprios direitos, devem assumir comportamentos adequados a “princípios” específicos (morais e racionais), isto é, o respeito à identidade da cidadania local. Assim, o autor explica que o *regionalismo* é experiência resultante da tentativa dos indivíduos de buscar a identidade comunitária, afastando-se da tradição nacionalista estatal, que tende a mitigar a

diversidade. Por outro lado, se a relação entre *pluralismo* e *democracia* é mesmo inata, qualquer tratamento jurídico-político que interfira – positiva ou negativamente – em um desses preceitos, consequentemente, afetará o outro. Seria justamente nesse contexto, todavia, que a teoria do federalismo revelaria sua pertinência. Mas o enlaçamento entre os três elementos, ademais, pode ser explicado até mesmo numa perspectiva histórica.

Federalismo democrático

De acordo com o que apontam Bobbio, Matteucci e Pasquino (2009, p. 476), as transformações pelas quais passou o Estado, com as reformas democráticas e sociais, levaram governos a basearem suas ações na “participação popular” e a estenderem suas competências à “intervenção na vida econômica e social”, o que, todavia, por outro lado, favoreceu a concentração de poderes nas mãos do “Estado burocrático”. Dessa tendência resultaram movimentos de centralização, integração nacional e, de certa forma, de retomada do nacionalismo.

Entretanto, além do “inchaço” da figura burocrático-estatal, com o sobressalto nacionalista, o dirigismo da vida social – principalmente na virada do século XIX para o XX – passou também pelo controle dos valores linguísticos, morais e culturais e, usualmente, “o Estado nacional suprimiu todos os ligames espontâneos de união que os homens sempre tiveram para com as comunidades locais menores e para com as coletividades maiores do que a nação” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009, p. 477).

A reordenação democrática, pós-guerra, desencadeou, por outro lado, a revisão institucional e operacional dos variados sistemas

políticos (OLIVEIRA, R., 2012, p. 4). Desde então, o federalismo difundiu-se como tendência de organização estatal, contemplando, atualmente, cerca de um terço da população do planeta (GARDNER, 2012, p. 23). É possível reconhecer que, em certo sentido, o federalismo “apareceu” nas comunidades políticas modernas como uma forma de “negação” do nacionalismo e seu centralismo homogeneizante⁹ (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009, p. 476).

Quanto a essa questão, diz Miquel Caminal (2002, p. 41), haveria uma diferença *de raiz* entre nacionalismo e federalismo: o primeiro criaria uma identidade superior ao indivíduo, que é a nação; o segundo vincularia o sujeito a distintas identidades¹⁰ – embora o federalismo, em si, não seja uma doutrina contrária ou mesmo incompatível com o nacionalismo. Os fundadores da Federação norte-americana, por exemplo, certamente aspiravam a uma nação *homogênea*¹¹, que, nesse ponto, não se distinguia da perspectiva nacional-unitarista dos Estados europeus (CAMINAL, 2002, p. 91).

Contudo, a expansão territorial da Federação estadunidense e a própria difusão mundial da ideia federativa já revelariam alguma capacidade que o federalismo possuía para congre-

⁹ Nesse sentido, explica Giovani Corralo (2009, p. 115) que “o centralismo está correlacionado ao monocentrismo do Estado unitário, ou seja, de um único centro político investido do poder soberano, com uma legitimidade que advém da representatividade da população, derivada do mandato popular no parlamento nacional e da ideia de nação”.

¹⁰ A unidade do *nacionalismo*, nesse sentido, tornar-se-ia “fatal, destruidora da inteligência, da dignidade, da prosperidade dos indivíduos e dos povos, todas as vezes em que ela se forma fora da liberdade, seja pela violência, seja sob a autoridade de uma idéia teológica, metafísica, política, ou mesmo econômica, qualquer”, na análise de Mikhail Bakunin (1988, p. 13-14).

¹¹ Miguel Carbonell (2010, p. 72), por sua vez, lembra que a consagração do constitucionalismo nos EUA teve o intuito mesmo de, ali, *fundar uma nação*, independente, racialmente homogênea, baseada numa filosofia política liberal.

gar, numa só unidade, a diversidade necessária para o desenvolvimento autônomo das comunidades locais. Aspásia Camargo (2001, p. 79), por exemplo, aponta Canadá, Brasil e Estados Unidos como amostras de países que, em diferentes épocas, foram capazes de acomodar, em seus grandes territórios, diversidades regionais e culturais que, de outra forma, tenderiam a ser focos de separatismo.

Observa-se, desde então, que o federalismo acabaria mesmo se aproximando da ideia de *pluralismo*, ou seja, de uma concepção de mundo que respeitasse as diferenças e, por isso mesmo, admitisse a premissa de igualdade (BERNARDES, 2010, p. 47). Essa noção de isonomia passaria a ser essencial para a compreensão do chamado “federalismo democrático”, que perpassaria necessariamente o preceito de pluralismo.

O federalismo poderia mesmo, segundo Miquel Caminal (2002, p.46), desenvolver, com base nos postulados democráticos, uma concepção de Estado fundada na multiplicidade de autogovernos e no reconhecimento da diversidade. Ademais, a autonomia do espaço público regional, além de garantir a possibilidade de divergência entre os governos local e central, conotação essencialmente “democrática e legitimadora” no federalismo (BERNARDES, 2010, p. 52), fomentaria a convivência política baseada na diversidade popular e na solidariedade entre cidadãos constitucionalmente “livres e iguais”. E isso seria garantido na perspectiva dum *federalismo pluralista*, como propõe Miquel Caminal (2002, p. 41): um Estado federal que contemple as necessidades da sociedade como um todo, mas sem homogeneizá-la, respeitando a diversidade de tradições e culturas.

Na relação entre federalismo e pluralismo, então, parece que a ressonância das minorias nacionais poderia ser resguardada institucionalmente. E isso geraria alguma interconexão democrática¹².

Como se pode perceber, a multiplicação dos centros de decisão e a dimensão de autonomia política das esferas públicas locais (federalismo) poderiam servir à conservação da diversidade identitária, funcionando, ademais, como mecanismo contramajoritário, seja de ordem histórico-geográfica, seja de ordem socioeconômica, seja de ordem

¹² Nesse sentido, aliás, é pertinente a observação de Emilio Santoro (2011, p. 83-84): “Em uma democracia, as únicas minorias que possuem direito de cidadania são minorias temporárias que esperam no médio prazo, ou até no curto prazo, tornar-se maioria. Não existe, pelo contrário, espaço para minorias identitárias, para minorias que se caracterizem pelas suas radicais diferenças em face da maioria, e não aspirem ou não possuam chances de se tornar maioria. O pluralismo identitário torna inadequada a ideia de uma decisão por maioria, porque são numerosos os interesses que as minorias consideram fundamentais para a própria identidade (cultural, religiosa *etc.*) e, portanto, não remissíveis ao juízo da maioria. [...] Vice-versa, nenhuma maioria estaria disposta a deixar-se governar por uma minoria identitária; [ela] não se importa regras que pareçam estranhas à sua própria tradição”.

étnico-cultural¹³. Assim, a estrutura “de princípio” do federalismo parece propensa a abrigar, reciprocamente, diversidade na unidade, igualdade e diferença, centralismo e descentralização, autonomia e coordenação, poderes centrais e periféricos, numa verdadeira distribuição espacial de poder (BERNARDES, 2010, p. 47). É por conta disso que se costuma afirmar sua proximidade com os princípios do pluralismo.

A conjugação da diversidade na unidade aparece como princípio do fenômeno federal, por meio do qual se buscaria alcançar a união nacional, tornando-a compatível, porém, com a manutenção da pluralidade das comunidades menores (CAMILA, 2002, p. 161), com base num conceito de autonomia que compreenderia a prerrogativa de as localidades delimitarem suas próprias ordenações fundamentais, supremas em seus limites territoriais, com as diversidades e peculiaridades das comunidades que as compõem – discricionariedade que seria pressuposto do Estado federal (BERNARDES, 2010, p. 73-74). Desse modo, o pluralismo do federalismo autorizaria que prioridades e conflitos sociais comuns possam ensejar soluções unitárias, ao mesmo tempo em que permitiria acomodar e amparar, em maior medida, as diversidades geopopulacionais (CAMILA, 2002, p. 170).

Como ressalta Leonardo Marins (2009, p. 692-693), em toda Federação democrática, as populações devem ser respeitadas pelas suas “individualidades” e pelas suas “identidades sociais”. E na seguinte passagem o autor explicita a relação existente entre pluralismo e autonomia:

¹³ Reivindicações de pluralismo etnoculturais aparecem na configuração do federalismo na Bélgica, na Bósnia, na Índia, na Nigéria, na Rússia, na Suíça e, até mesmo, no Reino Unido, entre outros lugares (GARDNER, 2012, p. 32).

[...] os anseios da maioria não podem presumir um consenso sobre a decisão a ser tomada. [...] mesmo nos momentos em que a ampla maioria deseja, de acordo com determinada perspectiva política, alguns valores devem ser resguardados em nome da diversidade e da defesa da minoria, a qual tem o direito, independente do cenário, de ser ouvida e respeitada (MARINS, 2009, p. 696).

Decerto, quão maior a *diversidade* num Estado, maior a necessidade de que os interesses sejam politizados de maneira descentralizada, fundamentada no preceito do pluralismo político.

Nessa linha, por exemplo, a Espanha foi um dos países que conseguiu manter sua integridade político-institucional graças a extensivas adaptações jurídico-políticas em sua estrutura básica, o que permitiu acomodar históricos anseios autonomistas – principalmente do País Basco e da Catalunha – num pacto que, formulado no período de redemocratização do país, assegurou a unidade espanhola ao reconhecer autonomia às históricas nacionalidades e regiões, num projeto quase federativo¹⁴ (CAMARGO, 2001, p. 79). O respeito à diversidade, pois, seria não apenas um postulado da democracia, mas também condição substancial de sua praticidade, o que remete para a percepção de que uma das principais tendências políticas no final do século passado foi o desenvolvimento de novos escalões de governo, de cunho local e regional, conformando as mudanças estruturais nos tradicionais Estados unitários, conforme observa Yves Mény (2001, p. 279-280):

¹⁴ Para muitos autores, na verdade, o sistema político espanhol seria, sim, de tipo federativo. Vide, por exemplo, Bernardes (2010, p. 59-60); Stepan (1999, p. 13). De fato, partindo-se da análise principiológica do federalismo, poder-se-ia verificar que, independentemente do rótulo de Estado unitário de que se reveste a Espanha, nada impedia que ali se configure um sistema efetivamente federativo, como pode ocorrer em outros países.

Hoje a Bélgica e a Espanha são quase-federalizações, a Itália reforça as competências de suas vinte regiões e até mesmo a França jacobina desenvolve estruturas regionais na metrópole e no além-mar. Finalmente, a própria Grã-Bretanha estabeleceu em 1997 os primeiros elementos de uma política de *devolution* na Escócia e no País de Gales.

O federalismo, assim, “aparece” no constitucionalismo contemporâneo numa perspectiva de superar déficits de legitimidade política, com base num pluralismo democrático, regionalista:

Quando não contamos mais com uma visão de mundo hermética e homogênea, centrada nos Estados nacionais, o federalismo, que também não é fechado e engessado, amolda-se, num ajuste praticamente perfeito, a esse novo momento da humanidade. Essa visão do fenômeno federal permite-lhe uma adaptação natural aos múltiplos e diversificados carecimentos sociais contemporâneos (BERNARDES, 2010, p. 56).

As variadas condições socioeconômicas encontradas nas comunidades demandam, certamente, o enfrentamento heterogêneo das questões nacionais, em especial quando se trata de países de espaço territorial tão largo quanto sua diversidade interna, conjugação que tende a requerer maior descentralização e distribuição do poder ao longo do território (KELSEN, 1992, p. 298). A solução federativa, assim, despontaria como resposta na consolidação da unidade do Estado que, doutra maneira, poderia perder sua “eficiência”, sua “legitimidade” ou mesmo sua “autoridade”. É o caso de países que se caracterizam por dimensões territoriais continentais¹⁵, multinacionalidade,

pluralidade linguística, grandes concentrações populacionais *etc.* (HORTA, 2001, p. 714). Foi essa justamente a conclusão, por exemplo, de Rui Barbosa, ao defender a construção da Federação brasileira¹⁶.

A distribuição do poder estatal, além de ter fundamento em fatores técnico-administrativos, responderia, na maioria das vezes, à satisfação de aspirações políticas locais, que se enraízam em pressupostos históricos, geográficos, étnico-culturais, socioeconômicos, ideológicos *etc.* (MIRANDA, 2007, p. 313). Essa variação na orientação da descentralização política acarretaria, por conseguinte, também a variação do próprio arranjo federativo¹⁷.

O federalismo, com essa conotação, resguardaria a criatividade, o particularismo e o desenvolvimento autônomo das comunidades políticas locais, que, formalmente, traduzem a expressão histórico-cultural dum grupo de indivíduos geograficamente ligados, cujos espaços regionais são inegavelmente contrastantes (MARINS, 2009, p. 694-695). A ideia de unidade na diversidade, princípio do sistema federativo, seria compreendida, assim, numa perspectiva que ultrapassa a simples análise da forma de Estado, mas que apreende ques-

¹⁵ Madison já previa essa necessidade, ao reconhecer que, quanto maior “for a sociedade – desde que se conserve dentro de limites práticos – mais necessitada será de um competente governo autônomo” (HAMILTON, 1984, p. 421).

¹⁶ Eis a passagem histórica: “Num Estado como o Brasil, com uma superfície cuja vastidão compreende mais de oito milhões e trezentos mil quilômetros quadrados, um mundo completo no âmbito das suas fronteiras, com todas as zonas, todos os climas, todas as constituições geológicas, todos os relevos de solo, uma natureza adaptável a todos os costumes, a todas as fases da civilização, a todos os ramos da atividade humana, um meio físico e um meio moral variáveis na mais indefinida escala, – o regime da administração local necessita de variar também ilimitadamente, segundo esses acidentes incalculavelmente múltiplos, heterogêneos, opostos, como uma espécie de liga plástica, amoldável a todas essas divergências naturais e sociais num povo esparsa em território apenas inferior ao Império britânico, à Rússia, à China e à República americana” (BARBOSA, 1952, p. 54-55).

¹⁷ Segundo Jorge Miranda (2007, p. 313), há várias espécies de federalismo, como o *institucional* (Estados Unidos, Suíça, Alemanha), o *geográfico* (Canadá, Brasil, Austrália), o *multinacional* (Rússia), o *linguístico* (Índia), o *tribal* ou *étnico* (Nigéria), entre outros.

tões históricas, sociais, culturais e econômicas (CORRALO, 2009, p. 141).

A característica democrática do federalismo pluralista estaria intimamente ligada ao fato de que a autonomia constitucional que decorre do sistema federativo traduziria para as localidades o “direito” de criar estruturas normativas próprias e, talvez, mais adequadas à sua realidade (BERNARDES, 2010, p. 71-72). Nas palavras de Zimmermann (2005, p. 158), “as comunidades regionais precisam se desenvolver através de condutas próprias, e, desta forma, racionalmente disporem acerca de suas condições ideais e os seus interesses específicos”.

A distribuição territorial do poder, ademais, montada numa base social participativa, tenderia a vocalizar demandas plurais, evidenciando, outra vez, sua relação com democracia¹⁸. Num sistema político federativo, a garantia democrática estaria proporcionalmente ligada ao grau de “lealdade” dos cidadãos em relação a cada esfera de poder, conforme pontua Alfred Stepan (1999, p. 3):

De um ponto de vista ideal, portanto, em uma federação democrática os cidadãos deveriam ter identidades políticas duplas, mas complementares. Isto porque se as pessoas, na qualidade de cidadãos de uma subunidade territorial, e os líderes eleitos por essa unidade considerarem que o poder central não lhes proporciona os bens, a segurança ou as identidades que estimam valiosas e aos quais não podem ter acesso no nível isolado da unidade local, sua lealdade para com a União será frágil.

¹⁸ Explica literalmente Sérgio Dalaneze (2010, p. 70-71) que “no pluralismo democrático entende-se que o axioma fundamental é a crença de que, em vez de um único centro soberano de poder, é necessário que existam muitos outros, mas que nenhum seja inteiramente soberano, de modo que a existência de múltiplos centros de poder ajudará a refrear o poder de um deles, a garantir o consenso e a resolver pacificamente o conflito”.

Nesse sentido, então, é que se deveria reconhecer às populações integrantes da Federação o direito às suas “individualidades” e o respeito pelas suas “identidades sociais”, consolidando-se um ambiente de “liberdade”, “autorealização” e “dignidade” (MARINS, 2009, p. 693). A liberdade política dos cidadãos, no contexto federativo democrático, apareceria, afinal, como valor positivo¹⁹. Subsistiria, por isso, a ideia de respeito à criação duma *identidade infranacional*, com base na autonomia política das comunidades menores, cujo ordenamento normativo tenderia a expressar as crenças, aspirações e conclusões populares acerca da proteção da liberdade dos cidadãos locais (GARDNER, 2012, p. 29). O federalismo, assim, permitiria certo grau de “autodeterminação” para os grupos locais, principalmente aqueles distintos entre si em termos étnico-culturais (GARDNER, 2012, p. 32), o que reforçaria alguma feição democrática²⁰.

Liberdade e pluralismo parecem se imbricar, no funcionamento da estrutura federativa, como condições inafastáveis para congregar a participação e a inclusão social, no contexto da autonomia local. Talvez por isso ressalte Daniel Elazar (c1987, p. 103) que, se a liberdade

¹⁹ “Em uma democracia isso implica que a maioria, qualquer que tenha sido o modo como se formou, não deveria impor às minorias políticas a violação dos direitos individuais. O constitucionalismo e o ‘império da lei’ são importantes instituições democráticas que contribuem para preservar a liberdade e os direitos dos indivíduos. Na visão de muitos pensadores liberais, especialmente na dos de tradição americana, o federalismo muitas vezes aparece como exercendo um papel-chave – para alguns é a própria chave – na limitação da ‘tirania da maioria’” (STEPAN, 1999, p. 4).

²⁰ Como sintetiza Bouretz (2001, p. 144), “a democracia não é apenas uma forma jurídico-política construída como um compromisso razoável entre o impossível governo direto do povo em grandes nações e o ideal da autonomia do sujeito. Ela também é uma experiência da liberdade compartilhada que se preserva conseguindo manter a dimensão de um projeto, a representação de possibilidades de aperfeiçoamento das condições de vida dos indivíduos, dos grupos ou ainda das gerações futuras”.

se serve das variações do pluralismo, numa república que se estrutura para permitir que as diferenças possam ser reconhecidas e diferentes acordos possam tomar lugar nas decisões políticas, o federalismo, então, ofereceria a estrutura adequada para possibilitar essa visão.

Afinal, se o respeito às liberdades públicas e à autonomia individual configura preceito essencial do pluralismo, o federalismo, por sua natureza diversificante, não poderia dissociar-se do pensamento pluralista²¹.

Aliás, os próprios conceitos, em si, promoveriam essa aproximação, que pode ser evidenciada com a observação duma característica essencial do *pluralismo*: a ideia dum sistema no qual “o direito se pode encontrar em vários ordenamentos, de vários níveis, sem que entre eles exista um que determine a validade dos outros ou estabeleça a hierarquia entre eles” (HESPAÑHA, 2010, p. 151). Miquel Caminal (2002), nesse contexto, chega a condicionar a fixação do federalismo ao atendimento dos pressupostos pluralistas²².

Da mesma forma, o pluralismo sociopolítico, que demanda o respeito às diferenças e protege as minorias, encontraria na democracia deliberativa – que consiste precisamente duma rede de *discursos* e de *negociações*, que deve possibilitar a solução racional de questões pragmáticas, morais, éticas (HABERMAS, 1997, p. 47) – a maneira de aparecer no próprio espaço político local.

Caso se reconheça que a acentuação do pluralismo democrático demanda formas de democracia inclusiva, de participação, que transportem as discussões políticas para o plano local (TEIXEIRA, 2011, p. 133), isso evidenciaria a relação entre pluralismo, participação e federalismo, cujo entrelaçamento seria reciprocamente potencializador para todos²³.

²¹ Essa ligação, ademais, poderia ser encontrada em Preston King (apud CAMINAL, 2002, p. 164), quando aponta as seguintes variedades do conteúdo do *pluralismo*: 1) a doutrina da separação de poderes; 2) a doutrina do equilíbrio e controle entre poderes; 3) o pluripartidarismo; 4) o corporativismo; 5) a representação proporcional; 6) a doutrina do pluralismo social; 7) a doutrina do *federalismo*.

²² “Si se acepta que existe una federación por el solo hecho de que así lo establezca el ordenamiento jurídico o la Constitución de un estado, al regular una estructura territorial equiparable formalmente a las federaciones liberal-democráticas, es que se está excluyendo el *pluralismo* como condición *sine qua non* del federalismo” (CAMINAL, 2002, p. 163).

²³ Assim inclusive relata Miquel Caminal (2002, p. 164-165): “Desde la monarquía absoluta hasta nuestros días, el estado ha ido evolucionando hacia la pluralidad a partir de las revoluciones liberales. La división de poderes, la identificación entre nación y ciudadanía, las libertades públicas, el pluralismo político, las elecciones libres, el corporativismo y el equilibrio de poderes sociales, las políticas antimonopolio, el multiculturalismo son ejemplos de pluralismo que en mayor o menor grado se han desarrollado en las sociedades democráticas. El federalismo forma parte, también, de este pluralismo en aquellos estados democráticos que han adoptado el modelo federal. Se puede afirmar, en consecuencia, que el federalismo vive en el pluralismo y se ahoga ante su ausencia. Pero la singularidad del federalismo en comparación con las otras formas de pluralismo es su territorialidad. La federación implica, necesariamente, la división territorial de los poderes del estado, pero si esta división se hace en ausencia de la democracia, el federalismo queda anulado en un aspecto que le es esencial, el pluralismo”.

Como se pode perceber, então, o federalismo acabaria se ligando à perspectiva do pluralismo, porquanto sua própria estruturação estaria voltada para abrigar a *diversidade na unidade* e, no sentido do que se tem visto, sendo pluralista, tende a ser democrático. Essa ligação poderia ser vista desde os “princípios”, “valores”, “objetivos” do federalismo, que, ao orientarem para o reconhecimento da autonomia das comunidades locais, trabalhando a ideia de distribuição do poder, buscariam, no resumo de Wilba Bernardes:

[fortalecer] a aceitação tanto da diversidade quanto da unidade, tanto da descentralização quanto da centralização, enquanto constantes e salutares tensões; a garantia de a igualdade e a liberdade atuarem como complementares; o implemento dos instrumentos de cidadania participativa; a valorização da descentralização da máquina administrativa; a consagração de formas que assegurem a participação das minorias não só nas decisões de poder, mas participação, à medida que lhes são assegurados canais abertos de formação e consolidação de suas opiniões e vontades; a criação de conselhos gestores de fomento de formas de controle e transparência de gestão pública; a implementação de fóruns de debates e consórcios, por exemplo, intermunicipais (BERNARDES, 2010, p. 58).

Diante disso, seria possível verificar, então, que o federalismo funciona, de alguma forma, como instrumento *potencializador* das possibilidades de vazão dos valores pluralistas que orientam a democracia contemporânea. Por isso, a federação, aparentemente, poderia oferecer estrutura para o resguardo da “legitimidade política”, potencializando a superação dos preceitos centralizadores do nacionalismo (homogêneo), talvez apresentando condições de fomentar o desenvolvimento democrático, tanto quanto promovesse o pluralismo, em várias dimensões, ao contrapor “policentrismo” e “monocentrismo”, “plurinacionalidade” e “nacionalidade única”, “multiculturalismo” e “monoculturalismo” (CAMILA, 2002, p. 156).

Ademais, seria possível constatar que também a segunda proposta – anteriormente reproduzida – de Bobbio, que condicionaria a concretização do regime democrático à objeção ao poder *monocrático*, pode ser respondida com o auxílio da teoria do federalismo, caso se tenha em vista que o *pluralismo* que lhe é inerente, consubstanciado na distribuição do poder em vários centros de decisão, autônomos e – porque voltados às tradições e necessidades de cada comunidade local – legítimos, ofereceria condições instrumentais para superação da concentração do poder decisório.

Talvez por isso tudo, não soe “irrazoável” cogitar que, se os alicerces das constituições democráticas residem na ideia de soberania po-

pular, na proclamação de liberdades, na separação de poderes (ARDANT, 2001, p. 219), “a federação constitui, portanto, a realização mais alta dos princípios do constitucionalismo” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009, p. 482).

Considerações finais

Como se viu inicialmente, os postulados da democracia parecem apontar para a revisão dos conceitos “tradicionalis” de que antes se ocupou a ciência política, de modo a indicar as tendências de superação de antigos paradigmas, de valorização da participação popular e do pluralismo. Como novas marcas da política, tais tendências, por certo, demandam a revisitação do espaço público, de modo a promover a aproximação entre povo e poder de decisão.

A democracia contemporânea exigiria a participação *substancial* do sujeito, ou seja, não apenas aquela limitada a ratificar as decisões do parlamento, mas uma sistemática que lhe permita deliberação sobre as questões que o afetam, num espaço político em que a pluralidade de demandas e a diversidade cultural dos atores possam ser catalisadas num processo racional e inclusivo, do qual possa resultar o maior número de benefícios e o maior grau de satisfação para todos os setores. E esse espaço público, como se viu, parece ser o da esfera *local*.

Nesse contexto, a autonomia que o federalismo reserva às comunidades locais criaria espaço político para efetivação dum a democracia de participação, deliberativa e inclusiva, que torne factível à população ter vez e voz na decisão das questões que lhe dizem respeito. Além disso, a própria descentralização estatal promovida pelo federalismo aproxima os atores públicos da fiscalização popular, avizinhando-os do aparelho legislativo e administrativo, o que acabaria gerando técnicas para o controle social e a eficácia estatal.

Por outro lado, justamente essa autonomia política que as comunidades detêm no federalismo poderia resguardar o outro postulado democrático apontado: o pluralismo. O contrabalanço que o governo regional pode fazer ao governo central – já que não haveria subordinação política no Estado federal – revelaria que o federalismo pode servir, também, de mecanismo contramajoritário, ou seja, como potencial instrumento de defesa de minorias nacionais – um postulado do pluralismo democrático. Ademais, o fato de cada comunidade poder dar a si mesma o tratamento jurídico que mais lhe seja adequado, dentro dos limites de cada sistema federativo, demonstraria que o pluralismo sociopolítico e a diversidade socioeconômica podem ser vocalizados nas

entrelinhas do federalismo. Além disso, o sistema federativo, comumente visto como forma de “separação de poderes”, multiplicaria os centros de decisão, daí decorrendo alguma noção de limitação ao autoritarismo – que costuma fazer-se presente em Estados de forte centralização. Certamente, tais perspectivas parecem se coadunar com os princípios dum sistema democrático.

Não se buscou aqui sustentar a ideia de que a estruturação do federalismo seria condição necessária para a manutenção da democracia ou mesmo que ambos seriam interdependentes numa teoria política. Afinal, ainda existem – e sempre existirão – Estados unitários, não federativos, que podem atender às demandas essenciais dos sistemas democráticos; da mesma forma que regimes autocráticos e monolíticos podem adotar uma estrutura federativa de organização. O que se procurou averiguar foi alguma possível relação de – por assim dizer – complementariedade/potencialização, no sentido de que o federalismo, como mecanismo de agregação da diversidade na unidade, possa servir como instrumento institucional para a prática da cidadania, atendendo aos postulados da democracia contemporânea, que se sustenta na participação popular e no pluralismo político – expressáveis na autonomia político-comunitária do localismo federativo.

Sobre os autores

Gabriel Barroso Fortes é mestrado em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, CE, Brasil; advogado em Fortaleza, CE, Brasil.
E-mail: gabriel.b.fortes@gmail.com

Filomeno Moraes é doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio e Janeiro (IUPERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor titular do programa de pós-graduação em Direito Constitucional, mestrado e doutorado da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, CE, Brasil.
E-mail: filomenomoraes@uol.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês²⁴

FEDERALISM AND DEMOCRACY

ABSTRACT: Although federalism and democracy are, after WW2, a global reality already, we sought to identify some political and institutional link that directly relate them: a

²⁴Sem revisão do editor.

mutual conditioning or a reciprocal enhancement. We aimed to analyze if the political organic nature of federalism could serve to contemporary democracy. To accomplish this, we identified the current features of democratic communities and their two basic principles: participation and pluralism, on a trend of social inclusion and protection to minorities. It was also verified that federalism, bringing diversity into unity, would reveal usual “political tools” able to enhance institutional conditions for consolidation of these democratic postulates. While federalism draws in decentralization, it would lead to closer ties between people and power, making citizens’ participation and supervision more feasible. Moreover, the political autonomy of communities allow local governments to solve plural issues according to each reality, which reveals a counter-majority mechanism to protect national minorities.

KEYWORDS: FEDERALISM. DEMOCRACY. POLITICAL PLURALISM. POPULAR PARTICIPATION.

Como citar este artigo

(ABNT)

FORTES, Gabriel Barroso; MORAES, Filomeno. Federalismo e democracia. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, n. 211, p. 199-226, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p199>.

(APA)

Fortes, Gabriel Barroso, & Moraes, Filomeno. (2016). Federalismo e democracia. *Revista de informação legislativa: RIL*, 53(211), 199-226. <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p199>.

Referências

AGRA, Walber de Moura. *Republicanismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. A repartição de competência: superposições e conflitos normativos. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?*. Rio de Janeiro: Forense; Bilac Pinto Ed., 2008, p. 27-39.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Federalismo e princípio da simetria: entre unidade e diversidade. In: TAVARES, Andre Ramos et al (Org.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARDANT, P. Os regimes constitucionais. In: DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

BAGGIO, Roberta Camineiro. *Federalismo no contexto da nova ordem global: perspectivas de (re)formulação da federação brasileira*. Curitiba: Juruá, 2006.

BAKUNIN, Mikhail Aleksandrovich. *Federalismo, socialismo, antiteologismo*. São Paulo: Cortez, 1988.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARBOSA, Rui. *Teoria política*. Rio de Janeiro: W. M. Jackson, 1952.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BENEVIDES, Maria Victoria. Em defesa da república e da democracia. In: BENEVIDES, Maria Victoria. BERCOVICI, Gilberto. MELO, Claudineu de (Org.). *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 723-742.

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Federação e federalismo: uma análise com base na superação do estado nacional e no contexto do estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise: pluralismo, democracia, socialismo, comunismo, terceira via e terceira força*. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

_____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 13. ed. reimpr. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOURETZ, P. Repensar a democracia. In: DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

CAMARGO, Aspásia. Federalismo cooperativo e o princípio de subsidiariedade: notas sobre a experiência recente do Brasil e da Alemanha. In: HOFMEISTER, Wilhelm; CARNEIRO, José Mário Brasiliense (Org.). *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

CAMINAL, Miquel. *El federalismo pluralista: del federalismo nacional al federalismo plurinacional*. Barcelona: Paidós, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CARBONELL, Miguel. Reinventar la democracia, reinventar el constitucionalismo. In: TAVARES, André Ramos et al (Org.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-92.

CORRALO, Giovani da Silva. *Município: autonomia na federação brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009.

DALANEZE, Sérgio. Contribuição do pluralismo no debate das ideias jurídicas. In: WOLKMER, Antonio Carlos et al. (Org.). *Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado federal*. São Paulo: Ática, 1986.

DINAN, John. Padrões de elaboração de constituições infracionais em estados federais. In: MAUÉS, Antonio Gomes Moreira (Org.). *Federalismo e constituição: estudos comparados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ELAZAR, Daniel Judah. *Exploring federalism*. Tuscaloosa: The University of Alabama, c1987.

FEITEN, Pedra et al. Conselhos municipais: espaços institucionalizados de práticas de gestão pública compartida. In: HERMANY, Ricardo (Org.). *Empoderamento social local*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

FREITAS, Juarez. Direito constitucional à democracia. In: BRANDÃO, Cláudio. *Direito à democracia: ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 11-40.

GARDNER, James A. Em busca do constitucionalismo infranacional. In: MAUÉS, Antônio Gomes Moreira (Org.). *Federalismo e constituição: estudos comparados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander. *O federalista*. Brasília: UnB, 1984.

HERMANY, Ricardo. (Re)discutindo as políticas públicas no espaço local: interconexões entre federalismo, subsidiariedade e direito social no Brasil. In: MAUÉS, Antônio Gomes Moreira (Org.). *Federalismo e constituição: estudos comparados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

HERTEL, Jaqueline C. Saiter. *As dimensões democráticas nas constituições brasileiras*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2007.

HESPANHA, Antonio Manuel. Estadualismo, pluralismo e neorrepublicanismo: perplexidades dos nossos dias. In: WOLKMER, Antonio Carlos et al. (Org.) *Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

HORTA, Raul Machado. O federalismo no direito constitucional contemporâneo. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 19, n. 4, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KINSKY, Ferdinand. The fundamental principles of federalism: its methodology and philosophy. In: MOURÃO, Fernando Augusto Albuquerque. *O federalismo mundial e perspectivas do federalismo no Brasil*. São Paulo: Conselho Brasileiro de Relações Internacionais, 1997.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Democracia e federalismo: uma intricada relação. *Revista de informação legislativa*, v. 44, n. 175, p. 299-307, jul./set. 2007.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; UCHOA, Sheila Monteiro. Orçamento público e participação ativa: crianças e adolescentes em movimento para o exercício da cidadania. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 181, p. 71-79, jan./mar. 2009.

MARINS, Leonardo. Limites ao princípio da simetria constitucional. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira et al (Coord.). *Vinte anos da constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARTINS, Fernando Barbalho. *Do direito à democracia: neoconstitucionalismo, princípio democrático e a crise no sistema representativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MÉNY, Yves. Democracia local e democracia europeia. In: DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORAES, Alexandre de. Federação brasileira: necessidade de fortalecimento das competências dos Estados-membros. In: TAVARES, André Ramos et al (Org.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Filomeno. *Contrapontos: democracia, república e constituição no Brasil*. Fortaleza: UFC, 2010.

MOSS, Robert. *O colapso da democracia*. Rio de Janeiro: Nôrdica, 1977.

OLIVEIRA, Farlei M. Riccio de. Esfera pública e participação na função administrativa do Estado: as contribuições de Hannah Arendt e Robert Dahl. In: BRANDÃO, Cláudio. *Direito à democracia: ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito, 2011.

OLIVEIRA, Francisco Mesquita de. *Cidadania e cultura política no poder local*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

OLIVEIRA, Ricardo Victalino. *Federalismo assimétrico brasileiro*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. Federação e república. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al (Coord.). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *O federalismo numa visão tridimensional do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ROBERT, Cinthia. *Democracia e constituição: contribuições para a compreensão do Estado contemporâneo*. Campinas: Millennium, 2006.

SANTIN, Janaina Rego. Poder local e gestão democrática municipal: uma análise a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: HERMANY, Ricardo (Org.). *Empoderamento social local*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

SANTORO, Emilio. A democracia é ainda adaptável às sociedades multiculturais? In: BRANDÃO, Cláudio. *Direito à democracia: ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito, 2011.

SOUZA, Inês Cabral Ururahy de. Cidadania e direitos humanos no estado social e no constitucionalismo democrático. *Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 442-456, jul./dez. 2010.

STEPAN, Alfred. Para uma nova análise comparativa do federalismo e da democracia: federações que restringem ou ampliam o poder do Demos. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 2, 1999.

TARR, G. Alan. Espaço constitucional infranacional: uma agenda de pesquisa. In: MAUÉS, Antônio Gomes Moreira (Org.). *Federalismo e constituição: estudos comparados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

TEIXEIRA, Anderson V. Democracia transnacional: as novas esferas transversais de decisão política. In: BRANDÃO, Cláudio. *Direito à democracia: ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito, 2011.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

EIRELI

Constituição e reflexões acerca do Projeto de Lei do Senado 96/2012

NINA TRICIA DISCONZI RODRIGUES

ALEXANDRE DE MOURA BONINI FERRER

ISADORA SCHERER SIMÕES

Resumo: O artigo objetiva avaliar a eficácia da exigência de capital mínimo para constituição da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) prevista na Lei nº 12.411/2011, apontando se ela cumpre ou não os seus objetivos ou se necessita de aprimoramento. Nesse sentido, empreende-se uma análise das principais iniciativas legislativas em curso, que visam a modificação da exigência de capital mínimo, dando especial enfoque ao Projeto de Lei do Senado nº 96/2012. Na primeira seção, apresentam-se conceitos e considerações acerca do capital, com o intuito de explicitar a problemática do tema. Na segunda, para robustecer o estudo, abordam-se relevantes aspectos do tema em direito comparado. Na terceira seção, aprecia-se a legislação que visa modificar o ordenamento legal da EIRELI, apontando contribuições para o seu aprimoramento. Ao final, são apresentadas conclusões e sugestões.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. EIRELI. Capital Mínimo.

Introdução

O empreendedorismo é fator determinante para o alcance de melhoria na condição econômica de um país. O empreendedor, como protagonista do desenvolvimento de uma nação, por gerar e movimentar riquezas, possibilita que os produtos do seu trabalho tenham reflexos sobre todos os outros setores da sociedade. Tal modelo encontra-se presente na maioria dos países e é também parte do modelo político-econômico da nação brasileira.

Recebido em 4/5/16

Aprovado em 5/8/16

Nessa senda, é possível destacar três fases distintas na formação do direito empresarial: a primeira fase, a das corporações de ofício; a segunda, denominada “teoria dos atos de comércio”, positivada a partir do derrogado Código Comercial de 1850; finalmente, a terceira e última fase – a teoria da empresa –, oriunda da doutrina italiana e adotada pelo nosso Código Civil de 2002.

Buscando sempre a evolução e o estímulo à economia e ao desenvolvimento, foi criada, a partir da Lei nº 12.441/2011, uma nova pessoa jurídica no ordenamento brasileiro, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, conhecida pela sigla EIRELI. Em primeiro plano, buscou-se regulamentar o anseio da sociedade em poder constituir empresa baseada na unipessoalidade e manter a sua responsabilização limitada, blindando o patrimônio pessoal contra as intempéries corporativas.

Apesar de a criação da EIRELI ser motivada pela necessidade de extinguir as sociedades limitadas fictas e possibilitar a separação de patrimônios de pequenos e médios empresários, acabou o texto legal por excluir uma parcela dos pequenos empresários, tendo em vista a exigência de um capital social basilar de cem vezes o salário mínimo. Destarte, restou ceifada a possibilidade de constituição da EIRELI pelos menores empreendedores.

Dito isso, objetiva-se analisar se as alterações implementadas a partir da promulgação da Lei nº 12.441/2011 – que criou a nova figura jurídica de direito privado denominada EIRELI – atendem às necessidades da sociedade. Ainda, o presente artigo intenta a verificação da necessidade de aprimoramento do referido diploma legal, especificamente da exigência de capital mínimo como requisito constitutivo.

Para tanto, faz-se a análise do capital e suas nuances, de forma a encontrar o embasamento necessário para impactar de forma positiva a construção legislativa pátria. Além disso, busca-se apontar solução para as dúvidas existentes na doutrina nacional, no que tange à exigência de capital mínimo para constituição da EIRELI.

Complementarmente, far-se-á a análise comparativa dos requisitos da já consolidada constituição da pessoa jurídica supracitada em países estrangeiros, na qual se baseou, frise-se, a ideia da limitação de responsabilidade com característica unipessoal.

Após uma verificação de todas as variáveis apresentadas, serão examinadas as iniciativas legislativas que visam o aprimoramento da Lei nº 12.441/2011. Especificamente, haverá a lapidação das possibilidades e intenções dos Projetos de Lei nºs 2.648/2011, 96/2012, 3.298/2012 e 6.698/2013, os quais tramitam para possível alteração do apontado diploma legal no que se refere à redução ou extinção da exigência de capital mínimo.

Por fim, cumpre salientar que a limitação da responsabilidade de um empresário individual, por meio da autonomia patrimonial, é alvo de discussão internacional desde meados do século passado. A sua concretização no Brasil pela Lei nº 12.411/2011 ocorreu de forma tardia, mas ainda assim extremamente benéfica.

1. Do capital

Por uma abordagem necessária e basilar, traz-se à baila o capital social na EIRELI: conceito, nomenclatura, análise comparada e impactos da exigência de integralização. Outrossim, colaciona-se a devida jurisprudência no controle judiciário operado por meio da desconsideração da proteção patrimonial conferida pelo véu corporativo.

1.1. Conceito de capital social

O capital social é uma cifra numérica, estática e contábil, de cunho obrigatório, que representa o aporte de capital inicial despendido pelos sócios em prol da necessária introdução de meios capazes de tornar possível a atividade empresarial pretendida. Nas palavras de Negrão (2014, p.106), destaca-se a essencialidade da existência do capital como um dos elementos fundadores da sociedade, além de suas possibilidades de aporte em pessoas jurídicas com autonomia patrimonial:

O capital social constitui um dos elementos essenciais à formação da sociedade e pode ser integrado por valores em dinheiro ou bens móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, que serão incorporados somente depois de sua avaliação e de deliberação da assembleia geral (grifo nosso).

Nessa esteira, com base na ideia de valor compatível com a atividade exercida, a lição de Mamede (2011, p. 73) revela o objetivo da estipulação do capital social: sua destinação à realização do objeto social específico da empresa:

O capital social, portanto, é o montante do investimento feito pelos sócios na empresa, o valor alocado para a realização de seu objeto social. Daí a necessidade de se definir, no contrato social, qual será o valor global dos investimentos alocados na sociedade e destinados à respectiva atividade negocial. Essa destinação caracteriza investimento e sua finalidade é o lucro, ou seja, a produção de sobrevalores: espera-se que a atividade empresária produza valores que excedam o capital e, assim, possam ser retirados do patrimônio empresário e destinados aos sócios (grifo nosso).

Complementando, é necessário entender a diferença entre o capital social e o patrimônio social, uma vez que o primeiro tem a função de nortear o capital garantido, que não se modifica, dando uma ilusão aos credores de que, ainda que não haja a liquidez na empresa capaz de solver suas obrigações, os sócios se comprometeriam e seriam capazes de cumprir as obrigações firmadas até o limite do capital social. Nesse aspecto, Coelho (2013, p. 42) destaca a necessidade de diferenciação:

O capital social representa, grosso modo, *o montante de recursos que os sócios disponibilizam para a constituição da sociedade*. De fato, para existir e dar início às suas atividades, a pessoa jurídica necessita de dinheiro ou bens, que são providenciados pelos que a constituem. *Não se confunde o capital social com o patrimônio social*. Este último é o conjunto de bens e direitos de titularidade da sociedade (ou seja, tudo que é de sua propriedade) (grifo nosso).

Reiterando-se, é importante destacar que a posição majoritária da doutrina se coaduna com o mesmo entendimento: a necessidade de vinculação do capital social ao exercício da atividade econômica. Assim, mostra-se, desde já, descabida uma estipulação mínima do capital social da empresa sem a necessária análise do caso concreto, dissociada da compatibilidade do capital com a atividade empresária. Deve-se buscar alcançar o equilíbrio entre os recursos suficientes e o desenvolvimento empresarial. É esse o entendimento de Cardoso (2012, p. 78):

Constitui-se capital como os recursos suficientes para o exercício da atividade econômica, diferenciando-o do patrimônio especial ou de afetação que oscila a partir da integralização do montante inicial, conforme a destinação e gerência que lhe é conferida.

Com base nos conceitos de capital social apresentados, constata-se que ele se refere justamente às sociedades. Tendo em vista que a EIRELI não é uma sociedade, e sim uma nova pessoa jurídica, percebe-se uma clara imprecisão jurídica, de tal forma que o legislador necessita adequar a nomenclatura a fim de atribuir à EIRELI a exigência de capital.

Ainda assim, a constituição de capital na EIRELI tem as mesmas funções externas à pessoa jurídica, ou seja, a ideia de constituição de garantia aos credores. O fator que diferencia o capital nas sociedades do capital nas empresas individuais de responsabilidade limitada é que internamente o capital, na empresa de responsabilidade individual limitada, não terá delimitação de quotas, visto que não é dividido e pertence integralmente a uma única pessoa, com pleno poder decisório.

1.2. Capital inicial: EIRELI e Sociedade Limitada

Ao assumirmos que a função externa desempenhada pelo capital é idêntica na EIRELI e na Sociedade Limitada – a proteção aos credores –, verificamos que a diferenciação de exigência de capital mínimo, via de regra, encontra amparo no simples fato de a primeira ser pessoa jurídica unipessoal.

Cumpre destacar que, por exceção, a Sociedade Limitada também pode ter exigência de capital mínimo, quando, por exemplo, seu objeto for de segurança ou vigilância ou ainda de mão de obra temporária, consoante dispõe o art. 13 da Lei nº 7.102/1983 e o art. 6º da Lei nº 6.019/1974, respectivamente. Destaque-se que, nesses casos, a necessidade do capital elevado é justamente porque o objeto da atividade empresarial desempenhada necessita de maior garantia, ou seja, há uma lógica presumida em sua estipulação que se aplica tanto à EIRELI quanto à Sociedade Limitada. Em sua forma genérica e comum, a Sociedade Limitada não tem qualquer limitação quanto à exigência de capital mínimo para constituição.

Segundo o *caput* do art. 980-A da Lei nº 12.441/2011,

A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País (BRASIL, 2011a).

Desde a sua criação, discutem-se as limitações impostas para a constituição da EIRELI, embora, no projeto de lei apresentado, lucidamente, a exigência de capital mínimo nem sequer existia.

A modificação se deu quando da avaliação do PL nº 4.605/2009 na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), que

teve como relator o Sr. Deputado Marcelo Itagiba (PSDB-RJ), que, de acordo com suas competências, apresentou parecer, do qual destacam-se as seguintes passagens:

Registro, também, que, considerando que se faz conveniente delimitar, em proporção razoável, o porte da organização que se pode constituir como empresa individual, a fim de que não se desvirtue a iniciativa nem esta se preste a meio e ocasião para dissimular ou ocultar vínculo ou relação diversa, propugnamos introduzir parâmetro mínimo apto a caracterizar a pessoa jurídica de que ora se trata, fazendo supor que se reúnem suficientes elementos de empresa, como sede instalada ou escritório, equipamentos etc., tal como se fez para caracterizar microempresas e o empresário individual, nas respectivas leis reguladoras. Com este propósito, estabelecemos que o capital social não deva ser inferior ao equivalente a 100 salários mínimos, montante a partir do qual se tem por aceitável a configuração patrimonial da empresa individual. A tanto, emendamos a redação dada ao *caput* do art. 985-A proposto (art. 980-A), a ser aditado ao Código Civil por força do art. 2º do Projeto (BRASIL, 2009).

Verifica-se que a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) se utilizou da subjetividade para determinar aquilo que achava plausível, sem perceber que essa modificação ceifaria por completo o alcance do pequeno empreendedor. Assim é o entendimento de Cardoso (2012, p. 61), ao dizer que, “em análise detida, percebe-se que o valor de 100 salários mínimos partiu de critério subjetivo, mesmo porque arbitrado de forma genérica”.

O que surpreende é a expressividade da modificação – a inclusão de uma exigência questionável –, sem o devido embasamento teórico ou prático. No próprio parecer, o relator faz referência ao ordenamento estrangeiro,

o que revela ter dele tomado conhecimento, porém, ao que parece, de maneira superficial. Transcreve-se:

No mérito, estamos convencidos de que o Projeto em apreço contribuirá com o aperfeiçoamento do regime jurídico civilista pátrio, em matéria de direito societário, ao introduzir a figura da pessoa jurídica individual de responsabilidade limitada, devendo representar notável avanço no campo empresarial e do empreendedorismo, subsidiando o Brasil com instrumentos em vigor desde mais de duas décadas em diversos outros países. Contudo, acredito que a proposta possa ser ainda mais aperfeiçoada, razão pela qual apresento novo substitutivo (CARDOSO, 2012).

Nesse ponto específico o que se observa é que o relator, ao tentar aprimorar o projeto de lei, acabou fazendo justamente o contrário – pelo menos em relação à quantidade de salários mínimos exigidos.

Alguns autores acreditam que a exigência de capital mínimo e de integralização no ato da constituição da EIRELI podem ser benéficos, mas apontam a necessidade de questionamento acerca do quantitativo imposto. A esse respeito, Tomazette (2013, p. 64) assevera:

Nas EIRELIs o capital também teria a função de produtividade enquanto fator patrimonial inicial que possibilitará o exercício da atividade empresarial e especialmente a função de garantia, na medida em que o capital representaria o mínimo do patrimônio da EIRELI que os credores teriam a sua disposição para satisfação das obrigações. Por esta última função é que se exigiu o capital mínimo de cem vezes o maior salário-mínimo vigente no país, cujo valor pode ser discutível, mas representa a ideia da garantia mínima para os credores.

É importante frisar que a mera indicação de capital social a integralizar de nada vale para a constituição de garantia aos credores, ao passo que é positiva a integralização inicial de todo o capital indicado. De fato, verifica-se que a falta de capital realmente traz ao terceiro insegurança e incerteza, o que gera justamente prejuízos ao empreendedorismo.

Quanto ao benefício que a exigência de integralização por ocasião da constituição da empresa traz, afirma Abrão (2012, p. 100):

Comumente, sem a integralização no ato da constituição, cria-se uma relação que cerca o desconhecimento e a tônica do empreendimento, porque não se tem a certeza quanto à concretização do ato e por outro ângulo a expectativa retira dos credores e de eventuais terceiros mecanismo hábil destinado à negociação direcionada para a sedimentação da atividade.

Com efeito, diversos outros autores compartilham do mesmo entendimento, segundo o qual há uma potencialização da função exterior

do capital quando ele já é integralizado desde a constituição de nova empresa.

Por necessária ressalva, pontua-se que a total integralização é mais benéfica ao credor do que ao empreendedor que recém constituiu nova pessoa jurídica para desenvolver a sua empresa. Ainda assim, vale o destaque aos ensinamentos de Cardoso (2012, p. 79), que explicita os benefícios da integralização inicial, ao dizer que a segurança de integralização do capital favorece o relacionamento com terceiros, especialmente fornecedores, instituições financeiras e qualquer outra pessoa que venha a se relacionar com a empresa.

Acerca do capital mínimo para constituição de EIRELI, a crítica do presente ensaio se restringe ao elevado quantitativo de salários mínimos necessários sem considerar o tipo do negócio, o que, de certa forma, atribui à unipessoalidade uma conotação de fraude. Se assim não fosse, então a mesma exigência – número de salários mínimos – teria de ser feita à Sociedade Limitada, o que não ocorre, em sua forma mais comum.

Nesse contexto, o Partido Popular Socialista (PPS) entrou com a ADI de nº 4.637, questionando a vinculação de abertura de empresa ao salário mínimo vigente, invocando a sua constitucionalidade, por ferir, entre outros, o princípio da livre iniciativa. A referida ADI está com pareceres negativos até o momento, bem como com os autos conclusos ao relator Min. Gilmar Mendes desde o fim de 2012.

Ressalte-se que os pareceres se posicionam no sentido de que a exigência de capital mínimo não ofenderia o princípio da livre iniciativa, visto que a EIRELI não é a única forma de se estabelecer empresa, mas apenas uma das formas.

Analizando-se pelo viés da Sociedade Limitada, vemos que a limitação patrimonial fomenta a atividade empresarial por restringir

o risco da atividade. Para se ter ideia da relevância da sociedade limitada, Ulhôa, em sua renomada obra “Curso de Direito Comercial”, traz os seguintes dados:

A sociedade limitada é o tipo societário de maior presença na economia brasileira. Introduzida no nosso direito em 1919, ela representa hoje mais de 90% das sociedades empresárias registradas nas Juntas Comerciais. Deve-se o sucesso a duas de suas características: a limitação da responsabilidade dos sócios e a contratualidade. Em razão da primeira, os empreendedores e investidores podem limitar as perdas, em caso de insucesso da empresa. A segunda característica que motivou a larga utilização desse tipo societário é a contratualidade. As relações entre os sócios podem pautar-se nas disposições de vontade destes, sem os rigores ou balizamentos próprios do regime legal da sociedade anônima, por exemplo (COELHO, 2013).

Como já apontado anteriormente, a grande diferença entre uma Sociedade Limitada e uma EIRELI – além do capital –, é a necessidade de a primeira ter pluralidade de sócios. Não fosse a limitação imposta pelo capital exigido para a constituição da segunda, os dados apresentados acima poderiam ser diferentes.

É imprescindível destacar que o que se defende não é simplesmente a extinção da exigência de capital e a possibilidade de constituir empresa com capital beirando zero. Em realidade, o que se busca demonstrar é a necessidade de o capital ser condizente com os fins empresariais, sem a necessidade de estipulação de valor genérico demasiadamente alto.

A relevância econômica da matéria é indiscutível, e uma mudança nas exigências poderá trazer novas possibilidades. Os parâmetros legislativos devem, portanto, ser revistos e adaptados.

1.3. Desdobramentos referentes ao capital mínimo

Com base na análise da necessidade de proteção aos credores, infere-se que objetivamente o legislador busca a criação de obstáculos que impediriam a criação de empresas fantasmas. Soma-se a isso a análise da segurança jurídica das decisões que versam sobre a possibilidade de inibição à fraude na EIRELI, por meio de controle judicial.

Obviamente, não se pretende elencar aqui todas as possibilidades de fraude, mas apenas as mais relevantes, consideradas compatíveis com o que o relator do PL nº 4.605/2009, Dep. Marcelo Itagiba, cita quando faz referência à sua motivação:

a fim de que não se desvirtue a iniciativa nem esta se preste a meio e ocasião para dissimular ou ocultar vínculo ou relação diversa, propugnamos introduzir parâmetro mínimo apto a caracterizar a pessoa jurídica de que ora se trata, fazendo supor que se reúnem suficientes elementos de empresa, como sede instalada ou escritório, equipamentos etc. (BRASIL, 2009).

O motivo principal para a alta exigência de capital social mínimo é a necessidade de proteção dos credores mediante o desestímulo à fraude. Na argumentação anteriormente apresentada, demonstrou-se o receio de que a Empresa Individual facilite a criação de empresas “de fachada” ou “fantasmas”, também conhecidas em direito estrangeiro como *empty shell companies*.

É justamente o que Rizzato (2014, p. 146) entende acerca da estipulação de capital mínimo:

O capital mínimo visa evitar a criação de empresas fantasmas. [...] Já o §2º do mesmo artigo (980-A) não permite que a pessoa natural constitua mais de uma empresa individual, com o propósito de evitar que sejam criadas empresas fantasmas.

O autor traz à baila os dois pontos positivados pela Lei nº 12.441/2011, que visam evitar a criação de empresas fantasmas, valendo-se o texto legal de dupla proteção. Ocorre que a primeira delas, estipulação de capital mínimo, reduz a possibilidade de criação de empresas fantasmas à custa do sacrifício de todos os pequenos empresários que poderiam se utilizar dessa forma de empresa.

Considera-se que a segunda forma de proteção contra a criação de empresas “de fachada” – a limitação de uma por pessoa – já seria suficiente para evitar a fraude e menos danosa à sociedade. Ainda que menos danosa, é uma limitação que precisa ser revista e substituída por

métodos mais eficientes que não prejudiquem a criação de tantas empresas quantas forem necessárias, a critério do próprio indivíduo empreendedor.

Nessa senda, é a lição de Gonçalves Neto (2012, p. 174), *in verbis*:

Com manifesto propósito de evitar empresas individuais de responsabilidade limitada fictícias, o legislador nacional estabeleceu a obrigatoriedade de sua constituição com um capital efetivo não inferior ao valor de 100 salários mínimos. Assim, para ser criada uma Eireli é preciso que lhe seja destinado, no próprio ato de sua constituição, um patrimônio com esse valor. Não permite a lei que seja constituída com patrimônio inferior para aportes futuros, porquanto é condição para sua formação possuir capital totalmente integralizado nesse montante mínimo. Logicamente, se o capital for superior a esse piso, o excedente pode ser rea- lizado no futuro. Essa previsão legal encontra precedentes na legislação alienígena.

Entretanto, ao fazer referência aos precedentes estrangeiros, que de fato preveem o capital mínimo para constituição de figuras análogas à da EIRELI, o autor deixa a discussão rasa. Falta fazer a comparação entre a quantia exigida no Brasil e a exigida em outros países, além de não referir a tendência atual de extinção dessa exigência em países como Estados Unidos, China e Estados membros da União Europeia.

O mesmo autor supracitado indica como alternativa, tendo em vista a facilidade de contornar a lei, a possibilidade de extinguir-se a exigência de capital mínimo, numa demonstração clara do seu entendimento quanto à ineficiência do requisito como instrumento de garantia de credores:

É certo que se o criador da Eireli conferir-lhe bens por valor superior real, ficará responsável pela diferença (art. 1.055, 1º, CC/2002); mas como não terá garantidores (como se dá na sociedade limitada com atribuição de responsabilidade solidária aos sócios), pode a norma to- mar-se inócuia. O mesmo deve ser dito quanto ao aporte em dinheiro integralizado aquém do mínimo legal. Ou seja, parece indispensável que seja adotado um método seguro de conferência da efetiva integralização do capital da Eireli para que ela não sirva de instrumento para falsear o patrimônio de quem não o tem. Outra alternativa seria suprimir da lei a exigência de capital mínimo diante da facilidade com que pode ser contornada (GONÇALVES NETO, 2012).

Segundo a Junta Comercial de São Paulo – importante referência, dada a sua relevância em âmbito nacional por ser a maior em todos os sentidos –, de janeiro até 20 de dezembro de 2015, houve 1.086.531 re- gistros de constituições de todos os tipos jurídicos. Conforme dados do Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI), no período de janeiro a setembro de 2015, a Junta Comercial de São Paulo foi res-

ponsável por 38,88% das movimentações totais (constituições, alterações e extinções) no Brasil, enquanto o segundo lugar (MG) foi responsável por apenas 9,44% das movimentações totais.

Uma análise sumária dos dados acima mostra que as Juntas Comerciais têm uma demanda grande de novas constituições, o que dificulta a verificação da efetiva integralização do capital da EIRELI. Com isso, a extinção da exigência seria a opção mais plausível e justamente a que se busca defender. Nesse sentido é a lição de Abrão (2012, p. 99):

[...] ao sócio compete declinar dentro da razoabilidade e transparéncia do negócio a importância, uma vez que a Junta Comercial exerce função registrária e não fiscalizadora da matéria.[...] De fato, as Juntas Comerciais não têm instrumentos capazes de radiografar a natureza do aporte de capital e seu condão com as características do empreendimento, tampouco a origem dessa alocação de recursos, fato que denotaria a finalidade de sua adaptação, notadamente quando o organismo social serve como anáptero para acobertar a realização de operações vedadas e sem a devida transparéncia, concretizando poucos atos até eventual extinção ou irregular desaparecimento.

Ainda, o problema das empresas de fachada como forma de fraudar credores pode ser observado em todas as formas de sociedade ou empresas existentes em Direito Empresarial. Levando-se em conta que é fácil contornar os limites impostos pela legislação, caso o empreendedor tenha o *animus fraudatório*, a limitação de capital acaba por atingir somente aquele pequeno empresário que não tem capital suficiente para se enquadrar no benefício da autonomia patrimonial baseada na unipessoalidade.

Como forma de evitar que a fraude ocorra indiscriminadamente, o legislador teve o cuidado de incluir a EIRELI na possibilidade

de desconsideração da personalidade jurídica, prática já consolidada em nosso direito societário.

1.3.1. Controle judicial

Principal ferramenta na busca da transposição da autonomia patrimonial, a possibilidade de ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica atua não só como meio de transpor a proteção patrimonial, mas também como instrumento dissuasório que o Judiciário poderá empregar para alcançar os bens particulares em caso de confusão patrimonial ou abuso de direito.

Tomazzette (2013, p. 248-250), nesse caminho, ressalta os aspectos em que a desconsideração pode ser empregada:

A autonomia patrimonial da pessoa jurídica é um meio legítimo de destaque patrimonial, limitando os riscos da atividade empresarial, facilitando o desenvolvimento da chamada economia de mercado. Todavia, pessoas, movidas por um intuito ilegítimo, podem lançar mão de autonomia patrimonial para se ocultar e fugir ao cumprimento de suas obrigações. Neste particular, estaremos diante de uma fraude relacionada à autonomia patrimonial. A fraude à lei é uma subespécie dos negócios indiretos, onde a ilegitimidade decorre não do desvio de função, mas da finalidade ilícita de tal desvio. Assim, é o uso da autonomia patrimonial para fins ilícitos que permite a desconsideração. Há que se ressaltar que não basta a existência de uma fraude, é imprescindível que ela guarde relação com o uso da pessoa jurídica, isto é, seja relativa à autonomia patrimonial.

A possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica foi inicialmente positivada pelo Código de Defesa do Consumidor, em 1990. Entretanto, segundo alguns doutrinadores, a doutrina da desconsideração já se

encontrava positivada no Brasil desde os anos 60, quando se ventilaram os primeiros casos de responsabilização dos sócios com base no entendimento de alguns doutrinadores. Em todo caso, atualmente a desconsideração da personalidade jurídica encontra amparo no texto legal positivado pelo art. 50 do Código Civil de 2002:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (BRASIL, 2002).

O artigo remete à especificidade dos atos de má-fé cometidos pela pessoa jurídica com plena intenção de ludibriar terceiros, ainda que investidos de manto de licitude de atos regulares. Venosa (2013, p. 85) elucida a questão:

Assim, quando a pessoa jurídica, ou melhor, a personalidade jurídica for utilizada para fugir a suas finalidades, para lesar terceiros, deve ser desconsiderada, isto é, não deve ser levada em conta a personalidade técnica, não deve ser tomada em consideração sua existência, decidindo o julgador como se o ato ou negócio houvesse sido praticado pela pessoa natural (ou outra pessoa jurídica). Na realidade, nessas hipóteses, a pessoa natural procura um escudo de legitimidade na realidade técnica da pessoa jurídica, mas o ato é fraudulento e ilegítimo. [...] Não se trata de considerar sistematicamente nula ou destruir a pessoa jurídica, mas, em caso específico e determinado, não a levar em consideração.

Cumpre ressaltar que a desconsideração é admitida por duas correntes: a corrente da Teoria Maior e a corrente da Teoria Menor. A primeira defende a exigência de comprovação da fraude como requisito objetivo para ignorar a autonomia patrimonial; a segunda, de aplicação restrita ao direito do consumidor e ao direito ambiental, não exige tal comprovação e considera passível de desconsideração a pessoa jurídica que causa danos ao bem juridicamente tutelado pelas matérias anteriormente citadas.

Apesar de não ser o cerne da problemática, com base na análise de julgados de dois casos, pretende-se mostrar como os tribunais vêm decidindo pela ruptura ou não do véu corporativo. No primeiro, não há a concessão da desconsideração; no segundo, o julgado é no sentido contrário:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI). INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 980-A DO CÓDIGO CIVIL. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSO-

NALIDADE JURÍDICA. INCONFORMISMO. NÃO ACOLHIMENTO. *Ausência de bens da empresa executada, por si só, não é elemento suficiente para caracterizar o abuso da personalidade com o intuito de fraudar credores.* Não presentes requisitos autorizadores da desconsideração, previstos no art. 50 do Código Civil. A dificuldade de localização de bens, por si só, não indica o abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, como exige o artigo 50 do Código Civil. Nem o mero encerramento irregular das atividades é circunstância suficiente para caracterizar o abuso da personalidade, com o intuito de fraudar credores. Dessa forma, não havendo provas da ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial (artigo 50 do Código Civil), não há fato idôneo à desconsideração da personalidade jurídica. *Decisão mantida. Recurso não provido* (São Paulo, 2015b, grifo nosso).

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARRENDAMENTO RURAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. INCLUSÃO DE EMPRESA INDIVIDUAL NO POLO PASSIVO. 1. Alegação de recente venda da empresa feita de forma genérica, sem qualquer informação a respeito, ou comprovação da alegada transação, de forma que não pode ser tomada a sério. 2. *As argumentações trazidas no recurso não afastam o fundamento principal das razões de decidir que é a caracterização da ocorrência de fraude à execução, confusão patrimonial e desvio de finalidade, mediante abuso da personalidade jurídica da empresa individual aberta em nome do filho das partes.* Recurso desprovido. (SÃO Paulo, 2015a, grifo nosso).

De todo modo, da análise da jurisprudência dominante nas cortes superiores do país depreende-se que o entendimento jurisprudencial segue a desconsideração da personalidade jurídica quando julga que houve a ocorrência de fraude por confusão de patrimônio e desvio de finalidade, nos termos dos julgados elencados. Independentemente da exigência de capital mínimo, reitera-se que a possibilidade de transposição da autonomia patrimonial, quando cabível, já traz a devida segurança necessária aos credores, ou seja, quando houver *animus fraudatório*, não será a exigência de capital mínimo que impedirá que a fraude se perfectibilize.

2. Direito comparado

2.1. Capital mínimo em diferentes países

Para comparação da exigência de capital mínimo, os parâmetros utilizados para a escolha dos países são os seguintes: países com salários mínimos mensuráveis em valor/hora, valor/semana ou valor/mensal (transformados todos em valor/mensal, considerando 40 horas semanais); países que tenham a figura da sociedade limitada ou equivalente; que tenham a sociedade unipessoal ou EIRELI ou equivalente; e exigên-

cia de capital mínimo inicial para constituição das pessoas jurídicas supracitadas.

Além de enquadrarem-se nos requisitos acima expostos, os países elencados neste artigo são os mais relevantes no cenário mundial e incluem representações da América Latina (2 países), da Europa (3 países, entre eles a Ale-

manha, pioneira na modalidade EIRELI), da Oceania (1 país) e da Ásia (1 país).

Considerando os valores de salário mínimo trazidos pela *WageIndicator Foundation, da University of Amsterdam-AIAS*, atualizados até 16 de novembro de 2015, segue abaixo a tabela:

Tabela 1 – Comparativo de capital mínimo em relação ao número de salários mínimos por país

Países	Salário mínimo Mensal* (em moeda local)	Capital mínimo para Eireli ou similar (em salários mínimos mensais) (forma de integralização)	Capital mínimo para Sociedade Ltda ou similar (em salários mínimos mensais)
Brasil	788,00 reais	78.800 (100 s.m.) (integralização total)	Não há
Chile	225.000,00 pesos chilenos	Não há	Não há
Alemanha	1.417,00 euros	25.000,00 euros (17,64 s.m.) (integralização de 1/4)	25.000,00 euros (17,64 s.m.) (integralização de 1/4)
França	1.457,52 euros	Não há	Não há
Portugal	505,00 euros	5.000 euros (9,90 s.m.) (integralização total)	Não há
Austrália	2.627,6 dólares australianos	Não há	Não há
China	RMB 1.210,00	Não há	Não há

* Valores obtidos com base na *WageIndicator Foundation, da University of Amsterdam-AIAS*. Disponível em: <<http://www.wageindicator.org/main/salary/minimum-wage/>> Acesso em: 16 nov 15.

Fonte: elaborado pelo autor com base em pesquisa na *WageIndicator Foundation*.

Cumpre destacar que as análises se basearam na forma mais genérica de constituição de empresas, sendo possível haver exigências maiores para casos específicos que não foram considerados neste estudo como, no Brasil, aqueles cujo objeto trata de segurança ou de trabalho temporário.

Com base nos dados apresentados, verifica-se que somente o Brasil e Portugal exigem capital mínimo na EIRELI (ou similar) e não exigem capital mínimo na Sociedade Limitada. Nenhum dos países analisados requer, excepcionada a nação brasileira, a integralização inicial de no mínimo dez salários mínimos, e mais da metade deles não exige capital mínimo nenhum. Nessa senda, nenhum país, exceto o

Brasil, vincula a atualização do capital mínimo exigido ao índice de salários mínimos nacionais. Observe-se que, de todos os países analisados, nosso país tem o segundo pior índice de PIB *per capita* (BANCO MUNDIAL; INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, 2006), melhor apenas do que o da China.

2.2. Estudos e tendências globais

Estudos publicados pela Universidade de Harvard nos Estados Unidos, em especial de Gelter (2008), trazem as tendências do direito em âmbito global, especificamente influenciadas pelo direito comunitário europeu, cujas expectativas acerca do capital mínimo exige-

do são no sentido da sua diminuição ou extinção. Das considerações destaca-se:

Por exemplo, *a França que reduziu recentemente o capital mínimo para 1 euro na Sociedade de Responsabilidade Limitada (SARL) e desregulamentou consideravelmente o processo de constituição de uma empresa. [...] O Ministério de Justiça da Alemanha recentemente lançou uma proposta de redução do capital mínimo para a alemã “Gesellschaft mit beschränkter Haftung”(GmbH) de 25.000 euros para 10.000 euros. [...] Eu não estou tentando argumentar que os credores estão particularmente bem protegidos por normas que validam o capital mínimo e a sua manutenção, tal como o exigido para as empresas públicas pela Segunda Diretiva. [...] Às vezes, especula-se se os GmbHs alemães e outros tipos de corporação de limitação patrimonial unipessoal serão vítimas da competição regulatória, da qual o tipo corporativo do Reino Unido parece estar obtendo clara vantagem. Isso já encorajou alguns países a eliminar ou reduzir a exigência de capital mínimo. Manifestamente, os requisitos de adequação de capital e de manutenção são praticamente inexistentes nos Estados Unidos. Geralmente são consideradas mais importantes outras medidas para a proteção de credores, que são reguladas por leis federais ou por leis uniformes.* A Lei Uniforme de Transferência Fraudulenta atual e a sua versão mais antiga já foram – de alguma forma – implementadas em todos os estados dos EUA. A transação será considerada fraudulenta em dois casos: no primeiro, o devedor “contratou ou estava prestes a contratar um negócio ou uma transação negocial para os quais os seus ativos eram excessivamente pequenos em relação ao negócio firmado”; no segundo caso, o sujeito deve ter tido “a intenção de incorrer, ou acreditava ou deveria ter acreditado que iria incorrer, em dívidas além de sua capacidade de pagar integralmente.” (GELTER, 2008, p. 21; 39; 46, tradução e grifos nossos).¹

Já em 2008, quando publicado o artigo supracitado, os autores alertavam sobre a redução de capital mínimo para a constituição e a forte tendência na Europa de redução ou extinção de tal exigência. É impor-

¹ No original: For example, France recently reduced minimum capital to 1 € in the *Société à Responsabilité Limitée* (SARL) and has considerably deregulated the process of setting up a company. [...] The German Ministry of Justice has recently released a proposal to reduce minimum capital for German GmbHs from € 25,000 to € 10,000. [...]. I am not trying to argue that tort creditors are particularly well protected by minimum capital and capital maintenance rules as required for public corporations by the Second Directive. [...] It is sometimes speculated that whether the German GmbH and other continental types of corporations will be the “victims” of regulatory competition, which the UK Private Limited Company seems to be winning. This has already encouraged some countries to eliminate or reduce minimum capital requirements. Conspicuously, capital adequacy and maintenance requirements are virtually non-existent in the US. Usually other measures are considered to be important for creditor protection, which are regulated either by federal law or by uniform laws. The *Uniform Fraudulent Transfer Act* and the older *Uniform Fraudulent Conveyance Act* have been – in some form – implemented in all US states. [...] A transaction will be considered a fraudulent transfer in two cases: In the first case, the debtor either “was engaged or was about to engage in a business or a transaction for which the remaining assets of the debtor were unreasonably small in relation to the business or transaction”; in the second case, he or she must have “intended to incur, or believed or reasonably should have believed that he [or she] would incur, debts beyond his [or her] ability to pay as they became due” (GELTER, 2008, p. 21; 39; 46).

tante lembrar que o PL elaborado em 2009, que culminou com a Lei nº 12.441/2011, não previa, na sua concepção inicial, qualquer limitação de capital, respeitando os estudos internacionais da época.

Consolidando as tendências, em recentíssimo estudo publicado exclusivamente por Martin Gelter, o autor aborda especificamente a regulamentação competitiva da *Corporate Law*. Segundo o autor, o próprio Direito Comunitário europeu, estudado pelos pesquisadores dos anos 2000, previa grandes impactos para as grandes empresas. No entanto, acidentalmente os entendimentos jurisprudenciais e as produções legislativas só beneficiaram o novo empreendedor e o pequeno empreendedor, pela consolidação do entendimento de que o estabelecimento de alto capital social mínimo é desnecessário. Nesse sentido, Gelter (2015, p. 35) conclui:

No final, o impacto de *Centros* tem sido relativamente pequeno. Concorrência regulamentar em grande escala não chegou à Europa, em parte – como vários estudiosos previram no início de 2000 –, porque nenhum Estado membro desenvolveu uma forma legal “popular” aplicável a toda a União Europeia. A principal realização da competição regulatória neste momento é a erosão do capital social, ou mais precisamente do capital mínimo, [...]. Enquanto essa é uma questão de suma importância para as pequenas empresas, geralmente recém-constituídas, é irrelevante para as grandes empresas, que são o assunto principal do debate em convergência (tradução nossa).²

²No original: “In the end, the impact of *Centros* has been relatively small. Full-scale regulatory competition has not arrived in Europe, in part – as several scholars predicted in the early 2000s – because no Member State developed strong incentives to provide a “popular” legal form for the entire union. The main accomplishment of regulatory competition at this point is the erosion of legal capital, or more precisely minimum capital [...]. While this is an important issue for small, typically newly founded firms, it

Na China, em estudo publicado acerca da redução do capital mínimo exigido para empresas de responsabilidade limitada, Gordon Chan (2009, p. 19) apontava as motivações para o legislador chinês não ter extinguido ainda por completo a exigência:

Entretanto, o incentivo para abolir ou diminuir a exigência de capital mínimo para um valor nominal é fraca. Por um lado, o mercado financeiro chinês e seu sistema legal não são considerados maduros o suficiente para a adoção imediata de um sistema financeiro autorizado com base na common law. Por outro lado, a teoria tradicional do sistema normativo do capital ainda vem sendo defendida, o que sustenta o papel da exigência de capital mínimo para proteger credores. Enquanto a importância das normas legais do capital para a proteção de credores será provavelmente corroída pela introdução da doutrina da “piercing corporate veil” (descida da personalidade jurídica) e pela promulgação da nova Lei de Falência de Empresas, ainda não está claro, nesta fase, se as novas medidas legais levarão à reforma do sistema de capital corporativo da China. No entanto, ainda que no futuro a exigência de capital mínimo deixe de funcionar como uma garantia para os credores, a utilidade dessa norma na prevenção da constituição fraudulenta possivelmente será mantida na China.³

is largely irrelevant for the large firms that are the primary subject of the convergence debate” (GELTER, p.35, 2015).

³No original: “However, the impetus to abolish or further lower the minimum capital requirement to a nominal value is weak. On the one hand, China’s financial market and legal system are considered not mature enough for the immediate adoption of the common law’s authorised capital system. On the other hand, the traditional theory of legal capital system is still being defended, which upholds the role of the minimum capital requirement in protecting creditors. While the importance of the legal capital rules in protecting creditors will probably be eroded following the introduction of the doctrine of “piercing corporate veil” and the enactment of the new Enterprise Bankruptcy Law, it remains unclear at this stage where these new legal measures will lead the reform of China’s corporate capital system to. Nevertheless, even if in the future the minimum capital requirement will no longer act as a security to cre-

Ao contrário do que Chan previu, no ano de 2015 a China aboliu o capital mínimo requerido. Depreende-se daí que o entendimento de fomento ao empreendedorismo tem alcançado mesmo as sociedades mais conservadoras, como é o caso da China.

Verifica-se que, em escala global, o entendimento acerca da exigência de capital mínimo vem se modificando. Cabe ao Brasil posicionar-se de forma crítica e atuar com o objetivo de melhorar e harmonizar regras que beneficiem a população, para que ela não se veja privada de usufruir da autonomia patrimonial em sua plenitude.

Ademais, o Banco Mundial⁴, instituição que abarca atualmente 189 países, com suas políticas de pesquisa e incentivo ao empreendedorismo, publica anualmente estudos detalhados acerca dos mais diversos temas econômicos de seus países membros.

Ao observarmos os pontos destacados no estudo das economias mundiais, há ênfase no tópico “*paid-in minimum capital*”, entendido como os fundos depositados em um banco ou com um notário antes do registro da empresa ou em até três meses de sua constituição. Infelizmente, os dados trazidos pelos estudos analisam unicamente as empresas dominantes em cada economia – no caso específico do Brasil, a Sociedade Limitada –, não servindo como parâmetro de pesquisa para o nosso caso. Ao mesmo tempo, trazem análise robusta do capital mínimo em diversas economias, com o entendimento de que quanto menor o capital, melhor.

Cumpre ressaltar que o Banco Mundial analisa o capital mínimo não em relação ao número de salários mínimos, mas sim à renda *per capita*. Nos dados trazidos pelo estudo *Doing Business 2016* (referentes a 2015), a Austrália (precursora) e mais 104 países têm instituída a exigência inicial de capital mínimo igual a zero, de um total de 189 países. Por outro lado, no primeiro estudo do Banco Mundial referente ao ano de 2006, dessa vez com amostragem de 175 países, somente 64 deles tinham a referida exigência igual a zero.

Nesses dez anos, nota-se uma clara tendência global: no estudo vanguarda, apenas 36% dos países não exigiam capital mínimo e, no mais recente, cerca de 55,5% dos países extinguiram ou mantiveram a não obrigatoriedade de haver um capital mínimo no tipo societário limitado dominante. Especula-se que a própria influência dos estudos

ditors, the rule's usefulness in preventing frivolous incorporation may possibly allow it to survive in China.” (CHAN, 2009, p. 19).

⁴O Banco mundial, que é composto por cinco instituições distintas e que foi criado inicialmente como um facilitador do pós-Segunda Guerra Mundial, consolidou-se internacionalmente desde então. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/en/about/>> Acesso em: 17 nov. 2015.

globais tem gerado mudanças nas economias em escala generalizada.

Cumpre fazer a ressalva de que, dos países que não exigiam capital mínimo em 2006, apenas dois deles contavam com a exigência no estudo de 2015, a Romênia e a Suazilândia, que instituíram a necessidade de mínimo em 0,6% e 0,4% da renda *per capita* nacional, respectivamente.

Por derradeiro, a Comissão Europeia, em abril de 2014, enviou ao Parlamento Europeu uma proposta⁵ de nova diretiva com o intento de instituir uma padronização da chamada sociedade unipessoal de responsabilidade limitada (*single-member private limited liability company*). Entre outras medidas, propõe a renomeação para *Societas Unius Personae* (SUP) e também a redução do capital mínimo a 1 euro, com a condição de os países exercerem meios de controle que visem evitar a insolvência da empresa, protegendo os seus credores de forma efetiva.

Como mecanismos sugeridos para proteção de credores, a proposta apresenta três possibilidades alternativas ou concomitantes: constituição de reserva legal (*legal reserves*), estabelecimento de normas de apresentação e controle de balancetes de verificação (*balance sheet tests*) e utilização de declarações de solvência (*solvency statements*).

Em documento disponibilizado pela reunião de conselho⁶, foram reunidas as emendas à proposta inicial para discussão entre os países da União Europeia, antes de irem a voto

pelo Parlamento Europeu. Na reunião do conselho, acerca da SUP houve consenso entre a maioria dos membros em relação aos termos da proposta, alcançando uma estabilização de conhecimento, a justa harmonização intentada. Entre os países que não concordaram, estão Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha e Suécia.

Até o presente momento, os termos da proposta não foram submetidos a votação pelo Parlamento Europeu.

3. Apreciação legislativa

Tão logo a EIRELI foi criada no ordenamento legislativo pátrio, foram reunidos esforços para que se modificasse aquilo que era considerado descabido por alguns legisladores. Fruto desse descontentamento, tramitam no âmbito do Poder Legislativo distintos projetos de lei, oriundos tanto da Câmara dos Deputados quanto do Senado Federal – os quais serão pormenorizados a seguir, por data de proposição. Desde logo, assinala-se que os projetos do Senado enfrentam o tema de forma mais adequada, como ficará demonstrado no que segue.

3.1. Projeto de Lei nº 2.468/2011, da Câmara dos Deputados

O primeiro projeto que visa discutir a nova Lei nº 12.441/2011 é o PL nº 2.468/2011, de autoria do Deputado Carlos Bezerra (PMDB/MT), apresentado em 5/10/2011. Traz como subsídio norteador uma crítica de Cavalli, para tentar modificar o que o Deputado Itagiba propôs como relator do projeto de lei que deu origem à lei supracitada. Relembrando: a imposição da limitação de cem salários mínimos para constituição de EIRELI ocorreu em 5/8/2010, depois de um período de mais de um ano de estudo sobre o tema.

⁵Proposta inicial submetida pela Comissão Europeia. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:59fccf6c-c094-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0003.01/DOC_1&format=PDF>. Acesso em: 17 nov. 2015.

⁶Resultados da reunião de conselho com as alterações promovidas. Disponível em: <http://www.consilium.europa.eu/en/meetings/compet/2015/05/outcome-of-the-council-meeting_en_pdf> Acesso em: 17 nov. 2015.

Vale consignar um trecho da crítica de Cavalli:

Agora, com a criação da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, seria de se esperar que os pequenos empreendimentos deixem de adotar a forma de sociedade limitada. Entretanto, na nova legislação há um forte incentivo para a pequena empresa continuar a adotar a forma de sociedade limitada. Para constituir-se uma EIRELI, há a exigência de que o capital social seja de cem salários mínimos, isto é, R\$ 54,5 mil em valores atuais. Este valor supera, em muito, o valor dos ativos empregados para a organização da maioria das pequenas empresas. Não é de se esperar, por exemplo, que o proprietário de um carrinho de cachorro quente empregue mais de cinquenta mil reais como capital social. O incentivo legislativo continua sendo voltado para a constituição de sociedades limitadas, em razão do fato de que não há exigência legal de valor mínimo para o capital social. Pode-se constituir uma sociedade limitada com um capital social de, por exemplo, R\$ 3 mil (CAVALLI, 2011).

O projeto buscou modificar a lei, reduzindo de cem salários mínimos para cinquenta e instituindo normas de aplicação do Simples Nacional às EIRELI, conforme se transcreve:

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no país. § 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas e aquelas dispostas no tratamento tributário simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, decorrentes do programa Simples Nacional, conforme previsto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, com suas alterações (BRASIL, 2011c).

Em virtude das motivações apresentadas pelo Deputado Carlos Bezerra e da redução do capital social em somente 50 salários mínimos, entende-se que o projeto pode ser considerado natimorto. Ocorre que o valor de 50 salários é ainda demasiadamente alto e não houve qualquer apontamento acerca da possibilidade de flexibilização das formas de integralização.

O PL nº 2.468/2011 se encontra parado desde o primeiro parecer da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC), que o aprovou em 21/3/2012. Por já ter o projeto um parecer de mérito da CDEIC, uma tentativa de apensação ao PL nº 3.298/2012 foi indeferida. Com base no art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o projeto tem sido desarquivado a cada nova legislatura, porém sem novas movimentações.

3.2. Projeto de Lei no. 3.298/2012, da Câmara dos Deputados

O segundo projeto existente é o PL nº 3.298/2012, de autoria do Deputado Marcos Montes (PSD/MG), apresentado em 29/2/2012. Inicialmente, destaca-se que esse é o mesmo deputado que criou o PL nº 4.605/2009, que agora busca implementar novas regras no texto da EIRELI.

Entre as novas regras sugeridas pelo Deputado Marcos Montes, está a possibilidade de a pessoa jurídica e natural, de forma expressa no corpo da lei, constituírem EIRELI, não cabendo mais espaço para divergências. Além disso, procura a positivação da necessidade de a EIRELI sujeitar-se à Lei nº 4.131/1962, quando for constituída por pessoa jurídica com aporte da totalidade de capital estrangeiro.

Ocorre que a única limitação que o DREI faz quanto ao registro de capital estrangeiro em sociedades limitadas (pela lógica da apli-

cação subsidiária) é nos casos de empresas de assistência à saúde, com base na CF, art. 199, §3º, combinado com art. 23 e parágrafos da Lei nº 8.080/1990.

No próprio manual do DREI sobre o registro da EIRELI, não há qualquer menção à restrição. De toda sorte, é possível que seja colocada expressamente na lei como o Deputado Marcos Montes propõe. Seguem as alterações sugeridas, *in verbis*:

Art. 980-A [...] § 2º A pessoa natural ou jurídica que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade. [...] § 7º A empresa individual de responsabilidade limitada, constituída por pessoa jurídica, cuja totalidade do capital social seja estrangeiro, sujeita-se igualmente aos termos da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, e suas alterações (BRASIL, 2012a).

Interessante destacar que o Deputado Montes não sugere redução do capital, fato que motiva a emenda apresentada pelo Deputado Eli Correa Filho em forma de substitutivo, em 19 de dezembro de 2014, na CCJC, em que propõe, entre outras modificações, a redução para 25 salários mínimos e a criação de uma EIRELI na modalidade simples (não empresarial, sujeita a registro).

O relator, Deputado Artur Maia (PSD/BA), em 29 de abril de 2015, rejeita em parte a emenda, mantendo a redução para 25 salários e desconsiderando a ideia de criação de EIRELI na modalidade simples, em parecer assim exposto:

pois as EIRELIS não guardam qualquer relação com as sociedades simples. Mais condizente com o sistema jurídico seria a própria possibilidade de criação da sociedade unipessoal, simples ou empresária, o que, a meu ver, tornaria a própria existência da EIRELI desnecessária. [...] Creio ser correta a exigência de um capital mínimo para a constituição de uma EIRELI, pois este capital representa uma garantia inicial para quem vier a contratar com a empresa, demonstrando que o sócio único capacitou a sociedade para dar início à atividade econômica constitutiva de seu objeto. Não obstante, o valor de cem salários mínimos, atualmente previsto na norma, é demasiadamente elevado, o que impossibilita a constituição de pessoas jurídicas individuais de responsabilidade limitada por pequenos empreendedores e causa desnecessário embaraço a uma efetiva oportunidade de desenvolvimento econômico do país (BRASIL, 2012a).

Há o registro de voto em separado pelo Deputado Arnaldo Faria de Sá (PTB/SP) aprovando na totalidade o substitutivo proposto por Eli Correa, em 26 de maio de 2015; contudo, espera-se que o entendimento

da instituição de EIRELI na modalidade simples não deva prosperar. Criar-se-ia uma aberração jurídica com um nome desconexo, por vincular empresa a uma atividade não empresarial.

Após o voto em separado, o relator teve vistas ao seu relatório sem haver, contudo, feito qualquer alteração. Não houve novas movimentações desde 25 de junho de 2015, quando o relator devolveu seu parecer à CCJC.

3.3. Projetos de Lei nº 96/2012, do Senado, e nº 6.698/2013, da Câmara dos Deputados

O PLS nº 96/2012, de autoria do Senador Paulo Bauer (PSDB/SC), é, de longe, a iniciativa legislativa mais robusta até o momento, com a primeira apresentação em 12 de abril de 2012. A proposta já foi aprovada no âmbito do Senado Federal e, em vista da bicameralidade do processo legislativo pátrio, foi remetida à casa revisora, a Câmara dos Deputados. Recebeu novo registro, com o número 6.698/2013, com data de apresentação em 5 de novembro de 2013.

A grande inovação da presente proposta é a criação de sociedade unipessoal limitada, que poderá ser constituída tanto por pessoa natural quanto por pessoa jurídica ao passo que a EIRELI continuará sendo exclusiva de pessoa natural.

Cumpre assinalar que esse é o único projeto de lei que pontua objetivamente as suas motivações, sendo amparado pela inspiração no direito internacional, em especial o português e o chileno. O projeto chega a conclusões obviamente distintas dos demais projetos de lei apresentados, tendo em vista o nítido empenho intelectual na sua confecção. Segue a transcrição dos principais argumentos da motivação do projeto, em especial em relação ao capital mínimo:

O projeto de lei tem por objetivo aperfeiçoar a disciplina da empresa individual de responsabilidade limitada. [...] O presente projeto de lei esclarece a questão, conferindo somente à pessoa natural a possibilidade de constituir empresa individual de responsabilidade limitada. Continuando o exame da lei, destacamos que ela contém impropriedades de caráter formal. O caput do art. 980-A utiliza a expressão “capital social”, quando o correto é somente “capital”, haja vista que não há constituição de sociedade. Igual equívoco se verifica no § 1º, ao falar em firma ou denominação “social”. O § 3º diz que a empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de “outra” modalidade societária, embora não tenha a empresa individual natureza jurídica de sociedade. A lei exige capital não inferior a cem vezes o maior salário mínimo (caput do art. 980-A). O salário mínimo atualmente vigente no País é de seiscentos e vinte e dois reais. Esse valor multiplicado por cem vezes totaliza sessenta e dois mil e duzentos reais.

Consideramos essa exigência desnecessária e, ainda que se considere necessária, de valor elevado. Em Portugal, o Decreto-Lei nº 248, de 25 de agosto de 1986, que cria o estabelecimento individual de responsabilidade limitada, doravante denominada lei portuguesa, *fixa o valor do capital mínimo em cinco mil euros*. Esse valor, convertido em reais, à taxa de câmbio de dois reais e quarenta centavos, resulta no limite de doze mil reais, inferior ao limite brasileiro. Há que se destacar ainda que a renda por pessoa no País é aproximadamente a metade da renda por pessoa em Portugal. No Chile, a Lei nº 19.857, de 24 de janeiro de 2003, que autoriza a constituição de empresas individuais de responsabilidade limitada, doravante denominada lei chilena, *não prevê capital mínimo*. Assim como no Brasil, no Chile não há exigência de capital mínimo para abertura de qualquer empresa. *Tampouco há exigência de capital mínimo para abertura de uma sociedade limitada no Brasil, África do Sul, Alemanha, Austrália, Canadá, Chile, Cingapura, Coreia do Sul, Estados Unidos, França, Israel, Japão, Nova Zelândia e Reino Unido. Por outro lado, há exigência de capital mínimo na Argentina, Bélgica, China, Dinamarca, Espanha, Rússia, Grécia, Índia, Indonésia, Itália, México, Portugal, Suécia e Suíça.* A exigência de capital mínimo levará o empreendedor a continuar constituindo sociedades limitadas com “sócio laranja”, haja vista que para esse tipo societário não há exigência de capital mínimo, reduzindo a eficácia social da lei. *Assim, este projeto de lei retira a exigência de capital mínimo.* [...] Destacamos que o presente projeto foi elaborado com inspiração nas regras da sociedade unipessoal por quotas previstas no Código das Sociedades Comerciais de Portugal (BRASIL, 2012b; 2013, grifo nosso).⁷

Em síntese, o projeto inicial buscou extinguir a exigência de capital mínimo, estabelecer o uso correto das nomenclaturas para a EIRELI, permitir a criação de múltiplas EIRELI por pessoais naturais, e criar a Sociedade Unipessoal, que, entre outras coisas, possibilitará a constituição de tipo jurídico empresarial unipessoal por pessoa jurídica.

O projeto foi emendado por quatro vezes, todas pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJC) do Senado, que pontuou detalhes das sociedades unipessoais, mas deixou intocadas as considerações acerca da EIRELI.

Ainda que a Sociedade Unipessoal não seja o cerne da pesquisa, ela certamente impactará decisivamente os usos da EIRELI, visto que não há maiores diferenças entre a EIRELI e a Sociedade Unipessoal, além da possibilidade de constituição por qualquer pessoa. Qualquer exigência nova a ser criada poderá determinar o desuso da EIRELI e seu consequente sucumbimento.

Noutro diapasão, pode ocorrer justamente o contrário, com vistas a evitar a incidência do art. 1.087-E, artigo proposto pelo PL nº 96/2012,

⁷ Justificativa inicial do Projeto de Lei nº 96/2012. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/105436.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

que parece ter por *mens legis* o aumento das possibilidades de desconsideração da personalidade jurídica. Motivada por esse novo artigo, a pessoa natural pode deixar de constituir Sociedade Unipessoal.

Acredita-se temerária a manutenção dos dois tipos jurídicos com os mesmos sujeitos e benefícios, mas com ônus diferenciados. Pode-se especular que talvez o legislador tenha simplesmente implementado novo tipo jurídico visando uma aprovação legislativa menos difícil. Futuramente poderá ser promovida nova iniciativa legislativa extinguindo a EIRELI.

Retomando as considerações feitas pelos relatores, é salientável as do então Senador Gim Argello (PTB/DF), proferidas em 25 de março de 2013, pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania do Senado Federal,

A obrigatoriedade de integralização de todo o capital no momento da constituição da empresa certamente induz o empreendedor a continuar constituindo sociedades limitadas com “sócio-laranja”, já que essa modalidade societária não exige integralização imediata do capital, o que diminui a eficácia da regra atual. O PLS nº 96, de 2012, desobriga o empreendedor da integralização imediata do capital da empresa individual de responsabilidade limitada. De maneira análoga, a imposição de um valor para o capital mínimo (atualmente, pouco menos de 70.000 reais) leva o empreendedor a buscar um “sócio-laranja”, para constituir uma sociedade limitada. [...] A nosso ver, essa exigência é prescindível e, mesmo que fosse necessária, o valor é alto. Acertadamente, no projeto de lei sob comento, não existe previsão de capital mínimo (BRASIL, 2012b, grifo nosso).

Frise-se que, como destacado do voto do relator Senador Gim Argello, não há certeza ainda, no Poder Legislativo brasileiro, da necessidade ou não do capital mínimo, apenas

a certeza de que seu valor é demasiadamente alto.

Conclusão

O principal objetivo deste artigo foi promover uma análise das possibilidades de se revisar a legislação relativa à Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), principalmente no que tange ao capital mínimo.

Considerando a abordagem dedicada ao capital – viga-mestra no presente estudo –, pretendeu-se refutar os principais objetivos da manutenção da limitação de exigência de capital mínimo com vista à proteção dos credores. Basicamente, com a exigência imposta, o legislador não consegue impedir que o indivíduo com o *animus* fraudatório perfectibilize seus intentos, mas acaba por elitizar o acesso ao tipo jurídico da EIRELI, devido à necessidade de aporte de capital inicial exacerbado.

Com base em estudos publicados em Harvard e em periódicos europeus, abordou-se a situação da regulamentação competitiva no direito de países membros da comunidade europeia que modificaram sistematicamente seus regramentos pátrios para incentivar investimentos e fomentar o setor produtivo nacional. Fruto desse entendimento dominante, uma nova diretiva da Comissão Europeia está propondo a unificação do sistema de capital mínimo de 1 euro para construção da *Societas Unius Personae*. Vale o destaque da análise do Banco Mundial que, em estudos de 2006, apontou que dos seus 175 países vinculados apenas 64 não contavam com a exigência de capital mínimo. Já em estudo publicado recentemente, referente aos dados atualizados até setembro de 2015, verifica-se que 105 países de 189 já não exigem capital mínimo para constituição de empresas.

Em um olhar amplo, pôde-se extrair do cenário global que existem tendências fortes no sentido de adotar como melhor alternativa a extinção total do capital social mínimo. Paralelamente, viria a implementação de outras formas de controle empresarial para evitar fraudes. Nesse sentido, a desconsideração de personalidade jurídica atua como o principal controle judicial de repressão à fraude, obtendo os mesmos resultados quando comparada à aplicação do instituto em sociedades limitadas. Observe-se que, se há necessidade de proteção por meio de capital mínimo, essa exigência deveria ocorrer em todos os tipos societários com limitação de responsabilidade.

Ao analisar os principais países que têm a figura da EIRELI (ou similar), verificou-se que o Brasil é o único que exige capital mínimo de 100 salários mínimos. O padrão observado no direito comparado é de, no máximo, 18 salários mínimos, e a integralização para constituição em nenhum caso ultrapassou o limite de 10 salários mínimos. Uma alternativa, caso o legislador insista na necessidade do capital mínimo, seria impor ao Brasil a limitação de capital mínimo de 20 salários mínimos, com integralização mínima inicial de, no máximo, 10 salários mínimos. Esses valores, com base no direito comparado, seriam razoáveis.

Para alcançar o empreendedor, garantir sua livre iniciativa e, consequentemente, fomentar o setor produtivo nacional, é da máxima importância que a legislação seja aprimorada no prazo mais curto possível, de forma a possibilitar a constituição da EIRELI sem a limitação de capital mínimo.

Em vista do cenário atual, a forma mais veloz de alcançarmos o objetivo maior, que é o benefício da sociedade, será por meio da transformação em lei do PL nº 96/2012, do Senado, hoje em tramitação na Câmara dos Deputados sob o número 6.698/2013. A extinção

viria como medida de justiça, ao trazer de volta o *mens legis* da Lei nº 12.441/2011, quando em sua criação, em forma de projeto, buscava alcançar os pequenos empresários. É diligência que visa reparar o direito dos menores de usufruírem do benefício da autonomia patrimonial da unipessoalidade, que foi ceifado no decorrer do processo legislativo originador da EIRELI.

Complementarmente, aconselha-se a rejeição dos PL nºs 2.468/2011 e 3.698/2012, por apresentarem ideias ultrapassadas, com motivações e justificativas impregnadas de subjetividade. Além de deixarem ainda mais complexa a matéria da unipessoalidade no país, esses projetos acabariam por atrasar ainda mais a inevitável extinção do capital mínimo como mecanismo de proteção a credores.

É importante ressaltar que não se defende aqui que a EIRELI não tenha nenhum capital, mas que tenha um capital compatível com a atividade exercida. Assim será possível que, nas relações negociais entre pequenos empreendedores, haja uma garantia maior de que o patrimônio pessoal não será confundido com o da pessoa jurídica. Não há no estudo qualquer intenção de vulgarização do instituto da EIRELI, mas sim a conscientização de que a exigência de um capital mínimo para exercer qualquer atividade empresária é descabida.

A solução proposta por este estudo para o controle de fraudes contra credores é dividida em três possibilidades distintas: a constituição de reserva legal (*legal reserves*); o estabelecimento de normas de apresentação e controle de balancetes de verificação (*balance sheet tests*); e a utilização de declarações de solvência (*solvency statements*). Por óbvio, há a necessidade de sinergia entre o âmbito jurídico e áreas científicas conexas ao tema, para que sejam realizados estudos aprofundados de viabilização das três formas garantidoras aos credores.

Por derradeiro, a atenção do Congresso Nacional ao aprimoramento legislativo em discussão é condição determinante para que, por meio de sua função constitucional, preste o devido auxílio ao soerguimento do cenário econômico nacional, tão fragilizado no presente. A prossecução da aprovação do PL nº 6.698/2013 deve ser efetuada com a maior brevidade possível e, se for o caso, poderão ser positivados meios de controle e de garantia aos credores, conforme apontados neste trabalho, por meio de medida provisória, visando a celeridade e urgência da regulação da matéria. O fato é que não há mais como aguardar por regulações que visem evitar potenciais fraudes provocadas pela unipessoalidade, sob pena de a sociedade brasileira perder uma forma relevante de recuperação e alavancamento econômico-social.

Sobre os autores

Nina Tricia Disconzi Rodrigues é doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professora adjunta do doutorado e do mestrado em Direitos Emergentes na Sociedade em Rede na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, Brasil.
E-mail: ninadisconzi@uol.com.br

Alexandre de Moura Bonini Ferrer é mestrando em Direitos Emergentes na Sociedade Global pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, Brasil; pós-graduando em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Franciscano (Unifra), Santa Maria, RS, Brasil.
E-mail: alexandrembf@gmail.com

Isadora Scherer Simões é graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, Brasil.
E-mail: scherersimoes.isadora@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁸

EIRELI: CONSTITUTION AND REFLECTIONS ON THE SENATE BILL 96/2012

ABSTRACT: The article aims to analyze the effectiveness of the minimum capital requirement for the constitution of EIRELI brought by the Law no. 12.411/2011, especially if it accomplishes the objectives set in prior or if it needs improvement. In this regard, it undertakes an analysis of the main legislative initiatives being processed, aimed at modification of the minimum capital requirement, giving special emphasis to the Senate 96/2012 Bill. The first section brings together the concepts, considerations and connections about capital, to explain the problem. The second chapter brings up

⁸ Sem revisão do editor.

relevant law aspects compared, to toughen the study. In the third chapter, it is verified the legislation that seeks to change the legal system of EIRELI, pointing contributions to its improvement. Finally, the study presents some conclusions.

KEYWORDS: CORPORATE LAW. SINGLE MEMBER LIMITED LIABILITY COMPANY. EIRELI. MINIMUM CAPITAL.

Como citar este artigo

(ABNT)

RODRIGUES, Nina T. Disconzi; FERRER, Alexandre de M. Bonini; SIMÓES, Isadora Scherer. EIRELI: constituição e reflexões acerca do projeto de lei do senado 96/2012. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, n. 211, p. 227-252, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p227>.

(APA)

Rodrigues, Nina T. Disconzi, Ferrer, Alexandre de M. Bonini, & Simões, Isadora Scherer. (2016). EIRELI: constituição e reflexões acerca do projeto de lei do senado 96/2012. *Revista de informação legislativa: RIL*, 53(211), 227-252. <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p227>.

Referências

ABRÃO, Nelson. *Sociedades limitadas*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BANCO MUNDIAL; INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. *Doing business in 2007: como reformar*. São Paulo: Nobel, 2006. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/Foreign/DB07-FullReport-Portuguese.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 4 jan. 1974.

_____. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. *Diário Oficial da União*, 21 jun. 1983.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento em recurso de revista n. 31940-25.2003.5.01.0004. Relator: Min. José de Barros Levenhagen. DJ, 29 out. 2008. *Diário da Justiça*, 7 nov. 2008.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 4.605/2009*. 4 fev. 2009.

_____. Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011. *Diário Oficial da União*, 12 jul. 2011a.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.637*. Relator: Min. Gilmar Mendes. 12 ago. 2011b.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 2.468/2011*. 5 out. 2011c.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.298/2012*. 29 fev. 2012a.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 96*, de 2012. 12 abr. 2012b.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 6.698/2013*. 5 nov. 2013.

CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. *O empresário de responsabilidade limitada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALLI, Cássio. Desafios da empresa individual limitada. *Valor econômico*, 1º set. 2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/994782/desafios-da-empresa-individual-limitada?destination=brasil/994782/desafios-da-empresa-individual-limitada>>. Acesso em: 12 set. 2016.

CHAN, Gordon Y. M. *Why does China not abolish the minimum capital requirement for limited liability companies?*. 2 ago. 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1442791>. Acesso em: 12 ago. 2016.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

GELTER, Martin. The structure of regulatory competition in european corporate law. *Harvard Olin Fellows' Discussion Paper*, n. 20, 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=887164>. Acesso em: 22 set. 2016.

_____. *Centros, the freedom of establishment for companies, and the court's accidental vision for corporate law*. fev. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2564765>>. Acesso em: 12 set. 2016.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. A empresa individual de responsabilidade limitada. *Revista dos tribunais*, v. 101, n. 915, p. 173-180, 2012.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 2.

NEGRÃO, Ricardo. *Direito empresarial: estudo unificado*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de instrumento n. 2134699-69.2015.8.26.0000. Relator: Des. Edgard Rosa. DJ, 27 ago. 2015. 25ª Câmara de Direito Privado, 30 ago. 2015a.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de instrumento n. 2186713-30.2015.8.26.0000. Relator: Des. Hélio Nogueira. DJ, 22 out. 2015. 22ª Câmara de Direito Privado, 27 out. 2015b.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

A gestão compartilhada de áreas protegidas como instrumento de compatibilização de direitos

MÁRCIA DIEGUEZ LEUZINGER

Resumo: A criação, no Brasil, de unidades de conservação de proteção integral e domínio público habitadas por populações tradicionais conduz a um sério conflito entre conservação do ambiente natural e proteção dos direitos culturais desses grupos, ante a vedação legal de sua permanência no interior da unidade. Por essa razão, a adoção de modelos de gestão compartilhada entre o Poder Público e os grupos tradicionais, como ocorre na Austrália, seria uma excelente solução para o conflito. Memoranda of Understanding for Joint Management (Memorandos de Compreensão para Gestão Compartilhada), Acordos sobre Uso da Terra pelos Aborígenes ou Lease Back Agreements (Acordos de Concessão) constituem três das diversas espécies de gestão compartilhada praticadas nos diferentes estados e territórios australianos, que podem servir como modelos a serem adotados no Brasil, a fim de resolver os conflitos entre populações tradicionais residentes em unidades de conservação de proteção integral e domínio público.

Palavras-chave: Áreas protegidas. Unidades de conservação. Populações tradicionais. Gestão compartilhada. Cogestão.

Introdução

Uma das questões que divide as opiniões de ambientalistas, no Brasil, é a presença de populações tradicionais no interior de unidades de conservação (UCs) de proteção integral e domínio público.

Nos termos da Lei nº 9.985, de 2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação no Brasil (Lei do SNUC), as unidades de proteção integral e domínio público não admitem a presença de gru-

pos humanos residentes, ainda que se trate de populações tradicionais. Como o dispositivo da Lei do SNUC que previa a necessidade de reclassificação de UCs de proteção integral ocupadas por populações tradicionais para unidades de uso sustentável foi vetado, quando estações ecológicas, reservas biológicas ou parques nacionais são criados, o Poder Público deve transferir essas populações para outro local, anteriormente acordado, além de indenizá-las pelas benfeitorias (art. 42 da Lei do SNUC), não sendo admitida a continuidade de sua presença na área.

Todavia, como dificilmente há recursos para arcar com as despesas referentes à aquisição de um novo espaço para realocar esses grupos, o que de fato vem ocorrendo é a sua permanência ilegal no local. Além disso, há vários relatos que demonstram ações por parte do órgão ambiental gestor da unidade tendentes a tornar a vida desses grupos bastante difícil, a fim de que eles saiam da UC por vontade própria (SILVA; SOUZA, 2013).

Por outro lado, o reassentamento dessas populações em local distinto daquele que tradicionalmente ocupam não é a solução ideal para esses casos. Isso porque as comunidades tradicionais mantêm uma estreita relação de dependência com o território que habitam, e a sua retirada produz, em geral, o efeito de desagregação do grupo, com a perda de todo o patrimônio cultural que carregam. Como os conhecimentos, tradições, modos de pensar, fazer e agir são passados de geração a geração de forma oral, a dissolução da comunidade acarreta o seu desaparecimento, invariavelmente.

Por todas essas razões, o ideal seria encontrar uma forma de manutenção das comunidades tradicionais no interior de qualquer categoria de manejo de unidade de conservação. O modelo adotado pela Austrália em alguns parques nacionais habitados ou utilizados por populações aborígenes, consubstanciado na gestão compartilhada ou cogestão entre o Poder Público e os grupos tradicionais, poderia ser uma alternativa.

As populações aborígenes estão presentes no território australiano há cerca de 40.000 anos e têm uma estreita relação de dependência física e cultural do que chamam “Country”, ou seja, seu lugar de origem. A criação de parques nacionais, inicialmente, seguindo a tradição norte-americana, implicou sua retirada das áreas afetadas, mas as pressões internacionais que emergiram, em meados da década de 1970, para o reconhecimento dos direitos dos grupos indígenas às terras a que estão culturalmente relacionados e do seu papel na conservação da diversidade biológica, implicaram alterações na legislação australiana de diferentes estados-membros. As novas regras, de modo geral, passaram a admitir a reivindicação de direitos de propriedade dos grupos tradicionais (*Land Rights*), o uso de determinadas áreas para fins culturais, o reconhecimen-

to de Títulos Nativos (*Native Titles*) e a gestão compartilhada de parques nacionais e reservas.

Desse modo, o objetivo do presente artigo é demonstrar as diferentes formas que o modelo de administração conjunta de alguns parques nacionais e reservas australianos pode assumir, nos estados de *New South Wales* e no *Northern Territory*, onde a gestão compartilhada está mais desenvolvida, a fim de que possa servir de exemplo para os casos de populações tradicionais não indígenas residentes em unidades de conservação de proteção integral e domínio público no Brasil.

1. O sistema de áreas protegidas na Austrália

A forma de Estado adotada pela Austrália é a federativa, composta pela *Commonwealth* (União), seis estados-membros (*New South Wales*, *Queensland*, *South Australia*, *Tasmania*, *Victoria* e *Western Australia*) e dois territórios principais (*Australian Capital Territory* e *Northern Territory*). A repartição de competências legislativas e executivas entre os entes federativos está posta na Constituição australiana de 1901 (FARRIER; ADAMS, 2009). A forma de governo é a parlamentar, e o sistema de governo é o monárquico.

Como a federação australiana foi formada por segregação, assim como a norte-americana, o que significa que ex-colônias independentes resolveram se unir e formar o Estado federal, aos estados-membros foram reservadas muito mais competências do que à *Commonwealth*, ao contrário do que ocorre no Brasil, em que a União detém muito mais competências do que Estados e Municípios. Desse modo, a legislação ambiental, o que inclui a legislação sobre áreas protegidas, é basicamente estadual naquele país.

O sistema de áreas protegidas australiano, denominado “*National Reserve System*”, passou a ser o responsável, a partir da década de 1990, pela gestão das diferentes categorias de espaços protegidos. Esse sistema, criado para integrar diferentes objetivos de manejo estabelecidos pelos estados e pela *Commonwealth* ao longo dos anos, engloba atualmente mais de 10.000 áreas protegidas e cobre 17,88% do território australiano, contando com mais de 137 milhões de hectares¹. Ele é composto por reservas federais, estaduais e dos territórios, terras indígenas e áreas protegidas administradas por Organizações Não Governamentais (ONG) conservacionistas (AUSTRÁLIA, 2014).

Ao contrário do que ocorre em outras federações, na Austrália, a *Commonwealth* não pode instituir parques nacionais nos estados, apenas nos territórios, pois a Constituição determina ser o uso/gestão do território competência exclusiva do estado-membro (DE LACY, 1994). Por essa razão, a maior parte dos parques nacionais é estadual e não federal.

Segundo o site oficial do Departamento de Meio Ambiente do governo australiano (*Department of the Environment*), os objetivos do *National Reserve System* são: criar um sistema que inclua todos os exemplos de ecossistemas em escala regional, em cada biorregião

¹ Há divergências sobre esse percentual. No site do governo australiano, o percentual citado é de 4% de áreas terrestres protegidas sob a forma de parques nacionais, e outros 6%, sob a forma de florestas estaduais, parques naturais e reservas de conservação (Disponível em: <www.australia.gov.au>. Acesso em: 3 ago. 2015.). Na tese de Jane Walker (2010), o percentual seria de 11,6% das áreas terrestres, 82,6% das quais teriam ênfase na conservação de espécies e habitats, adequando-se às categorias I a IV da União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN). O Departamento de Meio Ambiente do Governo Australiano (*Department of the Environment*), todavia, ao consolidar o percentual, leva em consideração não apenas os parques e reservas, mas outras categorias de áreas protegidas, como áreas aborígenes, áreas especialmente protegidas ou manejadas na Antártida, jardins botânicos, reservas de caça etc.

(*Comprehensiveness/Abrangência*); proporcionar viabilidade ecológica e integridade das populações, espécies e comunidades por meio de uma rede de áreas protegidas em cada região (*Adequacy /Adequação*); proteger a variabilidade de habitats dentro de cada ecossistema (*Representativeness/Representatividade*)². O governo vem-se referindo aos três objetivos como conformadores do sistema CAR.

2. Áreas protegidas ocupadas por populações aborígenes

Em muitas das áreas protegidas que conformam o Sistema de Áreas Protegidas Australiano (SAP) existem populações tradicionais (aborígenes e ilhéus de Torres Strait³) residentes ou que usam parte da área afetada para suas atividades culturais ou para o seu sustento, o que criou um problema a ser enfrentado pelo governo australiano em todos os níveis. Essas populações aborígenes têm povoado a Austrália há mais de 40.000 anos, influenciando e modificando o ambiente para prover suas necessidades físicas e espirituais e suas responsabilidades sociais, por meio de práticas tradicionais que incluem o uso do fogo, a caça e as atividades extrativistas e coletoras (WALKER, 2010). Tais atividades, contudo, não acarretam, em geral, disruptão dos ecossistemas em que ocorrem, tendo em vista a quantidade e a qualidade do impacto⁴.

As populações aborígenes australianas, antes da chegada dos europeus, em 1788, girava em torno de 750 mil pessoas, que falavam cerca de 700 línguas diferentes. Havia, de um modo geral, preocupação com o excesso de caça, pesca ou coleta, e os grupos tendiam a evitar o desperdício de comida e mudavam com certa frequência, a fim de permitir a recuperação do ambiente. Desse modo, o impacto produzido pelas atividades tradicionais eram, em geral, suportados pelo ambiente, que se manteve, por isso, bem preservado nas áreas ocupadas por essas populações tradicionais (AUSTRALIAN MUSEUM, 2015)⁵.

Segundo relata Dillon em palestra sobre mudanças no ambiente marinho, os aborígenes australianos herdaram tradições, crenças e costumes muito ricos de seus ancestrais. Eles integram o ambiente em que vivem e por isso retiram dele somente o que é estritamente necessário

²Ver Austrália (201-).

³A Austrália tem duas diferentes categorias de povos indígenas: aborígenes e ilhéus de Torres Strait. Os primeiros sempre habitaram a parte continental da Austrália. Os segundos, as ilhas entre o norte do estado de Queensland e a Papua-Nova Guiné. Para efeitos do presente trabalho, os grupos indígenas australianos serão referidos como aborígenes.

⁴Ver Australian Museum (2015).

⁵Sobre a matéria, ver também Arun Agrawal (1995), que trata da convivência harmônica dos grupos tradicionais com a natureza.

para alimentar suas famílias, evitando, assim, o desperdício e a destruição de plantas e animais. As tradições aborígenes desencorajam o uso desrespeitoso da natureza e o manejo de terra e água devem ser feitos de forma sensível (RODNEY, 2001 apud GEORGE; INNES; ROSS, 2004).

Apesar de as populações tradicionais, de modo geral, praticarem atividades de baixo impacto, com o início da instituição de parques nacionais, que se deu na Austrália, em 26 de abril de 1879, por meio da criação do *Royal National Park*, ao sul de Sydney, no estado de New South Wales⁶, elas passaram a ser expulsas de suas terras, em razão da internalização da noção britânica de “*terra nullius*”. A adoção do modelo norte-americano, como ocorreu também no Brasil, conduziu à instituição de vastas reservas, em locais ainda pouco degradados, que deveriam, dentro de uma concepção romântica de “*wilderness*”⁷, proteger a vida selvagem com o mínimo de interferência humana possível. Os requisitos adotados por diversos países, a partir da criação do Parque Nacional de Yellowstone, nos Estados Unidos, em 1872, para a instituição de seus parques, foram: terras públicas; retirada de todos os eventuais habitantes, ainda que tradicionais; cercamento e abertura ao público apenas para visitação (LEUZINGER, 2009).

As preocupações com as consequências dessa política em relação às populações aborígenes somente se iniciaram em meados da década de 1970, em razão da crescente pressão da comunidade internacional para o reconhecimento dos direitos dos grupos tradicionais às terras que habitam e ao seu papel na conservação da diversidade biológica (WALKER, 2010). O reconhecimento, pela União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN), da importância das populações indígenas e tradicionais para a conservação da biodiversidade, em razão de seus conhecimentos sobre a natureza e seus ciclos, acabou por acarretar uma alteração nos resultados dos Congressos Mundiais de Parques a partir da década de 1980. A IUCN, inclusive, na década de 1970, adotou a noção de zoneamento nos parques nacionais, reservando-se, para aqueles ocupados por populações tradicionais, uma zona antropológica (LEUZINGER, 2009).

Na Austrália, durante mais de 100 anos, o modelo de parques sem habitantes prevaleceu, sendo o único objetivo perseguido, quando da criação de áreas protegidas, a proteção de espécies e de valores paisagís-

⁶ A primeira área protegida da era colonial foi estabelecida em Tower Hill, Victoria, em 1866, como um parque público, seguida pela criação, em 1879, do *Royal National Park* (BAUMAN; SMYTH, 2007). Ver também Australia (2015).

⁷ Natureza selvagem. Ver Muller (2003). A criação do *Royal National Park* seguiu o modelo do Parque Nacional de Yellowstone: “uma faixa de terra separada para proteção da natureza e recreação, mas sem populações locais residentes” (BAUMAN; SMYTH, 2007). Ver também Wearin; Huyskens, (2001).

nicos ou arqueológicos. Às populações aborígenes era proibida a permanência na área e até mesmo o uso tradicional de recursos naturais. A partir de 1975, contudo, na esteira do movimento internacional de respeito aos direitos culturais das populações tradicionais, houve um crescente reconhecimento, por parte do governo e da sociedade australiana, das relações econômicas e culturais das populações aborígenes com as terras que tradicionalmente ocupavam, e a solução apresentada pela maioria dos estados e pelo *Northern Territory* foi, em muitas dessas reservas, a de cogestão, também chamada de gestão conjunta/ compartilhada, que pode apresentar diferentes arranjos envolvendo os entes públicos e as comunidades aborígenes, além do Programa de Áreas Protegidas Indígenas (*Indigenous Protected Area Program – IPA Program*) (BAUMAN; SMYTH, 2007).

A base legal para a gestão compartilhada, ou cogestão, iniciou-se com o sucesso de alguns requerimentos de reconhecimento do direito à terra feitos pelos aborígenes (*Aboriginal land claims*) e diferentes leis estaduais e do *Northern Territory* sobre direitos dos aborígenes a essas terras (*Aboriginal Land Rights Acts*): *Northern Territory*, 1976; *New South Wales*, 1983; *Queensland*, 1991, *Victoria (Traditional Owners Settlement)*, 2010; *Western Australia (Conservation and Land Management Act)*, 1984, todas alteradas por outras normas estaduais para permitir a gestão compartilhada.

Como a legislação sobre conservação do ambiente natural e sobre direito originário às terras das populações aborígenes é basicamente estadual ou dos territórios, nos locais onde o reconhecimento legal dos direitos culturais dos aborígenes, incluindo os direitos à propriedade originária, é mais forte, a gestão compartilhada de áreas protegidas tende a ser mais eficiente. Nesses casos, há significativo

envolvimento da comunidade tradicional na tomada de decisão, assim como o reconhecimento do direito de habitar a área e de utilizar seus recursos naturais para fins de sua sobrevivência física e cultural, sujeito, obviamente, às restrições impostas nos planos de manejo respectivos. Ao contrário, onde a legislação é mais fraca, a participação dos aborígenes no manejo de áreas protegidas é, em geral, apenas consultiva, sendo normalmente vedados direitos de habitação e uso de recursos naturais (BAUMAN; SMYTH, 2007).

3. Gestão compartilhada ou cogestão no sistema de áreas protegidas australiano

Ao tratar da gestão de recursos naturais, Borrini-Feyerabend et al (2004) expõem que um dos desafios desse sistema é responder às características sociais do ambiente, ante os conflitos de interesse e as prioridades de cada ator envolvido. Esse desafio teria a ver com o processo de gestão, ou seja, quem administrará e como serão administrados os recursos. Ao longo da história, tentativas de superar esse conflito incluíram diferentes estratégias de controle social, muitas vezes violentas. Todavia, há também exemplos de formas colaborativas de gestão, a que chamam os autores cogestão.

Dada a dificuldade de definir cogestão, Borrini-Feyerabend et al (2004) buscam, inicialmente, conceituar, com base no trabalho de diferentes autores, expressões e termos análogos, como ajuda mútua, gestão adaptativa, participação, regimes de produção compartilhada, pluralismo, experimentalismo democrático, plataforma para ações coletivas, processos envolvendo diferentes partes interessadas, governança e governança pública,

para, finalmente, conceituar as expressões cogestão de recursos naturais e cogestão.

Para o que interessa ao presente estudo, cogestão de recursos naturais (também referida como gestão participativa, colaborativa, conjunta, mista, de múltiplas partes ou de mesa-redonda) é definida pelos autores, utilizando um trabalho realizado por alguns deles em 2000, como: “*a situação em que dois ou mais atores sociais negociam, definem e garantem dentre eles uma parcela justa das funções de gestão, dos direitos e das responsabilidades sobre um determinado território, área ou parcela de recursos*” (BORRINI-FEYERABEND et al, 2007, p. 1).

Osherenko (1988, p.13) apresenta uma definição mais complexa, ao tratar de cogestão de recursos naturais, segundo a qual ela seria um

“arranjo institucional pelo qual as agências governamentais com jurisdição sobre os recursos naturais e outros grupos de usuários entram em acordo em relação a uma região geográfica específica sobre:

1. Um sistema de direitos e obrigações para aqueles interessados no recurso;
2. Uma coleção de regras indicando ações que se espera dos sujeitos sob diferentes circunstâncias;
3. Procedimentos para a tomada de decisões coletivas que afetem interesses dos atores governamentais, organizações e usuários individuais”⁸.

Cogestão de áreas protegidas, por sua vez, é definida por Borrini-Feyerabend (1996, p.12) como

“a situação em que alguns ou todos os atores relevantes em uma área protegida estão envolvidos de forma substancial nas atividades de gestão. Mais especificamente, no processo de cogestão, a agência com jurisdição sobre a área protegida (normalmente uma agência estadual) desenvolve uma parceria com os outros atores relevantes (que inclui especialmente os residentes locais e aqueles que utilizam os recursos naturais) que especifique e garanta suas respectivas funções, seus direitos e suas responsabilidades em relação ao espaço protegido”⁹.

⁸Tradução livre da autora. Texto original: “an institutional arrangement in which government agencies with jurisdiction over resources and user groups enter into an agreement covering a specific geographic region and spelling out:

1. a system of rights and obligations for those interested in the resource
2. a collection of rules indicating actions that subjects are expected to take under various circumstances; and
3. procedures for making collective decisions affecting the interests of government actors, user organisations and individual user.” OSHERENKO, 1988, p. 13).

⁹Tradução livre da autora. Texto original: “a situation in which some or all of the relevant the stakeholders in a protected area are involved in a substantial way in management activities. Specifically, in a collaborative management process, the agency with jurisdiction over the PA (usually a state agency) develops a partnership with other

Outra definição interessante de cogestão é apresentada por Walker (2010, p. 35):

uma forma de gestão que busca o desenvolvimento dos objetivos e das estratégias de gestão sob uma base colaborativa entre os representantes do órgão oficial gestor e a população local, e que requer responsabilidades compartilhadas e participação equitativa¹⁰.

Smyth (2001) ressalta que os arranjos de gestão compartilhada representam um “*trade-off*”¹¹ entre os direitos e interesses dos proprietários tradicionais, os direitos e interesses das agências ambientais governamentais e a sociedade australiana de um modo geral. O elemento-chave seria o fato de ser a transferência da propriedade para os aborígenes condicionada ao seu apoio à manutenção da área como parque nacional. Seria, assim, segundo o autor, muito mais um arranjo de conveniência ou coerção do que uma parceria em que os proprietários originários ingressaram.

Para o presente trabalho, as expressões gestão compartilhada e cogestão serão utilizadas como sinônimas, no sentido de repartição de poder entre Poder Público e população tradicional residente dentro da unidade de conservação, de forma equitativa, para a tomada de decisão em relação a todos os aspectos relacionados à administração da UC. Isso significa, necessariamente, um processo de negociação

relevant stakeholders (primarily including local residents and resources users) which specifies and guarantees their respective functions, rights and responsibilities with regard to the PA” (BORRINI-FEYERABEND, 1996, p.12).

¹⁰ Tradução livre da autora. Texto original: “co-management is an approach to protected area management that seeks to develop management objectives and strategies on a collaborative basis between park managers and local people, requiring shared management responsibility and equal participation” (WALKER, 2010, p. 35).

¹¹ *Trade-off* significa um compromisso, cujo equilíbrio é alcançado a partir de elementos substancialmente distintos.

contínuo que deve iniciar-se quando da criação da unidade, com consultas públicas que permitam a definição da área e da categoria de manejo mais apropriada, perpassar a elaboração do plano de manejo, que deve incluir a definição dos objetivos da unidade, o plano de uso público e o zoneamento da área, e se perpetuar na atualização do plano de manejo e no dia a dia da tomada de decisão em relação às estratégias de conservação, a fim de que os objetivos sejam alcançados e novos desafios sejam propostos. Desse modo, a característica de coerção ou primazia de uma parte sobre a outra, no sentido apontado por Smyth, é diluída com uma efetiva participação do grupo tradicional.

A necessidade de continuidade do processo, com constante negociação e revisão dos interesses de cada uma das partes, foi enfatizada por George, Innes e Ross (2004), no relatório de pesquisa sobre manejo cooperativo da Área da Grande Barreira de Corais, declarada Patrimônio da Humanidade pela UNESCO¹². No mesmo sentido, aponta Lawrence (1997) para o fato de que a contínua negociação e conciliação, em bases diárias, com os proprietários tradicionais, sobre questões complexas e, muitas vezes, conflituosas, é que conferem efetividade e significado aos acordos de cogestão.

Outros conceitos relacionados, na Austrália, à cogestão ou gestão compartilhada de áreas protegidas, quando uma das partes envolvidas é população aborígene, são: Título Nativo (*Native Title*), Proprietários Originários/Tradicionais (*Traditional Owners*) e *Country*.

A expressão Título Nativo (*Native Title*) é utilizada para descrever os direitos e interesses das populações aborígenes, os quais surgem de normas costumeiras e costumes relacionados com a terra e a água, e que são reconhecidos

¹² No mesmo sentido, Berkes, George e Preston (1991).

pelo sistema do *Common Law* australiano. Esses direitos dependem da conexão mantida pelas populações aborígenes com áreas específicas; podem ser transformados em outras espécies de títulos, como o de propriedade sem ônus (*freehold titles*); podem ser modificados ou suprimidos em razão de inconsistências; e podem coexistir com outros direitos civis¹³. Smyth (2001) diferencia Título Nativo, cujo sucesso do requerimento acarreta o reconhecimento, pelo governo, do exercício contínuo e anterior de direitos culturais sobre a terra pela comunidade aborígene, de Direito de Propriedade da Terra, regulado por leis específicas, como a Lei dos Direitos Aborígenes de Propriedade da Terra (*Statutory Lands Right Legislation*; ex. *Aboriginal Land Rights Act, 1976, NT*), sob a qual o governo concede a propriedade da terra aos aborígenes com base em suas conexões tradicionais com determinada área.

O reconhecimento de um Título Nativo relaciona-se, assim, com o exercício contínuo e pré-existente de direitos culturais ligados à terra pelos aborígenes, conforme suas leis costumeiras, e foi admitido como integrante da *Common Law* australiana a partir do julgamento, pela Corte Superior (*High Court*), em 1992, do caso *Mabo e outros versus Queensland*. Apesar desse caso não envolver terras dentro de um parque nacional, o Chefe de Justiça da Corte Superior, Sir Anthony Mason, na sua decisão, explicitamente mencionou a possibilidade de reconhecimento de Títulos Nativos nesses casos (BAUMAN; SMYTH, 2007, p. 10)¹⁴:

“Títulos Nativos continuam a existir onde haja terra devoluta da Coroa que não tenha sido apropriada ou utilizada ou onde a apropriação ou utilização forem consistentes com a continuidade concorrente de fruição do Título Nativo sobre a terra (ex. terra destinada para parques nacionais)”.

Após a decisão da Corte Superior, o governo da *Commonwealth* estabeleceu um processo de consulta, cujo resultado foi a edição de uma Lei federal sobre Títulos Nativos, em 1993 (*Native Title Act, 1993*). Essa norma trata do reconhecimento e da proteção dos Títulos Nativos, estabelece procedimentos para o seu requerimento e mecanismos para o seu reconhecimento, e permite a convalidação de atos pretéritos, anulados em razão da existência desses Títulos¹⁵. Importante observar que o

¹³ Disponível em: <www.environment.sa.gov.au>. Acesso em: 18 ago. 2015.

¹⁴ Tradução livre da autora. Texto original: “Native title continues to exist where waste lands of the Crown have not been appropriated or used or where the appropriation and use is consistent with the continuing concurrent enjoyment of native title over the land (e.g. land set aside for national parks)” (BAUMAN; SMYTH, 2007, p. 10). Ver também Porter e Meyers (2008).

¹⁵ Disponível em: <http://www.communityservices.act.gov.au/__data/assets/pdf_file/0012/141033/Native_Title.pdf>. Acesso em: 6 out. 2015.

Título Nativo não estabelece um regime de propriedade da terra pelos aborígenes (*land rights*), nem tampouco significa que atividades econômicas não possam ser desenvolvidas no local por outras pessoas. Esse Título apenas reconhece que a comunidade aborigene detém direitos e interesses sobre aquela determinada área como, por exemplo, direitos de pescar, caçar, coletar, acampar, visitar sítios culturais etc¹⁶.

A expressão Proprietários Tradicionais/Originários (*Traditional Owners*) não consta de nenhum dispositivo da Lei sobre Títulos Nativos, de 1993 (*Native Title Act 1993*), mas vem sendo utilizada como base para diversos instrumentos, como os Acordos sobre Uso da Terra pelos Aborígenes (*Indigenous Land Use Agreements – ILUAs*), que são realizados na forma da Lei sobre Títulos Nativos, para denominar o grupo tradicional que é parte do acordo e que desempenha o papel de proprietário tradicional/originário (*traditional ownership*) da área, além de ser indispensável, é claro, para o reconhecimento da existência do referido Título sobre determinada área. Existem, todavia, diversos sentidos diferentes para a expressão, que aparece em várias normas estaduais e da *Commonwealth* (EDELMAN, 2009).

Segundo Edelman, a expressão Proprietários Originários / Tradicionais passou a ser utilizada de forma corriqueira a partir da edição da Lei sobre Direito dos Aborígenes à Terra (*Aboriginal Land Rights Act*), 1976, do *Northern Territory*. Essa lei estabeleceu mecanismos por meio dos quais as populações aborígenes podem requerer a propriedade de terras públicas (*Crown lands*) com base em sua condição de “Proprietários Originários” (EDELMAN, 2009). Nos termos dessa lei, os Proprietários Originários são os grupos aborígenes que têm ligações espirituais comuns com a área, os quais os tornam responsáveis pela terra – pelas tradições aborígenes, são os titulares das terras.

Outras leis estaduais e federais, no entanto, que empregam a mesma expressão, atribuem a ela significados distintos. Um exemplo seria a Lei sobre Direito dos Aborígenes à Terra, do Estado de *New South Wales* (*Aboriginal Land Rights Act, 1983, NSW*), que define a expressão Proprietários Aborígenes (*Aboriginal owners*) como os aborígenes cujos nomes constam do Registro de Proprietários Aborígenes (*Register of Aboriginal Owners*), em razão de sua associação com uma determinada área. Esse Registro, segundo a Lei, é restrito aos descendentes diretos dos habitantes originais aborígenes daquele sítio cultural em que a área está situada que possuam uma ligação cultural com a terra, o

¹⁶ Disponível em: <<http://www.alc.org.au/media/82940/121030%20native%20title%20fact%20sheet%201%20-%20comparison%20of%20land%20rights%20and%20native%20title%20final.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2015.

que deriva de tradições, costumes, crenças ou histórias dos habitantes aborígenes originais, e que tenham consentido em ingressar com seus nomes no Registro¹⁷.

Alguns autores, como Sutton (2001), diferenciam “core rights” (direitos fundamentais) de “contingent rights” (direitos contingentes), pelo fato de existir, ou não, uma relação essencial de identidade com aquela área específica, também chamada de “Country”. Os *contingent rights* dependeriam de alguma coisa a mais, como, por exemplo, ser casado com um aborígene, enquanto os *core rights* permitem a alguém reclamar certa área como de sua propriedade.

Country, por sua vez, significa, para as populações aborígenes, seu lugar de origem. Ele representa sua identidade, a partir de uma noção de pertencimento em relação à terra que tradicionalmente habitam (WALKER, 2010). A noção de *Country* integra a identidade pessoal, social e cultural dos aborígenes (GEORGE; INNES; ROSS, 2004).

4. A experiência de gestão compartilhada nos estados e territórios australianos

As experiências de gestão compartilhada (ou cogestão) são diferentes em cada estado australiano e no *Northern Territory*. Como a legislação é basicamente estadual, diferentes normas e instrumentos são utilizados, em alguns casos havendo o reconhecimento da titularidade da terra pela comunidade tradicional, em outros, apenas permitindo a sua participação no comitê gestor.

¹⁷ Disponível em: <<http://www.legislation.nsw.gov.au/fullhtml/inforce/act+42+1983+FIRST+0+N>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

Como bem coloca Lawrence (1997), não existe um único modelo de gestão compartilhada. Cada acordo deve ser negociado separadamente e deve buscar atender às necessidades daquela comunidade específica, por meio de um processo contínuo de consulta e negociação, com bases formadas por garantias estruturais que conduzirão a objetivos publicamente estabelecidos de proteção ao ambiente natural e aos valores culturais do grupo envolvido.

Por essa razão, serão analisadas, a seguir, as diferentes experiências de gestão compartilhada no Estado de *New South Wales* e no *Northern Territory*, onde ela está mais avançada, em consequência de uma política bem sucedida de titulação de terras pelos aborígenes e do desenvolvimento e aplicação de diversos instrumentos para alcançar essa forma de gestão.

4.1. New South Wales

Em *New South Wales* (NSW), um dos estados australianos, a gestão compartilhada pode assumir três diferentes formas: 1) “*Memoranda of Understanding for Joint Management – MoU*” (Memorandos de Compreensão para Gestão Compartilhada); 2) “*Indigenous Land Use Agreements – ILUAs*” (Acordos sobre Uso da Terra pelos Aborígenes); 3) “*Lease Back Agreements*” (Acordos de Concessão)¹⁸.

A primeira forma, “*Memoranda of Understanding for Joint Management – MoU*”, significa um acordo entre a população aborígene e o Serviço de Parques Nacionais e Vida Selvagem (*National Parks and Wildlife Service – NPSW*), órgão que integra o Departamento de Meio Ambiente e Patrimônio Cultural de

¹⁸ Disponível em: <<http://www.environment.nsw.gov.au/jointmanagement/jointmanagementoptions.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

NSW (*Office of Environment and Heritage/ OEH*)¹⁹, encarregado da gestão de parques nacionais e reservas, para o planejamento e a gestão compartilhada desses espaços protegidos. Os MoUs podem abranger o acesso à área para fins culturais, a participação da comunidade na gestão efetiva do parque ou oportunidades de geração de empregos, educação e capacitação para os aborígenes. Todavia, embora no MoU haja reconhecimento da associação cultural da comunidade aborígene com a área do parque, ele não inclui direitos de propriedade originária, nem tampouco o pagamento de “rents” (valores mensais) ou qualquer outra forma de compensação. Esses acordos devem observar o disposto na Lei sobre Parques Nacionais e Vida Selvagem, de 1974 (*National Parks and Wildlife Act, 1974*)²⁰.

A segunda forma, “*Indigenous Land Use Agreements – ILUAs*”, diz respeito às comunidades aborígenes que possuem ou estão requerendo Títulos Nativos (*Native Titles*) e podem negociar com o poder público o compartilhamento da gestão do espaço protegido, o que permite o planejamento de como o desenvolvimento se dará naquela área. Trata-se de um acordo voluntário entre o grupo que possui ou está reclamando o Título Nativo e terceiros sobre uso e gestão de terras e águas. No que interessa à gestão compartilhada de áreas protegidas, o ILUA significa um acordo entre a comunidade aborígene que é ou pretende ser titular de direitos relacionados à terra pública e o governo de NSW para fins de sua administração. Parte do acordo pode, assim, versar sobre gestão de parques nacionais e definir questões relacionadas à gestão compartilhada

e ao exercício dos direitos inerentes ao Título Nativo na área do parque já existente ou que ainda será instituído²¹.

Em 2001, o *Arakwal National Park*, localizado na costa norte de NSW, foi a primeira área protegida da Austrália a ser estabelecida sob um ILUA. Nos termos desse Acordo, foi reconhecido aos aborígenes o direito ao uso tradicional dos recursos naturais que se encontram nos limites do parque nacional, assim como a formação de um Comitê Consultivo de Gestão Compartilhada, que assessoraria o *National Parks and Wildlife Service* sobre a forma como o parque deve ser manejado (BAUMAN; SMYTH, 2007).

A terceira forma, “*Lease Back Agreements*”, está relacionada ao retorno da propriedade da área a um Comitê Aborígene da Terra (*Aboriginal Land Council*), que a deterá em favor da comunidade aborígene, podendo parte dos direitos de sua gestão ser devolvida ao poder público. A comunidade aborígene receberá do Estado um valor determinado, chamado de “rent”, que não seria propriamente um “aluguel” como a tradução literal sugere, mas sim uma espécie de pagamento periódico pela utilização da área, que deverá ser aplicado para cuidado, conservação e administração do parque. O pagamento desses “rents” assemelha-se, portanto, ao pagamento por serviços ambientais. O acordo gera, obviamente, restrições ao exercício do direito de propriedade originária pelos aborígenes, as quais estarão nele devidamente delineadas. A administração da área é realizada por um comitê gestor, cuja maioria é formada por representantes dos proprietários originários, sendo os demais membros representantes do governo de NPWS, do governo

¹⁹ Disponível em: <<http://www.nationalparks.nsw.gov.au/about-npws>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

²⁰ Disponível em: <<http://www.environment.nsw.gov.au/jointmanagement/mouforjointmanagement.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

²¹ Disponível em: <<http://www.environment.nsw.gov.au/jointmanagement/IndigenousLandUseAgreement.htm>>. Acesso em 21 ago. 2015.

local, de grupos de conservação da natureza e de proprietários privados de áreas adjacentes. Os *Lease Back Agreements* têm como base legal a Lei de Parques Nacionais e Vida Selvagem e a Lei sobre Direito dos Aborígenes à Terra (*National Parks and Wildlife Act, de 1974, and Aboriginal Lands Right Act*), ambas de NSW.²².

Segundo resultados obtidos em *Workshop* sobre Gestão Compartilhada de Áreas Protegidas, realizado em Alice Springs, no *Northern Territory*, em 2012, do qual participaram representantes do governo que atuam nessa área, a gestão compartilhada está de fato sendo implementada em NSW, com o apoio do Departamento de Meio Ambiente e Patrimônio Cultural – *OEH*. Segundo relatam os representantes de NSW, tanto as comunidades tradicionais quanto os representantes do governo concordam que está sendo cumprido o que foi acordado e que estão sendo alcançados os resultados previstos. Constam do documento informações no sentido de que as comunidades tradicionais já retornaram a seus territórios de origem em 21% das áreas inseridas dentro do Sistema Nacional de Reservas (*National Reserve System*), e as expectativas são de que mais áreas sejam incluídas no sistema de gestão compartilhada, a partir da adoção de um dos instrumentos existentes (BAUMAN; STACEY; LAUDER, 2012).

A base legal para a gestão compartilhada no Estado reside nas alterações feitas, em 1996, na Lei sobre Direito às Terras Aborígenes (*Aboriginal Land Rights*), de 1983, e na Lei sobre Parques Nacionais e Vida Selvagem (*National Parks and Wildlife Act*), de 1974. A partir de então, a gestão compartilhada passou a integrar a política governamental de *New South*

Wales e consta do Plano Decenal do Governo (*New South Wales Government's 2021 10-Year Plan*) (BAUMAN; STACEY; LAUDER, 2012).

Em outros estados australianos, diferentes formas de gestão compartilhada são encontradas, mas, na maioria dos casos, com menor êxito do que ocorre em NSW e no *Northern Territory*.

4.2. Northern Territory

O local onde a gestão compartilhada é mais bem sucedida, na Austrália, é no *Northern Territory* (NT). Os parques Nacionais do Uluru-Kata Tjuta e de Kakadu são sempre citados como exemplos dessa forma de gestão, tendo o modelo por eles criado institucionalizado a cooperação em relação ao planejamento de longo prazo e ao manejo e uso diários (DE LACY, 1994).

O pioneirismo do *Northern Territory* deve-se ao fato de que, naquele país, a primeira norma, que tornou possível, posteriormente, a gestão compartilhada foi a Lei sobre Direito às Terras Aborígenes, de 1976 (*Aboriginal Land Rights Act*), que apontava mecanismos para o retorno dos aborígenes às terras por eles tradicionalmente habitadas²³. Também a concessão de Títulos Nativos (*Native Titles*) em áreas onde haviam sido criados parques nacionais impôs que fossem encontradas alternativas para sua gestão (SMYTH, 2001).

Desse modo, em 2007, Bauman e Smyth (2007) já noticiavam 27 parques nacionais que haviam implementado a gestão compartilhada no NT, por meio de 31 *ILUAs*. O governo do *Northern Territory* resolveu implantar a gestão compartilhada após uma decisão da Suprema

²² Disponível em: <<http://www.environment.nsw.gov.au/jointmanagement/leasebackagreement.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

²³ Segundo informações contidas no site oficial, a gestão compartilhada de parques data de 1981. Disponível em: <http://www.parksandwildlife.nt.gov.au/manage/joint#.VeZ2r_mqoCY>. Acesso em: 2 set. 2015.

Corte, em 2002, que declarou inválida a criação do *Keep River National Park*, por não terem sido considerados os *Native Titles*.

Nos Anais do *workshop* de Alice Springs, consta que, das 89 áreas protegidas existentes no *Northern Territory*, 32 estavam, à época, sob uma das formas de gestão compartilhada (BAUMAN; STACEY; LAUDER, 2012).

Em termos de legislação, emendas feitas à Lei de Conservação dos Parques e Vida Selvagem do Território, em 2005, passaram a definir as partes, os objetivos e os princípios da gestão compartilhada, mas não prescreveram como seria a estrutura da governança. Para tanto, existem atualmente 27 “*framework parks*”, ou seja, parques estruturais (BAUMAN; STACEY; LAUDER, 2012).

As vitórias alcançadas no Território pela gestão compartilhada foram assim sintetizadas nos Anais: 1) forte base legal; 2) princípios bem definidos; 3) o setor do órgão gestor – *Parks and Wildlife Commision NT*, que cuida de Planejamento e Participação, tem cinco servidores, dos quais dois estão focados em gestão compartilhada; 4) boas relações entre os servidores que trabalham na sede e aqueles que trabalham no campo; 5) as relações entre os servidores do órgão gestor e os proprietários originários não são iguais, mas as diferenças acabam sendo relevadas; 6) há o desenvolvimento de uma base política de procedimento que embasa a implementação de estruturas de governança (instrumentos, procedimentos, linhas de conduta, capacitação etc); 7) o órgão gestor foi o único a conseguir um aumento no orçamento; 8) criação de empregos indiretos (BAUMAN; STACEY; LAUDER, 2012).

Os desafios seriam: 1) a criação de uma cultura organizacional de gestão compartilhada; 2) o suporte da gestão compartilhada pela comunidade, de forma mais ampla; 3) a gestão compartilhada cria a necessidade, dentro da Administração Pública, de investimento em relacionamento, que demanda mais servidores (BAUMAN; STACEY; LAUDER, 2012).

Do site oficial do órgão gestor (*Parks and Wildlife Commision NT*), consta que a gestão compartilhada envolve a parceria entre o governo do *Northern Territory*, representado pelo *Parks and Wildlife Commision NT*, e dos Proprietários Tradicionais Aborígenes (*Aboriginal Traditional Owners*). A responsabilidade na tomada de decisão é compartida a fim de que: 1) a herança cultural e natural dos parques seja protegida; 2) benefícios ao público em geral, como visitação, sejam providos; 3) benefícios para os proprietários originários e seus interesses sejam levados em consideração²⁴.

²⁴ Disponível em: <<http://www.parksandwildlife.nt.gov.au/manage/joint>>. Acesso em: 2 set. 2015.

Embora a gestão compartilhada não seja uma experiência nova no *Northern Territory*, foi em 2003, com a edição da Lei sobre Parques e Reservas – Estrutura para o Futuro (*Parks and Reserves – Framework for the Future – Act*) que 27 requerimentos para reconhecimento de Títulos originários (*Native Titles*) puderam ser atendidos. O número total de parques e reservas, num futuro não muito distante, sob gestão compartilhada, segundo o site oficial, será de 34 (1/3 dos parques e reservas do Território)²⁵.

5. A adoção do modelo de gestão compartilhada no Brasil

Alguns dos diferentes arranjos de gestão compartilhada observados no Estado de *New South Wales* e no *Northern Territory* poderiam ser utilizados como modelos a serem implementados no Brasil, quando da criação de unidades de conservação de proteção integral e domínio público em áreas ocupadas por populações tradicionais residentes.

Apesar de tratar-se de situações distintas, uma vez que as populações tradicionais não indígenas brasileiras não possuem direitos originários sobre os territórios que tradicionalmente ocupam, mecanismos de gestão compartilhada poderiam evitar o desgaste, o altíssimo custo e os danos que a transferência desses grupos para outras áreas podem causar.

Ademais, a proteção oferecida pela Constituição Federal de 1988 ao patrimônio cultural brasileiro – o que inclui o patrimônio imaterial, formado, entre outros elementos, pelas formas de expressão e pelos modos de fazer, criar e viver dos grupos formadores da

sociedade brasileira – impede a simples retirada das comunidades tradicionais das terras por elas tradicionalmente ocupadas, ante o risco que essa ação acarreta à integridade de sua herança cultural. Isso porque esses grupos apresentam, de uma maneira geral, uma forte noção de territorialidade, que ocorre não em função do tempo de ocupação, mas dos usos, costumes e tradições reproduzidos pelos povos tradicionais, que traduzem uma ocupação coletiva do espaço em que prevalece a utilização e a gestão compartilhada dos recursos naturais (SANTILLI, 2005)²⁶. Ademais, os conhecimentos, as formas de fazer, criar e viver são repassados de geração a geração por meio de tradição oral, que se perde completamente quando o grupo se desfaz (LEUZINGER, 2009).

A simples retirada dos grupos tradicionais não indígenas brasileiros das áreas por eles tradicionalmente ocupadas, quando não há risco de grave degradação ambiental em razão das práticas de suas atividades, constitui violação a seus direitos culturais. A adoção de instrumentos de gestão compartilhada poderia, assim, servir como uma alternativa à transferência das populações tradicionais das terras que habitam, ao mesmo tempo em que aponta para modernas formas de participação na gestão dos bens ambientais.

Conclusão

Tanto no Brasil como na Austrália, o conflito gerado pela criação de unidades de conservação de proteção integral em áreas ocupadas ou relacionadas culturalmente a populações tradicionais impôs a construção de diferentes soluções.

²⁵ Disponível em: <<http://www.parksandwildlife.nt.gov.au/manage/joint>>. Acesso em: 2 set. 2015.

²⁶ Ver também: Little (2002, p. 3; 11).

No Brasil, em se tratando de população tradicional não indígena, a Lei nº 9.985/00 impõe a indenização pelas benfeitorias e a transferência do grupo tradicional para outra área, em condições devidamente acordadas pelas partes.

Na Austrália, a partir da década de 1970, diferentes leis estaduais e do *Northern Territory* sobre direito dos aborígenes à terra foram editadas, e posteriormente alteradas por outras normas, para permitir a gestão compartilhada de parques nacionais e reservas assemelhadas. Nas unidades federativas em que o reconhecimento legal dos direitos culturais dos aborígenes, incluindo os direitos à propriedade originária, é mais forte, a gestão compartilhada de áreas protegidas tende a ser mais eficiente, o que significa poderes equilibrados entre representantes do órgão oficial gestor e das comunidades tradicionais.

Modelos distintos de gestão compartilhada ou cogestão foram desenvolvidos em cada estado ou território, não havendo uma solução única que possa ser aplicada a todos os casos de populações aborígenes residentes ou relacionadas culturalmente à área em que o parque ou a reserva foi ou será estabelecido. E mesmo que determinados modelos estejam sendo analisados, como os adotados no Estado de *New South Wales*, *Memoranda of Understanding for Joint Management – MoU* (Memorandos de Compreensão para Gestão Compartilhada), *Indigenous Land Use Agreements – ILUAs* (Acordos sobre Uso da Terra pelos Aborígenes) ou *Lease Back Agreements* (Acordos de Concessão), há diferenças específicas entre os acordos, que retratam a realidade de cada área ou região.

Apesar das diferentes formas assumidas pela gestão compartilhada na Austrália, a ideia de permitir a presença do grupo tradicional no interior da unidade de conservação e de prover mecanismos para o seu envolvimento na administração da área revela um avanço em relação ao que ocorre no Brasil, ou seja, a sua mera transferência para outro local. Isso porque a noção de territorialidade das populações tradicionais é bastante forte, e sua retirada das terras que tradicionalmente ocupam pode conduzir à disruptão dos grupos e à perda de todo o patrimônio cultural que eles detêm.

A experiência australiana pode, assim, lançar luzes para a solução de uma realidade cruel que envolve as diferentes populações tradicionais brasileiras que habitam áreas onde já foi ou será instituída unidade de conservação de proteção integral e domínio público. Diversos modelos, adotados em situações distintas, podem oferecer subsídios para casos também diferentes, observados no Brasil. Com isso, ficariam assegurados não apenas o direito fundamental ao meio ambiente ecológico-

mente equilibrado, mas igualmente os direitos culturais dos grupos tradicionais.

Sobre a autora

Márcia Dieguez Leuzinger é doutora em Desenvolvimento Sustentável e mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; pós-doutora pela University of New England, Armidale, Austrália; professora de Direito Ambiental do mestrado e do doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, DF, Brasil; procuradora do Estado do Paraná em Brasília.

E-mail: marcia.leuzinger@uol.com.br.

Título, resumo e palavras-chave em inglês²⁷

JOINT MANAGEMENT OF PROTECTED AREAS AS TOOL OF RIGHTS COMPATIBILIZATION

ABSTRACT: The creation, in Brazil, of full protection and public domain conservation units inhabited by traditional populations leads to a serious conflict between environmental conservation and the protection of these groups' cultural rights because they cannot remain within the unit boundaries. Therefore, the adoption of joint management models between government agencies and traditional groups, as it is adopted in Australia, would be an excellent solution to the conflict. Memoranda of Understanding for Joint Management (MoU), Indigenous Land Use Agreements (ILUAs) or Lease Back Agreements are three of several types of joint management agreements practiced in different Australian States and Territories, and each of them can be used as a model to be adopted in Brazil in order to solve conflicts between traditional populations living in full protection and public domain conservation units.

KEYWORDS: PROTECTED AREAS. CONSERVATION UNITS. TRADITIONAL POPULATIONS. JOINT MANAGEMENT. CO-MANAGEMENT.

Como citar este artigo

(ABNT)

LEUZINGER, Márcia Dieguez. A gestão compartilhada de áreas protegidas como instrumento de compatibilização de direitos. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, n. 211, p. 253-271, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p253>.

²⁷ Sem revisão do editor.

(APA)

Leuzinger, Márcia Dieguez. (2016). A gestão compartilhada de áreas protegidas como instrumento de compatibilização de direitos. *Revista de informação legislativa: RIL*, 53(211), 253-271. <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p253>.

Referências

- AGRAWAL, Arun. Dismantling the divide between indigenous and western knowledge. *Develop and Change*, n. 26, n. 3, p. 413-439, 1995.
- AUSTRALIA. Collaborative australian protected area database: CAPAD 2014. *Australian Government*, 2014. Disponível em: <<http://www.environment.gov.au/land/nrs/science/capad/2014>>. Acesso em: 15 ago. 2016.
- AUSTRALIA. National parks. *Australian Government*, 2015. Disponível em: <<http://www.australia.gov.au/about-australia/australian-story/national-parks>>. Acesso em: 15 ago. 2016.
- AUSTRALIA. Science, maps and data. *Australian Government*, [201-]. Disponível em: <<http://www.environment.gov.au/land/nrs/science>>. Acesso em: 15 ago. 2016.
- AUSTRALIAN MUSEUM. *Introduction to indigenous Australia*. 30 out. 2015. Disponível em: <<http://australianmuseum.net.au/indigenous-australia-introduction>>. Acesso em: 11 ago. 2016.
- BAUMAN, Toni; SMYTH, Dermot. *Indigenous partnership in protected area management in Australia: three case studies*. The Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies, 2007.
- BAUMAN, Toni; STACEY, Claire; LAUDER, Gabielle. *Joint Management of protected areas in Australia: native title and other pathways towards a community of practice: workshop reports*. Canberra: AIATSIS Research Publications, 2012.
- BERKES, Fikret; GEORGE, Peter; PRESTON Richard. Co-management: the evolution of theory and practice of the joint administration of living resources. *Annual meeting of IASCP*, Canadá, n. 2, 1991. Disponível em: <http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/1506/Co-Management_The_Evolution_in_Theory_and_Practice_of_the_Joint_Administration_of_Living_Resources.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 ago. 2016.
- BORRINI-FEYERABEND, Grazia et al. *Sharing Power: learning-by-doing in co-management resources throughout the world*. Cenesta, Tehran: IIED/IUCN, 2004.
- BORRINI-FEYERABEND, Grazia et al. *Co-management of natural resources: organizing, negotiating and learning-by-doing*. Heidelberg, DE: GTZ/IUCN, reprint, 2007.
- BORRINI-FEYERABEND, Grazia. *Collaborative management of protected areas: tailoring the approach to the context: issues in social policy*. Gland: IUCN, 1996.
- BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. *Diário Oficial da União*, 19 jul. 2000.
- DE LACY, Terry. The Uluru / Kakadu model: Anangu Tjukurrpa 50.000 years of Aboriginal Law and land management changing the concept of national parks in Australia. *Society and Natural Resources*, v. 7, n. 5, p. 479-498, set. 1994.
- EDELMAN, David. *Broader native title settlements and the meaning of the term 'traditional owners'*. Melbourne: National Native Title Tribunal, 2009. Disponível em: <<http://www.nntt.gov.au/Information%20Publications/Broader%20native%20title%20settlements%20and%20traditional%20owners.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016.
- FARRIER, David; ADAMS, Michael. Indigenous-government co-management of protected areas: Booderee National Park and the national framework in Australia. *IUCN-*

EPLP, n. 81, 2009. Disponível em: <<http://cmsdata.iucn.org/downloads/booderee.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

GEORGE, Melissa; INNES, James; ROSS, Helen. Managing sea country together: key issues for developing co-operative management for the Great Barrier Reef World Heritage Area. *CRC Reef Research Centre Technical Report*, n. 50, 2004. Disponível em: <<http://rrrc.org.au/wp-content/uploads/2014/04/Technical-Report-50.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

LAWRENCE, David. *Managing parks/managing 'country': joint management of aboriginal owned protected areas in Australia*. Research Paper, n. 2, 1997. Disponível em: <http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/RP9697/97rp2>. Acesso em 15 ago. 2016.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Natureza e cultura: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes*. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

LITTLE, Paul. *Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil*: por uma antropologia da territorialidade. Brasília: UnB, 2002. (Série Antropologia, n. 322)

MULLER, Samantha. Towards decolonization of Australia's protected area management: the Nantawarrina indigenous protected area experience. *Australian Geographical Studies*, v. 41 n. 1, p. 29-43, mar. 2003.

OSHERENKO, Gail. Sharing power with native users: co-management regimes for Arctic wildlife. *Policy Paper*, n. 5, fev. 1988.

PORTER, Matt; MEYERS, Gary D. Indigenous joint management of national parks in Western Australia. *eLaw Journal: Murdoch University Electronic Journal of Law*, v. 15, n. 2, p. 262-274, jan. 2008. Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/277155859_Indigenous_Joint_Management_of_National_Parks_in_Western_Australia>. Acesso em: 15 ago. 2016.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SILVA, Maria do Socorro Ferreira da; SOUZA, Rosemeri Melo. Territórios protegidos e arenas de conflito nas unidades de conservação de uso sustentável em Sergipe, Brasil. *Scripta Nova: Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. Universidad de Barcelona. v. 17, n. 445, 20 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-445.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

SMYTH, Dermot. Joint management of national parks in Australia. In: BAKER, Richard; DAVIES, Jocelyn; YOUNG, Elspeth (Ed.). *Working on country: contemporary indigenous management of Australia's lands and coastal regions*. New York: Oxford University Press, 2001.

SUTTON, Peter. Kinds of rights in country: recognizing customary rights as incidents of native title. *National Native Title Tribunal Occasional Paper Series*, n. 2, 2001. Disponível em: <<http://www.nntt.gov.au/Information%20Publications/Kinds%20of%20rights%20in%20country.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

WALKER, Jane. *Processes for effective management: learning from Agencies and Warlpiri people involved in managing the Northern Tanami Indigenous Protected Area, Australia*. 2010, 392 f. Dissertação (Doutorado)–Charles Darwin University, Darwin, 2010. Disponível em: <http://www.nintione.com.au/resource/WalkerJ_ProcessesforEffectiveManagement_PhD.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.

WEARING, Stephen; HUYSKENS, Monique. Moving on from Joint Management Policy Regimes in Australian National Parks. *Current Issues in Tourism*, v. 4, n. 2, p. 182-209, 2001.

Compliance concorrencial

Cooperação regulatória na defesa da concorrência?

MARIO GOMES SCHAPIRO

SARAH MORGANNA MATOS MARINHO

Resumo: O *compliance* pode funcionar como alternativa com potencial de ampliar a “taxa de cumprimento” da lei antitruste. Para isso, é necessária a formação de um arranjo regulatório cooperativo e não predatório com a disciplina pública. Nas experiências bem-sucedidas, a relação entre a regulação concorrencial e a autorregulação privada é de mútuo reforço: o *compliance* é tanto mais efetivo, quanto mais crível for o *enforcement* regulatório; e este, por sua vez, é tanto mais eficaz quanto mais empresas internalizarem a cultura competitiva. Com base nesse referencial normativo, este trabalho avalia dois casos concretos: (i) as políticas internas de *compliance* concorrencial das empresas participantes do “clube das empreiteiras” – investigadas por organizar cartel nas licitações da Petrobras – e (ii) o sistema de compliance da Siemens. A comparação entre os casos sugere que o programa da Siemens é mais maduro que os programas das empresas brasileiras, o que tem correspondência no ambiente institucional.

Palavras-chave: *Compliance* Concorrencial. Cooperação Regulatória. Defesa da concorrência. “Clube das empreiteiras”. Siemens.

1. Introdução

Em 1996, numa reunião realizada no Ministério da Fazenda, empresários de três grandes companhias do setor siderúrgico – a CSN, a Usiminas e a Cosipa – apresentaram seus planos corporativos para gestores públicos, salientando a combinação que haviam feito para aumentar conjuntamente seus preços (ROESLER; SILVA, 2012, p. 34-36). O des-

fecho da história surpreendeu parte de seus protagonistas: as empresas foram condenadas por cartel, iniciando assim uma série de punições que passariam a ocorrer no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Anos depois, em 2011, a Siemens procurou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para relatar sua participação no cartel do metrô de São Paulo. A conduta anticompetitiva foi detectada internamente por seus programas de monitoramento e, como a empresa foi a primeira a denunciá-la, pôde celebrar um acordo de leniência, garantindo assim uma possível redução em suas penalidades.

Ambos os casos são narrativas de um cartel, mas há entre eles algo mais que a distância do tempo. Em 1996, a conduta tomada como adequada foi a exposta pelos empresários, que surpreenderam os gestores públicos com sua confissão desavisada. Em 2011, em razão do risco da condenação, delatar um cartel antes dos concorrentes passou a ser uma estratégia valiosa. Nesse ínterim, o que se passou foi uma mudança substantiva no ambiente regulatório brasileiro. Entre 1996 e 2011, não só o SBDC se consolidou como autoridade concorrencial crível, mas também promoveu um entendimento mais disseminado sobre os comportamentos concorrencialmente adequados. Se, de fato, há ainda um caminho a percorrer para que as atividades econômicas sejam orientadas por padrões internacionais de competição, é inegável que tem havido uma mudança de gradiente no ambiente de negócios do País. É nesse contexto que se pode refletir sobre possibilidades regulatórias complementares para a promoção da defesa da concorrência. Este é o caso do *compliance* concorrencial.

Seguindo o passo observado em outros campos do Direito, a defesa da concorrência parece também experimentar tecnologias disciplinares que podem levar a uma redistribuição dos papéis entre o Estado e as empresas. Nessa linha, o *compliance* concorrencial tem despontado como alternativa de controle num ambiente marcado desde sempre pelo monopólio estatal na aplicação das regras. Assim como tem ocorrido com os direitos humanos, o direito ambiental e, sobretudo, com o direito penal e o controle da corrupção, também o direito da concorrência tem indicado abertura para uma nova cadênciaria na incidência regulatória. Em todos esses campos, a centralidade da regulação pública tem sido compartilhada com iniciativas de governança corporativa, que atribuem às empresas e aos seus gestores uma responsabilidade ativa na identificação de condutas ilícitas e na reparação dos danos causados à coletividade¹.

¹ Nesse sentido, ver Lobel (2005) e Trubek e Trubek (2006).

O cenário, portanto, é favorável à promoção de dispositivos privados que resultem na prática de condutas em conformidade com “as regras do jogo”. Isso não significa, no entanto, que o jogo esteja decidido. A adoção de códigos de ética corporativa e de procedimentos internos de monitoramento e de controle, embora relevantes, precisam sustentar-se em atitudes empresariais realmente comprometidas com a legalidade. Só dessa maneira serão reais os ganhos de escala regulatória vislumbrados com o compartilhamento da disciplina concorrencial entre o Estado e as empresas.

O argumento deste trabalho é o de que, nas experiências bem-sucedidas, há uma efetiva relação de cooperação regulatória entre a disciplina pública da concorrência e a autorregulação privada. O *compliance* concorrencial é tanto mais efetivo quanto mais crível for o *enforcement* regulatório; e este, por sua vez, é tanto mais eficaz quanto mais empresas internalizarem a cultura competitiva. Este é um ponto relevante a ser observado, notadamente pelas autoridades do SBDC, que têm orientado seus esforços para promover uma política de estímulo ao *compliance* concorrencial.

Para explorar esse argumento, este trabalho contém três tópicos, além desta introdução e da conclusão. O primeiro tópico procura caracterizar o ambiente de ideias e de políticas que favorece a autorregulação corporativa como ferramenta complementar à disciplina pública da concorrência. No segundo tópico, a partir de parâmetros normativos, procura-se avaliar programas corporativos reais; analisa-se o caso das empresas brasileiras envolvidas no “clube das empreiteiras” – denunciadas por prática de cartel e investigadas pela Polícia Federal e pelo CADE – e o caso da Siemens, multinacional alemã que, a partir da primeira década deste século, se tornou parâmetro internacional de *compliance*. Com base nesses

insumos e no relato da experiência internacional, o terceiro tópico do artigo volta-se para a política pública, questionando qual papel as políticas de governo podem ter na promoção do *compliance* concorrencial.

2. A disciplina da concorrência em tempos de governança

A ideia de *compliance* tem lugar em um panorama da economia política marcado por dois vetores complementares. No lado das empresas, esse vetor diz respeito a padrões mais abrangentes de autorregulação privada, que ultrapassam os temas mais imediatos da relação entre a empresa e seus acionistas. Nessa linha, as regras e políticas de governança corporativa, que originalmente se orientavam para disciplinar a relação entre investidores e administradores, têm incluído propósitos mais amplos, condizentes com a maior responsabilização social que se atribui às empresas. Com isso, o modelo de governança corporativa direcionado para os acionistas, o modelo *shareholder-oriented*, parece abrir espaço para um arranjo capaz de administrar os múltiplos interesses que são afetados por uma companhia – um modelo *stakeholder-oriented*.²

Em conjunto com a autorregulação privada de escopo mais alargado, o segundo vetor desse panorama da economia política apresenta-se no lado da regulação pública. Para além da disciplina de casos e condutas, iniciativas regulatórias têm-se voltado também para a orientação de processos e de padrões. Trata-se de uma *metaregulação*, isto é, de uma atuação pública cujo propósito é o de estabelecer uma coordenação

² Para uma revisão de literatura sobre as tendências mais atuais em matéria de governança corporativa, ver Pargendler (2015).

regulatória, e não propriamente uma intervenção nos moldes de comando e controle incidente sobre agentes econômicos (COGLIANESE; MENDELSON, 2012, p. 146-168).

Os trabalhos de Sabel (2004, p. 27-43), Sabel e Reddy (2003), Ayres e Braithwaite (1992), Trubek e Trubek (2006) e Lobel (2005), entre outros, procuram qualificar esse modo de intervenção do Estado, que se constitui na disciplina de processos, e não de condutas. Nesse relato, são acompanhados por análises de pesquisadores europeus, como Bob Jessop (2002), que focalizam a passagem de um Estado de Bem-Estar Social, centrado no governo, para uma atuação pública assentada na governança. Esse também é o caso do trabalho seminal de Teubner (1983), que ainda nos anos 1980 reivindicava um modo de regulação reflexiva, isto é, uma *metarregulação* voltada para a combinação dos traços da regulação substantiva, desempenhada pelo Estado, com a autorregulação a cargo das empresas.

Compõem ainda essa linhagem os trabalhos dedicados a identificar novos tipos de Estados desenvolvimentistas. Sean O'Rian (2000, p. 165-166), num trabalho sobre o Estado desenvolvimentista irlandês, indica a confirmação de uma intervenção flexível, cuja característica é o estabelecimento de relações público-privadas menos hierárquicas e mais heterárquicas. Esse diagnóstico é compartilhado por Arbix e Martin (2010) e também por Trubek et al (2013, p. 28-64), que encontram evidências de um padrão alternativo de desenvolvimentismo na primeira década deste século, no Brasil. Nos termos de Arbix e Martin (2010, p. 4), estabeleceu-se nesse ensaio desenvolvimentista uma posição intermediária entre o fundamentalismo de mercado e a dominância estatal.

Embora posicionados em contextos acadêmicos diferentes, esses trabalhos têm como

traço comum a identificação de um padrão de intervenção estatal em que a forma e a finalidade da atuação pública são diferentes em comparação com o paradigma anterior, seja ele a regulação do *New Deal*, nos Estados Unidos, o *Welfare State* de bases keynesianas, na Europa continental, ou o desenvolvimentismo, na América Latina e no leste da Ásia. Em todas essas experiências, guardadas as diferenças de contexto, a regulação, entendida amplamente como intervenção estatal na economia, foi concebida por um formato unidirecional, que atribuía aos agentes públicos o comando e o controle do ambiente privado e das correspondentes condutas de seus agentes econômicos.

A intervenção pública foi assim concebida e implementada, no segundo pós-guerra, de modo vertical, de cima para baixo, assentada no pressuposto de que o regulador é capaz de estabelecer os meios e as metas a serem perseguidos pelos agentes sujeitos à sua disciplina. Nesse modelo regulatório, prevalece o que Sabel (2004) identifica como uma relação de tipo “agente” e “principal” entre o Estado e a sociedade. O Estado, na qualidade de representante do interesse público, coloca-se na posição de um onisciente “principal”, que articula prêmios e punições, e assim direciona o comportamento dos “agentes” para os fins previamente estabelecidos.

É numa chave alternativa a esta que se situa o *compliance* concorrencial. Mais que estabelecer regras de conduta e punições para as condutas consideradas anticompetitivas, o direito antitruste também pode promover a educação concorrencial e fomentar a adoção de procedimentos empresariais de prevenção e detecção de condutas ilícitas. No desempenho dessa atribuição, a autoridade concorrencial orienta sua intervenção para comunicar os comportamentos admitidos e não admitidos, e também para assinalar os requisitos a serem observa-

dos a fim de que os programas de *compliance* sejam efetivos. Com isso, há ganho potencial de escala regulatória: a “taxa de cumprimento” da legislação tende a aumentar, já que a seu favor se conjugam os esforços públicos e privados. As empresas, por sua vez, mediante regras próprias de governança corporativa, passam a ser atores ativos na implementação da política de defesa da concorrência. A tabela a seguir apresenta ambos os tipos regulatórios.

Quadro 1. Tipos de regulação

Tipo de racionalidade regulatória	Propósito da ação reguladora	Ferramentas de controle e de incentivo	Relação entre agentes públicos e privados
Regulação clássica	Comando e controle sobre o processo econômico	Controle e incentivos substitutivos da ordem de mercado	<i>Top down</i> Relação hierárquica (relação agente- principal)
<i>Metarregulação</i>	Estabelecimento de mecanismos de governança (constituição de ambientes sistêmicos de promoção da competitividade)	Controle e incentivos sintonizados com a rationalidade de mercado	Regulação interativa Relação heterárquica

A identificação de modos alternativos de regulação pública não implica, todavia, uma substituição transversal dos mecanismos de regulação clássica, os dispositivos de comando e controle, pela *metarregulação*. Como sugerem Trubek e Trubek (2006), há diversas possibilidades de relação institucional entre as iniciativas da *metarregulação* e os dispositivos da regulação econômica tradicional. Em alguns casos, estabelece-se entre ambos uma espécie de competição predatória, de modo que a opção por uma técnica regulatória exclui a possibilidade da outra. Há casos, no entanto, em que se estabelece uma relação de cooperação, em que ambas as alternativas se fortalecem mutuamente. Nesses casos, a regulação clássica e a *metarregulação*, associada à autorregulação, atuam em convergência de propósitos, ocorrendo entre elas um efeito de reforço mútuo.

Em particular no caso da disciplina da concorrência, as experiências bem-sucedidas indicam a relevância de uma relação de cooperação regulatória entre a disciplina pública da concorrência (regulação, comando e controle) e os dispositivos de meta e de autorregulação. Nesses casos, a promoção do *compliance* concorrencial e a sua internalização nas rotinas corporativas estão bastante apoiadas na credibilidade do *enforcement* regulatório desempenhado pelas agências públicas. Os programas corporativos, por sua vez, são efetivos e apresentam capacidade de prevenir condutas ilícitas. Todavia, nas experiências malsucedidas,

a promoção da metarregulação e da autorregulação ocorre a expensas da disciplina pública da concorrência. Isso pode acontecer se os incentivos públicos (metarregulação) de promoção do *compliance* (autorregulação) forem articulados de modo a restringir a capacidade de aplicação da lei (regulação clássica), favorecendo assim programas corporativos não efetivos. Entre outros, é o caso de descontos punitivos exagerados concedidos para empresas investigadas pelo simples fato de possuírem regras internas de automonitoramento. O resultado final pode ser uma redução na “taxa de cumprimento” da lei, ocasionada pela troca da regulação pública por programas corporativos meramente formais.

No último tópico, o trabalho retomará esse ponto, sugerindo que nas jurisdições mais experientes na investigação de ilícitos concorrenceis – como são as dos Estados Unidos e da União Europeia –, tem prevalecido uma cooperação regulatória. O departamento de justiça norte-americano (DOJ) e a Comissão Europeia articulam a promoção da educação concorrencial com uma aplicação severa da regra antitruste.

3. Estudos de caso: o “clube das empreiteiras” e a Siemens

Como assinalado, o *compliance* concorrencial pode ser entendido como dispositivo capaz de permitir uma regulação cooperativa entre autoridades públicas e agentes privados. Para isso, há duas dimensões complementares: a regulação estatal e os programas corporativos. Esta seção examina dois casos de programas corporativos, para avaliar as possibilidades dessa cooperação pelo lado das empresas. Primeiro, são analisados os mecanismos e políticas corporativas das companhias que for-

mavam o cartel das empreiteiras nas licitações da Petrobras – o chamado “clube das empreiteiras”. Em seguida, o trabalho volta-se para a Siemens, empresa que enfrentou sucessivas condenações pelas autoridades concorrenceis e desenvolveu um programa de *compliance* que se tornou referência.

Para a análise dos casos, o trabalho tem em conta um referencial normativo, constituído com base na literatura e nos guias de boas práticas na área (CCI, 2013; WEST, 2012; RILEY; SOKOL, 2015). De acordo com essa régua, os programas consistentes são aqueles que apresentam três elementos satisfatórios: (i) identificação adequada dos riscos e definição dos objetivos do *compliance*; (ii) governança do programa compatível com os riscos identificados; e (iii) códigos de condutas claros e concretos, ajustados para o tipo de prevenção pretendida.

Os objetivos dizem respeito aos propósitos do programa, isto é, ao tipo de prevenção específica que a política corporativa procura desenvolver. A governança corresponde ao órgão corporativo encarregado de sua implantação e gestão, o seu procedimento de atuação e os mecanismos disponíveis de monitoramento e de detecção das atividades ilícitas. Por fim, o código de condutas apresenta as atitudes autorizadas e as atitudes não autorizadas para funcionários e dirigentes de uma dada companhia.

3.1. O “clube das empreiteiras” e seus programas de *compliance*

No começo de 2015, a Setal Engenharia e Construções S.A. realizou um acordo de leniência com o CADE, em que reconheceu ter participado de um cartel nas licitações da Petrobras e apontou as demais empresas participantes do conluio (CADE, 2015a). Nos termos desse acordo de leniência, o cartel teria iniciado com a participação de nove empresas,

conhecidas como “clube das nove”. Eram elas: Camargo Correa, Construtora Andrade Gutierrez, Construtora Norberto Odebrecht, Mendes Junior Trading Engenharia, MPE Montagens e Projetos Especiais, Promon, Setal/SOG Óleo e Gás, Techint Engenharia e Construção e UTC Engenharia. No decorrer do tempo, outras companhias passaram a fazer parte do grupo: Construtora OAS, Engevix Engenharia, Galvão Engenharia, GDK, IESA, Queiroz Galvão e Skanska Brasil.³ Formava-se assim o que ficou conhecido como “clube das empreiteiras” (CADE, 2015a).

Como visão geral, os programas de *compliance* concorrencial dessas empresas são recentes. Com exceção da Promon, que declara contar com código de conduta desde 1970, as demais desenvolveram suas políticas corporativas em anos mais recentes. Este é o caso da Camargo Correa, que só adotou esse tipo de programa em 2012; também é o caso da Iesa e da Odebrecht, que adotaram regras e procedimentos internos de *compliance* em 2013. A OAS e a Galvão Engenharia estabeleceram programas de monitoramento concorrencial apenas em 2014. São, portanto, programas recentes e ainda em fase de maturação (CAMARGO CORREA, 2008; IESA, 2013; ODEBRECHT, 2013; OAS 201-; GRUPO GALVÃO, 2014).

Em relação ao tipo de regras que informa esses códigos, a maior parte apresenta referências genéricas, com alusões pouco concretas à legislação concorrencial. As empresas Camargo Correa, Odebrecht, Engevix, Queiroz Galvão e Skanska são exemplos desse tipo de programa de *compliance* assentado em regras gerais. Os códigos disponibilizados publicamente pelas companhias trazem apenas alusões genéricas em favor do livre mercado e do respeito à concorrência, não se verificando em nenhum desses casos regras claras que explicitem condutas admitidas e não admitidas (CAMARGO CORREA, 2008; ODEBRECHT, 2013; CÓDIGO, 200-; QUEIROZ GALVÃO, 2012; SKANSKA, 2008). A seguinte passagem das regras de *compliance* concorrencial disponibilizadas pelo grupo Odebrecht exemplifica o tom generalista do regramento:

As Empresas da Organização devem atuar em estrita observância às normas que visam preservar a natureza competitiva das concorrências públicas e privadas, sendo vedada qualquer prática ou ato que tenha por objetivo frustrar ou fraudar o caráter competitivo destes procedimentos (ODEBRECHT, 2013, p. 12-13).

³Outras sete empresas aparecem com participação esporádica na denúncia: Alumni Engenharia, Carioca Engenharia, Construcap CCPS Engenharia, Fidens Engenharia, Jaraguá Engenharia e Instalações Industriais, Schahin Engenharia e Tomé Engenharia. No entanto, trata-se de empresas menores, com pouca informação disponível ao público, tendo-se optado por não investigá-las nesse momento.

Além desse padrão majoritário, há empresas que apresentam regras de condutas mais concretas e, portanto, mais condizentes com o propósito de prevenir condutas anticompetitivas. Esse é o caso da UTC, que, de maneira mais taxativa, enumera práticas ilícitas do ponto de vista concorrencial. O texto a seguir, extraído do seu código de conduta, permite ilustrar a maior especificidade deste código de *compliance*, em relação ao tipo anterior:

A UTC tem o compromisso de cumprir com a legislação aplicável e as diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), incluindo, mas não se limitando, a: anticorrupção, prática de concorrência leal, não concordância com a pirataria, sonegação fiscal e contrabando, e suas operações devem estar em concordância com tais princípios. [...] Os Colaboradores:-Devem desenvolver as relações comerciais em observância às leis, às práticas legais de mercado e às normas nacionais e internacionais relativas à ordem econômica e defesa da concorrência. - Não devem realizar, exigir ou aceitar pagamento impróprio, duvidoso ou ilegal, com vista ao favorecimento e concessão de benefícios, privilégios ou vantagens que estejam em desacordo com a legislação e com relação às políticas e procedimentos internos da UTC. - Devem escolher e contratar Terceiros com base em critérios técnicos, profissionais e éticos. - Devem exercer concorrência livre e leal com as demais empresas atuantes no mesmo segmento. - Não devem divulgar informação que afete a imagem dos concorrentes ou contribuam para divulgação de informações inverídicas sobre eles, devendo o concorrente ser tratado com respeito. - Devem tratar as informações estratégicas de negócio da empresa com sigilo, sendo expressamente proibida a sua divulgação a qualquer pessoa e empresa que não integrem as relações comerciais da UTC. - Não devem permitir ou tolerar o ajuste prévio com empresas/pessoas parceiras ou concorrentes, visando à combinação de preços ou acordo com vistas à divisão de mercado ou formação de cartel. (UTC ENGENHARIA, 2015, p. 4-5).

Um terceiro grupo de cinco dessas empresas conta com regras concorrenenciais com parâmetros expressos para contratações públicas. Nesse caso, os códigos de conduta trazem regras, casos ou exemplos, que tratam especificamente das condutas competitivas no ambiente das contratações públicas e das licitações. A Andrade Gutierrez, a Galvão Engenharia, a Iesa, a Promon e a OAS são as empresas que contam com uma política com menção explícita à vedação de acordos com competidores em licitações públicas (ANDRADE GUTIERREZ, 2015?; GRUPO GALVÃO, 2014;IESA, 2013; PROMON, 1970; OAS, 2011)⁴. São, por-

⁴No caso da Galvão, é mantido um código de ética amplo com seção concorrencial genérica e uma política de conduta e integridade que veda explicitamente acordos com competidores em licitações públicas. Em relação à Iesa, é mantido apenas um código de conduta anticorrupção específico.

tanto, códigos mais consistentes porque estabelecem regras ajustadas ao tipo de risco concorrencial a que estas empresas estão expostas. As seguintes passagens, extraídas dos códigos de conduta da Andrade Gutierrez e da IESA, ilustram esse tipo de programa:

Seja no âmbito de concorrências privadas ou em relação a concorrências públicas, a Andrade Gutierrez e seus Colaboradores, não deverão realizar acordos com concorrentes para aumentar ou fixar preços, dividir um conjunto ou lotes de licitações ou de qualquer outra forma afetar ou manipular o resultado de processos competitivos de compras ou aquisição de serviços ou concessões (ANDRADE GUTIERREZ, 2015?, p. 14).

É vedada a qualquer colaborador da IESA Óleo & Gás S/A, inclusive qualquer representante que atue em nome da IESA Óleo & Gás S/A, a manutenção de contatos com concorrentes participantes de licitação, da qual a IESA Óleo & Gás S/A seja participante em qualquer grau, que tenham por objetivo diminuir, fraudar, frustrar ou acabar com a competição entre os concorrentes. A proposta realizada em licitação é sigilosa. É vedada sua divulgação a qualquer terceiro (em especial concorrente) que não seja colaborador da IESA Óleo & Gás S/A ou parceiro comercial no mesmo certame. É vedado a qualquer colaborador da IESA Óleo & Gás S/A manter contatos com concorrentes para a combinação de preços. É vedado a qualquer colaborador da IESA Óleo & Gás S/A manter contatos com concorrentes para a troca de informações privilegiadas, não públicas, que visem frustrar o caráter competitivo de uma licitação. É vedado qualquer contato com concorrente que tenha como fim determinar reserva de mercado (IESA, 2013, p. 9).

Por fim, há empresas que não têm qualquer regra de *compliance* concorrencial. São os casos da GDK, Techint, Mendes Júnior, MPE Montagens e a própria Setal (GDK, 2006; TECHINT ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO, 2016; MENDES JÚNIOR, 201-). A tabela a seguir resume os tipos de códigos de conduta.

Quadro 2. Tipos de Código de Compliance

Parâmetros concorrenenciais genéricos	Parâmetros concorrenenciais concretos	Parâmetros expressos para contratações públicas	Ausência de parâmetros concorrenenciais	Indisponibilidade do programa de compliance para livre consulta*
Camargo Correa; Odebrecht; Engevix; Queiroz Galvão; Skanska.	UTC.	Andrade Gutierrez; Galvão; Iesa; Promon; OAS.	Techint; GDK; Mendes Júnior.	Setal; MPE.

* Nos casos da OAS, da Engevix, da GDK e da Mendes Júnior, o código e as informações sobre a política de compliance não estavam disponíveis no website e foram encontrados após pesquisa com palavras-chave no Google.

Com relação à governança dos programas, a maioria das empresas apresentou uma governança interna, ou seja, contam com estruturas próprias para coordenar suas políticas de prevenção. Tais estruturas, no entanto, não são especializadas em *compliance* concorrencial; são departamentos das companhias dedicados aos diversos programas de *compliance* corporativo, tais como: corrupção, relações trabalhistas, meio ambiente e outros. Este é o caso das seguintes empresas: Camargo Correa, Andrade Gutierrez, Odebrecht, OAS, Engevix, Galvão Engenharia, Iesa, Mendes Júnior, Promon, Queiroz Galvão, UTC, Techint e Skanska (CARMARGO CORREA, 2008; ANDRADE GUTIERREZ, 2015?; ODEBRECHT, 2013; OAS, 201-; CÓDIGO, 200-; GRUPO GALVÃO, 2014;IESA, 2013; MENDES JUNIOR, 201-; PROMON, 1970; QUEIROZ GALVÃO, 2012; UTC ENGENHARIA, 2015; TECHINT ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO, 2016; SKANSKA, 2008).

Entre estas, a governança da Galvão, embora não especializada em infrações antitruste, é a que apresenta a configuração mais complexa. A empresa conta com um Comitê de Ética, que coordena as atividades relacionadas ao código e com um Comitê de Auditoria e Riscos, que tem a atribuição de avaliar ativamente qualquer tipo de risco a que o grupo esteja sujeito. Esse comitê é composto por um conselheiro de administração, um diretor e um membro da área de *compliance* da empresa. Por último, é prevista também uma auditoria interna periódica para a área de *compliance*, visando à preservação, à eficiência e à eficácia dos controles estabelecidos pela diretoria, por meio da emissão de relatório de conformidades e não conformidades (GRUPO GALVÃO, 2014).

Os elementos analisados sugerem que a maior parte das empresas do “clube das empreiteiras” não apresenta programa de *compliance* adequadamente ajustado aos riscos de infração a que estão expostas. No caso dessas empresas, dado seu modelo de negócios, os riscos dizem respeito às possibilidades de práticas anticompetitivas em licitações públicas, daí porque programas mais consistentes passariam por regras e mecanismos de governança atrelados a esse tipo de risco. Em sua maioria, as companhias contam com regras genéricas ou não apresentam regras para comportamentos antitrustes. Da mesma forma, as empresas contam com uma governança interna para administrar seus programas, mas não com uma governança especializada em prevenir infrações concorreciais.

É particularmente ilustrativa da defasagem de consistência de muitos desses programas a decisão recente do CADE sobre a Camargo Correia. Em 19 de agosto de 2015, a empresa firmou um Termo de Compromisso de Cessação (TCC) com o CADE, em que admitia sua participação no “clube das empreiteiras”. No TCC, um dos compromissos assumidos pela empresa foi a reformulação completa do seu pro-

grama de *compliance*, indicando assim que sua política interna, adotada em 2012, apresentava bases inadequadas para os riscos de infração a que a empresa estava exposta (CADE, 2015b).

3.2. O sistema de *compliance* da Siemens

A Siemens é uma multinacional alemã que, fundada em 1847, desenvolve atividades nos mais variados segmentos da economia, com foco em soluções tecnológicas e serviços de engenharia. As primeiras iniciativas da companhia para adotar um código de ética corporativa ocorreram em 1991.⁵ Esse era o momento em que a empresa consolidava a estratégia de tornar-se um importante *player* no mercado internacional, a partir da reorganização interna do seu grupo econômico.

Nos dez anos seguintes, o código de condutas foi reformado duas vezes. Primeiro, em 1998, para permitir ajustes pontuais. Em 2001, o código foi novamente reformado para adequá-lo às exigências da agência norte-americana de mercado de capitais, a *Securities and Exchange Commission* (SEC). Naquele ano, a Siemens promovia a listagem de seus papéis na bolsa de Nova York (NYSE) e as autoridades dos Estados Unidos exigiam a adoção de parâmetros específicos de *compliance* para as companhias abertas (COMPANY, 2007).

Anos depois, em 2006, a empresa iniciou novos esforços de reforma de seus protocolos de *compliance*, associados a inúmeros episódios de corrupção e práticas anticoncorrenciais. Um desses casos, em particular, demarca a mudança de comportamento da Siemens, que passou a perseguir regras e políticas in-

ternas orientadas para ampliar o espectro de prevenção contra atividades ilícitas. Trata-se de um caso de sonegação fiscal, investigado pelas autoridades de Munique, na Alemanha. No curso do processo, que resultou em condenação da companhia, a Siemens atuou como testemunha, cooperando assim com a investigação conduzida pela polícia e pelo Ministério Público (AUDIT, 2007). Ao final das investigações, a empresa decidiu assumir publicamente suas responsabilidades corporativas e não recorreu de sua condenação. Os funcionários envolvidos na fraude foram demandados judicialmente em uma ação que procurou reaver os valores que a empresa ofereceu ao fisco alemão como reparação: 168 milhões de euros (SIEMENS, granted..., 2009).

O episódio da condenação fiscal, associado também a outras acusações de fraude e de condutas ilícitas, impulsionou uma reforma abrangente de seu programa de *compliance*. Nesse percurso, ainda em 2006, na Siemens começou a atuar o *ombudsman de compliance*, isto é, um especialista externo encarregado de receber denúncias e dúvidas dos empregados e do público em geral relativas ao código de conduta da empresa.

Em 2007, a Siemens passou por mais uma reforma corporativa relevante, que envolveu uma reorganização interna e a mudança de seu corpo diretivo. A diretoria (*Managing Board*) passou por uma mudança organizacional e conta hoje com oito, em vez de onze diretores, sendo que um deles é especializado em assuntos jurídicos e de *compliance*. O comitê de auditoria interna da Siemens também teve suas atribuições reajustadas, passando a se chamar *Corporate Internal Audit* e a incorporar todas as funções de auditoria interna, que antes se encontravam dispersas. Foram ainda contratados, para a posição de *Chief Compliance Officer* (CCO) e para cargos exe-

⁵Essa informação é apresentada pelo sistema de comunicação com o público externo, na seção de “press releases” do website global da Siemens. Disponível em: <<http://www.siemens.com/press/en/pressrelease/index.php>>. Acesso em: 9.set.2015.

cutivos de auditoria, novos executivos com experiência em assuntos de governança corporativa nos Estados Unidos e na Inglaterra (SIEMENS, 2013).

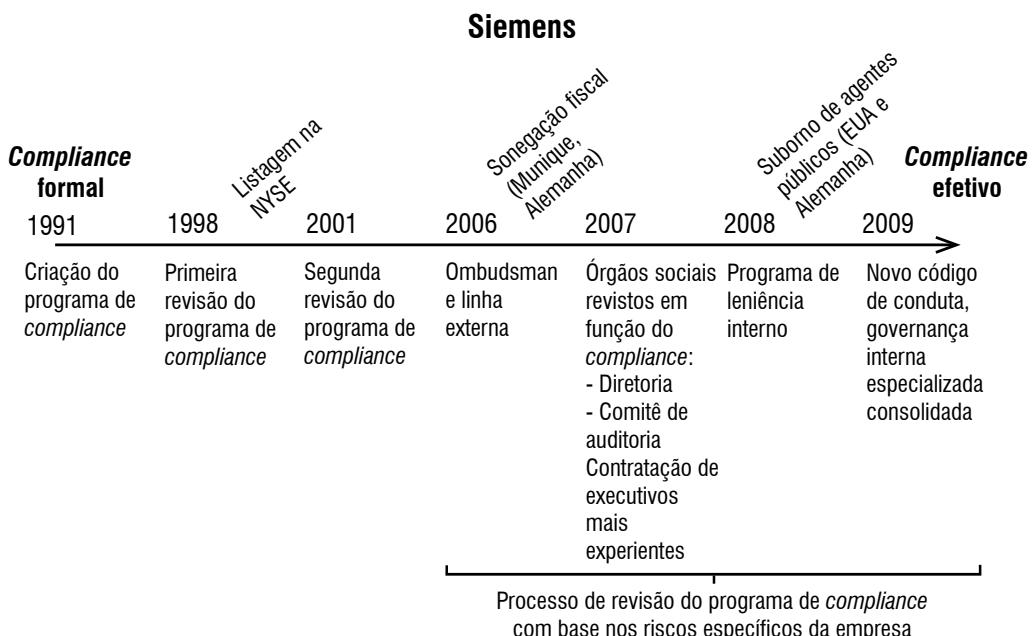
Reagindo a novas condenações concorrentiais no âmbito da Comissão Europeia, a empresa promoveu novas alterações em 2008, quando instituiu um programa de leniência interno para incentivar seus funcionários a delatarem práticas ilícitas. Aos funcionários delatores foi garantida a não punição interna pela realização de denúncias úteis (SIEMENS, AG, 2008).

Nessa sequência iniciada em 2006, o último caso grave de violação legal na qual a Siemens se envolveu foram as alegações de suborno de agentes públicos na Alemanha e nos Estados Unidos, casos que se resolveram por meio de acordos com as autoridades investigativas em ambos os países no final de 2008. Nos Estados Unidos, a multa aplicada foi o equiva-

lente a 270 milhões de euros e a multa aplicada na Alemanha atingiu a cifra de 395 milhões de euros. O Departamento de Justiça dos EUA (DOJ) exigiu ainda que a Siemens mantivesse um monitor externo de *compliance*, indicado pelo próprio DOJ. Este órgão ainda é mantido na atual organização de empresa (SIEMENS, 2009, 2013).

A partir de então, a companhia deu início a uma terceira fase de seu programa de *compliance*. As investigações internas e os pedidos de reparação a funcionários que cometem atos ilícitos continuaram a ser relatados ao público, quando se lançou um novo código de conduta, reformado em 2009 (SIEMENS, 2013). A linha do tempo a seguir demarca a transição do *compliance* da empresa, desde um programa meramente formal para um programa mais efetivo. O gráfico sugere ainda que as reformas foram precedidas de condenações significativas.

Quadro 3. Linha do Tempo – Siemens



Especificamente no caso dos parâmetros de comportamento concorrencial, o código apresenta uma linguagem concreta e baseada em exemplos, que tendem a favorecer a aprendizagem por parte de funcionários sem formação jurídica. Esse texto também é disponibilizado no momento da contratação para todos os agentes com quem a empresa mantém relação comercial. O texto a seguir é uma passagem exemplificativa dos parâmetros regulatórios concretos e específicos, que incorporam os riscos a que a companhia está exposta:

Here are examples of the types of behavior that can lead to a violation of anti-trust laws. Employees may not:

- talk to competitors about prices, output, capacities, sales, bids, profits, profit margins, costs, methods of distribution or any other parameter that determines or influences the Company's competitive behavior with the aim to solicit parallel behavior from the competitor,
- enter into an agreement with a competitor not to compete, to restrict dealings with suppliers, to submit bogus offers for bidding or to divide up customers, markets, territories or production programs,
- have any influence on the resale prices charged by our purchasers, or attempt to make them restrict the export or import of goods supplied by Siemens (SIEMENS, 2013, p. 8).

Quanto à sua governança, o programa estabelecido desde 2009 é sistema constituído como um complexo organizacional, em que diferentes políticas e etapas são integradas numa gestão com diversas frentes de atuação. Há três pilares fundamentais que o organizam: (i) a prevenção; (ii) a detecção; e (iii) a reação.

No âmbito da prevenção, o código de condutas apresenta regras claras que põem os altos executivos no papel de protagonistas para a proliferação da cultura de *compliance* entre os subordinados. Logo no início, o código estabelece quatro deveres para os administrado-

res do alto escalão. O primeiro é o dever de bem selecionar (*Duty of selection*), que exige do gestor a realização de um minucioso processo de verificação de antecedentes antes de contratar novos funcionários. Além dele, há o dever de instruir (*Duty to give instructions*), segundo o qual o administrador deve ter plena consciência do sistema de *compliance*, para bem orientar seus subordinados quando estes tiverem dúvidas. Há ainda o dever de monitorar (*Duty of monitoring*), que exige a proatividade do gestor para identificar condutas antiéticas no seu setor. Finalmente, o código de conduta prevê o dever de comunicar (*Duty of communication*), pelo qual os administradores devem manter seu setor atualizado sobre mudanças no sistema de *compliance*. A boa condução da política de *compliance* no seu setor é um fator levado em consideração para promoção dos executivos de alto escalão (SIEMENS, 2013).

Ainda como medida de prevenção, o programa mantém um setor de Análise de Risco de *Compliance* (*Compliance Risk Assessment*) para auditar todas as operações e contratos em negociação. Há alusão também a uma rede interna de treinamento por meio da qual se oferece um curso básico para funcionários ingressantes, um curso específico para executivos e cursos regulares de reciclagem em áreas mais sensíveis a condutas antiéticas, como os setores de vendas, por exemplo. Cursos diferentes são elaborados para os diversos setores das empresas do grupo, a depender do tipo de atividade que os funcionários executam. Anualmente, é organizado o Diálogo Anual de Integridade (*Annual Integrity Dialog*), no qual o sistema de *compliance* é discutido entre os gerentes e os seus subordinados com o objetivo de realizar um balanço de sua execução. Todas as unidades de negócios da Siemens contam com um escritório de *compliance* (*Compliance*

Officer) ao qual os funcionários também podem recorrer em caso de dúvida ou denúncia⁶.

No âmbito da detecção, a Siemens conta com múltiplos veículos de realização de denúncias e um foro específico para investigação. Os gerentes, os escritórios de *compliance* e os diretores, nas unidades aplicáveis, devem receber as denúncias e evitar qualquer tipo de retaliação aos denunciantes de boa-fé, inclusive mantendo seu anonimato, se assim for solicitado. Para garantir o anonimato e viabilizar denúncias externas, a empresa apresenta uma linha de comunicação (*Tell Us*) e mantém também um *ombudsman*. As denúncias mais relevantes, após filtros realizados pelos departamentos de apoio, são concentradas e processadas pelo CCO e seu parecer é automaticamente revisado por diferentes membros da organização de *compliance* do grupo⁷.

Tal sistema conta também com um programa de monitoramento, a cargo do *Compliance Audit Department*, cuja atribuição é apresentar relatórios periódicos para o setor de auditoria interno da empresa (*Corporate Internal Audit*). Sua atuação é complementada por uma rede de departamentos presente em todo o mundo, cuja finalidade é permitir a conformação de um sistema de detecção global. As investigações de casos mais graves, no entanto, são processadas de forma centralizada pelo CCO.

Por último, no âmbito da reação às violações detectadas, o sistema da Siemens prevê dois tipos principais de ação: a sanção para funcionários que violam seu código e a revisão da própria política. As sanções são definidas e atualizadas por três órgãos: (i) o Comitê Disciplinar Corporativo (*Corporate Disciplinary Committee*)⁸, com auxílio do (ii) Departamento de Recursos Humanos (*Corporate Human Resources*), e (iii) do Departamento Jurídico (*Legal Department*). Os casos investigados e as penalidades aplicadas são reportados nos relatórios corporativos da empresa, inclusive no seu relatório anual. A revisão das políticas corporativas, por sua vez, pode resultar da detecção de uma violação, na hipótese em que seja diagnosticada alguma vulnerabilidade do sistema de *compliance*⁹.

Em 2013, o sistema interno da empresa divulgou a detecção de mais uma conduta ilícita, em caso ocorrido no Brasil. No seu relatório anual

⁶ Informações disponíveis em: <<http://www.siemens.com/about/sustainability/en/core-topics/compliance/system/prevent.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

⁷ Informações disponíveis em: <<http://www.siemens.com/about/sustainability/en/core-topics/compliance/system/detect.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

⁸ O próprio Comitê Disciplinar Corporativo é formado por membros do Departamento de Recursos Humanos e do Departamento Jurídico.

⁹ Informações disponíveis em: <<http://www.siemens.com/about/sustainability/en/core-topics/compliance/system/respond.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

de 2013, a Siemens indica ter realizado denúncia ao CADE sobre o “cartel do metrô” (SIEMENS, 2014). Em função desse episódio, a Siemens admite ainda estar com seu direito de participação em licitações públicas suspenso em São Paulo e em Brasília, por decisão judicial de segunda instância. Como consequência de seus sistemas internos, o CEO brasileiro foi demitido, antes ainda de o caso se tornar público. Nas palavras da nota reproduzida na imprensa em outubro de 2011:

Internal *compliance* investigation recently revealed that a serious violation of Siemens guidelines occurred within Siemens Brazil prior to 2007. Siemens has no-tolerance policy for *compliance* violations. The company stands for clean business everywhere and at all times. The internal investigations in the case are continuing (SIEMENS, 2011, p.1).

Dante desse caso, que se soma a vários outros ocorridos em anos anteriores, há duas interpretações possíveis sobre o programa de *compliance* da empresa. A primeira delas é de que se trata de um caso de fracasso. Nessa leitura, a despeito de sua longeva existência, iniciada em 1991 e com reformas substanciais em três oportunidades – 2001, 2006 e 2009 –, a empresa continua a se envolver em atividades ilícitas, como no caso do “cartel do metrô” em São Paulo. Outra leitura, menos pessimista, indicaria que o caso Siemens revela uma trajetória de aprendizado institucional, marcado pelo diagnóstico de problemas e pela tentativa de correção dos desvios, tanto das condutas, como dos protocolos de autorregulação.

Nessa perspectiva, o *compliance* dificilmente evitará por completo a ocorrência de atividades ilícitas, mas pode contribuir para mitigar a extensão dos casos e para permitir respostas mais céleres. Se for esse o caso, o *compliance* pode favorecer os interesses públi-

cos, relativos à redução das fraudes, e também o interesse privado dos acionistas, que podem sofrer impactos menores se a atuação corporativa for hábil em colaborar com as autoridades e assim reduzir as penalidades decorrentes de sua conduta.

O caso do metrô de São Paulo parece situar-se no segundo caso. Foi a empresa que detectou a fraude, materializada na organização de um cartel, e a partir daí empreendeu atitudes colaborativas com o público e com seus acionistas. Primeiro, diante dos indícios de violação; e, antes mesmo de ter reunido evidências suficientes para realizar a denúncia, demitiu seu CEO no Brasil. Em seguida, procurou o SBDC e apresentou material capaz de auxiliar as investigações da própria empresa e dos demais participantes do cartel. Com isso, pôde valer-se dos benefícios da leniência, o que é positivo para seus investidores.

3.3. Visão geral

As empresas brasileiras analisadas apresentam, na maior parte dos casos, programas deficientes de *compliance*. A linguagem dos códigos é recorrentemente genérica ou protocolar. Ressalte-se que apenas a Queiroz Galvão prevê a realização de treinamento de *compliance* com os funcionários, mas voltado apenas para a compreensão específica dos aspectos anticorrupção. As estruturas de governança mostram-se pouco adequadas, mesmo nas empresas que demonstraram adotar parâmetros concorrenciais específicos para contratações públicas, o que pode dificultar a implantação dos seus programas. A única possível exceção seria a Galvão Engenharia.

Nesse sentido, o contraste com a Siemens é bastante evidente. Até 2006, as evidências demonstram que o programa da multinacional se resumia a um código de condutas baseado

em parâmetros genéricos. A partir de então, contudo, a alta administração da Siemens deparou-se com reiterados casos de condenação e iniciou esforços para aperfeiçoar seu sistema de *compliance*. Tal aperfeiçoamento contou com um investimento intenso em processos e pessoas, que resultou num sistema multifacetado, com diversos órgãos e procedimentos. Fez parte desse movimento a substituição dos administradores de alto escalão, que deram lugar a profissionais mais experientes para lidar com os riscos próprios da empresa e as suas necessidades de prevenção.

Por fim, a diferença dos mecanismos de autorregulação entre a empresa alemã e as brasileiras tem também correspondência no ambiente regulatório. O programa da Siemens é resultado de um processo longo de sucessivas punições que acarretou diversas reformas e um programa mais robusto.

4. Cooperação ou predação regulatória?

Este trabalho procura avaliar as possibilidades institucionais para que o *compliance* represente uma efetiva cooperação regulatória na defesa da concorrência. Para isso, como já assinalado, os dispositivos da regulação estatal, os mecanismos da metarregulação e os programas de autorregulação precisam apresentar convergência de seus propósitos e de seus meios de atuação. Se prevalecer uma competição entre esses instrumentos, a cooperação dará lugar à predação e as possibilidades de autorreforço tendem a dissipar-se. O alcance da cooperação, porém, não é trivial. Depende de uma conjugação de iniciativas entre Estado e empresas. Às empresas compete o papel de desenvolver programas de governança corporativa críveis e consistentes; ao Estado

cabe o equilíbrio delicado entre a regulação e a metarregulação, ou seja, entre o *enforcement* punitivo e promoção de iniciativas de conformidade com as regras.

O alcance desse equilíbrio e dos benefícios da cooperação regulatória é ainda mais difícil no Brasil, onde a afirmação da defesa da concorrência é uma variável recente. Em conformidade com tal quadro, a análise do *compliance* das empresas do “clube das empreiteiras” indica que se trata de programas com problemas de consistência.

Tendo isso em conta, esta seção procura avaliar o papel do Estado na obtenção desse equilíbrio cooperativo. Com base nas políticas de metarregulação adotadas pelas duas mais relevantes jurisdições concorrenciais, a norte-americana e a europeia, procura-se avaliar que papéis a política pública pode desempenhar para promover a cooperação regulatória. Em outras palavras, procura-se avaliar que tipos de iniciativa pública poderiam funcionar como bons incentivos para as empresas brasileiras desenvolverem regras de governança corporativa mais ajustadas aos propósitos da defesa da concorrência.

4.1. As experiências do DOJ e da Comissão Europeia

O DOJ e a Comissão Europeia para a Concorrência, principais autoridades antitruste no âmbito internacional, apresentam políticas indiretas de promoção do *compliance*¹⁰. A forma utilizada para difundi-lo consiste numa combinação da regulação pública, por meio de

¹⁰ Daniel Sokol (2012) avalia as autoridades antitruste norte-americana e europeia como as principais no âmbito internacional e considera que elas não necessariamente apresentam medidas de incentivo positivo ao *compliance*, por não abrirem possibilidade de desconto punitivo ligado à presença de um programa interno. Os resultados deste trabalho enfrentam essa conclusão.

enforcement concorrencial rigoroso, com a promoção de medidas paralelas, tais como a concessão de benefícios quase implícitos no curso dos processos condenatórios e o fomento da educação concorrencial. Ambas as autoridades apresentam informações ou guias que procuram esclarecer os agentes econômicos sobre que condutas estão em conformidade com a lei da concorrência e quais são as potencialmente reprováveis.

Com isso, o DOJ e a Comissão Europeia procuram conjugar a ameaça permanente da punição, com medidas que facilitem a adoção de mecanismos de prevenção e de detecção prematura das condutas desviantes. A seguinte passagem de Riley e Sokol confirma a postura re-fratária do DOJ (e da Comissão Europeia) em conceder descontos de punição na condenação de empresas pelo simples fato de apresentarem programas de *compliance*:

The two most important jurisdictions, the United States and the European Commission do not offer such positive incentives for antitrust *compliance* efforts. Instead, both DOJ Antitrust and DG Competition use a strict liability regime framework for cartel enforcement. The mere fact that a company comes forward to the authorities with evidence of a cartel infringement is *prima facie* evidence of a “failed” *compliance* program. This is a strict liability legal theory. Such thinking has been challenged. Adopting a strict liability approach is arguably not socially optimal with regard to entity liability and punishment. It also puts antitrust out of sync with other areas of enforcement (RILEY; SOKOL, 2015, p. 15).

Particularmente em relação aos cartéis, a postura do DOJ é a de aplicar sanções com o máximo rigor. A política adotada pelo órgão funda-se em três pilares fundamentais: (i) indicar a severidade da punição, que vai desde elevadas multas às empresas até penas de detenção para os executivos e funcionários envolvidos; (ii) incutir o receio do potencial participante do cartel em ser capturado, que se funda na efetiva punição dos infratores descobertos; e (iii) dar transparência às decisões da autoridade pública no ato de estabelecer os parâmetros definidores da habilitação para o benefício da imunidade (leniência) e fixá-los nos casos concretos¹¹.

No entanto, a despeito do que possa parecer, a autoridade norte-americana considera-se uma entusiasta do *compliance* concorrencial. Se, por um lado, não promove diretamente os programas corporativos por meio de descontos punitivos e procura favorecer medidas duras de

¹¹Nesse sentido, a palestra do ex-procurador geral adjunto do DOJ Antitrust (HAMMOND, 2010).

enforcement, notadamente para cartéis, por outro lado, adota programas educacionais e benefícios indiretos orientados para amplificar o cumprimento da lei. Nessa linha, uma das sanções aplicadas para ilícitos concorrenciais é a exigência de que as empresas condenadas adotem programas de *compliance*.

Além disso, o DOJ pode conceder benefícios residuais para as empresas que apresentam programas críveis em seus processos condenatórios. O órgão costuma impor inúmeras condições para que uma empresa condenada ultrapasse uma espécie de estágio probatório (*probation*) e se torne completamente reabilitada de sua condição de infratora. Entre essas condições, destacam-se as seguintes: a realocação interna de funcionários condenados em posições não gerenciais e a implantação, às suas custas, de um setor interno de fiscalização concorrencial, com um monitor indicado pelo departamento antitruste¹². Se, contudo, a empresa proativamente revisar sua política interna de *compliance*, a autoridade antitruste pode chegar a não aplicar o período de *probation* ou a exigência de um monitor externo de *compliance*. Essa possibilidade pode reduzir consideravelmente os custos da empresa decorrentes da sua condenação. O DOJ afirma ainda estar avaliando a possibilidade de que uma postura proativa de revisão interna implique a redução da multa aplicada à empresa condenada, o que atualmente não ocorre (SNYDER, 2014); isto é, está analisando a conveniência e a oportunidade de adotar descontos punitivos para empresas que apresentem programas de *compliance*.

A política de repressão a práticas antitruste da Comissão Europeia é inspirada no modelo dos Estados Unidos. A autoridade europeia também aposta no *enforcement* antitruste e nos benefícios indiretos como os principais indutores de um programa de *compliance*. Assim como nos Estados Unidos, a mera existência de um programa corporativo não é condição objetiva para que uma empresa obtenha descontos punitivos em processos condenatórios. Ainda assim, a Comissão Europeia considera-se uma promotora do *compliance* interno, mantendo inclusiva uma seção específica na sua página na internet sobre a temática, na qual discursos oficiais e um manual sobre a importância do *compliance* podem ser encontrados¹³.

No seu manual sobre a importância do *compliance*, a Comissão Europeia é mais minuciosa que o DOJ ao orientar as empresas na elabora-

¹² A manutenção de um monitor externo de *compliance* é medida nova de reabilitação das empresas e só havia sido aplicada pelo DOJ uma vez até setembro de 2014, conforme indicado pelo procurador geral adjunto (SNYDER, 2014).

¹³ Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/index_en.html>.

ção das suas políticas internas. O manual pontua a utilidade do *compliance*, indicando que a sua adoção pode ser vantajosa para as empresas, em particular, por três razões principais: (i) por permitir às empresas alertar a União Europeia sobre concorrentes que estejam promovendo práticas antitruste; (ii) por permitir a detecção de uma infração interna cedo, o que torna possível realizar a primeira delação; e (iii) por permitir à empresa beneficiar-se da reparação de dano que um eventual concorrente desleal lhe tenha causado (COMISSÃO EUROPEIA, 2012, p. 6).

Nos termos do guia da Comissão Europeia, o comprometimento com os padrões éticos de conduta deve partir do alto escalão da empresa. Os executivos devem assumir a função de disseminar a cultura concorrencial entre os demais funcionários. *Workshops* sobre *compliance* e a realização de avaliações internas com os empregados também são sugeridos, assinalando ainda que os ocupantes de cargos gerenciais não se devem furtar da participação em tais atividades. O guia pontua também que os mecanismos internos de recebimento de denúncia e investigação devem ser claramente estabelecidos. Processos de revisão interna para ocasiões de falha ou sugestão de aprimoramento e auditorias externas são expressamente recomendados (COMISSÃO EUROPEIA, 2012).

Finalmente, em relação a conceder benefícios diretos, na forma de descontos punitivos para empresas que apresentem programas de *compliance*, como forma de incentivar a sua difusão, a autoridade europeia é ainda mais inflexível que a norte-americana. Ao contrário do DOJ, que afirmou estar em fase de avaliação da conveniência de considerar a política de *compliance* um fator de redução das multas, a Comissão Europeia é taxativa ao rejeitar tal possibilidade:

Although all *compliance* efforts are welcomed, the mere existence of a *compliance* programme is not enough to counter the finding of an infringement of competition rules — companies and their employees must, in fact, comply. If a company which has put a *compliance* programme in place is nevertheless found to have committed an infringement of EU competition rules, the question of whether there is any positive impact on the level of fines frequently arises. The answer is: No (COMISSÃO EUROPEIA, 2012, p. 21).

Como um balanço dos programas, pode-se dizer que as duas principais autoridades concorrenciais do mundo são entusiastas do *compliance*. Entretanto, tanto o DOJ como a Comissão Europeia têm-se mostrado céticos quanto à possibilidade de oferecer incentivos diretos, como descontos punitivos, para a promoção de tais medidas. Embora as autoridades identifiquem no *compliance* um aliado potencial para mitigar as condutas anticompetitivas e atuem de modo a incentivar a sua profusão, inclusive apresentando guias e parâmetros claros para fomentar a educação concorrencial, evitam substituir o *enforcement* público pela autorregulação privada. Isso fica evidente quando ambas as jurisdições rejeitam a possibilidade de premiar empresas pelo simples fato de contarem com programas internos de prevenção.

4.2. As lições para o SBDC

O CADE apresentou em 2015 uma proposta de política para incentivar o *compliance* concorrencial. A política está ancorada num guia de boas práticas, cujo propósito é balizar a confecção de programas corporativos de monitoramento e de controle das condutas concorrenenciais. Antes de seu lançamento oficial, a autoridade submeteu o guia ao debate público,

a fim de colher a posição dos interessados e assim alinhar o documento com as condições apresentadas pelo ambiente de negócios.

A análise da proposta de guia do CADE sugere que a autoridade concorrencial pretende fomentar um modelo de autorregulação privada que seja complementar à regulação pública, buscando assim a cooperação regulatória. Os objetivos do documento apontam para a intenção de que o *compliance* não seja uma ferramenta que venha a substituir a disciplina pública da concorrência. Ao contrário disso, a minuta veiculada procura ser bastante clara em assinalar que os mecanismos relativos à governança corporativa têm como pressuposto a aplicação da regra concorrencial pelo SBDC. Em outros termos, a proposta de promover o *compliance* está assentada na certeza do *enforcement* antitruste pelo CADE.

Esse entendimento encontra respaldo no estudo dos casos acima apresentados. Uma variável decisiva associada à diferença qualitativa entre os programas de *compliance* das empresas é a ameaça real desempenhada pelas jurisdições concorrenceis. Essa é uma questão bastante evidente na trajetória da Siemens, cujo programa de *compliance* foi reforçado em razão das condenações sofridas pela empresa no decorrer da primeira década deste século. No caso das empreiteiras brasileiras, constata-se que boa parte dos seus programas apresentam inconsistências e são também recentes, tendo sido constituídos nos últimos anos, refletindo possivelmente o aumento da intensidade das punições do CADE. A trajetória recente do SBDC contou com movimentos institucionais e escolhas políticas que amplificaram a capacidade de *enforcement* da legislação antitruste, gerando impacto sobre as condutas empresariais.

A essas medidas iniciais estabelecidas ainda sob a vigência da Lei nº 8.884/1994 somaram-se às possibilidades institucionais trazidas pela reformulação do SBDC, com a Lei nº 12.529/2011. Desse modo, a definição de um guia para o *compliance* corporativo pode representar um passo adicional no sentido de amplificar a “taxa de conformidade” das condutas empresariais em relação à lei.

Como assinalado, a promoção do *compliance*, se adequada, configura uma relação de cooperação regulatória, instituindo um círculo virtuoso: os agentes econômicos passam a desempenhar condutas em conformidade com a lei e, com isso, aumentam o *enforcement* regulatório, o qual, por sua vez, estimula a adoção de mais condutas em sintonia com a legislação. No entanto, se houver erros de calibragem na adoção dos estímulos, o cenário de cooperação regulatória pode desfazer-se e dar margem a um panorama de predação regulatória. Nesse caso, em vez de estabelecerem um círculo virtuoso entre a regulação e a autorregulação, incentivos descalibrados acabam por favorecer mecanismos de governança corporativa, mas em detrimento do *enforcement* regulatório.

Esse é um risco que pode resultar da concessão de benefícios diretos, na forma de descontos punitivos para empresas que detêm programas de *compliance*. Em razão da dificuldade de avaliar a consistência de um programa que falhou, dado que houve a prática do ilícito, reduções exageradas de pena podem significar um contraincentivo, fomentando programas de fachada – só desenhados para colher benefícios regulatórios. A minuta de guia apresentada pelo CADE é sensível a esse risco, tanto que pontua expressamente a relevância do *enforcement* e assinala o que entende serem programas de fachada:

Uma preocupação recorrente quando se discute *compliance* consiste na criação de programas que não constituam programas “de fachada” (criados apenas para simular um interesse em comprometimento, também conhecidos como *sham programs*). A mera adoção formal de um programa não significa que a empresa esteja efetivamente preocupada com o cumprimento da LDC ou que esse programa seja eficaz. (CADE, 2015c, p. 15).

A proposta do CADE, todavia, admite a possibilidade de haver benefícios punitivos para empresas que apresentem programas robustos de *compliance*. Esse benefício pode ser concedido como uma manifestação de boa-fé, que é um dos elementos considerados na dosimetria da pena, nos termos do art. 45 da Lei nº 12.529/2011. A seguinte passagem do documento resume a proposta do CADE:

Apesar de, como visto, um programa de *compliance* não ser suficiente para afastar a possibilidade de imposição de penalidades pelo Cade, em algumas situações ele pode impactar favoravelmente a determinação dessas penalidades, afastando, por exemplo, certas proibições ou até mesmo reduzindo o valor da multa aplicável. Isso porque, ao aplicar as penalidades previstas na LDC, o Tribunal do Cade deve levar em consideração, segundo o art. 45, fatores como a boa-fé do infrator; o grau de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros; os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; e a reincidência. A adoção de um programa de *compliance* robusto, com medidas de controle de danos, que atenda aos requisitos expostos na seção 3.2 acima, pode ser considerada evidência da boa-fé da empresa infratora e da redução dos efeitos econômicos negativos da prática ilícita no mercado. Por conta disso, é perfeitamente possível que o Tribunal enquadre o programa de *compliance* como uma evidência de boa-fé e o configure como uma atenuante no cálculo da multa, reduzindo-a. Ademais, programas com essas características tendem a reduzir o risco de reincidência – que faz com que a multa aplicável seja dobrada pelo Cade (CADE, 2015c, p. 41).

A inclusão desse benefício não é em si um problema, mas a sua administração requer cuidado. Por estar incluído no âmbito da boa-fé, pode-se entender esse desconto punitivo como a explicitação de uma

interpretação dessa cláusula, que geralmente é ambígua e polissêmica. Limitado a tal possibilidade, como pontua a minuta de guia, o desconto pode ser manejado para incentivar empresas que tiveram falhas concorrenciais a manter boas práticas. Contudo, se o *law in action* – isto é, a atuação efetiva – deste dispositivo for manejado de forma não cuidadosa, sua previsão pode significar um efeito contraproducente não só com os propósitos do guia, como também com a trajetória de credibilidade regulatória firmada até então.

É verdade que os países apresentam variações institucionais, o que, aliás, explica inúmeros fracassos de transplantes institucionais, e sugere que a definição de políticas deve atentar para as particularidades locais. No caso brasileiro, há desafios de *enforcement* e muitos deles são representados pela atuação judicial, que costuma ser excessivamente lenta e muitas vezes presa a raciocínios formalistas incompatíveis com áreas de interface direta com primados econômicos, como é o caso da defesa da concorrência. Esses fatores impõem uma ponderação ao se comparar o caso brasileiro com o norte-americano ou o europeu. Naqueles ambientes, a autoridade concorrencial pode assumir quase como um dado a aplicação tempestiva das regras e das sanções e, por isso, não precisa desenvolver estratégias alternativas de promoção do *compliance*. A situação do SBDC é um pouco diferente. O sucesso de sua jurisdição tem contado com a utilização de expedientes que evitem o custo judiciário.

O *compliance* pode seguir o mesmo caminho. Nesse caso, no entanto, dado o risco dos contraincentivos e a posição marcada pelas principais jurisdições internacionais em não conceder descontos punitivos, o êxito da proposta vai depender de uma gestão cuidadosa e de um monitoramento permanente de seus resultados. Assim como ocorre nas políticas de metarregulação, pode ser relevante para o CADE estabelecer um protocolo de monitoramento de seu programa de *compliance*, elegendo para isso parâmetros (*benchmarks*) e estabelecendo uma rotina de avaliação e revisão de suas orientações sobre os custos e os benefícios dos incentivos estipulados.

5. Considerações finais

Este trabalho procurou discutir o *compliance* concorrencial como alternativa regulatória capaz de ampliar a “taxa de cumprimento” da lei antitruste no Brasil. Nas experiências bem-sucedidas, a relação entre a disciplina pública da concorrência e a autorregulação privada é de mútuo reforço: o *compliance* concorrencial é tanto mais efetivo quanto mais crível for o *enforcement* regulatório; e este, por sua vez, é tanto mais efí-

caz quanto mais empresas internalizarem a cultura competitiva. Em um arranjo predatório, dá-se o inverso: a autorregulação é estabelecida em detrimento da regulação pública e o resultado é uma potencial redução do *enforcement* concorrencial.

No caso brasileiro, a julgar pelo caso representativo das empresas envolvidas no “clube das empreiteiras”, a autorregulação corporativa é ainda incipiente. Nesse cenário, a atuação do CADE precisa ser cuidadosa. Se apostar precipitadamente em expedientes de metarregulação, deslocando sua capacidade punitiva, pode obstar a capacidade de uma cooperação regulatória que resulte na difusão do cumprimento da regra.

Sobre os autores

Mario Gomes Schapiro é doutor e mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV), São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: mario.schapiro@fgv.br

Sarah Morganna Matos Marinho é doutoranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV), São Paulo, SP, Brasil; pesquisadora na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV), São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: sarah.marinho@fgv.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁴

ANTITRUST. COMPLIANCE REGULATORY. COOPERATION IN DEFENSE OF COMPETITION?

ABSTRACT: Compliance can operate as a regulatory alternative with potential to increase antitrust law “rate of compliance”. Achieving this depends on developing a cooperative regulatory arrangement and avoiding predation of the public discipline. Considering successful experiences, it is possible to affirm the relation between regulation and self-regulation on competition defence is of mutual reinforcement: antitrust compliance is more effective as antitrust law enforcement shows credibility and antitrust law enforcement is more effective as companies internalize antitrust compliance culture. Considering these standards, the paper analyzes two cases: (i) antitrust compliance programs adopted by the companies of the Brazilian cartel in Petrobras case and (ii) Siemens compliance system. The comparative case study suggests Siemens compliance policy is more mature than Brazilian companies’ programs analyzed. This has a parallel with the institutional environment.

¹⁴ Sem revisão do editor.

KEYWORDS: ANTITRUST COMPLIANCE. REGULATORY COOPERATION. COMPETITION DEFENCE. THE BRAZILIAN CARTEL IN PETROBRAS CASE. SIEMENS.

Como citar este artigo

(ABNT)

SCHAPIRO, Mario Gomes; MARINHO, Sarah Morganna Matos. Compliance concorrencial: cooperação regulatória na defesa da concorrência?. *Revista de informação legislativa*: RIL, v. 53, n. 211, p. 273-299, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p273>.

(APA)

Schapiro, Mario Gomes, & Marinho, Sarah Morganna Matos. (2016). Compliance concorrencial: cooperação regulatória na defesa da concorrência?. *Revista de informação legislativa*: RIL, 53(211), 273-299. <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p273>.

Referências

ANDRADE GUTIERREZ. *Código de ética e conduta*. 2015?. Disponível em: <http://www.andrade-gutierrez.com/CodigodeEtica/codigo_de_etica_ag_DIGITAL.pdf> Acesso em: 21 jun. 2016.

ARBIX, Glauco; MARTIN, Scott B. Beyond developmentalism and market fundamentalism in Brazil: inclusionary state activism without statism. In: WORKSHOP on States, Development, and Global Governance. 12-13 mar. 2010. Madison. Disponível em: <http://law.wisc.edu/gls/documents/paper_arbix.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2016.

AUDIT committee of Siemens supervisory board has fulfilled its obligations. *Siemens AG*, 5 jan. 2007. Disponível em: <[http://www.siemens.com/press/en/pr_cc/2007/01_jan/axx20070134_1427894.htm?content\[\]=%CC&content\[\]=%Corp](http://www.siemens.com/press/en/pr_cc/2007/01_jan/axx20070134_1427894.htm?content[]=%CC&content[]=%Corp)>. Acesso em: 28 jun. 2016.

AYRES, Ian; BRATHWAITE, John. *Responsive regulation*: transcending the deregulation debate. New York: Oxford University Press, 1992.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). The ICC antitrust compliance toolkit: practical antitrust compliance tools for SMEs and larger companies. Paris: ICC, 2013. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2013/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit-ENGLISH/>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

CAMARGO CORRÊA. *Código de conduta empresarial*. 2008. Disponível em: <http://www.camargocorrea.com.br/component/docman/doc_download/49-codigo-de-conduta-empresarial?Itemid=1>. Acesso em: 22 jun. 2016.

CÓDIGO de conduta. *Engevix*. 200-. Disponível em: <<http://www.engevix.com.br/ouvidoria/sitelpages/CodigoConduta.aspx>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

COGLIANESE, Cary; MENDELSON, Evan. Meta-regulation and self-regulation. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). *The Oxford handbook of regulation*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. 146-182.

COMISSÃO EUROPEIA. *Compliance matters*: what companies can do better to respect EU competition rules. European Union, 2012. Disponível em: <<http://>

bookshop.europa.eu/en/compliance-matters-pbKD3211985/downloads/KD-32-11-985-EN-C/KD3211985ENC_002.pdf?fileName=KD3211985ENC_002.pdf&SKU=KD3211985ENC_PDF&CatalogueNumber=KD-32-11-985-EN-C>. Acesso em: 28 jun. 2016.

COMPANY anniversary on october 12, 2007: 160 years of Siemens: from a backyard workshop to a global enterprise, 10 out. 2007. Disponível em: <[http://www.siemens.com/press/en/pressrelease/?press=/en/pr_cc/2007/10_oct/axx2007104_1465672.htm&content\[\]](http://www.siemens.com/press/en/pressrelease/?press=/en/pr_cc/2007/10_oct/axx2007104_1465672.htm&content[])=CC&content[]>. Acesso em: 28 jun. 2016.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Histórico da conduta*. 19 mar. 2015a. Envolve a empresa Setal engenharia. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-no-ambito-da-201coperacao-lava-jato201d/hc-versao_publica.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2016.

_____. *Histórico da conduta*. 31 jul. 2015b. Envolve a empresa Camargo Corrêa. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-em-licitacao-da-usina-angra-3/historico_da_conduta_publico.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2016.

_____. *Guia programas de compliance: orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial*, 19 ago. 2015c. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Guia%20Compliance%20-%20vers%C3%A3o%20preliminar.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

GDK S.A. *Cultura corporativa*. 2006. Disponível em: <<http://www.gdksa.com/culturacorporativa.html>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

GRUPO GALVÃO. *Código de ética*. 4 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.galvao.com/pdfs/Codigo-de-Etica.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

HAMMOND, S. D. *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*. 25 fev. 2010. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/evolution-criminal-antitrust-enforcement-over-last-two-decades>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

IESA. *Código de conduta anticorrupção*. IESA Óleo & Gás, 2013. Disponível em: <<http://www.iesa.com.br/compliance/codconduta.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

JESSOP, Bob. *The future of capitalist state*. Cambridge: Polity, 2002.

LOBEL, Orly. The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought. *Minnesota Law Review*, v. 89, n. 2, p. 432-470, maio 2005.

MENDES JUNIOR. Código de conduta ética. 201-. Disponível em: <<http://www.mendesjunior.com.br/site/portugues/default.aspx?cmp=empresa/conduta.ascx>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

OAS. *Código de conduta OAS*. 201-. Disponível em: <<http://www.oas.com.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81A39343C158120143F52EE808470B>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

ODEBRECHT. *Código de conduta*. 2013. Disponível em: <http://odebrecht.com/sites/default/files/codigo_de_conduta_portugues.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2016.

O'RIAN, Sean. The flexible developmental state: globalization, information technology and the "celtic tiger". *Politics & Society*, v. 28, n. 2, p. 157-193, jun. 2000.

PANGENDLER, Mariana. Corporate Governance Obsession. São Paulo. FGV, 2015. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2491088&download=yes>. Acesso em: 28 jun. 2016.

PROMON. *Código de conduta*. 1970. Disponível em: <<http://www.promon.com.br/codigodeconduta/pdf/codigo-conduta-pt.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

QUEIROZ GALVÃO. *Código de conduta ética*. 2012. Disponível em: <https://www.grupoqueirozgalvao.com.br/docs/2015/codigo_de_etica_qgep.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2016.

RILEY, Anne; SOKOL, Daniel D. Rethinking Compliance. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 31, ago. 2015. Disponível em: <<http://awards.concurrences.com/IMG/pdf/ssrn-id2475959.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

ROESLER, Claudia Rosane; SILVA, Pedro Santos Tavares da. Argumentação jurídica e direito antitruste: análise de casos. *Revista jurídica da Presidência*, v. 14, n. 102, p. 13-44, fev./maio 2012.

SABEL, Charles F. Beyond principal-agent governance: experimentalist organizations, learning and accountability. In: ENGELEN, Ewald; SIE DHIAN HO, Monika (Ed.). *De staat van de democratie: democratie voorbij de staat*. Amsterdam : Amsterdam University Press, 2004. p. 173-195. Disponível em: <<http://www2.law.columbia.edu/sabel/papers/Sabel.definitief.doc>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

SABEL, Charles F; REDDY, Sanjay G. Learning to learn: untying the gordian knot of development today. *Columbia Law and Economics Working Paper*, n. 308, 2003. Disponível em: <<http://www2.law.columbia.edu/sabel/papers/Learning%20to%20Lean.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

SIEMENS. *Siemens business conduct guidelines 2009*. Munich: Siemens AG, 2009. Disponível em: <http://www.siemens.com/about/sustainability/pool/cr-framework/business_conduct_guidelines_e.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2016.

_____. *Information for business partners: compliance with laws, regulations and conventions*. Munich: Siemens AG, 2013. Disponível em: <http://www.siemens.com/about/sustainability/pool/en/core_topics/compliance/overview/business_partner_en.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2016.

_____. *Thinking for the long term providing answers: annual report 2013. 2014*. Disponível em: <http://www.siemens.com/investor/pool/en/investor_relations/siemens_ar_2013.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2016.

SIEMENS AG reaches resolution with German and U.S. authorities. *Siemens AG*, 15 dez. 2008. Disponível em: <[http://www.siemens.com/press/en/pressrelease/?press=/en/pressrelease/2008/corporate_communication/axx20081219.htm&content\[\]](http://www.siemens.com/press/en/pressrelease/?press=/en/pressrelease/2008/corporate_communication/axx20081219.htm&content[])=CC&content[]>. Acesso em: 28 jun. 2016.

SIEMENS granted state's witness status in EU decision on transformer cartel. *Siemens AG*, 7 out. 2009. Disponível em: <[http://www.siemens.com/press/en/pressrelease/?press=/en/pressrelease/2009/corporate_communication/axx20091003.htm&content\[\]](http://www.siemens.com/press/en/pressrelease/?press=/en/pressrelease/2009/corporate_communication/axx20091003.htm&content[])=CC&content[]>. Acesso em: 28 jun. 2016.

SIEMENS appoints new CEO in Brazil. *Siemens AG*, 11 out. 2011. Disponível em: <[http://www.siemens.com/press/en/pressrelease/?press=/en/pressrelease/2011/corporate_communication/axx20111001.htm&content\[\]](http://www.siemens.com/press/en/pressrelease/?press=/en/pressrelease/2011/corporate_communication/axx20111001.htm&content[])=CC&content[]>. Acesso em: 28 jun. 2016.

SKANSKA. *Código de conducta*. 2. ed. rev. e atual. 2008. Disponível em: <http://www.la.skanska.com/Global/AboutSkanska/Images/codigo_de_conducta_esp_baja.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2016.

SNYDER, Brent. Compliance is a culture, not just a policy. *Joint antitrust compliance workshop*. 9 set. 2014. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/517796/download>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

SOKOL, Daniel D. Cartels, corporate compliance, and what practitioners really think about enforcement. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 201, p. 201-240, 2012. Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/298>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

TECHINT ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO. *Código de conduta: linhas orientadoras e normas de integridade e transparência*. 2016. Disponível em: <http://www.techint-ingenieria.com/sites/default/files/upload/documents/Co%CC%81digo_de_Conducta%20PORT.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2016.

TEUBNER, G. Substantive and reflexive elements in law. *Law & Society Review*, v. 17, n. 2, p. 239-285, 1983.

TRUBEK, David. M.; TRUBEK, Louise. G. New governance and legal regulation: complementarity, rivalry or transformation. *Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, n. 1022, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=908229>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

TRUBEK, David M. et al. *Law and the new developmental state: the brazilian experience in latin america context*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 28-61.

UTC ENGENHARIA. *Código de ética e conduta*, 2015. Disponível em: <<http://www.utcpa.com.br/codigo/codigo-de-etica-e-conduta-PT.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

WEST, Jeremy et al. *Promoting compliance with competition law*. 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/V9zQYs>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

Audiência de custódia

Avanços e desafios

THIAGO ANDRÉ PIEROBOM DE ÁVILA

Resumo: O presente trabalho analisa a audiência de custódia no processo penal brasileiro, à luz do art. 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e do art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), reconhecendo a necessidade de sua aplicação imediata no Brasil. Após um estudo de direito comparado, analisam-se as sete finalidades da audiência de custódia e os aspectos práticos relacionados à aplicação desse procedimento no Brasil. Diversos aspectos do modelo brasileiro que está em construção merecem ser revistos: o prazo impraticável de 24 horas em todo o território nacional, que não é peremptoriamente exigido pelas normas internacionais; a necessidade de instrumentalizar o sistema acusatório na tutela cautelar, com requerimento pelo Ministério Público e defesa técnica; a necessidade de conceder oportunidade para o preso fazer suas declarações sobre as circunstâncias da prisão; a não realização da audiência de custódia como uma “inconvencionalidade progressiva”; e a necessidade de reformas processuais para agregar sentido procedimental ao ato.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Teleologia. Prazo. Sistema acusatório. Interrogatório.

Introdução

O presente artigo visa analisar o tema da audiência de custódia à luz das normas de tratados internacionais, das experiências de direito comparado e de sua interpretação teleológica, bem como aspectos práticos de sua realização, os quais apontam a necessidade de reforma processual para compatibilizar a racionalidade desse novo procedimento com a necessária agilização do processo penal.

O artigo parte da premissa de que a audiência de custódia é um importante avanço na contenção da eventual arbitrariedade no âmbito da prisão cautelar; todavia, da forma como tem sido implementada em diversos Estados, acaba trazendo consigo alguns vícios que podem comprometer a legitimidade desse novo e relevante ato procedural.

1. Análise das decisões recentes do STF sobre o tema

No Brasil, há normas cogentes que determinam a realização da apresentação pessoal do preso ao juiz. Todavia, tais normas têm sido sistematicamente ignoradas pelo processo penal brasileiro. Vejamos.

Estabelece o art. 9.3 do PIDCP da ONU, de 1966:

3. Todo o indivíduo preso ou detido sob acusação de uma infração penal será prontamente conduzido perante um juiz ou uma outra autoridade habilitada pela lei a exercer funções judiciais e deverá ser julgado num prazo razoável ou libertado (BRASIL, 1992a).

No mesmo sentido, o art. 7.5 da CADH estabelece:

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (BRASIL, 1992b).

Há ainda o art. 11 da Convenção Interamericana sobre desaparecimento forçado de pessoas, aprovada em Belém do Pará em 9/6/1994 – aprovada pelo Senado pelo Decreto Legislativo nº 127/2011, mas pendente de promulgação pelo Executivo –, que estabelece:

XI. Toda pessoa privada de liberdade deve ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e apresentada sem demora e de acordo com legislação interna respectiva, à autoridade judiciária competente (BRASIL, 2011).

Está em andamento no Senado Federal o PLS nº 554/2011, que regulamenta a aplicação das referidas normas internacionais.

O STF prolatou duas decisões importantes sobre o tema. A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) ajuizou ADIn contra o Provimento Conjunto nº 03/2015, da Presidência e Corregedoria-Ge-

ral do TJSP, argumentando a inconstitucionalidade de ter esse Tribunal regulamentado a audiência de apresentação do preso após sua prisão em flagrante. O STF conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, julgou improcedente a ação, entendendo que é constitucional que o Tribunal de Justiça regulamente diretamente a norma convencional (BRASIL, 2015b). A decisão foi proferida na linha do parecer do Procurador-Geral da República.

Posteriormente, ao julgar ADPF ajuizada pelo PSOL contra as condições desumanas das prisões no Brasil, o Plenário do STF determinou que todos os Estados e o Distrito Federal regulamentem e implantem procedimentos de audiência de custódia de presos, no prazo de 90 dias – prazo que se encerrou em 2 de dezembro de 2015. Consta do dispositivo do acórdão:

O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia [...] (BRASIL, 2015c).

Em paralelo, em razão de gestões realizadas pelo Presidente do CNJ, Min. Ricardo Lewandowski, a audiência de custódia já começa a ser implementada na maioria dos Estados brasileiros. Essa iniciativa do CNJ foi motivada

pelo reconhecimento, durante diversas correções e mutirões carcerários coordenados pelo CNJ, de um número extremamente elevado de casos de prisões ilegais, torturas e excessos de prazo e descumprimento de direitos fundamentais dos presos. Outro argumento central tem sido o de que há um elevado número de presos provisórios no Brasil.

O Conselho Nacional do Ministério Públíco (CNMP) se manifestou em dois momentos sobre o tema. Em 25 de agosto de 2015, houve a aprovação da Nota Técnica nº 06, que analisa o PLS nº 554/2011, que por sua vez regulamenta a audiência de custódia (BRASIL, 2015d). Nessa nota técnica, o CNMP se posicionou no sentido de que a regulamentação das normas internacionais é tema relevante, mas seria importante a adoção das seguintes medidas:

- a) seja estabelecido um prazo mais dilatado para a apresentação física do preso ao juiz que aquele de 24 (vinte e quatro) horas e/ou se preveja que situações excepcionais e devidamente comprovadas poderão justificar que tal providência se dê em tempo superior ao previsto em lei;
- b) a adoção de um prazo de *vacatio legis* mais elástico, de ao menos 6 (seis) meses, para a alteração legislativa proposta, permitindo que todas as instituições envolvidas possam se organizar internamente de modo a se adequarem a ela;
- c) permita-se que, em situações excepcionais, a exemplo de existir risco à segurança pública ou quando se cuidar de preso que integre organização criminosa, a audiência de custódia possa ser realizada por sistema de vídeo-conferência ou no próprio estabelecimento prisional em que o preso estiver recolhido, observados os ditames estabelecidos pela Lei nº 11.900/2009 à realização do interrogatório;
- d) que o termo da audiência de custódia integre os autos do processo penal e que seja suprimida a vedação expressa à sua validade enquanto meio de prova.

A referida nota técnica ainda destaca que a audiência de custódia é uma reivindicação antiga de movimentos de direitos humanos que buscam combater a tortura e truculência policial, sendo as primeiras horas após a prisão o momento mais sensível para o interrogatório mediante tortura.

O CNMP ainda aprovou, em 22 de setembro de 2015, recomendação que considera que é obrigatória a participação de membro do Ministério Público nas audiências de custódia, devendo os Ministérios Públicos aderir aos termos de cooperação técnica firmados pelos Tribunais (Brasil, 2015e).

Finalmente, em 15 de dezembro de 2015, o CNJ aprovou a Resolução nº 213/2015, que regulamenta a realização da audiência de custódia em todo o território nacional, num prazo de 90 dias.

As decisões do STF e CNJ sobre a obrigatoriedade de realização de audiência de custódia andam no caminho certo. As normas do art. 9.3 do PIDCP e do art. 7.5 da CADH estão em pleno vigor no Brasil pelos Decretos nºs 592/1992 e 678/1992, respectivamente. Após a EC nº 45/2004, que alterou o § 3º do art. 5º da CRFB/1988, os tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados segundo o rito das emendas constitucionais terão esse *status*. Quanto aos tratados incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro antes dessa emenda, o STF tem reiteradamente reconhecido que tais convenções internacionais têm um *status* de supralegalidade, ou seja, apesar de estarem abaixo da CRFB/1988, estão acima de todo o restante ordenamento jurídico infraconstitucional. Não podem, portanto, ser revogadas por uma lei ordinária posterior, sendo possível falar-se de um verdadeiro controle de convencionalidade das leis infraconstitucionais brasileiras que estão em desacordo com tratados internacionais relativos a direitos hu-

manos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 2009a).

A reserva de competência federal para legislar sobre direito processual (CF/1988, art. 22, inciso I) não é vulnerada, pois os tratados internacionais estão acima das leis federais e, de qualquer sorte, são incorporados ao ordenamento jurídico em nível federal (CF/1988, art. 84, inciso VIII). A tipicidade processual, ainda que pudesse ser mais bem regulamentada (como se verá adiante), está suficientemente densificada: o preso deve ser conduzido sem demora à presença do juiz, para que esse o ouça e decida sobre sua prisão. Portanto, ao invés de se interpretar o tratado internacional à luz da lei nacional e restringir sua aplicabilidade em razão da eventual ausência de regulamentação nacional, o correto é adequar as disposições infraconstitucionais às exigências convencionais, que já possuem aplicabilidade interna imediata, na linha dos precedentes jurisprudenciais de cortes internacionais que dão a interpretação adequada das normas convencionais.

Apesar de o art. nº 306 do CPP não prever a necessidade de apresentar pessoalmente o preso ao juiz, contentando-se com o mero encaminhamento de cópia do auto de prisão em flagrante, no qual consta o interrogatório do preso, tal disciplina normativa não pode ter o condão de afastar a aplicação imediata dos artigos de tratados internacionais recepcionados pelo Brasil, que já são, por sua clareza, autoaplicáveis; “toda pessoa detida deve ser conduzida sem demora à presença de uma autoridade judiciária”. E o delegado de polícia claramente não preenche esse requisito, pois o que o dispositivo exige é uma autoridade imparcial com competência para decidir sobre a restrição à liberdade do preso (LOPES JÚNIOR; PAIVA, 2014, p. 11; OLIVEIRA G. et al, 2015, p. 124). Não basta ser um funcioná-

rio público bacharel em direito para poder ser equiparado à função de autoridade judicial; é necessário ter as prerrogativas funcionais e – mais relevante – estar na posição de imparcialidade na qual um juiz deve estar. Em outras palavras, quem conduz a investigação criminal, direta (autoridade policial) ou indiretamente (Ministério Público, mediante suas requisições e o controle externo da eficiência da investigação – LC nº 75/1993, art. 3º, alínea “d”), não pode ser um juiz imparcial para os efeitos das normas convencionais. Não à toa, na França, que ainda trabalha com juiz de instrução para investigar os casos mais graves, há um outro “juiz das liberdades” para decidir quanto às restrições de direitos fundamentais na fase investigativa (GUINCHARD; BUISSON, 2009, p. 285).

As expressões “prontamente” ou “sem demora” não podem ser interpretadas como o ato de interrogatório judicial, que atualmente é realizado apenas ao término da instrução processual, em média alguns meses após os fatos. A situação é ainda mais séria no caso de prisão temporária, que pode eventualmente perdurar por até 60 dias para crimes hediondos (Lei nº 7.960/1989 c/c Lei nº 8.072/1990, art. 2º, § 4º), situação em que a pessoa ficaria detida sem uma rotina obrigatória que lhe possibilite ter contato com o juiz.

Vale relembrar que a apresentação imediata de preso ao juiz não é qualquer novidade no sistema processual brasileiro, sendo prevista como procedimento obrigatório no art. 236, § 2º, do Código Eleitoral, para as prisões ocorridas cinco dias antes e 48 horas após as eleições, situação em que o preso ou detido deverá ser imediatamente “conduzido à presença do juiz competente”. Ela também é prevista como facultatividade no art. 2º, § 3º, da Lei nº 7.960/1989, para a prisão temporária, bem como é prevista nos arts. 656 e 657 do CPP, para o procedimento de *habeas corpus*, apesar de ambos os dispositivos quase nunca serem aplicados. Finalmente, há norma semelhante no âmbito do Estatuto da Criança e Adolescente, chamada de “audiência de apresentação do adolescente” (Lei nº 8.069/1990, arts. 180 e 184), que ocorre, todavia, perante o Ministério Público, para que se realize sua oitiva, ainda que já tenha sido ouvido perante a autoridade policial.

Segmento da doutrina nacional já indicava a necessidade urgente de se cumprirem tais normas internacionais (CRUZ, 2011, p. 124; CARVALHO, 2006, p. 178; CHOUKR, 2009, p. 74; TUCCI, 2004, p. 346; DELMANTO JÚNIOR, 1997; SÉRGIO SOBRINHO, 2003, p. 134). Em meio a reclamações e incompreensões, também houve vozes que elogiaram a iniciativa do CNJ (MACIEL FILHO, 2015; LOPES JÚNIOR; PAIVA, 2014; LIMA, 2015, p. 926-930; OLIVEIRA et al, 2015; ANDRADE; ALFLEN, 2015).

Com efeito, estabelece o art. 27 da Convenção de Viena sobre direito dos tratados que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado”. A eventual falta de juízes no interior do Brasil também não pode ser um empecilho ao cumprimento de uma norma que está em vigor, pois cumpre ao Poder Judiciário, Ministério Público e Polícia adequarem seus quadros a uma norma que está em vigor e não simplesmente desconsiderá-la. Por exemplo, assim que entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) prevendo a obrigatoriedade de apresentação imediata de todo adolescente apreendido em flagrante ao Ministério Público, como uma verdadeira garantia de proteção ao adolescente, o Ministério Público teve que se reorganizar para cumprir efetivamente essa função.

As decisões do STF sobre o tema configuraram um inegável avanço no sentido de exigir uma apresentação imediata, automática e pessoal do preso à autoridade judiciária. Além disso, a audiência de custódia tem sido defendida como uma solução (ou parte da solução) para o problema da superpopulação carcerária, como um instrumento para assegurar uma análise mais criteriosa da efetiva necessidade de manutenção da custódia cautelar. Esse é um dos aspectos possíveis, mas não o único e, provavelmente, não o mais relevante.

A compreensão do alcance das normas internacionais é algo que a doutrina brasileira ainda precisa amadurecer melhor. Para tanto, a análise de como o tema tem sido disciplinado em outros países pode lançar luzes sobre o problema no Brasil, de forma a se compreender a teleologia das normas relativas à apresentação imediata do preso ao juiz.

2. Audiência de custódia no direito comparado e sua relação com o primeiro interrogatório judicial

No direito processual penal de diversos países, há uma convergência de entendimentos no sentido de que a pessoa presa na fase das investigações deve ser imediatamente apresentada pessoalmente ao juiz. A finalidade dessa audiência é a realização do interrogatório pelo juiz e a decisão, em contraditório, sobre a necessidade da continuidade de sua prisão. A regra está ligada a um sistema mais amplo de mecanismos de controle sobre a atividade policial. Vejamos brevemente.

Em Portugal, quando uma pessoa é detida, ela deve ser apresentada, no prazo máximo de 48 horas, ao juiz de instrução, que deverá interrogá-la sobre os fatos – primeiro interrogatório judicial de arguido detido (PORTUGAL, 1987, art. 141). Esse prazo pode ser adiado por até 5 dias,

se houver dia não útil no prazo das 48 horas (PORTUGAL, 1987, art. 387.2.a). Esse primeiro interrogatório de pessoa detida é privativo do juiz, não podendo ser realizado pela Polícia (PORTUGAL, 1987, art. 268.1.a). Em casos urgentes, em que não for possível apresentar imediatamente o detido ao juiz de instrução, poderá ocorrer um interrogatório sumário pelo Ministério Público, seguido do posterior interrogatório pelo juiz de instrução (PORTUGAL, 1987, art. 143). Caso haja necessidade de realização de novos interrogatórios do preso, ou ainda no caso de primeiro interrogatório de pessoa não detida, eles poderão ser realizados no inquérito diretamente pelo Ministério Público ou poderão ser delegados à Polícia (PORTUGAL, 1987, arts. 144.2 e 270.1). Verifica-se, portanto, um cuidado especial com o primeiro interrogatório de investigado detido, momento em que as arbitrariedades são mais usuais no afã de se obterem novas informações investigativas. Nas palavras de Albuquerque (2009, p. 387): “o primeiro interrogatório judicial de arguido detido visa revelar ao detido os motivos da sua detenção, ouvir as razões do detido e colocar o juiz em posição de decidir se os motivos que determinaram a detenção ainda subsistem em face das razões do detido e se justificam uma medida de coação”. Vale lembrar que o juiz de instrução, no sistema português, não é responsável pela condução da investigação criminal, que é de responsabilidade do Ministério Público, mas tem a função de decidir sobre as restrições de direitos fundamentais na fase investigativa, sempre mediante prévio requerimento e não de ofício (PORTUGAL, 1987, arts. 263 e 268).

Na Itália, no caso de interrogatório de pessoa presa por flagrante delito (ITÁLIA, 1988, art. 388), após a Polícia colocar a pessoa à disposição do Ministério Público, este poderá realizar o interrogatório do investigado e em

seguida requerer ao juiz a audiência de convocação, na qual o juiz para a investigação realizará um “interrogatório de garantia”, no qual avalia os requisitos de manutenção da medida (ITÁLIA, 1988, art. 390.2). Esse interrogatório de garantia deve ser feito no prazo máximo de 48 horas da detenção, em respeito à regra do art. 13.3 da Constituição italiana. Todavia, na hipótese de efetuar-se uma prisão preventiva, o Ministério Público apenas poderá interrogar após a realização do interrogatório de garantia pelo juiz (ITÁLIA, 1988, art. 294.6) (CHIAVARIO, 2009, p. 663). A manutenção da prisão depende de um requerimento do Ministério Público (ITÁLIA, 1988, art. 390.3), sendo obrigatória a participação do defensor do réu nessa audiência.

A Polícia italiana não tem, em regra, autonomia para realizar o interrogatório do investigado por iniciativa própria. Há apenas três formas de a Polícia obter informações do investigado: (a) mediante conversa informal no local dos fatos e logo após a prática da infração penal (ITÁLIA, 1988, art. 350.5); (b) mediante entrevista com o investigado que não está preso (ITÁLIA, 1988, art. 350.1); (c) mediante interrogatório por delegação específica do Ministério Público, apenas para o caso de investigado solto (ITÁLIA, 1988, art. 370). O interrogatório de investigado preso é privativo do Ministério Público e não admite delegação à Polícia (ITÁLIA, 1988, art. 388). A possibilidade de a Polícia realizar por iniciativa própria uma entrevista com o investigado que esteja solto (ITÁLIA, 1988, art. 350.1), denominada *sommarie informazione*, é chamada na doutrina de um “quase interrogatório”; todavia, ela corresponde a um convite de comparecimento, já que a Polícia não tem poderes de determinar a condução coercitiva do investigado; somente o juiz poderá determiná-la e apenas para realizar-se perante o Ministério Público, já que nes-

sa situação o interrogado estará momentaneamente com sua liberdade restringida (ITÁLIA, 1988, art. 376). Todas essas normas têm uma finalidade: reconhece-se que o interrogatório em si mesmo é um ato altamente intimidatório. Se o investigado está em liberdade, aceita-se a possibilidade de o interrogatório ser realizado pela Polícia, mas se ele está preso em flagrante, reserva-se a realização do interrogatório ao Ministério Público, como uma garantia adicional de que ele não sofrerá quaisquer formas de pressão indevidas no ambiente policial.

Na Alemanha, o art. 104.3 da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) prevê que toda pessoa presa deve ser levada, até o final do dia seguinte à sua prisão, à presença de um juiz, que deverá informá-la das razões da prisão, examiná-la, dar-lhe oportunidade de arguir objeções à prisão e expedir uma decisão com os fundamentos de sua manutenção na prisão ou de sua liberação. Mesmo que o preso tenha sido detido em razão do cumprimento de um mandado de prisão, ele ainda assim deve ser levado à presença de um juiz. A StPO, § 115.2, reitera que o prazo dessa apresentação ao juiz não pode exceder o dia seguinte ao da detenção. Caso não seja possível a apresentação nesse prazo ao juiz competente, o preso deve ser apresentado ao juiz do local dos fatos, para oitiva dentro do prazo, seguindo-se, mediante requerimento do detido, nova oitiva pelo juiz natural (ALEMANHA, 1950, § 115a). O primeiro interrogatório de investigado preso será realizado necessariamente pelo juiz da investigação no momento da apresentação pessoal do preso para conversão de sua detenção em prisão preventiva (ALEMANHA, 1950, §§ 115.2 e 128.1.2), sendo admitida a participação do Ministério Público e do Defensor (ALEMANHA, 1950, § 168c.1). Há um procedimento especificamente previsto para a decretação da prisão preventiva, que exige um requerimento

do Ministério Público, com indicação sumária dos fatos imputados ao investigado, oitiva do investigado, realização de uma audiência contraditória e posterior decisão judicial (ALEMANHA, 1950, §§ 413-416). Segundo Roxin (2000, p. 283), esse procedimento tem lugar logo após a realização do interrogatório do detido pelo juiz. Após esse primeiro interrogatório judicial do preso, o Ministério Público ou a Polícia poderão realizar outros interrogatórios. Todavia, o interrogatório investigativo perante o juiz, logo em seguida à detenção policial preventiva ou quando o Ministério Público especificamente solicite sua realização, tem um valor de prova mais elevado que o interrogatório meramente realizado em dependências policiais ou perante o Ministério Público (ALEMANHA, 1950, § 254). A Polícia tem legitimidade autônoma para realizar o interrogatório do suspeito não preso (ALEMANHA, 1950, § 163a.4). Todavia, se ele não comparecer espontaneamente, a condução coercitiva poderá ser realizada apenas pelo Ministério Público (ALEMANHA, 1950, § 163a.3), pois nessa situação o conduzido estará momentaneamente com sua liberdade restringida.

Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECrим) estabelece como regra que, quando se realiza uma detenção, o responsável pela detenção (particular ou policial) deverá apresentar o preso em no máximo 24 horas ao juiz mais próximo ao local da detenção ou, não sendo possível, deverá colocar em liberdade a pessoa, sob pena de responsabilidade criminal (ESPAÑA, 1882, art. 386 c/c art. 496). Se o preso for apresentado diretamente ao juiz de instrução, este terá mais 72 horas para ou converter a detenção em prisão, ou tornar a detenção sem efeito (ESPAÑA, 1882, art. 497), ou ainda conceder liberdade provisória no caso de prisão em flagrante (ESPAÑA, 1882, art. 499).

Quando o juiz de instrução espanhol recebe a comunicação da detenção de uma pessoa, se não conceder imediatamente liberdade provisória sem fiança, deverá designar uma audiência, no prazo mais breve possível e dentro das 72 horas seguintes, para decidir sobre a conversão da detenção em prisão provisória ou a concessão de liberdade provisória com fiança, com participação do Ministério Público, acusador particular e do defensor do preso, constituído ou dativo (ESPAÑHA, 1882, art. 505.1-2). Se por motivos de força maior não for possível a realização da audiência nesse prazo, é possível ao juiz decidir monocraticamente e designar outra audiência para as 72 horas seguintes. É obrigatória a participação da acusação para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, pois se, na referida audiência, a parte acusadora não formular pedido de prisão ou de fiança, é obrigatória a concessão de liberdade ao réu (ESPAÑHA, 1882, art. 505.4). Ao final dessa audiência, será lavrado um auto com a indicação da manifestação das partes e a decisão judicial fundamentada (ESPAÑHA, 1882, art. 506). Após a decisão do juiz de instrução convertendo a detenção em prisão, deverá ocorrer a intimação do Ministério Público, do querelante e do próprio investigado preso (ESPAÑHA, 1882, art. 501). Além desse primeiro interrogatório judicial, não é vedada a realização do interrogatório também pela Polícia, por interpretação dos arts. 282, 292 e 297.3, bem como do art. 11.1.g da LO 2/1986 (ESPAÑHA, 1986), que permite a colheita de declarações do investigado; todavia, para esse procedimento serão asseguradas as mesmas garantias do interrogatório judicial, inclusive a presença do defensor.

Na França, a Polícia pode realizar de iniciativa própria a prisão de uma pessoa em duas situações: a prisão em flagrante (*arrestation*), e a detenção policial de suspeito (*garde à vue*). A detenção policial deve ser imediatamente comunicada ao Ministério Público e durará 24 horas. O procurador da República deve analisar se a manutenção da detenção é necessária, se os direitos do detido estão sendo respeitados e, a qualquer momento, pode ordenar a apresentação da pessoa detida ou ainda sua imediata liberação (FRANÇA, 1959, art. 62-3), podendo ainda permitir a continuidade da detenção por até 24 horas nos casos de criminalidade ordinária (FRANÇA, 1959, arts. 63.II e 77.2), ou por 48 horas, nos casos de criminalidade organizada (FRANÇA, 1959, art. 706-88). Essa apresentação do preso ao Ministério Público poderá ocorrer por videoconferência (FRANÇA, 1959, art. 63. II). Caso ocorra de se superar esse prazo máximo de 48 horas, então será necessário que o Ministério Público formule um requerimento para conversão da detenção policial em prisão preventiva (*détention provisoire*), devendo para tanto apresentar pessoalmente o preso ao juiz das liberdades e garantias, o qual poderá

interrogar o conduzido, ouvir os requerimentos de seu advogado e então decidir sobre o pedido do Ministério Público de prisão preventiva (FRANÇA, 1959, art. 396.2). Não há vedação para a Polícia realizar o interrogatório durante a *enquête préliminaire* (investigação conduzida pela Polícia sob controle do Ministério Público ou diretamente por esse); todavia, durante a *instruction* (investigação conduzida pelo juiz de instrução, no caso de crimes mais graves – com pena superior a 10 anos), apenas o juiz de instrução poderá realizar o interrogatório (GUINCHARD; BUISSON, 2009, p. 524).

No Chile, a polícia apenas poderá realizar o interrogatório do preso com a presença do defensor; em caso de ausência, as perguntas ficam limitadas ao interrogatório de identificação; se o investigado insistir em prestar declarações, ele deverá ser levado à presença do Ministério Público para ser interrogado pelo Procurador, ou o *Parquet* deverá dar uma autorização expressa para a Polícia receber diretamente as declarações” (CHILE, 2000, art. 91). No México, o recente CPP nacional de 2014 prevê, em seu art. 312 (MÉXICO, 2014), que o investigado preso terá oportunidade de prestar declarações apenas na audiência de custódia, na presença do juiz, Ministério Público e defensor. Regra semelhante existe na Argentina, onde o CPP federal de 2014 proibiu, em seu art. 69 (ARGENTINA, 2014), o interrogatório perante a polícia – que antes era permitido apenas por escrito –, permitindo-o apenas perante o Ministério Público ou o juiz de controle. Diversos países latino-americanos têm realizado reformas para proibir a Polícia de realizar diretamente o interrogatório, como estratégia para prevenir a ocorrência de interrogatórios sob violência, como é o caso da Costa Rica, Venezuela e Guatemala (MALARINO, 2004, p. 159).

Esse breve panorama de direito estrangeiro permite extrair duas conclusões relevantes: (i) no caso de se efetuar a prisão em flagrante, há uma tendência para que haja um procedimento de apresentação imediata e pessoal do preso ao juiz para se converter a detenção policial em prisão preventiva, bem como (ii) há uma tendência geral de perspectivar com restrições a possibilidade de a Polícia ter iniciativa própria para realizar o primeiro interrogatório do investigado preso, o qual deve ser atribuído ou ao Ministério Público ou ao juiz das garantias na fase das investigações. Ambas as visões estão entrelaçadas, pois é no procedimento de conversão da detenção policial em prisão preventiva que ordinariamente se realiza o primeiro interrogatório judicial do investigado preso. Analisemos mais detidamente a finalidade dessa audiência à luz de tais considerações.

3. A teleologia da audiência de custódia

As normas internacionais de apresentação pessoal imediata do preso ao juiz têm sete finalidades básicas: (i) estabelecer um mecanismo de fiscalização judicial imediata de eventuais arbitrariedades praticadas no curso da detenção; (ii) assegurar a possibilidade de autodefesa quanto aos fatos investigados, oferecendo-se ao preso um espaço de maior liberdade para dar sua versão dos fatos, longe da eventual restrição à sua liberdade de se manifestar que poderia existir no ambiente policial; (iii) assegurar possibilidade de autodefesa quanto à decisão judicial de manutenção da prisão em flagrante; (iv) concretizar o sistema acusatório em relação à ação penal cautelar, criando um mecanismo que torne rotina o requerimento de aplicação de medida cautelar pelo Minis-

tério Público; (v) instrumentalizar o contraditório técnico de defesa antes da decisão judicial sobre a aplicação da prisão preventiva; (vi) estabelecer um mecanismo obrigatório de revisão judicial da necessidade de manutenção da detenção efetuada pela Polícia (em um quadro acusatório); (vii) concretizar a garantia constitucional de assistência jurídica efetiva ao preso, tornando rotina o contato do defensor com seu cliente.

Quanto à primeira finalidade, a apresentação imediata do preso ao juiz é um importante mecanismo de controle da atividade policial realizado pelo magistrado, na perspectiva de fiscal contra eventuais arbitrariedades. Interpretando normas semelhantes, afirma a Corte Europeia de Direitos Humanos que “O controle jurisdicional decorrente do primeiro comparecimento da pessoa detida deve ser acima de tudo rápido, pois ele tem por finalidade permitir ao juiz detectar quaisquer maus tratos e reduzir ao mínimo qualquer atentado injustificado à liberdade individual” (TEDH, 2010).

Não se deve esquecer que, infelizmente, a tortura ainda não foi abolida do Brasil como técnica de investigação durante o interrogatório: vasta literatura sociológica documenta o fenômeno, e diversas instituições internacionais têm denunciado a persistência dessa prática (ALSTON, 2009; ANISTIA INTERNACIONAL, 2011, p. 136-137). Assim, presume-se que, se os policiais envolvidos na investigação e na efetivação da prisão souberem que fatalmente, logo após a efetivação da prisão, o detido será apresentado sem demora à autoridade judicial, perante a qual ele poderá delatar eventuais arbitrariedades de que foi vítima, haverá uma menor probabilidade de ocorrência de arbitrariedades e, caso praticadas, uma maior probabilidade de uma investigação imediata ser iniciada, elevando-se as

chances de se documentar a arbitrariedade e punir os responsáveis. A apresentação imediata é uma garantia tanto profilática quanto de efetividade da eventual responsabilização do desvio policial.

Em relação à segunda finalidade, considera-se que muitas vezes o preso poderá sentir-se psicologicamente pressionado ou constrangido de dar sua versão dos fatos para um policial que, de antemão, já o considera como o autor do crime – tanto que o prendeu diante dos indícios presentes. Assim, a possibilidade de falar diretamente ao juiz é uma garantia da liberdade de manifestação, da efetiva possibilidade de dar sua versão dos fatos sem quaisquer constrangimentos e assim exercer de forma antecipada seu direito de participação quanto ao desenrolar das investigações; possibilidade, portanto, de influenciar na decisão do Ministério Público de promover ou não a ação penal. A distinção de efetividade entre o interrogatório policial constante do auto de prisão em flagrante e o interrogatório imediato perante o magistrado deriva da presunção de que haverá maior liberdade de manifestação no interrogatório perante o árbitro imparcial (um verdadeiro juiz das garantias, que é a função do juiz na fase das investigações) do que no prestado diante do investigador. Reconhece-se que o interrogatório não é um ato de investigação, e sim de autodefesa, devendo ocorrer num ambiente livre de pressões. Esse é um dos temas que menos se tem discutido no Brasil, mas que tem mais relevância nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, como visto acima. Voltaremos a ele adiante.

A terceira finalidade está ligada à legitimidade da manutenção da prisão do autuado, concretizando um procedimento obrigatório de autodefesa prévia à decisão judicial quanto à necessidade de manutenção da restrição cautelar da liberdade. Parte-se da premissa de que

a pessoa presa tem o direito de dialogar com a autoridade que será responsável pela decretação de sua prisão, não sendo suficiente que apenas sejam repassadas à autoridade judiciária as informações que a autoridade policial julgar relevantes que sejam documentadas no interrogatório escrito do Auto de Prisão em Flagrante (APF). Deve-se superar a “fronteira do papel” (LOPES JÚNIOR; PAIVA, 2014, p. 10). Esse procedimento traria mais legitimidade, na perspectiva da efetiva consideração da pessoa presa.

A quarta finalidade está relacionada à concretização do sistema acusatório, previsto no art. 129, inciso I, da Constituição Federal. O sistema acusatório tem repercussões já na fase das investigações (PRADO, 2005; JARDIM, 2005, p. 189-197; ANDRADE, 2008, p. 459-463; OLIVEIRA, E., 2009, p. 4-7; SILVA, 2010). Quem promove a ação penal e controla a atividade policial é o Ministério Público. O juiz deve decidir sobre as restrições de direitos fundamentais na fase investigativa e, para não perder sua imparcialidade, não deve ter função de condução da investigação criminal de ofício. Já a polícia não é sujeito processual, mas atua sob o controle externo do titular da ação penal, o Ministério Público, numa atividade de colaboração recíproca. O STF já se pronunciou sobre a impossibilidade de o juiz conduzir investigações criminais de ofício (BRASIL, 2004), bem como sobre a finalidade do inquérito, que é subsidiar a decisão do Ministério Público de acusar ou não acusar (BRASIL, 2009b, p. 12-14). Há críticas doutrinárias à possibilidade de o juiz deferir medidas investigativas restritivas de direitos fundamentais exclusivamente com base em representação policial, sem (ou pior, eventualmente contra) a manifestação do titular da ação penal, o Ministério Público (SILVA, 2010, p. 105-116; SARAIVA, 2010, p. 151-170; MENDONÇA, 2011, p. 67-70; MENDRONI,

2013, p. 91). Como visto, o direito comparado tende a considerar que a decretação de medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais na fase das investigações deve ser precedida de requerimento pelo titular da ação penal. A audiência de custódia é um relevante procedimento de instrumentalização dessa participação obrigatória do Ministério Públíco no requerimento das medidas cautelares.

Ademais, a audiência de custódia procedimentaliza a obrigatoriedade de contraditório antes da decisão judicial sobre o requerimento do Ministério Públíco de decretação da prisão preventiva. Um dos corolários do sistema acusatório é que, para haver contraditório efetivo, deve haver o pedido da parte acusadora. Na prática, após requerimento da acusação e a oposição necessária pela defesa, o juiz poderá proferir uma decisão mais justa sobre a efetiva necessidade da prisão cautelar. A dialética é um procedimento lógico que produz conclusões mais justas. Atualmente, o juiz decide monocraticamente sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, sem nenhum pedido sobre a necessidade da conversão (vale lembrar que a lavratura da prisão em flagrante é uma obrigação da autoridade policial). Sem contraditório prévio, a tendência ordinária era a inércia, a manutenção da prisão. E depois de mantida, dificilmente um juiz se retrataria sem fatos novos. Por isso, a participação obrigatória de defensor na audiência de custódia é um elemento-chave na concretização das normas internacionais que asseguram maior legitimidade ao processo de restrição da liberdade, criando uma dialética processual obrigatória, que pode ter efeitos relevantes na própria concretização da excepcionalidade da prisão cautelar.

A sexta finalidade está ligada à instrumentalização de uma decisão que seja mais criteriosa na conversão da prisão em flagrante em

prisão preventiva. Essa tem sido a finalidade da audiência de custódia mais debatida no Brasil. Até muito pouco tempo, o juiz tão somente exarava um “ciente” quando da comunicação do APF, já que a Constituição Federal, num déficit de normatividade sobre o tema, exigia tão somente a comunicação da prisão ao juiz (CF/1988, art. 5º, inciso LXII). A proceduralização do exame judicial obrigatório e motivado da referida conversão está devidamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 310 do CPP, introduzido pela Lei nº 12.403/2011, que prevê que o juiz, ao receber a comunicação do APF, deverá relaxar a prisão ilegal, decretar a prisão preventiva (se outra cautelar menos gravosa não for cabível) ou conceder liberdade provisória. Todavia, ainda existe um número excessivo de presos provisórios no Brasil, sendo necessário que os juízes sejam mais criteriosos na decretação da prisão preventiva.

Com efeito, segundo relatório do Ministério da Justiça (BRASIL, 2014a), há cerca de 38% de presos provisórios no Brasil (excluindo-se os condenados em regime aberto, que obviamente não estão presos), havendo estados em que o índice de prisões provisórias chega a 65% (Piauí). Levantamento do CNMP (BRASIL, 2013) documentou que a capacidade dos presídios estava excedida em 48% e que 79% dos estabelecimentos prisionais não realiza separação entre presos provisórios e definitivos. Em 2014, a população carcerária do Brasil era de mais de 700 mil pessoas, sendo a terceira maior do mundo, perdendo apenas para EUA e China (BRASIL, 2014b). Haveria um verdadeiro “estado de coisas inconstitucional” em se tratando de sistema prisional, diante de tantas violações de direitos, de forma que seria necessário que os juízes fossem mais criteriosos ao analisarem a efetiva necessidade de manutenção da custódia cautelar, apostando-se na audiência de custódia para instrumentalizar essa atenção especial. Todavia, a efetividade desse momento de “análise mais criteriosa” da necessidade da custódia cautelar está diretamente relacionada aos tópicos anteriores: uma análise depurada pela prévia entrevista com o preso, o requerimento pelo Ministério Público e a manifestação técnica da defesa.

Atente-se, de qualquer sorte, que a audiência de custódia não pode significar o afrouxamento apriorístico, indistinto e generalizado dos requisitos legais da manutenção da custódia cautelar, voltado à finalidade instrumental enviesada de redução a qualquer custo da população carcerária. A audiência de custódia é a instrumentalização de um procedimento contraditório para uma análise mais criteriosa da efetiva necessidade da decretação da prisão preventiva, à luz de todas as finalidades supra indicadas. Certamente há mais prisões cautelares do que seriam efetivamente necessárias; contudo, haverá inúmeras situações, especialmente nos crimes mais graves, de autores com antecedentes criminais

ou envolvidos em esquemas organizados, em um contexto desestruturado de vida de normalização do desvio, que farão presumir o elevado risco de reincidência, situação em que será essencial a manutenção da custódia cautelar para a concretização do dever de proteção estatal de todos os outros direitos fundamentais (ÁVILA, 2014).

Ademais, a criação de uma rotina de interrogatório judicial do preso poderá, em verdade, permitir a concretização de outra garantia processual que, na prática, não tem efetividade: o direito à assistência de um advogado ao preso (CRFB/1988, art. 5º, LXIII). Até hoje, ordinariamente um Defensor Público (responsável pela maioria dos casos criminais em um país de excluídos) apenas tinha condições de ter contato com seu cliente preso no momento da audiência de instrução, ou seja, teria que elaborar as manifestações processuais na fase das investigações (v.g., pedido de liberdade provisória) e mesmo a defesa prévia (indicando rol de testemunhas), sem qualquer contato com seu cliente. O argumento de que não seria proibido ao Defensor Público dirigir-se à Delegacia de Polícia para acompanhar a lavratura do auto de prisão em flagrante, ou ainda ir ao presídio para entrevistar-se com seu cliente, é notoriamente insuficiente e falacioso, quando contrastado com a realidade deficitária das Defensorias Públicas no Brasil. Em termos práticos, não há efetividade de defesa para os pobres na fase investigativa. Portanto, a audiência de custódia também procedimentaliza um momento de diálogo ordinário entre o preso e seu defensor logo após os fatos, o que terá repercussões importantes para a efetividade do direito de defesa durante todo o processo.

Finalmente, a audiência de custódia será um momento para assegurar também a assistência da família (CRFB/1988, art. 5º, LXIII), essencial para permitir o exercício do direito de defesa nas fases posteriores do processo. Essa audiência teria ainda o efeito benéfico de maximizar a compreensão do caso criminal pelo preso, sendo uma garantia contra um processo kafkaniano.

4. Aspectos práticos relacionados à audiência de custódia

4.1. O prazo da apresentação ao juiz

Como visto, a decisão do STF na ADIn 5240 estabeleceu que o prazo da apresentação deveria ser de 24h. Houve votos vencidos no sentido de que o CNJ deveria regulamentar o prazo de apresentação.

As normas internacionais não estabelecem o prazo da apresentação, utilizando-se das expressões “prontamente” e “sem demora”. Como visto

na seção 2, há prazos variados em outros países: em Portugal, Itália e França, são 48 horas após a prisão. Na Alemanha é até o final do dia seguinte ao da prisão (portanto, mais de 24 horas). Na Espanha, 24 horas para apresentar o preso ao juiz e mais 72 horas para a efetiva realização da audiência de custódia. Ainda há normas especiais para a impossibilidade excepcional de apresentação e prazos mais dilatados para crimes mais graves (usualmente o terrorismo).

Há diversos precedentes da CIDH relativos à interpretação do referido art. 7.5 da CADH (CIDH, 1999; 2005; 2006; 2007; 2008), entendendo-se que:

- a) a mera notificação da prisão à autoridade judiciária não substitui a condução do preso à presença do juiz (Equador);
- b) o prazo de quinze dias para que o preso seja levado à presença do juiz é excessivo (Peru);
- c) o prazo de uma semana para que o preso seja levado à presença do juiz também é excessivo (Argentina);
- d) o prazo de vinte e quatro horas para que o preso seja conduzido à autoridade judicial está em consonância com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Honduras).

Essas normas têm paralelo com o art. 5.3 da CEDH, que estabelece o direito do preso de ser prontamente (em francês *aussitôt*, em inglês *promptly*) apresentado a uma autoridade judiciária para o respectivo controle da diligência efetuada. Em sentido semelhante à CIDH, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem reiteradamente decidido que o art. 5.3 da CEDH representa uma garantia de primeiro nível na proteção da segurança física de um indivíduo e, em sua jurisprudência, desenvolveu três *standards* para justificar a restrição da liberdade: interpretações estritas

das exceções à liberdade, legalidade das detenções e rapidez dos controles judiciais sobre as prisões, que devem ser automáticos e devem ser desempenhados por uma autoridade judicial que ofereça as garantias de independência do executivo e das partes, e tenha o poder de relaxar a prisão após verificar ter sido ou não justificada a detenção (TEDH, 2007; 2010). O TEDH entende que, se o início do interrogatório pelo juiz ocorre após 48 horas da detenção, há uma violação ao art. 5º da CEDH, podendo, todavia, iniciar-se dentro do prazo, e sua conclusão e a posterior decisão judicial de convalidação da prisão eventualmente superarem esse prazo (TEDH, 2006).

O ideal seria que a legislação infraconstitucional regulamentasse a norma convencional, estabelecendo o prazo da apresentação – “sem demora” – do preso. Como a não regulamentação da norma convencional não impede sua aplicabilidade imediata e já se passaram mais de duas décadas da vigência da norma no ordenamento jurídico brasileiro sem seu efetivo cumprimento, optou o STF por fixar o prazo de 24 horas, de forma a impulsionar a efetiva realização da audiência de custódia. Deve-se, porém, registrar que esse prazo de 24 horas não é uma exigência peremptória das normas internacionais, podendo ser um pouco mais dilatado.

Deve-se recordar que, até mesmo para o deferimento de medidas protetivas de urgência (Lei nº 11.340/2006, art. 12, inciso III e art. 18) – que pelo próprio nome são urgentes –, a autoridade policial dispõe de 48 horas para formalizar o procedimento e enviá-lo ao juiz, que por sua vez tem mais 48 horas para decidir. Se o APF deve ser concluído em 24 horas, então a audiência de custódia deve ser realizada após esse prazo.

Na linha dos precedentes do TEDH, entendemos que o prazo de 24 horas após o término

no da lavratura do auto de prisão em flagrante (em outras 24 horas) seria razoável para o cumprimento da norma convencional no Brasil, sem prejuízo de situações excepcionais que justifiquem um despacho judicial de prorrogação curta desse prazo – *v.g.*, comarcas de difícil acesso que inviabilizem a apresentação imediata do preso (LIMA, 2015, p. 928; BRASIL, 2015a).

Nesse sentido, andou bem o CNJ ao prever, no art. 1º, § 5º, da Resolução nº 213/2015, a possibilidade de edição de ato complementar regulamentando um prazo excepcional mais dilatado para os locais em que o cumprimento desse prazo for impossível.

Se a apresentação do preso ao juiz ocorrer realmente “sem demora”, ou seja, em poucas horas (*v.g.*, até 24 horas após a comunicação do APF), poderá o juiz aguardar a realização da audiência para ouvir o preso e decidir sobre a decretação da prisão preventiva; porém, onde houver qualquer risco de delonga (*v.g.*, comarca de difícil acesso), deverá o juiz já realizar uma análise preliminar do APF, proferir uma decisão provisória sobre a manutenção da prisão até a realização da audiência de apresentação, na qual, aí sim, será tomada uma decisão definitiva.

É previsível que o prazo de 24 horas da prisão será faticamente impraticável no Brasil, um país de dimensões continentais. O acesso a algumas cidades do norte do país exige vários dias de barco a partir da sede da comarca. Há vários municípios gigantes (Altamira/PA tem 160 mil km² – é maior que a Grécia), e não raro um juiz cumula várias comarcas. A própria audiência de custódia exige providências cartorárias que demandam algumas horas (juntada de folha de antecedentes criminais, intimação do Ministério Público e designação de defensor *ad hoc*), que apenas poderão ser realizadas após o término da lavratura do APF.

Espera-se que a jurisprudência tenha sensibilidade para rever esse prazo de apresentação, especialmente diante de justificativas excepcionais (comarcas de difícil acesso, inexistência de viatura policial a exigir outra logística).

Se o preso não tiver condições de ser apresentado (*v.g.*, foi baleado e está em internação hospitalar), é óbvio que tal circunstância não impede a decretação de sua prisão preventiva. Entretanto, nesse caso, após a recepção do APF com a notícia da impossibilidade de apresentação imediata, o juiz deve abrir vista dos autos ao Ministério Público, para que este requeira a medida cautelar que entender pertinente e, diante de requerimento de prisão preventiva pelo titular da ação penal cautelar, deverá o juiz decidir, à luz do art. 310 do CPP. Havendo concessão da prisão preventiva, determinará que, tão logo o preso tenha condições de saúde, seja realizada a audiência de custódia, pois é direito do preso entrevistar-se com a autoridade judiciária responsável pela manutenção de sua prisão. Para tanto, será conveniente a criação de rotina que obrigue a polícia a encaminhar periodicamente ao juiz o relatório médico sobre o estado de saúde do preso, para avaliar a possibilidade de realização da audiência de custódia.

4.2. Participantes da audiência de custódia

Devem participar da audiência de custódia o juiz, o Ministério Público, o defensor e o preso.

Quanto ao juiz, é possível vislumbrar duas hipóteses: será o mesmo juiz responsável pela fase da investigação criminal, ou será um juiz distinto, plantonista.

Não vemos qualquer problema no fato de a audiência de custódia ser realizada perante o mesmo juiz responsável pela fase da investigação criminal. Isso porque a oitiva do preso

na audiência de custódia não é um ato de investigação, mas de exercício de autodefesa perante a autoridade judiciária que deverá decidir sobre a manutenção ou não de sua custódia. Em verdade, o ideal é que a audiência de custódia fosse sempre perante o juiz natural da fase investigativa, quando não for final de semana; todavia, diante da previsível dificuldade de conciliar tal procedimento com as agendas dos Juízos, também não se vislumbra qualquer ilegalidade na realização da audiência de custódia de acordo com o sistema de plantão. Haveria aqui uma verdadeira competência funcional para uma fase do processo, ou seja, a primeira decisão sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ou o deferimento de medida cautelar alternativa (BRASIL, 1941, art. 310) seria do juiz plantonista, seguindo-se a remessa do conhecimento da causa ao juiz natural. Trata-se da mesma situação de um juiz ser competente para a pronúncia e outro para o julgamento plenário do júri, ou ainda de um juiz decidir o requerimento de medidas protetivas de urgência da Lei nº 11.340/2006 e posteriormente o feito ser reencaminhado ao Juizado da Mulher. O juiz natural poderá, obviamente, reapreciar os motivos ensejadores da prisão preventiva, já que as decisões cautelares não fazem coisa julgada (BRASIL, 1941, art. 316).

Bom seria, em nossa visão, que no Brasil houvesse uma divisão funcional de atuação jurisdicional entre o juiz da fase investigativa e o juiz do julgamento da ação penal, com o impedimento de atuação cumulativa das duas funções. O juiz da fase das investigações não tem poderes de conduzir *ex officio* investigações, mas sim a função de ser um juiz de garantias, ou seja, de decidir sobre a restrição de direitos fundamentais do investigado, mediante requerimento do titular da ação penal cautelar (ou, excepcionalmente, por representação policial, presumindo-se que esta é realizada no interesse do titular da ação penal cautelar). Mesmo o juiz não tendo funções investigativas, uma sucessão de requerimentos pelo Ministério Público de restrições de direitos na fase investigativa acaba aproximando o juiz da colaboração com o sucesso das investigações, comprometendo sua imparcialidade (LOPES JÚNIOR, 2003, p. 165). Em nossa visão, *de lege ferenda*, haveria melhor preservação de sua imparcialidade se o juiz que funcionasse na fase investigativa fosse diverso do juiz da ação penal. Ainda não se evoluiu no Brasil para tanto. Portanto, o problema de o juiz da audiência de custódia eventualmente ser o mesmo juiz da ação penal é, no fundo, o mesmo problema de o juiz da fase investigativa ser o mesmo da ação penal.

Além do magistrado, deve haver presença obrigatória do Ministério Público na audiência de custódia, como titular exclusivo da ação penal (inclusive da cautelar) e responsável pelo controle externo da atividade policial. No âmbito de sua função de controle externo da atividade

policial, o Ministério Público deve fiscalizar o respeito aos “princípios informadores das relações internacionais” (LC nº 75/1993, art. 3º, alínea “a”), o que abrange a fiscalização da realização obrigatória da audiência de custódia.

Após o interrogatório do preso, o Ministério Público deve ter a oportunidade de formular esclarecimentos adicionais e de se manifestar sobre o caso. A manifestação do Ministério Público na conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva é medida obrigatória, que deriva da própria estrutura acusatória do processo, não sendo admissível que o juiz decida sobre uma medida cautelar na fase investigativa sem o requerimento de medida cautelar pelo titular da ação penal. Essa solução tem sido sistematicamente negligenciada no Brasil, mas deriva, além do quadro acusatório constitucional (CF/1988, art. 129, inciso I), diretamente do art. 311 do CPP, que permite ao juiz decretar prisão preventiva de ofício apenas no curso da ação penal, sendo vedada a atuação *ex officio* na fase das investigações criminais. A regra do art. 310 do CPP é um avanço em relação ao sistema anterior (em que o juiz exarava mero “ciente”), mas exige maior evolução para se compreender que é necessário um requerimento de prisão para haver decretação da prisão na fase investigativa.

Nesse sentido, o art. 505.4 da LECrim (ESPAÑHA, 1882) estabelece que, se na audiência de custódia a parte acusadora não formular pedido de decretação de prisão preventiva, o preso necessariamente será colocado em liberdade. Em Portugal, onde a direção da investigação criminal é responsabilidade do Ministério Público, quando ocorre a prisão em flagrante delito, primeiro ela é comunicada ao Ministério Público, que, se entender que a prisão preventiva não é legalmente admissível, poderá diretamente proceder à liberação do preso (PORTUGAL, 1987, art. 261); o requerimento do Ministério Público de prisão preventiva é pré-requisito para a realização da audiência de custódia (PORTUGAL, 1987, art. 268, incisos 1.a e 2). O mesmo na França (1959, art. 396.2), Itália (1988, art. 390.3-bis) e Alemanha (1950, §§ 413-416).

Imagine-se a situação irracional de o titular da ação penal considerar que as informações ainda são frágeis e que é necessário avançar nas investigações, mas o juiz já considera essas informações suficientes para decretar a prisão. Como ficará o juiz se o Ministério Público, ao receber os autos do IP após 10 dias, eventualmente requisitar a realização de novas diligências, conforme já havia sinalizado anteriormente? Não pode o juiz obrigar o Ministério Público a oferecer denúncia, pelo que se conclui que também o deferimento de medida cautelar penal deve estar subordinado ao exercício de uma pretensão cautelar pelo Ministério Público (OLIVEIRA E., 2009, p. 459-461; SILVA, 2010; LIMA, 2015, p.

929). Essa conclusão deriva de uma visão garantista mais ampla, segundo a qual a restrição de direitos fundamentais no processo penal depende do concurso de duas autoridades: requerimento pelo acusador e decisão pelo magistrado. E as medidas cautelares, na fase investigativa, estão especialmente qualificadas pela proibição de atuação *ex officio* do magistrado, para que ele não se torne o investigador.

Também deve estar presente o defensor do preso (investigado). Se não comparecer o defensor constituído (e dificilmente haverá tempo hábil para sua presença), deverá haver designação de um defensor *ad hoc*, podendo ser a Defensoria Pública. Para tanto, será de todo conveniente que se realize acordo prévio sobre o plantão das audiências de custódia. Na Espanha, é regra que, se houver a comunicação à OAB (*Colegio de Abogados*) e após 8 horas não comparecer defensor, poderá o juiz realizar a audiência de custódia sem a presença de defensor, sem prejuízo das responsabilidades (ESPAÑA, 1882, art. 520.4). O defensor poderá entrevistar-se com o preso antes do início da audiência, nos termos do art. 185, § 5º, do CPP; poderá fazer perguntas adicionais ao preso, bem como deverá manifestar-se contrariamente ao requerimento de prisão eventualmente formulado pelo Ministério Público, antes da decisão judicial.

Por interpretação analógica do art. 306, § 1º, do CPP, deve haver um plantão da Defensoria Pública para assistir de forma dativa os presos que comparecerem à audiência sem assistência de defensor constituído. Trata-se de uma verdadeira garantia do investigado à ampla defesa contra prisões arbitrárias (ROXIN, 2007, p. 153).

Após o interrogatório e a manifestação do Ministério Público e da defesa técnica, o juiz proferirá a decisão relativa ao art. 310 do CPP: relaxamento da prisão flagrante, deferimento

de uma das medidas cautelares alternativas (CPP, art. 319, ou uma das medidas protetivas de urgência), decretação de prisão preventiva, ou concessão de liberdade provisória. As partes presentes já são intimadas em audiência. Caso o Ministério Público vislumbre possível equívoco na decisão judicial que eventualmente não determine medida cautelar alternativa ou não decrete a prisão preventiva, é muito importante que já haja a interposição do recurso em sentido estrito, oralmente, em audiência, documentando-se na ata, com pedido de vista para a juntada as razões. Isso porque, como normalmente as audiências de custódia são realizadas por juízes e promotores de Justiça plantonistas, até que os autos cheguem ao promotor natural provavelmente já terá transcorrido o prazo de interposição do recurso. Para a defesa, claro, não há prazo de interposição do *habeas corpus*.

4.3. Documentação do interrogatório como garantia de proteção

A documentação do interrogatório é um dos pontos em relação ao qual a doutrina brasileira ainda não compreendeu a plena teleologia da garantia convencional. No Brasil, com receio de atribuir poderes investigatórios ao magistrado, alguns tribunais têm restringido a atuação dos magistrados nesse momento às “circunstâncias objetivas da sua prisão”. Nesse sentido, o art. 8º da Resolução nº 213/2015 do CNJ estabelece, por um lado, que o juiz deve “indagar sobre as circunstâncias de sua prisão” (inciso V), mas, por outro lado, “abster-se de formular perguntas com a finalidade de produzir prova para a investigação criminal ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante” (inciso VIII). Diversos estados têm seguido essa diretiva em suas regulamentações.

Ocorre que uma das principais finalidades da apresentação imediata do preso ao juiz é exatamente garantir ao preso, após a informação de seu direito constitucional de permanecer em silêncio (CF/1988, art. 5º, inciso LXIII), o direito de dar sua versão dos fatos a uma autoridade imparcial, que certamente não usará de expedientes coercitivos para facilitar eventual confissão, bem como dar-lhe espaço para eventualmente reclamar de algum excesso na atuação policial. Os primeiros momentos após a prisão são os mais críticos para a prática de atos de tortura ou maus tratos, mesmo os atos de coerção psicológica, que infelizmente ainda temos resistência de reconhecer efetivamente como tortura. O estudo de direito comparado revela que todos os países perspectivam a necessidade de se restringir o interrogatório policial aos casos de investigado solto e condicionar que o interrogatório do preso seja conduzido por um magistrado, como um verdadeiro “interrogatório de garantia”.

O incidente processual de apresentação do preso ao juiz em nada se confunde com o Juizado de Instrução. O juiz não passa a ter amplos poderes de investigação sobre o objeto do IP, mas apenas e tão somente tem o poder de ouvir pessoalmente a pessoa presa e analisar se as informações investigativas constantes do auto de prisão em flagrante, eventualmente contraditadas pela versão pessoal do investigado, formam um conjunto probatório apto a justificar a restrição cautelar da liberdade do investigado. Não se está falando aqui de investigação judicial, nem esse interrogatório terá a natureza de prova judicial, pois o réu ainda não foi formalmente acusado (e prova, em sentido técnico, é aquela produzida em juízo, após o oferecimento da denúncia). Aliás, os fatos são já apresentados ao juiz dentro de uma moldura, pois o pressuposto do requerimento de prisão preventiva é já haver um fato deli-

tuoso razoavelmente delimitado, com a autoria razoavelmente esclarecida. É dentro dessa moldura que o magistrado exerce seu dever de interrogar para decidir.

Ainda assim, esse interrogatório será uma informação preliminar apta a ter a mesma função endoprocedimental dos atos de inquérito: se respaldada por outras informações investigativas, poderá justificar o deferimento de medidas cautelares penais na fase das investigações (prisão preventiva, buscas domiciliárias, interceptações telefônicas, quebra de outros sigilos constitucionalmente qualificados por prévia decisão judicial) e posteriormente poderá justificar a decisão judicial de recebimento da denúncia e início da ação penal. Não é possível que esse ato preliminar de interrogatório judicial do preso se converta numa instrução sumária, com oitiva de outras testemunhas com caráter de prova judicial (exceto situações excepcionais de produção antecipada de prova, devidamente formalizada nos termos do art. 225 do CPP), mesmo antes da denúncia, sob pena de subversão do sistema acusatório (haver instrução antes da acusação) e do devido processo legal.

Nesse sentido, já se manifestou a CIDH entendendo que “o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está presa não satisfaz essa garantia, já que o preso deve comparecer pessoalmente e *prestar a sua declaração* perante o juiz ou autoridade competente” (CIDH, 2005, grifo nosso). Ainda nessa linha, a CIDH tem entendido que nem mesmo a presença do juiz no momento da prisão supre a necessidade de haver uma audiência de custódia, pois, nessa audiência, “A autoridade judicial deve ouvir pessoalmente o preso, e valorar *todas as explicações* que este lhe proporcione, para decidir se deve haver a liberação ou a manutenção da privação de liberdade” (CIDH, 2007, grifo nosso).

Imagine-se que o preso é apresentado ao juiz, que o indaga sobre como foi sua prisão. Ele responde que estava só passando pelo local e que não tem nenhuma relação com o crime. O juiz o interrompe esclarecendo que ele terá posteriormente a oportunidade de provar sua inocência em juízo e que, nesse momento, apenas deverá falar sobre as “circunstâncias objetivas de sua prisão”. Então novamente o juiz pergunta se durante a prisão houve alguma ilegalidade, se os policiais o agrediram. Ele responde que foi bem tratado pela polícia, mas gostaria de esclarecer que não tem nenhum envolvimento com o crime. O juiz dá por encerrado o ato, ao argumento de que as circunstâncias da prisão estão formalmente corretas. Essa interpretação de que não se deve interrogar o preso sobre suas possíveis teses defensivas retira qualquer sentido lógico à garantia convencional da audiência de custódia! Certamente não será possível nesse momento ouvir outras testemunhas. Mas o juiz não pode coibir o preso de apresentar seus argumentos que, em tese, justificariam a não decretação de sua prisão preventiva, pois o juiz deverá, logo na sequência, decidir quanto à necessidade ou não dessa custódia cautelar.

Por outro lado, se o preso desejar confessar o crime na audiência de custódia, esse é um direito que lhe compete, que será devidamente recompensado com a atenuante respectiva (CP, art. 65, inciso III, alínea “d”) e com a credibilidade do contexto de suas afirmações. Imagine-se que o preso, após ser devidamente advertido de seu direito constitucional ao silêncio, decide confessar ao juiz da audiência de custódia que efetivamente praticou o crime de roubo, porque estava passando por dificuldades financeiras. O juiz deve documentar a confissão nos autos, e ela será uma informação que constará do caderno informativo, assim como todas as demais. Jamais essa informação poderá ser considerada isoladamente para fundamentar uma condenação, nos termos do art. 197 do CPP. Todavia, não faz qualquer sentido que, tendo o preso iniciado uma confissão, possa o juiz proibi-lo de esclarecer os fatos secundários dessa confissão, quando, na sequência, deverá o magistrado proferir uma decisão sobre a manutenção ou não da custódia cautelar. Ou ainda, não faz sentido que a confissão feita perante a autoridade policial seja uma informação passível de ser levada em consideração, juntamente com outras provas, para subsidiar uma acusação; todavia, a confissão feita perante o juiz, cercada de inúmeras outras proteções (próprias do sistema de justiça e de sua configuração contraditória) seja sumariamente desprezada, quando a finalidade da audiência de custódia é exatamente conceder ao preso um espaço de fala livre de quaisquer pressões.

Uma audiência de custódia que proíbe o preso de prestar esclarecimentos sobre as circunstâncias que justificaram sua prisão é uma direta

violação das normas das convenções internacionais, tornando-se um ato processual meramente formal e estéril. Continuará o juiz decidindo exclusivamente com fundamento nas informações que a autoridade policial entendeu relevante repassar-lhe, pois a possibilidade de o preso influenciar a decisão exige que ele possa prestar informações sobre os fatos acerca dos quais a decisão judicial será proferida. Acaba tornando-se mera “audiência *drive thru*”. Uma análise detida dos paradigmas internacionais refuta essa possibilidade de autismo judicial.

Ademais, se deve haver esclarecimento dos fatos, não se pode admitir a possibilidade de indeferimento sumário de perguntas tanto do Ministério Público quanto da Defesa. Especialmente porque, se o Ministério Público entender necessários mais esclarecimentos quanto ao interrogatório, poderá requisitá-los à autoridade policial (CF/1988, art. 129, inciso VIII; LC nº 75/1993, art. 7º, inciso II; CPP, art. 13, inciso II). Feriria o princípio da proporcionalidade e da eficiência denegar uma pergunta ao titular da ação penal, para na sequência determinar um reinterrogatório policial (ou mesmo da Promotoria de Justiça). Da mesma forma, considerando que o defensor do réu está presente no ato para maximizar a oportunidade de defesa, procurando trazer as informações que seriam potencialmente úteis aos interesses do investigado, poderá colaborar com o esclarecimento dos fatos, sendo uma restrição inadmissível à ampla defesa proibir perguntas ao defensor. As perguntas, tanto do Ministério Público quanto da defesa, deverão estar cingidas aos fatos juridicamente relevantes à investigação (pertinência e relevância), com a necessária parcimônia de que, durante a fase de investigação, procura-se esclarecer os fatos e conexões ainda não totalmente esclarecidos, mas dentro do quadro que justificou a prisão em flagrante e o pedido de prisão preventiva. Em termos práticos, as intervenções do Ministério Público e da Defesa serão sempre residuais em comparação às questões colocadas pelo magistrado, que usualmente exaurem os aspectos mais relevantes; todavia, não podem ser proibidas.

4.4. Abrangência da audiência de custódia para todas as prisões, inclusive decorrentes de ordem judicial

No Brasil, inicialmente se discutiu a audiência de custódia exclusivamente para as prisões em flagrante, usualmente sob o argumento de tal audiência ser um mecanismo para reduzir o excessivo número de prisões cautelares. Ocorre que as normas internacionais não restringem a sua realização à prisão em flagrante, mas aplicam-na a todas as formas de prisão. É direito do preso dar a sua versão dos fatos à autoridade judiciária encarregada de decidir sobre a manutenção de sua prisão.

Segmento da doutrina nacional já sinaliza no sentido de que, mesmo no caso de prisão preventiva, seria necessária a audiência de custódia (BRASIL, 2015a). Outros países adotam essa regulamentação. Nesse sentido, estabelece textualmente o art. 254.2 do CPP português: “O arguido detido fora de flagrante delito para aplicação ou execução da medida de prisão preventiva é sempre apresentado ao juiz, sendo correspondentemente aplicável o disposto no art. 141 [primeiro interrogatório judicial de arguido detido]”. Igualmente na Espanha, o art. 539, § 4º, da LECrim (ESPAÑA, 1882) determina que, se o juiz decretar a prisão preventiva de investigado solto, deverá determinar a realização da audiência de custódia.

Felizmente essa lacuna foi corrigida com o art. 13 da Resolução nº 213/2015 do CNJ, que previu a necessidade da apresentação do preso ao juiz para as demais modalidades de prisão, nos termos da teleologia da garantia convencional da audiência de custódia. Portanto, se o Ministério Público formular requerimento de prisão preventiva fora do quadro da prisão em flagrante, o correto será o juiz examinar os fundamentos e, entendendo cabível a medida, deverá ordenar a prisão preventiva, com a cláusula de apresentação imediata do preso para a realização de audiência de custódia. Nessa audiência, o juiz ouvirá o preso, dará possibilidade de reperguntas ao Ministério Público e ao defensor, ouvirá ambos sobre a necessidade da prisão, e proferirá nova decisão ratificando ou não a decretação inicial da prisão preventiva.

A audiência de custódia se aplica à prisão por todos os tipos de crimes. Alguns estados estão excluindo algumas modalidades de delitos da realização da audiência de custódia, como o homicídio ou a violência doméstica. Tecnicamente, as normas internacionais não realizam qualquer distinção de delitos, sendo a teleologia a mesma para todos, inclusive para

crimes graves em relação aos quais, aparentemente, será necessária a manutenção da prisão cautelar. Como já vimos, a audiência de custódia não é (não deveria ser) uma audiência para soltar, mas sim para fiscalizar a legalidade da prisão e oportunizar um espaço de fala direto com a autoridade responsável pela manutenção da prisão.

Em relação aos delitos de violência doméstica e familiar contra a mulher, cumpre uma observação particular. Tais delitos são uma grave violação de direitos humanos, sendo especialmente importante que os operadores do sistema de justiça que venham a trabalhar com eles tenham uma formação especializada para compreender a dinâmica da violência de gênero, ou seja, do conjunto de discriminações às quais as mulheres estão submetidas, a dificuldade de uma mulher romper o ciclo da violência, os fatores de risco específicos. Enfim, a Lei Maria da Penha é efetivamente um subsistema com valores próprios, destinado a contrapor-se aos valores androcêntricos da sociedade, que todos compartilhamos em maior ou menor medida, de forma consciente ou inconsciente. Portanto, é essencial o processo de sensibilização (mais que apenas capacitação) para a correta aplicação dessa legislação. Seria de todo conveniente que os profissionais responsáveis pela realização da audiência de custódia no caso de violência doméstica contra a mulher sejam os mesmos dos órgãos especializados (Juizado da Mulher e Promotoria respectiva), que irão, inclusive, acompanhar a evolução do caso conflituoso. Obviamente, para a efetividade dessa apresentação ao juiz natural, seria necessário rever o utópico prazo de 24 horas estabelecido pelo STF, de modo a aproximá-lo dos prazos mais factíveis estabelecidos por outros países civilizados.

A audiência de custódia para casos de violência doméstica ainda poderá resolver outro

grave problema. Atualmente, após a prisão em flagrante por crime de violência doméstica contra a mulher, a autoridade policial deve arbitrar fiança, sendo possível que o autuado pague-a e retorne para o domicílio comum, antes que o juiz tenha tempo de deferir as medidas protetivas de urgência, nas 48 horas sucessivas. Esse sistema pode tornar o registro da ocorrência policial um novo fator de risco para a mulher. O ideal seria que fosse vedado o arbitramento de fiança pela autoridade policial em casos de violência doméstica, e que o autuado fosse imediatamente apresentado ao Juiz da Mulher, para que o juiz pudesse decidir, mediante requerimento do Ministério Público, seja pela decretação da prisão preventiva, seja pelo deferimento das medidas protetivas de urgência. Há mesmo quem defenda que, atualmente, não caberia arbitramento de fiança na esfera policial no caso de violência doméstica contra a mulher (ver Enunciado nº 06/2011 da Comissão Nacional Permanente dos Promotores de Justiça de Violência Doméstica), mas tal entendimento não é majoritário. A audiência de custódia resolve mais esse problema, diante da rapidez do procedimento em comparação com a análise ordinária das medidas protetivas de urgência.

Muitos estados, em suas regulamentações, estão fazendo referência apenas à possibilidade de o juiz aplicar as medidas cautelares alternativas do art. 319 do CPP. Obviamente, não há como cindir a tutela cautelar no momento da audiência de custódia. Portanto, o juiz da audiência de custódia, no caso de violência doméstica contra a mulher, deve necessariamente apreciar o pedido de medidas protetivas de urgência formulado pela vítima, no registro da ocorrência. Não faria o menor sentido o juiz conceder liberdade provisória e relegar ao juiz especializado a apreciação das medidas protetivas de urgência solicitadas pela vítima.

Apesar de terem natureza jurídica *sui generis*, não perfeitamente reconduzíveis à dicotomia cível ou criminal (PIRES, 2013), tais medidas fazem parte do microssistema protetivo da Lei nº 11.340/2006, devendo ser apreciadas no momento da decisão sobre a necessidade de manutenção da prisão cautelar. Considerando a relevância de levar em consideração os interesses da vítima nessa decisão, seria de todo conveniente que a vítima pudesse participar desse ato processual (LIMA, 2015, p. 927). Para tanto, poderiam ser realizados acordos com as Delegacias de Polícia, para que, após a prisão em flagrante, a vítima já fosse informada de quando seria realizada a audiência de custódia, e orientada a dela participar.

4.5. Consequências da não realização da audiência de custódia

Aqui há duas ordens de problemas. O que fazer com todas as prisões realizadas desde 1992, sem cumprimento das normas convencionais sobre a audiência de custódia? E, após a institucionalização da realização da audiência de custódia como rotina, o que fazer se não houve a apresentação imediata do preso ao juiz?

Quanto à primeira ordem de problemas, poder-se-ia argumentar que, se tais normas estão em vigor desde 1992, então todos os procedimentos criminais são nulos desde então. Parece-nos que uma interpretação radical não se mostra legítima, pois a concretização do sentido efetivo do art. 7.5 da CADH foi sendo decantado com o passar do tempo pela CIDH, que detém a atribuição exclusiva da efetiva interpretação do que significa uma disposição da CADH. O Brasil expressamente reconheceu sua jurisdição no plano internacional, abrindo mão, assim, de uma parcela de sua soberania para um órgão internacional de defesa de di-

reitos humanos. Parece-nos que seria o caso de haver uma modulação dos efeitos da decisão do STF, de sorte que haveria uma “inconveniencialidade progressiva”, à proporção que seja interiorizada a rotina das audiências de custódia no ordenamento jurídico pátrio. O STF já tem precedentes sobre a chamada “inconstitucionalidade progressiva” quando, em dado momento histórico, certas situações fáticas determinem a tolerância de uma situação constitucional imperfeita (de concretização não ideal de alguma norma constitucional), em atenção aos graves efeitos que a ausência de tais normas acarretariam a outros princípios de envergadura constitucional mais relevante naquele contexto específico (BRASIL, 1997). A própria concessão do prazo de 90 dias para o início das audiências de custódia é indicativa de que o STF modulou os efeitos de sua decisão.

Uma vez criada a rotina ordinária de realização das audiências de custódia, cumpriria analisar qual seria a consequência de sua não realização, ou seja, se a violação da referida norma convencional deve gerar o relaxamento da prisão ou apenas a responsabilização do policial que deixa de apresentar o preso ao juiz. Há quem defende que a não apresentação do preso configuraria a nulidade absoluta da prisão em flagrante (BRASIL, 2015e). Pensamos que a consequência da violação dessa norma é, a princípio, uma questão afeta ao direito interno que, contudo, deve guiar-se pela necessidade de haver um *effective remedy* contra tal violação da norma internacional.

Assim, por exemplo, após a efetiva internalização da nova sistemática de respeito às normas convencionais, na hipótese cerebrina de o juiz ser comunicado da prisão depois de vários dias de sua realização, deve ser reconhecido o crime de abuso de autoridade, que consiste em uma autoridade policial executar medida restritiva de liberdade individual sem as formalidades legais (BRASIL, 1965b, art. 4º, alínea “a”). Obviamente, a configuração de tal delito fica dependente da efetiva internalização das rotinas de apresentação imediata, sob pena de nem sequer haver dolo, por impossibilidade de apresentação ante a falta de normas de organização e procedimentos.

A prisão em flagrante perdura apenas até que seja comunicada ao juiz e este profira a decisão de decretação de prisão preventiva. A demora na comunicação transforma a detenção policial sem ordem judicial em verdadeira violação de direitos. Nessa mesma hipótese, se a situação efetivamente justifica a decretação da prisão preventiva, ainda que anulada a prisão em flagrante, poderia o magistrado decretar a prisão preventiva (ANDRADE; ALFLEN, 2015). Obviamente, após a decretação da prisão preventiva, deveria o magistrado determinar a realização de uma audiência de apresentação do preso, pois, como já vimos, as nor-

mas convencionais se aplicam a quaisquer prisões. O que jamais pode ser tolerado é que essa válvula de escape seja sistematicamente utilizada como subterfúgio para não aplicar, de forma ordinária, as normas convencionais que determinam a apresentação imediata do preso. Nesse sentido, o art. 302 do CPP italiano permite expressamente a decretação de nova prisão preventiva após a anulação da anterior prisão por não realização de oitiva do preso no prazo legal.

Idêntica solução deve ser aplicada às situações excepcionais de impossibilidade de apresentação imediata do preso ao juiz. Nessa situação, após a comunicação da prisão em flagrante, deverá o juiz abrir vista ao Ministério Público, para que este formule o seu requerimento de prisão preventiva e, se for o caso, profira a decisão de decretação da prisão preventiva, sendo essencial na sequência determinar a realização da audiência de custódia para a data o mais próxima possível, fundamentando concretamente a excepcionalidade.

Pensamos que aqui deve ser aplicado o mesmo entendimento da inconvencionalidade progressiva, supra referido. Ou seja, à proporção que forem criadas as estruturas e rotinas para a realização da audiência de custódia, estando tal procedimento internalizado, uma não realização arbitrária da audiência, dentro de um prazo célere e razoável (não o prazo utópico de 24 horas), ensejaria a decretação da nulidade da prisão. Mas nos locais em que for faticamente impossível a realização da audiência de custódia, há de se tolerar um “estado de coisas não perfeitamente convencional”. Isso porque um sistema que, na prática, nunca permitisse a realização de uma prisão em flagrante (por impossibilidade de cumprir o art. 7.5 da CADH) seria mais violador de direitos fundamentais que o outro sistema que não realizasse a audiência de custódia (OLIVEIRA G. et al, 2015, p. 116).

4.6. A necessidade de reforma legal para agregar sentido procedural à apresentação do preso

Uma última consideração deve ser feita. Ainda que seja elogiável a iniciativa do STF de determinar o cumprimento imediato das normas convencionais do art. 9.3 do PIDCP (BRASIL, 1992a) e art. 7.5 da CADH (BRASIL, 1992b), ainda é de todo recomendável que haja uma regulamentação legal das referidas normas internacionais. Como visto ao longo deste artigo, há um conjunto de regras procedimentais que carecem de concretização e não deveriam estar apenas sedimentadas no “bom senso” jurídico.

Ademais, convém a realização de uma reforma que dê celeridade processual ao momento da audiência de custódia. Diversos ordenamentos

jurídicos contam com um procedimento mais célere para a hipótese de realização de prisão em flagrante, em que a audiência de custódia já é um ato do processo criminal. Em Portugal, para os crimes punidos com até 5 anos em que haja prisão em flagrante, é admitido o procedimento sumário (PORTUGAL, 1987, art. 381 *et seq.*). Assim, a polícia comunica o investigado da audiência, já valendo tal comunicado como citação, ou seja, se o réu posteriormente for solto e não comparecer à audiência designada, será considerado revel (PORTUGAL, 1987, art. 385.3.a). É admissível a realização da suspensão provisória do processo nessa audiência; as testemunhas ouvidas no âmbito policial já são intimadas de ofício a comparecerem à audiência; a acusação é apresentada em audiência, podendo-se fazer remissão à narrativa da ocorrência policial (PORTUGAL, 1987, art. 389.2), com a possibilidade de, a pedido da defesa, adiar-se a audiência por mais 30 dias. De forma semelhante, na Espanha há o procedimento rápido (*procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos* – ESPANHA, 1882, art. 795 *et seq.*); na França há o procedimento de comparecimento imediato (*comparution immédiate* – FRANÇA, 1959, art. 395, § 3º); e na Itália há o julgamento imediato (*giudizio immediato* – ITÁLIA, 1988, art. 453.1-bis), que se aplica aos procedimentos decorrentes de prisão em flagrante.

No Brasil, já se antevê que, em diversas hipóteses, a prisão não será necessária à proteção da ordem pública, e o preso será liberado. Mas esse momento deveria incluir a possibilidade de, havendo prova suficiente, já se iniciar a persecução criminal, inclusive com a realização imediata de acordo processual do Ministério Público com o sujeito passivo da persecução penal. Urge expandir as hipóteses de realização de acordo (preferencialmente de transação penal, sem necessidade de oferecimento de de-

núncia) para que crimes, como furto ou porte de arma, em relação aos quais certamente haverá, em caso de condenação, fixação do regime aberto, sejam solucionados de forma consensual, desde que haja efetivamente a aplicação de condições a serem cumpridas pelo réu. Dessa forma, torna-se efetiva a intervenção estatal em relação ao delito, e é possível reservar-se a força de trabalho das varas judiciais aos feitos de maior relevância. Em Portugal, por exemplo, a suspensão provisória do processo é aplicada aos crimes com pena de até 5 anos, e é realizada antes do oferecimento da acusação (assim como a nossa transação penal), simplificando-se tal fase (PORTUGAL, 1987, art. 281).

Havendo denúncia e citação durante a audiência de custódia, também seria possível refletir, *de lege ferenda*, sobre a possibilidade de o interrogatório realizado nesse ato já ser considerado como o interrogatório do processo, não sendo necessário outro interrogatório judicial (este seria repetido ao final da instrução apenas se houvesse pedido expresso do réu), agilizando-se a persecução penal.

Considerações finais

Vimos que a audiência de custódia é uma exigência de normas constantes de Convenções Internacionais que estão em vigor no Brasil, com hierarquia de normas supralegis – art. 9.3 do PIDCP (BRASIL, 1992a) e art. 7.5 da CADH (BRASIL, 1992b). Ela tem diversas finalidades, não constituindo somente um momento de análise mais detida da efetiva necessidade da decretação da prisão preventiva após o flagrante. Apesar de não ser uma panaceia para todos os problemas de superpopulação carcerária ou eventuais arbitrariedades policiais, é uma garantia extremamente importante para a redução desses problemas.

Sua implementação exige uma mudança cultural dos atores jurídicos, a interiorização da relevância de efetivamente não tolerar espaços de arbitrariedade dentro do sistema penal, por meio do concurso de todos os sujeitos processuais no ato mais intrusivo do processo penal: a restrição de liberdade antes da superação cabal da presunção de inocência.

À luz do estudo de direito comparado, é possível identificar sete finalidades da audiência de custódia: (i) estabelecer um mecanismo de fiscalização judicial imediata de eventuais arbitrariedades praticadas no curso da detenção; (ii) assegurar a possibilidade de autodefesa quanto aos fatos investigados, oferecendo-se ao preso um espaço de maior liberdade para dar sua versão dos fatos, longe da eventual restrição à sua liberdade de se manifestar que poderia existir no ambiente policial; (iii) assegurar possibilidade de autodefesa quanto à decisão judicial de manutenção da prisão em flagrante; (iv) concretizar o sistema acusatório em relação à ação penal cautelar, criando um mecanismo que torne rotina o requerimento de aplicação de medida cautelar pelo Ministério Público; (v) instrumentalizar o contraditório técnico de defesa antes da decisão judicial sobre a aplicação da prisão preventiva; (vi) estabelecer um mecanismo obrigatório de revisão judicial da necessidade de manutenção da detenção efetuada pela Polícia (em um quadro acusatório); (vii) concretizar a garantia constitucional de assistência jurídica efetiva ao preso, tornando rotina o contato do defensor com seu cliente.

Todavia, da forma como vem sendo implementada, a audiência de custódia “à brasileira” traz sérios problemas, o que pode comprometer seriamente sua legitimidade como instrumento garantista. Avançamos muito, mas ainda há desafios adiante.

O prazo de apresentação de 24 horas após a prisão, apesar de ser factível para a maioria dos casos na maior parte dos grandes centros urbanos, é absolutamente utópico para todas as comarcas de interior no Brasil ou para as previsíveis situações excepcionais. Estabelecer um prazo para, em seguida, admitir sucessivas relativizações apenas enfraquece a garantia convencional, com o risco de acabar tornando-se apenas mais um prazo impróprio. Melhor seria a previsão de um prazo “sem demora” factível, como de 24 horas após o término da lavratura do APF, e com a possibilidade de, fundamentadamente, o juiz adiar alguns poucos dias diante de situações excepcionais concretas, como no caso das comarcas de difícil acesso.

Não faz sentido impedir-se o interrogatório do preso durante a audiência de custódia. Para que trazer o preso à presença do juiz se ele não poderá ouvi-lo sobre o pressuposto de sua decisão: as circunstâncias do fato justificam a decretação da prisão preventiva? Interrogatório não é

ato de prova ou investigação, é ato de autodefesa, vinculado ao exercício da jurisdição já demandada ao juiz: a tutela cautelar solicitada pelo Ministério Público. Esse “juiz de custódia autista” não colaborará para a realização de sua função de guardião das liberdades.

A audiência de custódia deve instrumentalizar o contraditório para o deferimento das medidas cautelares. Para tanto, será essencial o requerimento de deferimento da prisão preventiva pelo Ministério Público (titular da ação penal cautelar) e a manifestação da defesa técnica. Trata-se de ótima oportunidade para finalmente se aplicar plenamente o art. 311 do CPP (inércia da jurisdição sobre a tutela cautelar na fase investigativa), sem prejuízo da tolerância de um estado de coisas não perfeitamente convencional (inconvencionalidade progressiva) nos locais em que a estrutura não permitir tal realização.

Além das medidas já possíveis de serem realizadas *de lege lata*, é conveniente, *de lege ferenda*, uma reforma legal para ampliar a utilidade processual da audiência de custódia como o início de um procedimento sumário para situações de flagrante delito. Uma elevação das hipóteses de acordos processuais, ou a simplificação do rito (formalidades da denúncia, citação em audiência) para tais situações seriam de todo convenientes.

Sobre o autor

Thiago André Pierobom de Ávila é doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil (2006); especialista pela École Nationale de la Magistrature, Paris, França; professor de direito processual penal e temas de direitos humanos no programa de pós-graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT), Brasília, DF, Brasil; promotor de justiça e coordenador do Núcleo de Direitos Humanos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) em Brasília, DF, Brasil.

E-mail: thiago.pierobom@hotmail.com.

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

THE BRAZILIAN CUSTODY HEARING: ADVANCES AND CHALLENGES

ABSTRACT: This paper analyses necessity of immediate implementation in Brazilian criminal procedure of the articles 9.3 of International Covenant on Civil and Political

¹ Sem revisão do editor.

Right (ICCPR) and 7.5 of American Convention On Human Rights (ACHR), which prescribe a judicial hearing for the personal presentation of the arrested person. After a compared law study, it analyses the seven functions of the so called “custody hearing”. The Brazilian model in progress should be reviewed in some aspects: the unworkable term of 24 hour for the judicial hearing, for all Brazilian regions, which is not a mandatory request according to international rules; the necessity to create an adversarial procedure for the provisional arrest decision, with a prosecution request and defense response; the necessity to allow the arrested person to be free to state about the circumstances of his prison; the “progressive unconventionality” of the non-implementation of this hearing; and the necessity of statute reforms to grant a procedural logic for the custody hearing.

KEYWORDS: CUSTODY HEARING. TELEOLOGY. LEGAL TERM. ADVERSARIAL SYSTEM. INTERROGATORY.

Como citar este artigo

(ABNT)

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Audiência de custódia: avanços e desafios. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, n. 211, p. 301-333, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p301>.

(APA)

Ávila, Thiago André Pierobom de. (2016). Audiência de custódia: avanços e desafios. *Revista de informação legislativa: RIL*, 53(211), 301-333. <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p301>.

Referências

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do código de processo penal: à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2009.

ALEMANHA. *Código de processo penal alemão: StPO – Strafprocessordnung*. 1950. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/index.html>. Acesso em: 12 ago. 2016.

ALSTON, Philip. *Report of the special rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: mission to Brazil*. Nações Unidas, 23 maio 2009. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/01/G0912625-2009.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2016.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2011: el estado de los derechos humanos en el mundo*. Madri: Ed. Amnistía Internacional, 2011.

ARGENTINA. Lei nº 24.063, de 4 de dezembro de 2014. Código processual penal da nação argentina. Disponível em: <<http://www.saij.gob.ar>>. Acesso em: 12 ago. 2016

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A atuação do Ministério Público na concretização do direito fundamental à segurança pública. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*, n. 4, p. 159-189, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, 13 out. 1941.

_____. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*, 19 jul. 1965a.

_____. Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o Processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. *Diário Oficial da União*, 13 dez. 1965b.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Lei da Prisão Temporária. *Diário Oficial da União*, 22 dez. 1989.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, 26 jul. 1990.

_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial da União*, 7 jul. 1992a.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, 9 nov. 1992b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 70.514. Relator: Min. Sydney Sanches. *Diário da Justiça*, 27 jun. 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 341.717. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça eletrônico*, 5 mar. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1570. Relator: Min. Maurício Correa. *Diário da Justiça*, 22 out. 2004.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. *Diário Oficial da União*, 8 ago. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso especial n. 349703/RS. *Diário da Justiça eletrônico*, 5 jun. 2009a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 94.173. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça eletrônico*, 22 nov. 2009b.

_____. Senado Federal. Decreto legislativo n. 127, de 8 de abril de 2011. Aprova o texto da convenção interamericana sobre o desaparecimento forçado de pessoas, concluído em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*, 11 abr. 2011.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2013.

_____. Ministério da Justiça. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*: INFOPEN: junho de 2014. Brasília: Ministério da Justiça, 2014a.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2014b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Processo n. 2015.03.1.004656-5*. 22 fev. 2015a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5240. Relator: Min. Luiz Fux. *Diário da Justiça eletrônico*, 20 ago. 2015b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça eletrônico*, 14 set. 2015c.

_____. Conselho Nacional do Ministério Pùblico. Nota técnica n. 6/2015. Nota Técnica referente ao Projeto de Lei do Senado n. 554, de 2011, que estabelece a pronta apresentação do preso à autoridade judicial no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, após efetivada a prisão. *Diário Oficial da União*, 23 set. 2015d. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Normas/Notas_Tecnicas/_Nota_Tecnica_n6_2015.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2016.

_____. Conselho Nacional do Ministério Pùblico. Recomendação n. 28, de 22 de setembro de 2015. Dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Pùblico nas “audiências de custódia”. *Diário Oficial da União*, 23 set. 2015e.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*. 4. ed. Milão: Utet, 2009.

CHILE. Lei nº 19.696, de 12 de outubro de 2000. Código de Processo Penal do Chile. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&idParte=0>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3. ed., rev., atual. e coment. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Caso Los niños de la calle (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala. São José da Costa Rica, 19 de novembro de 1999.

_____. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. São José da Costa Rica, 22 de novembro de 2005.

_____. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. São José da Costa Rica, 01 de fevereiro de 2006.

_____. *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez. vs. Equador*. São José da Costa Rica, 21 de novembro de 2007.

_____. *Bayarri vs. Argentina*. São José da Costa Rica, 30 de outubro de 2008.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DELMANTO JÚNIOR, Celso. A apresentação imediata do preso em flagrante ao juiz no combate à tortura. *A tribuna do direito*, São Paulo, n. 51, jul. 1997.

ESPAÑHA. *Código de processo penal espanhol*: LECrim – Ley de Enjuiciamiento Criminal. 1882. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

_____. LOFCS: Ley Orgánica nº 2, de 14 de março de 1986. Lei Orgânica de Forças e Corpos de Segurança. 1986. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-6859>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

FRANÇA. *Code de procédure pénale*. 1959. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. 5. ed. Paris: Lexis Nexis, 2009.

ITALIA. *Codice di procedura penale*. 22 set. 1988.

JARDIM, Afrânio. *Direito processual penal*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LEI fundamental da República Federal da Alemanha. Berlin: Deutscher Bundestag, 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Magister de direito penal e processual penal*, v. 10, n. 60, p. 5-17, jun./jul. 2014.

MACIEL FILHO, Euro Bento. Audiência de custódia e o direito à liberdade. *Consulex: revista jurídica*, v. 19, n. 437, p. 16-17, abr. 2015.

MALARINO, Ezequiel. A Polícia nos estados de direito latino-americanos: um resumo comparativo. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coord.). *Polícia e estado de direito na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 111-167.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. 3. ed., rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2013.

MÉXICO. Código Nacional de Procedimientos Penales, de 5 de março de 2014. Código de Processo Penal Mexicano. 2014. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_170616.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVIERA, Gisele Souza de et al. *Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei n. 12.403/2011)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PORTUGAL. *Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro*. Código de processo penal. Lisboa, 1987.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais: [poderes de investigação no processo penal, transação penal e suspensão condicional do processo mutatio libelli publicidade e mídia, oralidade]*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: del Puerto, 2000.

_____. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2007.

SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. In: GARANTISMO penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010.

SÉRGIO SOBRINHO, Mário. *A identificação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Edimar Carmo da. *O princípio acusatório e o devido processo legal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). *Zervudacki vs. França*. Acórdão n. 73.947/01. Estrasburgo, 27 de julho de 2006.

_____. *Caso Kaiser vs. Suíça*. Acórdão n. 17073/04. Estrasburgo, 15 de março de 2007.

_____. *Caso Medvedyev et al. vs. França*. Acórdão n. 3394/03. Grande Câmara. Estrasburgo, 29 de março de 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

O problema da causa na resolução dos contratos

ROBERTO PAULINO

RODRIGO CUNHA CHUEIRI

RAFAEL AZEVEDO

Resumo: Baseando-se na boa-fé objetiva e função social, podem-se impedir resoluções contratuais quando o inadimplido seja ínfimo, o que se define pela subsistência do interesse objetivado – aproximando-se da ideia de causa contratual. O problema da causa (elemento que individualiza cada arranjo contratual específico), portanto, é inescusável à análise do adimplemento e sua relação com a resolução. Assim, para configurar a hipótese normativa de resolução do contrato por inadimplemento, deve-se passar pela identificação e análise da causa final contratual. Estando ela viva, ainda que alguma ou algumas das causas das obrigações inseridas na avença não estejam, não se configurará inadimplemento justificador da resolução, ainda que os interesses dos contratantes, até aquele momento, não tenham sido satisfeitos na totalidade, devendo, se possível, remeter os contratantes a meios menos radicais de satisfação das obrigações.

Palavras-chave: Causa. Contrato. Resolução. Adimplemento. Função.

1. Considerações iniciais

O universo do direito das obrigações já não pode reduzir as relações nele tratadas a uma forma atomizada, linear, composta simplesmente pela ideia de um antagonismo protagonizado por credor e devedor. Nisso já não se encontra mais a completude de definição da relação jurídica obrigacional, que atualmente deve ser vista como formada por uma série de deveres, ônus e sujeições, impostos tanto ao devedor quanto ao credor, direcionando a relação ao adimplemento, seu fim esperado, que só é alcançado pela satisfação do interesse.

Recebido em 18/1/16

Aprovado em 6/6/16

As formas de verificação do adimplemento e do inadimplemento, com suas subdivisões, também passaram por uma alteração desde a concepção clássica das relações obrigacionais. Não é mais recomendável que as consequências das espécies de descumprimento sejam vistas como estanques e predefinidas, despidas de valores extraídos da completude do ordenamento jurídico.

Essa metodologia, aplicada à visão de obrigação como processo, acarreta a necessidade de cooperação entre os integrantes da relação, em função da observância da boa-fé objetiva; é hábil para justificar não só proteção à satisfação dos interesses do credor, mas também aos do devedor, especialmente protegendo-o de exercício abusivo do direito à resolução contratual. Tal complexidade demonstra que não se pode limitar a aferição do adimplemento aos critérios legais básicos – tempo, lugar e forma –, representativos da pontualidade do cumprimento e igualmente relevantes entre si. Assim, a satisfação dos interesses passa a ser ponto de análise central.

Relevante será, portanto, definir no que consiste ou, indo além, como definir aquilo que poderia ser considerado interesse juridicamente relevante, a ponto de influenciar na manutenção da relação contratual, mesmo diante de inadimplemento, desde que pouco expressivo. A busca é, portanto, em torno do interesse objetivado, encontrando uma justificação objetiva para a perda subjetiva do interesse; e, como tal ideia se aproxima daquelas expressas durante a construção e afirmação da teoria da causa contratual, passa-se a explorá-la como forma de ampliar potenciais parâmetros analíticos acerca do adimplemento.

Certamente, entre os temas mais complexos e de maior divergência entre os juristas de países que adotaram o sistema da “civil law”, a *causa* ocupa lugar de destaque. Tamanho foi o

esforço de diversos estudiosos para entendê-la, que muitos a classificaram como inútil, pois traria apenas complicação para a teoria das obrigações, em nada podendo acrescentá-la.

Há diversas acepções de *causa* nos diferentes sistemas jurídicos de “civil law”; e, dentro de cada um deles, divergências doutrinárias sobre qual modelo teria sido adotado ou mesmo dúvidas sobre se foi adotada a *teoria da causa*. Assim, sem a pretensão de esgotar o tema, apresentar-se-ão algumas teorias e modelos jurídicos de *causa*, dando-se especial atenção ao que dispõem os privatistas brasileiros no que diz respeito ao tema, bem como de sua adoção ou não em nosso ordenamento jurídico.

Conforme será visto adiante, o problema da *causa* torna-se inescapável quando se analisam o adimplemento e a resolução contratual. Depois de se discorrer sobre a *teoria da causa* e de se explicitar a corrente adotada, far-se-á uma análise de suas implicações na fase de cumprimento do processo obrigacional.

2. Interesse juridicamente relevante para a resolução, a ideia de *causa* e suas acepções

O interesse é, atualmente, ponto central na verificação do adimplemento e isso não só no ordenamento jurídico brasileiro, como observa Catarina Pires (2015), ao apresentar a perspectiva da resolução do contrato por inadimplemento no Direito português, brasileiro e alemão.

Muito embora a norma escrita no Brasil aponte que a “parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”, conforme o art. 475 do Codi-

go Civil (CC), fazendo parecer que tal direito seja absoluto, já se consolidam teorias como a do adimplemento substancial, que apresenta temperâncias hermenêuticas em relação à resolução contratual por inadimplemento, impedindo-a quando o inadimplemento for insignificante e houver outros meios para a satisfação do crédito. A questão são os critérios de avaliação do adimplemento, que podem ser divididos em três vieses principais: insignificância do inadimplemento, diligência no desenvolvimento da obrigação e a satisfação do interesse (BUSSATA, 2008). Entre eles, o mais próximo de uma das acepções que o termo *causa* pode conter é a satisfação do interesse, na medida em que, subsistindo-o, subsistiria a razão de ser do vínculo obrigacional contratual – o que justifica uma análise mais acurada.

Inicialmente, apresentando o *locus* do interesse, Jorge Cesa Ferreira da Silva (2007, p. 43) aponta-o como uma relação entre a necessidade do credor e o bem ou fato do devedor:

A prestação visa primordialmente a suprir a necessidade de alguém (credor) de obtenção de um bem ou de realização de um fato. Até a ocorrência do pagamento, há, de um lado, a necessidade do credor (decorrente de sua carência, de seus desejos, curiosidades, aspirações ou qualquer outro móvel subjetivo) e, de outro lado, um bem ou um fato que, proveniente de outra pessoa (o devedor), é capaz de satisfazer essa necessidade, entre o bem ou o fato e a necessidade encontra-se o interesse, palavra que, como demonstra sua origem latina (*inter + est*), porta em si o significado de estar entre algo, no meio. Até a realização da prestação, há o interesse; com ela, há o preenchimento do espaço que medeia a necessidade e o bem ou o fato. A esse preenchimento se costuma denominar “satisfação do interesse”.

Tais posicionamentos, muito embora de grande valia ao estudo das obrigações, não

adentraram o campo da forma de definição do interesse, em relação ao qual se discute na doutrina se a gravidade do não cumprimento deve ser valorada de acordo com um critério objetivo ou subjetivo (VIGARAY, 1972, p. 128).

Assim, voltando-se o estudo para os aspectos subjetivos ou objetivos a fim de verificar o interesse, pode-se perceber que nenhuma das duas abordagens é autonomamente suficiente, dado que, no aspecto subjetivo, o pensamento interno e secreto das partes não será capaz de imaginar todas as eventualidades, que escapam necessariamente de previsibilidade; e, no objetivo, seriam utilizadas indesejáveis abstrações – uma em relação à pessoa específica do credor e outra em relação a sua satisfação, que se presumiria atendida, de modo absoluto, se cumprida a prestação conforme os requisitos impostos no contrato.

Se, de um lado, parece que o interesse deva ser considerado sob um critério objetivo, de outro, o foco subjetivo não pode ser desconsiderado completamente (BELTRÃO, 2003, p. 104), já que a análise objetiva precisa considerar as circunstâncias que permeiam a relação contratual, inclusas aí a condição pessoal do lesado pelo inadimplemento, o que poderá ajudar a demonstrar qual era sua expectativa legítima em relação ao contrato (SILVA, 2007, p. 44).

Mas de tal proposição de abstração não pode decorrer a negação completa de um ou outro critério de averiguação. O que se pretende evitar é a utilização do mero interesse subjetivo do credor, buscando-se, portanto, uma justificação objetiva para a perda subjetiva do interesse (COSTA, 1998, p. 945). É o que se apresenta na dicção do art. 112 do CC, do qual se podem extrair duas tendências: primeira delas, subjetiva, remete à vontade; a segunda, objetiva, remete à declaração (AMARAL NETO, 2003, p. 420).

Há passagem, na lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003, p. 132), defendendo a acomodação das duas ordens de critérios mencionadas, de modo que a verificação se daria por um critério composto – com a averiguação dos elementos subjetivos e com o recurso a argumentos racionalmente verificáveis e controláveis, na busca não do interesse unicamente do lado de um ou outro integrante da relação jurídica obrigacional, mas sim do interesse da relação em si. Daí a razão de chamá-lo de *interesse objetivado* (MARTINS-COSTA, 2002, p. 104) ou legítimo, em detrimento a interesse objetivo.

Assim, pode-se dizer com certeza que o adimplemento exige não tanto a satisfação do credor, mas o atendimento à causa do contrato (SCHREIBER, 2007, p. 15), de modo que se passa a explorá-la.

Ainda nesse primeiro tópico, discorrer-se-á sobre as diferentes concepções atribuídas ao termo *causa*. Contudo, antes de abordar os conceitos jurídicos de *causa*, cumpre mencionar sumariamente a contribuição de Aristóteles (1978, p. 41), que, ao tratar a *causa* no âmbito filosófico, aponta suas quatro diferentes modalidades. A primeira consiste na *causa* como *matéria*, entendida como a substância, a essência que forma e mantém algo, chamada causa material. A segunda, denominada *causa formal*, é aquela que molda a matéria por sua força, de modo a aprimorá-la. A terceira é denominada *causa eficiente*, indicando o que é responsável por provocar alteração em algo. No quarta, ela tem sentido de finalidade, objetivo, sendo denominada *causa final*.

Passando para o mundo jurídico, inicia-se a nossa análise com base no Direito romano, no qual *causa* teve significações diversas. Os romanos não tinham uma teoria da *causa*, nem a consideravam elemento essencial para a validade dos contratos; entretanto, aplicavam diversos princípios da *causa* (LORENZEN,

1919, p. 11). Essa aplicação ocorreu de formas distintas a depender do período histórico do Direito romano, não cabendo aqui entrar em minúcias. A *causa* em diversas fases do Direito romano consistia numa condição para o exercício da “*actio*” baseada num pacto e que se poderia traduzir como uma razão jurídica válida (LORENZEN, 1919, p. 6).

Posteriormente, destacam-se duas acepções para *causa*: uma de ordem subjetiva e outra, objetiva. Na primeira, considera-se a *causa* como o fim principal da obrigação, a consequência jurídica ulterior pretendida individualmente por cada parte com o negócio jurídico. Adeptos dessa corrente, denominada clássica, por ser uma das primeiras concepções de *causa* da modernidade, estão ilustres juristas como Karl Larenz, Domat, Capitant, Venzi, entre outros (CAMPOS FILHO, 1959, p. 12-19, 69-84). A essa corrente clássica opõe-se Clóvis Beviláqua ao excluir propositadamente a causa do Código Civil de 1916, por julgar ser de difícil definição e de pouca utilidade prática.

Na França, houve expressa referência à *causa* como requisito de validade das convenções no Código de Napoleão, o que não escapou às críticas de notórios juristas como Planiol e Giorgio Giorgi (CAMPOS FILHO, 1959, p. 12-19).

No Direito alemão, não houve menção expressa ao termo *causa* quando se tratou dos atos jurídicos, sendo consideradas como tais as declarações de vontade que tivessem ou não destinatário determinado, e que se propunham a produzir efeitos jurídicos; o termo *causa* só aparece quando se trata do enriquecimento injusto (CAMPOS FILHO, 1959, p. 23). Larenz (1978, p. 441) afirma que os contratos de natureza obrigacional são usualmente causais, concebendo *causa* como o *fim* jurídico da obrigação, que dá a conhecer no momento do pacto o *fim* econômico perseguido.

A outra corrente, a objetiva, foi bastante desenvolvida na Itália por autores como Mirabelli, Covello, Ruggiero, Bonfante, Ferrara, Stolfi, Messineo e Luzzato (apud CAMPOS FILHO, 1959, p. 89-90). No Brasil, foi defendida por Torquato Castro (1966), bem como por Pontes de Miranda (1983), Paulo Barbosa de Campos Filho (1959), entre muitos outros.

A corrente objetiva não investiga a finalidade ou os efeitos jurídicos pretendidos por cada uma das partes do negócio, como o faz a primeira teoria, mas identifica na função do negócio jurídico ou do contrato uma única *causa*. Explicitando a teoria objetiva, Pontes de Miranda (1983, p. 78) disserta que *causa* é a função que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia. Diz ainda Pontes de Miranda (1983, p. 79):

A causa refere-se à atribuição. Tantos tipos de atribuições, tantas as causas. Seria erro só se pensar em tipos de contratos (sinalgmáticos, reais e gratuitos; sinalgmáticos, de solução e gratuitos; etc.); [...]. A causa nunca é convencional; pensou-se ser legal: mas com isso se daria pouco caso à natureza das coisas; a *causa cretendi*, a *causa solvendi* e a *causa donandi* são tão cheias de “jecto”, de dado experencial, quanto os números um, dois, três, a casa, o parque, a estrela (nossa *O Problema fundamental do Conhecimento*, 167 s.). Pense-se no que é atribuição – no que é comum a operação de transferir, pessoal ou realmente, de um patrimônio a outro. Quando se fala de negócio jurídico causal, alude-se a esse substrato de que se pode, se a lei o permite, abstrair, ou de que se abstrai, se a lei o estatui.

Parece, entretanto, que o apontado por Pontes de Miranda como *causa* seria, na verdade, a *causa* de cada uma das obrigações que compõem o negócio jurídico bilateral.

O grande mérito da teoria objetiva foi desvincular a *causa* do subjetivismo da busca pelo fim da vontade de cada uma das partes – o que, de todo modo, não deixa de ter sua relevância, situando-a também em relação ao negócio jurídico e não somente às obrigações. Assim, a *causa-função* do contrato adviria do conjunto das obrigações que o compõem, sendo algo individual em cada arranjo contratual específico, ainda que este tenha elementos comuns a outro arranjo contratual. A *causa* é, portanto, única a cada configuração contratual, não se podendo pressupô-la com base numa análise preliminar e superficial, como seria o caso daquela que se funda unicamente no tipo de contrato.

O problema da *causa* – sua decadência conceitual e o insucesso de sua expansão na doutrina e na jurisprudência – deve-se justamente à

imprecisão técnica da teoria clássica subjetiva da *causa*. Nesse sentido, conclui Torquato Castro (1966, p. 55-56) que a solução que se impõe ao problema da *causa* é situá-la no contrato, como sua função ou escopo prático e econômico que o individualiza e o torna merecedor de amparo legal.

Adotar-se-á assim, na análise do papel da *causa* na resolução do contrato, a concepção defendida pela teoria objetiva da *causa-função* do contrato. Dessa forma, conforme já se pode antecipar, a definição da *causa* do negócio é essencial para a análise da possibilidade de sua conservação, o que implica definitivamente quando se demanda por sua resolução.

3. A *causa* como requisito de validade do contrato no Direito brasileiro

O contrato, sendo negócio jurídico bilateral, é classicamente caracterizado como a entrada no mundo jurídico da vontade acorde dos contratantes, com a irradiação dos efeitos próprios (LÔBO, 2011, p. 16). Assim, todo negócio jurídico tem como requisitos de validade os dispostos no art. 104, incisos I, II e III, além de não poder incidir em quaisquer dos incisos do art. 166 e seguintes, todos do CC, afora os casos de anulabilidade.

Não há que se confundir *causa* com *motivo determinante*. Os motivos geralmente são irrelevantes para a validade do contrato, exceto se as partes, em razão do autorregramento da vontade, dispuserem o contrário. A eleição de um motivo à categoria de elemento de validade do negócio (CC, art. 166, inciso III) não o torna *causa*, nem com ela se confunde.

Os motivos podem ser determinantes, mas nem por isso descharacterizam a natureza do negócio; por isso, não influem na *causa*. Veja-se, por exemplo, o que dispõe o art. 540 do CC:

Art. 540. A doação feita em contemplação do merecimento do donatário não perde o caráter de liberalidade, como não o perde a doação remuneratória, ou a gravada, no excedente ao valor dos serviços remunerados ou ao encargo imposto (BRASIL, 2002).

Nesse caso, o motivo (contemplação do merecimento) é requisito de validade da doação, pois é determinante para os fins pretendidos pela manifestação de vontade (liberalidade) do doador. Contudo, a doação permanecerá assim caracterizada, já que, apesar de o motivo ser remuneratório, a *causa* permanece a mesma, mantendo a natureza do contrato.

O motivo é elemento eminentemente subjetivo, que só se torna relevante quando a lei ou a vontade das partes assim o disserem. Elevar o motivo, relevante por lei ou por convenção, à categoria de *causa* é misturar ao que concerne à natureza das coisas o que só deriva da vontade humana. E ainda mais: confunde-se a *causa* com o *fim*, que abrange *causa e motivo* (MIRANDA, 1983, p. 79).

Também não há que se confundir *causa* com o *objeto* do contrato, seja ele uma coisa ou uma prestação, pois o mesmo bem ou “facere” pode ser objeto de contratos diversos, com diferentes *causas* (CASTRO, 1966, p. 42-43). Há negócios jurídicos *sem causa* (abstratos), mas em hipótese alguma se pode cogitar em negócio jurídico *sem objeto*.

Não se pode confundir ainda *causa e forma*, pois, levando em consideração a ideia de *causa* única para cada contrato, contratos com mesma forma podem ter *causas contratuais* diversas.

A *causa* tampouco está inserida no campo da função social dos contratos ou no da boa-fé objetiva. Ambos são princípios de direito privado que, entre outras atribuições, exercem a função de mitigar a autonomia da vontade, de modo a evitar a configuração de figuras como o abuso de direito. A primeira será tratada em

tópico próprio, em vista de não serem raras as vezes em que *causa* com ela se confunde. A segunda, por sua vez, é princípio de direito privado, inserto nas relações contratuais, e à qual são atribuídas diversas funções, sobretudo as relativas à integração e normas e disposições contratuais, bem como de criação de deveres contratuais anexos. Em nenhuma delas está inserta a noção de *causa*.

Há que se questionar, então, em qual dispositivo normativo se encontra inserida a *causa* para que se caracterize como requisito de validade do contrato. Apesar de não mencionada expressamente no CC como requisito de validade dos atos jurídicos e negócios jurídicos, a *causa* verifica-se na medida em que um destes só é abstrato quando a lei assim o disser (MIRANDA, 1983, p. 73). Isso se verifica, por exemplo, em alguns títulos de crédito, como a letra de câmbio e o cheque, os quais são plenamente livres de causa (abstratos), já que podem originar-se de qualquer negócio jurídico.

Nesse sentido, vale transcrever a crítica feita por Pontes de Miranda (1983, p. 100) a Clóvis Beviláqua, por ter excluído a *causa* do Código Civil de 1916, *verbis*:

O Código Civil fala em *objeto* (art. 82) e não fala em causa. A extirpação é inoperante, porque todo o seu sistema é fundado na causa. Nas obrigações, o objeto é o devido: o que se vê, do lado do devedor; a *causa* é o que se vê olhando, de face, todo o ato jurídico. A ilicitude do objeto faria nulo o ato, do lado de um figurante, não necessariamente, do lado do outro: se o outro lado é atingido, falta a *causa*. Passa-se ao contrato aleatório, e ver-se-á que a causa não está no objeto prometido, envolvido na obrigação; está tão só na obrigação do outro. Se fôssemos guiar-nos pela nota de CLOVIS BEVILÁQUA (Código Civil comentado, I, 359), todos os negócios jurídicos, em que a causa não foi consignada, seriam abstratos. Nem o povo do imperativo categórico, os juristas alemães, chegaram a tais extremos. Interessante é que chegou a tal conclusão por influência das notas de M. PLANIOL, sobre a teoria da causa e em vaga informação sobre o Código Civil alemão. No fundo, o mesmo ato ditatorial com o que o projetador pretendeu eliminar condições ilícitas que não fossem consignadas na lei (art. 115). Algo de equivalente ao grito do professor de obstetrícia que se dirigisse às internadas: “Todos os recém-nascidos nasçam sem pernas”. Mas não nascem em milhões. Nem as condições imorais deixam de ser ilícitas, nem a causa desaparece ao sôpro legislativo, do Código Civil inteiro. A atitude de BEVILÁQUA só duas consequências poderia ter: *a*) ou considerar abstratos todos os negócios jurídicos, – e esse mundo jurídico pastoso nunca o vimos, e os alemães, doutrinadores do contrato *abstrato*, sorriam; *b*) ou identificar motivo e causa, e teríamos, no direito brasileiro, estranho subjetivismo, que faria, à cata de intenções, tôda uma psicologização arbitrária do direito. Ora, tal consequência seria contraditória: a elevação dos motivos a causa seria a hipertrofia dos motivos e, pois, o pulamento das causas; aquela se chocaria com a estrutura do Código Civil, em que poucos – muito poucos – são os casos de *abstração*.

Ressalte-se que essa acepção de *causa* se liga, na verdade, à ideia de *causa* das diversas obrigações que podem estar contidas no negócio jurídico. A *causa* que tornaria os atos e os negócios jurídicos abstratos seria a *causa de suas obrigações*, e não a *causa do contrato*.

Como a *causa* é requisito de validade do contrato, sua ausência implica nulidade absoluta? Neste ponto divergem os juristas Torquato Castro (1966, p. 45), que defende que, no Direito brasileiro, todos os contratos são *causais*; e Pontes de Miranda (1983, p. 105-107), para quem há, no Direito brasileiro, contratos abstratos. Para o primeiro, a falta de estipulação de *causa* ou do título justificativo de existência no contrato é problema de prova, de ordem puramente processual, ou seja, deve-se comprovar a causa de um contrato. O segundo, por sua vez, defende que diversos contratos, por expressa previsão legal, são incompatíveis com a noção de *causa*, citando exemplos como o acordo de transmissão de propriedade imobiliária, os de cessão de crédito, a remissão, a assunção e o reconhecimento de dívida, entre outros.

As divergências em relação à *causa* entre os renomados juristas, apesar de expressamente adotarem a teoria objetiva, não param por aí. Torquato Castro (1966, p. 40) afirma que todo contrato tem e só pode ter uma única causa, ao passo que Pontes de Miranda (1983, p. 79) defende que há tantas *causas* quantas atribuições houver no contrato, reconhecendo a possibilidade de haver pluralidade e concorrência de *causas* num mesmo contrato ou negócio jurídico.

Contudo, não basta ao contrato ter uma *causa* para ser considerado válido, pois ela deve ser lícita. O contrato, assim, deve ter o amparo da lei, pois, quando contraria o ordenamento jurídico, ele tem *causa ilícita* ainda que seu *objeto* seja lícito (CASTRO, 1966, p. 43). Obrigar-se a não cometer um crime mediante recebimento de certa quantia tem vício na *causa de suas obrigações*, não em seu objeto. Não cometer um crime (*objeto*) é uma conduta lícita; contudo, fazê-lo apenas porque recebeu quantia em dinheiro (*causa*) é, sem dúvida, ilícito.

Há ainda diferença entre *causa ilícita* e *causa ilegal*. A última diz respeito apenas aos casos em que há objeção legal à sua realização, como um contrato que tenha por *causa* a criação de uma nova categoria de direitos reais além dos que a lei fixa (CASTRO, 1966, p. 43).

4. A *causa* e a manutenção do contrato

Percebe-se, até aqui, que a ideia de *causa contratual* é distinta da *causa das obrigações*. Aquilo que define, tipifica e diferencia os contratos entre si identifica-se com os elementos categoriais inderrogáveis. Estes,

situados no plano da existência dos negócios jurídicos, podem ser definidos como “os elementos intrínsecos a toda declaração negocial, são as circunstâncias negociais, vale dizer, o objeto e a forma, que caracterizam a essência de todo negócio jurídico” (HIRONAKA, 2014, p. 12), ligando-se intimamente aos direitos e deveres primários das obrigações.

Os elementos categoriais inderrogáveis são, portanto, elementos intrínsecos e responsáveis pela caracterização do tipo do negócio jurídico, fixando o regime jurídico ao qual a relação contratual se submeterá. Diferem dos elementos categoriais naturais ou derrogáveis, os quais, mesmo defluindo da natureza do negócio, podem ser afastados pela vontade das partes, sem que se altere o tipo do negócio (AZEVEDO, 2002, p. 35).

A *causa*, por sua vez, ainda que possa variar dentro de relações com os mesmos elementos categoriais inderrogáveis, é, em regra, externa ao negócio, como afirma Luciano Penteado (2013, p. 37):

A causa final, via de regra, pode-se dizer que é externa ao contrato, na medida em que a prática do ato que cria direitos e deveres recíprocos visa algo que transcende o próprio ato, está “fora” dele. Do contrário, este não seria praticado, porque os agentes intrinsecamente estariam de antemão satisfeitos. A ação faz-se por algo que ainda não se tem (no sentido profundo do termo “ter”, englobando qualidades pessoais ou vínculos de afeição, e.g.), assim como também o contrato. Só ao seu término haverá a posse do desejado a modo de fim. Por isso, diz-se que a causa final é a primeira na intenção e a última na execução.

Nessa perspectiva, a análise da necessidade da manutenção contratual em detrimento do direito formativo extintivo à resolução do contrato, passa, necessariamente, pela análise da *causa específica do contrato*.

A acepção de *causa* no sentido objetivo, ligada à função econômico-social dos negócios jurídicos, que revela sua essência e permite individualizá-los de outros contratos, presta-se a definir a observância à função social prevista no art. 421 do CC. A causa deve estar fundada na função social, mas sem que com ela se confunda, conforme já se afirmou. Isso em razão de a *causa* não mais se identificar exclusivamente com a função econômica e social de cada tipo de ajuste, como defende Betti (1969, p. 373-374), mas deve também corresponder aos interesses práticos extraídos do negócio jurídico concretamente considerado, ou seja, à finalidade integrante daquele ajuste contratual específico. Esses interesses práticos que constituem a *causa-função* não serão dignos de tutela quando não se adequarem aos parâmetros normativos do ordenamento jurídico.

Ligada à função social, a *causa-função* indica, por consequência, os efeitos essenciais que do contrato devem decorrer. E são justamen-

te sobre estes que se direcionam as perquirições relativas à resolução, manutenção e (in)adimplemento. Relacionando-se a *causa do contrato* com a *função socioeconômica* que este detém, sua análise auxiliará na verificação do cumprimento ter sido substancial a ponto de preencher o requisito de se ter exercido em razão e nos limites da função social. Nesse sentido, afirma Anelise Becker (1993, p. 60):

Uma vez inserindo-se a problemática do adimplemento substancial na questão da funcionalização dos direitos de crédito, está-se tocando na teoria da causa como função econômico-social daquele direito. Nesta perspectiva a compreensão e aplicação da doutrina do adimplemento substancial imbrica-se com o exame da causa para saber se, na relação obrigacional concreta, esta foi ou não atingida.

Portanto, a impossibilidade do alcance da *causa final* de uma das obrigações não necessariamente desconfigura a *causa do contrato*. E, justamente quando isso ocorre, torna-se possível aplicar a teoria do adimplemento substancial.

Deve se ressaltar que Torquato Castro – em obra mais recente (1985) em relação à que é usada como base da ideia de *causa* aqui apresentada (1966) – aprofundou seus estudos, defendendo a predominância da utilidade do conceito de *causa eficiente* em relação ao de *causa final*, como se vê na seguinte passagem (CASTRO, 1985, p. 163):

o conceito central, praticamente unívoco, prevalente em Roma desde tempos recuadíssimos da história deste povo, foi o conceito, não de *causa-finalis*, ou causa que a vontade do privado houvesse programado como fim ou função de seu próprio ato; mas, em todos os casos o *topos causa*, erigido pelos romanos nas suas construções jurídicas, era o de *causa eficiente*. A *causa*, para eles, era fato – fosse fato natural, fosse voluntário – que dava *origem* ou fazia *nascer* o direito especificamente aplicável às hipóteses com que lidavam.

Tal argumentação, entretanto, não afasta a relevância do estudo da *causa final* no âmbito das relações obrigacionais. Se a *causa eficiente* é fato, como defende Torquato Castro, ela é o fato eficiente a impedir a resolução abusiva, embora não seja suficiente para satisfazer à indagação de como identificar tal fato, de como definir o que é ou não um adimplemento adjetivado como substancial.

Desse modo, na verificação da substancialidade do adimplemento, conjugando o prisma da *causa* com o do interesse, se se pode concluir que a conduta foi suficiente para garantir aqueles efeitos vitais pretendidos objetivamente com a avença, afigura-se recomendável a tutela jurídica para a manutenção do contrato, pois, ainda que o cumprimento de

uma ou mais das obrigações inseridas no contrato precisem de ajustes – a manutenção da *causa contratual*, ao impedir a resolução, jamais pode afastar o dever de adimplemento –, a *causa* poderá subsistir.

Merece destaque a posição de Vivien Silva (2010, p. 60), para quem a *causa*, consistente na função do negócio jurídico, pode ser deduzida a partir de seu próprio conteúdo, de modo que a verificação do cumprimento do regramento, tendo em vista os fins representados no contrato, é suficiente para justificação causal do negócio realizado.

Assim, apesar de se situar como requisito de validade do contrato, a *causa* funciona igualmente como fator de eficácia, de modo que pode explicar institutos como a exceção do contrato não cumprido e o adimplemento substancial (HIRONAKA, 2014, p. 15). Enquanto subsistir a *causa-função* do contrato, também se manterá o sinalagma, obstando o exercício da resolução pela parte prejudicada.

Nesses termos, sendo a *causa* a função precípua do contrato, a impossibilidade de realizá-la, em razão do descumprimento obrigacional, implicará dizer que ocorreu o afastamento de sua essência de tal maneira que foi intenso o suficiente para tornar possível a resolução do contrato.

O ordenamento jurídico visa à manutenção do contrato, sendo a resolução a última *ratio*. Contudo, a primeira só é possível quando se consegue manter o pacto unido em razão da mesma causa; do contrário, o contrato se resolverá, nem que seja pela constituição de um novo, de causa diversa daquele que lhe foi originário.

5. A *causa* na resolução do contrato

Entre as fases do processo obrigacional, a do adimplemento ocupa espaço considerável nos manuais e livros de doutrina que tratam do tema. Não podia ser diferente, pois todos os princípios e regramentos jurídicos do direito obrigacional existem para garantir o adimplemento das obrigações assumidas pelos particulares.

Segundo a teoria binária das obrigações, a obrigação é constituída por débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*). O primeiro é o direito do credor de receber determinada prestação e o segundo é o ônus de responder perante o credor pelo cumprimento daquela, além de eventuais perdas e danos no caso de mora ou inadimplemento. Há obrigações, contudo, que apresentam apenas um desses elementos; tal é o caso da dívida prescrita, em que há débito (*Schuld*), mas não há responsabilidade (*Haftung*), e da fiança, na qual o fiador, apesar de não dever ao credor (*Schuld*), pode ser demandado por este para pagar o débito (*Haftung*).

Não se descuida das possibilidades normativas de revisão e até mesmo resolução das relações contratuais, bem como das peculiaridades de microssistemas como o consumista. Entretanto, o que se deve buscar é, tanto quanto possível, harmonizar tais interferências com a ideia de segurança jurídica, conforme defende Ferreira (2014, p. 29):

Ocorre que o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil adotam marcos teóricos diferentes para justificar uma eventual intervenção judicial para a revisão ou resolução dos contratos. Essa diferenciação de fundamentos não é um expediente de puro interesse acadêmico. Ela conserva grande utilidade prática e impede a inadequada aplicação dos dispositivos de ambos os códigos, além de restringir os efeitos da insegurança jurídica, tão danosa à economia dos contratos.

Resolver o contrato é extinguí-lo com efeitos retroativos (*ex tunc*), a partir de ato ou pedido judicial de uma das partes, em virtude do inadimplemento da outra, sendo a modalidade mais forte de extinção voluntária porque atinge todos os efeitos dos contratos, desde a sua constituição (LÔBO, 2011, p. 199).

O art. 475 do CC dispõe que “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos” (BRASIL, 2002). Como já se afirmou, o inadimplemento apto a ensejar a resolução do contrato é aquele considerado fatal para fins de cumprimento da causa do contrato.

Atualmente, a doutrina identifica uma tríplice transformação no adimplemento, que, por consequência, influi diretamente nas *causas* que levam à resolução do contrato (SCHREIBER, 2007, p. 10). A parte devedora pode, mesmo antes do vencimento da obri-

gação, dar sinais de que não cumprirá a obrigação (inadimplemento antecipado), assim como dar sinais de que a cumprirá substancialmente, realizando a *causa contratual*, mas sem o adimplemento total do pactuado (adimplemento substancial).

Permite-se assim, no primeiro caso, à parte que será ou poderá ser prejudicada pelo inadimplemento que se avizinha, pleitear a resolução do contrato, fundada no fato de que a *causa-função* do contrato não poderá ser satisfeita. No segundo, como realizada a *causa* do contrato, apesar de não haver adimplemento total, serão purgados alguns efeitos da mora, mitigando o direito de o credor resolver o contrato nessas circunstâncias.

Veja-se que a *causa* ocupa papel primordial em ambas as construções, sendo o elemento principal a definir ser ou não o caso de resolução contratual. No caso, enquanto não configurada a frustração da *causa* ou mesmo a sua grande probabilidade de frustração, não se pode resolver o contrato. Ponto relevante de se notar é que, mesmo havendo cláusula resolutiva expressa, pela qual tipicamente as partes declaram objetivamente quais acontecimentos são essenciais para elas, contratualizando os motivos, ela pode ser objeto de controle jurisdicional, com fundamentação lastreada no alcance da *causa contratual*.

No caso de inadimplemento antecipado, não é justo exigir do credor que aguarde o vencimento da obrigação para verificar se a *causa contratual* será implementada, tendo em vista que a demora pode causar prejuízo ao credor, pois dará mais tempo ao devedor de má-fé de ocultar seu patrimônio para evitar o pagamento das perdas e danos. Além disso, a simples demora pode ocasionar graves prejuízos ao credor, a depender do nível de investimentos que tinha feito para o cumprimento do contrato.

Outra figura interessante a ser destacada é a do adimplemento retardado das obrigações de *não fazer*. Sabe-se que, pelo disposto no art. 390 do CC, esse tipo de obrigação comportaria apenas, em princípio, o adimplemento total ou não.

Se a obrigação é de *não fazer*, parece que não se pode falar, inicialmente, em adimplemento substancial, pois apenas o cumprimento de 100% do avençado serviria para o credor. Contudo, mais uma vez, a questão deve ser analisada sob a perspectiva da *causa-função*.

No caso de ainda ser possível a preservação da *causa-função* do contrato, mesmo havendo a prática da conduta à qual o devedor se obrigou a *não fazer*, o contrato deve ser mantido. Imagine-se o caso em que é pactuada, entre duas pessoas que exercem atividade empresária, uma obrigação de não divulgação da fórmula do produto feito por uma delas, mas a que a outra teve acesso. Suponha-se que haja o descumprimento dessa obrigação; contudo, apenas é divulgada parte da fórmula, de modo que ainda persiste o interesse em resguardar o segredo da outra parte ainda não revelada. Nesse caso, a parte inadimplente responderá por perdas e danos, mas isso não necessariamente implicará a resolução do contrato, em razão de ainda estar viva a *causa contratual*. Até pelo fato de, extinguindo-se o contrato, extinguir-se-ia com ele a obrigação de *não fazer*, possibilitando, no exemplo, a ampla divulgação da fórmula – o que, certamente, contraria os interesses do contrato. Em outras palavras, a resolução, nesse caso, seria o motivo da impossibilidade de alcance da causa.

Mesmo nas obrigações positivas, a entrega da prestação só poderá ser considerada adimplemento caso seja suficiente ao cumprimento da *causa-função* do contrato. Entre o adimplemento e a resolução do contrato há uma linha tênue, chamada *causa objetiva* do contrato.

6. Considerações finais

Como se viu, o adimplemento deve ser entendido como a satisfação dos interesses surgidos e envolvidos na relação obrigacional, bem como a realização do modelo de conduta descrito no momento da formação do contrato. Com isso, enfraquece-se a ideia de uma sujeição genérica e permanente do devedor em relação ao credor.

Ao apresentar o inadimplemento, o CC não o definiu, limitando-se a elencar seus potenciais efeitos dentro de dois grupos: o inadimplemento absoluto e a mora, bem como as formas de verificação do adimplemento e do inadimplemento, com suas subdivisões, que também passaram por uma alteração desde a concepção clássica das relações obrigacionais. Por isso, não é mais recomendável que as consequências das espécies de descumprimento sejam vistas como estanques e predefinidas, despidas de valores extraídos da completude do ordenamento jurídico.

No Brasil, é estabelecida a possibilidade de temperança hermenêutica quanto à verificação do adimplemento, que se lastreia na boa-fé objetiva, especialmente em seu viés de limitação ao exercício de direitos subjetivos de forma abusiva, por considerar-lhes atos ilícitos, indignos de tutela, assim como na função social dos contratos, que, em regra, se realiza plenamente com o término normal das relações contratuais.

Tendo em vista a visão de obrigação como processo que traz a necessidade de cooperação entre os integrantes da relação em razão da observância da boa-fé objetiva, uma análise mais refinada, portanto, é hábil para justificar não só proteção à satisfação dos interesses do credor, mas também à satisfação dos interesses do devedor, especialmente protegendo-o de exercício abusivo do direito à resolução contratual.

Em relação ao inadimplemento, o CC adjetiva-o como *definitivo* sempre que aquilo ainda devido impedir a satisfação do interesse do credor. Uma interpretação a *contrario sensu* leva ao entendimento de que, sendo a prestação ainda útil, não há de se reconhecer o inadimplemento absoluto, nem de se aplicarem suas consequências mais gravosas à existência do vínculo contratual.

Há, então, uma espécie de interesse, que se torna juridicamente relevante, na medida em que pode influenciar na manutenção da relação contratual, mesmo diante de inadimplemento pouco expressivo.

Tal interesse estaria situado num ponto médio entre, de um lado, a necessidade do credor e, de outro, o que o devedor possui, pode fazer ou deixar de fazer – um espaço criado entre os integrantes da relação que se preencheria pelo adimplemento. Entretanto, perceber onde se situa o interesse não é suficiente para entrar na forma de sua definição, mantendo, até então, a inviabilidade teórica de sua verificação.

Constatando-se a insuficiência da dicotomia “interesse subjetivo e interesse objetivo” para a definição do que seria o interesse juridicamente relevante, percebeu-se que deve haver uma conjugação de tais aspectos, evitando a utilização do mero interesse subjetivo do credor, buscando-se uma justificação objetiva para a perda subjetiva do interesse, remetendo a um critério composto que levará ao interesse da relação em si, diferente, embora dependente, daquele das partes. O interesse deve ser, portanto, objetivado, o que se aproxima sobremaneira das ideias expressas durante a construção e afirmação da teoria da *causa contratual*.

Foi visto, então, que a *causa* não só está presente como elemento de validade do contrato, como corresponde a um de seus mais essenciais. É por ela que se identifica a função

concreta de cada arranjo contratual e são consolidados os deveres principais e anexos (resultantes da união da *causa* com a boa-fé objetiva e a função social) de cada uma das partes.

Assim, se, ao ladoar a *causa* com o interesse durante a análise da substancialidade do adimplemento, puder ser observado que o prestar é suficiente para a ocorrência dos efeitos essenciais pretendidos e expressados objetivamente na gênese contratual, sem haver comportamento que viole a boa-fé objetiva, é necessária a concessão de tutela jurídica para que se conserve o contrato – não sendo relevante, para tanto, a satisfação individual de uma ou outra parte, pois, subsistindo a causa do contrato, verificável caso a caso, concreta, poder-se-á dizer que foi mantido o sinalagma e é possível obstar o exercício da resolução.

A relação contratual pode ser formada, e em regra o é, por diversas obrigações recíprocas, que, assim como vários fios, formam uma linha, maior e mais forte do que suas partes individualmente consideradas. O rompimento de um só dos fios não levará, necessariamente, ao rompimento da linha formada pelo conjunto deles.

Da mesma forma, a impossibilidade de alcance da *causa* de uma das obrigações inseridas em uma relação contratual não implicará, necessariamente, a impossibilidade de continuidade da relação, especialmente diante de outros mecanismos para que se busque a reparação daquilo que não se adimpliu – ou seja, o reconhecimento de que o contrato foi substancialmente adimplido, fazendo o direito formativo extintivo à resolução tornar-se desmedido, injustificável, de modo que, não sendo mais legítimo, não merece tutela jurídica.

Assim, para que seja configurada a hipótese normativa correspondente à resolução do contrato por inadimplemento, deve-se passar necessariamente pela identificação e análise da

causa do contrato, em seu aspecto finalístico. Se ela está viva, ainda que alguma ou algumas das *causas* das obrigações inseridas na avença não estejam, não se estará em inadimplemento que justifique a resolução, ainda que os interesses dos contratantes, até aquele momento, não tenham sido satisfeitos em sua totalidade, devendo, se possível, remeter os contratantes a meios menos radicais de satisfação das obrigações.

Sobre os autores

Roberto Paulino é doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; professor adjunto da Faculdade de Direito do Recife; tabelião de notas do 25º Ofício do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

E-mail: rpa_jr@yahoo.com.br

Rodrigo Cunha Chueiri é mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; professor do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, DF, Brasil; assessor de Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, DF, Brasil.

E-mail: chueiri@hotmail.com

Rafael Azevedo é mestrandando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; professor da Faculdade Reinaldo Ramos (CESREI), Campina Grande, PB, Brasil; advogado.

E-mail: rafaelazevedo2013@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

THE PROBLEM OF THE CAUSE IN CONTRACTS' CANCELLATION

ABSTRACT: Backed in objective good faith and in social function, it is possible to prevent the cancellation when the noncompliance is negligible, which is defined by the maintenance of the interest, on the objectified aspect – approaching to the idea of contractual cause. The problem of the cause (the element that individualizes each specific contractual arrangement), therefore, becomes inexcusable when analyzing the compliance and its relationship to the cancellation. Thus, to be set up the normative hypothesis of cancellation due to noncompliance, it is necessary to pass through the identification and analysis of the contractual final cause. If this stays alive, even if some of the causes of the obligations of the covenant do not, it is not configured noncompliance to justify cancellation, even if interests of contractors have not been entirely satisfied so far, should, if possible, remit the contractors to less radical ways of compliance the obligations.

KEYWORDS: CAUSE. CONTRACT. CANCELLATION. COMPLIANCE. FUNCTION.

¹ Sem revisão do editor.

Como citar este artigo

(ABNT)

PAULINO, Roberto; CHUEIRI, Rodrigo Cunha; AZEVEDO, Rafael. O problema da causa na resolução dos contratos. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, n. 211, p. 335-352, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p335>.

(APA)

Paulino, Roberto, Chueiri, Rodrigo Cunha, & Azevedo, Rafael. (2016). O problema da causa na resolução dos contratos. *Revista de informação legislativa: RIL*, 53(211), 335-352. <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p335>.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARISTÓTELES, 384-322 A.C. *Metafísica*. México: Porrua, 1978.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993.

BELTRÃO, Silvio Romero. Interpretação dos contratos. In: *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 101-124.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra, 1969.

BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no código civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1959.

CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966.

_____. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 1998.

FERREIRA, Antonio Carlos. Revisão judicial de contratos: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 1, p. 27-39 out./dez. 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual: a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. *Revista de direito do consumidor*, v. 23, n. 93, p. 209-229, maio/jun. 2014.

KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista trimestral de direito civil: RTDC*, v. 11, n. 43, p. 33-75, jul./set. 2010.

LARENZ, Karl. *Derecho civil*: parte general. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. A causa dos contratos: estudo sintético acerca da teoria da causa no sistema brasileiro. *Revista IOB de direito civil e processual civil*, v. 11, n. 63, p. 93-110, jan./fev. 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 4 jul. 2016.

_____. *Direito civil*: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direito civil*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Autorregramento da vontade: um *insight* criativo de Pontes de Miranda. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 18, n. 3.748, 5 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25357>>. Acesso em: 4 jul. 2016.

_____. Fatos jurídicos como fontes das obrigações. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 18, n. 3.761, 18 out. 2013b. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25366>>. Acesso em: 4 jul. 2016.

LORENZEN, Ernest G. Causa and consideration in the law of contracts. *Yale Law Journal*, v. 28, n. 7, maio 1919.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes Contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 28, p. 22-58, out./dez. 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Revista da associação dos juízes do Rio Grande do Sul*, n. 45, p. 214-244, mar. 1989.

_____. Adimplemento e inadimplemento. *Revista da EMERJ*, p. 95-113, fev./jun. 2002. Edição especial.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1983.

MORAES, Maria Celina Bodim de. A causa do contrato. *Civilistica.com*, v. 2, n. 1, 2013.

MOTTA, Antônio. *La causa delle obbligazioni nel diritto civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1929.

PENTEADO, Luciano Camargo. Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma situação de homologia a partir de julgados brasileiros. *Revista de Direito Privado*, n. 20, p. 235-265, out./dez. 2004.

_____. *Doação com encargo e causa contratual*: uma nova teoria do contrato. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PIRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*: RDCC, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 245-274, jan./mar. 2015.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A repercussão da causa na teoria do negócio jurídico: um paralelo com a função social dos contratos. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, n. 58, p. 147-171, 2013. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/34869/21637>>. Acesso em: 4 jul. 2016.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*: RTDC, v. 8, n. 32, p. 3-27, out./dez. 2007.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. Teoria da causa no direito privado. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 21-30, mar./abr. 1954.

_____. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações: comentários aos arts. 304 a 388 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. Revisão de contratos no Código Civil: reflexões para uma sistematização das suas causas à luz da intenção comum dos contratantes. *Revista eletrônica ad judicia*, Porto Alegre, v. 1, out./dez. 2013. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/arquivos/file_527a3da0ac071.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2016.

SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. *Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIGARAY, Rafael Alvarez. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Granada: Universidad de Granada, 1972.

SENADO FEDERAL

