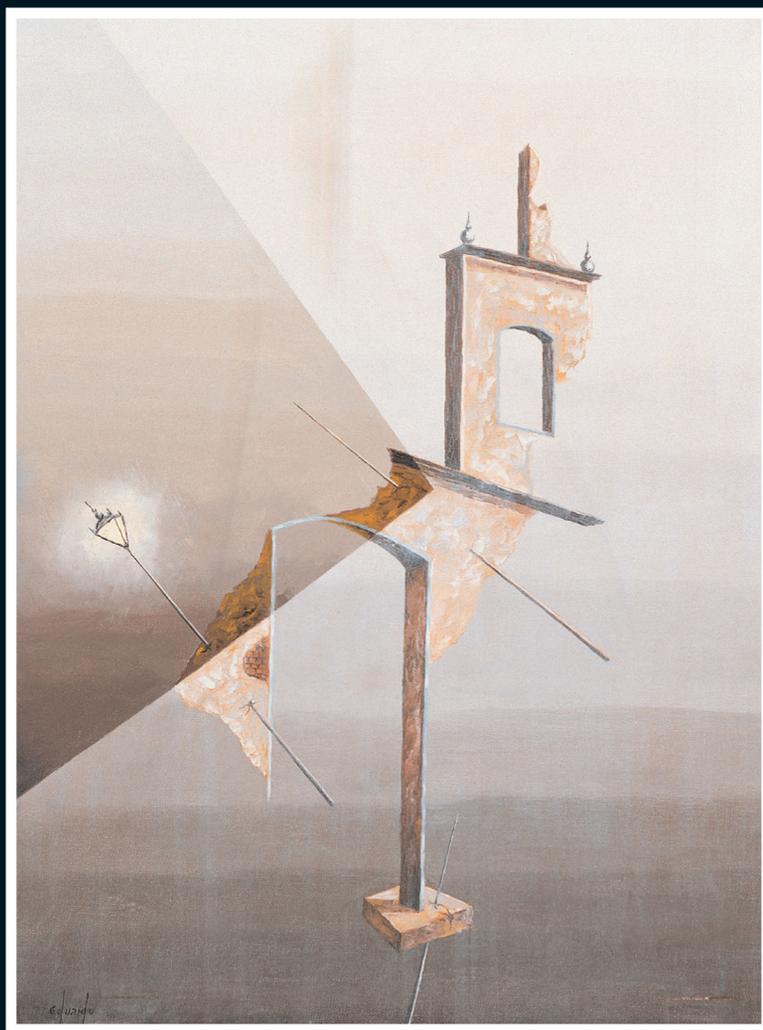


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Janeiro-Março/2012 – Ano 49 – Nº 193



Eduardo Meira Lima, "Brilho da Noite". Acervo do Senado Federal.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 49 • nº 193
janeiro/março – 2012

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

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

ISSN 0034-835x

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

DIRETORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva
REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Marilúcia Chamarelli, Jéssica Fernandes Costa
REVISÃO DE PROVAS: Débora Oliveira, Yara da Silva e Maria José Franco
EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Jussara Cristina Shintaku e Rejane Rodrigues
CAPA: Rejane Rodrigues
IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

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

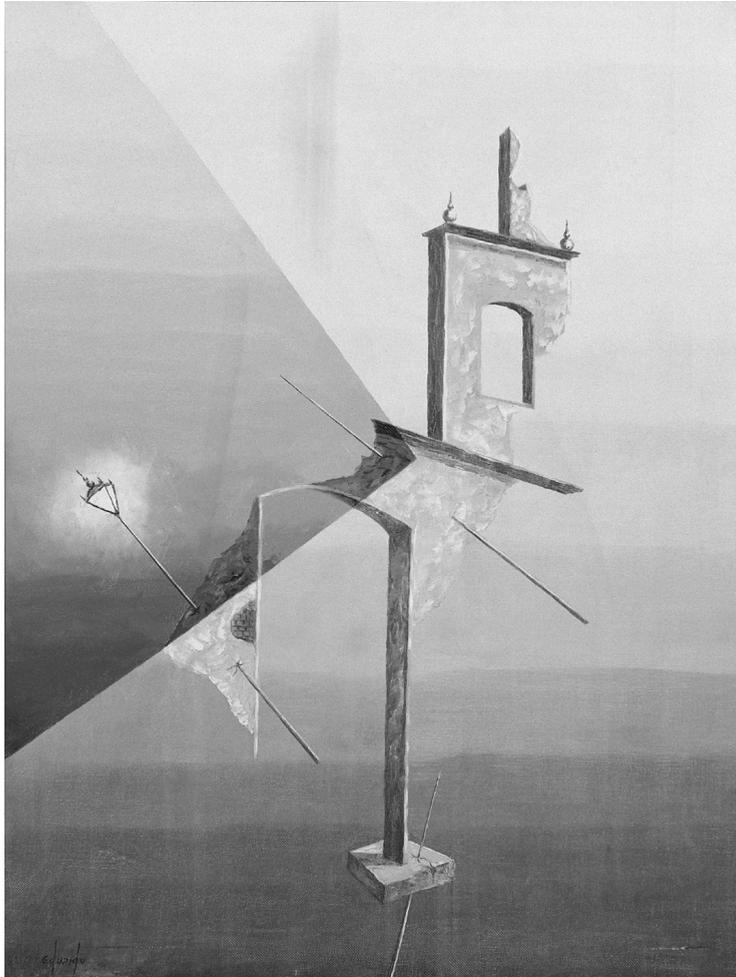
Solicita-se permuta.
Pidesse canje.
On demande l'échange.
Si richiede lo scambio.
We ask for exchange.
Wir bitten um Austausch.

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, nº 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-, n. 34-, publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

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

CDD 340.05
CDU 34(05)



“Brilho da Noite”, de Eduardo Meira Lima,
técnica óleo sobre tela de 0,79 cm x 0,60 cm.

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

Brasília · ano 49 · nº 193 · janeiro/março · 2012

Paulo Roberto Lyrio Pimenta	As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível 7
Paulo Roberto Barbosa Ramos	Federalismo: condições de possibilidade e características essenciais 21
Ricardo José Pereira Rodrigues	Financiamento de partidos políticos e fundos partidários: subvenções públicas em países selecionados 31
Dani Rudnicki	Três dias no Presídio Central de Porto Alegre: o cotidiano dos policiais militares 49
Jeferson Dytz Marin e Karen Irena Dytz Marin	Meio ambiente e reordenamento do espaço: um novo olhar sobre a cidade 65
Délton Winter de Carvalho e Fernanda Dalla Libera Damacena	A intensificação dos desastres naturais, as mudanças climáticas e o papel do Direito Ambiental 83
Jair José Perin	Particularidades jurídicas no exercício do contencioso da Advocacia-Geral da União na atuação em prol da União – Administração Direta 99
Eduardo Fortunato Bim	Divergências científicas e metodológicas no direito público e no ambiental 125
Marcelo Casseb Continentino	Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual 141
Marília de Ávila e Silva Sampaio	Tabagismo, livre arbítrio e dignidade da pessoa humana: parâmetros científicos e dogmáticos para (re)pensar a jurisprudência brasileira sobre o tema 151
Eduardo Pordeus Silva	Direito humano à saúde e a questão da cidadania socioeconômica 163
Beatriz Bastide Horbach	A competência legislativa concorrente de divergência do Direito alemão 171
Milton Carvalho Gomes	Desordem da linguagem moral e a proposta de uma fundamentação racional inserida na tradição 183
Gustavo Carvalho Chehab	A lei complementar no direito brasileiro 191

Marcos Vinício Chein Feres, Murilo Ramalho Procópio e Elisa Mara Coimbra	As políticas públicas, o direito de patente e o caso das doenças negligenciadas 205
Rafael Vargas Hetsper	O Poder de veto no ordenamento jurídico brasileiro 215
Eneida Bastos Paes	Os desafios da implementação da nova Lei de Acesso à Informação – Lei 12.527/11 227
Jarbas Maranhão	Dois Constituintes de 1946 245
Hugo Hortêncio de Aguiar	O Titanic continua navegando... 251
Marcelo de Lima	Um imigrante iguala-se realmente a um cidadão nacional, em direitos civis, políticos, econômicos e sociais? O direito comparado: modelos brasileiro e europeu 269

*Seção Resenha Legislativa
da Consultoria Legislativa do Senado Federal*

Claudio Demczuk de Alencar	O uso da prova emprestada no processo penal 285
----------------------------	---

As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível

Paulo Roberto Lyrio Pimenta

Sumário

1. Delimitação do estudo. 2. Rediscutindo a eficácia das normas jurídicas. 3. As normas constitucionais programáticas. 3.1. Conceito, origem e eficácia. 3.2. Tipos de normas programáticas. 4. As situações subjetivas geradas pelas normas programáticas. 5. A reserva do possível. 6. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 7. Conclusões.

1. Delimitação do estudo

O presente estudo ocupa-se da possibilidade de aplicação da teoria da reserva do possível como forma de contenção da eficácia das normas constitucionais programáticas.

Nos últimos anos no Brasil, em face do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que tardio, da eficácia dessas normas constitucionais, surgiu a discussão acerca das limitações financeiro-orçamentárias à implementação dos direitos subjetivos por estas assegurados. Com base na experiência alemã, na qual apareceu a teoria da “reserva do possível” (*der Vorbehalt des Möglichen*), pretende-se discutir no presente estudo se existe uma fórmula capaz de compatibilizar a aplicação desta concepção jurisprudencial com a eficácia inerente às normas constitucionais, inclusive aquelas qualificadas como “programáticas”.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta é Pós-Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität (Universidade de Munique), Doutor em Direito pela PUC-SP e Mestre em Direito pela UFBA, onde leciona nos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação. Juiz Federal na Bahia. Ex-Pesquisador do CNPQ.

2. *Rediscutindo a eficácia das normas jurídicas*

A eficácia apresenta basicamente três acepções na teoria do direito: a) aptidão para produzir efeitos jurídicos; b) produção de efeitos jurídicos; c) aplicabilidade.

Em relação às regras jurídicas, tem-se afirmado que a eficácia pode se manifestar de quatro formas distintas.

A primeira, denominada *eficácia técnica*, refere-se à aptidão de a norma produzir efeitos, considerando a sua estrutura. Vale dizer, examina-se, neste ponto, se os âmbitos de validade (KELSEN, 2000, p. 13) estão delineados de maneira precisa, para que a norma tenha aptidão para atuar no plano dos fatos. Destarte, observar-se-á se os âmbitos de validade material, pessoal, temporal e espacial estão descritos, de forma suficiente, pela fonte formal de direito (documento normativo) que tiver veiculado a regra. Trata-se, em outras palavras, de um problema intranormativo. Assim, a análise da eficácia em comento é interna à norma jurídica.

No segundo, denominado *eficácia semântica*, confronta-se o plano normativo com a situação de fato por ele regulado. Assim, o cotejo entre a hipótese normativa e o suporte fático revelará a compatibilidade necessária para a norma atuar. O descompasso entre o plano dos fatos e o da norma importará na ausência desse tipo de eficácia. Ex.: norma que prevê a utilização por determinados sujeitos de um tipo de aparelho audiovisual inexistente no mercado.

Se tais modalidades eficaciais se fizerem presentes, a regra jurídica incide, jurisdicizando suportes fáticos, fenômeno denominado por Miranda (1999, p. 63) *eficácia legal*: “a incidência da regra jurídica é a sua eficácia; não se confunde com ela, nem com a eficácia do fato jurídico; a eficácia da regra jurídica é a sua incidência” (1999, p. 63).

Por fim, tem-se a hipótese de *eficácia social* (efetividade), que significa a produção dos efeitos previstos pela norma no plano dos fatos, por ter sido voluntária ou coa-

tivamente cumprida por seu destinatário. Assim, por exemplo, a norma que prevê o uso obrigatório de cinto de segurança em veículos automotores apresentará eficácia social no instante em que os condutores de automóveis fizerem uso desse equipamento de segurança. Convém salientar, contudo, que, ainda que a norma não seja cumprida, poderá apresentar esse tipo de eficácia, à medida que os objetivos visados com a sua edição sejam atendidos, a exemplo da satisfação ideológica (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 95).

Obviamente que a existência de eficácia social dependerá da presença das demais modalidades de eficácia, pois a ausência de algum dos âmbitos de validade da norma ou o descompasso entre esta e o plano dos fatos impossibilitará a sua observância.

É com base na eficácia técnica que todas as normas jurídicas, e não apenas as constitucionais, podem ser classificadas em normas de eficácia plena, contível e limitada. O problema aí é da presença ou não dos domínios de vigência da norma, que a permitem atuar no plano dos fatos. Tal aptidão de produzir efeitos – eficácia técnica –, como ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2001, p. 196), admite graus, cuja aferição depende da verificação das *funções eficaciais*. Nesta linha de entendimento, são três as funções eficaciais: de bloqueio, de programa e de resguardo. A primeira busca obstaculizar a prática de determinada conduta, enquanto a de programa impõe um fim a ser alcançado e a de resguardo um determinado comportamento (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 97). Dada à similitude entre as duas últimas, preferimos separar as funções eficaciais em duas categorias: positiva e negativa.

Nas normas jurídicas, as mencionadas funções se manifestam por meio de graus diversos. Assim, numa regra de outorga de competência, a principal função é a positiva, aparecendo a negativa de forma secundária. Quando a CF outorga, por exemplo, competência exclusiva à União para legislar sobre direito penal, faculta a

este ente a prática de um comportamento positivo, destacando-se a função positiva. No entanto, tal regra veda que os demais entes políticos legislem sobre a matéria, aparecendo aí a função negativa. É possível, portanto, falar numa função primária e noutra secundária.

Com base em tais funções e tendo em vista os âmbitos de validade é que as normas jurídicas admitem a classificação *supra*, quanto ao grau de eficácia: plena, limitada e contível. Quando a função eficaz puder ser obtida sem a ajuda de outra regra, diz-se que a norma tem eficácia plena. Quando houver necessidade de auxílio de outras normas, a hipótese será de eficácia limitada, por uma deficiência interna à norma, enquanto na última situação a eficácia é plena, havendo a possibilidade de outra norma restringir a possibilidade de produção de efeitos (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 197-198).

3. As normas constitucionais programáticas

3.1. Conceito, origem e eficácia

As normas constitucionais programáticas podem ser definidas, de maneira sintética, como regras constitucionais que buscam conciliar interesses de grupos políticos e sociais antagonísticos, apresentando conteúdo econômico-social e função eficaz de programa, obrigando os órgãos públicos, mediante a determinação das diretrizes que estes devem cumprir (PIMENTA, 1999, p. 173).

Essas regras apareceram com o surgimento do Estado Social, no período posterior à Primeira Guerra Mundial, notadamente após a crise de 1920. A partir desse período, o Estado passou a intervir de forma constante no domínio econômico, transformando-se no principal protagonista da cena econômica. Defendia-se, como anota acertadamente Edvaldo Brito (1982, p. 19), “em lugar da liberdade que oprimia, a intervenção que libertaria”.

Assim, as Constituições passaram a inserir em seus textos direitos econômicos e sociais, em vez de se limitarem à consagração de direitos civis e liberdades políticas. Essa mudança de postura das Cartas Constitucionais importou no aparecimento das normas constitucionais programáticas, na medida em que estas passaram a representar a fórmula aceitável para o reconhecimento, em sede constitucional, de novos direitos, todavia, sem eficácia técnica suficiente.

Essa deficiência técnica das normas em epígrafe conduziu a doutrina a uma interessante discussão em torno da sua eficácia. Num primeiro momento, defendia-se que as normas programáticas não passavam de exortações morais, declarações desprovidas de qualquer eficácia. Posteriormente, entretanto, por força da influência da doutrina italiana, preocupada com a existência de um grande número de regras programáticas na Constituição italiana de 1947, um novo posicionamento apareceu.

Liderados pelo constitucionalista italiano Vezio Crisafulli, uma nova corrente doutrinária surgiu, defendendo a eficácia das normas constitucionais programáticas, recusando a estas o mero rótulo de “conselhos”, “declamações” ou “exortações morais”.

Segundo essa corrente, que em estudo anterior denominamos “corrente moderna” (PIMENTA, 1999, p. 150), as normas em estudo são eficazes, contudo, o modo como a eficácia se manifesta é diferente, em relação às demais regras constitucionais. Com efeito, como os âmbitos (elementos) normativos sofrem de uma deficiência, por não estarem devidamente delimitados, existe de fato um obstáculo à aplicabilidade direta e imediata das normas programáticas. Contudo, elas produzem efeitos jurídicos, que se espalham por todo o sistema, pelos seguintes motivos: i) estabelecem um vínculo obrigatório para os órgãos públicos; ii) limitam a discricionariedade dos órgãos legislativos; iii) determinam a inconstitucionalidade superveniente das

normas infralegais que disponham em sentido contrário; iv) proíbem a edição de normas contrárias; v) servem como elemento de integração dos demais preceitos constitucionais; vi) fixam diretivas para o legislador ordinário; vii) estabelecem diretrizes para a interpretação das fontes infraconstitucionais.

Da admissibilidade da eficácia das normas em estudo surge uma outra questão: a definição do tipo de situação jurídica que podem produzir, exame que demanda, necessariamente, uma separação acerca dos tipos de normas programáticas.

3.2. Tipos de normas programáticas

As normas constitucionais programáticas apresentam conteúdo diversificado, sendo formuladas, ademais, por meio de diferentes tipos de enunciados prescritivos. Por esse motivo, podem ser separadas em quatro tipos (PIMENTA, 1999, p. 142-145).

O primeiro tipo consiste nas *normas programáticas em sentido estrito*, as quais mencionam uma legislação futura para a atuação positiva do programa que veiculam, ou seja, prevêm um programa, exigindo que o legislador o implemente por meio de lei. Como exemplo dessa modalidade, podem-se citar as normas veiculadas pelos arts. 186, 174, §1º, e 173, §4º, da Constituição Federal.

De outro lado, existem as *normas programáticas meramente definidoras de programas*, que estabelecem os programas, entretanto, não mencionam a necessidade de atuação do legislador por meio de lei. Ex: norma veiculada pelo art. 144 da CF.

Há, ainda, as *normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos*. Essas normas enunciam direitos, geralmente econômicos ou sociais, sem estabelecer a forma em que deverão ser implementados, vinculando, todavia, todos os órgãos públicos à sua observância, mesmo diante da ausência de regulação infraconstitucional. As normas inseridas pelos arts. 6º, 196 e 205 da Carta Magna são típicos exemplos dessa modalidade.

Por fim, tem-se as *normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado*, as quais fixam os fins mediante os quais o Estado se organiza, inclusive os de natureza econômica e social. Ex: normas veiculadas pelo art. 170 e 193.

Com base nesta separação, pode-se examinar, então, quais são as situações jurídicas produzidas pelas normas em epígrafe.

4. As situações subjetivas geradas pelas normas programáticas

A situação jurídica é um conjunto de comportamentos possíveis, ou seja, um feixe de condutas modalizadas pelas normas jurídicas. Há um leque enorme de situações jurídicas que podem ser produzidas pelas normas jurídicas, entre as quais pode-se mencionar as situações de poder, direito subjetivo, dever jurídico, sujeição, etc.

As normas constitucionais são eficazes, como salientado anteriormente. No entanto, a eficácia manifesta-se de maneira diversa, em relação às normas de eficácia plena e de aplicabilidade direta e imediata, bem como as normas de eficácia contável.

Em qualquer situação, as normas programáticas geram direito subjetivo. Não se deseja aqui ingressar na discussão acerca do conceito de direito subjetivo, eis que escapa ao objeto do presente estudo. No momento, o importante é perceber que a expressão “direito subjetivo” engloba um conjunto grande de posições jurídicas, diversas entre si.

Em face da existência dessa diversidade, os direitos subjetivos podem ser separados, segundo a proposta teórica de Robert Alexy (1988, p. 171-185), em direitos a ações negativas (*Rechte auf negative Handlungen*) e direitos a ações positivas (*Rechte auf positive Handlungen*). No primeiro grupo (direitos de defesa), identificam-se três espécies: i) direitos ao não embaraço de ações; ii) direitos à não afetação de características e situações; iii) direitos à não eliminação de posições jurídicas. No âmbito dos direitos a ações positivas, duas modalidades de-

vem ser identificadas: direitos cujo objeto é uma ação fática (*faktische Handlung*) ou a uma ação normativa (*normative Handlung*) (ALEXY, 1988, p.179).

O direito a uma prestação fática consiste no direito de exigir do Estado a adoção de providências materiais, ou seja, de prestações fáticas, através de diversos meios. Alexy (1988, p. 174-181) exemplifica tal situação, citando o direito de um proprietário de escola privada a um auxílio estatal por meio de subvenções, o direito a um mínimo existencial e a pretensão individual do cidadão à criação de vagas nas universidades. A satisfação desses direitos requer a utilização de alguma forma jurídica, no entanto, essa não é relevante. O importante é que, após a adoção de alguma providência estatal, o direito possa ser desfrutado pelo seu titular. A irrelevância da forma jurídica utilizada na realização da conduta estatal para a satisfação do direito, segundo Alexy (1988, p. 180), é o critério diferenciador dessa modalidade de direito subjetivo do direito a ações positivas normativas.

O direito a uma ação normativa (*normative Handlung*), por sua vez, exige, para a sua satisfação, a produção de atos estatais de criação de normas (ALEXY, 1988, p.180) jurídicas. Vale dizer, em tais situações, o Estado deve atuar, elaborando normas gerais ou individuais.

Com base nessa separação, evidencia-se que as normas programáticas criam para o particular o direito a algo, ou seja, direito a prestações positivas por parte do Estado, as quais podem consistir em prestações fáticas ou normativas.

As normas programáticas em sentido estrito estabelecem programas, exigindo que o legislador os implemente por meio de lei, vale reafirmar. Sendo assim, criam para os seus destinatários direito subjetivo a prestações normativas, pois normas gerais deverão ser veiculadas por meio de lei para que o direito seja satisfeito.

As normas programáticas, meramente definidoras de programas, não estabelecem a necessidade de atuação legislativa para a

realização do programa. Contudo, isso não impede a adoção de providências normativas. Logo, dependendo da situação, essas normas poderão gerar direitos a prestações fáticas ou normativas.

Por outro lado, as normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos veiculam os chamados direitos fundamentais sociais. Essa modalidade de direito fundamental pode ser satisfeita por meio de prestações normativas ou fáticas. Tudo vai depender da estrutura do enunciado prescritivo que o veicule. Isso porque alguns direitos sociais são extremamente complexos, exigindo para a sua satisfação a realização de um leque grande de ações estatais, que podem ir desde prestações em dinheiro até a elaboração de normas gerais.

Por fim, deve-se examinar as situações jurídicas geradas pelas normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado. Tais normas prevêm as finalidades pelas quais o Estado se organiza. Assim, estabelecem os objetivos que devem ser perseguidos pelo Estado. Logo, são normas que estabelecem um direito a uma prestação estatal, direito a algo (*Rechte auf etwas*), na feliz expressão de Robert Alexy (1988, p. 181). Tais direitos, como defende o festejado publicista alemão, são relações triádicas entre um titular de um direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva (ALEXY, 1988, p. 406). Para o alcance da finalidade prevista em tais normas programáticas, o Estado deve adotar uma série de condutas, tanto de ordem material quanto normativa. Assim, por exemplo, para realizar o direito subjetivo veiculado pelo art. 170, V, da CF, promulgou-se o Código de Defesa do Consumidor e uma série grande de normas legislativas. De outro lado, para satisfazer o direito previsto no art. 170, VI (defesa do meio ambiente), exige-se do Estado condutas normativas e prestações materiais. Disso se infere que as normas em estudo poderão veicular tanto direitos a prestações fáticas quanto direitos a ações normativas.

Do exposto, pode-se concluir que todas as normas programáticas geram direitos subjetivos a prestações positivas (*Rechte auf positive Handlungen*), variando o tipo de direito conforme a modalidade da norma programática.

Por conseguinte, a realização desses direitos subjetivos poderá importar em custos financeiros pelo Estado. Como há uma limitação dos recursos financeiros disponíveis pelo Estado, existe uma necessidade de tentar encontrar uma fórmula para solucionar esse problema.

5. A reserva do possível

A satisfação dos direitos subjetivos a prestações fáticas, inclusive aqueles veiculados pelas normas programáticas, exige a realização de despesas pelo Estado. Portanto, a implementação desses direitos importa em custos para o ente público. Isso não quer dizer que os direitos a prestações negativas (direitos de defesa) não importem também em despesas. O que se deseja acentuar é que os direitos a prestações positivas apresentam uma maior relevância econômica, pois a satisfação não pode ocorrer sem que para isso se aloquem recursos financeiros.

Assim, existem limites de duas naturezas para o Estado dispor das prestações reconhecidas pelas normas constitucionais que outorgam esse tipo de direito: a) limite fático, que se relaciona à disponibilidade efetiva de recursos; b) limite jurídico, pois há um limitado poder do estado em dispor do objeto do direito reconhecido (SARLET; FIGUEREDO, 2010, p. 28-29). Como exemplo dessa segunda modalidade, pode-se citar a impossibilidade de determinado ente em realizar determinada conduta, por esta não se enquadrar no âmbito de suas competências constitucionais.

Baseando-se na constatação da existência de limites financeiro-orçamentários, surgiu na Alemanha, no início dos anos de 1970, determinada construção teórica: a reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*).

Essa teoria apareceu em um julgamento do primeiro Senado do *Bundesverfassungsgericht*, ocorrido em 18 de julho de 1972, intitulado caso “*numerus clausus*”, realizado em sede de controle de constitucionalidade das leis, que tinha por objeto legislações sobre limitação ao acesso à Faculdade de Medicina das Universidades de Hamburgo e da Bavária, promulgadas, respectivamente, em 1969 e 1970 (GRIMM; KIRCHHOF; EICHBERGER, 2007, p. 282-297).

A lei da Universidade de Hamburgo estabelecia, em seu §17, I, que o acesso para algumas Faculdades poderia ser limitado, se e enquanto fosse necessário à capacidade de absorção da Universidade, a fim de garantir corretamente o estudo na respectiva área de especialidade. Previa, também, que as limitações ao acesso à Universidade poderiam ser regulamentadas por meios de regulamentos de admissão, nos quais poderiam ser encontrados também determinações sobre a escolha e o número de candidatos admitidos. Tais regulamentos seriam concluídos pelo Conselho (Senado) Acadêmico, depois da oitiva das áreas de especialidades afetadas. Com base nesse dispositivo legal, o Conselho Acadêmico estabeleceu, então, regulamentos de admissão para o semestre de verão de 1970 prevendo que 60% das vagas seriam preenchidas pelo critério do desempenho e 40% pelo princípio anual. Pelo primeiro critério, seriam consideradas basicamente as notas do certificado de matrícula; enquanto pelo segundo seriam admitidos os candidatos que tivessem prestado serviço militar ou serviço comunitário (GRIMM; KIRCHHOF; EICHBERGER, 2007, p. 283-284).

A lei do Estado da Bavária, por sua vez, promulgada em 8 de julho de 1970, prescrevia que a admissão à Universidade seria limitada com base no critério da necessidade de conservação de um determinado estabelecimento de ensino, em termos de capacidade de absorção da Instituição Superior. Além disso, a lei previa critérios para a alocação de vagas e continha, inclusi-

ve, uma autorização para a regulamentação para o Ministério da Cultura da Bavária implementar essas especificações.

A Corte observou, inicialmente, que o art. 12, inciso I, da *Grundgesetz*, que consagra a liberdade de profissão, assegura aos indivíduos um direito de defesa contra limitações para o sistema educacional. Todavia, não se trata apenas de uma função de proteção contra intervenções do poder público, pois também existe no Estado moderno uma exigência complementar dos direitos fundamentais em assegurar uma participação em prestações estatais.

Concluiu-se que o art. 12, I, combinado com o art. 3, I, da GG e o mandamento do Estado Social assegurariam ao cidadão um direito subjetivo ao preenchimento dos pressupostos subjetivos à admissão da Faculdade da sua escolha. Esse direito de acesso seria limitado (GRIMM; KIRCHHOF; EICHBERGER, 2007, p. 287)

Enquanto direito de participação, não se restringiria aos existentes, contudo, submeter-se-ia à reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), no sentido do que o indivíduo pode exigir razoavelmente da sociedade. É o legislador quem tem a responsabilidade em primeira linha de realizar esse julgamento, o qual, por meio do seu orçamento econômico, também considera outras preocupações da comunidade e, conforme o dispositivo expressamente no art. 109, II, da GG, tem que corresponder às necessidades de cálculo do equilíbrio geral econômico.

Nesta passagem do julgado reside o núcleo da teoria em pauta, a qual reconhece a existência de limitações orçamentárias à realização das pretensões asseguradas por dispositivos constitucionais, admitindo que cabe ao legislador realizar a escolha das prioridades, eis que detém competência constitucional para elaborar o orçamento, estando adstrito ao cumprimento de determinadas regras constitucionais ao realizar essa tarefa. Por isso, o indivíduo só pode exigir o que a sociedade lhe pode oferecer em condições razoáveis.

Destarte, nasceu a teoria da reserva do possível, ratificada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em julgados posteriores, a qual corresponde à ideia de que a efetivação de direitos constitucionais sociais submete-se à reserva da capacidade financeira do Estado, pois depende de prestações financiadas pelos cofres públicos. Essa disponibilidade financeira deve ser avaliada pelo Poder Legislativo, pois é o órgão que detém competência constitucional para elaborar o orçamento público. É ele quem decide, assim, o que corresponde a uma exigência razoável, suscetível de ser atendida pelo orçamento.

Sendo assim, consoante concluem Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2010, p. 30), a reserva do possível apresenta uma tríplice dimensão, pois alcança a efetiva disponibilidade fática dos recursos financeiros necessários à efetivação de direitos fundamentais, a disponibilidade jurídica dos recursos humanos e materiais – que se refere à distribuição de receitas, competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas – e a proporcionalidade e a razoabilidade da prestação postulada pelo cidadão.

Trata-se, em outras palavras, de um limite jurídico e fático à efetivação dos direitos fundamentais, inclusive daqueles assegurados por normas constitucionais programáticas. Vale dizer, em determinadas situações, a eficácia dessas normas pode vir a sofrer uma restrição, decorrente da falta de recursos financeiros estatais, para realizar determinada providência material.

Isso significa que a efetivação de direitos assegurados pelas normas em epígrafe pode colidir com princípios constitucionais orçamentários. Assim sendo, não há como negar que o único caminho existente para resolver esse problema é defender a aplicação da ponderação, do sopesamento entre princípios, como defende Alexy (1988, p. 465):

“a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo

definitivamente tem é uma questão de ponderação entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos”.

Ao analisar o tema, Cristina Queiroz, Professora da Universidade Autónoma de Lisboa, extrai idêntica conclusão, ao afirmar que a reserva do possível não significa ineficácia dos direitos fundamentais sociais. A cláusula, segundo ela, “expressa unicamente a *necessidade de sua ponderação*” (QUEIROZ, 2005, p. 211).

Destarte, a reserva do possível não importa em esvaziamento da eficácia das normas programáticas ou até mesmo em reconhecimento da sua ineficácia. De forma alguma. O significado dessa construção jurisprudencial é que os direitos estabelecidos pelas normas em estudo são direitos *prima facie*, razão pela qual estão submetidos a uma necessidade de ponderação (ALEXY, 1988, p. 468-469). Logo, em determinados casos poderá ter um peso maior um princípio orçamentário, em detrimento de um direito fundamentado em um princípio veiculado pelas normas programáticas. Noutros, uma situação inversa poderá ocorrer, com a prevalência do princípio consagrado pelas normas em pauta.

A atribuição de um maior peso ao direito decorrente de um princípio consagrado por uma norma constitucional programática deverá ocorrer quando se tratar de direitos fundamentais sociais mínimos (*minimale soziale Grundrechte*), ou seja, direito à moradia, educação fundamental, patamar mínimo de assistência médica, enfim, a um padrão mínimo de sobrevivência (ALEXY, 1988, p. 466). Em tais casos, o cidadão terá

um direito definitivo à prestação, pois o princípio da liberdade fática terá um peso maior do que os demais princípios constitucionais formais e materiais colidentes, como defende Alexy (1988, p. 470).

Por essa razão, Ricardo Lobo Torres (2010, p. 74) conclui que “a proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais”.

Em outras palavras, em tais situações a eficácia da norma programática que veicular um direito com essa qualidade não poderá ser afastada por razões financeiras. A reserva do possível terá, portanto, um peso menor, que impossibilita a sua aplicação. Calha aqui a observação de Alexy (1988): “a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto”.

Do exposto, pode-se inferir que haverá dificuldades na sindicabilidade (justiciabilidade) dos direitos em estudo; contudo, isso não pode ser razão suficiente para se defender a impossibilidade do controle jurisdicional em face desse tipo de situação. Dificuldades também existem para o exercício da função jurisdicional em inúmeras situações; no entanto, os obstáculos não podem representar óbice à sindicabilidade.

Convém observar, no entanto, que, diante do caso concreto, quando o Poder Público alegar a inexistência de recursos financeiros para a efetivação de determinado direito previsto em norma programática, postulando, portanto, a aplicação da reserva do possível, deverá fazer prova da alegação. A teoria não pode ser utilizada como mero pretexto para se esvaziar a eficácia das normas constitucionais programáticas. Alegação de falta de recursos desacompanhada de prova não possibilita a aplicação da reserva do possível.

Parece-nos, pois, que, ao examinar determinada pretensão deduzida em Juízo de efetivação de um direito que irá importar

em custos financeiros para o Poder Público, deve o Poder Judiciário atuar com a máxima cautela, pois não detém conhecimento sobre as possibilidades financeiras do Estado em efetivá-la, no plano fático. Assim, deve observar, inicialmente, a razoabilidade e a proporcionalidade da pretensão. Não é razoável, por exemplo, postular-se judicialmente a construção de uma escola para se assegurar a determinado cidadão o direito à educação, previsto na Constituição. Nesse caso, seria mais razoável postular a obtenção de vaga em uma escola pública já existente.

Em segundo lugar, o Judiciário deve verificar se a providência material postulada se insere no âmbito das competências do ente público que vier a figurar como réu na demanda. Não se pode, por exemplo, exigir de um Município a realização de uma prestação de competência da União.

Por fim, deve realizar a ponderação, caso o Poder Público tenha alegado a aplicação da reserva do possível. Aqui entra a investigação do tipo de direito fundamental demandado, pois, se este se enquadrar na classe dos direitos sociais mínimos, terá maior peso o princípio que o consagra do que princípios financeiro-orçamentários.

O problema da efetivação das normas programáticas pelo Poder Judiciário, portanto, é bastante complexo, exigindo um procedimento racional, orientado pela fórmula da ponderação (*Abwägung*).

6. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O primeiro precedente importante do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em pauta foi uma decisão monocrática proferida, em 31 de janeiro de 1997, pelo Ministro Celso de Mello, que, no exercício da Presidência, indeferiu pedido de suspensão de medida liminar concedida por Juiz de Direito, que havia determinado ao Estado de Santa Catarina o custeio de tratamento de saúde de um menor portador de doença

rara, denominada Distrofia Muscular de Duchene. O Ministro prolator da Decisão afirmou que

“a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, §1º) constituem fatores que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina” (STF, Pet 1246 MC/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 13/02/1997).

Após reconhecer a eficácia da norma que consagra o direito à saúde, o Ministro realizou uma ponderação, afastando o argumento de impossibilidade de cumprimento da decisão em face do ônus financeiro que iria causar ao Poder Público, *verbis*:

“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida” (STF, Pet 1246 MC/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 13/02/1997).

Posteriormente, ao apreciar pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo, fundamentado no não pagamento de precatórios, a Corte rejeitou esse pedido,

por entender que não observava o princípio da proporcionalidade. Com base na doutrina de Robert Alexy (1988), realizou uma ponderação entre princípios (STF, IF nº 470-5, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 20/06/2003). O aspecto mais importante dessa decisão é a referência expressa contida no voto do Relator ao caso “*numerus clausus*” do *Bundesverfassungsgericht*, acima mencionado. Pela primeira vez o Tribunal enfrentou expressamente o tema objeto desse precedente da Corte alemã, para concluir que o Estado estaria submetido à “reserva do financeiramente possível”, existindo “um quadro de impossibilidade financeira quanto ao pagamento integral e imediato dos precatórios relativos a créditos de natureza alimentícia” (STF, IF nº 470-5, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 20/06/2003). Rejeitou-se, então, o pedido de intervenção, por entender que não havia recursos financeiros disponíveis para o Estado realizar o pagamento em dia dos precatórios de caráter alimentar. Destarte, afastou-se a aplicação dos princípios relativos ao pagamento dos precatórios, dando-se prioridade à limitação financeiro-orçamentária do Estado.

Em abril de 2004, ocorreu um dos mais importantes julgamentos sobre o tema em estudo. O caso versava sobre uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADF) nº 45, ajuizada contra o veto do Presidente da República sobre o §2º do art. 55 da Lei de Diretrizes Orçamentárias. O autor da ação alegava que o veto presidencial havia importado em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços de saúde. Posteriormente, o Presidente da República remeteu ao Congresso Nacional projeto de lei que restaurou em sua integralidade o dispositivo vetado.

Por esse motivo, a ADPF foi julgada prejudicada, todavia, o voto do Ministro Relator examinou importantes aspectos

relativos ao tema em epígrafe. Em primeiro lugar, ressaltou-se a atribuição do STF para efetivar os direitos econômicos, sociais e culturais, sob pena de violação positiva ou negativa da Constituição. Além disso, reconheceu-se que a Suprema Corte não tem atribuição para formular e implementar políticas públicas; todavia, em caráter excepcional, tal atribuição poderá ser exercida pelo Poder Judiciário, em face do descumprimento dos encargos políticos-jurídicos dos órgãos competentes que importe em comprometimento da eficácia dos direitos individuais e/ou coletivos de estatura constitucional. A Corte assinalou, ainda, que

“o caráter pragmático das regras inscritas no texto da Carta Política ‘não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado’” (STF, Informativo 345, 2004).

Nessa passagem do voto do Ministro Relator, está consagrado, portanto, o reconhecimento, de forma expressa, da eficácia das normas constitucionais programáticas, na linha do que defende a moderna doutrina sobre a matéria. Finalmente, a decisão apresenta, ainda, a análise da “reserva do possível”. O Tribunal admitiu que a realização de direitos econômicos, sociais e culturais depende, em grande medida, de um vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado. Sendo assim, a limitação de recursos deverá ser levada em consideração pelo intérprete ao examinar se algum bem jurídico pode ser exigido na via judicial. No entanto, as prestações que compõem o mínimo existencial não poderiam ser afetadas pela limitação financeiro-orçamentária. Por fim, concluiu-se que

“os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas” (STF, Informativo 345, 2004).

A análise desse julgado demonstra que o Tribunal nele estabeleceu premissas necessárias à efetivação dos direitos previstos pelas normas constitucionais programáticas, entre os quais se inclui a necessidade de observância do condicionamento imposto pela reserva do possível, cujo conteúdo, inclusive, foi definido.

Esse entendimento acerca da efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais foi ratificado pelo Pretório Excelso no final do ano de 2005, em decisão que envolvia o direito de educação, relatada pelo Ministro Celso de Mello. Neste caso, o Ministério Público do Estado de São Paulo havia ingressado com uma Ação Civil Pública contra o Município de Santo André para obrigar o ente público, com base no art. 208, IV, da CF, a providenciar vaga a criança em creches e pré-escolas próximas de sua residência. O juiz de direito deferiu o pedido, obrigando o Município ao cumprimento do mandamento constitucional. Inconformado, o réu apelou da decisão, obtendo êxito no Tribunal de Justiça de São Paulo, que desobrigou, então, o Poder Público do cumprimento do direito reconhecido pela Constituição Federal. O Ministério Público, então, interpôs Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal. No julgamento dessa matéria, o Pretório Excelso admitiu que a educação infantil é um direito fundamental de toda criança, consagrado em sede constitucional, que não

se submete à avaliação meramente discricionária da Administração Pública para ser implementado. Vale dizer, foi reconhecida a eficácia da norma do art. 208, IV, do Texto Magno. Mais uma vez foi reconhecida a competência do Poder Judiciário para determinar a implementação de políticas públicas, em face da omissão do Poder Público capaz de comprometer a eficácia dos direitos sociais e culturais consagrados pela Constituição Federal (STF, RE nº 410715, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03/02/2006.). O tema da reserva do possível também foi examinado. A Corte reconheceu, no voto do Ministro Relator, que a implementação dos direitos econômicos e sociais depende da realização de prestações positivas pelo Estado, que importam em custos financeiros. Por isso, a realização desses direitos é gradual, em face do inescapável vínculo financeiro existente com as possibilidades orçamentárias do Estado. No entanto, não pode o Poder Público manipular a sua atividade financeira para criar um obstáculo à efetivação desses direitos fundamentais.

Em julgados posteriores, que também versavam sobre o direito à educação, a Corte reafirmou esse posicionamento.¹ O ministro Relator esclareceu, ainda, em seu voto, que “ao Poder Judiciário cabe fazer valer, no conflito de interesses, a lei e a Carta Federal. Deficiência orçamentária não tem o efeito de projetar no tempo e, conforme a política em curso, indefinidamente o cumprimento de preceitos constitucionais de importância ímpar, no que voltados à educação”.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.768, o Pretório Excelso voltou a enfrentar o problema da reserva do possível. O objeto dessa ADIN era o art. 39 da Lei nº 10.741, de 01/10/2003, denominada Estatuto do Idoso, que assegura gratuidade dos transportes públicos

¹ STF, AG. REG. no AI Nº 455.802, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17/08/2007; AG. REG. no RE 411.518, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26/04/2007; AG. REG. no RE nº 401.673, DJ 17/08/2007.

urbanos e semiurbanos aos que têm mais de 65 (sessenta e cinco) anos. O Tribunal reconheceu a eficácia plena do art. 230, §2º, da Constituição Federal, que teria sido reproduzida pela norma impugnada pela ação em tela. A Corte afirmou que

“a gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como inviabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar, não se compadece com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível” (STF, ADIN nº 3.768, Rel. Min Carmen Lúcia, DJ 26/10/2007).

Em outras palavras, reafirmou-se que o direito que integra o mínimo existencial não está submetido à reserva do possível.

O tema da efetivação do direito à saúde retornou à pauta do Pretório Excelso em 2010, no julgamento do agravo regimental na suspensão de liminar. O Tribunal reconheceu que todas as dimensões do direito em exame demandam o emprego de recursos públicos, envolvendo, pois, questões relacionadas aos limites financeiro-orçamentários. Para solucionar o problema de compatibilização da efetivação do direito com a reserva do possível, defendeu-se que

“problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis neste contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos” (STF, Ag. Reg. na suspensão de liminar 47, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30/04/2010).

Evidencia-se, assim, que a Corte optou pela ponderação como a única fórmula possível para solucionar a tensão entre a efetivação de um direito social e a limitação financeiro-orçamentária.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 482.611, o Pretório Excelso voltou

a se manifestar sobre o tema em estudo. O caso versava sobre o descumprimento, pelo Município de Florianópolis, do Programa Social denominado Programa-sentinela, destinado à proteção de adolescentes vítimas de abuso e/ou de exploração sexual. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina havia decidido que a Administração Pública teria discricionariedade na adoção de políticas sociais derivadas de normas programáticas. O Ministério Público Estadual, então, recorreu dessa decisão para o Supremo Tribunal Federal, por meio da via do recurso extraordinário.

Ao examinar o pleito do *Parquet*, a Corte entendeu que existiria uma omissão inconstitucional do Poder Público no adimplemento de um dever imposto pela Constituição Federal (art. 227), em norma programática, de forma cogente. Ademais, afirmou-se que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, quando da sua aplicação puder resultar comprometimento dos direitos que integram o mínimo existencial (STF, Informativo 581, 2010). A Corte reafirmou, mais uma vez, o seu entendimento acerca da sindicabilidade das políticas públicas e reconheceu a eficácia das normas constitucionais programáticas, admitindo que a Administração tem uma margem mínima de discricionariedade em face dessa classe de normas. Outrossim, sustentou a existência de um direito subjetivo à legislação, que decorreria da imposição do texto constitucional de dever estatal de emanar normas legais. Assim, tal dever está diretamente relacionado à classe das normas programáticas que denominamos “normas programáticas em sentido estrito”. Em suma, a jurisprudência do Tribunal sobre tais normas e a reserva do possível foi ratificada, inclusive no que se refere ao mínimo existencial, que não pode ser alcançado por restrições financeiro-orçamentárias.

Posteriormente, em abril de 2010, nova decisão sobre o direito à saúde foi proferida pela Corte Excelsa (STF, Informativo 582, 2010), que manteve sua jurisprudência

acerca do tema em epígrafe, cuja origem foi a decisão proferida na Petição nº 1.246, mencionada anteriormente. O Tribunal mais uma vez proclamou o irrecusável valor constitucional do direito à saúde, afirmando que o programa previsto em norma constitucional que dispõe sobre o assunto deve necessariamente ser implementado mediante a adoção de políticas públicas responsáveis. Foi reconhecida, ainda, a intangibilidade do mínimo existencial em face da cláusula da reserva do possível. A Corte reconheceu que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais é gradual, estando subordinada às possibilidades orçamentárias do Estado. Diante do conflito entre o interesse financeiro e secundário do Poder Público e o direito à saúde, este foi priorizado. Vale dizer, realizou-se uma ponderação, que constitui o método adequado à solução do problema. Além disso, outros dois pontos foram examinados pelo Tribunal: o direito à legislação, cuja solução foi idêntica à manifestada por ocasião do julgamento do RE 482.611, e o princípio da proibição do retrocesso, que impede, no âmbito dos direitos fundamentais sociais, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. Desse modo, neste julgamento a Corte não se afastou do seu entendimento já consagrado sobre o tema em análise.

No corrente ano, veio a lume uma nova decisão sobre a educação infantil (STF, Informativo, 632, 2011). Ao julgar o ARE nº 639337, a Corte ratificou a sua jurisprudência sobre a matéria, enfatizando os seguintes pontos: a) reconhecimento da fundamentalidade do direito à educação infantil (CF, art. 208, IV); b) admissão da competência excepcional do Poder Judiciário para determinar a implementação de políticas públicas, em face de inércia do Poder Público em cumprir uma norma constitucional programática; c) impossibilidade de alegação pelo Estado da cláusula da reserva do possível para se esquivar do cumprimento de um dever constitucional;

d) uma vez comprovada a incapacidade econômico-financeira do ente estatal, deste não se poderá exigir razoavelmente a imediata efetivação do comando veiculado por uma norma constitucional. Com base nesses fundamentos, o Tribunal determinou que o Município de São Paulo observasse os direitos das crianças, viabilizando em favor destas a matrícula em unidades de educação infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus representantes legais.

Com base na análise desses julgados, pode-se extrair as seguintes conclusões sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: a) reconhecimento da eficácia das normas programáticas que veiculam programas, vinculando-os ou não ao princípio da legalidade; b) admissão da competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Público, omissos no cumprimento de um dever constitucional, a implementação de um direito fundamental social; c) reconhecimento de que a efetivação desses direitos depende de possibilidades econômico-financeiras do Estado; d) a incapacidade financeira do Estado poderá impossibilitar a efetivação imediata desses direitos; e) essa incapacidade deve ser comprovada, não podendo o Poder Público utilizar esse argumento como forma dolosa de não implementar os direitos sociais; f) possibilidade de ponderação entre o direito social e princípios orçamentários que impedem a sua implementação no caso concreto; g) garantia do mínimo existencial não pode ser afastada por limitações financeiro-orçamentárias do ente público.

7. Conclusões

I – As normas constitucionais programáticas são eficazes, no entanto, a eficácia manifesta-se neste caso de modo diferente, em relação às demais normas constitucionais;

II – As normas constitucionais programáticas geram direito subjetivo para o administrado;

III – A teoria da reserva do possível corresponde à ideia de que a efetivação de direitos constitucionais sociais submete-se à reserva da capacidade financeira do Estado, pois depende de prestações financiadas pelos cofres públicos. Essa disponibilidade financeira deve ser avaliada pelo Poder Legislativo, pois é o órgão que detém competência constitucional para elaborar o orçamento público;

IV – A reserva do possível não importa em esvaziamento da eficácia das normas programáticas, ou até mesmo em reconhecimento da sua ineficácia. De forma alguma. O significado dessa construção jurisprudencial é que os direitos estabelecidos pelas normas em estudo são direitos *prima facie*, razão pela qual estão submetidos a uma necessidade de ponderação. Logo, em determinados casos poderá ter um peso maior um princípio orçamentário, em detrimento de um direito fundamentado em um princípio veiculado pelas normas programáticas;

V – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posiciona-se da seguinte forma acerca da efetivação dos direitos fundamentais sociais consagrados pelas normas programáticas: a) reconhecimento da eficácia das normas programáticas; b) admissão da competência excepcional do Poder Judiciário para determinar a implementação de um direito fundamental social; c) reconhecimento de que a efetivação desses direitos depende de possibilidades econômico-financeiras do Estado; d) possibilidade de ponderação entre o direito social e princípios orçamentários que impedem a sua implementação no caso concreto; e) reconhecimento de que a garantia do mínimo existencial não pode ser afastada

por limitações financeiro-orçamentárias do ente público.

Referências

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1988.

BRITO, Edvaldo. *Reflexos Jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento econômico, bem estar social*. São Paulo: Saraiva, 1982.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GRIMM, Dieter; KICHHOF, Paul; EICHBERGER, Michael. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. 3. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 1999.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 165-216.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: _____; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-50.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63-78.

Federalismo

Condições de possibilidade e características essenciais

Paulo Roberto Barbosa Ramos

Sumário

1. As condições de possibilidade da ideia de federalismo. 2. Características essenciais do federalismo. 3. Considerações finais.

1. As condições de possibilidade da ideia de federalismo

O federalismo é um fenômeno político recente na história das nações (GARCÍA-PELAYO, 1987, p. 215). Em verdade, a primeira experiência federalista teve início nos Estados Unidos (EUA) nas últimas décadas do século XVIII, após a malograda implantação do tradicional modelo confederativo, o qual, logo cedo, demonstrou os seus limites e deficiências. Diante disso, os principais artífices do que seriam os EUA, tal qual se percebe hoje, empreenderam esforços para desenvolver um modelo político mais perfeito, capaz de atender as principais necessidades do Estado que queriam consolidar, bem como os interesses das comunidades que formariam a sua população (CAMPOS, 2002, p. 1132-1133).

Tendo em vista essas primeiras considerações, algumas perguntas são essenciais: o que é um modelo confederativo de Estado? Por que o modelo confederativo fracassou nos EUA? Como deve ser entendido o modelo federativo e por que os pais fundadores dos EUA acreditaram em sua maior possibilidade de sucesso?

Paulo Roberto Barbosa Ramos é Promotor de Justiça no Maranhão. Professor Associado do Departamento de Direito da UFMA. Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Granada - Espanha. Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP.

Responder a essas questões é justamente o que tentarei fazer a partir de agora.

Sobre o modelo confederativo, é preciso dizer que se trata de uma forma de organização do poder político por meio da qual estados independentes se unem, utilizando-se de um *Tratado Internacional*, para garantir principalmente sua segurança e prosperidade, o que faz da confederação uma entidade jurídico-internacional, o que não quer dizer que os Estados que a formam não preservem a sua soberania perante as outras nações e diante da própria confederação, da qual inclusive podem se separar quando considerarem conveniente. Ademais, é preciso ressaltar que as decisões da confederação, as quais decorrem de unanimidade, não incidem diretamente sobre os cidadãos dos Estados que a compõem, porquanto suas ordens precisam ser introjetadas nos ordenamentos desses Estados para que possam ser consideradas.

Foi justamente essa última característica da confederação que se apresentou como maior obstáculo para o sucesso desse sistema nos EUA, já que o poder central ficava permanentemente sob a dependência dos Estados que a formavam, os quais, muitas vezes, sob a justificativa da preservação de sua soberania, não consideravam as decisões tomadas pelo poder central, as quais, é bom que se diga, contavam sempre com a participação dos representantes dos Estados confederados.

Essa falha começou a colocar em dúvida o futuro da ideia de EUA. Por conta desse fato, conforme já disse anteriormente, os pais fundadores começaram a discutir um modelo mais perfeito como forma de superar as deficiências da confederação. Por outro lado, não tinham noção exata do esquema a ser construído; contudo, diante da realidade concreta decorrente das limitações e deficiências do sistema confederativo, começaram a trabalhar um modelo em que essas limitações e deficiências pudessem ser eliminadas.

Identificando a resistência dos Estados no sentido de aceitar as decisões tomadas pelo poder central como uma trava significativa ao modelo que se queria ver em execução, foi sugerida a mudança da sistemática de exercício do poder político por meio da adoção de um mecanismo mediante o qual as decisões do poder central independiam da anuência posterior dos Estados que formavam a confederação. Para que essa ideia pudesse prosperar, revelou-se absolutamente essencial estabelecer as matérias sobre as quais o poder central poderia deliberar, incidindo essa deliberação diretamente sobre os cidadãos. Noutra ponta, considerou-se também essencial o estabelecimento de atribuições que seriam próprias dos Estados-membros as quais não se submeteriam a qualquer espécie de interferência do poder central, quer dizer, *tratava-se de uma fórmula que reconhecia a existência de duas esferas de poder político sobre um mesmo território*, entretanto exercidas por cada qual sobre temáticas diferenciadas, de maneira a não ofender a compreensão de soberania dos estados, tão arraigada durante aquele período (ANDERSON, 2010, p. 39).

O processo de construção dessa fórmula foi buscar seu ponto de apoio na ideia consoante a qual todo o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes, os quais dispõem de delegação para o seu exercício dentro de certas condições e limites. Ora, essa ideia mostrou-se completamente adequada às intenções dos pais fundadores, na medida em que buscavam convencer os representantes dos Estados que formavam a confederação de que a adoção da nova sistemática com a qual o poder central exerceria influência diretamente sobre seus territórios e cidadãos não diminuiria, em hipótese alguma, a sua posição e *status* no contexto político, porquanto as atribuições que o poder central poderia exercer seriam limitadas e as dos Estados-membros mais abrangentes,

já que corresponderiam a todas as demais não arroladas para o poder central. Não bastasse isso, a legitimidade do poder central seria a mesma daquela conferida aos Estados-membros – a vontade do povo –, o qual delegaria a essas instâncias de poder político atribuições regradas em um mesmo texto, ao qual passaram a chamar de *constituição* (GARCÍA-PELAYO, 1987, p. 215).

Por óbvio que toda essa construção teve origem na própria realidade histórica dos americanos. Como se sabe, os americanos do norte tiveram um processo de colonização muito peculiar. Na verdade, Londres não empreendeu esforços para colonizar as terras americanas. Foram os próprios ingleses que, por questões pessoais, resolveram migrar para essas novas terras e lá construir as suas vidas. Mesmo diante desse processo, a metrópole praticava algumas interferências na vida dos colonos americanos, os quais as aceitavam em certa medida, desde que não fizessem alusão à cobrança de impostos e fossem convenientes para reconhecer direitos que lhes pertenciam por serem súditos ingleses, não só diante dos possíveis abusos dos poderes da Inglaterra, como também perante os excessos dos poderes locais (CAMPOS, 2002, p. 1145). Esse tipo de atitude contribuiu sobremaneira para o desenvolvimento da compreensão consoante a qual somente as decisões da comunidade tinham capacidade de vinculá-la.

Com o processo de independência, essa mesma sistemática comportamental permaneceu. Ademais, também já tinha grande aceitação entre os americanos a ideia consoante a qual certos direitos são inerentes às pessoas e que a finalidade de qualquer poder é unicamente garantir o seu respeito (CAMPOS, 2002, p. 1145).

A Constituição de 1787 consolidou, então, todo esse processo. Estabeleceu a forma de exercício dos poderes da República, delimitando suas atribuições e

dividindo os poderes em cada uma das instâncias em departamentos, de modo a evitar abusos no seu exercício. Por outro lado, ficou muito claro que não haveria hierarquia entre os poderes exercidos pelo poder central e pelos Estados-membros, mas apenas divisão de tarefas para um perfeito desempenho das atribuições que são exigíveis de um grande Estado, o que, por certo, dificultaria significativamente qualquer possibilidade de acúmulo inaceitável do poder (HAMILTON; MADISON; JAY, 1964, p. 62).

Noutra banda, o poder central, por meio do executivo federal, jamais poderia alterar decisões dos poderes executivos regionais sob qualquer justificativa, porquanto na sistemática proposta a constituição estabelecia um organismo para o desempenho da função de árbitro: o poder judiciário. Por conta de tudo isso é que Paloma Biglino Campos anotou que o Estado Federal que surgiu na Constituição dos Estados Unidos de 1787 resultou de algumas decisões que apareceram recolhidas nessa norma fundamental e que constituíram os pilares básicos da nova estrutura, sendo as principais e que tiveram um papel crucial na nova organização territorial, aquela que atribuiu aos órgãos da União o poder de atuar diretamente sobre os indivíduos e a criação de um poder judicial federal independente, com jurisdição sobre todos os casos que surgissem como consequência da Constituição e das leis dos Estados Unidos (CAMPOS, 2002, p. 1133-1134).

Portanto, o modelo de Estado confederativo fracassou nos Estados Unidos porque não conseguiu encontrar uma fórmula política capaz de justificar o exercício pleno e eficiente do poder central, sem que isso ferisse as suscetibilidades dos Estados que formavam essa organização política, os quais não admitiam, em hipótese alguma, tornar-se um poder secundário diante de poderes principais a serem concedidos ao poder central, tudo por conta de suas

características óbvias de fragilidade, quais sejam: fundar-se em um Tratado Internacional, o qual facultava a possibilidade de denúncia, quer dizer, saída unilateral de seus signatários da união; manutenção da ligação direta de seus integrantes com a comunidade internacional, não assumindo, portanto, a união essa representação; manutenção da soberania de todos os Estados que a formavam, o que inviabilizava qualquer estratégia de articulação para a manutenção dos interesses de todos os envolvidos em justa medida; impossibilidade de as decisões da união incidirem diretamente sobre os cidadãos dos Estados que a compunham, tornando o poder central um refém permanente dos Estados componentes, e manutenção de relação de direito internacional entre os Estados componentes e o poder central (GARCÍA-PELAYO, 1987, p. 241-242).

Com a adoção da nova fórmula do exercício do poder político em solo americano e a aceitação paulatina pelos Estados-membros, por meio de seus representantes, escolhidos para essa finalidade, os Estados Unidos superaram os defeitos apresentados pela sistemática confederativa, que tornavam inviável a coexistência pacífica e eficaz entre os Estados, e começaram a oferecer ao mundo uma nova forma de Estado, a qual foi sendo estruturada a partir de suas necessidades mesmas e não como resultado de uma ideia previamente racionalizada e implementada. Isso tanto é verdade que Manuel García-Pelayo registrou que a denominação Estado Federal passou a ser utilizada pela primeira vez somente durante a confederação renana, e que somente em Zachariä, von Berg, Klüber se encontra usada como termo contraposto ao de confederação. Portanto, consoante afirmação do constitucionalista espanhol, foi na literatura alemã que surgiu a denominação Estado Federal com um conteúdo preciso e em contraste com as confederações e as novas formas de organização representadas, primeiro pelos Estados Unidos e, mais

tarde, pela Suíça, Alemanha e Brasil, já que nessas organizações existia um novo sujeito jurídico-político independente dos Estados componentes, devendo, portanto, ser-lhes atribuída uma outra denominação em virtude das novas consequências que consigo trazia (GARCÍA-PELAYO, 1987, p. 216).

Sendo assim, apesar de os americanos terem inventado o fenômeno federal, o qual, para ser identificado e diferenciado de outras formas de Estado, possui características as quais chamarei de genuínas, não esteve claramente patenteado na sua Constituição de 1787 com o nome de federação, federalismo ou Estado Federal. Uma simples leitura da Constituição americana é suficiente para tirar essa dúvida. De qualquer modo, ninguém ousa tirar o mérito dos americanos de terem inventado a fórmula do federalismo, a qual comporta algumas variações, dependendo do lugar e condições em que venha a ser adotada.

O certo é que o federalismo transmite uma ideia essencial, contudo não é um modelo fechado que só pode ser adotado por determinado país se seguir exatamente os mesmos roteiros, ingredientes, quantidade e qualidade dos elementos presentes na sistemática americana, país que o adotou pela primeira vez, mesmo não sabendo exatamente que estava criando uma nova metodologia de exercício do poder político.

São vários os elementos caracterizados de um Estado Federal. Inicialmente vou destacar um: Estados-membros e poder central fortes com poderes diretamente conferidos pela cidadania com a qual se relacionam diretamente (ELAZAR, 1990, p. 26). Esse elemento é essencial para a manutenção do equilíbrio de poder no sistema federativo, pedra de toque dessa sistemática de Estado. Onde o poder central é forte demais e os Estados-membros fracos, corre-se o risco de se ter um Estado Unitário descentralizado¹, ao passo que,

¹ A descentralização territorial pode tomar duas formas: a) a descentralização puramente administrativa, que pode ter como sujeitos Municípios e províncias

quando se tem um poder central fraco e Estados-membros fortes, corre-se o risco de se ter uma confederação, o que pode representar uma ameaça constante de esfacelamento da unidade política.

O certo é que na constituição escrita, dentro da qual devem estar gravadas todas as regras essenciais da engenharia política do sistema federativo, fiquem estabelecidos os mecanismos que irão garantir o equilíbrio tensional perfeito entre os entes políticos, permitindo, com isso, a adequada desenvoltura dos poderes públicos por meio do correto desempenho de suas funções, assegurando paralelamente o desenvolvimento do regime democrático (WATTS, 2010, p. 61), com o qual um bom Estado Federal costuma casar (ANDERSON, 2010, p. 45).

Aliás, é importante dizer, a amante preferencial de um Estado Federal legítimo, quer dizer, daquele que preenche os requisitos mínimos necessários de repartição equilibrada do poder, é a democracia, porquanto esta, enquanto regime político, estimula a participação consciente dos cidadãos nos negócios públicos, permitindo que a comunicação direta entre os entes políticos se fortaleça permanentemente, afinal foi a necessidade de as decisões do poder central de incidir diretamente sobre os cidadãos dos Estados-membros que possibilitou uma revisão da sistemática confederativa e a construção da sistemática federativa.

Portanto, a existência jurídica do Estado Federal se expressa em uma constituição em sentido jurídico-político e não em um

e b) a descentralização regional, que se caracteriza não só pelo seu âmbito territorial, senão sobretudo porque cada região ou país possui seu próprio Estatuto e estende sua competência à esfera legislativa e governamental, possuindo, em consequência, órgãos adequados para isso. A descentralização territorial pode estender-se de tal modo que se torne difícil distingui-la do Estado Federal, o que faz que alguns tratadistas não vejam no Estado Federal mais que um último grau de descentralização (GARCÍA-PELAYO, 1987, p. 242-243).

pacto (GARCÍA-PELAYO, 1987, p. 231-232). Assim, o genuíno da constituição federal é integrar uma série de unidades territoriais em uma organização conjunta, obedecendo a um sistema de relações jurídicas. Assim, portanto, o essencial e característico de toda constituição federal é a previsão de um estatuto comum dos Estados-membros, que se manifesta em um sistema de direitos e deveres diante da federação, e que, por derivar da constituição federal, é independente das constituições particulares dos Estados-membros (GARCÍA-PELAYO, 1987, p. 232-233).

É por isso que Manuel García-Pelayo ensina que, em um Estado Federal, para certas matérias existe um só poder para a totalidade do território e da população, enquanto para outras existe uma pluralidade de poderes. Diante desse sistema, o cidadão está imediatamente sujeito ao poder central em algumas esferas, enquanto em outras está sujeito aos poderes regionais. É, portanto, essencial a toda a constituição federal estabelecer uma delimitação de competências entre a federação e os Estados-membros, o que significa uma garantia da existência política dos Estados-membros expressa na própria constituição (GARCÍA-PELAYO, 1987, p. 234).

Sendo assim, a metodologia de distribuição de competências é absolutamente essencial na sistemática federativa, para além da existência de poder central e Estados-membros fortes e de uma constituição escrita. Quanto à distribuição de competências, Manuel García-Pelayo apresenta uma classificação que considero uma das mais perfeitas, razão pela qual irei reproduzi-la aqui. Observem: a) matérias exclusivas, cuja legislação e execução, ou simplesmente uma dessas atividades, pertencem inteiramente a uma das partes, seja à federação, seja aos Estados-membros. Essas competências podem ser divididas da seguinte forma: a.1) matérias cuja legislação e execução pertencem exclusivamente à federação, se bem que, quanto a esta última, quer dizer,

a execução, pode ter lugar tanto de modo imediato, ou seja, por meio dos próprios órgãos federais, como de modo mediato, ou seja, mediante os Estados-membros, oportunidade em que atuarão como se fossem órgãos federais, daí a necessidade de inspeção e vigilância da federação. Os Estados Unidos são exemplo do primeiro tipo e a Suíça do segundo; a.2) matérias cuja legislação e execução pertencem exclusivamente aos Estados-membros; a.3) matérias cuja legislação corresponde à federação e a execução aos Estados-membros; a.4) matérias cuja legislação pertence aos Estados-membros e a execução à federação; b) matérias concorrentes, quer dizer, aquelas que podem ser reguladas tanto pela federação como pelos Estados-membros, e em cuja ordenação cabem as seguintes possibilidades: b.1) os Estados-membros só podem legislar em caso de a federação não fazer uso de suas competências; b.2) matérias deixadas a princípio aos Estados-membros, porém sob a condição de a federação poder sobre elas legislar em se fazendo necessário para eventual uniformização; b.3) matérias cuja legislação básica pertence à federação, e sua legislação detalhada ou regulamentária, aos Estados-membros (GARCÍA-PELAYO, 1987, p. 234-235).

Para além desses aspectos, torna-se importante ressaltar que há, ainda, dois métodos para a delimitação formal das competências: o mais geral consiste em enumerar as matérias de competência federal, como ocorre nos EUA, ficando reservadas todas as restantes aos estados particulares, e o método oposto, quer dizer, quando se enumeram os poderes dos Estados-membros, ficando todos os demais reservados à federação, como ocorre no Canadá (GARCÍA-PELAYO, 1987, p. 235).

Inicialmente, a técnica americana valorizou essencialmente a sistemática das competências exclusivas, tanto dos Estados-membros, como do poder central, a qual, paulatinamente, foi sendo corrigida por

meio da interpretação da Suprema Corte, que desenvolveu, inclusive, uma famosa teoria dos poderes implícitos para legitimar a atuação do poder central no desempenho de determinadas tarefas essenciais para a consolidação do sistema federativo americano.

Percebe-se, então, que o poder judiciário teve e tem um papel central no cenário político americano, tanto é assim que não erro ao afirmar que a história do sistema federativo americano e a própria história como um todo dos Estados Unidos estão condensadas nas decisões da Suprema Corte, que, no decorrer desses mais de 200 anos, foram se adaptando às novas necessidades de um país que sempre teve como meta limitar internamente o exercício do poder, garantindo o seu correto equilíbrio, e tudo isso foi feito tendo em consideração o primeiro de todos os ingredientes de um sistema federativo: uma constituição escrita rígida.

2. Características essenciais do federalismo

Dediquei todo o primeiro tópico para desenvolver uma breve análise da construção da ideia de federalismo, não tendo certeza de que efetivamente tenha logrado êxito. Mesmo assim, é preciso continuar, coisa que farei a partir de agora, abordando algumas características que considero essenciais em um sistema que se queira denominar federalista.

Não parto da compreensão de que só é federal aquela forma de Estado que preencha todos os requisitos do federalismo americano (CAMPOS, 2002, p. 1132). O sistema americano não é o melhor modelo de sistema federalista e nem é o único existente; contudo, por ter sido o primeiro, exerce influência decisiva sobre outros Estados que se querem federalistas (CAMPOS, 2002, p. 1132). Portanto, é inconcebível falar em federalismo sem retornar às origens, quer

dizer, ao primeiro país que adotou essa sistemática de convivência de várias esferas de poder político e que conferiu a esse fenômeno os seus contornos essenciais. De qualquer modo, é importante que se tenha em vista que não existe uma forma de federação perfeita e pura (WATTS, 2010, p. 63).

Devo deixar registrado, ainda, que não farei qualquer esforço para ver federalismo em todos os regimes políticos, como fazem alguns autores completamente excitados com os benefícios dessa sistemática de Estado. Limitarei a minha análise aos contornos essenciais, especialmente àqueles que se me afiguram mais valiosos para assegurar uma efetiva limitação do poder, por meio de uma adequada e eficiente repartição do poder político do Estado, pois o que é mais importante não é tanto que os Estados que se queiram federais apresentem todas as características que considero essenciais, mas, principalmente, que, mediante uma metodologia de várias esferas de entes dotados de poder político, consigam assegurar os serviços públicos dos quais os cidadãos necessitam, garantindo ao mesmo tempo a liberdade (WATTS, 2010, p. 61).

Pois bem. Em linhas gerais, qualquer sistema federal deve, pelo menos, apresentar a maioria das seguintes características (DE VERGOTTINI, 1985, p. 269): a) constituição escrita e rígida; b) duas ordens jurídicas: central e parciais, sendo estas últimas dotadas de autonomia, quer dizer, competências próprias, possibilidade de auto-organização e de escolha de seus governantes e membros do poder legislativo, os quais terão competência para legislar sobre as matérias fixadas na constituição federal, além dos recursos necessários para fazer frente às suas responsabilidades; c) indissolubilidade do vínculo federativo; d) vontades parciais representadas na elaboração da vontade geral por meio do Senado Federal, que deve guardar a isonomia dentre as vontades parciais; e) existência de um Tribunal Constitucional como guardião

das competências e f) possibilidade de intervenção federal (ARAUJO, 1995, p. 50).

Essas são as características presentes no primeiro país que adotou a sistemática federativa (WATTS, 2010, p. 59-60), o que não quer dizer que todos os países que se queiram federalistas, volto a repetir, tenham que apresentar rigorosamente essas mesmas características, até mesmo porque a realidade de cada país é diferente, assim como sua história. Ademais, as organizações federadas são dinâmicas (WATTS, 2010, p. 61).

O mais importante, na verdade, é a atitude de lealdade intelectual em relação ao fenômeno do federalismo. Não se pode querer ver federalismo onde há um Estado Unitário Descentralizado ou mesmo uma confederação, até porque essas realidades políticas também possuem suas características próprias, as quais, por óbvio, as diferenciam do federalismo.

Então, para diagnosticar se um Estado é federal, que, para além de um Estado complexo, é um Estado composto (FERRANDO BADIA, 1978, p. 84), torna-se necessário executar um teste que chamarei *teste de qualidade*.

Esse teste de qualidade repousará na identificação da presença dos elementos essenciais do federalismo em organizações estatais que se queiram como tal. Em sendo assim, o primeiro elemento a ser constatado é se na organização estatal sob estudo há uma constituição escrita, quer dizer, uma lei fundamental em que estão estabelecidas as regras do jogo em relação ao exercício do poder político. Em outras palavras, caberá verificar se nessas organizações estatais a constituição escrita, lei basilar do Estado, estabelece claramente a divisão de tarefas entre os entes federativos, ou seja, distribui de maneira clara quais são as tarefas do poder central e quais são as tarefas dos Estados-membros.

É evidente que na atualidade a distribuição das competências não é tão linear

quanto fora no passado, quando a Constituição americana foi elaborada, tanto que a sua atualização para um modelo mais moderno de repartição de competências teve que se efetuar por meio da interpretação constitucional. Hoje, acrescentam-se às competências exclusivas de cada ente, as quais continuam existindo e necessário que sempre existam, sob pena do falecimento da sistemática federativa, as competências concorrentes² e comuns³.

Cumprida essa primeira etapa, isto é, a da existência de uma constituição escrita e rígida, é preciso saber se essa constituição contempla mais de uma esfera de poder político, porquanto há constituições escritas e rígidas que não reconhecem mais de uma esfera de poder político, como, por exemplo, a Constituição francesa. O fato de um Estado adotar uma constituição escrita e rígida não significa necessariamente que esse Estado é federal. Somente será federal se reconhecer no seu texto mais de uma ordem de poder político. Ademais, cada uma dessas esferas de poder político deve constituir uma ordem jurídica, quer dizer, estar regrada por uma constituição própria, muito embora as constituições das chamadas ordens parciais devam obedecer

² As competências concorrentes são muito características das sociedades de bem-estar social em que as demandas sociais são cada vez maiores, o que exige dos entes estatais o compartilhamento de atuação para garantir a efetividade das políticas públicas.

³ As chamadas competências comuns ou materiais estão descritas na Constituição brasileira de 1988. Dizem respeito a ações que devem ser desenvolvidas por todos os entes da federação indistintamente, como, por exemplo, garantia dos direitos das pessoas com deficiência. Qualquer um dos entes pode ser acionado pelo cidadão para garantir os direitos fundamentais das pessoas com deficiência. Essa sistemática, contudo, acarreta certa confusão, na medida em que um eventual ente acionado pode exigir o chamamento de outros entes ao processo, amparado no entendimento consoante o qual a responsabilidade deve ser dividida entre todos, já que a Constituição Federal não determinou a obrigação direta para qualquer um deles. Diante disso, não vejo, sinceramente, qualquer benefício nas competências materiais comuns.

aos princípios estabelecidos na constituição federal. De qualquer modo, tem-se uma ordem constitucional federal e ordens constitucionais estaduais (RUFIA, 1987, p. 632), as quais são desencadeadoras de processos legislativos próprios, capazes de criar poderes, direitos e deveres, tendo-se em vista as matrizes condutoras estabelecidas pela constituição federal.

Entretanto, essas duas características ainda são insuficientes para caracterizar um Estado como federal. Torna-se necessário ainda que o Estado tenha registrado na sua constituição escrita e rígida esferas de atuação próprias de cada ente, ou seja, que tanto as esferas parciais como o poder central tenham competências exclusivas⁴, de modo que sejam reconhecidas como entidades próprias, específicas, com personalidade jurídica. Muito embora as chamadas competências concorrentes venham ocupando grande destaque nos Estados federados, a existência das competências exclusivas é de imprescindível necessidade para caracterizá-los como tais.

Ora, as competências também fazem alusão aos recursos que serão utilizados para desenvolvê-las, daí que devem estar perfeitamente registradas, na constituição escrita, as fontes de recursos para o desempenho das tarefas conferidas a cada ente, isso porque o financiamento é sempre uma questão crucial em um Estado composto (ARNOLD, 2005, p. 735).

Por outro lado, não se pode esquecer que os entes parciais precisam participar da elaboração da vontade geral, o que se dá normalmente por meio de uma câmara legislativa chamada Senado Federal. Inicialmente, os senadores nos Estados

⁴ Determinadas matérias comumente são reservadas ao poder central de forma exclusiva, a exemplo da celebração de tratados, declaração de guerra e celebração da paz, organização e manutenção das forças armadas, política exterior, sistemas monetários, de pesos e medidas, sistemas postais, de correios e telégrafos, rádio e sistema aéreo.

Unidos eram indicados pelas respectivas assembleias legislativas dos Estados-membros. Contudo, em virtude de emenda constitucional ocorrida no início do século XX, passaram a ser eleitos pelos cidadãos dos seus respectivos Estados, tal qual os deputados. De qualquer modo, o número de senadores permaneceu idêntico para todos os Estados-membros, já que a função desses representantes é justamente garantir a autonomia dos Estados-membros ante o poder central.

Além desses elementos, a constituição escrita deve estabelecer a indissolubilidade do vínculo federativo, já que uma característica da federação e que fará nesse aspecto grande contraponto à confederação é o seu caráter de união eterna. É justamente pelo fato de a federação apostar no respeito à diferença, daí por que estabelecer no próprio texto constitucional as competências exclusivas de cada ente, que apregoa não ser admissível os Estados que se uniram quererem posteriormente se separar. Não há, segundo essa lógica, motivo para isso, tanto que lançam mão de um elemento também considerado essencial nos Estados federais, que é a intervenção federal, quer dizer, afastamento das prerrogativas daquele Estado-membro que resolver desrespeitar as regras do jogo buscando o quebrantamento da federação.

Essa é a única possibilidade autorizada pela constituição de um Estado Federal para que o poder central invada a esfera de autonomia do poder político dos Estados-membros, quando qualquer deles resolver superar algum conflito por mecanismo outro que não o da arbitragem do Tribunal Constitucional, peça essencial em todo e qualquer sistema que se quer como federativo. Por conta disso, o Tribunal Constitucional é uma das joias do sistema federal. Sem a autoridade da corte constitucional e sem o reconhecimento de que esse órgão é legítimo para arbitrar conflitos, nenhuma federação subsiste. O sistema federativo,

portanto, deu essa grande contribuição à humanidade: a solução de controvérsias estatais por meio de um órgão jurídico reconhecido por todos como capaz de dar a última palavra sobre problemas de competências entre Estados. É verdade que a Constituição da Suíça não autoriza uma corte constitucional a solucionar eventuais impasses de competência entre seus entes; entretanto isso se constitui muito mais numa exceção à regra e reflete características muito próprias desse país em que as graves decisões são tomadas diretamente pelos cidadãos.

Assim, como se vê, um Estado que se queira federal precisa ter uma constituição escrita, pelo menos duas esferas de poder político, sendo que as esferas parciais devem estar dotadas de adequada autonomia e com possibilidade de participação nas decisões do poder central, além de um Tribunal Constitucional com árbitro de conflitos que porventura surjam.

3. Considerações finais

Após o caminho percorrido, tenho como necessário, a título de arremate, apontar algumas conclusões, mesmo que provisórias, sobre as ideias alinhavadas neste ensaio.

A primeira delas é a de que o federalismo é uma forma de Estado por meio da qual o poder é exercido de modo descentralizado, uma vez que há vários centros de poder, com competências próprias estabelecidas na constituição. Por conta disso, o Estado Federal é muito propício para o desenvolvimento de sociedades democráticas, desde que as regras do jogo sejam realmente levadas a sério.

Por outro lado, é bom que se tenha em consideração que não existe um federalismo puro, o qual possa servir de referência incontestada para avaliar se outras experiências de Estado se enquadram ou não na perspectiva federal, o que não quer dizer que o Estado Federal não apresente deter-

minados elementos essenciais, sem os quais não possa ser identificado.

Por óbvio que a referência básica de um Estado Federal é americana, afinal foram eles que inventaram essa metodologia de repartição territorial do poder, daí por que, em linhas gerais, para que um Estado seja considerado como federal, deve apresentar, pelo menos, algumas das seguintes características: a) constituição escrita e rígida; b) duas ordens jurídicas: central e parciais, sendo estas últimas dotadas de autonomia, quer dizer, competências próprias, possibilidade de auto-organização e de escolha de seus governantes e membros do poder legislativo, os quais terão competência para legislar sobre as matérias fixadas na constituição federal, além dos recursos necessários para fazer frente às suas responsabilidades; c) indissolubilidade do vínculo federativo; d) vontades parciais representadas na elaboração da vontade geral por meio do Senado Federal, que deve guardar a isonomia entre as vontades parciais; e) existência de um Tribunal Constitucional como guardião das competências e f) possibilidade de intervenção federal.

Esses elementos constituem-se nos ingredientes essenciais para a realização do teste de qualidade do Estado que se está analisando e que se quer ver considerado como Estado Federal.

Referências

- ANDERSON, George. La relevancia política del federalismo en el siglo XXI. In: TUDELA ARANDA, José; KNÜPLING, Félix (Ed.). *España y modelos de federalismo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2010. (Cuadernos y Debates; n, 204).
- ARAUJO, Luiz Alberto David. Características comuns do federalismo. In: BASTOS, Celso. (Coord.). *Por uma nova federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ARNOLD, Rainer. Los conceptos fundamentales del federalismo alemán: ¿ejemplo para la reforma española? In: PIO GARCÍA, Escudero; LERMA BLASCO, Joan (Coord.). *La España de las autonomías: reflexiones 25 años después*. Barcelona: Bosch, 2005. p. 781-794.
- CAMPOS, Paloma Biglino. En los orígenes del federalismo: la formación del modelo norteamericano. In: REYES, Aragón; JIMÉNEZ CAMPO, Javier; SOLAZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan J. *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. v. 2, p. 1131-1169.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Derecho constitucional comparado*. Traducción e introducción por Pablo Lucas Verdú. Madrid: Espasa-Calpe, 1985.
- DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987.
- ELAZAR, Daniel J. *Exploración del federalismo*. Barcelona: Hacer, 1990.
- FERRANDO BADIA, Juan. *El Estado unitario, el Estado federal y el Estado regional*. Madrid: Tecnos, 1978.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1987.
- HAMILTON, A. Alexaneder; MADISON, James; JAY, John. *Sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Tradução de E. Jacy Ribeiro. São Paulo: IBRASA, 1964. 195 p.
- WATTS, Ronald L. España: ¿una federación multinacional encubierta? TUDELA ARANDA, José; KNÜPLING, Félix (Ed.). *España y modelos de federalismo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2010. (Cuadernos y Debates; n, 204).

Financiamento de partidos políticos e fundos partidários

Subvenções públicas em países selecionados

Ricardo José Pereira Rodrigues

Sumário

1. Introdução. 2. Espanha. 3. Itália. 4. Portugal. 5. Grã-Bretanha. 6. Estados Unidos. 7. Alemanha. 8. África do Sul. 9. México. 10. Argentina. 11. Israel. 12. Considerações finais.

1. Introdução

A preocupação com a influência do dinheiro nas eleições e em organizações partidárias não é um fenômeno recente no cenário político. Tem-se registro de que soluções legais para conter tal influência datam de meados do século 19, quando uma série de leis foram promulgadas no Reino Unido com o objetivo de limitar a disponibilidade de recursos financeiros para partidos e seus candidatos (ROWBOTTOM, 2010, p. 113). Ao mesmo tempo, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, vê-se a consolidação do financiamento partidário como um elemento necessário à vitalidade dos partidos políticos e, tendo em vista a centralidade dos partidos nos atuais sistemas de representação política, o financiamento partidário apresenta-se como fator de relevância para a vitalidade da própria democracia.

Em anos recentes, e talvez até como consequência das muitas restrições e limites impostos aos partidos em seu trabalho de levantar recursos para eleições, o financiamento público tem se tornado uma forma muito comum de financiamento para os

Ricardo José Pereira Rodrigues é consultor legislativo na Câmara dos Deputados. Bacharel em Jornalismo pela Universidade Católica de Pernambuco, é mestre em ciência política pela Universidade Federal de Pernambuco e doutor em ciência política pela State University of New York, EUA.

partidos políticos. Segundo Van Biezen (2010, p. 79), “partidos políticos em quase três quartos das democracias liberais modernas têm acesso a financiamento público direto”. Naturalmente, o impacto desses recursos públicos no sistema partidário varia muito de país para país. Enquanto na Dinamarca fundos públicos constituem apenas 20% do total de recursos partidários disponíveis para fins eleitorais, na Finlândia esse valor chega a quase 85%. Enquanto partidos em democracias firmemente estabelecidas como Alemanha, França e Israel se beneficiam de expressivas somas de subsídio público, o governo no Reino Unido concede ajuda pública simbólica aos partidos nacionais (VAN BIEZEN, 2010, p. 80).

O continente africano apresenta-se como uma exceção a essa tendência a uma crescente relevância do financiamento público para partidos políticos. Naquela região, apenas uma minoria de países instituíram o financiamento público para seus partidos. Van Biezen (2010, p. 81) cita nominalmente quatro países onde existe o financiamento público: Benin, Mali, Namíbia e África do Sul.

Apesar da tendência à expansão global do financiamento público de partidos, o assunto é polêmico, tanto nos meios acadêmicos como governamentais. Há argumentos a favor e contra esse modelo de financiamento partidário.

Para alguns defensores do financiamento público, os partidos desempenham uma função pública, servindo como veículos de participação política. Esses defensores explicam que “as funções democráticas desempenhadas pelos partidos políticos os tornam merecedores de apoio financeiro, quando fontes privadas não se mostrem suficientes para financiar um nível adequado da atividade partidária” (ROWBOTTOM, 2010, p. 129). Gonzalez (2003, p. 135) explica que “os partidos políticos não se reduzem a simples máquinas eleitorais, desempenhando uma atividade política permanente, canalizando os interesses dos distintos setores sociais e atuando como plataformas

de ação política e ideológica”. Para outros defensores o subsídio estatal é importante para salvaguardar a preeminência do sistema partidário numa democracia. Segundo Van Biezen (2010, p. 79),

“à medida que a política tem se tornado cada vez mais profissionalizada e custosa, e que as reservas de voluntários parecem se exaurir, o Estado, em muitas democracias, intervém providenciando o suporte financeiro direto a partidos e candidatos como uma forma de garantir a continuidade da democracia com base em partidos”.

Para opositores, o financiamento público direto dos partidos prejudica as funções democráticas desempenhadas por essas instituições. Primeiro porque os partidos teriam menos incentivos para buscar uma maior aproximação com os eleitores já que sua sobrevivência financeira estaria garantida. Rowbottom (2010, p. 130) cita Jack Straw, ex-membro do gabinete Inglês, para quem “a saúde da democracia é melhor servida se os partidos dependem de seus próprios esforços para assegurar financiamento adequado. Tal abordagem compele os partidos a engajarem seus membros e apoiadores”.

Defensores e opositores, entretanto, concordam com a natureza democratizante da modalidade pública de financiamento partidário. O subsídio estatal concede igualdade de condições aos partidos, independentemente de seu tamanho e base eleitoral. Tal modalidade busca “tornar efetiva a igualdade de condições entre as agremiações políticas que concorrem em eleições” (GONZALEZ, 2003, p. 35), protegendo o sistema partidário como um todo da influência do poder econômico. Não há notícia da existência de financiamento público exclusivo. Para alguns autores, o subsídio estatal exclusivo poderia trazer mais problemas do que soluções para o sistema partidário. Silva (2005, p. 1187) ressalta que “um sistema puro, ou quase puro, de subvenções públicas teria como consequência uma transmutação gradual dos partidos em organismos paraestatais,

ou extensões públicas incapazes de contestar o *status quo*", o que, segundo ela, viria contra a finalidade dos partidos e representaria "uma inversão total do pluralismo crítico imposto pelo princípio democrático representativo".

Uma pesquisa recente do Instituto Internacional para Democracia e para Assistência Eleitoral (IDEA) com 111 países apontou que 65 nações dessa amostra tinham algum tipo de mecanismo de financiamento para partidos políticos. A pesquisa também deixou claro que são várias as modalidades de financiamento de partidos e os critérios de distribuição de recursos dos fundos partidários.

O presente trabalho apresenta um levantamento detalhado de critérios de distribuição de recursos de fundos partidários em países selecionados. O objetivo é comparar tais mecanismos, realçando as peculiaridades da legislação de cada país e de como elas se inserem no contexto eleitoral de cada país individualmente. Para tanto, não apenas se buscou informações e dados mais atualizados como se incluiu, nas análises, a evolução histórica dos documentos legais que normatizam o financiamento de partidos nos países estudados.

O foco central do estudo recaiu sobre os instrumentos e a mecânica do financiamento público. Estudaram-se sobretudo as alternativas encontradas por diferentes países para compor seus fundos partidários e para distribuir tais recursos.

O escopo do estudo limitou-se, entretanto, à legislação de financiamento de partidos de dez países: Espanha, Portugal, Itália, Alemanha e Grã-Bretanha, na Europa; Estados Unidos, México e Argentina, nas Américas; África do Sul, no continente africano; e o Estado de Israel, na Ásia Ocidental.

2. Espanha

A regulamentação do financiamento dos partidos na Espanha teve início no processo de transição democrática e foi recepcionada em vários dispositivos da Lei

21 de 1976, que trata dos partidos políticos de uma forma geral. Em seu preâmbulo, a lei demonstrava a preocupação dos legisladores com o financiamento partidário no país, definindo como um de seus propósitos básicos garantir a transparência no que se refere ao regime econômico e patrimonial dos partidos políticos com o fim de evitar que tais agremiações pudessem ser convertidas em instrumentos de grupos econômicos (VIÑUELA; CASIELLES, 2005, p. 257).

No espírito da transparência do qual a lei estava imbuído, o documento legal enumerava as fontes de recursos aceitáveis, exigia a identificação de doadores, proibia o recebimento de ajuda estrangeira e submetia os partidos ao controle do Tribunal de Contas.

Aquela primeira legislação estabeleceu um tipo de financiamento misto, com recursos provenientes da iniciativa privada e do próprio Estado. No que dizia respeito à subvenção pública, a lei definia que tal subvenção deveria ser destinada ao funcionamento ordinário dos partidos e seria oriunda de recursos do orçamento da nação. Não especificava, contudo, quaisquer critérios de distribuição.

Os critérios de distribuição do fundo partidário estatal só foram definidos na Espanha por meio da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, a Lei 54 de 1978. Segundo Viñuela e Casielles (2005, p. 258), aquela lei estabeleceu a obrigatoriedade do financiamento público para os gastos correntes dos partidos bem como a regra para a distribuição baseada em assentos e votos obtidos nas eleições para o legislativo federal. Curiosamente, a lei que implantou o financiamento público revogou a exigência de submissão dos partidos ao controle do Tribunal de Contas, deixando-os isentos de fiscalização (VIÑUELA; CASIELLES, 2005, p. 258).

Novo aperfeiçoamento da legislação espanhola de financiamento de partidos viria com a Lei 3 de 1987. A legislação deixou claro o caráter misto do financiamento das agremiações partidárias enumerando todos

os meios disponíveis legalmente aos partidos para arrecadar fundos. Para o financiamento público, a Lei 3 previu subvenções anuais para o funcionamento corrente dos partidos além de ajudas para os gastos eleitorais. A lei, entretanto, limitou a 25% do total do financiamento público recebido o montante que cada partido poderia usar para amortizar dívidas contraídas junto a entidades de crédito (VIÑUELA; CASIELLES, 2005, p. 259).

Em relação à lei anterior, os critérios de distribuição dos recursos públicos manteve a obrigatoriedade de o Estado subvencionar o gasto corrente das agremiações partidárias com representação parlamentar. Introduziu, contudo, um aperfeiçoamento na modalidade de distribuição do fundo partidário, que Viñuela e Casielles (2005, p. 259) chamou de “duplo critério corrigido”. Segundo tal critério, um terço da quantia distribuída pelo Estado para o financiamento dos gastos correntes dos partidos seria repartido proporcionalmente ao número de deputados de cada partido. Os dois terços restantes seriam distribuídos de acordo com os votos que serviram para a obtenção de assentos na Câmara dos Deputados (não mais baseado nos números da Câmara e do Senado). Ficavam sem subvenção os partidos que não superassem a barreira de 3% dos votos (VIÑUELA; CASIELLES, 2005, p. 260). Por fim, a lei de 1987 restabeleceu o controle externo sobre o financiamento de partidos. Segundo Viñuela e Casielles (2005, p. 262), “quando estes recebessem fundos públicos para sua atividade permanente, ficavam obrigados a apresentar nos 6 meses posteriores ao exercício a contabilidade de sua renda e gastos ao Tribunal de Contas, que disporia de 8 meses para fiscalizá-la e emitir relatório”.

A lei de financiamento de partidos de 1987 vigorou por 20 anos sendo revogada em julho de 2007 pela Lei Orgânica 8.

Não foi sem razão que os espanhóis decidiram mudar a lei de 1987. Afinal muito mudou no país e no continente europeu

em 20 anos. Entre outras coisas, pode-se citar o advento das novas tecnologias de comunicação e a criação da União Europeia como exemplos de mudanças significativas no cenário político regional. Além dessas mudanças, cabe salientar a constante pressão da opinião pública espanhola por mais transparência e controle das finanças dos partidos políticos.

A nova lei consolidou a natureza mista do financiamento de partidos na Espanha, permitindo o aporte de recursos privados e o uso de recursos públicos, distribuídos em proporção à representatividade das agremiações partidárias. Os recursos procedentes do financiamento público consistem prioritariamente de: a) subvenções para gastos eleitorais; b) subvenções anuais para gastos correntes com o funcionamento dos partidos; c) subvenções extraordinárias para a realização de campanhas de propaganda.

O artigo 3º da lei estabelece que as subvenções anuais para os partidos com representação na Câmara dos Deputados serão outorgadas pelo Estado incondicionalmente. O mesmo artigo assegura aos partidos a inclusão no orçamento da nação de previsão para custear gastos que os partidos venham a incorrer com seguridade social.

A distribuição dos recursos públicos será feita com base no número de assentos e de votos obtidos por cada partido nas últimas eleições à Câmara. Especificamente, os recursos públicos serão divididos em 3 frações iguais, sendo a primeira delas distribuída em proporção ao número de assentos obtidos por cada partido nas eleições à Câmara dos Deputados e as duas frações restantes serão distribuídas aos partidos proporcionalmente aos votos obtidos por cada partido nas mesmas eleições.

Tanto a lei anterior como a lei atual previam o financiamento público partidário com recursos outorgados pelas Comunidades Autônomas na Espanha a partidos com representação em suas respectivas Assembleias Legislativas. Nesse caso, ambas

as leis deixavam claro a autonomia de tais regiões para normatizar o financiamento público dos partidos.

Uma importante novidade da Lei de 2007 é que ela estabeleceu sanções aos partidos que deixassem de obedecer aos seus artigos. Em seu artigo 17, por exemplo, a Lei prevê multa para partidos que obtenham doações que ultrapassem as limitações e os requisitos legais. Tal multa equivale ao dobro do aporte ilegalmente recebido e será deduzida da subvenção anual destinada aos gastos correntes do partido infrator. No caso de o partido deixar de apresentar, sem justa causa, as contas correspondentes ao último exercício anual ou se essas contas mostrarem-se deficientes ao Tribunal de Contas, o Tribunal poderá impedir a liberação das subvenções anuais para gastos com funcionamento do partido em questão.

Por fim, a Lei determinou que o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas não se restringirá ao uso dos recursos públicos, mas incluirá a fiscalização da legalidade dos recursos privados. Para viabilizar esse tipo de fiscalização, o artigo 19 estabeleceu que “as entidades que tenham mantido relações de natureza econômica com os partidos políticos estão obrigadas, caso requeridas pelo Tribunal de Contas, a proporcionar informação detalhada sobre suas operações com esses partidos”.

3. Itália

Ao contrário do que ocorre com a Espanha, a história do financiamento de partidos na Itália é marcada por muitas e frequentes mudanças na legislação. A evolução da legislação de financiamento partidário na Itália é retratada por Pacini em quatro fases distintas a partir de meados dos anos setenta. Na primeira fase, que, segundo Pacini (2009, p. 184-185), se estendeu de 1974 a 1993, a legislação introduzida em 1974 previa dois tipos de financiamento público: a) uma contribuição anual ordinária, com base no critério proporcional e

distribuído a grupos parlamentares que, por sua vez, eram obrigados a repassar 90% da verba aos seus respectivos partidos e; b) o reembolso de despesas realizadas com as eleições gerais.

Até 1993, a lei de 1974 causou pouca ou nenhuma controvérsia. Porém, várias crises que sucederam no início da década de noventa alçaram o assunto do financiamento partidário de volta à agenda política. Em 1993, iniciou-se a segunda fase. Nesse período, um dos oito referendos realizados na Itália revogou, por grande maioria de votos, a parte da legislação de 1974 referente a contribuições ordinárias. Com isso, os partidos passaram a depender apenas do reembolso de despesas com as eleições. Para compensar a redução nos recursos disponíveis aos partidos, o Parlamento fez alterações no sistema de reembolso. O resultado, segundo Pacini (2009, p. 185), “foi um substancial aumento no financiamento”.

A terceira fase foi de 1997 a 1999. Nessa fase, uma nova forma de contribuição ordinária foi criada, ao se permitir que contribuintes pudessem optar por destinar 4% de seu imposto sobre a renda para o financiamento do sistema partidário como um todo. A soma dos recursos coletados foram para um fundo a ser dividido entre os partidos com pelo menos um representante no Parlamento.

Na quarta fase, que aconteceu entre 1999 e os dias atuais, nova legislação, Lei nº 157, de 1999, voltou a modificar o financiamento partidário primeiramente ao abolir a contribuição opcional no imposto de renda. A nova lei também alterou o sistema de reembolso de despesas eleitorais, mudando tanto o montante permitido quanto o critério de distribuição. Em 2006, ficou decidido que os reembolsos passariam a incluir o impacto das comunidades italianas que vivem no estrangeiro.

Hoje o sistema italiano de financiamento de partidos prevê apenas o reembolso de despesas. A tabela abaixo apresenta as características básicas da legislação em vigor.

<i>Tipo de eleição</i>	<i>Fonte de recursos</i>	<i>Critério de divisão</i>	<i>Cláusula de barreira</i>
Parlamento Europeu	1 euro por eleitor para cada ano de legislatura	Proporcional aos votos obtidos pelo partido no nível nacional	Partidos com mínimo de 1 representante eleito
Câmara de Deputados	1 euro por eleitor para cada ano de legislatura, mesmo havendo dissolução do Parlamento	Proporcional aos votos obtidos no nível nacional	Partidos com mínimo de 1% dos votos no nível nacional
Senado	1 euro por eleitor no âmbito da Câmara dos Deputados para cada ano da legislatura, mesmo havendo dissolução do Senado	Divisão feita com base regional, de acordo com a proporção de votos obtidos no nível regional	Grupos de candidatos por região com no mínimo: a) eleição de 1 candidato, ou b) 5% dos votos no nível regional
Conselhos Regionais	1 euro por eleitor para cada ano da legislatura	Proporcional aos votos obtidos no nível regional	Partidos com no mínimo 1 candidato eleito

O sistema atual apresenta uma série de problemas apontados por estudiosos da política italiana. O sistema original previa o financiamento público dos partidos sob a forma de contribuição ordinária, suplementado por um subsistema de reembolso para anos eleitorais. Com a eliminação da contribuição ordinária, medidas foram tomadas posteriormente a 1993 para garantir recursos em patamares iguais ou superiores ao sistema anterior, aumentando o nível do desembolso. Para Pacini (2009), tal mudança gerou uma série de problemas e distorções. Primeiro, o sistema “custa ao Estado mais de 250 milhões de euros cada ano” (Pacini, 2009, p. 198). Além disso, o pagamento de reembolsos, em muitos casos, continua a ser realizado mesmo depois de um dado partido deixar de existir. Pacini (2009) mostra-se preocupado, sobretudo, com os partidos que desaparecem do cenário político em razão de sua fusão com outros partidos. Vê-se que, “durante um certo período, tais partidos recebem reembolsos em paralelo aos recursos recebidos pela nova entidade política que foi fruto da fusão” (Pacini, 2009, p. 192).

A legislação atual sofreu algumas pequenas alterações, a mais recente em 2010, mas todas de pouco impacto em sua essência. A maioria das mudanças adiaram ou alargaram prazos fixados na lei.

4. Portugal

De acordo com Meirim (1994, p. 21), as primeiras referências normativas aos partidos políticos em Portugal constam do Decreto-Lei nº 595 de 1974, que regulamentava o exercício do direito de associação política de uma forma geral. Ao estabelecer juridicamente os partidos políticos, esse diploma legal reconheceu a necessidade e a utilização de recursos financeiros para custear as atividades de tais agremiações. O artigo 20 do mencionado Decreto-Lei dedicou-se ao regime financeiro dos partidos, dispondo que suas receitas e despesas deveriam ser discriminadas em relatórios anuais, constando a proveniência dos recursos e a sua aplicação. Contudo, o mesmo artigo vedou “aos organismos públicos autônomos do Estado, associações de direito público, institutos e empresas públicas, autarquias locais e pessoas colectivas de utilidade pública administrativa financiar ou subsidiar os partidos políticos” (MEIRIM, 1994, p. 22). Entende-se, pois, que nesse primeiro momento, a legislação portuguesa não previa o financiamento público dos partidos e, muito ao contrário, vedava-o.

Essa conformação veio a sofrer alterações inicialmente na Lei nº 32 de 1977 e na Lei nº 5 de 1983, tendo a subvenção pública dos partidos políticos se consolidado na reda-

ção da Lei nº 77 de 1988, a Lei Orgânica da Assembleia da República, no que trata das subvenções aos partidos e grupos parlamentares. Segundo o artigo 63 dessa legislação, “a cada um dos partidos que hajam concorrido ao acto eleitoral, ainda que em coligação, representados na Assembleia da República é concedida, nos termos dos números seguintes, uma subvenção anual para a realização dos seus fins próprios, desde que requeiram ao presidente da Assembleia da República. A subvenção consiste numa quantia em dinheiro equivalente à fracção 1/225 do salário nacional por cada voto obtido na mais recente eleição de deputados à Assembleia da República” (MEIRIM, 1994, p. 24).

A alínea 6 do mesmo artigo esclarecia que “as subvenções referidas no presente artigo são pagas em duodécimos, por conta de dotações especiais inscritas no orçamento da Assembleia da República (MEIRIM, 1994, p. 25)”.

Novo aperfeiçoamento da legislação sobre o financiamento de partidos em Portugal aconteceu em 1993 com a promulgação da Lei nº 72 e em 1998 com a Lei nº 56. No que tange às fontes de financiamento, a legislação ampliou as subvenções públicas, somando ao que já existia o reembolso por gastos eleitorais. A lei ainda previa exigências de transparência e de prestação de contas e determinou sanções para o não cumprimento de suas previsões legais, inclusive a suspensão do pagamento da subvenção estatal a que o partido tivesse direito caso não fizesse sua prestação de contas no prazo previsto.

A Lei nº 56 de 1998 manteve a subvenção estatal aos partidos destinada aos gastos correntes destes nos moldes anteriores. Criou, entretanto, uma subvenção estatal para os partidos destinada a financiar despesas com campanhas eleitorais. De acordo com o artigo 29, teriam direito a tal subvenção os partidos que concorressem a

no mínimo “51% dos lugares sujeitos a sufrágio para a Assembleia da República, para as Assembleias Legislativas Regionais ou para órgãos municipais” e que obtivessem nas eleições pelo menos 2% dos lugares. Também os seus candidatos à Presidência da República teriam que ter obtido pelo menos 5% dos votos.

O artigo também previa a repartição da verba nos seguintes termos: 20% igualmente distribuídos a partidos que preenchessem os critérios acima mencionados e os restantes 80% distribuídos na proporção dos resultados obtidos.

A Lei nº 56 foi revogada pelo artigo 34 da Lei nº 19 de 2003, lei essa que, por sua vez, foi alterada parcialmente pela Lei nº 64-A de 2008 e pela Lei nº 55 de 2010. Atualmente, a legislação sobre financiamento dos partidos políticos em vigor em Portugal é a Lei nº 19 de 2003, com as devidas alterações.

Essa legislação estabelece como financiamento público dos partidos as subvenções para financiamento de seus gastos correntes e as subvenções destinadas a cobrir gastos com campanhas eleitorais. O artigo 5 da lei prevê que os partidos que tenham concorrido a eleições, ainda que em regime de coligação, e que tenham obtido representação na Assembleia da República terão direito a uma subvenção anual. A subvenção consiste numa quantia em dinheiro equivalente a 1/135 do valor do salário mínimo mensal nacional por cada voto obtido na mais recente eleição para deputado à Assembleia da República.

Na redação atual, com base nas alterações feitas em 2010, a lei reflete importantes mudanças na política de financiamento. Na redação de 2003, os partidos, para fazerem jus à subvenção estatal, tinham que obter, além dos requisitos atuais, um número total de votos superior a 50 mil. Tal requisito foi expurgado da lei. Outra mudança importante foi o valor da fração do salário mínimo nacional a ser empregado no cálculo do financiamento. Na legislação em vigor em 1993 e em 1998, a fração era de 1/225.

Assim, como afirma Silva (2005, p. 1195), “vemos que para além do normal aumento anual do salário mínimo, o denominador do coeficiente de multiplicação diminui de 225 para 135, o que significa que a quantia entregue aos partidos quase duplicou”.

No que tange ao financiamento público para campanhas políticas, a lei de 2003, com alterações, mantém redação similar às anteriores, assim como também ficaram mantidos os critérios de repartição da subvenção destinada às campanhas.

5. Grã-Bretanha

Ao contrário do que ocorre em outras democracias europeias, no Reino Unido, os partidos políticos não têm direito a financiamento público de grandes proporções. A Lei de Partidos Políticos, Eleições e Referendos de 2000 prevê apenas dois tipos de subvenções menores para custear algumas despesas dos partidos britânicos: subvenções para o desenvolvimento de políticas e o chamado “Short Money”, subvenção destinada aos partidos de oposição.

A seção 12 da lei de 2000 define a subvenção para desenvolvimento de políticas como uma soma repassada a partidos devidamente registrados para auxiliá-los na produção de documentos com o posicionamento partidário oficial acerca de políticas públicas. Para ser considerado um partido devidamente registrado, a agremiação deverá ter no mínimo dois membros eleitos para a Casa dos Comuns, ter efetivado o juramento exigido pela Lei de Juramento Parlamentar de 1866 e não ter sido desqualificado de assumir assento ou de votar no Parlamento.

O valor total da subvenção disponível para os partidos britânicos é de 2 milhões de libras por ano. Essa quantia é dividida da seguinte forma:

a) 1 milhão de libras dividido igualmente entre os partidos aptos a receber a subvenção;

b) 1 milhão de libras restante dividido entre os partidos segundo uma fórmula

que leva em consideração o tamanho do eleitorado e o desempenho eleitoral dos partidos na Inglaterra, Escócia, Irlanda do Norte e País de Gales, mas ajusta os resultados na Grã-Bretanha para garantir que os Partidos Conservador, Trabalhista e Liberal Democrata recebam somas iguais.

No que concerne ao financiamento dos partidos de oposição, a modalidade do “Short Money” foi criada por uma resolução da Casa dos Comuns em 1975 com o objetivo de financiar as despesas correntes dos partidos de oposição na condução de suas atividades no Parlamento, incluindo-se aqui as despesas com viagens. A subvenção também se destinava ao financiamento das despesas do gabinete do líder da oposição.

A fórmula aprovada pelo Parlamento na época previa a seguinte distribuição desses recursos:

a) 500 libras para cada assento conquistado pelo partido de oposição mais 1 libra para cada 200 votos obtidos nas eleições gerais precedentes, desde que o máximo desembolsado a qualquer partido não ultrapassasse 150 mil libras;

b) Os partidos de oposição somente se qualificavam a receber esse recurso se tivessem pelo menos dois membros eleitos para a Casa dos Comuns ou um membro que tivesse obtido pelo menos 150 mil votos nas eleições gerais.

A fórmula acima foi produzida a partir dos resultados das eleições de 1974. Desde então, as cifras têm sido periodicamente atualizadas por meio de emendas à resolução de 1975. Segundo Gay, White e Kelly (2007), esse tipo de subvenção vem sendo desembolsado segundo critérios apresentados em uma nova resolução datada de 1999. Essa resolução aumentou o valor referente a assentos e votos na fórmula anterior por um fator de 2.7 (GAY, WHITE e KELLY, 2007: 11-12).

6. Estados Unidos

Os Estados Unidos diferem substancialmente da maioria das democracias no

mundo no que se refere ao financiamento público de seus partidos políticos. A modalidade da subvenção pública é mínima e de pouco impacto nas operações das agremiações partidárias, especialmente quando comparamos com os recursos privados que são arrecadados em períodos eleitorais. Para custear suas atividades, os partidos norte-americanos dependem muito mais de recursos privados. A única forma de financiamento público para partidos existente no país, no nível federal, destina-se às convenções nacionais que acontecem a cada quatro anos e, segundo Alexander (2005, p. 92), mesmo essa verba “não chega a metade da quantia necessária”.

A normatização do financiamento dos partidos políticos nos Estados Unidos teve início nos anos setenta com a aprovação da Lei Federal de Campanhas Eleitorais de 1971. Essa lei passou por várias modificações em 1974, 1976 e 1979 e continua a vigorar. Os partidos, entretanto, devem obedecer às regras de financiamento dispostas nessa lei de 1971, mas também a novas regras instituídas no bojo da Lei Bipartidária de Reforma das Campanhas, que data de 2002.

O financiamento público dos partidos norte-americanos concentra-se, de fato, nas eleições presidenciais, já que se destina à realização de suas respectivas convenções nacionais, sobretudo para a escolha de seus candidatos à Presidência da República. Segundo a Comissão Federal de Eleições, FEC (*Federal Election Commission*), cada um dos principais partidos pode receber 4 milhões de dólares (adicionado de ajustes de custo de vida) para financiar as suas convenções (2011). Alexander (2005, p. 100) ressalta que, em 2004, cada partido recebeu 14,6 milhões de dólares para o mesmo fim.

A legislação norte-americana prevê que partidos menores tenham acesso a essa subvenção. Um partido menor pode se qualificar a receber tais recursos baseado na proporção de votos recebidos por seu candidato à presidência nas eleições anteriores. Alexander (2005) explica que

esses partidos também podem receber recursos do fundo geral de eleições caso tenham recebido 5% dos votos na última eleição. Caso não tenham recebido fundos anteriores à realização das eleições, esses partidos podem receber os recursos após as eleições se obtiverem 5% ou mais dos votos (ALEXANDER, 2005, p. 100).

Os recursos financeiros disponíveis para o financiamento público de partidos nos Estados Unidos são oriundos de uma taxa voluntária que o eleitor pode pagar no ato da entrega de seu formulário de imposto de renda. Os formulários de imposto de renda no país possibilitam a designação por parte do contribuinte de quanto ele deseja repassar, na forma de taxa, para o Fundo de Campanha das Eleições Presidenciais. Segundo Alexander (2005, p. 100), o número de contribuintes que decide pagar a taxa tem diminuído muito nos últimos anos, perfazendo, hoje, 11% do total de contribuintes.

7. Alemanha

Os partidos são reconhecidos constitucionalmente na Alemanha como instituições fundamentais ao processo político não apenas por sua função de cunho eleitoral, mas, sobretudo, como instrumentos que viabilizam a participação popular. A Lei Básica do país reconhece os partidos como veículos que “participam na formação da vontade política do povo”; que devem “ser livremente estabelecidos”; cuja “organização interna deve atender aos princípios democráticos”; e que devem “prestar contas de seus ativos, de suas fontes e do uso de seus recursos”. Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, “os partidos constituem elos de ligação entre o cidadão e os órgãos do Estado e preenchem papel de intermediário” (UNGLAUB, 1995, p. 125).

A legislação que trata do financiamento de partidos políticos no país e que veio referendar a subvenção pública data de 1967. Contudo, o Estado alemão vem assegurando fundos públicos para os partidos

políticos desde 1958. Em 1959, por exemplo, o parlamento alemão aprovou projeto que introduziu o financiamento público para os partidos, com o objetivo de garantir o trabalho partidário de educação política. Segundo Pelizzo (2004, p. 131-132), em 1966, o Tribunal Constitucional alemão decidiu pela inconstitucionalidade do financiamento público para o custeio das atividades ordinárias dos partidos e que a única forma de subvenção pública dos partidos constitucionalmente aceitável era o reembolso de despesas eleitorais. Vê-se, pois, que a lei de 1967, que garantiu o financiamento público até mesmo para as atividades correntes dos partidos alemães, foi fruto de intensa deliberação ao longo de quase duas décadas.

De 1967 para o presente, várias alterações foram feitas na lei original. A maioria dessas modificações foram introduzidas com o objetivo de harmonizar a legislação com as decisões do Tribunal Constitucional alemão. De acordo com Pelizzo (2004), em apenas 3 ocasiões, mudanças foram feitas na lei para aumentar o valor das subvenções destinadas aos partidos. As mais recentes alterações da lei, feitas em 2009, ajustaram o texto da lei ao novo contexto da União Europeia, convertendo os valores previstos em marcos alemães para euros.

Em sua formatação atual, a lei garante o financiamento público para todas as funções constitucionais dos partidos políticos. Como tal, os partidos recebem fundos governamentais regularmente e de forma continuada.

Os fundos públicos são assegurados para todos os partidos que tenham obtido 0,5% dos votos na mais recente eleição nacional ou europeia, ou que tenham conseguido 1% dos votos na mais recente eleição estadual em um dos estados alemães. O financiamento público dos partidos está submetido a dois limites: a) o total gasto pelo Estado não pode ultrapassar a cifra de 133 milhões de euros anuais; e b) um partido não pode receber mais dinheiro

público do que a soma de outros recursos angariados durante o ano.

Dentro desses limites, os partidos têm direito a receber, a cada ano, 0,70 euros para cada voto obtido, sendo que o valor sobe para 0,85 euros para os primeiros 4 milhões de votos conquistados em eleição.

Além disso, os partidos fazem jus a 0,38 euros do Estado para cada euro recebido privadamente sob a forma de doações individuais e taxas pagas por filiados, não excedendo o total de 3.300 euros.

A lei também prevê o pagamento adiantado de fundos públicos com base no histórico de desembolsos anteriores. Tal pagamento adiantado não pode exceder a 25% do total a ser recebido pelo partido e deverá ser devolvido ao Tesouro caso o partido não consiga a qualificação mínima exigida para receber a subvenção pública.

Devido à forma como as cláusulas de barreira estão compostas na lei, os partidos menores beneficiam-se do financiamento público na Alemanha. A disponibilidade de fundos públicos permite aos pequenos partidos funcionarem normalmente mesmo não tendo condições de angariar fundos de fontes privadas. Na maioria dos partidos, os recursos oriundos diretamente do Estado alemão correspondem a cerca de 30% de seus respectivos orçamentos.

8. África do Sul

O financiamento público dos partidos políticos é amplamente respaldado pela Constituição da África do Sul. A Carta Magna do país reza que, para “aperfeiçoar a democracia multipartidária, legislação nacional deverá providenciar o financiamento dos partidos políticos participantes dos legislativos nacional e das províncias numa base equitativa e proporcional” (REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, 1996). Assim estabelecido, fica evidente a responsabilidade do Estado em garantir as condições financeiras que permitam aos partidos operarem no país.

Para as primeiras eleições democráticas na África do Sul, foi promulgada em 1993 a Lei Eleitoral que estabeleceu, entre outros pontos, o financiamento estatal para as campanhas e os partidos. No contexto dessa primeira lei, os partidos devidamente registrados qualificavam-se para a subvenção pública com base no apoio popular que detinham, segundo as pesquisas de opinião, ou com base no apoio em potencial, comprovado por listas de assinaturas de eleitores. Para se qualificarem, os partidos tinham que apresentar no mínimo 10 mil assinaturas, oriundas de 5 das 9 províncias ou contabilizar pelo menos 2% de apoio em pesquisas de opinião independentes. Para Pottie (2003, p. 20), essa legislação foi escrita com o objetivo de permitir ao maior número possível de partidos políticos o acesso ao fundo partidário.

Em 1998, outra Lei Eleitoral substituiu a lei de 1993. Entretanto, os parlamentares sul-africanos decidiram retirar da nova lei os dispositivos referentes ao financiamento partidário, aprovando legislação separada para tratar exclusivamente desse assunto, inclusive um ano antes da promulgação da lei mais geral sobre eleições. Assim, a subvenção estatal para os partidos foi regulada pela Lei de Financiamento Público dos Partidos Políticos Representados, de 1997.

Para atender aos princípios de equidade e proporcionalidade realçados na Constituição, a lei de 1997 estabeleceu um fundo partidário administrado pelo Estado para ser distribuído entre os partidos políticos de acordo com as seguintes condições:

1) Somente partidos com representação legislativa podiam receber tais subvenções;

2) O financiamento público dos partidos teria um viés em favor de partidos com representantes eleitos;

3) Os partidos deviam prestar contas do uso feito dos recursos públicos à Comissão Eleitoral Independente, estabelecida pela lei.

A alocação dos recursos do fundo é feita para cada um dos partidos políticos com

base na proporcionalidade e na equidade de distribuição. Os recursos do fundo partidário são distribuídos da seguinte forma: 90% em proporção ao número de assentos obtidos por cada partido na Assembleia Nacional e nas assembleias provinciais; 10% restante dirigido exclusivamente às províncias, primeiramente, em proporção ao número de membros eleitos em cada província e, segundo, dividido igualmente entre os partidos participantes no Poder Legislativo de cada província.

A despeito da preocupação dos legisladores sul-africanos com a equidade do sistema de financiamento de partidos do país, a experiência tem demonstrado que a legislação vigente carece de aperfeiçoamento. Sarakinsky, por exemplo, coloca que os dispositivos atuais de financiamento partidário favorecem os partidos majoritários que ocupam o maior número de assentos no parlamento em detrimento dos partidos menores, de oposição, que recebem uma parcela irrisória do fundo partidário. Para ele, a consequência das regras atuais pode ser comprovada com o exemplo do partido “Congresso Africano Nacional” que contabilizou uma maioria superior a 65% dos votos nas eleições de 2004.

“Assim, todos os demais partidos, especialmente os de oposição, tais como a Aliança Democrática, o Partido Inkatha da Liberdade, o Movimento Democrático Unido, a Frente Liberdade, os Democratas Independentes e o Partido Democrata Cristão Africano, tiveram de depender de doações privadas para custear a maior parte de suas despesas” (SARAKINSKY, 2007, p. 112).

9. México

O México constitui um caso singular já que durante décadas um único partido, o Partido Revolucionário Institucional (PRI), teve completo domínio do sistema partidário do país. De fato, o PRI governou o Méxi-

co de 1929 até 2000. Durante esse período, o México apresentava-se como um exemplo do que Giovanni Sartori denominou sistema de partido hegemônico, no qual

“um único partido detém o monopólio do governo, ou, pelo menos, do governo central, permitindo-se a existência e o funcionamento de partidos que permanecem confinados à possibilidade de competirem, inclusive pela via eleitoral, por posições periféricas no sistema político, compreendendo a representação parlamentar e os níveis inferiores do governo e da administração” (TAVARES, 1994, p. 288).

A política partidária no México começou a mudar com a reforma constitucional de 1996, que, em seu artigo 41, estabeleceu que as eleições no país deveriam ser guiadas pelo princípio da igualdade de condições. Segundo Peschard (2006, p. 89), para atingir tal objetivo, reformas seriam necessárias em duas áreas: financiamento de partidos e acesso dos partidos políticos aos meios de comunicação de massa.

Muito embora regras sobre a subvenção pública de partidos, tanto para o custeio de atividades correntes quanto para o financiamento de campanhas, já existissem no México desde 1987, somente após a reforma constitucional de 1996 o financiamento público dos partidos teve um cunho igualitário. As regras de 1987 eram consideradas por críticos, como integrantes do Partido Ação Nacional, como uma forma de “esconder recursos governamentais que o PRI recebia com regularidade, além de serem instrumentos de controle sobre os partidos de oposição” (PESCHARD, 2006, p. 84). Ademais, os dirigentes de partidos compreendiam que o dinheiro público servia apenas como um complemento às contribuições privadas.

Com a reforma de 1996, reverteu-se a lógica. Para os reformadores, o financiamento público deveria prevalecer sobre o financiamento privado. De acordo com

Peschard (2006), o financiamento público deveria ser suficiente para apoiar as operações permanentes dos partidos políticos. O uso de recursos governamentais disfarçados, muito comum durante o período hegemônico do PRI, deveria ser evitado tanto quanto o financiamento privado de fontes ilegais, como o tráfico de drogas ou a lavagem de dinheiro. Por isso, a legislação deixou de permitir doações anônimas (PESCHARD, 2006, p. 89).

Segundo a fórmula constitucional, a quantidade necessária de financiamento público dos partidos seria estimada pelo Instituto Federal de Eleições. Tal quantia então seria multiplicada pelo número de assentos no Congresso e o número de partidos políticos com representantes legislativos. Para participar na distribuição de recursos públicos, os partidos deveriam receber no mínimo 2% dos votos nacionais e conquistar assentos no Congresso. O montante era distribuído da seguinte forma: 30% igualmente entre os partidos e 70% proporcionalmente segundo os resultados da última votação para deputados.

A fórmula de 1996 foi muito criticada, sobretudo pelos grandes partidos mexicanos, após as eleições de 2000. Esses grandes partidos reclamaram que a fórmula favorecia artificialmente os partidos pequenos (PESCHARD, 2006, p. 92).

O modelo vigente de financiamento público de partidos políticos no México data do período de 2007-2008 e já levou em consideração, no processo de sua formulação, a quebra do poder hegemônico do PRI. As principais características do atual modelo são as seguintes:

1) O volume do financiamento público para atividades correntes dos partidos é determinado com base no tamanho do colégio eleitoral e no salário mínimo vigente. Anualmente, multiplica-se o número de eleitores por 0,65% da renda mínima legal.

2) O total é distribuído entre os partidos segundo a antiga fórmula: 30% igualmente entre os partidos e 70% proporcionalmente

segundo a votação obtida por cada partido na última eleição para deputados.

3) Como financiamento para gastos com campanhas, os partidos recebem, a cada seis anos, um montante equivalente a 50% dos recursos que lhes são devidos para custeio de atividades correntes e, nos anos em que se realizam apenas eleições para a Câmara dos Deputados, recebem adicionalmente 30% do total recebido para custeio ordinário.

4) Além desses recursos, os partidos também recebem uma verba destinada a atividades específicas, como pesquisas e ações político-pedagógicas. Tal verba é de 3% do volume total recebido para o custeio das atividades ordinárias.

No que tange ao financiamento privado, os parâmetros estabelecidos no passado continuaram a prevalecer. A legislação considerou lícito apenas recursos provenientes de contribuições feitas pela militância, de doações feitas por simpatizantes e de autofinanciamento e de rendimentos financeiros. A soma das doações de simpatizantes não podem exceder o teto de 10% dos gastos com a campanha, verificados pelo Instituto Federal de Eleições, e, individualmente, as doações feitas por pessoas físicas não podem superar 0,5% do mesmo teto (CÓRDOVA VIANELLO, 2011, p. 361).

Entre as proibições, a nova legislação vedou doações a partidos realizadas pelos poderes da República, por organismos da administração pública, por partidos políticos, por organismos internacionais, por ministros de culto e igrejas, por pessoas que vivam ou trabalhem no exterior e por empresas mexicanas de caráter mercantil (CÓRDOVA VIANELLO, 2011, p. 362).

10. Argentina

Segundo Corcuera (2011), o financiamento dos partidos políticos na Argentina tem sido sujeito à normatização desde 1957. Trata-se de um modelo misto de financiamento que busca um equilíbrio “tendente

a evitar a excessiva dependência dos partidos em relação ao Estado, por um lado, e a influência de certos atores ou grupos de interesse, ou pressão, sobre os partidos ou candidatos” (CORCUERA, 2011, p. 71).

As regras que vigem atualmente no país datam de 2002, a partir da promulgação da Lei 25.600. Essa lei foi posteriormente alterada, em 2007 e 2009, pelas Leis 26.215 e 26.571, respectivamente.

De acordo com Corcuero, a lei de 2002 foi a primeira a tratar especificamente de matéria relativa a financiamento de partidos e de campanhas na Argentina. Para Corcuero (2011, p. 72-73), a lei foi uma resposta legislativa a uma crise que o país sofreu em 2001 e às decisões da Câmara Nacional Eleitoral, que, pronunciando-se acerca de um caso judicial, apontou uma série de imperfeições no regime jurídico então existente e reclamou a necessidade de mudanças no marco legal.

Com relação ao financiamento público, a legislação em vigor na Argentina prevê o cumprimento de algumas condições. Para o financiamento das atividades correntes, os partidos devem estar devidamente registrados, terem apresentado a documentação contábil correspondente ao último exercício nos prazos e na forma determinada em lei e não terem sido sancionados com suspensão ou perda de subvenção pública. Para o financiamento de campanhas, é também necessário que os partidos sejam registrados, não haverem sido penalizados com suspensão ou perda da subvenção pública e terem oficializado as suas listas de candidatos.

Para o financiamento das atividades permanentes dos partidos, a legislação estabelece que 80% dos recursos anuais deve ser distribuído proporcionalmente ao número de votos obtidos pelos partidos na última eleição para deputados federais. Como requisito para participar na distribuição de tais recursos, os partidos devem conquistar pelo menos 1% dos votos nacionalmente. Os restantes 20% dos recursos públicos são

distribuídos em partes iguais entre todos os partidos registrados.

No que diz respeito ao financiamento para campanhas, a lei estabelece fórmulas para a distribuição de recursos para eleições presidenciais e para eleições legislativas. No primeiro caso, 50% do montante definido pelo Orçamento da União para tal distribuição é dividido igualmente entre as listas apresentadas. O restante dos recursos é repartido entre os 24 distritos do país, proporcionalmente ao total de eleitores correspondente a cada distrito.

Para as eleições legislativas, a lei prevê que o total de aportes públicos seja distribuído entre os 24 distritos na proporção do total de eleitores inscritos em cada um dos distritos. Uma vez efetuada tal operação, 50% da quantia prevista para cada distrito é distribuída de forma igualitária entre as listas apresentadas pelos partidos e o restante, 50%, é distribuído a cada partido proporcionalmente aos votos obtidos por cada um deles na eleição geral anterior. Corcuero lembra que, no caso dos senadores, o total de recursos é distribuído entre 8 distritos que disputam a renovação dos cargos no Senado Federal, na proporção do total de eleitores registrados em cada distrito. A distribuição desses recursos faz-se da seguinte forma: 50% do total contabilizado para cada distrito é distribuído de forma igualitária entre as listas apresentadas e 50% é repassado para cada uma das agremiações partidárias concorrentes proporcionalmente ao número de votos obtidos na eleição geral anterior para o mesmo cargo.

A mesma Lei 26.215, com suas posteriores alterações, trata do financiamento privado, estabelecendo limites e proibições, sobretudo quanto à origem dos recursos.

Corcuero (2011) ressalta que o financiamento privado predomina nas eleições argentinas e, pelo menos entre 2003 e 2007, tal predominância tem mostrado uma robustez e uma tendência ao crescimento. Nas eleições de 2003, 56% dos recursos gastos em campanha vieram de fontes privadas e 44% foram subvenções públicas. Em 2007,

os recursos privados usados na campanha eleitoral totalizaram 64% dos gastos, enquanto os recursos públicos corresponderam a apenas 36% do total despendido pelos partidos (CORCUERO, 2011, p. 80).

11. Israel

O financiamento público de partidos políticos em Israel é regulamentado pela Lei 5.733, de 1973. Esse diploma legal prevê a subvenção pública para o custeio de despesas correntes dos partidos e para o pagamento de despesas de campanha em períodos eleitorais. No primeiro caso, a subvenção é distribuída mês a mês, desde a data da publicação dos resultados da eleição para o Knesset, o parlamento nacional, até a data na qual os resultados para as próximas eleições parlamentares são publicados. O desembolso mensal para financiar as despesas correntes dos partidos equivale a 5% de uma unidade de financiamento para cada assento que o partido ou grupo partidário obtenha nas eleições parlamentares mais 5% de uma unidade de financiamento. A unidade de financiamento é definida por um Comitê Público com base no índice de preços ao consumidor.

Os recursos públicos destinados ao financiamento dos partidos públicos são oriundos do Tesouro Nacional e pagos aos partidos, por intermédio do Presidente do parlamento nacional.

Para ter direito ao financiamento público em Israel, o partido deve apresentar ao Presidente do Parlamento o nome de não menos que 2 e não mais que 8 deputados integrantes do partido. Pelo menos um desses deputados deve ser indicado pelo partido como conhecedor da situação financeira do partido. Além disso, o partido deve submeter ao Presidente do Parlamento uma declaração assinada por seus deputados afirmando que tomou todas as providências necessárias para garantir que a contabilidade da agremiação encontra-se de acordo com os ditames da Controladoria Federal para o financiamento partidário.

Há previsão na lei para o financiamento de partidos novos. Segundo o artigo 16, os membros do parlamento eleitos a partir de uma lista de candidatos submetida por um partido não representado na legislatura anterior serão formalmente reconhecidos como um grupo partidário no Knesset, tendo o partido, a partir daí, direito ao financiamento público prescrito na lei, segundo os seguintes parâmetros:

a) 85% da quantia referente ao financiamento das despesas de campanha será paga imediatamente após o reconhecimento do novo partido pelo Presidente do Parlamento;

b) os 15% restantes serão pagos após a verificação de que o novo partido atendeu às várias exigências da lei, incluindo-se aqui a certificação por parte da Controladoria Federal de que, baseado em auditoria, o novo partido não excedeu as limitações de gasto em campanha impostas pela lei.

Os novos partidos têm direito a uma unidade de financiamento por assento conquistado pelo partido nas eleições mais uma quantia equivalente a uma unidade de financiamento. Para os outros partidos, o financiamento recebido para campanhas é proporcional ao número de assentos conquistados pelo partido na legislatura anterior mais o número de assentos conquistados para a próxima legislatura, dividido por dois, adicionando-se, ainda, uma quantia equivalente a uma unidade de financiamento.

Os recursos do financiamento público são disponibilizados aos partidos após a entrega de documento pelo Presidente do Comitê Eleitoral Central ao Presidente do Parlamento, certificando que o partido ou grupo partidário submeteu sua lista de candidatos previamente às eleições. Após a entrega desse certificado, o partido terá direito a adiantamento de financiamento público para despesas de campanha. O adiantamento é da ordem de 60% de uma unidade de financiamento para cada membro do parlamento que pertença ao partido na data da submissão da lista de candidatos.

Um partido que não tenha representação no parlamento mas que tenha obtido pelo menos 1% dos votos válidos na última eleição tem direito à subvenção pública no valor de uma unidade de financiamento.

A legislação israelense também regula o financiamento privado, impondo tetos de doações e restrições. Doações podem ser feitas para os partidos contanto que originem-se de cidadãos israelenses e residentes e não sejam doações anônimas. O valor das doações individuais não pode ultrapassar o equivalente a 12 mil dólares. Não é permitido aos partidos receberem doações de corporações israelenses ou estrangeiras. Os partidos não podem receber doação que exceda o equivalente a 480 dólares por domicílio em ano eleitoral ou 240 dólares em qualquer outro ano.

12. Considerações finais

A experiência com o financiamento de partidos políticos dos dez países relacionados no presente estudo demonstra, em primeiro lugar, que a modalidade padrão de financiamento é a mista, com o Estado arcando com parte das despesas dos partidos, mas permitindo a obtenção de recursos de fontes privadas. Não se encontrou registro da existência da modalidade de financiamento exclusivamente público. Em alguns países, a legislação impõe limites e restrições ao financiamento privado e, em alguns casos, a sujeição dos partidos a tais limites e restrições apresenta-se como um requisito básico ao acesso aos recursos públicos. Mesmo nos Estados Unidos, com sua tradição liberal, os partidos têm direito a verba pública para arcar com parte dos custos de campanha.

Em geral, os países estudados apresentaram modelos mistos de financiamento, variando entre eles apenas a proporção dos rateios de recursos públicos e privados. Para alguns países, a exemplo do México, a decisão legislativa em favor do financiamento público visou tornar o financiamento público predominante nas competições

eleitorais e assim tornar as eleições mais equitativas e menos vulneráveis à influência do poder econômico. Em outros países, como a Alemanha, a preeminência do financiamento público reflete a concepção que o país tem dos partidos como instituição crucial para viabilizar a participação popular na política. A Lei Fundamental da Alemanha, por exemplo, celebra os partidos como importantes instrumentos para a formação da vontade do povo.

O financiamento público, na maioria dos países estudados, abrangeu tanto as despesas com campanhas eleitorais como o custeio das despesas correntes dos partidos. Somente nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha os partidos não têm direito a verba pública para o custeio de suas despesas correntes. Nos Estados Unidos, o fundo partidário destina-se exclusivamente ao financiamento de campanhas presidenciais e de convenções nacionais realizadas para a indicação de candidatos à Presidência da República. Na Grã-Bretanha, as verbas públicas não relacionadas a eleições destinam-se ao desenvolvimento dos programas de políticas públicas dos partidos. Há, entretanto, uma verba pública chamada “Short Money”, para auxiliar os partidos da oposição na condução de seu trabalho parlamentar e custear as despesas correntes apenas do gabinete do Líder da Oposição.

Observou-se uma variedade de fórmulas para a distribuição de recursos públicos dos fundos partidários dos países estudados. A maioria, contudo, são fórmulas que mesclam proporcionalidade, em termos de votos obtidos nas eleições ou assentos conquistados no parlamento nacional, com partilha igualitária. A lógica por trás dessas fórmulas é privilegiar a representatividade e, conseqüentemente, a legitimidade dos partidos, sem deixar de fomentar o crescimento de agremiações de pequeno porte ou de cunho ideológico.

Por fim, cabe salientar que não parece ser plausível a geração de um modelo de

financiamento público dos partidos políticos único e imutável. Cada país não apenas busca sua própria fórmula para tornar o processo eleitoral partidário mais equitativo e competitivo por meio da instituição do financiamento público, como tem alterado a legislação pertinente por diversas vezes num esforço contínuo de melhoramento. Na maioria dos países estudados, a legislação vigente sobre o financiamento dos partidos políticos foi resultado de uma evolução ao longo dos anos. Essa tendência à evolução demonstra que não há respostas simples para os grandes desafios que caracterizam os esforços de aperfeiçoamento dos sistemas partidários, dos sistemas eleitorais e do próprio processo democrático.

Referências

- ALEXANDER, Herbert E. Comparative analysis of political party and campaign financing in the United States and Canada. In: GRINER, Steven; ZOVATTO, Daniel (Org.). *Funding of political parties and election campaigns in the Americas*. San Jose: Organization of the American States, 2005. p. 91-107.
- CORCUERA, Santiago H. 2011. El financiamiento político en Argentina. In: GUTIERREZ, Pablo; ZOVATTO, Daniel (Org.). *Financiamiento de los partidos políticos en América Latina*. México: Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2011. p. 71-91.
- CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. 2011. El financiamiento a los partidos políticos en México. In: GUTIERREZ, Pablo; ZOVATTO, Daniel (Org.). *Financiamiento de los partidos políticos en América Latina*. México: Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2011. p. 349-366.
- FEDERAL ELECTION COMMISSION (FEC). *Public funding of presidential election*. Washington: FEC 2011. Disponível em: <<http://www.fec.gov/pages/brochures/pubfund.shtml>>. Acesso em: 29 mar. 2012.
- GAY, Oonagh; WHITE, Isobel; KELLY, Richard. *The funding of political parties*. London: House of Commons Library, 2007. (Research Paper, v. 7, n. 34).
- GONZALEZ, María Holgado. *La Financiación de los partidos políticos en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

- MEIRIM, José Manuel. *O Financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais*: introdução e notas à Lei nº 72/93 de novembro. Lisboa: Aequitas Ed. Noticias, 1994.
- PACINI, Maria Chiara. Public funding of political parties in Italy. *Modern Italy*, v. 14, n. 2, p. 183-202, May 2009.
- PESCHARD, Jacqueline. Control over party and campaign finance in Mexico. *Mexican Studies/Estudios Mexicanos*, California, v. 22, n. 1, p. 83-105, 2006.
- PELIZZO, Riccardo. From principle to practice: constitutional principles and the transformation of party finance in Germany and Italy. *Comparative European Politics*, v. 2, p. 123-141, 2004.
- POTTIE, David. Party finance and the politics of money in Southern Africa. *Journal of Contemporary African Studies*, v. 21, n. 1, p. 5-26, 2003.
- REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. Constitution (1996). *The Constitution of the Republic of South Africa*, 1996. [s.l.]: [s.n.], 1996.
- ROWBOTTON, Jacob. *Democracy distorted*: wealth, influence and democratic politics. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- SARAKINSKY, Ivor. Political party finance in South Africa: disclosure versus secrecy. *Democratization*, v. 14, n. 1, p. 111-128, Feb. 2007.
- SILVA, Ana Rodrigues da. O financiamento de partidos e de campanhas: legislação e prevenção de fraudes. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 46, n. 2, p. 1155-1227, 2005.
- TAVARES, José Antonio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas*: teorias, instituições, estratégia. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.
- UNGLAUB, Manfred. Partidos na República Federal da Alemanha: desenvolvimento e perspectivas. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL BRASIL-ALEMANHA: SISTEMAS ELEITORAL E PARTIDÁRIO EM DEBATE. *Partidos e sistemas eleitorais em tempos de reforma*. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995. (Coleção Debates). p. 123- 131.
- VAN BIEZEN, Ingrid. Campaign and party finance. In: LEDUC, Lawrence; NIEMI, Richard; NORRIS, Pippa. *Comparing democracies: elections and voting in global perspective*. 3. ed. London: Sage, 2010. p. 65-97.
- _____; KOPECKÝ, Petr. The State and the parties: public funding, public regulation and rent-seeking in contemporary democracies. *Party Politics*, v. 13, n. 2, p. 235-254, 2007.
- VIÑUELA, Enrique García; CASIELLES, Joaquín Artés. El gasto público em financiación política: las subvenciones para el funcionamiento ordinario de los partidos. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 128, p. 255-291, abr./jun. 2005.

Três dias no Presídio Central de Porto Alegre

O cotidiano dos policiais militares

Dani Rudnicki

Sumário

1. Introdução. 2. Primeiro dia. 3. Dentro do presídio. 4. Próximo dos excluídos. 5. Conclusão.

"[...] Na verdade o assunto exigia cautela: a prisão modificava as índoles, em certos indivíduos apareciam fundas alterações, gênios incompatíveis se chocavam sem motivo aparente. Indispensável selecionar os companheiros com atenção" (RAMOS, 1965, p. 203)

1. Introdução

Ao realizar estudos e pesquisas sobre e dentro de presídios (RUDNICKI, 1996, 1999, 2005, 2010), percebi a necessidade de se conhecer não apenas a realidade dos prisioneiros, mas também dos carcereiros. Esses estudos são raros no Brasil (entre as exceções CHIES, 2001; MORAES, 2005) e no mundo. Não obstante o descaso, essa profissão aparece como a mais estressante entre 104 pesquisadas (apud Moraes, 2005, p. 226). A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (1997, p. 118) destaca seus riscos (desde a violência até problemas psicológicos, uso de álcool e outras drogas), bem como a remuneração não condizente com a responsabilidade envolvida e acrescenta:

"Os agentes penitenciários têm importância determinante nos serviços penitenciários. Ficam em contato direto com os presos nos pavilhões, nos locais de trabalho e esporte, nos

Dani Rudnicki é Professor do PPGD/Centro Universitário Ritter do Reis – Rio Grande do Sul; mestre em Direito/Unisinos; doutor em Sociologia/UFRGS; advogado; conselheiro do Movimento de Justiça e Direitos Humanos.

corredores, nos portões, na hora de fazer a contagem e abrir alojamentos de manhã e fechá-los à noite. [...] O agente penitenciário, através de suas atitudes e ações concretas em mil coisas práticas do dia a dia, é o espelho no qual os presos identificam o que a sociedade pensa e sente a respeito deles” (CONFERÊNCIA..., 1997, p. 117).

Por que, então, a falta de estudos? Para Moraes (2005, p. 43), estudar agentes penitenciários significa pensar sobre um grupo antipatizado, “[...] visto como composto por indivíduos ‘maus’, ‘torturadores’, ‘corruptos’, enfim, piores do que aqueles que eles ‘guardam e vigiam’”. Como ele, percebi que os agentes penitenciários desejam ser conhecidos, sentem necessidade de serem entrevistados, “vistos” pela comunidade; de terem seu trabalho reconhecido.

Assim, voltei meus esforços¹ para conhecer como trabalham os policiais militares que atuam no Presídio Central de Porto Alegre (PCPA, hoje chamado de Presídio Tenente-coronel Jainer Pereira Alves, ou, simplesmente, Central), na força-tarefa da Brigada Militar². Com permissão da direção da Casa, através de seu diretor, tenente-coronel Leandro Santini Santiago, passei a entrevistar policiais militares, que atuam na guarda dos presos.

O objetivo geral seria verificar a assertiva de Thompson (2002, p. 89), para quem “o relacionamento entre guardas e presos exhibe fisionomia ímpar: compõem uma equipe que não é gerida pela idéia de produtividade, como a da escola; nem pela perseguição de um bem comum, como a do clube ou a do partido político; nem pelo fim de curar, como a do hospital”. Que relação é essa, portanto? Como ela acontece?

¹ E tenho sido auxiliado pela acadêmica Anelise Souza Lima.

² Apenas no Rio Grande do Sul, a Polícia Militar é conhecida como Brigada Militar, sendo esse termo, inclusive, mais utilizado do que aquele. As siglas PM e BM significam Polícia Militar ou policial militar e Brigada Militar. Quando eu me referir a um policial militar, utilizarei a sigla em letras minúsculas.

“[...] toda instituição total parece criar um conjunto de práticas institucionalizadas – seja espontaneamente, seja por imitação – através das quais os internados e a equipe dirigente chegam a ficar suficientemente perto para ter uma imagem um pouco mais favorável do outro, e a identificar-se com a situação do outro. Tais práticas exprimem solidariedade, unidade, e compromisso conjunto com relação à instituição, e não diferenças entre os dois níveis” (GOFFMAN, 1992, p. 85).

Entretanto, o objetivo se via prejudicado pela falta de respostas relativas ao contato entre policiais carcereiros e presos. Não havia como verificar as assertivas de Thompson e Goffman. A resposta era quase sempre: “Eu não tenho problema nenhuma graças a D’us, mas claro, a gente dá os direitos deles, mas cobra os direitos que eles tem que cumprir” (soldado, em 13/05/2011). Ou:

“Eu não tenho nenhum sentimento em relação ao preso, todos estão aqui porque merecem estar, procuro tratar exatamente como diz a regra, tu tem a LEP, tu tem o regulamento interno da penitenciária. [...] Procuro não ter nenhuma afetividade com preso nenhum, tem que ser imparcial, tu não pode tratar o preso como se ele fosse teu amigo, ou teu funcionário, tem aqueles que trabalham. Tem que tratar o preso como ele é, ele é um preso, tá aqui para pagar uma pena que ele cometeu” (soldado, em 20/05/2011).

A falta de profundidade nas explicações dos agentes espantava quem esperava compreender a interação entre presos e carcereiros, em especial considerando ainda que, como aponta Coyle (2002, p. 32), os agentes penitenciários “[...] acima de tudo, eles precisam entender a importância de suas interações com os presos. [...]”.

“Quando as pessoas pensam em prisões, elas tendem a considerar seu aspecto físico: muros, cercas, um prédio com portas trancadas e

janelas com barras. Na realidade, o aspecto mais importante de uma prisão é sua dimensão humana, uma vez que as prisões são instituições essencialmente voltadas para pessoas. Os dois grupos de pessoas mais importantes em uma prisão são os presos e os servidores penitenciários que cuidam deles. O segredo para uma prisão bem administrada é a natureza da relação entre esses dois grupos” (COYLE, 2002, 21).

Então, surgiu a ideia deste trabalho, que foi realizado em julho de 2011, quando permaneci durante três dias, em três diferentes inspetorias, dentro do PCPA. Importa ressaltar que o trabalho de segurança interna é realizado, desde 1995, por um destacamento da PM do Rio Grande do Sul, a força-tarefa, que administra a segunda maior casa prisional do país (em número de presos).

Os soldados que atuam nela são oriundos do interior do estado e obedecem a várias escalas de serviço, conforme a função exercida. Os que atuam nas inspetorias o fazem em escalas de quatro por quatro, ou seja, quatro dias de trabalho e depois quatro de folga. No dia 1, começam a atuar pela manhã e permanecem também durante a tarde; são “reforço operacional” (RO) na noite e madrugada subsequente (ou seja, permanecem no presídio, de plantão para, se necessário, fazer escolta, substituir um colega ou atuar em casos de emergências). No dia 2, trabalham de novo durante a manhã e tarde e são RO na noite e madrugada. Nos dias 3 e 4, serão RO durante o dia e trabalharão durante a noite e a madrugada.

Antes de descrever o cotidiano nas inspetorias, cabe destacar que elas são postos a partir dos quais os policiais militares desenvolvem suas atividades de guarda dos presos. São salas próximas das galerias (conjunto de celas) onde vivem os presos, locais de onde os policiais podem coordenar o acesso dos presos aos pátios e aos corredores do PCPA. Cada inspetoria é ainda responsável por compor a guarni-

ção de guaritas que existem no interior do presídio, e das quais os pms controlam o movimento nos pátios.

2. Primeiro dia

No dia 21 de julho de 2011, cheguei ao PCPA às 7h15; um sargento aparece e me leva até a sala da Atividade de Controle Legal e Cadastramento. Antes, alcança-me um colete a prova de balas, que coloco sob a grossa japona que uso, devido ao frio de um dia típico do inverno gaúcho. Tomo chimarrão com ele e ouço a história de um colega de farda, amigo seu, que já trabalhou no PCPA, e em certa oportunidade estava parado no carro ali perto. Eles se encontram e o colega diz estar trazendo a esposa para ver o filho, mas que ele não entra.

Conta ainda que era do Batalhão de Operações Especiais na época que a Superintendência de Serviços Penitenciários administrava a Casa. “Eles só respeitavam a gente”, conclui. E acrescenta que hoje não podem bater nos presos: “Eu aviso os jovens: Ele tá preso, tu te prejudica. Se ele te provoca, tu tens de te segurar. Só uma meia dúzia dos pms são truculentos, como em toda profissão”.

O tenente aparece, apresenta-se, explica que estava ocupado, pede desculpas, diz ao sargento que eu tenho autorização do comando para permanecer na Inspetoria geral, para onde sou levado. O sargento da Atividade me apresenta ao sargento que comanda, neste dia, a Inspetoria geral, que serve de passagem para todos que entram ou saem do presídio e é, talvez, por estar localizada no acesso às galerias, a mais importante delas.

Para entender sua posição, devo explicar que o Presídio Central pode ser dividido em duas partes, que chamo de área externa e interna. A externa é cercada por muros, e inclui os pátios, tem uma “rede”, a mais externa, cercada com tela, onde ficam canis ocupados por cachorros ferozes; novos pátios e diversas construções – a entrada do Central, a sala de revistas, o galpão crioulo,

o prédio da administração e os espaços usados pelos técnicos para atendimento, a cantina, a cozinha e muitos outros setores.

A área que chamo de interna refere-se às galerias e pátios, onde os presos vivem. São prédios com, em regra, três andares, cada um referente a uma galeria (denominada por um número: 1, 2 e 3. Assim, temos a 1ª do “C”, a primeira galeria do prédio “C”, ou seja, a galeria que ocupa o primeiro andar do prédio “C”.

Para se chegar nesta área, que denomino interna, deve-se passar pelo primeiro brete, que se localiza no prédio da administração e que possui duas entradas, uma para quem vem de fora como visitante e outra para quem chega detido, passando pela “triagem”. Após passar por esse brete, sem subir aos andares ocupados pela administração, segue-se por um corredor no qual estão localizados o refeitório dos que trabalham na Casa, a gráfica, a “Atividade de Valorização Humana”, a cantina e outros.

O final do corredor é controlado por policiais do GAM (Grupo de Apoio e Movimentação), que permitem a passagem somente após a pessoa se identificar na Inspeção geral, que aí se localiza. A divisa entre o lado no qual caminham os presos e os servidores é uma tela de arame, de dois metros de altura – nos demais corredores não existe nem mesmo esta (frágil) divisa, a demarcação é uma linha amarela pintada no chão.

Também deve-se considerar que a liberação para ir de um setor para outro, depende de uma série de fatores, entre os quais o principal é a segurança, ou seja, a possibilidade de ele se deslocar no corredor sem se encontrar com um visitante ou um preso de outro grupo. Assim, há necessidade de controle, realizado pelas guias de liberação, e coordenação entre os diversos postos em seu caminho, o que é realizado com fundamento em gritos, pois não há monitoramento por câmeras ou grades – com exceção do brete já citado e alguns outros que aparecerão na descrição dos demais dias.

A Inspeção geral é uma sala de aproximadamente cinco por quatro metros, uma área de 20 metros quadrados, ao lado da qual existe um banheiro. Nela, o mobiliário se compõe de mesas, um balcão, 3 computadores com monitores de *led*, duas impressoras, uma jato de tinta e outra matricial, uma televisão, um rádio gravador, um galão de água de 20 litros, uma garrafa elétrica, vários cestos para lixo, um clavicular, 14 caixas de arquivo morto, um *split*, dois ventiladores, um armário para guardar as escopetas de calibre 12. Os fios no teto são visíveis, são gambiarras. Nas paredes há grades e vidros para separar os agentes do corredor no qual circulam os próprios agentes e os presos.

A principal atividade dos pms na Inspeção geral é preencher formulários (guias e passes). Afinal, na Inspeção, eles conferem papeis, cuidam quem entra e sai; precisam saber para onde cada um, preso, servidor ou visitante, está indo.

Ao lado dela, com uma pequena janela pela qual se comunicam, está a sala dos mesários. São presos que trabalham auxiliando a Inspeção; fazem anotações, escrevem passes autorizando os presos a se dirigirem aos diversos setores da casa, papel que deve estar assinado por policiais. Não há possibilidade de um preso comum (ou seja, que não é trabalhador) se deslocar pelo presídio sem um bilhete dizendo seu nome, de onde saiu, para onde vai; sem registro da data e horário do deslocamento.

Quando chego, estão discutindo. Reclamam que os papeis de um preso estão sem a identificação de que se trata de um “11.340” (referindo-se a um homem que agrediu uma mulher e está condenado, ou sendo julgado, com fundamento na Lei Maria da Penha), devendo, por isso, ficar segregado da massa carcerária, a fim de evitar que seja punido pelos presos. Discutem procedimentos: “‘11.340’ vai para o G”; “E se ele se ‘calçar’” (não quiser ir)?, retruca outro.

É dia de revista dos presos de uma galeria e eles estão sendo levados ao pátio, em grupos de 40. Antes de lá chegarem, ainda

no corredor, posso vê-los sendo revistados pelo GAM. Os presos ficam de costas para a parede; alguns carregam objetos que ficam no chão. Os pms olham e reviram os pertences e roupas dos presos, realizam buscas pessoais nos corpos. O grupo vai para o pátio e um novo grupo chega. Tudo se repete, várias vezes, durante mais de duas horas, pois são mais de 300 presos.

Pela Inspeção, às 10h40, passam carrinhos contendo panelas de comida com o almoço. E os PMs contam histórias sobre colegas criminosos. “Foi a maior decepção”, diz um deles. “Os caras realizaram um assalto e evaporaram. Em um ônibus tinha um cara que fechava com a descrição, até a cor da camisa, que ele não estava vestindo, estava em um banco ao lado, era a descrita, e ele era colega, alguém que estava conosco o conhecia. Fomos revistá-lo, e era ele”.

Às 10h50 somente estão um sargento e um soldado na Inspeção. Pela primeira vez um pouco de silêncio, só ruídos externos são percebidos. O silêncio é quebrado por um soldado que diz a um preso: “Tira as mãos do bolso”. Um soldado grita: “Virado pra parede, olha pra parede”. Um tenente aparece e fala sobre um preso: “Ele vai ‘viajar’. Não quer ir para o ‘G’. Quer ficar no corredor. Então vamos ser rígidos. Não vai sentar, fica de pé até a noite”³.

Um pm me conta: “Aqui tu trabalhas com 100% de certeza de que é bandido. Na rua 2%, os outros são cidadãos”. Às 11h15 percebo que a TV está desligada. O telefone toca e quem atende pergunta: “A cozinha quer saber dos cantineiros [por que ainda

não chegaram]?”. Um soldado responde: “Não sei. É tudo com o GAM, eles que congelam (impedem a passagem) os presos”. Às 11h20 chega um oficial de justiça que precisa notificar um preso; ele fica de pé esperando enquanto o preso é chamado.

Um pm conta que um dia, na cidade em que trabalhava, um coronel ligou para um posto e ouviu que era o Gil (tratava-se de um soldado de nome Gilderlei). “Que Gil?”, pergunta o coronel. “Gil de Ferran” [referindo-se ao piloto brasileiro que atua na fórmula Indi, nos Estados Unidos]. Todos riem. E ele diz que o colega acabou transferido. Outro aproveita a história e, tendo em vista que um sargento se chama Santiago, como o comandante do Central, fala: “Já pensaram se acontece: Quem fala? Santiago. Que quer, cabeça? Aqui é o coronel Santiago”.

Um soldado grita: “Pro outro lado [do corredor]. Pro outro lado! Pra roubar são bem espertinhos”, referindo-se ao fato de que os presos não ficam, quando no corredor próximo à Inspeção, no lugar onde deveriam. Outro diz: “Cruza os braços, tchê!”.

Às 11h42 chega o preso que o oficial de justiça esperava. Eles falam ali mesmo, o oficial dentro da Inspeção, o preso no corredor. O oficial diz que breve chegará o alvará de soltura e instrui sobre o afastamento da residência da vítima. O preso pergunta: “Posso buscar minhas coisas?”. “Não”, ele responde. “Mas como faço?”. “Pede para sua mãe ou outro parente alcançar” [ele agredira a irmã e não pode voltar para casa]. O preso agradece. O oficial de justiça agradece aos pms e vai embora.

Ao meio-dia, um preso que está parado no corredor, esperando para passar, fala: “Sargento, não me chamaram, já teve gente passando e eu aqui”. Um pm se irrita e grita: “Qual é teu problema? Fica quieto aí”. Um outro preso diz para um PM: “E aí, campeão?”. O soldado comenta que outro dia esse preso falou que ele estava aí há dez anos, e ri. Todos na Inspeção riem.

Às 13h46, um sargento que está se desligando da Força-tarefa se despede

³ Essa é uma forma de obrigar os presos a aceitem algo que não desejam. No caso, ser levado para o “G” significa proteção, mas isso “marca” o preso como *gay* ou pedófilo, daí talvez a razão da recusa. Em casos como este, os pms deixam o preso no corredor, de pé, algemado, caminhando de um lado para outro, até cansar. Há casos (como se verá na sequência) em que os presos usam o corredor para tentar pressionar a guarda - que não gosta de ter presos circulando. Assim, por exemplo, podem pedir para ir ao corredor esperando obter “liga” (trabalho), mas isso não acontece, à noite eles voltam para a galeria ou são encaminhados para outra.

rapidamente dos colegas: “A gente se vê na Brigada por aí”. Ele vai na janela dos mesários e deseja boa sorte à “gurizada”.

Na Inspetoria, os policiais brincam que um oficial recebeu o apelido de “Por favor”, pois para tudo solicitava dessa forma e combinam sobre comprar uma pizza para a janta. Às 14h05 passam latões de lixo em um carrinho pela Inspetoria. Às 14h10 estão apenas duas pessoas na Inspetoria.

Às 14h28 chega um preso de “muda”, da 1ª do “F” (primários) para a 1ª do “B”. Há um estranhamento e os pms perguntam: “Tem certeza? Sabe que vai perder os privilégios da primariedade (entre as regalias que os primários recebem, está a qualidade do ambiente e mais atenção por parte da assistência jurídica)? Por que está indo?”. O pm que o acompanha explica que a supervisão mandou. Outro preso está de “muda” da 1ª do “C” (onde ficam os integrantes da facção “Unidos pela paz”) para a 3ª do “F” (“Abertos” e “Bala na cara”). Um pm diz: “Esse aí mudou drasticamente”, e todos riem, ironicamente.

Às 14h43 passa um preso empurrando um carrinho de supermercado cheio de garrafas de refrigerante. É o “cantineiro” que tem autorização para ir, periodicamente, à cantina, fazer compras (sobre sua atuação, ver meu artigo “Comida e direitos humanos no Presídio Central de Porto Alegre”, inédito).

Dois presos saem da galeria e pedem trabalho. O sargento diz que não tem, que devem voltar, ou ficar no corredor. Eles dizem que querem ficar no corredor, que falaram com outro sargento, dias antes, e ele prometeu trabalho. Contam ainda que saíram porque quiseram, que querem trabalhar para receber remissão (diminuição da pena, proporcional aos dias trabalhados, garantida pela Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/84). É sugerido que esperem o dia de serviço do sargento que fez a promessa para lhe cobrar. Eles dizem que querem agora e decidem ficar no corredor (os pms deixam entender que eles foram obrigados a pedir para sair pelos outros presos).

Às 15h38 seis pessoas se encontram na Inspetoria. Um policial volta de onde tinha sido chamado e diz: “Me chamaram pra mostrar a foto de um cara igual a mim, pô! Só brincadeira. Eu disse que ia embora e disseram para ficar e tomar um cafezinho. Disse que não tinha tempo e vim...” (ele não trabalha na Inspetoria, está ali conversando).

Chega outro preso, de “muda”, pm pergunta: “Quer mudar de galeria? Por quê? Tem amigo nessa? Tem parente?”. Preso é reticente a falar, mas diz que sim após a quarta pergunta e o pm pergunta o nome dele. “Ele não diz nada. Viram? Ele nem sabe o nome do parente”. Outro soldado diz: “Claro que não”. O pm retruca: “Bandido sim, mentiroso não”.

Às 16h26, dois presos que vão ser soltos passam pela Inspetoria. Um soldado verifica no sistema se é ele realmente o preso indicado no alvará. Eles vestem apenas camisetas e bermudas; um não para de tremer e o dedo balança no coletor de digital. O pm manda ele parar, ou a digital não seria confirmada e ele não poderia sair. A falta de roupas decorre das regras do presídio: quem sai deve deixar suas posses para quem fica. Ao perceber, pela digital, que é mesmo a pessoa libertada, o pm diz: “Até segunda”.

Às 17h14 o sargento combina com o mesário que este ficará com uma caneta esferográfica e não repassará ao outro mesário, que ele será o único responsável por essa. Despeço-me de todos, caminho sozinho no corredor. Despeço-me dos pms que ficam no saguão, tiro o colete e devolvo. Saio caminhando.

3. Dentro do presídio

O segundo dia dentro do Central foi o 27 de julho de 2011. Nessa data, passei a manhã e a tarde na Inspetoria do pavilhão “B”. Era dia de visita. Às 6h50 estou na portaria e um sargento me recebe falando que o tenente já chega. Diz que é dia difícil, pois havia problema no gerador, o que fez faltar

luz na véspera (fato noticiado pelas rádios e jornais, dizendo que havia tido um começo de distúrbio no Central). O tenente chega e fala que a noite foi tranquila (“Não me acordaram”), convida-me para o café. Muitos homens ocupam as diversas mesas do refeitório, as “fem” (“policiais mulheres”) ocupam apenas uma. O tenente me fala da falta de energia, que fizeram reunião com os plantões para acalmar o pessoal. “Eles ligam para a [rádio] Gaúcha, mas não tem telefone...”, resigna-se.

Na preleção diária (que na verdade acontece três vezes por dia, a cada entrada de um novo grupo de pms), o sargento chama os pms e eles respondem: “QAP” (“estou na escuta”, termo utilizado no título do livro de Nummer (2005)). Diz que vai fazer as recomendações de sempre: “Cuidado. Não deixem os presos se deslocarem sozinhos, coloquem os horários de saída dos presos nas planilhas. O grupo é bom, mas se tiver um problema, todos ficam. Um recado para os ‘caranchos’ (novatos; pm que está começando a atuar na Força-tarefa; também pode se referir a alguém que já atuou em outro presídio ou mesmo no Central, em anos anteriores; sempre se considera quem chega como ‘carancho’, devendo se adaptar ou readaptar ao trabalho na prisão): se tiverem dúvida, não façam nada. Por fim, hoje é tranquilo, tem visita, mas olho vivo”. O tenente faz uso da palavra para lembrar que todos devem treinar o uso da “12” (escopeta). “É nossa arma básica, cinco minutos de treino, se precisar, faz lembrar do uso correto”. É rápida a preleção, o mais demorado é a chamada.

Saio com o grupo que vai para a Inspeção da “B”. Passamos pela Inspeção geral, andamos mais uns 15 metros e chegamos a uma nova sala, menor (talvez 12 metros quadrados), que possui refrigerador, ventilador, relógio, luz de emergência, rádio, balcão. Ao lado um banheiro (pia e privada; sabão em pó é utilizado para lavar as mãos) e uma escada para acesso à guarita. Perto da inspeção existem três lâmpadas.

Cada uma com interruptor em uma galeria. Quando os presos precisam da presença da guarda, eles fazem a lâmpada piscar. Nela estão lotados, neste dia, quatro soldados e um sargento “carancho”. Um soldado fica na guarita, no andar superior, observando os pátios.

Eles perguntam quem sou. Um conta que estuda direito. Perguntam se é meu primeiro dia ali, digo que é o segundo, que já havia estado na Inspeção geral. “Ah, então agora está vindo para a cadeia”. Um soldado logo fala de um colega que começou a trabalhar em uma casa prisional, em um dia que tinha “bateção”. Entrou na Casa e aquela barulheira. Olhou, ouviu e desistiu; na hora pediu para voltar para sua unidade.

O preso que ocupa a função de plantão das chaves é o “Saci”, sempre falando alto, sorrindo, mostrando os dentes brancos que contrastam com a pele negra. Magro, deve ter em torno de 30 anos. O trabalho como plantão das chaves refere-se a abrir e fechar o acesso ao pátio e às galerias, para tanto ele precisa usar duas chaves, mas nunca pega as duas ao mesmo tempo. Logo, caminha do portão à Inspeção o dia todo, e o faz falando, gritando, com presos, com soldados. Mas ele não quer trabalhar nesse dia; argumenta que já o fez durante toda a noite. O soldado que chega vai se informar sobre o que aconteceu com outros presos, na galeria, e diz que eles falaram que ele passou a noite trabalhando por que quis. Ele explica que o outro preso estava de cama, doente, que ficou para ajudar o colega. “Aqui não tem amigo”, retruca o soldado e conclui para seus colegas: “Ficou por que quis, agora, já que outro não quer vir por ele, problema é deles”.

É dia de visita, em pequenos grupos ou individualmente, as mulheres chegam. Entregam a carteira de visita ao soldado que as coloca em uma caixa, separadas em ordem alfabética, vão ao portão do brete. O plantão das chaves abre a primeira grade, elas entram, ele fecha. Dá uma volta e abre a segunda grade, elas entram no pátio e logo param. O plantão das chaves fecha

e volta. Ainda dentro do brete, a mulher avisa quem irá visitar e um preso grita o nome. O preso avisado “busca” a visita que está chegando para que ela entre no pátio; sozinha, ela não deve fazê-lo. “Elas são bonitas. Tem as sérias, mas tem as vagabundas. É moda ser mulher de vagabundo.” Outro pm fala: “As mulheres que vêm sem sacola é só problema” (não são familiares, chegam apenas para manter relações sexuais). O respeito pelas visitas inclui a todos. Um soldado conta que uma vez os presos reclamaram de um pm que teria “chocado” [olhado] uma visita e afirmaram que iriam se rebelar se ele não fosse removido. Ele foi embora. Um soldado comenta: “Talvez eles tivessem uma bronca com ele, e usaram isso como desculpa”.

Os soldados afirmam: “Não tem como acabar com a “caminhada” (desvio, contrabando, negócio escuso). Cada uma [‘caminhada’] que o “jaleco” [todo preso trabalhador usa um jaleco e é assim chamado] libera, ele ganha 2 ou 3 pila [reais], no fim do dia ele tem 12 ou 15, para fumar um [cigarro de maconha ou pedra de crack]”; “Celulares, eles atiram pelo muro, com pregos, daí pescam com imã dos rádios. Drogas entram com as mulheres, as ‘fem’ só revistam as nervosas”; “90% consome maconha, muitos pedra.”

Um pm subiu para as galerias, sozinho, somente com o bastão, levou chaves e está demorando. Outro diz que vai ver o que se passa, pega a “12” e sobe. Logo após, descem. Um sargento, de passagem, comenta que segurança é tudo no presídio. “Mas eles sabem que só o comandante é moeda de troca. Pm não é. Sargento Fulano fica com 4, 5, na oficina. Se eles quiserem, pegam ele e a arma, mas eles sabem que não saem dali”.

Um soldado comenta, com ironia, ao me ver fazer anotações em um caderno: “Escreve aí sobre as boas condições (de trabalho). O cheiro, a limpeza. E lá em cima (guarita) é pior”.

Um preso de jaleco diz aos soldados: “Notícia boa, liberdade”. Os pms pegam os papéis, preenchem e não dizem nada.

Outro grita: “Liberdade!”. A resposta seca: “Vai passando”.

Um pm fala para os outros sobre um terceiro: “Olha o cinto bem colocado, olha o cabelo com gel. Tu é puto, não? Me dá um beijinho?” Riem. Ele mesmo vai e dá um beijo na bochecha do outro. Conversam sobre quem será o novo sargento. Um soldado diz: “Quería o sargento Fulano”. Outro retruca: “Não, ele não é bom de planilha”. Falam dos colegas da Brigada: “O Fulano, no primeiro dia, tava sentado, fazendo cu-doce. É um dos violentos de Caxias. Vadio não tem vez aqui. Tá fazendo umas ‘caminhadas’ para voltar, mas não tá conseguindo. Tem padrinho, um major que fez PQD com ele”.

Discutem procedimentos sobre a abertura das grades. Falam: “Esse [“Saci”] só faz ‘caminhada’”. “Tem que fazer BO [boletim de ocorrência] pro ‘Saci’”. “Tá na hora do BO pro ‘Saci’”. “Saci” reclama: “Pô, tô a 40 dias sem visita”.

Às 10h00 passam seis carros com comida, dois ficam no “B”, 12 painelas, 6 engradados com banana. Falam dos colegas: “Sargento Fulano morreu?” “Foi meu instrutor de curso”. Todos que chegam percebem o novo sargento, “carancho”, e perguntam: “De onde o senhor é?”. O soldado mais antigo diz a todos que é “gente fina”, da mesma cidade que ele. Um pm diz: “O major Fulano é meu padrinho. Ligo e ele me responde”. “E o Fulano?”. “Quadrilheiro. Tá preso”. “Esteve comigo em duas Golfinhos. É bom de serviço”. “Teve um comigo na Golfinho que dizia que precisava ir em casa cortar grama, queria sempre ir pra casa. Falava e falava. Até que acertaram as coisas para ele ir cortar a grama. Voltou 3 ou 4 dias depois. Daí alguém perguntou: E aí? Cortou a grama? Que nada, cheguei lá e já tava cortada...”. Todos riem.

No corredor, o “Saci” tira o jaleco, um soldado logo grita: “Põe o jaleco, ‘Saci’”.

Chega um mesário e um soldado fala: “Olha que carinha, sargento. Tá sorrindo para mim, mesário? Não se sorri para homem! Tá achando que sou veado?” “Que

isso seu Fulano. O sorriso é o espelho da alma”.

Falam dos salários: “O meu é de 1.200.”. “O meu de 2.900” (eis que acrescido de Gratificação de Incentivo à Permanência no Serviço Ativo). “Por isso que o Estado está falido.”. “E a reunião com o governador, vai sair?”. “Vivi até hoje com o salário de soldado, aposentado e não volto mais”.

Às 11h11, “Cadê o jaleco? Onde é que tu tá, ‘Saci’?”. Ele aparece e diz: “Tava ali. Falando com a tia. Todo mundo conhece ela.”. “‘Saci’, mais uma saída daqui sem avisar e tu vai para a algema”. Às 11h13, o “Saci” come um sanduíche. Um preso que está no corredor, algemado (era jaleco, mas foi posto no corredor pelo plantão), pergunta ao “Saci”: “Por que ele tá assim?”, referindo-se ao humor de um soldado. “Furou o pneu do carro dele ontem de noite”, responde o “Saci”. O soldado não diz nada. “Que que tu fica alopando com o cara?”, um soldado pergunta a outro sobre sua atitude em relação ao “Saci”.

Um soldado se aproxima de mim e pergunta quem sou, que estou fazendo. “Vai ficar quanto tempo?” “O dia todo.”. “Mesmo passando o dia, não vai conhecer tudo que se passa aí”, conclui. Eu e um soldado vamos almoçar. O cardápio inclui galinha, carreteiro, batata frita, ovo frito, brócolis, alface, tomate, batata. Há água e suco à disposição. Um almoço rápido: comer, beber e voltar para a Inspeção, pois, em revezamento, todos saem para se alimentar. Um volta e elogia fortemente a comida.

Falam sobre o churrasco da noite. “Dez ou 15 reais?”; “Com ou sem bebidas?”. As “fem” participam. O assador diz que separa carne para quem está de serviço (e chegam por isso mais tarde); um soldado destaca: “Isso que é companheirismo”.

O entra e sai de visitas é permanente. Os presos são comunicados, de novo, de que as visitas vão durar uma hora a mais, para compensar a falta de luz (a companhia de energia desligou o gerador para consertá-lo).

Às 13h02 o plantão das chaves pede camisinhas. “Não tem”, diz um soldado após olhar o armário. Às 13h06 o sargento “carancho” me pergunta: “Tu viu?” [uma mulher passara para a visita]. Às 13h12 um plantão de chaves pede uma folha de jornal para ir ao banheiro, o soldado reclama e dá um pedaço de papel higiênico.

Às 13h25 um bate-boca entre os soldados. Precisam localizar o preso A. P. e isso não acontece, é que o nome dele é A. R. L. P.. Ele deve ir à enfermaria, agora, e não quer, diz o plantão: “Ele está com visita”. O soldado diz que tem de ir, o plantão diz que não vai. Então fazem uma “recusa”. Às 13h41 falam para o plantão preparar o cara para ele assinar a “recusa”. Os policiais gritam entre si.

Às 13h52 um preso com dor de dente pede para ir à enfermaria. Desce, sai do pavilhão, eles ligam para saber se podem enviá-lo. Às 14h04, um soldado baixa o som para telefonar. Em seguida outro reclama: “Até eu tô ficando louco com este fedor”, referindo-se ao cheiro de maconha que sai do pátio e invade a Inspeção. Às 14h12 o kit para doentes chega às galerias. Outro pm diz: “Fedor de maconha, esse”.

Chegam várias caixas com cem preservativos, um soldado alcança várias para o “Saci” alcançar ao plantão. Às 14h23 o lanche da guarda chega: dois litros de leite, dez bananas, 12 laranjas. O “Saci” fala para um guarda: “Esse aí escapou das garras da Susepe”. O soldado pergunta: “Fugiu de onde?”. “Não sei”.

Às 14h33 um preso com carrinho de compras passa em frente às grades de acesso ao “B” e fala com o plantão. Após uns instantes, o soldado manda ele seguir adiante. Outro soldado discute com outro preso: “Vira para a parede”. O preso retruca: “É regra do preso”. O soldado, em tom definitivo: “É regra da casa”. Um soldado explica: “A gente passa o dia todo negociando. Tem de gritar. Mostrar força”.

Um sargento passa, mostra a ficha de um preso e diz que levou para uma mulher vê-la. Ela olhou a foto e não permitiu a

liga (autorização para visita íntima). Passa um preso e um soldado pergunta: “Qual tua idade?”. “76”. Outro soldado indaga: “Que é isso? Isso é pergunta?”. Um soldado explica: “Nossa missão é fazer o que a Susepe fazia”.

Às 15h27 chega o correio. São oito cartas, sete da Penitenciária Feminina de Guaíba e uma da Defensoria Pública. Os presos assinam em livro de controle o recebimento. Às 16h00 um soldado vai até junto da grade e fala com o auxiliar para terminar logo a visita, avisando que a Direção está distribuindo 500 fichas para quem sair cedo (garantem direito de entrar outro dia, sem fila).

Um soldado comenta: “Matei um cara numa ocorrência, ele estava armado. Levei dois anos mexendo a casinha”. Outro soldado conta uma história: “Um preso contou que tinha patrimônio de 400 mil e queria se separar. Consultou um advogado e ele disse que o custo da separação seria de 200 mil, a metade, que teria de ser entregue à mulher. Ele então resolveu matá-la, pegar oito anos [de prisão], cumprir dois em fechado e ficar com tudo”. Um soldado comenta: “Tá certo”. O que contou a história diz: “Não, é matar alguém”.

Às 16h34 chega a janta. Às 16h44 saem as panelas do almoço que estavam no pátio.

Despeço-me e sou acompanhado até o local onde deixo o colete.

4. Próximo dos excluídos

A terceira visita aconteceu no dia 29 de julho de 2011, sexta-feira, dia mais tranquilo na rotina do presídio. A minha chegada aconteceu às 6h50. A “fem” da portaria já me conhece. Chama o tenente que conta ter havido barulho na noite. Ainda a questão da falta de luz. Ele relata que houve negociação, que foi explicado o fato de não haver culpa da Brigada. Na preleção, após a chamada, foi alertado para ter cuidado, na véspera acharam uma arma, um “38”, “Temos de cuidar, é nossa segurança”.

Coloco o colete e sou designado para a Inspetoria do “G”, localizado no anexo. O

anexo é um conjunto de quatro pavilhões: o “G”, o “H”, o “I” e o “J”. No “G” ficam *gays*, pedófilos e “duques” (que praticaram crimes sexuais); no “H”, *gays* e “duques”; no “I”, ex-trabalhadores (que são vistos como presos “vinculados” à polícia); e, no “J”, idosos e “Maria da Penha” (presos condenados com base nesta lei).

O pm que me acompanha diz: “Já conhece? É outro presídio”. E explica que a principal diferença refere-se, além da qualidade dos novos prédios, ao fato de os presos não andarem sem escolta. “Lá [nos prédios antigos] são os piores [presos]. Os “barra-pesada”. Aqui eles não são de boa índole, mas é outra coisa. Só olha e vê a diferença. Aqui eles limpam e lavam [o chão]”.

Ele me apresenta o anexo (cuja construção iniciou em 2005 e foi concluída em 2007), que passou a ser ocupado em dezembro de 2008, quando se finalizou a rede hidráulica e energética. No dia 29 de julho de 2011, estavam ali lotados 464 presos – para uma capacidade informada de até 492 detentos.

A inspetoria do “G” é composta de duas salas e próximo fica o banheiro. Possui pouca mobília: mesas, cadeiras e armários. Apesar de novo, de ser “outro presídio”, a mobília é antiga e o Anexo tem cheiro comum aos outros espaços do PCPA; as paredes já parecem velhas, estão gastas e os fios elétricos aparecem em diversos pontos (uma “gambiarrá” serve, por exemplo, para fazer funcionar o ventilador de teto. Deveriam estar lotados dois policiais, mas só há um. Este, soldado que atua há 20 anos na Brigada, conta que só conheceu um presídio quando foi trabalhar no Central. Logo de início declara: “Ninguém gosta de trabalhar aqui. Só se está aqui por dinheiro”. Fala de um preso que contou como matou a mulher e a cunhada, e acrescenta: “Não é um marginal”.

Às 8h47 chega o sargento que vai passar ali o dia e o soldado vai embora. O sargento carrega dois jornais de Porto Alegre (“Zero Hora” e “O Sul”) e um livro de Dan Brown. Traz também uma bandeja de

mercado, com algumas fatias de bolo. Está há quatro meses no Central e trabalhou no Presídio de Lagoa Vermelha entre 1986 e 1988, na guarda externa e interna. cursou dois anos da faculdade de direito na UCS, quando tinha uma namorada juíza. Ela queria que ele o fizesse, ele queria estudar psicologia, ou “moda e estilo”. Hoje, segue as aulas de ciência política na Ulbra e possui uma empresa de consultoria política. Revela estar escrevendo um livro sobre a realidade prisional e declara: “Aqui somos protetores da integridade física e moral do reeducando”. Usa expressões como “experiência pedagógica”; “contexto analógico”, “separatismo: igreja e estado”, “o homem é ter e ser”; explica que “os homens de bem precisam conhecer o mal, não para praticá-lo, mas para preveni-lo”. Conta que trabalhou com o governador Rigotto (e foi, ele mesmo, candidato a deputado) e para a governadora Yeda. Espera, em breve, ser designado para trabalhar na Assembleia Legislativa. Conta que gosta de passar os finais de semana em Gramado e Canela, na Serra Gaúcha.

O sargento responsável pelo pavilhão “H” passa pela Inspeção do “G” e pergunta ao plantão: “E minha loira linda, cadê?”.

Nos pavilhões novos, os presos têm acesso ao pátio todos os dias, das 10 às 17h. E não precisam ser revistados pelo GAM. Às 9h55, um preso pergunta: “Sargento, e o pátio?”. “Às 10, tá bom?”. “Mas o ‘H’ já liberaram?”. “Então está errado?”. O sargento do “G” grita para o sargento do “H”: “Já liberaram o ‘H’?”. “Sim, tô sozinho”. “Tá errado”, ele fala baixo. “Tá bom, libero vocês?”.

Ao ver um soldado conduzir presos, o sargento diz para ele mandá-los cruzar os braços: “Eles sabem as regras”. Um preso não cruza e o sargento não abre a porta. O detento obedece e o sargento libera a passagem de todos.

O sargento conversa com o preso da faxina sobre a compra que o preso pretende fazer de um carro. Discutem sobre o estado do carro, o preço. Outro recluso se aproxima. O sargento diz: “E aí? Tranquilo?”.

O preso responde: “Bom dia”. O sargento acrescenta: “Só cruza os braços”. Um grupo de presos se aproxima, o sargento diz: “Vamos cruzar os braços, gurizada”. Mas ele vê que um jaleco vai passar e pede a este: “Só um pouquinho, o senhor dá uma aguardadinha?”.

Um preso próximo à Inspeção sussurra para outro: “Esse aí é professor de direito.” (referindo-se a mim). Um soldado entra na Inspeção para buscar água e o sargento pergunta: “Vai pegar de novo?” “Eu pago.”, responde o soldado.

Às 10h22 surge um tenente com um capitão. O sargento explica a este último: “Nossas peculiaridades são que trabalhamos sozinhos. E que os presos do Anexo, exceto os do “I”, só se locomovem com escolta, por sua condição de duque, Maria da Penha...”. Eles falam sobre quem ocupa cada pavilhão, dizem coisas parecidas com o que me disse antes o outro sargento. O capitão pergunta quem sou e explicam que tenho permissão do comando. Cumprimos-nos.

O sargento esteve recentemente fazendo escolta de um preso em hospital, e diz: “Cuidar de preso no hospital é bom. A gente descansa, lê, vê as moças”. O sargento afirma que “a Brigada é uma mãe”, mas acrescenta: “Os praças, que executam, não são reconhecidos”.

Às 10h26 chega o almoço para os presos, são os “carrinhos” com as panelas. Depois há a entrega de correspondência. Às 10h46 sai o lixo dos pavilhões, em tonéis. Um “lixeiro” leva sua bermuda, que, quando chegou, pediu para outro preso devolver. Antes de eles saírem, um pm, que faz a escolta, revista a bermuda.

O sargento conta que o sistema não se prepara para reeducar e que “a droga está aí e segura a Casa. Tira e a Casa cai”.

Às 11h40 um preso chega da enfermaria, nas mãos vários frascos de medicamentos. O sargento pergunta: “Um monte de remédios? Tá tudo bem?”. “Tudo bem. É coquetel para o HIV.”. “Qual a tua expectativa de vida?”. “Sei lá. Tô há 11 anos. Nunca tive

uma gripe.". "Mas JC chama...". "Não, o HIV é como diabetes. Até menos. Minha mulher vem aí e uso camisinha, que ela não tem AIDS.". O preso segue caminho.

A hora do almoço está chegando e o sargento diz: "No refeitório eu não consigo comer. Verdura aqui não como. Só coisas cozidas". Vamos ao almoço e depois o sargento reclama, "Comida horrível.". Mais tarde, um soldado que passa pela Inspetoria diz que a comida "não tá ruim". Chega um sargento que trabalhou no PCPA anos atrás e comenta que a comida melhorou muito: "Tudo melhorou", conclui.

Um sargento para na Inspetoria e diz: "Passei pela loira, aquela, disse oi e estendi a mão, ela pegou e coçou minha palma". Ri.

Passa outro preso, o sargento pergunta: "Tá voltando de onde?". "Psiquiatra.". "Tá bem? Abriu o coração? Abriu a cabeça?". "Sim, sim.". "Por que tu caiu (foi preso)?" "Tentativa de roubo.". "Roubo de quê?". "Um celular.". "Um celular?". "Tu tá louco?". "A vítima disse que eu tava armado... o juiz me deu quatro anos.". Outro PM se intromete e diz: "Tem um cara aí por duas barras de chocolate no Carrefour...".

Um mesário entrega uma requisição e pede para usar o banheiro, o sargento permite. Em seguida um sargento chega e pergunta pela possibilidade de usar o banheiro, o sargento diz onde fica. Às 14h30 dois plantões de outros pavilhões do Anexo chegam ao "G", para jogar cartas (eles possuem privilégios por serem plantões, assim, todas as tardes se reúnem). Às 14h50 um preso passa mal (do estômago) e o plantão pede que seja encaminhado para consulta. Às 15h chegam os kits para os doentes e laranja para os pms. Às 15h01 chega o cantineiro com o carrinho.

5. Conclusão

Nesses três dias pude perceber e compreender a relação entre os policiais militares que atuam no presídio e os presos. Na realidade, uma relação quase inexistente. Apesar de ocuparem espaços não distantes

fisicamente mais do que alguns metros, as "barras de ferro" que os separam marcam uma fronteira quase intransponível. Os policiais das inspetorias nunca ingressam no espaço dos presos e os integrantes do GAM o fazem apenas quando eles lá não se encontram.

No dia a dia, os presos ficam recolhidos em seu espaço (celas, corredores, escadas e pátio do pavilhão); transitam nessa área e somente circulam pelo resto do presídio quando há alguma situação peculiar (ida ao médico, encontro com o advogado).

A regra geral que organiza essa instituição é de que os agentes penitenciários (no caso, policiais militares) respeitam os presos e recebem, em troca, o respeito deles. Para tanto, um "saúdável" distanciamento. Um soldado disse passar o dia negociando, mas acrescentou que nesse processo precisa gritar, mostrar força. Na realidade não há negociação. Existem acordos implícitos na relação e as partes os respeitam.

Moraes (2005, p. 251), a partir da fala de um agente penitenciário, declara que quatro elementos são essenciais para a tranquilidade da prisão: alimentação, assistência jurídica, saúde e visita. Acrescento a necessidade de admitir que também a permissão do uso de substâncias entorpecentes ilícitas seja fundamental ("A droga está aí e segura a Casa. Tira e a Casa cai", declarou um pm).

Ninguém gosta desse ambiente. Se os pms reclamam do cheiro, imagine o que diriam os presos que estão ainda mais "dentro" da prisão. De qualquer forma, todos estão obrigados a viver nela e devem se adaptar; uns por necessidade financeira, outros por ordem judicial.

Os pms não têm obrigação de permanecer no Central. Histórias de quem decidiu voltar para Casa logo ao chegar ou antes do término do tempo se sucedem. Todos reclamam das condições de trabalho e falam que a carga de trabalho é puxada. Mas também há relatos de pms que retardam sua aposentadoria para aproveitar um pouco mais a melhora salarial garantida pelas diárias,

que permanecem na Brigada e no Central pelo aumento na remuneração.

A vantagem que existe, em relação ao trabalho na rua, é de saber com quem se está trabalhando (“Aqui tu trabalhas com 100% de certeza de que é bandido.”). Ainda assim, a insegurança é constante. A proteção, que para o “estrangeiro” pode parecer exagerada, repete-se nas visitas de alunos de faculdades protegidos pelo GAM, ou no uso de coletes a prova de balas pelos que ingressam na prisão, ou no policial que, perante a demora do colega, sobe as escadas, armado com a “12”, para verificar se não há problemas.

De toda forma, os policiais, em seu cotidiano, mostram-se como se espera: seres humanos, trabalhadores, com suas alegrias e angústias, que, em suas relações laborais, se encontram com um público diverso do de qualquer outra categoria de trabalhadores: pessoas que não desejam estar ali, mas estão, de alguma forma, obrigados a permanecer.

Policiais que, sem formação específica, aprenderam a “viver” no Central e a pensar como os presos. Ao contrário do percebido por Moraes (2005, p. 221), para quem “[...] esse aprendizado não se faz sem um enorme custo psíquico e identitário, uma vez que significa para o agente penitenciário mimetizar-se naquilo que ele percebe como a sua antítese”. A realidade dos pms é diferente. Ocorre que eles não são agentes penitenciários, eles apenas estão no presídio – de passagem – e possuem consciência disso. Suas angústias parecem mais centradas nas contas a pagar e na possibilidade de deixarem a Força-tarefa do que em serem “prisonizados”, eis que sabem que não permanecerão mais do que dois anos na Casa. Se, por um lado, isso impede que pensem conforme o previsto na Lei nº 7.210/84 (Art. 1º A execução penal tem por objetivo [...] proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado), por outro, impede que se confundam com os presos.

Possuem os pms, e fazem questão de manter, um distanciamento da massa

carcerária. Suas principais falas para com os presos são: “Tira as mãos do bolso”; “Virado pra parede”; “Cruza os braços, tchê!”. Dizem ainda: “Bandido sim, mentiroso não”; “Não se sorri para homem!”. Nessas breves interações, há sempre uma oposição, uma desconfiança, como quando, ao permitir a passagem de um liberto, o pm diz: “Até segunda”. Esse quase cinismo do policial deve ser avaliado pelo fato de que ele não recebeu formação para atuar dentro de um presídio, e não percebe a ressocialização como seu trabalho. Assim, ao contrário do agente penitenciário, que no início de sua carreira parece acreditar na possibilidade de reeducação (Moraes, 2005, p. 241), o pm sabe estar lá apenas para impedir fugas.

Logo, não há por que falar com os presos. Falar o quê? Como isso será interpretado pelos colegas? Para que servirá essa conversa? Portanto, somente alguns detentos, representantes perante a direção e os pms de serviço, conversam com mais frequência com os carcereiros – ainda assim não se trata de um diálogo, mas de troca de (poucas) palavras.

Há também o desprezo expresso por alguns pms para com os presos homossexuais ou travestis, objetos de escárnio por parte da maioria dos que vivem e trabalham no Central – situação que em muito se repete nas ruas. E há também dedicação, como quando os presos reivindicam preservativos e estes são logo distribuídos.

E uma relação diversa com alguns presos, como com o chamado de “Saci”, ou com os mesários – percebida no momento da despedida do policial que parece falar com mais simpatia a eles do que aos colegas de farda (“A gente se vê na Brigada por aí” *versus* “Boa sorte à gurizada”). São situações típicas que retratam que os pms, quando chegam a ficar perto dos presos, podem ter uma imagem um pouco mais favorável do outro e se identificar com a sua situação. Verdade, todavia, que os presos com os quais se relacionam foram por eles “pinçados” de entre a massa carcerária.

A empatia está presente igualmente na reação de desconforto ao saber que um preso está detido pelo furto (ou roubo) de um celular, ou de duas barras de chocolate. Paradoxalmente, também no concordar que o assassino tinha razão em matar; ou mesmo que, discordando do assassinato, percebe no preso outra pessoa e não apenas um “marginal”.

Os pms julgam, como as pessoas na rua, mas gostam de afirmar que não são truculentos. O uso abusivo da força (com exceções) está no passado, entendem. E trabalham, mandando, organizando a casa prisional.

A relação entre os pms, por sua vez, é pautada, como em muitos outros ambientes de trabalho no Rio Grande do Sul, tanto na capital quanto no interior, pelo consumo constante de chimarrão. Além do ritual de confraternização envolvido no server essa bebida, ainda se deve acrescentar o fato de que o “mate” esquenta o frio rigoroso do inverno. E, enquanto trabalham e bebem, falam dos colegas da Brigada, dos salários, do churrasco da noite. Ofendem-se, “brigam” (fraternalmente), brincam, demonstrando a intimidade que possuem. E consideram tais demonstrações como elemento normal; a polidez é que surge como algo estranho e o policial que se porta conforme ela acaba sendo alvo de pilherias (como o “Por favor”).

A percepção dos pms sobre a prisão passa pela compreensão da complexidade do sistema ali desenvolvido. A dificuldade está tanto em coordenar o movimento das muitas pessoas que circulam diariamente pela Casa, bem como em saber quem são os ocupantes de um pavilhão (mesmo nos novos pavilhões, existem designações e trocas que demonstram ser impossível dizer, com certeza, que os ocupantes de um espaço pertencem a uma única facção ou grupo). É que o Central, como o tenente encarregado pela Força-tarefa para receber alunos de universidades gosta de dizer, tem população maior do que muitos municípios gaúchos. Portanto, organizá-lo é difícil e conhecê-lo em detalhes quase impossível.

Assim, a ideia exposta de que os pms fazem o que a Susepe fazia não parece errada. O PCPA continua existindo e as tarefas dos que ali estão hoje são as mesmas das dos que eram responsáveis pela prisão 16 anos atrás. Pouquíssimo se faz pela ressocialização (a referência aos presos (quase) nunca acontece em nível de “reeducando” ou ressocializando) e tampouco se implementam meios de vigilância e disciplinarização (ao contrário do que vislumbrava Foucault (1991), analisando a realidade europeia de séculos passados).

Garante-se, hoje, no Central, segurança, ou seja, ausência de fugas e, em especial, de rebeliões; essa a atual função do PCPA, confirmando as lições de Moraes (2005, p. 219). O que se pode fazer, além disso, é minimizar outras ocorrências, e para tanto serve o controle (“guias e passes”), que parece exagerado, mas supre a falta de formas mais modernas de controle na locomoção.

Interessante reportar que, estando em visita ao Presídio, no dia 28 de setembro de 2011, o criminólogo inglês Keith Hayward mostrou-se surpreso com a quantidade de pessoas que caminham pelos seus corredores – muito diferente das prisões que conheceu na Europa e Estados Unidos. Assim, facilita-se a prática de infrações dentro da Casa. Elas, como a criminalidade, parecem ser “um fato social normal” (Durkheim, 1990, p. 64); seja se referindo ao uso de drogas, seja em relação à “caminhada”. A guarda conforma-se em manter a quantidade de drogas ilícitas em níveis aceitáveis e dificultar, ao máximo, o ingresso de celulares e armas (“Temos de cuidar, é nossa segurança”).

A tarefa de administrar o PCPA mostra-se hercúlea. Ao se observar o Central, em seus aspectos físicos, percebe-se tão somente, do ponto de vista externo, seus muros velhos encravados em meio a casas humildes de um bairro de Porto Alegre; do ponto de vista interno, grades velhas, uma estrutura que há muito necessita reforma. Para quem atenta aos aspectos humanos ali

dispostos, sobressai a admiração por quase não se perceber interação entre eles.

De toda forma, o PCPA viola os direitos humanos dos que trabalham e dos que vivem ali. A superlotação cobra um preço exorbitante dos que nele trabalham ou vivem. Hoje, porém, está em melhores condições do que no passado no que tange à segurança; há um efetivo maior e mais bem preparado e armado (embora se discuta sobre a utilização de armas no interior de prisões – Coyle (2002, p. 38 e 90). De toda forma, o PCPA não é um lugar apropriado, para inocentes ou culpados, e deveria ser substituído, assim como o sistema de penas restritivas de liberdade que representa, mas, enquanto tal não acontece, vai sobrevivendo, como seus habitantes.

Referências

- CHIES, Luiz Antonio Bogo et al. *A prisionização do agente penitenciário: um estudo sobre encarcerados sem pena*. Pelotas: EDUCAT, 2001.
- CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB). *A fraternidade e os encarcerados: Cristo liberta de todas as prisões*. São Paulo: Salesiana, 1997.
- COYLE, Andrew. *Administração penitenciária: uma abordagem de direitos humanos: manual para servidores penitenciários*. Brasília: Ministério da Justiça, 2002.
- DURKHEIM, Emile. *Les Regles de la méthode sociologique*. 5. ed. Paris: Universitaires de France, 1990.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.
- MORAES, Pedro Rodolfo Bodé de. *Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- NUMMER, Fernanda Valli. *Ser polícia, ser militar: o curso de formação na socialização do policial militar*. Rio de Janeiro: UFF, 2005. (Coleção Antropologia e Ciência Política, 37).
- RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere*. 5. ed. São Paulo: Martins, 1965. 1. v.
- RUDNICKI, Dani. Sobre a pena de prisão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 727, p. 345-365, maio 1996.
- _____. Prisão, direito penal e respeito pelos direitos humanos. In: SANTOS, José Vicente Tavares dos et al. *Violência no tempo da globalização*. São Paulo: Hucitec, 1999. (Ciências Sociais, 41). p. 544-570.
- _____. et al. *Ensino jurídico e realidade prisional: impressões dos acadêmicos de direito do UniRitter sobre os presídios gaúchos*. Porto Alegre: UniRitter, 2005.
- _____.; SOUZA, Mônica Franco de. Em busca de uma política pública para os presídios brasileiros: as CPis do sistema penitenciário de 1976 e 1993. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 47, n. 186, p.107-115, abr./jun. 2010.
- THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária: de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Meio ambiente e reordenamento do espaço

Um novo olhar sobre a cidade

Jeferson Dytz Marin
Karen Irena Dytz Marin

Sumário

Considerações iniciais. 1. O equilíbrio entre crescer e proteger: condição intergeracional. 2. Direito Urbanístico e crescimento ordenado. Considerações finais.

Considerações iniciais

O capital é o grande impulsionador da atividade humana nas sociedades capitalistas. O homem está constantemente em busca de crescimento econômico e acúmulo de riqueza. A atividade produtiva, principalmente a baseada na industrialização, que prepondera após a Revolução Industrial, é o centro da atividade econômica das sociedades modernas.

O desenvolvimento econômico tem sido a tônica da sociedade globalizada, desconsiderando-se a qualidade de vida, mediante a justificação do capital e a apropriação indevida da natureza.

A concentração de riqueza, decorrência inevitável da sociedade capitalista contemporânea, obtida pelos que exploram com maior voracidade os recursos naturais, gera exclusão social e marginalização das comunidades pobres, impedidas de desenvolverem-se economicamente.

Os modelos de produção e desenvolvimento implantados pelos pioneiros da industrialização basearam-se em políticas de crescimento para o capital interno. A natureza e a conservação dos seus recursos

Jeferson Dytz Marin é Doutor em Direito - UNISINOS (RS). Mestre em Direito - UNISC (RS). Especialista em Direito Processual (UCS). Advogado. Professor do Mestrado em Direito da UCS - Universidade de Caxias do Sul. Professor de pós-graduação em diversas instituições de Ensino Superior no Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná e São Paulo.

Karen Irena Dytz Marin é Mestre em Direito - UNISC (RS). Graduada em Direito na UFSM (RS). Professora da UCS - Universidade de Caxias do Sul. Coordenadora da Especialização em Direito Ambiental da UCS.

disponíveis, como pressuposto para a manutenção da atividade econômica, não era vista com a devida e merecida importância, uma vez que sua abundância e generosidade não alertavam para a possibilidade de virem a se tornar escassos.

A ideia de que os recursos naturais eram ilimitados e infinitos redundou em seu uso irracional, ignorando-se a capacidade de renovação e regeneração da natureza. Derrubado o paradigma e diante da percepção de que os ecossistemas são alterados pela ação humana, muitas vezes com consequências maléficas, a intervenção do homem na natureza passou a ser repensada, de maneira que fosse possível a realização das metas de desenvolvimento sem agressão aos ambientes naturais.

Surge, então, a necessidade de inventar modelos de produção que promovam o uso racional dos recursos naturais, utilizando-os sem esgotar a sua disponibilidade, para que subsistam em quantidade e qualidade suficientes ao suprimento das necessidades das gerações futuras.

Conhecido como desenvolvimento sustentável, pensou-se num sistema apto a compatibilizar as atividades consumidoras de recursos naturais com a sua oferta natural, a fim de tornar o seu uso menos prejudicial ao equilíbrio ecológico.

As cidades também se inserem nesse contexto de desenvolvimento sustentável, na medida em que a preocupação ambiental urbana sugere cuidados na constituição dos espaços. A arborização, cada vez mais rara nos grandes aglomerados urbanos, e os mecanismos de controle da poluição industrial são exemplos típicos das preocupações dessa cidade sustentável.

Mas o alcance de uma cidade sustentável vai muito além do atendimento dos requisitos daquilo que se pode designar ambiente saudável, uma vez que reclama a construção democrática da ocupação dos espaços urbanos, não só com a preservação do meio ambiente, mas com a preservação em todos os pontos da cidade, viabilizando

a localização e dimensionamento adequado das praças e parques, evitando assim a marginalização (ou o que se poderia chamar de exclusão ambiental) das populações periféricas.

1. O equilíbrio entre crescer e proteger: condição intergeracional

O mundo capitalista orienta-se pela necessidade constante de produção, apresentado como objetivo final o acúmulo de capital. O aspecto quantitativo interessa mais que o qualitativo, sendo irrelevante – ao menos na origem do sistema – a necessidade de preservação do ambiente e a noção de desenvolvimento sustentável.

A Revolução industrial esteve estreitamente ligada ao desenvolvimento do sistema capitalista, oferecendo significantes contribuições na medida em que propiciou as inovações tecnológicas necessárias ao aumento da capacidade produtiva das indústrias, na mesma proporção da crescente demanda imposta pela expansão populacional. A constante modernização dos parques industriais gerou condições de cada vez mais suprir o mercado com bens e produtos em quantidades mais do que suficientes para o entendimento das demandas.

Mas, num sistema capitalista, o excesso também representa capital, razão pela qual os bens e produtos industrializados além das necessidades populacionais passaram a ter seu consumo incentivado por meio de *marketing* mercadológico e propaganda. A partir desse momento, passa-se a incentivar o consumo pelo consumo, cujo resultado é também a orientação dos processos produtivos a partir de estudos das demandas de mercado. Assim posiciona-se Eduardo Viola:

“A resolução da crise ecológica é difícil e complexa. Os problemas ambientais são efeitos ‘inesperados’ do modelo de desenvolvimento econômico dominante (capitalista-

-industrialista), que se ‘legitima’ entendendo as demandas de consumo da população, e que por sua vez continua aumentando dentro de um planeta com capacidade de sustentação limitada” (VIOLA, 1998 apud LEIS, 1991, p. 26-27).

O ideal de desenvolvimento adotado pelas nações interessadas em crescer economicamente a qualquer custo, principalmente no pós-guerra, como aceitação do sistema capitalista apoiado no liberalismo, consistiu no incentivo à produção e ao consumo voltados apenas à geração de riqueza. Com isso, a necessidade constante do aumento da produção consequentemente fez crescer o consumo dos recursos naturais utilizados como matéria-prima nas indústrias, além de gerar poluição, explosão demográfica e sobrecarga dos ecossistemas. Héctor Ricardo Leis, ao estudar os efeitos do sistema neoliberalismo na esfera ambiental, observa:

“O mercado prefere guiar-se por uma razão instrumental que, se transnacionaliza países e derruba fronteiras, não o faz para atender a valores universais ou para maximizar o aproveitamento dos recursos existentes em função do lucro e do poder dos principais agentes econômicos e políticos. Em outras palavras, a brutal expansão da economia mundial nas últimas décadas se fez por intermédio da desestruturação das economias nacionais, que transformou o mercado em responsável por um duplo processo de globalização econômica e ambiental, mas com sentidos opostos” (LEIS, 1991, p. 26-27).

O crescimento das economias mundiais aconteceu sem a preocupação com a questão ambiental, focada exclusivamente no resultado econômico das atividades produtivas. A ideologia neoliberal baseada na livre iniciativa da economia de mercado e na sua liberdade diante do Estado provocou o crescimento econômico do mundo ocidental, originando regiões desenvolvidas,

integradas pelos países ditos de primeiro mundo. Ocorre que esses países, concentrados no acúmulo de capital a qualquer custo, não economizaram no consumo e utilização dos recursos naturais como fonte para suas atividades produtivas. Ao concentrarem seus esforços no crescimento econômico, comprometeram-se pouco com a preservação do meio ambiente e com a exploração racional dos recursos ambientais. Prova disso é a recusa dos americanos em aderir ao Protocolo de Kioto, documento assinado por vários países e que visa comprometê-los a diminuir os índices globais de emissão de poluentes na atmosfera terrestre.

A ordem econômica brasileira funda-se na livre iniciativa e tem como um de seus princípios a livre concorrência. Adere, assim, às regras de mercado, que objetivam livre atuação dos agentes econômicos, com vistas ao crescimento econômico.

O pós-guerra e o neoliberalismo dos anos 80 disseminaram pelo mundo a ideia de que o crescimento econômico e a produção de riqueza seriam requisitos do progresso mundial, partindo do pressuposto de que, quanto maior a liberdade do mercado para fazer circular a riqueza, maior o padrão de vida do povo. Tal pensamento serviria até como forma de consolidação da democracia em termos econômicos. Ao adotar-se a teoria neoliberal sem as necessárias ponderações quanto a seus efeitos, confere-se aos detentores do poder econômico a prerrogativa de oprimir os excluídos, o que conforta a tese que exclui do sistema neoliberal o progresso social.

É uma característica da ciência contemporânea a ênfase nos aspectos quantitativos e o seu desprezo pelos qualitativos, quando são justamente estes os mais essenciais. A própria vida se caracteriza pela sua essencialidade qualitativa, como o são a busca de bem-estar coletivo ou de felicidade individual (ou qualquer outro critério que se tome como motivador, em última instância, das ações individuais ou coletivas). A constante busca pela quantidade resulta não

raras vezes na renúncia a certos elementos que garantem a qualidade de vida do homem, como o são o meio ambiente saudável e uma sociedade sem miséria.

Em economia, ao falar-se em desenvolvimento e crescimento, corre-se o risco de na maioria das vezes tomar ambos os conceitos por equivalentes, dando a impressão de representarem a ideia de evolução, melhoria ou prosperidade. Embora reflitam objetivos comuns, o desenvolvimento econômico abriga a realização de metas muito mais abrangentes, enquanto o crescimento econômico limita-se a alcançar um dos objetos daquele outro, a produção de capital e riqueza.

A Constituição Federal, ao disciplinar a ordem econômica e financeira, alicerçou-a em vários princípios, entre os quais cabe destacar o da livre concorrência e o da defesa ao meio ambiente (CANOTILHO, 2000). O primeiro, ligado à livre iniciativa, decorre da ideia de Estado mínimo, pregado pelo liberalismo econômico.

O mercado exige competitividade de preços. A indústria utiliza como matéria-prima, quase na sua totalidade, recursos naturais, sendo o custo da sua obtenção o fator determinante de um preço competitivo. Os sistemas produtivos raramente internalizam os custos ambientais da produção. Veja-se a observação de Dennis Kinlaw:

“Um fator a contribuir com nossa falta de atribuição de custos ao uso comercial do meio ambiente é que os indicadores econômicos que usamos não consideram o meio ambiente. Não acompanhamos nem reportamos como notícias econômicas as informações sobre perda da camada superficial do solo, redução de índices de pesca de florestas antigas, uso de energia e outras do gênero. Precisamos enfatizar a necessidade de atribuição de valor ao *imput* do meio ambiente, e a maneira mais universalmente reconhecida de se atribuir valor é pela atribuição de preço. Ar,

terra, água e recursos não-renováveis precisam ser valorizados em relação à sustentação do meio natural. Os muitos serviços prestados pelo meio ambiente não são gratuitos” (KINLAW, 1997, p. 95).

A produção baseada num sistema econômico preocupado apenas com o lucro, ao ignorar o custo ambiental do processo produtivo, causa desequilíbrios de toda ordem, uma vez que, superada a ideia de infinitude dos recursos naturais, sua utilização irracional é maléfica ao meio ambiente. Referido custo, embora não absorvido pelas indústrias e seus produtos, é suportado pelo meio ambiente e repassado à sociedade, que acaba pagando um preço caro, qual seja a falta de condições para buscar o desenvolvimento econômico completo a que tem direito. Uma produção economicamente barata, que não absorve o valor dos recursos naturais utilizados, reserva um custo social e ambiental elevado. A necessidade de preços baixos e competitivos impede a consideração do custo ambiental da produção, que mais cedo ou mais tarde será suportado pela sociedade.

Ramón Martín Mateo posiciona-se da seguinte forma quanto à fixação de preços competitivos à custa da exploração ambiental:

“La teoría del valor y la lógica espontánea de los mecanismos de mercado como sistema de optimación de las decisiones económicas constituyen piedras angulares del sistema económico occidental, respondiendo a su filosofía básica centrada en la libertad y el pluralismo. En este contexto la utilización de los recursos naturales se apoya simplemente en la fijación de precios competitivos cuando éstos son escasos y se apropian privadamente. En la economía liberal tiene difícil encaje la instrumentación de medidas limitadoras de la denunciada exhaustación de los recursos se los precios no se sensibilizan, como

es normal, ante fronteras de escasez que todavía aparecen distantes” (MARTÍN MATEO, 1991, p. 45).

A regulamentação e a condução da economia apenas pelas regras de mercado, como a livre concorrência, traz como consequência a falta de preocupação por morte dos agentes econômicos, com os resultados socioambientais de suas atividades. O modelo de produção baseado na geração de riqueza e no acúmulo de capital conflita com a necessidade de avaliarem-se os reflexos do sistema econômico para a sociedade e o meio ambiente.

O crescimento econômico passou a impulsionar as regras de mercado, e as metas mundiais de constante crescimento, em todos os sentidos, realizado às custas do sacrifício ambiental, ignoram seus efeitos destrutivos, sendo fruto da concepção equivocada de que a diversidade da natureza seria capaz de proporcionar o fornecimento infinito dos recursos naturais utilizados na atividade produtiva. É a compreensão de Francisco Brito:

“Os modelos de sociedade das civilizações até nossos dias foram projetados pelo homem para acumular riquezas materiais, bens e serviços. A seu favor teve a ciência e a tecnologia, o que lhe possibilitou adquirir novos conhecimentos e interferir progressivamente nos processos naturais, ocupando e usando a seu bel-prazer dos recursos naturais. Tinha-se em mente de que tais recursos eram infinitos” (BRITO; CÂMARA, 1999, p. 64).

O conceito de desenvolvimento econômico, muito mais amplo, é aquele que propicia ao mesmo tempo a geração de riquezas, mas com vistas à melhoria da qualidade de vida, integrado à satisfação de necessidades coletivas, e não meramente individuais. Ao limitar sua produção com o capital, abandona aspectos mais importantes, como a sociedade e o meio ambiente. Causa a exploração irracional dos recursos naturais, gerando poluição e desequilíbrio

ambientais, além de miséria, pobreza e exclusão social.

A economia do desenvolvimento, apesar de voltada ao crescimento econômico, como um dos seus objetos, não pode ser vista como um sistema dissociado do meio ambiente, pois não existe atividade humana sem água, ar, solo ou sem a utilização de qualquer outro recurso natural. O desenvolvimento econômico pressupõe a interação entre atividade humana e natureza, uma vez que toda geração de riqueza passa pela transformação de energia e consumo de recursos naturais.

O desenvolvimento econômico, como princípio da ordem econômica constitucional, é aquele que busca, entre outros fatores, a melhoria da qualidade de vida em todos os seus aspectos, a igualdade de condições, índices de educação satisfatória, trabalho digno e oportunidades para toda a coletividade.

A Constituição Brasileira de 1988 introduziu a questão ambiental na ordem econômica, de modo que as atividades econômico-produtivas sejam desenvolvidas levando-se em consideração a proteção aos recursos naturais e aos ecossistemas, evitando-se assim o desequilíbrio ecológico. Além disso, ao determinar a proteção ambiental, criou capítulo no qual garantiu a todos o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Falar em desenvolvimento econômico exige a conjugação de vários fatores, como o crescimento econômico e a garantia desse mesmo crescimento para as futuras gerações, somente possível mediante a proteção ambiental, bem como a criação de condições sociais para que os homens possam viver com dignidade, qualidade e de maneira saudável.

Insere-se, nesse contexto, a ideia de desenvolvimento sustentável, como aquele que preconiza a busca pelo crescimento econômico de maneira racional, não separada do respeito à natureza e à sociedade como um todo, para assim atingir-se o que se

pode realmente entender por desenvolvimento econômico. Assevera Francisco Brito:

“Contudo, observa-se que a tendência da nova concepção de meio ambiente é que novos paradigmas de desenvolvimento contemplem equidade social, econômica, política e meio ambiente, com vistas a conciliar as necessidades econômicas à disponibilidade limitada dos recursos naturais e sua proteção. Nesse sentido, prevê-se que cada vez mais os novos paradigmas deverão compatibilizar os interesses econômicos e sociais com a proteção ambiental dentro de um processo de desenvolvimento sustentável, transformando o meio ambiente em fator de desenvolvimento sem, contudo, causar danos ambientais” (BRITO; CÂMARA, 1999, p. 30).

Não se pode deixar de assinalar o aspecto do desenvolvimento humano, que, ao ser estudado de forma coadunada ao desenvolvimento econômico, sugere este como espécie da qual aquele é o gênero. O primeiro como conceito mais amplo revela que toda atividade humana tem como fim último o ser em si mesmo. Logo, a variável econômica é apenas um pressuposto para otimizar a qualidade da vida segundo bens e produtos que expressam valor econômico.

Uma nação rica economicamente não alcança desenvolvimento satisfatório se nela existir parcela da população em condições subumanas e sem possibilidades de desenvolver-se socialmente, bem como se o meio ambiente estiver degradado pelo esgotamento da capacidade dos ecossistemas. O simples acúmulo de capital não traduz desenvolvimento. Este somente se realiza mediante a conciliação do crescimento econômico com a melhoria da qualidade de vida de todos os atingidos, direta ou indiretamente, pela atividade econômica.

Por fim, em termos econômicos, observa-se que desenvolver é crescer, mas crescer nem sempre dá ideia de desenvolvimento.

O desenvolvimento integrado da economia e do ser humano, com vistas à manutenção de um ecossistema equilibrado, traz à tona a ideia de sustentabilidade.

A crise ambiental aparece hoje como desafio a ser enfrentado pelo homem, a fim de poder vencer a grande empreitada de tutela do meio ambiente e recuperar suas características principais, quais sejam, a diversidade e o equilíbrio entre qualidade e quantidade dos recursos naturais. A terra é o *habitat* originário e comum do homem e de todos os demais seres que com ele habitam. A vida humana não subsiste senão pelo consumo dos bens da natureza, imprescindíveis à existência das gerações presentes e futuras.

A apropriação dos recursos naturais pelo homem deu-se numa escala progressiva ao longo de sua existência. Partindo-se das sociedades primitivas, consumia apenas o necessário para viver. Com o início da produção manufaturada, sua utilização ainda era racional, pois realizada em ritmo lento, de acordo com as técnicas até então criadas. As mudanças ocorridas com o surgimento das indústrias, a partir do século XIX, ocasionaram a concentração da produção em grandes fábricas, com aumento no consumo dos recursos naturais, estabelecendo uma relação de dominação do homem sobre a natureza.

A razão da crise ambiental está na verdadeira disputa existente entre o homem e a natureza, em torno da apropriação dos recursos limitados, exigidos para a satisfação de necessidades humanas ilimitadas, fruto da constante evolução de sociedades consumistas e de ideias de desenvolvimento econômico baseado no acúmulo de capital.

O planejamento de estratégias para a exploração dos recursos naturais é condição para chegar-se ao desenvolvimento sustentável, adequado às atividades econômicas e à real capacidade da natureza de suportar a intervenção humana, considerando ainda a manutenção dessa mesma capacidade para os tempos vindouros.

A exploração racional dos recursos ambientais constitui ponto crucial, senão o principal, na busca da sustentabilidade, missão que não mais permite considerar como limitados os bens da natureza. Os novos modelos de produção a serem desenvolvidos devem adotar tecnologias limpas e eficientes, evitando o desperdício de matéria-prima, o consumo desnecessário de recursos naturais, bem como daqueles que demandam técnicas poluentes para sua industrialização, gerando poluição.

Mais do que isso, faz-se necessário conservar a diversidade natural dos ecossistemas para permitir a recuperação dos mesmos, até então degradados pela ação antrópica, de maneira a realizar-se a reposição dos recursos naturais pela sua renovação e regeneração, a fim de que se tornem disponíveis às gerações futuras. Tratando desse aspecto, escreve Paulo Affonso Soares Pereira:

“A sustentabilidade ecológica é a manutenção da base física, os estoques de recursos naturais, ‘apesar’ do processo de ‘desenvolvimento’. Para sua implementação, dois critérios operacionais devem ser aplicados: o primeiro, a reposição dos recursos naturais ‘renováveis’ a uma taxa superior à da sua utilização; e o segundo critério, para os não renováveis, consiste em dosar o uso do recurso de forma que antes de seu esgotamento total haja um sucedâneo, viável, em uso” (PEREIRA, 2000, p. 146).

O artigo 186 da Constituição Federal talvez seja o dispositivo legal que expresse de forma mais clara a ideia de sustentabilidade. Ao tratar da função social da propriedade, coloca como requisito para a concretização desta, entre outros, o da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente.

A realização do ideal do desenvolvimento sustentável não compete a um órgão ou setor específicos da comunidade. Ao contrário, é tarefa que exige a participação

de toda a sociedade, pois não depende de ações isoladas, mas da tomada de decisões por parte dos órgãos competentes e da conscientização da população da necessidade de buscar alternativas práticas para a exploração sustentável dos recursos naturais. Nesse sentido, ensina Francisco Brito:

“Faz-se necessária a construção de uma nova sociedade para uma nova realidade institucional do setor ambiental, de maneira a corrigir os desvios do passado em relação ao desrespeito com o meio ambiente, e dar respostas mais adequadas aos problemas ambientais pontuais e globais. A questão ambiental deve ser cuidada com a participação da sociedade como um todo: governo e povo trabalhando unidos por uma gestão ambiental sustentável para resolver conflitos de interesses divergentes entre proteção ambiental e desenvolvimento sustentável” (BRITO; CÂMARA, 1999, p. 46-47).

O desenvolvimento sustentável, abrigado pela Declaração do Rio, de 1992, objetiva propiciar a todos o direito ao desenvolvimento, mas de maneira que este seja exercido de forma tal que atenda as necessidades atuais, respeitando as demandas das gerações futuras. O princípio 4º da Declaração do Rio afirma que a proteção ao meio ambiente deve integrar o processo de desenvolvimento, a fim de alcançar o desenvolvimento sustentável, tarefa que conta com instrumentos como o Estatuto de Impacto Ambiental, criado pelo Poder Público e útil no planejamento de atividades com potencial de dano ao meio ambiente.

A luta pelo desenvolvimento sustentável iniciou, cabendo aos ambientalistas e ao poder público definir políticas públicas e fazer cumprir as leis ambientais e as propostas de desenvolvimento que priorizem a racional utilização dos recursos naturais, tornando a sustentabilidade uma realidade futura, muito embora uma utopia da atualidade.

2. Direito Urbanístico e crescimento ordenado

A noção de sustentabilidade vem desde os primeiros embates na seara ambiental, quando então se viu que, se a exploração dos recursos naturais seguisse no ritmo que se apresentava, fatalmente seu esgotamento adviria em pouco tempo. Por outro lado, também se percebeu que não era razoável e nem possível que se abrisse mão do progresso, da tecnologia e do conceito de sociedade de consumo – consequência que logicamente adviria de uma suspensão total do consumo em massa de recursos naturais, se esta fosse possível.

É impossível manter o mesmo nível de produção para toda a humanidade sem que haja um colapso ecológico, uma vez que a capacidade científica e tecnológica de processar as matérias é infinitamente superior à capacidade que a natureza tem de se regenerar ou de ofertar matéria-prima para seu processamento. O mais incrível é que esse enunciado é válido tanto para os processos individuais de modelo de desenvolvimento, como para os modelos coletivistas ou de socialização dos meios de produção.

Logo, a solução deveria estar na razoabilidade e na moderação do consumo dos recursos naturais, bem como na minimização do impacto das atividades humanas sobre o meio ambiente.

O tempo demonstrou que, se essa política não foi eficaz no sentido de garantir níveis satisfatórios de alteração ambiental, pelo menos deu fôlego à indústria para que a mesma buscasse alternativas que permitissem sua continuidade. Carros mais econômicos, eletrodomésticos mais eficazes, reciclagem de materiais, controle de emissões poluentes, saneamento adequado, transportes racionais, áreas verdes urbanas – são os produtos da noção de sustentabilidade.

No Brasil, a Constituição Federal, em seu artigo 225, demonstrou a preocupa-

ção do legislador com o uso racional dos recursos naturais, como garantia de uma vida saudável, impondo tanto ao Poder Público como a todos os cidadãos a preservação do meio ambiente, viabilizando um *habitat* ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações – fala-se já em um *direito intergeracional*. O dispositivo inova ao introduzir as gerações futuras não só como interessadas, mas como titulares de direitos em relação ao desenvolvimento (FREITAS, 2001).

As mais modernas definições já incorporam a noção de desenvolvimento sustentável, corolário da evolução antes explorada.

Dinizar Becker, ao examinar a sustentabilidade como novo (velho) paradigma do desenvolvimento regional, aponta para o tipo de economia que assegurará um desenvolvimento adequado, sintonizado à ideia de ecologia profunda:

“[...] uma possibilidade que, na verdade, é o outro lado da competitividade, e é o que lhe dá organicidade, e que denominamos de sustentabilidade. Sustentabilidade como reconhecimento das diversidades ambientais e culturais que se transformam em vantagens ou trunfos dos diferentes espaços e escalas geográficas e na sabedoria de como articular a autonomia, decorrente da diversidade com a unidade da sociedade nacional e/ou global. Sustentabilidade compreendida como as múltiplas alternativas que cada localidade, região ou nação tem, pelas suas diferenças culturais e ambientais, de inserir-se no processo geral potencializando seus recursos” (BECKER, 1993, p. 137 apud BECKER, 2002, p. 40).

Ou seja: a sustentabilidade é um conceito fortemente baseado na noção do razoável, oposto à exploração plena e ao abuso.

A noção de dignidade está intrinsecamente ligada à ideia de sustentabilidade, que é um tanto subjetiva, e nem mesmo seus primeiros defensores a definem cla-

ramente. Todavia, sabe-se que a noção de dignidade está intimamente vinculada, na cultura ocidental, ao respeito à individualidade.

Essa noção é fundamental, vindo logo no primeiro considerando da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo”.

Ingo Sarlet tece, a partir de Kant, mas com os temperos que a noção moderna de ecologia empresta, rechaçando a ideia de antropocentrismo, a seguinte definição acerca da dignidade do homem:

“[...] sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indica que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral constitua, em última análise, exigência da vida humana e vida humana com dignidade” (SARLET, 2001, p. 35).

Efetivamente, o alcance pleno dos requisitos de uma vida digna não constitui tarefa singela, especialmente no que toca ao papel do Estado. O viver digno, a todo instante, na pós-modernidade, é vilipendiado. Como é possível assegurar vida digna com o ar impregnado das cidades máquinas que amordaçam o homem? Com os efeitos nefastos dos bolsões de pobreza que produzem o séquito dos sem-cidade? Das pessoas que são alijadas do processo de urbanização?

Mesmo que não se direcione para esse enfoque negativo, muito é necessário para uma vida digna. Que é o ser urbano sem moradia, saneamento ambiental, infra-

estrutura urbana, transporte e serviços públicos, trabalho e lazer?

Se a vida no meio urbano oferece certas comodidades, também é de se reconhecer que nem todos a elas têm acesso! Vida saudável, entretanto, é um conceito muito mais biológico que social ou jurídico. Está ligado ao bem-estar, mas no enfoque restrito ao adequado exercício das funções vitais. A primeira premissa é a alimentação adequada, que deve incluir todos os nutrientes necessários ao pleno desenvolvimento do organismo humano; ar e água livres de poluentes; e destinação adequada dos dejetos orgânicos.

Um ser humano mal alimentado fraqueja em seu sistema imunológico, que deixa o corpo vulnerável perante a ação de organismos nocivos, ou, em nível celular ou mesmo atômico, de seus elementos constituintes. Certamente, a fome é a maior das degradações ambientais do planeta!

O ar poluído é o vetor de elementos químicos estranhos à sua composição natural, que, ingressando no sistema respiratório, acabam por induzir alterações celulares ou mesmo, simplesmente por corroer os pulmões, seus acessórios e por fim o corpo; a água, em tudo, da mesma forma. Ambos, por fim, podem transportar os agentes orgânicos vivos que causam as mais variadas espécies de doenças.

Mas talvez o grande mal da pós-modernidade não esteja no corpo. A velocidade da pós-modernidade e a competitividade do mercado geram tensão ao homem, sempre incitado a produzir mais e mais, a não fraquejar nesse afã, a não parar, a tornar-se cada vez mais maquinal, o que já era previsto por Charles Chaplin como a nova doença do ser humano.

Menos de quatro por cento da população mundial consome 80% dos bens e mercadorias produzidos pelo homem, menos de 25% da população do globo vive nos países ricos e consome mais de 75% da energia, que rejeita em seus guetos os excluídos do desenvolvimento, entre os quais 10 a 20%

são desempregados (BECKER, 2002, p. 63). Essa estatística traz a constatação de que a exclusão social, fruto do acesso limitado aos bens de consumo, gera a ilação de que os detentores do capital e as potências mundiais são os principais responsáveis pela degradação do ambiente, por meio de um desenvolvimento “estreito e predatório” (BECKER, 2002, p. 64).

É de se notar que o *stress*, palavra da língua inglesa que significa pressão, mas usada comumente para designar uma de suas consequências, a estafa mental, tem sido associada a várias doenças – trata-se dos males psicossomáticos. Se grandes cientistas conseguiram prolongar a vida humana e possibilitaram a proliferação indiscriminada da espécie, agora preocupam-se em como frear tudo isso. Os remédios comuns podem curar uma outrora fatal tuberculose, os médicos conseguem salvar doentes de câncer, mas ainda não se descobriu a cura da tristeza. E a estrutura dos grandes aglomerados urbanos está diretamente ligada a essa triste nostalgia que ressaí dos tempos modernos. Essa crise da pós-modernidade e a ideia de desenvolvimento dissociada do humano e a ser entregue às futuras gerações é descrita por Morin:

“A ideia de desenvolvimento continua ainda tragicamente subdesenvolvida porque presa à racionalidade econômica. Essa ideia de desenvolvimento foi e é cega às riquezas culturais das sociedades arcaicas ou tradicionais, que só foram vistas através das lentes economistas e quantitativas. Ela reconheceu nessas culturas apenas ideias falsas, ignorância, superstições, sem imaginar que continham instituições profundas, saberes milenarmente acumulados, sabedorias de vida e valores éticos atrofiados entre nós. Fruto de uma racionalização ocidental-cêntrica, o desenvolvimento foi igualmente cego ao fato de que as culturas de nossas sociedades desenvolvidas comportam

dentro delas, como todas as culturas, mas de formas diferentes, ao lado de verdades e virtudes profundas (entre as quais a da racionalidade, autocrítica que permite perceber as carências e falhas de nossa própria cultura), ideias arbitrárias, mitos sem fundamentos (como a ilusão de termos chegado ao auge da racionalidade e de sermos os depositários exclusivos desta), cegueiras terríveis (como as do pensamento fragmentado, compartimentado, redutor e mecanicista)” (MORIN apud BECKER, 2000, p. 64).

O constituinte brasileiro preocupa-se com essa tendência do mundo moderno, e tentou abrir as portas para uma vida sadia de diversas formas; entre elas, pela garantia de lazer e recreação.

Entretanto, a grande empreitada da pós-modernidade é alcançar efetividade para os direitos fundamentais, entre os quais se põe o direito ao ambiente sadio. A Carta Política, posta pelo constituinte de 88 como a panaceia para todos os males sociais do país, não alçou o voo desejado e, já em seu nascedouro, lastreou declarações que sugeriam a ingovernabilidade na hipótese de seu cumprimento.

Isso gerou a triste ideia de que a Constituição, como carta de princípios, deve ser percebida como um ideal a ser seguido, com a gradativa implementação dos direitos nela tutelados. Os direitos sociais, individuais, ambientais, foram, paulatinamente, relegados ao ostracismo governamental, reclamando a permanente e vigilante atuação dos movimentos ambientais para o forçoso cumprimento dos pactos constitucionais que deveriam ser naturalmente implementados.

Assim, o melhor caminho para uma vida saudável, compreendidos os aspectos físico e psíquico, ainda é um adequado equilíbrio entre o trabalho e a sociedade, qualificados por um suporte indispensável advindo da dignidade, compreendido o direito ao alimento, à água e à atmosfera despoluída.

Atualmente cerca de 61% da área de terra do mundo está sendo modificada pela ação do homem para suprir a demanda de recursos de aproximadamente 2% dos 61% que correspondem às terras ocupadas por cidades, que abrigam cerca de 42% da população mundial (LYLE, 1994).

De acordo com esse panorama, pode-se verificar o impacto do ambiente construído em relação ao ambiente natural, e constatar que uma parte significativa dos desequilíbrios que ocorrem no mundo tem origem urbana. As cidades, como protagonistas de impactos ambientais, caracterizam-se pela concentração espacial de oportunidades, como mão de obra, meios de produção, distribuição e consumo, serviços, empregos, informação, e conseqüentemente pelo crescimento populacional e desafios dessa concentração.

Mas o que é, enfim, uma cidade? Os estudiosos que abordam o tema ponderam que vários aspectos dêem ser tomados em consideração. Júlio César Rocha conseguiu assim sintetizar essa multiplicidade:

“A cidade é o lugar geográfico onde se manifestam, de forma concentrada, as realidades sociais, econômicas, políticas e demográficas, de um território; ainda, o espaço contínuo ocupado por um aglomerado humano considerável, denso e permanente, cuja evolução e estrutura (física, social e econômica) são determinadas pelo meio físico, pelo desenvolvimento tecnológico e pelo modo de produção do período histórico considerado e cujos habitantes têm *status* urbano. Como vimos, fixar o conceito de cidade não é tarefa fácil, principalmente porque se pode tomar como base uma diversidade de abordagens. A cidade pode ser compreendida com fundamento: a) no conceito da sociologia urbana (cidade como ‘situação humana’, ‘uma organização geral da sociedade’, ‘centro de consumo de massa’ ou ‘fábrica social’; b) no

conceito demográfico e quantitativo (baseado no número de habitantes do núcleo urbano); c) no conceito econômico (conjunto de subsistemas administrativos, comerciais, industriais e socioculturais no sistema nacional geral); d) e no conceito jurídico político (a idade consiste em um núcleo urbano, sede do governo municipal) (ROCHA, 1999, p. 4-5).

Os conceitos demográfico e econômico não servem para definir as cidades brasileiras, que são conceitos jurídico-políticos, que se aproximam da concepção das cidades como conjuntos de sistemas. O centro urbano no Brasil só adquire a categoria de cidade quando o seu território se transforma em Município. Cidade, no Brasil, é um núcleo urbano qualificado por um conjunto de sistema político-administrativo, econômico não agrícola, familiar e simbólico como sede do governo municipal, qualquer que seja a sua população. Contudo, a característica marcante da cidade do Brasil consiste no fato de ser um núcleo urbano, que abriga a organização política local.

Enfim, do ponto de vista urbanístico, um centro populacional assume características de cidade quando possui dois elementos essenciais: (a) as unidades edilícias, ou seja, o conjunto de edificações em que os membros da coletividade moram ou desenvolvem suas atividades produtivas, comerciais, industriais ou intelectuais; (b) os equipamentos públicos, ou seja, os bens públicos e sociais criados para servir às unidades edilícias e destinados à satisfação das necessidades de que os habitantes não podem prover-se diretamente e por sua própria conta (estradas, ruas, praças, parques, jardins, canalização subterrânea, escolas, igrejas, hospitais mercados, praças de esportes enfim).

Nessa ótica construtivista, para alcançarem-se as características da cidade sustentável, necessário definir o que se entende por espaço, urbanização, urbanificação e urbanismo.

O espaço, como define Manuel Castells, compreende a concepção física e social. Na primeira, tem-se que não pode ser definido fora da dinâmica da matéria e na segunda, imprescindível a análise das práticas sociais. “Espaço é tempo cristalizado” (CASTELLS, 2000, p. 435).

Para Castells, do ponto de vista da teoria social:

“[...] *espaço é o suporte material de práticas sociais de tempo compartilhado*. Imediatamente acrescento que qualquer suporte material tem sempre sentido simbólico. Por práticas sociais de tempo compartilhado, refiro-me ao fato de que o espaço reúne essas práticas que são simultâneas no tempo. É a articulação material dessa simultaneidade que dá sentido ao espaço *vis-à-vis* a sociedade. Tradicionalmente, essa idéia foi assimilada à contigüidade. Mas é essencial que separemos o conceito básico de suporte material de práticas simultâneas da noção de contigüidade, a fim de justificar a possível existência de suportes materiais de simultaneidade que não dependam de contigüidade física, visto que é exatamente este o caso das práticas sociais predominantes na era da informação” (CASTELLS, 2000, p. 436).

Dessa forma, a noção de espaço não pode vir dissociada da ideia de sociedade, da formação demográfico-cultural das cidades, da ideia de meio ambiente, de acesso aos direitos sociais, de constituição humana e, enfim, da rede que envolve a informação e a interdependência da sociedade pós-moderna.

Urbanização é o termo utilizado para designar o fenômeno via o qual a população urbana cresce em ritmo superior à população rural. Não se trata apenas do crescimento das cidades, mas de um processo de concentração populacional em zona urbana. “A sociedade em determinado país reputa-se urbanizada quando a

população urbana ultrapassa 50%” (SILVA, 1998, p. 26).

Hoje, é razoável que se reconheça que todo o assim chamado “primeiro mundo” é urbanizado. Todavia, mesmo países como o Brasil, classificados como emergentes, já de há muito ultrapassaram a barreira da maioria urbana.

Logo, há que se admitir que a urbanização é fenômeno moderno, produto da sociedade industrializada e que atinge em cheio o espaço urbano brasileiro, onde predomina a especulação imobiliária e a favelização, sem se falar na ocupação e degradação de áreas ambientais, como as áreas de mananciais. Nesse sentido, a ordem jurídica pode significar uma alternativa em benefício da coletividade, no estabelecimento de uma política urbana e social, na defesa do meio ambiente e do direito à cidade, ou simplesmente uma forma instrumental de segregação e de dominação no território urbano, como historicamente se observa.

Quando a urbanização atinge níveis extremos, os problemas que dela decorrem acabam por determinar a necessidade da intervenção estatal para que seja preservada a ordem e a habitabilidade da cidade. Dá-se então “a unificação, processo deliberado de correção da urbanização, consistente na renovação urbana, que é a reurbanização, ou na criação artificial de núcleos urbanos, como as cidades novas da Grã-Bretanha e Brasília” (SILVA, 1998, p. 27).

O termo “urbanificação” foi cunhado por Gaston Bardet para designar “a aplicação dos princípios do urbanismo, advertindo que a urbanização é o mal, a urbanização é o remédio” (SILVA, 1998). O urbanismo surgiu como técnica e ciência, a fim de suprir as falhas de organização do espaço urbano, abrangendo da disposição do sítio aos recuos, arruamento, zoneamento por atividades ou finalidade, taxa de ocupação do solo e outros conceitos que não podem ser desconsiderados para que a cidade cresça de forma ordenada.

Nesse contexto, a definição de urbanismo vazada por Antônio Bezerra Baltazar afigura-se adequada:

“[...] o urbanismo é uma ciência, uma técnica e uma arte ao mesmo tempo, cujo objetivo é a organização do espaço urbano visando ao bem-estar coletivo – através de uma legislação, de um planejamento e da execução de obras públicas que permitam o desempenho harmônico e progressivo das funções urbanas elementares: habitação, trabalho, recreação do corpo e do espírito, circulação no espaço urbano” (BALTAZAR apud SILVA, 1998, p. 30).

Ou seja, trata-se da normatização técnica e jurídica da distribuição das benfeitorias urbanas, mas destinada ao fim específico da funcionalidade, com o alcance da nova noção de “função social da cidade”.

O Direito Urbanístico possui como objetivo direto a ordenação e planejamento dos espaços urbanos, ou seja, disciplina a atuação do Poder Público para a utilização dos espaços habitáveis. Na verdade, ele não se restringe à cidade, mas alcança também a relação desta com o campo e com as áreas que a cercam – daí ser aceito como o direito disciplinador dos espaços habitáveis.

Com essas definições básicas, fica aplainado o caminho para que se adentre no campo do Direito Ambiental aplicado à cidade.

Mas é necessário que a premissa básica da sustentabilidade urbana seja a desaceleração do processo de urbanização. Muito se falou em políticas de contenção do êxodo rural – hoje, aliás, assunto bem menos em voga do que há dez anos atrás. O processo de migração das populações rurais para a periferia das cidades criou aqueles notórios bolsões de miséria, que, com sua simples presença, acabam por provocar a inviabilidade da organização das cidades. Isso é consequência do que Manuel Castells (2000, p. 439) chama de *espaço de fluxos*, “que determina a organização espacial das elites

gerenciais dominantes (e não classes) que exercem as funções direcionais em torno das quais o espaço é articulado”.

Para Castells, a teoria do espaço dos fluxos

“[...] parte de suposição implícita de que as sociedades são organizadas de maneira assimétrica em torno de interesses dominantes específicos a cada estrutura social. O espaço de fluxos não é a única lógica espacial de nossas sociedades. É, contudo, a lógica espacial dominante porque é a lógica espacial dos interesses/funções dominantes em nossa sociedade. Mas essa dominação não é apenas estrutural. É estabelecida, na verdade, concebida, decidida e implementada por atores sociais. Portanto, a elite empresarial tecnocrática e financeira que ocupa as posições de liderança em nossas sociedades também terá exigências espaciais específicas relativas ao suporte material/espacial de seus interesses e práticas” (CASTELLS, 2000, p. 439-440).

O que Castells (2000) propõe, em verdade, é a democratização do espaço urbano, com o rompimento da lógica dominante do que chama de “elite empresarial tecnocrática e financeira”. O poder financeiro, mediante a especulação imobiliária e os investimentos de massa, é o que determina o ordenamento urbano na atualidade. São várias as consequências dessa realidade de fluxo de espaço, das quais se destaca a inumação das áreas verdes e parques e a marginalização das populações de baixa renda à periferia, às encostas dos morros e às zonas de risco em geral. Os centros de consumo de massa, fruto do poder financeiro, acabaram com as economias familiares de bairro, o que redundou, em última análise, em exclusão e concentração de riqueza.

São milhões de pessoas subempregadas nos centros urbanos, que viajam dezenas de quilômetros para poder chegar de suas

casas a seus locais de trabalho. Esse fluxo de tráfego torna qualquer cidade caótica. Por outro lado, o ritmo da ocupação do solo é muito superior ao da instalação de benfeitorias urbanas que concedem a uma área o mínimo de organização. Assim, formam-se as favelas, verdadeiras selvas urbanas, sem arruamento, sem rede de energia, sem reserva de áreas verdes, sem esgoto sanitário e nem água tratada; enfim, sem as menores condições de habitabilidade.

Esse quadro leva muitos formadores de opinião a afirmarem que os desafortunados que se dirigem para a periferia das cidades é que são os responsáveis pelo fenômeno da urbanização. Essa lógica demagógica, contudo, não se sustenta. Trata-se, na verdade, de uma resposta a uma maneira equivocada de tratar as necessidades do povo, é a vazão da concentração de riqueza e da exclusão urbana; e isso não é exclusividade do Brasil. A mecanização maciça da lavoura no Terceiro Mundo, a partir dos anos 70, deu um impulso vertiginoso ao processo de urbanização ao redor do globo, e no Brasil não foi diferente. Milhões de braços ociosos vieram bater às portas das cidades, à procura de um futuro melhor ou apenas de um emprego... Sem sucesso, no mais das vezes. Hobsbawn mostra claramente essa tendência:

“Em outras palavras, o campesinato, que formara a maioria da raça humana em toda a história registrada, fora tornando supérfluo pela revolução agrícola, mas os milhões não mais necessários na terra eram, no passado, prontamente absorvidos por ocupações necessitadas de mão-de-obra em outros lugares, que exigiam apenas disposição para trabalhar, na adaptação de habilidades rurais, como cavar e erguer paredes, ou capacidade de aprender no trabalho. Que aconteceria aos trabalhadores nessas ocupações quando por sua vez se tornassem desnecessários? [...]

Que aconteceria, alíás, aos camponeses do terceiro mundo que ainda fugiram em massa de suas aldeias?” (HOBSBAWM, 1995, p. 404).

Hoje sabe-se a resposta a essa pergunta. Mais do que a ociosidade, o que arranca o homem do campo é a falha de perspectiva. “Nesta concepção de mundo, o homem, a cultura, o natural são vistos como recursos a serem usados, bem como as múltiplas dimensões da vida são vistas como recursos a serviço da reprodução do capital” (BECKER, 2002, p. 53).

A verdade é que nem os problemas urbanos e nem o Direito Urbanístico são novidades. Mesmo assim, causa espanto que uma ciência organizada não consiga ser aplicada em larga escala para o benefício da sociedade. Em 1977, Meireles já tinha uma intensa produção científica organizada a respeito, presente principalmente na sua obra *Direito Municipal Brasileiro*. Veja-se:

“Toda cidade há que ser planejada: a cidade nova, para a sua formação; a cidade implantada, para sua expansão; a cidade velha, para sua renovação. Mas não só o perímetro urbano exige planejamento, como também as áreas de expansão urbana e seus arredores, para que a cidade não venha a ser prejudicada no seu desenvolvimento e na sua funcionalidade pelos futuros núcleos urbanos que tendem a formar-se na sua periferia” (MEIRELLES, 1997, p. 611).

O referido publicista, na ocasião, também comentava a respeito do projeto de uma lei de Desenvolvimento Urbano, que estava a ser elaborado e estudado pela Comissão Nacional de Regiões Metropolitanas e que parece ter sido a inspiração do moderno Estatuto das Cidades, que tinha como objetivos essenciais “a melhoria da qualidade de vida urbana, a distribuição espacial dos contingentes populacionais, o condicionamento do uso do solo e do direito de construir à função social da proprie-

dade e a preservação do meio ambiente” (MEIRELLES, 1997, p. 605).

Assim, embora de há muito se saiba da necessidade de providências no sentido de organizar as cidades, não havia ainda uma consciência formada a respeito da noção de sustentabilidade.

Não se trata apenas de organizar a cidade de maneira forçada. A cidade sustentável exige a participação voluntária do cidadão, sobretudo no sentido de não tornar sua presença prejudicial ao conjunto da sociedade. Assim, a soma dos instrumentos legais do Poder Público – O Plano Diretor, o licenciamento ambiental, a ação de polícia, a intervenção do Ministério Público e do Judiciário – com a participação da sociedade é que permite a sustentabilidade urbana.

De fato, pode-se argumentar que, se o direito urbanístico já é sedimentado; se os instrumentos legais de controle ambiental já existem há muito tempo; se, no entanto, a desorganização das cidades parece crescer, afigura-se que o que ainda pende de implementação é a participação do povo. Mesmo para isso, existem instrumentos adequados! Realmente, o que não existe é o estímulo à efetiva participação. Não se trata da participação na gestão, mas de algo em tese bem mais simples: o exercício do direito à cidade, mas sem deixar que se perca de vista o dever de não agravar os problemas urbanos. O Estatuto da Cidade não trará a solução para tais problemas, já que apenas instrumentaliza o incentivo a uma ética sócio-ambiental, materializada na participação popular.

Hoje sabemos que o pleno direito à cidade inclui o direito à vida com dignidade, à moradia, à alimentação, à saúde, à segurança, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A efetivação da função social da cidade estabelece-se quando o direito à cidade pode ser exercido em sua plenitude, ou seja, a cidade cumpre sua função social quando os cidadãos possuem os direitos

urbanos que são objetivo da política urbana prevista no art. 182 da CF.

A cidade sustentável deve ser uma organização urbana que permita à sua população uma vida de boa qualidade, sendo garantida a presença dos equipamentos urbanos indispensáveis e a prestação dos serviços públicos essenciais. Deve, portanto, manter vigilância sobre os agentes poluidores, mas também proporcionar aqueles direitos há pouco mencionados; manter o controle da expansão urbana, garantindo a instalação dos equipamentos urbanos da ocupação do solo; e, sobretudo, ter em vista a efetivação de uma política agrária e de emprego que evite o afluxo migratório do campo para a cidade e das pequenas para as grandes cidades.

A preocupação ambiental é, portanto, ponto chave dessa construção de cidade sustentável. Não há como pensar a cidade sem a democratização dos espaços e o planejamento ambiental. A lógica dos licenciamentos imobiliários vinculada ao capital financeiro, ou à influência desse capital na Administração Pública, já trilhou um processo de degradação ambiental massivo e funesto.

É necessário que se pense o meio ambiente como um todo integrado, que se tenha nas cidades, não um *locus* de meio de reprodução do capital pelo capital, mas um autêntico *habitat* dessa e das próximas gerações. Essa é a ideia de ecologia profunda, já detalhada na presente pesquisa, que se opõe, frontalmente, ao ambientalismo superficial, o qual propõe uma mera reparação do ambiente degradado, esquecendo-se da prevenção e da necessidade de superação do velho paradigma do desenvolvimento de caráter unicamente econômico. É de Capra a definição dos instrumentos dessa mudança de paradigma:

“O gerenciamento ecológico envolve a passagem do pensamento mecanicista para o pensamento sistêmico. Um aspecto essencial dessa mudança

é que a percepção do mundo como máquina cede lugar à percepção do mundo como sistema vivo. Essa mudança diz respeito à nossa percepção de natureza, do organismo humano, da sociedade e, portanto, também à percepção de uma organização de negócios” (CAPRA, 1999, p. 88).

Dessa forma, a cidade sustentável que se espera deve ter sempre presente a ideia de rede, percebendo o ambiente urbano a partir dos sistemas vivos que a compõem e não da lógica do capital. Isso só será alcançado com o reconhecimento da importância de se agregar o custo ambiente ao desenvolvimento, deixando-se de lado a mera qualificação econômica, com a constituição sólida de um novo paradigma de vida urbana, que privilegie a qualidade de vida, tão escassa na pós-modernidade.

A cidade acontece nos municípios; trata-se de fenômeno local. Logo, nada mais justo que se reconheça a competência preponderante dos governos municipais quando se trata de assuntos urbanos. Ressalta-se, todavia, que seria equívoco imaginar que transferir, pura e simplesmente, a responsabilidade da implantação do conceito de sustentabilidade urbana para o município irá solucionar os problemas que nos angustiam. É necessário que se tenha sempre em mente a íntima relação entre o campo e a cidade e as consequências que advêm de uma política equivocada para aquele.

O art. 182 da CF é a matriz da política urbana brasileira. Esse dispositivo traz, em seu *caput*, a previsão da competência municipal para a execução de tal política:

“Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.”

O Plano Diretor assume um novo papel, uma nova importância. Destinado

inicialmente à simples organização material da cidade, regulando o arruamento e o dimensionamento; depois incluindo a distribuição das edificações segundo sua utilização e regulando enfim o uso do solo urbano, passou a instrumento de gerenciamento do território municipal como uma integralidade indissociável de cidades e zonas rurais.

Trata-se do meio de planejamento da sustentabilidade presente e futura. Sua aplicabilidade é imediata, podendo produzir desde logo os efeitos a que se destina, mas sua principal influência está no futuro. Afinal, a maior concentração de problemas organizacionais está no centro de velhas cidades, em áreas com edificação valorizada, com custo proibitivo para uma imediata ação baseada na desapropriação. No entanto, à medida que a cidade se renova, as normas do Plano Diretor far-se-ão sentir.

Também cabe ao Município o controle do uso do solo, devendo a autoridade evitar a utilização inadequada dos imóveis urbanos, entendida como aquela que atinge a coletividade prejudicando-a. Do mesmo modo, as áreas de expansão urbana devem ser estabelecidas de modo a não aproximar-se de áreas usadas de modo incompatível com a concentração urbana, como os “distritos industriais”.

São iguais competências do município a intensidade do uso do solo, entendida como o percentual de cobertura edificada; a espécie de edificação; e a instalação de empreendimento que possa desestabilizar as vias de tráfego, que devem ser reguladas de modo que não ocorra o desequilíbrio da área de abrangência do sítio urbano.

Outra importante característica do Estatuto da Cidade diz respeito ao uso social da propriedade. O Município ganha vários instrumentos, com a finalidade de combater a especulação urbana e a subutilização dos terrenos. Além da via fiscal, reforçada pela tributação progressiva e pela recuperação de investimentos que gerem valorização imobiliária, mediante taxas de melhoria,

também as áreas de invasão podem ser regularizadas, se de fato a concentração habitacional ali for conveniente. E, como já era previsto, o usucapião urbano ganha novo fôlego, dando ao possuidor a chance de ter como seu o imóvel abandonado, havido de quem dele não necessita.

Acerca da função socioambiental da propriedade, afastada da noção civilista de bem individual, mais próxima da visão pública de bem comum, assevera Jaqueline Maria de Oliveira:

“O reconhecimento pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário de uma tese de defesa de interesses ambientais urbanos é um passo à frente no conceito do dever de indenizar. Além de afastar o ‘fantasma’ da desapropriação indireta, instituto processual através do qual já foram obtidas milionárias indenizações, também representa uma evolução na forma de conceber o direito ambiental, como corolário do direito público e, portanto, preponderante sobre o interesse individual. Essa nova tendência jurídica está fazendo atuar a determinação constitucional de que a propriedade ‘moderna’ deve cumprir uma função sócio-ambiental, impondo um dever de conduta ao particular, que é o de suportar a restrição em benefício da comunidade” (SILVA, 2002, p. 606).

Enfim, o Município recebe a responsabilidade de ser o executor da sustentabilidade urbana – órgão federado deve assumir o papel ativo de organizar o espaço municipal e propiciar a participação dos cidadãos no processo, quer opinando sobre a atuação do ente público, quer se omitindo em praticar condutas lesivas ao ambiente. Além disso, o Município é o responsável pelo famigerado problema da destinação dos resíduos sólidos –, essa inevitável “contribuição” de todos com a degradação.

A tarefa é imensa. Muitos municípios alegam a inexistência de pessoal quali-

ficado para as atividades de controle e planejamento ambiental. Outros simplesmente adotam uma conduta passiva ante a insuficiência de fundos que financiem tais atividades. Mas a maioria, infelizmente, padece da ignorância e da falsa ilusão de que as pequenas cidades não possuem problemas ambientais.

Para garantir que todos, cidadãos e governos, cumpram com a obrigação sociojurídica, mas acima de tudo ética da preservação e da minimização de danos, também existe o necessário controle jurisdicional, dotado de instrumentos processuais adequados e um verdadeiro guardião, a valer tanto quanto as limitações permitem – o Ministério Público.

Considerações finais

De acordo com a relação entre o desenvolvimento urbano e impacto ambiental, ao longo da história, pode-se constatar que a dinâmica de ascensão e queda das civilizações depende, entre outras condições verificadas, de sua capacidade de relacionar-se com o meio ambiente de forma sustentável.

A pós-modernidade tem revelado indicadores ambientais cada vez mais nefastos, como as taxas de crescimento populacional associadas ao processo de urbanização, ao consumo de energia, à demanda de alimentos e resíduos, ligados ao conceito de desenvolvimento.

A sustentabilidade urbana é considerada um dos maiores desafios ambientais, sendo consenso que o acúmulo dos problemas da área não se reflete apenas na população de baixa renda. Silva indica que a sustentabilidade é algo dinâmico e particular devido à dificuldade de se enquadrar em postulados científicos, sendo que seu universo está principalmente vinculado a planos de ação que possibilitam adequar os princípios e diretrizes sustentáveis à experiência e/ou situações específicas, com limites temporal e espacial de uma determinada sociedade (SILVA, 2000).

Referências

- AFONSIN, Betânia et al. Avaliando o Estatuto da Cidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO URBANÍSTICO, 2., 2002. Porto Alegre: ESDM, 2002.
- BECKER, Dinizar Ferminano. Sustentabilidade: um novo (velho) paradigma de desenvolvimento regional. In: _____ et al. *Desenvolvimento sustentável: necessidade e/ou possibilidade?* 4. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2002.
- BRITO, Francisco A.; CÂMARA, João B. D. *Democratização e gestão ambiental: em busca do desenvolvimento sustentável*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAPRA, Fritjof et al. *Gerenciamento Ecológico*. São Paulo: Cultrix, 1999
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. (A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 1). v. 2
- FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo e Meio Ambiente*. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2001.
- HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- KINLAW, Denis C. *Empresa Competitiva e Ecológica: desempenho sustentável na era ambiental*. Tradução de Lenke Peres Alves de Araújo. São Paulo: Makron Books, 1997.
- LEIS, Héctor Ricardo (Org.). *Ecologia e Política Mundial*. Petrópolis: Vozes, 1991.
- LYLE, John Tillman. *Regenerative desing for sustainable development*. New York: John Wiley & Sons, 1994.
- MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de derecho ambiental*. Madrid: Trivium. 1991.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.
- PEREIRA, Paulo Affonso Soares. *Rios, redes e regiões: a sustentabilidade a partir de um enfoque integrado dos recursos terrestres*. Porto Alegre: AGE, 2000.
- ROCHA, Julio César de Sá da. *Função ambiental da cidade: direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado*. São Paulo: J. de Oliveira, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2001.
- SILVA, Jaqueline Maria de Oliveira do Couto. O Direito Ambiental Urbano como excludente do dever de indenizar o Estado. In: AFONSIN, Betânia et al. Avaliando o Estatuto da Cidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO URBANÍSTICO, 2., 2002. Porto Alegre: ESDM, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, Sandra Regina Mota. *Indicadores de sustentabilidade urbana: as perspectivas e as limitações da operacionalização de um referencial sustentável*. 2000. Dissertação (Mestrado em Engenharia Urbana) – Universidade Federal de São Carlos, São Paulo, 2000.

A intensificação dos desastres naturais, as mudanças climáticas e o papel do Direito Ambiental

Délton Winter de Carvalho e
Fernanda Dalla Libera Damacena

Sumário

1. Introdução. 2. Política climática nacional e internacional: aspectos genéricos. 2.1. Caracterizando o fenômeno das mudanças climáticas. 2.2. Mudanças climáticas e desastres naturais. 3. Gerenciamento do risco como forma de prevenção aos desastres. 3.1. A relevância da atuação conjunta de vários setores. 3.1.1. Político e econômico. 3.1.2. Jurídico. 4. Considerações finais.

1. Introdução

Muitos problemas sociais têm um elemento de irreversibilidade (SUSTEIN, 2010, p. 227). Desastres¹ com consequências irreversíveis e prejuízos econômicos incalculáveis causados pelos denominados eventos da natureza já fazem parte do noticiário cotidiano da sociedade contemporânea mundial. Em âmbito nacional, eventos trágicos como os ocorridos no Estado do Rio de Janeiro (Angra dos Reis², Morro do Bumba³ e, mais recentemente, porém não

Délton Winter de Carvalho é Doutor em Direito UNISINOS. Mestre em Direito Público UNISINOS. Advogado e consultor jurídico. Professor PPGD Unisinos.

Fernanda Dalla Libera Damacena é Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestranda - Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CAPES. Professora da Unisinos.

¹ Os termos desastre e catástrofe serão utilizados como sinônimos.

² Na noite que antecedeu o início de 2010, a pousada SANKAY foi soterrada por uma avalanche que matou 31 pessoas na Enseada do Bananal, em Ilha Grande - Rio de Janeiro (BORTOLOTTI, 2010).

³ Em 7 de abril de 2010, após horas de chuva forte, 47 pessoas morreram em Niterói, após o desabamento de casas construídas sobre um antigo lixo (PELLEGRINI, 2010).

menos preocupante, na Região Serrana⁴) comunicam a necessidade de atenção e, no mínimo, prevenção. Situações como as exemplificadas requerem uma mudança de postura política, econômica, social e jurídica.

Certamente, há quem veja uma temporada de chuvas fortes ou a passagem de um fenômeno climático capaz de varrer uma cidade como um evento corriqueiro e natural, apesar de suas consequências. Logo, também considerará desmedida a preocupação de quem questiona a “normalidade” desses acontecimentos. De outro lado, os inquietos, ao se depararem com a realidade dos fatos, retratada em números e documentos, questionam-se a respeito da sua mansa aceitabilidade, de suas efetivas causas e possíveis responsabilidades.

Diante desse cenário, o presente artigo pretende investigar em que medida as denominadas catástrofes podem ser consideradas ou denominadas “naturais”? Se não, qual seria a parcela de ação ou omissão humana nesse contexto? De forma mais específica, objetiva-se destacar de que maneira alguns componentes como: atitude política, econômica e social, ausência de gestão do risco, entre outros, podem ser determinantes quando somados a abruptos e violentos fenômenos naturais.

No intento de responder aos apontamentos levantados, o estudo inicia enfatizando, de forma genérica, a evolução da política climática internacional e nacional,

⁴ A sequência de fortes chuvas na Região Serrana do Rio de Janeiro causou o que está se tornando uma das maiores tragédias brasileiras: três cidades praticamente em total destruição e outras três fortemente afetadas por deslizamentos de terra, desabamento de encostas, soterramento de bairros e alagamentos. Milhares de pessoas perderam as casas, centenas perderam a vida e várias outras continuam desaparecidas. Centenas de homens das forças de resgate do governo trabalham, muitas vezes com a ajuda de moradores, incansavelmente na busca de corpos e sobreviventes nas cidades de Nova Friburgo, Teresópolis, Petrópolis, Areal, Sumidouro e São José do Vale do Rio Preto. A tragédia foi tamanha que hospitais e necrotérios não dão conta de fazer todos os atendimentos e estão lotados (RUSSO, 2011).

suas metas e perspectivas. Na sequência, caracteriza-se o fenômeno “mudança climática”, objetivando situar o leitor a respeito de um dos problemas ambientais mais significativos já vivenciados pelo mundo (GIDDENS, 2009), mas que vem ganhando destaque nos últimos tempos devido à sua relação com os desastres ditos “naturais”. Enfim, busca-se compreender qual a relação entre as mudanças no clima e os desastres ou catástrofes ao redor do Planeta. Para tanto, destaca-se o que a doutrina especializada entende por desastre, quais seriam as suas principais causas e quais as soluções apontadas a respeito do gerenciamento prévio desse tipo de situação.

2. A Política climática nacional e internacional – aspectos genéricos

A preocupação com as alterações climáticas e seus impactos na vida humana e no ambiente é assunto de política internacional há algum tempo. Vários documentos (protocolos, tratados e outros documentos internacionais) retratam o reconhecimento da gravidade e complexidade da situação climática do Planeta. Entre os principais, merecem destaque: a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre o Clima; o Protocolo de Quioto; o Protocolo de Cartagena⁵; Protocolo de Montreal e Convenção de Viena⁶.

⁵ Trata da biosegurança sob a Convenção sobre Diversidade Biológica. É um acordo internacional que visa garantir a segurança no manuseio, transporte e uso de organismos vivos modificados como resultado de técnicas modernas de biotecnologia, que podem ter efeitos adversos sobre a diversidade biológica, levando em conta também os riscos à saúde humana. Foi adotado em 29 de janeiro de 2000 e entrou em vigor em 11 de setembro de 2003.

⁶ Tratado internacional que trata da substituição de substâncias que causam o buraco na camada de ozônio, como os CFCs. O tratado esteve aberto para adesões a partir de 16 de setembro de 1987 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1989. Teve adesão de 150 países e foi revisado em 1990, 1992, 1995, 1997 e 1999. O Brasil aderiu à Convenção de Viena Proteção da Camada de Ozônio e ao Protocolo de Montreal por meio do Decreto 99.280/06/06/1990, comprometendo-se a eliminar completamente os CFCs até janeiro de 2010,

A Convenção do Clima, realizada na Conferência das Nações Unidas para o Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, em 1992, chegou à conclusão de que “as mudanças no clima da Terra e seus efeitos adversos são uma preocupação comum da humanidade”. Segundo o texto da Convenção, “impactos adversos” devem ser compreendidos “como as mudanças no ambiente físico ou biota resultantes do clima que tenham efeitos deletérios significativos sobre a resiliência, composição ou a produtividade dos recursos naturais e ecossistemas ou para a saúde e o bem-estar humano”. A convenção tem como objetivo a estabilização da concentração de gases do efeito estufa na atmosfera em níveis tais que evitem a interferência perigosa no sistema climático. Entre os princípios que a fundamentaram, destaca-se aquele da responsabilidade comum, porém diferenciada. Como a concentração atual de gases do efeito estufa na atmosfera é consequência, em maior parte, das emissões realizadas por países industrializados, cada país tem uma responsabilidade diferente (UNITED NATIONS, 1992).

Apesar de não ter fixado, inicialmente, limites obrigatórios para as emissões de gases e não conter disposições coercitivas, a convenção inclui disposições para atualizações (chamados “protocolos”) e criação de limites obrigatórios de emissões. O mais importante acordo multilateral já firmado sobre mudanças climáticas é o Protocolo de Quioto, que se tornou muito mais conhecido do que a própria Convenção e expira em 2017. Pelo acordo, que entrou em vigor em 2005, os países industrializados deveriam reduzir as emissões de GEE, durante o período de 2008 a 2012 (primeira fase), em uma média de 5,2% em relação aos níveis de 1990. Isso representaria conter 5 bilhões de toneladas de CO₂.

entre outras medidas. Todas as emendas e alterações quanto a aspectos técnicos realizados no texto do Protocolo, a partir de reuniões realizadas em Londres (1990), Copenhague (1992), Montreal (1997) e Beijing (1999), foram prontamente ratificadas pelo Brasil.

Objetivando discutir metas e verificar o atendimento das mesmas, o que não é uma realidade para todos os países signatários, inúmeras convenções vêm sendo realizadas ao longo de anos. A última Convenção do Clima (2011), ocorrida em Durban, na África do Sul, teve como um dos assuntos de sua pauta a renovação de Quioto. Realizada em meio a uma grave crise econômica global (União Europeia), a COP 17 foi, à moda das reuniões anteriores, palco de mais metas, poucos resultados e muitas dúvidas. O principal compromisso firmado no evento foi a Plataforma de Durban, um roteiro para um acordo global de redução de gases de efeito estufa, que estabelece um calendário para se criar, até 2015, um instrumento legal vinculante. A grande conquista do novo acordo é que todos os países membros da Convenção do Clima terão metas obrigatórias a cumprir a partir de 2021. Entre os países signatários da Plataforma está o Brasil, que aceitou ter metas obrigatórias de redução de suas emissões (Nunes, 2012). Um dos pontos negativos desse cenário é o tempo, pois 2021 está bastante longe e não há comprovação científica de que o aquecimento da terra não venha a aumentar. Ademais, a plataforma deixou algumas lacunas em aberto, como, por exemplo, o tamanho das metas, a natureza exata do caráter jurídico do futuro tratado, etc.

Consoante mencionado anteriormente, uma das expectativas da convenção era Quioto, que foi renovado por mais cinco anos. Assim, até 2017 o Protocolo estará em vigor, o que pode ser considerado mais uma solução paliativa, uma vez que importantes países e antigos poluidores como Estados Unidos, Rússia, Japão e Canadá ficarão de fora dessa ampliação. Esse tipo de acordo soa, no mínimo, contraditório, pois aparece na contramão das proposições e princípios da Convenção Quadro. Parece bem compreensível que quem lança gases causadores do efeito estufa na atmosfera há mais tempo assumam metas mais arro-

gadas. Essa é a lógica da responsabilidade compartilhada; todavia, o que se verifica é exatamente o oposto. Certamente é melhor que nada, mas muito aquém do necessário.

Devido ao fato de os gases do efeito estufa continuarem na atmosfera por muitas décadas após emitidos, não é possível interromper ou reverter a mudança climática e, por essa razão, as medidas a serem tomadas são mitigadoras, no sentido de diminuir seus impactos, e adaptadoras, no sentido de criar mecanismos de adaptação às que virão. Atitudes voltadas para essa lógica serão de grande valia também para a redução de grandes desastres, pois os eventos climáticos extremos (principalmente as enchentes e os ciclones) são muitas das vezes seu estopim.

A Política Nacional de Mudanças Climáticas, positivada pela Lei 12.187/2009, demonstra a sensibilização legislativa brasileira a uma preocupação mundial e, também, a assunção de metas e compromissos objetivando sua mitigação. Para alcançar os objetivos da PNMC, o País adotou como compromisso nacional voluntário ações de mitigação das emissões de gases de efeito estufa, com vistas a reduzir entre 36,1% (trinta e seis inteiros e um décimo por cento) e 38,9% (trinta e oito inteiros e nove décimos por cento) suas emissões projetadas até 2020. A projeção das emissões para 2020 assim como o detalhamento das ações para alcançar os objetivos expressos estão previstos no Decreto nº 7.390 de 2010.

A postura brasileira é, sem dúvidas, salutar, pois o fato de a mudança climática estar ligada à incerteza, à irreversibilidade e à baixa probabilidade em nada diminui a necessidade de prevenção. Afinal, ela faz parte dos novos riscos, aqueles com potencial catastrófico. Todavia, nesse caso em específico, atitudes isoladas são pouco eficazes. A melhor maneira de se enfrentar as mudanças climáticas, e, por consequência, contribuir para a redução dos desastres, é através da articulação internacional, que é geopolítica e requer a adoção de medidas

sensatas, proporcionais e sustentáveis em âmbito global. Isso não desincumbe, pelo contrário, soma-se à necessidade de gestão do risco local, das cidades, que acabam sendo palco de grandes desastres, porque são extremamente vulneráveis aos eventos climáticos.

A questão climática é de difícil solução por suas características muito peculiares, mas também pelo fato de envolver complexas relações de interesses econômicos, políticos, sociais e jurídicos. Na verdade, muito mais econômicos do que os demais. Talvez um acordo global, uma negociação entre os maiores emissores servisse de base jurídica para que cada país adotas-se legislação própria mandatória para cumpri-lo – como, aliás, é feito com outros acordos internacionais. Isso não ocorreu em Durban, mas poderá ocorrer na COP-18, quando será comemorado o 20º aniversário da Convenção do Clima.

É sabido que a redução de emissões de gases poluentes implica a mudança de hábitos antigos e monetariamente rentáveis, o que reflete no âmbito econômico e político dos países. Isso por si justifica a complexidade dos interesses envolvidos. A questão que se coloca é se é possível esperar mais e quais as consequências dessa espera. Quantas espécies e ecossistemas terão de desaparecer, quantas enchentes e furacões terão as cidades que enfrentar, quantas cidades desaparecerão por conta da invasão do mar, entre outras, são perguntas que precisam de resposta e atitude governamental, privada e do cidadão urgente. Dessa reação faz parte mais investimento em tecnologia e a migração para matrizes energéticas mais limpas, o que já é uma realidade em alguns países do mundo. Muitos países, todavia, se negam a colaborar e não percebem que os efeitos das mudanças climáticas não são estanques e fronteiros, até porque esse tipo de postura lhes é conveniente no momento. Muito pelo contrário, trata-se do que Beck (2010, p. 27) denominou “efeito bumerangue”. Para o autor, um dos traços

típicos dos riscos da modernização é que estes acabam alcançando “quem os produziu ou com eles lucrou”. Como a distribuição dos riscos possui forte tendência à globalização, a ameaça acaba se generalizando de maneira que cedo ou tarde atingirá vítimas e culpados. Nem os mais abastados escapam dos seus maus feitos.

Se a globalização da economia foi o tema dominante no final do século XX, os riscos ambientais, ao lado dos riscos econômicos e dos riscos sociopolíticos, são temas que se impõem neste século inicial do terceiro milênio. E esta não é simplesmente uma questão instigadora de opiniões, mas o desafio a ser enfrentado solidariamente por todos os países. As mudanças climáticas e a poluição não podem ser vistas isoladamente, como fenômenos nacionais. As emissões de gases devassam fronteiras e formam, em todo o planeta, uma cadeia de propagação (MARCOVITCH, 2006, p. 4).

2.1. Caracterizando o fenômeno das mudanças climáticas

A mudança climática é um problema inerentemente intergeracional com implicações extremamente sérias para a equidade entre nós e as futuras gerações e entre as comunidades no presente e no futuro (WEISS, 2008, p. 616).

Trata-se de um fenômeno verdadeiramente global e não linear. Isso explica por que é tão difícil prevê-lo, especialmente por muito tempo. Regida por equações não lineares, vários efeitos precisam ser computados, o que complica e dificulta o acerto das previsões. Essa limitação é o grande embate das simulações feitas em computadores para estudar o efeito estufa e suas consequências climáticas. Suas consequências, além de imprevisíveis, não conhecem fronteiras, daí traço da globalidade.

Além da globalização, outras características como a interdisciplinariedade, imprevisão (risco), incerteza, reflexividade e complexidade fazem das mudanças climáticas uma das consequências mais visí-

veis da denominada “sociedade de risco” (BECK, 2010), e um dos mais graves fatores desencadeadores de desastres ambientais no mundo. Significa dizer que mudança climática, risco e desastres ambientais são temas intrinsecamente relacionados. Interessante observar nesse âmbito que, apesar de a noção de risco ganhar destaque diante dos processos de modernização, ela não é uma invenção moderna, mas histórica. A diferença é que a palavra risco ganha, na atualidade, uma nova roupagem, ou seja, deixa de ser individual (como era na época das grandes descobertas históricas) para ser uma ameaça global.

Por essas e outras razões, é extremamente difícil trabalhar com uma semântica de segurança absoluta tanto em termos de mudança climática quanto de desastre ambiental. Daí a relevância da análise do risco e das probabilidades. Nesse sentido, parece pertinente a abordagem do conceito de risco ou do binômio risco/perigo. Para tanto, é importante destacar que risco e perigo não são sinônimos, embora assim sejam comumente abordados. O perigo é a possibilidade de, fora do controle humano, coisas acontecerem de maneira indesejada como, por exemplo, um fenômeno da natureza. Trata-se de uma situação sobre a qual não houve controle e, por isso, não houve a tentativa de evitá-lo. Ao passo que o perigo estaria fora do sistema, o risco relaciona-se às situações em que haveria um grau de previsibilidade atingível ainda que através do binômio probabilidade/improbabilidade. Importa destacar, todavia, que para Luhmann (1992, p. 43-76) o risco é uma racionalidade limitada, motivo pelo qual o autor abandona a questão da segurança (causalidade). Para o autor alemão, não há como afirmar, sem chance de erro, que algo que hoje é de uma forma amanhã manterá as mesmas características. Afinal, muita coisa que era considerada perigo ontem hoje passa a ser risco, pois a sociedade criou uma comunicação e aumentou a gama de controle sobre tais situações (exemplo: ge-

nética, nanotecnologia, a própria mudança climática). Apesar de ser um dos elementos da sociedade contemporânea, o risco não é algo ou um objeto que se descreve, mas uma comunicação que tem uma dinâmica de observação e, se preferência, de antecipação do futuro. Não é algo objetivo, mas uma construção a partir de uma observação de tempo e espaço.

Na verdade, o risco é uma forma de observação daquilo que não é passível de observação, o que em relação às mudanças climáticas é de suma relevância. Apesar de não existir conduta livre de risco, de não existir segurança absoluta, a prevenção pode ser utilizada tanto com relação ao risco quanto com o perigo e deve ser compreendida como uma preparação contra danos futuros não seguros, buscando diminuir sua dimensão.

A primeira diferenciação moderna para o sentido de risco foi risco/segurança. Essa diferenciação foi suplantada a partir da ideia de que se passa a ter que nada é seguro na sociedade contemporânea. Dessa maneira, contemporaneamente o debate do risco só pode ser feito com o perigo. Logo, a distinção risco/segurança é superada por risco/perigo e, a partir daí, o risco passa a ser a parte mais controlável. Pode-se assim dizer que o risco é de certa forma controlável, o perigo não (LUHMANN, 1992, p. 71). Risco é operacionalizável pelo sistema mediante a ideia de decisão. E o perigo, que vem de fora da racionalidade de quem observa, não é controlável. O choque de um meteorito com a Terra é um exemplo.

Dentro desse contexto de risco/perigo, a mudança climática tem sido apontada como a vilã na maioria dos casos de desastres “naturais”. Todavia, além das emissões dos gases antropogênicos, causadores do efeito estufa, algumas questões como a falta de estrutura e planejamento das cidades, bem como a ausência de gestão do risco pelos governos não podem passar despercebidas. Se considerarmos que cada um tem sua parcela de contribuição e que há, no

mínimo, uma nítida falta de comunicação entre os diversos setores da sociedade envolvidos, então constatar-se-á que a causa pode não ser meramente natural!

Historicamente as catástrofes tinham uma explicação sacra, de castigo (SHRADY, 2011). Explicavam-se como sendo a justiça de Deus infligindo aos pecadores uma justa retribuição por seus erros. O grande Dilúvio contado pela Bíblia Sagrada é, talvez, o primeiro e maior exemplo de todos os tempos. Entretanto, com a dessacralização das crenças e o empoderamento do homem e de sua razão, as coisas foram tomando um caminho perigoso, guiado pela falta de limites e da noção do risco. Os sábios que bradaram pelo respeito aos limites estavam certos. As consequências da ação do homem e de sua técnica sobre a natureza, bem como seu empenho em transformá-la, são boas elucidações de aonde se pode chegar. Não se trata de “catastrofismo”, mas de uma realidade que está posta e que precisa ser enfrentada, pelos Estados, pela população e pela iniciativa privada, com medidas de gestão do risco e mitigação, por meio da conscientização e da exigência de políticas públicas preventivas ou eficientemente compensatórias (DUPUY, 2006, p. 1187). Tais medidas são também profícuas no caso de ocorrência do desastre, conforme verificar-se-á a seguir.

2.2. Mudanças climáticas e “desastres naturais”

A expressão *desastres naturais* tem sido considerada imprópria para parte da doutrina especializada (FARBER et al, 2010), porque quase todos os desastres apresentam alguma contribuição humana, por ação ou omissão. Seja pela má-canalização de um rio, pela construção de um dique de má qualidade ou pela indevida e incorreta expansão populacional, a ingerência humana nas atividades modernas acaba dificultando a distinção do que é natural ou não. Dessa maneira, hoje se tornou extremamente raro um acontecimento com

características exclusivamente naturais (ressalvadas algumas situações específicas como o impacto de um meteorito contra a Terra, por exemplo).

Em função disso, a semântica dos *desastres* deve começar a ser racionalizada como um impacto na vida, no ambiente e na propriedade das pessoas que não é determinado apenas pela magnitude do evento, mas também pela interação humana com a natureza e pelas escolhas de como e onde viver.

Nessa linha de raciocínio, Farber et al (2010, p. 3) define desastre em função das respostas legais e governamentais demandadas. Para o autor, visto dessa forma, um desastre requer “um círculo de gerenciamento do risco”. Tal círculo abrange questões como: mitigação, respostas de emergência, compensação e reconstrução. Assim, uma construção já deve ser feita com olhos no futuro, a fim de mitigar os impactos de um próximo possível desastre. Desastres requerem, dessa forma, um conjunto de várias ferramentas de gerenciamento de risco. Na opinião do autor, “nenhum desastre é completamente natural” (FARBER et al, 2010, p. 9) e, apesar de considerar as mudanças climáticas como um dos importantes fatores de risco de desastres, outros fatores como a exposição humana e a vulnerabilidade ao risco engrossam uma lista que se completaria por motivos como: as modernas condições econômicas (FARBER et al, 2010, p. 12)⁷, a privatização dos serviços públicos⁸, o crescimento populacional,

⁷ Tais condições econômicas seriam caracterizadas pelo conhecido “just in time” – privilegia-se uma cadeia de suprimentos mínima de produtos, a fim de reduzir os custos, o que coloca em risco o abastecimento de alimentos em caso, por exemplo, de um desastre. Nesse contexto há ainda a variável “interdependência” entre empresas que, no caso de um problema, piora a situação, pois o problema ganha um efeito cascata (FARBER et al, 2010, p. 12).

⁸ Especialmente os serviços referentes à água têm crescido muito. Nos EUA, 85% das empresas, hoje, têm donos privados. E apesar de o custo de um empresário no investimento de precaução, mesmo no caso de não ocorrência de um desastre, não refletir sequer de

a opção pelo uso de terras muitas vezes em áreas perigosas, assim como a falta de reconhecimento da importância de estruturas verdes e de sua possibilidade de suavizar e dissipar os efeitos advindos de desastres naturais (FARBER et al, 2010, p. 29-32).

Corroborando o entendimento de Farber (2010), Bergh e Faure (2006, p. 29-31) consideram o termo “desastres naturais” um equívoco, uma vez que “reflete e reforça a crença generalizada de que, infelizmente, os desastres são atos de Deus, algo que pouco pode ser feito a respeito”, o que é, no mínimo, irracional.

A intenção ao trazer tais pontos de vista à colação é destacar que há um somatório de causas e concausas relacionadas aos desastres ambientais, entre as quais está, sem dúvida, a mudança climática. Importante ressaltar, no entanto, que desastres podem ocorrer independentemente daquela ou, ainda, serem potencializados como uma consequência do despreparo de toda ordem (vulnerabilidade) para enfrentar situações climáticas adversas e/ou desastres.

Logo, as mudanças climáticas como fatores desencadeadores de desastres ambientais precisam ser compreendidas num contexto social e sob os olhares de uma visão sistêmica, de maneira que as consequências advindas de um evento climático extremo oriundo das mudanças climáticas poderão variar de acordo com as condições do ambiente no qual impactarem.

Nessa senda, observa-se que o fato de os riscos pós-industriais serem frequentemente globais não significa homogeneidade na sua incidência sobre as diversas regiões do Planeta. Bom exemplo dessa afirmação é o continente africano, um dos pontos mais vulneráveis do Planeta ao aquecimento global, em razão de sua grande dificuldade estrutural de adaptação pré e pós-desastre de origem climática. Segundo o *Human*

perto o custo de uma comunidade em geral, no caso de um desastre, a verdade é que, devido à ausência de incentivos, o empresariado não investe em medidas de precaução (FARBER et al, 2010).

Impact Report (2009), dos vinte países mais vulneráveis, quinze ficam no continente africano. Em países como esses, mesmo uma pequena perda econômica é significativa e pode retardar o desenvolvimento humano. Esse é um dos motivos pelos quais a redução do impacto dos desastres, que atinge de forma desproporcional à população mais pobre, é um dos maiores desafios do milênio para a comunidade internacional (O'BRIEN et al, 2006).

Logo, prevenção, preparo e adaptação passam a ser essenciais para a gestão de tantos elementos complexos que compõem os desastres ambientais. Mas como fazer isso? Como gestionar algo que se conhece pouco e não se tem conhecimento das proporções no futuro? A gestão do risco tem o objetivo de evitar, antecipando-se de preferência à ocorrência de um desastre. Nos casos em que evitar não é possível, a gestão também engloba o planejamento de medidas de mitigação e reestruturação, da forma mais rápida e eficaz possível.

3. Gerenciamento do risco como forma de prevenção aos desastres

Quando o assunto é desastre ambiental, a palavra “gerenciamento,” que está ligada aos atos de administração, de direcionamento e de organização, ganha destaque. Entretanto, essa não é uma atividade isolada, mas conformada pelas atuações conjuntas da política, da economia, do direito e demais sistemas sociais. Para funcionar com eficiência e para sobreviver, um sistema precisa de boa estrutura e organização. Com boa organização tem-se uma boa comunicação, o que auxilia muito na hora da tomada de uma decisão. Ou seja, todo sistema bem organizado funciona melhor, observa com mais qualidade.

O'Brien et al (2006, p. 3) consideram que a gestão dos desastres visa a redução dos riscos reais e potenciais, de modo que o principal foco no planejamento dos riscos naturais e tecnológicos é a avaliação do

risco e o estabelecimento de uma estratégia para o seu enfrentamento. Nesse sentido, as abordagens da redução de riscos e proteção civil podem ser desenvolvidas por diversos campos de atuação como: legislação, definição das responsabilidades institucionais e alocação de recursos financeiros, o que não dispensa as respostas locais e o envolvimento da comunidade.

Basher (2008, p. 2), por sua vez, chama atenção para o fato de que a natureza dos desastres é caracterizada por complexas interações entre o mundo natural e o humano, o que envolve uma gama diversificada de conhecimento, abrangendo o desenvolvimento físico, ecológico, disciplinas sociais e culturais, bem como engenharia, finanças e perspectivas políticas. Um grande desafio, na opinião do autor, é unir esses diferentes tipos de conhecimentos para dar respostas a questões específicas de um desastre. Outra característica mencionada pelo autor é o lado multissetorial da tarefa de aplicar na prática a redução de desastres. Todos os setores são afetados pelo risco de desastres, e todos podem contribuir para a redução dos riscos ou para o aumento inadvertido de riscos. Isso significa que a responsabilidade pela redução do risco não pode ser atribuída a um setor ou ministério (Estado), mas deve ser sistematicamente implementada em todos os setores, e em particular no de ordenamento do território, gestão ambiental, desenvolvimento de infraestrutura, construção, agricultura, recursos hídricos, saúde pública e política social (BASHER, 2008, p. 2-3).

O gerenciamento do risco é expressão de ordem na atualidade da sociedade contemporânea. No âmbito dos desastres naturais, a estruturação de critérios para poder antever a probabilidade de sua ocorrência é cada vez mais necessária. O desastre ocorrido no Japão (2011), uma das catástrofes mais violentas da história desde Chernobyl, demonstra que mesmo uma nação tecnologicamente desenvolvida, uma potência econômica, industrial e

estruturalmente organizada pode se tornar refém de algum tipo de despreparo. No caso em tela, essa realidade ficou demonstrada pela falta de um plano de resiliência imediata pós-desastre. A dificuldade em resfriar os reatores e evitar a contaminação radioativa dos mesmos é típico exemplo de que os criadores não estavam preparados para lidar com as falhas nas expectativas de sua criação. É o que Beck (2008) denomina “incertezas fabricadas”.

Apesar da gravidade da catástrofe Japonesa (2011) e de alguns outros casos, como o furacão Katrina (EUA), a taxa de mortalidade em desastres ocorridos em países mais desenvolvidos é menor. Além disso, a reconstrução e a recuperação tende a ser mais rápida, exatamente porque em países como Austrália, Japão, EUA, entre outros, a preparação e mitigação de estratégias, combinadas com alta capacidade de resposta (em função da renda, poupança e seguros), asseguram que, embora os eventos possam causar grandes danos, o retorno à normalidade tende a ser mais rápido e eficaz. A realidade nos países menos desenvolvidos não é a mesma. Nestes a gestão do risco existe muito mais no papel do que na prática, de maneira que sua implementação fica atrás de institucionalização e da planificação. Veja-se, por exemplo, o caso do Haiti, após o terremoto de 2010.

A vulnerabilidade, capacidade de antecipar-se (para enfrentar e resistir) e a resiliência (meios para recuperar-se do impacto de um desastre) parecem ser os principais fatores a distinguir os que sofrem as perdas e os que escapam delas. Uma boa estratégia de adaptação parece ser a que atue previamente (preventivamente) e englobe a redução dos riscos naturais, o desenvolvimento humano sustentável e a adaptação às alterações climáticas. O problema é que o planejamento para impactos atualmente não é preventivo e está muito voltado à assistência humanitária em conflitos e em situações pós ocorrência dos fatos (O'BRIEN, 2006, p. 5-7).

A redução do risco exige compromisso de longo prazo no processo e na tomada de decisão que impulsiona o desenvolvimento das cidades, estados, países e comunidades internacionais. Há, sim, uma relação entre desastres, desenvolvimento e risco (tomada de decisão). Dessa forma, a gestão do risco passa a ser um componente fundamental para se falar em desenvolvimento sustentável e prevenção de desastres, temas que, se não interessam diretamente, afetam diversos sistemas sociais como a política, a economia, o Direito, entre outros.

3.1. A relevância da atuação conjunta de vários setores

3.1.1. Político e econômico

Os fenômenos inerentes à Sociedade de Risco, como os desastres ambientais, trazem à luz a necessidade de estruturação de uma racionalidade jurídica para o controle desse último. Tal estruturação se dá a partir da formação de critérios para sua análise, avaliação e gestão nos diversos sistemas sociais (Direito, Política, Economia, Ciência) (CARVALHO, 2010a, p. 445).

A elaboração de uma política de gerenciamento de desastres requer a união de esforços de diversos subsistemas existentes na Sociedade. Do contrário, nasce fadada ao fracasso. Nesse aspecto, economia e política precisam convergir de maneira ativa e fazer parte de um mesmo projeto. Uma das formas de tornar essa necessidade uma realidade é o cultivo das relações com empreendedores, que pode maximizar as parcerias em políticas ambientais. Apesar de não ser uma tarefa fácil, o acordo com grupos políticos não aliados para garantir o seguimento de políticas climáticas é outra boa estratégia. O trabalho com “políticas climáticas positivas também é fundamental. “O medo e a ansiedade não são bons motivadores” (GIDDENS, 2009, p. 12), especialmente quando se trata de situações abstratas.

Apesar de importante, o Estado há muito tempo já não é o centro da sociedade. Paralelamente à perda de força estatal, observa-se o crescimento e a inclusão do terceiro setor, das organizações privadas e da participação democrática. Para Rocha e Carvalho (2006, p. 9-29), é a atuação acoplada desses setores que, juntamente com o Estado, fará a diferença na tomada de decisões, permitindo o melhor gerenciamento dos riscos.

A decisão de política ambiental é extremamente séria e complexa. Em que pese a complexidade que envolve a tomada de decisão, uma atitude inconsequente, descomprometida ou omissa é, no mínimo, inconstitucional, pois afeta tanto as presentes quanto as futuras gerações, o que suscita responsabilidade perante os prejudicados. Defensor desse ponto de vista, Milaré (2009, p. 129) enfatiza que “o Poder Público assume as funções de gestor qualificado: legisla, executa, julga, vigia, impõe sanções, enfim, pratica todos os atos que são necessários para atingir os objetivos sociais, no escopo e nos limites de um Estado de Direito”.

Dissertando acerca das esferas competentes para o gerenciamento do risco ambiental, Carvalho (2009, p. 10) apregoa que as organizações administrativas têm grande relevância na gestão preliminar dos riscos ambientais, uma vez que se apresentam como esferas de decisão mais sensíveis às questões multidisciplinares que envolvem os riscos ambientais. Por isso mesmo, juntamente com o autor pode-se afirmar que, em regra, a primeira esfera para gerenciamento dos riscos ambientais consiste na Administração Pública, que o faz por meio dos seus órgãos ambientais componentes.

Todavia, uma política proativa e preparada para enfrentar situações extremas precisa ser organizada e bem estruturada. A experiência de países que já enfrentaram grandes desastres naturais deve ser observada, pois uma observação bem feita permite a construção de um novo tipo de

realidade. Com a ocorrência do furacão Katrina, o pior desastre natural da história da América, a estrutura americana para o enfrentamento desse tipo de situação foi severamente testada. Segundo Farber et al (2010, p. 132), “o sistema não teve um desempenho de sistema e a performance do sistema federal, com notáveis exceções como a Guarda Costeira, não foi boa”.

Nos Estados Unidos, a Agência Federal de Gerenciamento de Emergências (FEMA) foi criada como agência independente pelo governo Carter para formar um sistema de gerenciamento de emergências. Diante desse propósito, a FEMA assumiu funções que previamente eram de outras agências federais, como o departamento de defesa, que tinha a responsabilidade de proteger civis, e do Departamento de Habitação e Administração para o desenvolvimento urbano de assistência federal de desastre. Com o governo Bush, houve uma reestruturação, uma reformulação da FEMA, focando suas atenções na ameaça do terrorismo. Após o ataque às torres gêmeas, em 11 de setembro, o governo criou o Departamento de Segurança Interna, com funções de defesa a ataques terroristas e de planejamento e resposta a desastres naturais e causados pelo homem, o que acabou tornando a FEMA subordinada do departamento. Em virtude da burocracia e do maior preparo para o enfrentamento e resposta a ataques terroristas, a atuação da FEMA no evento Katrina foi muito criticada, de maneira que o Post-Katrina Act elevou a FEMA à categoria de departamento, conferindo-lhe poderes diferenciados e as funções de “reduzir a perda de vidas e de propriedades, proteger a nação de todas as ameaças, incluindo preparo para emergências, proteção, resposta, recuperação e mitigação, diante de ataques terroristas e desastres naturais”. Atualmente a FEMA conta com uma boa gama de funcionários disponíveis para assistência pós-desastres, sendo que sua atuação se dá por regiões afetadas. Além disso, muitas vezes a FEMA

trabalha em parceria com outras organizações que fazem parte do sistema de gestão de emergência. Esses parceiros incluem as agências locais e estaduais de gestão de emergências e a Cruz Vermelha Americana (FEDERAL..., 2008).

No Brasil, segundo balanço de atividades estruturantes – 2011, o Ministério da Ciência e Tecnologia está desenvolvendo, em articulação com outras instituições federais, estaduais, municipais, órgãos de defesa civil e as Forças Armadas, um Sistema Nacional de Monitoramento e Alertas de Desastres Naturais. O resultado desse projeto deverá aumentar a capacidade da sociedade brasileira para fazer frente às catástrofes naturais, com redução de vítimas e de prejuízos sociais e econômicos decorrentes. Como primeiro passo para a construção do Sistema, foi criado um Grupo de Trabalho Interministerial, formado pela Casa Civil, Secretaria de Relações Institucionais e Gabinete de Segurança Institucional, da Presidência da República, Ministério da Ciência e Tecnologia, Integração, das Cidades, das Minas e Energia, do Meio Ambiente, do Planejamento, Orçamento e Gestão, para definir os objetivos a serem alcançados e propor ações para o desenvolvimento e implementação do Sistema. Uma das ações estabelecidas pelo grupo foi a criação do Centro Nacional de Monitoramento de Alertas de Desastres Naturais (Cemaden), responsável pela parte operacional do Sistema. Inicialmente, foi criado um módulo temporário com uma Sala de Situação, em instalações cedidas pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), em Cachoeira Paulista-SP. O Cemaden terá, nesse primeiro momento, como linha de ação prioritária fornecer dados confiáveis sobre áreas de risco relacionadas a escorregamento de encostas, enxurradas e inundações em municípios com áreas de risco nas regiões sul e sudeste do País (BRASIL, 2012, p. 106).

A previsão é de que em quatro anos o sistema brasileiro esteja em condições de funcionamento. Sem dúvidas, os alertas

de risco e de ações de prevenção de desastres naturais dependem da existência de sistemas e de tecnologias de observação e monitoramento em tempo real. Todavia, muito pode ser feito com pequenas ações dos governos e, principalmente, depende da boa comunicação entre os entes federativos. Parece inadmissível que uma das justificativas para não repasse de verbas federais destinadas à prevenção de desastres seja o não encaminhamento de projetos ou da documentação correta aos órgãos competentes. O poder público precisa parar de agir depois da contingência, que é economicamente muito mais custosa em todos os sentidos. No cenário atual, a atuação de acordo com os princípios da boa administração também envolve investimento, prevenção e eficiência na antecipação a tragédias.

3.1.2. Jurídico

Os desastres ambientais produzem consideráveis ressonâncias no sistema jurídico, que claramente ainda se adapta às mesmas. Todavia, observa-se que essa adaptação enfrenta grandes dificuldades de absorção e de sensibilização ao que Luhmann (1989) denomina “comunicação ecológica”. Uma das explicações para essa constatação é que a extrema complexidade das relações que envolvem questões ambientais acaba encontrando grande dificuldade de comunicação com o Direito clássico, estruturado sob os pilares do rigor normativo, da certeza e da ideia de que o Direito é monopólio do Estado. Trata-se de uma nova conflituosidade jurídica à qual Carvalho (2010a, p. 433) denomina *eco-complexidade*⁹. Dessa forma, a atuação do Direito Ambiental diante dos desastres exige novas formas

⁹ Para o autor, ecocomplexidade seria “uma complexidade potencializada proveniente das relações tidas entre sistema e ambiente que operam em unidades de referência diversos (complexidade caótica proveniente das relações entre sistema social e ambiente extra-comunicacional)” (CARVALHO, 2010a, p. 4).

de observação e de operacionalização dos sentidos pela sociedade.

Nessa linha, propõe-se uma nova teoria do Direito que parte da redefinição do papel do Estado como ator global, voltado para a função ecológica, para um Estado Ambiental. Entretanto, essa proposta requer “uma revisão da postura que centraliza a organização do poder somente no Estado e que, por essa razão, subestima o pluralismo das fontes de poder que constituem a incerteza e o risco” (ROCHA; CARVALHO, 2006, p. 10-11). Há que se reconhecer que, em busca de certezas, o Direito perde em profundidade, em reflexividade e em complexidade.

O enfrentamento das consequências de um desastre gera uma série de irritações no sistema jurídico, que conta com estruturas tradicionais para responder novíssimas demandas sociais. Para atender às expectativas das demandas geradas pelos desastres, o Direito Ambiental precisa ser reflexivo (ROCHA; CARVALHO, 2006, p. 10), menos atrelado às amarras da certeza e do passado e mais aberto ao futuro e à probabilidade de antevê-lo, atitude que pode prevenir as frustrações de muitas expectativas.

Tais irritações são demonstradas pelo fato de que o Direito, a fim de atender às expectativas sociais, precisa gerir situações novas, mesmo diante da incerteza e do desconhecido. Exemplo recente foi o das cidades de Nova Friburgo, Petrópolis e Teresópolis, no estado do Rio de Janeiro, onde os juízes tiveram que trabalhar na identificação visual de corpos, requisitar bens particulares, solucionar problemas das crianças órfãs e de crianças perdidas. Determinaram, ainda, a exumação de corpos para abrir vagas nos cemitérios, participaram de forma ativa, juntamente com outras instituições, na administração da calamidade, ainda que desaparelhados para o enfrentamento de demandas desse tipo.

No contexto de Sociedade de Risco Global, o Direito Ambiental passa a ter que se mostrar mais afeto (i) à análise contextual (efeitos combinados) e multidisciplinar da hipercomplexidade causal apresentada pe-

los diversos fatores de contribuição para o aquecimento global (atividades de emissão de gases do efeito estufa, atividades de desmatamento, etc); (ii) a uma análise cientificamente fundada sobre a tolerabilidade dos padrões de emissão permitidos em razão de possíveis contextos de saturação; (iii) a um processo de redução da tolerabilidade no que tange aos riscos e danos conexos às causas e aos efeitos do aquecimento global; (iv) a uma maior intensidade na fiscalização e imposição de restrições no que diz respeito aos processos de intervenção humana em áreas especialmente vulneráveis ao fenômeno das mudanças climáticas, isto é, Zonas Costeiras, Áreas de Preservação Permanente – APP, encostas de morros, áreas alagadas, etc; (v) a diminuição, ainda mais intensa, da tolerabilidade referente à produção de riscos e danos em áreas especialmente vulnerabilizadas pelo aquecimento global (Carvalho, 2010a, p. 445-446).

Essa mudança de postura é extremamente difícil, pois a tradição jurídica tem uma autocompreensão do direito como instrumento social de caráter *post factum*. Trata-se de uma forma de decidir a partir de eventos já consumados, utilizando-se do modelo condicional (se..., então), o que restringe o desenvolvimento de uma comunicação que instrumentalize decisões que incluam o horizonte do futuro (CARVALHO, 2008, p. 31). Ocorre que essa vinculação ao paradigma do passado é extremamente paradoxal quando confrontada com as questões de natureza ambiental (como, por exemplo, é o caso dos desastres ambientais), em que o aspecto da prevenção e não da reparação é o mais eficaz.

Tendo em vista a irreversibilidade dos danos ambientais, o Direito integra ao paradigma vigente uma dimensão trans-temporal, concebido como instrumento de prevenção (programação finalística), e não apenas de reparação e recuperação (programação condicional). A essa evolução no Direito Carvalho (2008, p. 32) denomina “transposição do direito dos danos para um direito de risco” ou, indo um pouco mais

longe, um direito dos desastres/catástrofes preventivo.

Daí a relevância da assimilação e necessidade de uma teoria do direito reorganizada, fortalecida em suas estruturas internas, aberta ao acoplamento de sua epistemologia com outras áreas do conhecimento e, em última análise, à ecocomplexidade. Assim, o enfrentamento dos desastres naturais e suas causas requer um direito preventivo, bem estruturado, sensível às irritações do meio, dos demais sistemas e, sobretudo, ecologizável.

4. Considerações finais

Após esses breves apontamentos, chega-se à conclusão de que complexidade, planejamento, incerteza, gestão, decisão, risco, atuação entre setores, interdisciplinaridade, responsabilidade, entre outros, são termos muito presentes quando o assunto em questão é mudança climática e desastre ambiental.

Com relação a ambos os fenômenos, sejam isoladamente considerados ou não, pode-se dizer que possuem diversas características em comum. Entre elas destaca-se o fato de que, tanto em relação à primeira quanto em relação aos desastres, há o reconhecimento (mundial e cientificamente ancorado no caso do primeiro) de que o comportamento humano em relação à natureza tem forte influência tanto sobre o agravamento das mudanças climáticas quanto nos desastres supostamente naturais.

Dessa forma, diante do estado da arte no que concerne à política climática mundial e também à estratégia de atuação diante dos desastres, o ideal, talvez, não seja falar em avanço nem em retrocesso, mas em falta de atitude, em reorganização, em reformulação de visão e de ação, em âmbito nacional e internacional.

O mundo está mais consciente ou, pelo menos, ciente de que a questão climática não é um fenômeno qualquer e de que, por sua seriedade, além dos esforços internos de um estado, requer uma atuação

efetiva em âmbito mundial, com nações ativas, trabalhando juntas por um objetivo comum. Essa atuação requer coragem e atitude. Coragem para se opor aos países que privilegiam seus interesses e desconsideram o resto do mundo e as futuras gerações. Atitude para construir um futuro com investimentos em energias renováveis, em que petróleo perca sua capacidade de determinar a forma da política mundial. Ação do Poder Público para identificar, mapear e agir diante das áreas de riscos com ocupação humana, o que pode ser feito por meio do zoneamento ambiental, instrumento previsto pela Política Nacional do Meio Ambiente, salvaguardando vidas e fortalecendo o sistema de defesa civil, etc.

Esses, entre outros, parecem ser caminhos para mudar as regras do jogo em termos de política e economia mundial ambiental. Entretanto, conforme já prenunciado, nada se faz sozinho. Somente a atuação acoplada de todos os setores envolvidos da sociedade (cidadão) e do governo tem chance de sucesso. A ciência já alertou que talvez seja tarde para reverter os danos detectados e que não há certeza sobre o futuro pelo fato de pouco se saber a respeito do fenômeno mudança climática. Há, portanto, risco de engano e de ineficácia? Sim, mas o risco é inerente à tomada de decisão e nem por isso deixa-se ou pode-se deixar de decidir diariamente.

Um olhar sobre o que foi feito abre o horizonte para uma reflexão do futuro. Os erros e acertos do passado são importantes para ações futuras. A gestão do risco acumula essa entre outras características e parece ser uma das melhores formas de diminuição da vulnerabilidade que tão duramente afeta mais necessitados diante da ocorrência de desastres, decorrentes das mudanças climáticas ou não.

Importante referendar que a gestão do risco aqui defendida é a preventiva, planejada, não a ajuda humanitária posterior ao ocorrido. Ter estratégia de mitigação e de adaptação é importante, mas não é suficiente e não interfere no essencial: as

causas. Os conceitos de resiliência, vulnerabilidade e capacidade de partilha de encargos entre entes federados e demais setores da sociedade, todos abordados ao longo desta análise, parecem formar uma base para entender a ligação entre mudança climática e gestão de desastres.

Por fim, conforme já mencionado, a expressão “desastre natural” não é a correta, pois não reflete a realidade da maioria das ocorrências de desastres. A atuação humana ou sua falta, no caso de ausência de políticas públicas, tem grande participação na ocorrência e no agravamento de tragédias, o que faz com que a maioria deixe de ser natural. E exatamente por não ser somente obra da natureza, responsabilidades podem ser apuradas. Nesse aspecto, para além das atuações política e econômica, o papel do Direito parece fundamental. Medidas preventivas, tutelas inibitórias e inadmissibilidade ao ilícito ambiental (especialmente quando concebido como intolerável) é o mínimo que se pode esperar de um Direito comprometido com as determinações constitucionais e com o próprio estado democrático de direito ambiental.

Referências

- BASHER, Reid. Disaster impacts: implications and policy responses. *Social Research: an International Quarterly*, New York, v. 75, n. 3, p. 937-954, Fall 2008.
- BECK, Ulrich. Incertezas fabricadas: entrevista. *IHU Online*, São Leopoldo, v. 6, n. 181, p. 5-12, 2006. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao181.pdf>>. Acessado em: 22 maio 2008.
- _____. *Sociedade de risco: rumo a uma nova modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BERGH, R. V; FAURE, M. Compulsory Insurance of Loss to Property caused by Natural Disasters: Competition or Solidarity? *World Competition*, v. 29, n.1, p. 25-54, 2006.
- BORTOLOTTI, Marcelo. Catástrofe: a tragédia em Angra dos Reis. *Veja*, São Paulo, v. 2147, 13 jan. 2010.
- Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/130110/tragico-absurdo-previsivel-p-054.shtml>>.
- BRASIL. Lei nº 12.340, de 1 de dezembro de 2010. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 dez. 2010a. Seção 1, p. 1. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/2010/lei-12340-1-dezembro-2010-609599-normaatualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2011.
- _____. Ministério da Ciência Tecnologia e Informação. *Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2012 – 2015: balanço das atividades estruturantes 2011*. Brasília: MCTI, 2012.
- CARVALHO, Délton Winter de. Aspectos epistemológicos da Ecologização do Direito: reflexões sobre a formação de critérios para análise da prova científica. *Scientia Iuridica*, n. 324, p. 433.457, 2010a.
- _____. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- _____. Mudanças climáticas e as implicações jurídico-principiológicas para a gestão dos danos ambientais futuros numa sociedade de risco global. In: LAVRATTI, Paula; PRESTES, Vanêsa Buzelato (Org.). *Responsabilidade civil e mudanças climáticas*. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2010b. p. 39-59. (Direito e Mudanças Climáticas; 2).
- _____. Sistema condicional brasileiro de gerenciamento dos riscos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 14, n. 55, p. 52-75, jul./set. 2009.
- DUPUY, Jean-Pierre. Ainda há catástrofes naturais? Tradução de Alexandra Dias Santos. *Análise Social*, Lisboa, v. 181, p. 1181-1193, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/aso/n181/n181a12.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2011.
- FARBER, Daniel A. et al. *Disaster Law and policy*. New York: Aspens Publishers, 2010.
- FAURE, Michael; BERGH, Roger Van den. Compulsory insurance of loss to property caused by natural disasters: competition or solidarity? *World Competition: Law and Economics Review*, New York, v. 29, n. 1, p. 25-54, Mar. 2006.
- FEDERAL EMERGENCY MANAGEMENT AGENCY (FEMA). *National Response Framework*: Resource Center. Washington: FEMA, 2008. Disponível em: <<http://www.fema.gov/pdf/emergency/nrf/nrf-core.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2011.
- GIDDENS, Anthony. *The politics of climate change*. Cambridge: Polity Press, 2009.
- GOLDEMBERG, José. Cancún: ilusões e realidades. *Jornal da Ciência: órgão da Sociedade Brasileira para*

- o Progresso da Ciência, Rio de Janeiro, 20 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=75455>>. Acesso em: 4 jan. 2011.
- LUHMANN, Niklas. *Ecological Communication*. Chicago: University of Chicago Press, 1989.
- _____. *Sociologia del riesgo*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1992.
- MARCOVITCH, Jacques. *Para Mudar o futuro: mudanças climáticas, políticas públicas e estratégias empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NUNES, Malu. COP-17 e as mudanças climáticas: avanços lentos. *Jornal da Ciência*, São Paulo, 18 jan. 2012.
- O'BRIEN, Geoff et al. *Climate change and disaster management*. Oxford: Blackwell, 2006. Disponível em: <<http://directory.cip.management.dal.ca/publications/Climate%20Change%20and%20Disaster%20Management.pdf>>. Acesso em: set. 2010.
- PELLEGRINI, Aline. Duas semanas após temporal, bombeiros mantêm buscas no Morro do Bumba de Niterói (RJ). *Folha de São Paulo*, São Paulo, 22 abr. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u724579.shtml>>. Acesso em: 2011.
- ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Délton Winter. Policontextualidade e direito ambiental reflexivo. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, v. 27, n. 53, p. 9-28, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15090/13745>>. Acesso em: 24 out. 2011.
- RUSSO, Natália. Catástrofe no Rio de Janeiro. In: BLOGS: Olhar sobre o mundo. São Paulo: O Estado de São Paulo, 13 jan. 2011. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/olhar-sobre-o-mundo/catastrofe-no-rio-de-janeiro/>>. Acesso em: 2011.
- SHRADY, Nicholas. *O último dia do mundo: fúria, ruína e razão no grande terremoto de Lisboa de 1755*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.
- UNITED NATIONS (ONU). *United Nations Framework Convention on Climate Change*. [S.l.]: ONU, 1992. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2010.
- WEISS, E. B. Climate change, intergenerational equity, and international law. *Vermont Journal of Environmental Law*, n. 9, p. 615-628 2008.

Particularidades jurídicas no exercício do contencioso da Advocacia-Geral da União na atuação em prol da União – Administração Direta

Jair José Perin

Sumário

1. Introdução. 2. A atuação contenciosa. 2.1. Defesa judicial e extrajudicial da União. 2.2. Representação dos poderes e/ou órgãos da União, via personalidade judiciária. 2.3. Defesa judicial dos agentes públicos. 2.4. O ajuizamento e a intervenção da União em ações civis públicas, ações de improbidade e ações populares. 3. Considerações finais.

1. Introdução

Como introito, cabe referir que, no artigo “Arquitetura da estrutura jurídico-funcional da Advocacia-Geral da União após 17 (dezessete) anos de existência. Modelo ideal”, teve-se a oportunidade de explorar e destacar a importância de a estrutura jurídico-funcional da Advocacia-Geral da União estar moldada dentro de uma ideia de compatibilidade com a estrutura organizacional e funcional dos poderes, órgãos, instituições e entidades que compõem o ente União, a fim de atingir o máximo de eficiência, eficácia, credibilidade e legitimidade.

No referido artigo, afirmou-se que a organização e o funcionamento da Advocacia-Geral da União mostram-se, dentro de uma concepção jurídico-legal, adequados nas suas linhas estruturantes, pelo fato de a legislação infraconstitucional, ao regulamentar o artigo 131 da Constituição Federal, haver adequado e ajustado a orga-

Jair José Perin é Advogado da União na PRU/4ªR; Ex-Procurador-Geral da União Substituto (abr/2007 a jan/2010).

nização e o funcionamento da Instituição ao modelo constitucional e legal dos poderes, órgãos, instituições e entidades (“clientes”), aos quais presta o serviço jurídico.

Dito isso, o objetivo do presente artigo é explorar algumas especificidades que surgem no desempenho da defesa judicial do ente União (Administração Direta).

Como sabemos, a Advocacia-Geral da União exerce a defesa judicial e extrajudicial dos três Poderes da União (Executivo, Judiciário e Legislativo), por seus mais variados órgãos e instituições. É importante salientar que o respaldo para a sua atuação decorre do Texto Constitucional, em especial pelo fato de haver este colocado a Advocacia-Geral da União como Função Essencial à Justiça, não atrelada a nenhum dos poderes especificamente.

O fato de a Advocacia-Geral da União somente exercer a atividade de assessoramento jurídico ao Poder Executivo não pode ser interpretado como um aspecto que fragilize o exposto no parágrafo anterior, em virtude de que deve ser entendido que a Constituição Federal desejou compatibilizar a atuação da Instituição com a questão da independência e harmonia entre os Poderes da União.

Assim, pode-se dizer que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário contam com área própria de consultoria e assessoramento jurídico, principalmente nas suas competências e atribuições específicas. O Poder Executivo, por contar com o chefe de estado e de governo e ser o responsável pela (re)apresentação e, praticamente, por toda a execução e administração propriamente dita da União, conta com o serviço de consultoria e de assessoramento jurídico da Advocacia-Geral da União. No caso do Poder Executivo Federal, por ser a União o ente da federação com competência constitucional para re(presentar) a República Federativa do Brasil, as razões para a Advocacia-Geral da União exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico se avolumam.

2. A atuação contenciosa

2.1. Defesa judicial e extrajudicial da União

Ordinariamente, a atuação da Advocacia-Geral da União, na área contenciosa, será na defesa judicial e extrajudicial da União. Isso facilmente extrai-se do previsto no *caput* do artigo 131 da Constituição Federal, o qual dispõe:

“Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.”

Diz-se ordinariamente em virtude de que, no cotidiano da atuação, dificilmente haverá a hipótese de o ente União não figurar no polo passivo ou ativo da relação processual ou do contencioso extrajudicial.

Isso se deve ao fato de que a Lei Processual e a jurisprudência consolidada do Poder Judiciário exigem que haja personalidade jurídica de direito público ou privado, não podendo os órgãos e/ou instituições pertencentes à estrutura do ente estatal demandar ou ser demandados.

Essa qualidade de a Advocacia-Geral da União atuar, em regra, em nome do ente União permite dizer que as suas atividades caracterizam-se, em sua essência, como de Estado e não de governo, dado que somente poderão ser sustentados os atos e as políticas públicas, inclusive do governo do momento, por decorrência lógica de todos os princípios e normas constitucionais a si aplicáveis, em especial os previstos no *caput* do art. 37, no exercício do labor consultivo/assessoramento jurídico e no contencioso judicial e extrajudicial, caso estejam ao abrigo do ordenamento jurídico-constitucional-legal.

No caso específico de conflito entre as entidades da administração indireta da União ou entre tais entidades e a União, há

previsão legal expressa no sentido da necessidade de que o dissenso seja submetido à Advocacia-Geral da União, para que esta, nos termos da regulamentação infralegal, submeta o assunto à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), com vistas a adotar todas as providências e medidas necessárias à resolução da controvérsia no âmbito administrativo.

A Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, assim dispõe especificamente sobre o assunto:

“Art. 11. Estabelecida controvérsia de natureza jurídica entre entidades da Administração Federal indireta, ou entre tais entes e a União, os Ministros de Estado competentes solicitarão, de imediato, ao Presidente da República, a audiência da Advocacia-Geral da União.

Parágrafo único. Incumbirá ao Advogado-Geral da União adotar todas as providências necessárias a que se deslinde a controvérsia em sede administrativa.”

Assim, no âmbito da administração direta, na prática, dificilmente haverá casos em que essa regra de atuação venha a ser flexibilizada nos termos que serão expostos no item a seguir.

2.2. *Representação dos poderes e/ou órgãos da União, via personalidade judiciária*

Excepcionalmente, a Advocacia-Geral da União, a fim de preservar as competências e as atribuições específicas dos poderes, instituições e órgãos, pode vir a adotar uma atuação que refoge à regra geral de sempre advogar em nome do ente federado União ou da República Federativa do Brasil.

Isso, em regra, ocorre quando tiver de atuar em favor dos poderes, instituições e/ou órgãos em que possa ser reconhecida a personalidade judiciária, a fim de permitir que na esfera judicial a sua posição no referente ao exercício das suas atribuições essenciais seja sustentada, com ampla defesa e contraditório.

Veja-se precedente jurisprudencial, respectivamente, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto:

“MANDADO DE SEGURANÇA: LEGITIMAÇÃO ATIVA DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA PARA IMPUGNAR ATOS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA QUE ENTENDE PRATICADOS COM USURPAÇÃO DE SUA PRÓPRIA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL E OFENSIVOS DA AUTONOMIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. 1. A LEGITIMIDADE AD CAUSAM NO MANDADO DE SEGURANÇA PRESSUPÕE QUE O IMPETRANTE SE AFIRME TITULAR DE UM DIREITO SUBJETIVO PRÓPRIO, VIOLADO OU AMEAÇADO POR ATO DE AUTORIDADE; NO ENTANTO, SEGUNDO ASSENTADO PELA DOUTRINA MAIS AUTORIZADA (CF. JELLINEK, MALBERG, DUGUIT, DABIN, SANTI ROMANO), ENTRE OS DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS, INCLUEM-SE OS CHAMADOS DIREITOS-FUNÇÃO, QUE TÊM POR OBJETO A POSSE E O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA PELO TITULAR QUE A DETENHA, EM TODA A EXTENSÃO DAS COMPETÊNCIAS E PRERROGATIVAS QUE A SUBSTANTIVEM: INCENSURÁVEL, POIS, A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA, QUANDO RECONHECE A LEGITIMAÇÃO DO TITULAR DE UMA FUNÇÃO PÚBLICA PARA REQUERER SEGURANÇA CONTRA ATO DO DETENTOR DE OUTRA, TENDENTE A OBSTAR OU USURPAR O EXERCÍCIO DA INTEGRALIDADE DE SEUS PODERES OU COMPETÊNCIAS: A SOLUÇÃO NEGATIVA IMPORTARIA

EM 'SUBTRAIR DA APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO LESÃO OU AMEAÇA DE DIREITO'. 2. A JURISPRUDÊNCIA - COM AMPLO RESPALDO DOUTRINÁRIO (V.G., VICTOR NUNES, MEIRELLES, BUZOID) - TEM RECONHECIDO A CAPACIDADE OU 'PERSONALIDADE JUDICIÁRIA' DE ÓRGÃOS COLETIVOS NÃO PERSONALIZADOS E A PROPRIEDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA A DEFESA DO EXERCÍCIO DE SUAS COMPETÊNCIAS E DO GOZO DE SUAS PRERROGATIVAS. 3. NÃO OBSTANTE DESPIDO DE PERSONALIDADE JURÍDICA, PORQUE É ÓRGÃO OU COMPLEXO DE ÓRGÃOS ESTATAIS, A CAPACIDADE OU PERSONALIDADE JUDICIÁRIA DO MINISTÉRIO LHE É INERENTE - PORQUE INSTRUMENTO ESSENCIAL DE SUA ATUAÇÃO - E NÃO SE PODE DISSOLVER NA PERSONALIDADE JURÍDICA DO ESTADO, TANTO QUE A ELE FREQUENTEMENTE SE CONTRAPÕE EM JUÍZO; SE, PARA A DEFESA DE SUAS ATRIBUIÇÕES FINALÍSTICAS, OS TRIBUNAIS TÊM ASSENTADO O CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, ESTE IGUALMENTE DEVE SER POSTO A SERVIÇO DA SALVAGUARDA DOS PREDICADOS DA AUTONOMIA E DA INDEPENDÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, QUE CONSTITUEM, NA CONSTITUIÇÃO, MEIOS NECESSÁRIOS AO BOM DESEMPENHO DE SUAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS. 4. LEGITIMAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA E ADMISSIBILIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA RECONHECIDAS, NO CASO, POR UNANIMIDADE DE VOTOS. II. MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO: NULIDADE DA NOMEAÇÃO, EM COMISSÃO, PELO PRESIDENTE

DA REPÚBLICA, DE PROCURADOR-GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 5. A UNIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO, SOB A CHEFIA DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, PERMITE PÔR EM DÚVIDA A SUBSISTÊNCIA MESMA DO PRÓPRIO CARGO DE PROCURADOR-GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, POR ISSO NEGADA EXPRESSAMENTE POR QUATRO DENTRE OS OITO VOTOS VENCEDORES, PARA OS QUAIS, 'COMPETE (...), AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, EXERCER, DE MODO AUTÔNOMO E EM CARÁTER INDISPONÍVEL E IRRENUNCIÁVEL, O PODER MONOCRÁTICO DE DIREÇÃO, ADMINISTRAÇÃO E REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, CUJA PRÁTICA SE REVELA INCOMPARTILHÁVEL COM QUALQUER OUTRO MEMBRO DA INSTITUIÇÃO, RESSALVADA A POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO ADMINISTRATIVA' (DO VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO). 6. AINDA, PORÉM, QUE SE ADMITA - A EXEMPLO DO QUE SE DISPÔS NA CONSTITUIÇÃO QUANTO AO PROCURADOR-GERAL DA JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL -, A SUBSISTÊNCIA DOS CARGOS DE PROCURADOR-GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO E DA JUSTIÇA MILITAR -, COMO TITULARES DA CHEFIA IMEDIATA DOS RAMOS CORRESPONDENTES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO, SOB A DIREÇÃO GERAL DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, O CERTO É QUE DAÍ IGUALMENTE SERIA INADMISSÍVEL EXTRAIR A RECEPÇÃO, PELA ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE, DA REGRA ANTERIOR DO SEU PRO-

VIMENTO EM COMISSÃO, PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. 7. DO REGIME CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, E DE INFERIR, COMO PRINCÍPIO BASILAR, A REJEIÇÃO DE TODA E QUALQUER INVESTIDURA PRECÁRIA EM FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO ORGANISMO, SEJA, NO PLANO EXTERNO, PELA PROSCRIÇÃO DA LIVRE EXONERAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, SEJA, NO PLANO INTERNO, PELA VEDAÇÃO DA AMOVIBILIDADE DOS TITULARES DE SEUS ESCALÕES INFERIORES. 8. DO ART. 84, XXVI, I PARÁGRAFO ÚNICO - POSTOS EM COTEJO COM O ART. 127, PAR. 2., DA CONSTITUIÇÃO -, NÃO RESULTA IMPERATIVAMENTE A COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA PARA PROVER OS CARGOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, A QUAL, SE ADMISSÍVEL, EM PRINCÍPIO, TERIA DE DECORRER DE LEI E FAZER-SE NA FORMA NELA PRESCRITA: INADMISSÍVEL, À LUZ DA CONSTITUIÇÃO, O PROVIMENTO EM COMISSÃO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO CARGO - SE AINDA EXISTENTE - DE PROCURADOR-GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, E IMPOSSÍVEL RECEBER O ART. 64 DA L. 1.341/51, QUE LHE OUTORGAVA O PODER DE LIVRE NOMEAÇÃO E DEMISSÃO DO TITULAR DO CARGO, PARA MANTER-LHE A ATRIBUIÇÃO DO PROVIMENTO, ALTERANDO-LHE, PORÉM, O REGIME LEGAL A QUE SUBORDINADA. 9. PELA MESMA RAZÃO DE NULIDADE DA NOMEAÇÃO DO LITISCONSORTE PASSIVO DO MS 21.239 E IMPETRANTE DO MS 21.243, TAMBÉM É DE REPUTAR-SE NULA A NOMEAÇÃO DO SEU AN-

TECESSOR, NO CARGO, O LITISCONSORTE ATIVO, NO MS 21.239 E PASSIVO, NO MS 21.243, DONDE A IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIR A PRIMEIRA IMPETRAÇÃO, NO PONTO EM QUE SE INSURGE CONTRA O ATO QUE O EXONEROU. 10. DEFERIMENTO PARCIAL DO MS 21.239, IMPETRADO PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, PARA DECLARAR NULA A NOMEAÇÃO DO LITISCONSORTE PASSIVO, JULGANDO-SE PREJUDICADO, EM CONSEQUÊNCIA, O MS 21.243, REQUERIDO PELO ÚLTIMO." (destacamos) (MS 21.239/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, data do julgamento 05/06/1991, publicado no DJ de 23/04/1993).

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. TRIBUNAL DE CONTAS. ILEGITIMIDADE.

1. Os Tribunais de Contas são partes ilegítimas para figurarem no pólo passivo de ação ordinária visando desconstituir ato de sua competência.
2. *Não deve ser confundida a capacidade judiciária excepcional, que lhe é concedida para estar em juízo na defesa de suas prerrogativas, bem como de figurar como autoridade coatora em mandado de segurança, com a legitimação ad causam necessária para a formação da relação jurídica formal.*
3. Os Tribunais de Contas não são pessoas naturais ou jurídicas, pelo que, conseqüentemente, não são titulares de direitos. Integram a estrutura da União ou dos Estados e, excepcionalmente, dos Municípios.
4. A alta posição de permeio entre os poderes Legislativo e Executivo, sem sujeição a nenhum deles, embora de relevância para o controle da legalidade e da moralidade das contas públicas, não lhes outorga, só por esse fato, a condição de pessoa jurídica

para figurar no pólo passivo de ação ordinária visando desconstituir ato que por ele foi praticado no exercício de sua competência.

5. Peculiaridades do nosso sistema jurídico que exige obediência em face do querer constitucional.

6. Recurso especial improvido.” (destacamos) (REsp 504920/SE, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, data do julgamento 04/09/2003, publicado no DJ de 13/10/2003).

Para dar maior clareza a esse tipo de atuação, no ano de 2009, a Procuradoria-Geral da União editou a seguinte Ordem de Serviço:

“ORDEM DE SERVIÇO Nº 10, DE 17 DE AGOSTO DE 2009

O PROCURADOR-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e III, do art. 3º do Ato Regimental nº 5, de 19 de junho de 2002;

considerando que compete, nos termos do art. 131 da Constituição Federal, à Advocacia-Geral da União a representação judicial da União, nesta estando abrangidos os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo; considerando que União não pode figurar, ao mesmo tempo, nos pólos ativo e passivo de uma mesma demanda;

considerando que a personalidade jurídica e a personalidade judiciária não são necessariamente coincidentes, podendo haver personalidade judiciária, ou seja, a capacidade de estar em juízo, sem a existência de uma personalidade jurídica;

considerando que a ausência de personalidade jurídica não pode, em certos contextos, ser impeditiva do exercício do direito de defesa do ente despersonalizado;

considerando que o acolhimento da personalidade/capacidade judiciária, erigindo o ente despersonalizado à

condição de parte judicial autônoma, constitui, muitas vezes, a única solução encontrada para que o ente venha a juízo e faça a defesa de seus direitos, atribuições e prerrogativas; considerando que a atribuição de capacidade judiciária a determinados entes destituídos de personalidade jurídica não constitui novidade na doutrina e jurisprudência;

considerando que, diante de um aparente conflito de interesses entre um órgão (sem personalidade jurídica) e a pessoa jurídica a que este pertence (União), a aceitação do órgão como parte autônoma, a ser representada judicialmente pelo órgão de execução da Procuradoria-Geral da União, constitui, em determinadas hipóteses, medida necessária sob pena de deixar-se esse ente despersonalizado sem direito à ampla defesa e ao contraditório, ferindo-se as regras do devido processo legal; e

considerando a necessidade de compatibilizar os interesses da União com a materialização da garantia constitucional que confere aos litigantes o exercício do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal);

RESOLVE:

Art. 1º Esta Ordem de Serviço regulamenta a defesa de órgãos públicos federais despersonalizados do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público da União, com capacidade judiciária, pelos órgãos de execução da Procuradoria-Geral da União, quando a União figurar no pólo processual contrário, como parte ou assistente.

Art. 2º Compete ao Procurador-Geral, aos Procuradores Regionais e aos Procuradores Chefes da União, no âmbito de suas competências, a atribuição de autorizar, em cada caso, a atuação da Advocacia-Geral

da União na defesa de órgão público federal despersonalizado do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público da União, com capacidade judiciária, quando a União figurar no pólo processual contrário, como parte ou assistente.

§ 1º Fica sujeita à expressa decisão do Procurador Regional da União a atuação da Advocacia-Geral da União na defesa de órgão público federal despersonalizado do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público da União, com capacidade judiciária, quando o interesse envolvido referir-se à área territorial de atribuição de mais de uma Procuradoria da União vinculadas a uma única Procuradoria Regional.

§ 2º Fica sujeita à expressa decisão do Procurador-Geral da União a atuação da Advocacia-Geral da União na defesa de órgão público federal despersonalizado do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público da União, com capacidade judiciária, quando o interesse envolvido referir-se à área territorial de atribuição de mais de uma Procuradoria-Regional ou quando figurarem como parte os seguintes agentes públicos, relativos a atos praticados no exercício de suas funções, ainda que tenham deixado os respectivos cargos:

I – o Presidente e o Vice-Presidente da República;

II – os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores da União e membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público;

III – o Procurador-Geral da República, o Procurador-Geral do Trabalho, o Procurador-Geral da Justiça Militar e o Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

IV – os membros do Congresso Nacional e os Ministros do Tribunal de Contas da União;

V – os Ministros de Estado e as autoridades com prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos Ministros de Estado;

VI – os Governadores dos Estados-Membros e do Distrito Federal, os Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados-Membros e do Distrito Federal e os Presidentes das Assembleias Legislativas dos Estados-Membros e da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

VII – os Comandantes das Forças Armadas; e

VIII – os ocupantes de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS 5, 6 e de Natureza Especial – NES na esfera federal.

§ 3º Fica ressalvado o disposto no *caput* deste artigo quando o Procurador Regional ou Procurador Chefe da União estiver em estágio confirmatório, hipótese em que esta atribuição será exercida, respectivamente, pelo Procurador-Geral ou Procurador Regional da União.

Art. 3º O entendimento firmado em precedente sobre o assunto pela Procuradoria-Geral da União deverá ser utilizado como parâmetro para decisão sobre a atuação da Advocacia-Geral da União na defesa de órgão público federal despersonalizado do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público da União, com capacidade judiciária.

Art. 4º Na consulta dirigida ao Procurador-Geral, ao Procurador Regional ou ao Procurador Chefe da União, o Advogado da União designado deverá emitir parecer motivado e conclusivo sobre a atuação da Advocacia-Geral da União na defesa de órgão público federal despersona-

lizado do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público da União, com capacidade judiciária.

Parágrafo único. No caso das Procuradorias Seccionais da União, os Procuradores Seccionais deverão encaminhar o parecer, após sua apreciação, para o correspondente Procurador Regional ou Procurador Chefe da União que possuir a atribuição para decidir nos termos do art. 2º desta Ordem de Serviço.

Art. 5º A consulta sobre a atuação da Advocacia-Geral da União na defesa de órgão público federal despersonalizado do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público da União, com capacidade judiciária, deverá ser instruída com as seguintes peças:

- I – petição inicial e documentação comprobatória das alegações;
- II – decisão sobre pedido de cautelar ou de antecipação de tutela, quando for o caso;
- III – parecer técnico conclusivo do Núcleo Executivo de Cálculos e Perícias da unidade, se necessário;
- IV – indicação do termo final do prazo para manifestação, se existente, e
- V – cópia de outros documentos que possam auxiliar no exame.

Art. 6º Não cabe a atuação da Advocacia-Geral da União na defesa de órgão público federal despersonalizado do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público da União, com capacidade judiciária, quando a União figurar no pólo processual contrário, como parte ou assistente, nas seguintes hipóteses:

- I – não ter sido o ato praticado no estrito exercício das atribuições ou competências constitucionais, legais ou regulamentares do órgão;
- II – ter sido o ato praticado com abuso ou desvio de poder, ilegalidade, improbidade ou imoralidade adminis-

trativa, devidamente comprovados e reconhecidos administrativamente; ou

III – ter sido o ato praticado em contradição a orientação emanada de órgão superior na estrutura hierárquica.

Art. 7º Deverão ser enviados à Procuradoria-Geral da União relatórios até o dia 15 (quinze) dos meses de junho e dezembro de cada exercício financeiro sobre as ações em que a Advocacia-Geral da União atua na defesa e em nome de órgão público federal despersonalizado do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público da União, com capacidade judiciária.

Art. 8º Na hipótese de decisão no sentido da atuação da Advocacia-Geral da União na defesa de órgão público federal despersonalizado do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público da União, com capacidade judiciária, deverá o órgão de execução da Procuradoria-Geral da União, representando especificamente o órgão, realizar a defesa em seu nome e por meio de petições diversas das manifestações realizadas em nome da União.

Parágrafo único. É vedada a atuação do mesmo Advogado da União na representação dos dois pólos processuais.

Art. 9º É vedada a juntada de cópia ou de informações, nos autos judiciais, bem como a reprodução do conteúdo das notas, pareceres e despachos proferidos em processos administrativos que analisaram a atuação da Advocacia-Geral da União na defesa de órgão público federal despersonalizado do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público da União, com capacidade judiciária.

Art. 10. Esta Ordem de Serviço entra em vigor na data de sua publicação.
FERNANDO LUIZ ALBUQUERQUE
FARIA”

Como se pode ver, a regulamentação da Procuradoria-Geral da União visa tornar mais clara, no plano executivo, a questão da competência para a decisão, via delegação de competência amparada em lei, as hipóteses em que poderá haver ou não a atuação da Advocacia-Geral da União em função da personalidade judiciária de determinado instituição ou órgão dos poderes da União, os aspectos da necessidade de fundamentação prévia da justificativa para essa atuação e de controle das hipóteses ocorrentes. Ressalte-se a relevância de ser atentado para os diversos considerandos constantes na Ordem de Serviço acima reproduzida.

Nessa regulamentação levada a efeito pela Procuradoria-Geral da União, órgão de direção superior do contencioso judicial e extrajudicial da União, como prevê a Lei Complementar nº 73/1993 e regulamentação do Ministro da Advocacia-Geral da União, existe inserida a ideia da importância de ser respeitada, à semelhança de outros atos regulamentares, inclusive os abaixo reproduzidos, a descentralização administrativo-funcional com os demais órgãos que compõem a sua estrutura, com vistas a alcançar, de forma sistêmica e organizada, uma delegação consequente, racional e lógica, a fim de os casos mais complexos e abrangentes, quer pelo órgão do poder da União quer pelo agente (autoridade) envolvido, serem submetidos à Procuradoria-Geral da União e, os demais, às suas Procuradorias Regionais ou às suas Procuradorias da União.

2.3. Defesa judicial dos agentes públicos.

Merece ser destacado de imediato que quem exprime o desejo do ente União é, sem sobras de dúvidas, o agente público. Se a atuação deste foi respaldada de forma jurídico-legal, significa que a prática está conforme o interesse da União.

A importância de o agente público ser defendido pela AGU, quando considerado por esta legal o ato praticado, decorre do fato de que, por exercer cargo/função do Estado, em que não há disponibilidade de interesse, torna-se natural que haja maior fiscalização e cobrança por parte de todos os segmentos da sociedade, o que difere do exercício de atividade privada, em que há disponibilidade de interesse.

Por isso, entende-se ser constitucional a Lei que permite à AGU a defesa judicial e extrajudicial dos agentes públicos quanto aos atos praticados no exercício do cargo/função, já que nada mais faz o agente que atua regularmente no exercício do cargo/função que expressar e materializar o interesse do órgão, instituição ou entidade do ente estatal União.

No Supremo Tribunal Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questiona, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2888, a referida previsão legal.

Assim dispõe o art. 22 da Lei nº 9.028/1995:

“Art. 22. A Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, ficam autorizados a representar judicialmente os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos, inclusive promovendo ação penal privada ou representando perante o Ministério Público, quando vítimas de crime, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações,

ou das Instituições mencionadas, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata este artigo.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos ex-titulares dos cargos ou funções referidos no *caput*, e ainda:

I - aos designados para a execução dos regimes especiais previstos na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, nos Decretos-Leis nºs 73, de 21 de novembro de 1966, e 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; e

II - aos militares das Forças Armadas e aos integrantes do órgão de segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, quando, em decorrência do cumprimento de dever constitucional, legal ou regulamentar, responderem a inquérito policial ou a processo judicial.

§ 2º O Advogado-Geral da União, em ato próprio, poderá disciplinar a representação autorizada por este artigo.”

A regulamentação do referido dispositivo legal hoje está consubstanciada na Portaria nº 408, de 23 de março de 2009, do Ministro da Advocacia-Geral da União, que assim expressa:

PORTARIA Nº 408, DE 23 DE MARÇO DE 2009

Disciplina os procedimentos relativos à representação judicial dos agentes públicos de que trata o art. 22 da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, pela Advocacia-Geral da União e Procuradoria-Geral Federal.

O ADOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhes conferem os incisos I, XIII e XVIII do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, resolve:

Art. 1º Esta Portaria disciplina os procedimentos relativos à representação judicial dos agentes públicos de que trata o art. 22 da Lei nº 9.028, de 12 de

abril de 1995, pela Advocacia-Geral da União - AGU e Procuradoria-Geral Federal - PGF.

Art. 2º A representação de agentes públicos somente ocorrerá por solicitação do interessado e desde que o ato pelo qual esteja sendo demandado em juízo tenha sido praticado no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, na defesa do interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas no art. 22 da Lei nº 9.028, de 1995.

Parágrafo único. O pedido de representação judicial pode ser formulado antes ou durante o transcurso do inquérito ou do processo judicial.

Art. 3º A AGU e a PGF poderão representar em juízo, observadas suas competências e o disposto no art. 4º, os agentes públicos a seguir relacionados:

I - o Presidente da República;

II - o Vice-Presidente da República;

III - os Membros dos Poderes Judiciário e Legislativo da União;

IV - os Ministros de Estado;

V - os Membros do Ministério Público da União;

VI - os Membros da Advocacia-Geral da União;

VII - os Membros da Procuradoria-Geral Federal;

VIII - os Membros da Defensoria Pública da União;

IX - os titulares dos Órgãos da Presidência da República;

X - os titulares de autarquias e fundações federais;

XI - os titulares de cargos de natureza especial da Administração Federal;

XII - os titulares de cargos em comissão de direção e assessoramento superiores da Administração Federal;

XIII - os titulares de cargos efetivos da Administração Federal;

XIV – os designados para a execução dos regimes especiais previstos na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, nos Decretos-Lei nºs 73, de 21 de novembro de 1966, e 2.321, de 25 de fevereiro de 1987;

XV – os militares das Forças Armadas e os integrantes do órgão de segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, quando, em decorrência do cumprimento de dever constitucional, legal ou regulamentar, responderem a inquérito policial ou a processo judicial;

XVI – os policiais militares mobilizados para operações da Força Nacional de Segurança; e

XVII – os ex-titulares dos cargos e funções referidos nos incisos anteriores.

Art. 4º Os pedidos de representação serão dirigidos:

I – quando se tratar de agentes da Administração Federal direta:

a) ao Secretário-Geral do Contencioso, quando a demanda seja ou deva ser processada originariamente perante o Supremo Tribunal Federal;

b) ao Procurador-Geral da União, quando a demanda seja ou deva ser processada originariamente perante os Tribunais Superiores ou nas hipóteses que envolver as autoridades previstas no § 1º deste artigo, respeitado, neste último caso, o disposto na alínea “a” deste inciso;

c) ao Procurador Regional da União, quando a demanda seja ou deva ser processada por Tribunal Regional da respectiva Região ou no Juízo de primeira instância de sua localidade;

d) ao Procurador-Chefe da União ou ao Procurador Seccional da União, quando a demanda seja ou deva ser processada no Juízo de primeira instância de sua área de atuação;

II – quando se tratar de agentes de autarquias e fundações federais, exceto o Banco Central do Brasil:

a) ao Procurador-Geral Federal, quando a demanda seja ou deva ser processada perante o Supremo Tribunal Federal ou Tribunal Superior;

b) ao Procurador Regional Federal, quando a demanda seja ou deva ser processada por Tribunal Regional da respectiva Região ou no Juízo de primeira instância de sua localidade;

c) ao Procurador-Chefe da Procuradoria Federal no Estado ou ao Procurador Seccional Federal, quando a demanda seja ou deva ser processada no Juízo de primeira instância de sua área de atuação;

d) ao Chefe de Procuradoria Federal, especializada ou não, junto a autarquia ou fundação que, excepcionalmente, ainda detenha representação judicial no Tribunal ou Juízo em que a demanda seja ou deva ser processada.

§ 1º As solicitações do Presidente da República, do Vice-Presidente da República, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores da União, dos membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, do Procurador-Geral da República, do Procurador-Geral do Trabalho, do Procurador-Geral da Justiça Militar, do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, dos membros do Congresso Nacional, dos Ministros de Estado, dos Ministros do Tribunal de Contas da União e dos Comandantes das Forças Armadas, bem como dos ocupantes de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS níveis 5, 6 e de Natureza Especial – NES da Administração Federal direta, ou equivalentes, para representá-los em qualquer juízo ou tribunal devem ser dirigidas ao Secretário-Geral do Contencioso ou

ao Procurador-Geral da União, observado o disposto no inciso I, alíneas 'a' e 'b', deste artigo.

§ 2º Caso não seja acolhido pedido de representação judicial do Presidente da República, do Vice-Presidente da República, dos Senadores e Deputados Federais, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República, dos Ministros de Estado e do Defensor-Geral da União, os autos do processo administrativo devem ser remetidos para o Gabinete do Advogado-Geral da União para conhecimento.

§ 3º A decisão sobre a assunção da representação judicial de que trata esta Portaria compete às autoridades indicadas no *caput*, observado o disposto no § 1º.

§ 4º A decisão quanto à representação judicial do agente público deve conter, no mínimo, o exame expresso dos seguintes pontos:

- I - enquadramento funcional do agente público nas situações previstas no art. 22 da Lei nº 9.028, de 1995;
- II - natureza estritamente funcional do ato impugnado;
- III - existência de interesse público na defesa da legitimidade do ato impugnado;
- IV - existência ou não de prévia manifestação de órgão da AGU ou da PGF responsável pela consultoria e assessoramento da autarquia ou fundação pública federal sobre o ato impugnado;
- V - consonância ou não do ato impugnado com a orientação jurídica definida pelo Advogado-Geral da União, pelo Procurador-Geral Federal ou pelo órgão de execução da AGU ou da PGF; e
- VI - narrativa sobre o mérito e pronunciamento sobre o atendimento

aos princípios que norteiam a Administração Pública.

§ 5º Quando houver sindicância ou processo administrativo disciplinar acerca do mesmo fato, a manifestação a que se refere o § 3º deste artigo conterá descrição a respeito do seu objeto, andamento e eventuais conclusões.

§ 6º O requerimento de representação deverá ser encaminhado à AGU ou PGF no prazo máximo de três dias a contar do recebimento do mandado, intimação ou notificação, salvo motivo de força maior ou caso fortuito, devidamente justificado.

§ 7º No caso de haver a necessidade de prática de ato judicial em prazo menor ou igual ao previsto no § 6º, o requerimento de representação deverá ser feito em até vinte e quatro horas do recebimento do mandado, intimação ou notificação.

Art. 5º O agente que solicitar a representação de que trata esta Portaria deverá fornecer ao órgão jurídico competente todos os documentos e informações necessários à defesa, bem como a indicação de testemunhas, quando necessário, tais como:

- I - nome completo e qualificação do requerente, indicando, sobretudo, o cargo ou função ocupada;
- II - descrição pormenorizada dos fatos;
- III - citação da legislação constitucional e infraconstitucional, inclusive atos regulamentares e administrativos, explicitando as atribuições de sua função e o interesse público envolvido;
- IV - justificativa do ato ou fato relevante à defesa do interesse público;
- V - indicação de outros processos, judiciais ou administrativos, ou inquéritos que mantenham relação com a questão debatida;
- VI - cópias reprográficas de todos os documentos que fundamentam ou provam as alegações;

VII - cópias reprográficas integrais do processo ou do inquérito correspondente;

VIII - indicação de eventuais testemunhas, com respectivas residências; e

IX - indicação de meio eletrônico, endereço e telefone para contato.

§ 1º Para fins de ajuizamento de ação penal privada, o requerimento deve contemplar expressa autorização, inclusive com a menção do fato criminoso e a indicação de seu autor.

§ 2º Os documentos em poder da Administração Pública Federal que não forem franqueados ao requerente, comprovada a recusa administrativa, e reputados imprescindíveis à causa, podem ser requisitados pelo órgão competente da AGU ou da PGF, nos termos do art. 4º da Lei nº 9.028, de 1995, ou do art. 37, § 3º, da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001.

§ 3º A AGU e a PGF manifestar-se-ão sobre a aceitação de pedido de representação judicial no prazo de três dias úteis, salvo em caso urgente de que possa resultar lesão grave e irreparável ao requerente, no qual o prazo será de vinte e quatro horas.

§ 4º Na tramitação do requerimento de representação judicial, os servidores e todos quantos tiverem acesso a ele devem guardar sigilo sobre a sua existência e conteúdo.

Art. 6º Não cabe a representação judicial do agente público quando se observar:

I - não terem sido os atos praticados no estrito exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares;

II - não ter havido a prévia análise do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, nas hipóteses em que a legislação assim o exige;

III - ter sido o ato impugnado praticado em dissonância com a orien-

tação, se existente, do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, que tenha apontado expressamente a inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato, salvo se possuir outro fundamento jurídico razoável e legítimo;

IV - incompatibilidade com o interesse público no caso concreto;

V - conduta com abuso ou desvio de poder, ilegalidade, improbidade ou imoralidade administrativa, especialmente se comprovados e reconhecidos administrativamente por órgão de auditoria ou correição;

VI - que a autoria, materialidade ou responsabilidade do requerente tenha feito coisa julgada na esfera cível ou penal;

VII - ter sido levado a juízo por requerimento da União, autarquia ou fundação pública federal, inclusive por força de intervenção de terceiros ou litisconsórcio necessário;

VIII - que se trata de pedido de representação, como parte autora, em ações de indenizações por danos materiais ou morais, em proveito próprio do requerente;

IX - não ter o requerimento atendido os requisitos mínimos exigidos pelo art. 4º; ou

X - o patrocínio concomitante por advogado privado.

Art. 7º Da decisão sobre o pedido de representação judicial, será dada ciência imediata ao requerente.

§ 1º Acolhido o pedido de representação judicial, cabe ao chefe da respectiva unidade designar um advogado ou procurador para representar judicialmente o requerente.

§ 2º Do indeferimento do pedido de representação judicial cabe recurso à autoridade imediatamente superior.

§ 3º O recurso será dirigido à autoridade que indeferiu o pedido, a qual, se não a reconsiderar em vinte

e quatro horas, o encaminhará à autoridade superior.

Art. 8º Verificadas, no transcurso do processo ou inquérito, quaisquer das hipóteses previstas no art. 6º, o advogado ou o procurador responsável suscitará incidente de impugnação sobre a legitimidade da representação judicial à autoridade competente, sem prejuízo do patrocínio até a decisão administrativa final.

§ 1º Aplica-se ao incidente de que trata o *caput*, o disposto no art. 7º, *caput* e § 2º.

§ 2º Acolhido o incidente de impugnação, a notificação do requerente equivale à cientificação de renúncia do mandato, bem como ordem para constituir outro patrono para a causa, mantida a representação pelo prazo que a lei processual fixar, desde que necessário para lhe evitar prejuízo.

Art. 9º Caso a ação judicial seja proposta apenas em face do requerente e o pedido de sua representação judicial seja acolhido, o órgão competente da AGU ou da PGF requererá o ingresso da União ou da autarquia ou fundação pública federal, conforme o caso, na qualidade de assistente simples, salvo vedação legal ou avaliação técnica sobre a inconveniência da referida intervenção.

Art. 10. Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI”

A demonstração maior de que a representação judicial do agente público somente pode ocorrer quando a atuação deste estiver de acordo com o interesse público reside no fato de que haverá, em regra, após a análise prévia da referida compatibilidade da atuação, o ingresso da União, na qualidade de assistente simples, haja vista que, a partir de então, passa a haver uma concordância da Advocacia-Geral da União de que existe, *a priori*, presunção de legalidade no ato ou fato questionado, o

que leva a ser compreendido que o Estado, no caso a União, pode e deve ingressar no feito na qualidade de assistente simples, com vistas à defesa judicial do agente público, já que a manifestação deste, como dito, nada mais representa do que a vontade do ente estatal.

Ingressando a União como assistente simples, a competência passa a ser da Justiça Federal, nos termos do art. 109 da Constituição Federal.

2.4. O ajuizamento e a intervenção da União em ações civis públicas, ações de improbidade e ações populares

Com base em previsão legal, sabemos que a Advocacia-Geral da União, em nome da União, tem permissivo para o ajuizamento e a intervenção em ações civis públicas e ações de improbidade. No referente a ações populares, sendo vislumbrado que determinada ação popular visa proteger o patrimônio público na sua ampla acepção, é possível a União pleitear o ingresso no feito.

A regulamentação da Procuradoria-Geral da União, dentro do que foi dito acima referente ao ato infralegal que dispõe sobre os aspectos operacionais e de execução da atuação da Advocacia-Geral da União na defesa dos órgãos dos poderes, via personalidade judiciária, visa tornar mais racional, compreensível e célere a atuação da Instituição no ajuizamento ou na intervenção em ações civis públicas e nas de improbidade administrativa, bem como na intervenção em ações populares, conforme prevê e disciplina as leis pertinentemente a essas espécies de ação.

Para maior facilidade de entendimento da regulamentação da Procuradoria-Geral da União, merecem serem lembradas a seguir as Leis que regulam essas espécies de ação, bem como os artigos mais estreitamente relacionados à normatização.

Da Lei nº 7.347/1985 (regulamenta a ação civil pública), com as alterações subsequentes, merece destaque:

“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I – ao meio-ambiente;

II – ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V – por infração da ordem econômica e da economia popular;

VI – à ordem urbanística.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

(...)

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I – o Ministério Público;

II – a Defensoria Pública;

III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V – a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

§ 4º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Art. 6º Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.”

Da Lei nº 4.717/1965 (regulamenta a ação popular) ressalta-se:

“Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de insti-

tuições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

(...)

Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

§ 1º Se não houver benefício direto do ato lesivo, ou se for ele indeterminado ou desconhecido, a ação será proposta somente contra as outras pessoas indicadas neste artigo.

§ 2º No caso de que trata o inciso II, item “b”, do art. 4º, quando o valor real do bem for inferior ao da avaliação, citar-se-ão como réus, além das pessoas públicas ou privadas e entidades referidas no art. 1º, apenas os responsáveis pela avaliação inexata e os beneficiários da mesma.

§ 3º *A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.*

§ 4º O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.

§ 5º É facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular.” (destacamos).

Pertinentemente à Lei nº 8.429/1992 (regulamenta a ação de improbidade administrativa), enfatiza-se:

“Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se

beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o *caput* deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.

(...)

Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

§ 1º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

§ 2º A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei.

§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.

Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.

Parágrafo único. O Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Mi-

nistério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*.

§ 2º A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

§ 3º No caso da ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará a lide na qualidade de litisconsorte, devendo suprir as omissões e falhas da inicial e apresentar ou indicar os meios de prova de que disponha.

§ 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. (Redação dada pela Lei nº 9.366, de 1996)

§ 4º O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

§ 5º A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Tendo presente essa realidade, na Procuradoria-Geral da União vigora a Ordem de Serviço nº 64/2007, que disciplina aspectos importantes à operacionalização e à implementação dessa matéria:

ORDEM DE SERVIÇO Nº 64, DE 07 DE DEZEMBRO DE 2007. O PROCURADOR-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e III do art. 3º, inciso V do art. 11, inciso VI do art. 14, e alíneas -a- e -b- do inciso VI do art. 17, do Ato Regimental nº 5, de 19 de junho de 2002, resolve:

Art. 1º Compete aos Procuradores-Regionais e Procuradores-Chefes da União, no âmbito de suas competências, a atribuição de autorizar, em cada caso, o ajuizamento de ações civis públicas e ações de improbidade administrativa, bem como a intervenção da União nessas ações e nas populares.

Parágrafo único. Fica ressalvado o disposto no *caput* deste artigo quando o Procurador-Regional ou Procurador-Chefe da União estiver em estágio confirmatório, hipótese em que estas atribuições serão exercidas, respectivamente, pelo Procurador-Geral ou Procurador-Regional da União.

Art. 2º Nas consultas dirigidas aos Procuradores-Regionais ou Procuradores-Chefes da União, os Advogados da União deverão emitir parecer motivado e conclusivo sobre o ajuizamento das ações, a participação da União como litisconsorte, ativo ou passivo, ou como assistente, simples ou litisconsorcial.

Parágrafo único. No caso das Procuradorias-Seccionais da União, os Procuradores-Seccionais deverão encaminhar o parecer, após sua apreciação e na hipótese de sua aprovação, para o correspondente Procurador-Regional ou Procurador-Chefe da União que possuir a atribuição para decidir nos termos do art. 1º desta Ordem de Serviço.

Art. 3º O pedido de autorização para o ajuizamento de ação civil pública ou ação de improbidade administrativa deverá ser instruído com as seguintes peças:

I - documentação comprobatória das alegações, que poderá ser obtida, se for o caso, em processo administrativo aberto para fins instrutórios, a cargo da Procuradoria responsável;

II – parecer técnico conclusivo do Núcleo Executivo de Cálculos e Perícias da unidade, se necessário;

III – indicação do termo final do prazo para manifestação, se existente; e

IV – cópia de outros documentos que possam auxiliar no exame.

Art. 4º O pedido de autorização para a intervenção da União em ação civil pública, ação de improbidade administrativa ou ação popular deverá ser instruído com as seguintes peças:

I – petição inicial e documentação comprobatória das alegações;

II – decisão sobre pedido de cautelar ou de antecipação de tutela, quando for o caso;

III – demais decisões monocráticas, mandados dirigidos à União, sentença e acórdão porventura existentes no processo judicial;

IV – indicação do termo final do prazo para manifestação; e

V – cópia de outros documentos que possam auxiliar no exame.

Art. 5º Fica sujeita à expressa autorização do Procurador-Regional da União o ajuizamento das ações e a intervenção quando o interesse da União ameaçado ou violado referir-se à área territorial de atribuição de mais de uma Procuradoria da União vinculados a uma única Procuradoria-Regional.

Art. 6º O entendimento firmado em precedente sobre o assunto pela Procuradoria-Geral da União deve ser utilizado como parâmetro para decisão de propor ações civis públicas e ações de improbidade, bem como de intervir nessas ações e nas populares.

Art. 7º Em caso de dúvida a respeito do ajuizamento das ações ou a intervenção da União, os Procuradores-Chefes e os Procuradores-Regionais da União deverão encaminhar o

processo administrativo à decisão do Procurador-Geral da União, com parecer fundamentado, instruído com a documentação indicada no art. 3º ou 4º desta Ordem de Serviço, conforme a hipótese.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no *caput* deste artigo no caso de o Procurador-Regional ou Procurador-Chefe decidir pelo não ajuizamento de ação civil pública ou de improbidade administrativa.

Art. 8º Deverão ser enviados à Procuradoria-Geral da União relatórios até o dia 15 (quinze) dos meses de junho e dezembro de cada exercício financeiro sobre as ações ajuizadas e as intervenções da União.

Art. 9º Fica sujeita à expressa autorização do Procurador-Geral da União o ajuizamento das ações e a intervenção quando o interesse da União ameaçado ou violado referir-se à área territorial de atribuição de mais de uma Procuradoria-Regional ou quando figurarem como parte o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores da União, membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República, o Procurador-Geral do Trabalho, o Procurador-Geral da Justiça Militar, o Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, os membros do Congresso Nacional, os Ministros de Estado, os Ministros do Tribunal de Contas da União, os Governadores dos Estados-Membros e do Distrito Federal, os Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados-Membros e do Distrito Federal, os Presidentes das Assembléias Legislativas dos Estados-Membros e da Câmara

Legislativa do Distrito Federal e os Comandantes das Forças Armadas, bem como os ocupantes de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS 5, 6 e de Natureza Especial - NES na esfera federal, relativas a atos praticados no exercício de suas funções, ainda que tenham deixado os respectivos cargos.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no *caput* deste artigo quando o ajuizamento das ações e a intervenção em ação civil pública, em ação popular e em ação de improbidade possa resultar em conflito de atribuições, no campo das competências constitucionais nos moldes do previsto no art. 102, I, 'f' da Constituição Federal, entre os Entes da Federação, ou conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União ou entre estas com as dos Estados-Membros da Federação.

Art. 10. Não sendo possível atender à intimação judicial para dizer sobre a intervenção, no prazo fixado pelo Juiz do feito, a União deverá requerer ampliação do prazo para manifestação, justificando o pedido pela necessidade de obtenção de elementos para decisão perante outros órgãos da Administração ou pela realização de diligência.

Art. 11. É vedada a juntada de cópia ou de informações, nos autos judiciais, bem como a reprodução do conteúdo das notas, pareceres e despachos proferidos em processos administrativos que analisaram o interesse da União na intervenção ou na propositura das ações.

Art. 12. Fica revogada a Ordem de Serviço nº 27, de 29 de maio de 2007.

Art. 13. Esta Ordem de Serviço entra em vigor na data de sua publicação.

LUÍS HENRIQUE MARTINS DOS ANJOS “

Também, a fim de dar maior efetividade à atuação proativa, a Procuradoria-Geral da União editou a Portaria nº 15/2008, nos seguintes termos:

“PORTARIA Nº 15, DE 25 DE SETEMBRO DE 2008

O Procurador-Geral da União, no uso de suas atribuições, resolve:

Art. 1º Criar grupos permanentes de atuação pró-ativa no âmbito das Procuradorias-Regionais da União, Procuradorias da União e Procuradorias-Seccionais da União, no seguinte quantitativo:

I - no mínimo cinco Advogados da União, nas Procuradorias-Regionais da União;

II - no mínimo três Advogados da União, nas Procuradorias da União com mais de vinte e um Advogados da União, considerando o total de sua lotação ideal;

III - no mínimo dois Advogados da União, nas Procuradorias da União com mais de doze e menos de vinte e um Advogados da União, considerando o total de sua lotação ideal;

IV - no mínimo um Advogado da União, nas Procuradorias da União com até doze Advogados da União, considerando o total de sua lotação ideal;

V - nas Procuradorias Seccionais, a atuação será do Procurador-Seccional ou Advogado por ele designado.

§ 1º O quantitativo mínimo previsto neste artigo pode ser aumentado mediante provocação dos componentes dos grupos, alteração esta a ser decidida pela Procuradoria-Geral da União, após a manifestação do dirigente da Procuradoria respectiva, ouvindo em seguida o Departamento de Patrimônio Público e Probidade Administrativa da Procuradoria-Geral da União.

§ 2º As Procuradorias da União com até seis e as Procuradorias Seccionais

com até três Advogados da União em exercício poderão deixar de constituir os grupos de que trata o *caput* deste artigo, mantidas as atribuições previstas no art. 2º desta Portaria.

§ 3º Em casos excepcionais, a Procuradoria-Geral da União poderá designar outra unidade para colaborar nas matérias referidas no inc. I do art. 2º desta Portaria, mediante provocação dos órgãos mencionados no parágrafo anterior.

§ 4º O ato de designação de que trata o parágrafo antecedente fixará os limites da colaboração a ser realizada.

Art. 2º Compete aos Advogados da União que constituirão os grupos a que se refere o art. 1º, exclusivamente:

I – propor e acompanhar:

- a) ação civil pública;
- b) ação de improbidade administrativa;
- c) ação de ressarcimento ao Erário decorrente de atos de improbidade ou cuja recomposição seja superior a um milhão de reais, independentemente da natureza; e
- d) ação de execução de julgados do Tribunal de Contas da União;

II – intervir no pólo ativo, se for o caso, em:

- a) ação civil pública;
- b) ação de improbidade administrativa; e
- c) ação popular.

III – atuar no âmbito extrajudicial com a instauração e acompanhamento de procedimento administrativo prévio tendente à coleta de documentos e informações indispensáveis à atuação judicial relativa aos incisos I e II;

IV – submeter às autoridades referidas na Ordem de Serviço PGU nº 10, de 25 de março de 2008, propostas de termos de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios que

envolvam as situações de que tratam os incisos I e II;

V – elaborar estudos e teses jurídicas, bem como sugerir medidas ao Procurador-Geral da União tendentes ao aperfeiçoamento da atuação pró-ativa da União;

VI – encaminhar à Procuradoria-Geral da União, até o dia 15 (quinze) dos meses de fevereiro, maio, agosto e novembro, relatórios sobre as ações ajuizadas e as intervenções da União de que tratam os incisos I e II, bem como sobre os procedimentos tratados no inciso III deste artigo, ficando revogado o *caput* do art. 8º da Ordem de Serviço PGU nº 64, de 07 de dezembro de 2007;

Parágrafo único. O exercício das atribuições previstas neste artigo não dispensa a observância dos dispositivos não alterados da Ordem de Serviço PGU nº 64, de 07 de dezembro de 2007.

Art. 3º Os Advogados da União que constituirão o grupo de que trata esta Portaria terão dedicação exclusiva, sendo as atividades desempenhadas consideradas de natureza relevante; Parágrafo único. Os Advogados da União referidos no *caput* serão designados por ato do titular da unidade, comunicada a escolha, incontinenti, ao Departamento de Patrimônio Público e Probidade Administrativa da Procuradoria-Geral da União.

Art. 4º O titular da Unidade de exercício dos Advogados da União do grupo de que trata esta Portaria deverá adotar as providências necessárias à oportuna redistribuição interna dos serviços;

Art. 5º Os Grupos previstos neste ato deverão iniciar suas atividades até 1º de janeiro de 2009, devendo os dirigentes das unidades da Procuradoria-Geral da União editar Ordens de Serviço constituindo-os em suas respectivas Procuradorias.

Art. 6º Os casos não previstos nesta portaria serão resolvidos pelo Procurador-Geral da União.

Art. 7º A presente Portaria entra em vigor na data de sua publicação, mantidas as atribuições do Grupo de Trabalho constituído pela Portaria PGU nº 03, de 18 de dezembro de 2003.

JEFFERSON CARÚS GUEDES”

A regulamentação da Procuradoria-Geral da União, como dito, visa tornar a atuação proativa da Advocacia-Geral da União mais eficiente e eficaz, fazendo que os seus órgãos de execução e os seus membros tenham a exata percepção da importância disso, bem como o devido respaldo institucional e hierárquico do Órgão de Direção Superior para essa atuação.

Essa atuação proativa da Advocacia-Geral da União, conjugada com as atividades de consultoria/assessoramento jurídico e defesa judicial e extrajudicial da União e da República Federativa do Brasil, tem a nos demonstrar, de forma insofismável, que realmente a Instituição e seus membros desempenham atividades típicas de estado e não de governo, já que qualquer ato ou política pública dos poderes da União, inclusive do governo do momento, somente poderá ser sustentado por essa Advocacia Pública Federal caso esteja alicerçado pela ordem jurídica vigente.

Por outro lado, entende-se que a atuação proativa da Advocacia-Geral da União merece ser bem coordenada com a sua área de consultoria e de assessoramento jurídico, bem como a de defesa judicial e extrajudicial, atividades típicas, por assim dizer, da Instituição, sob pena da possibilidade de gerar contradições não saudáveis à sua competência e às suas atribuições como um todo.

Nesse momento, merece ser reproduzida a declaração, na condição de Procurador-Geral da União Substituto, que se teve a oportunidade de transmitir e o privilégio singular de ver constar no excelente trabalho de conclusão de pós-graduação do Dr. Carlos Araújo Souto, sob a orientação do

Dr. Rui Magalhães Piscitelli, intitulado “A AGU E A REDE DE CONTROLE GOVERNAMENTAL” (2009), que consta na Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados:

“(…)

A Advocacia-Geral da União é órgão participante da rede de controle governamental e atua na defesa da legalidade e da legitimidade dos atos praticados pela Administração Pública. Também atua como agente que viabiliza políticas públicas, dentro do atual modelo do Estado brasileiro, exercendo os mecanismos jurídicos de que dispõe para a concretização desses atos e políticas. Desse modo, quando se fala em rede de controle, a AGU tem um atuar interno e outro externo.

Quanto ao controle interno, a AGU atua de modo concomitante à prática do ato. Assim, a AGU acompanha a prática administrativa, cuidando para que cada ato tenha uma análise preventiva no nascedouro. Porém, ainda existe o controle realizado pelas próprias unidades de controle do órgão que pratica o ato. Trata-se das unidades de Auditoria e Corregedoria que também desenvolvem atividades voltadas para o trabalho de controle interno, capitaneados pela Controladoria-Geral da União - CGU. Dessa maneira, de modo simplificado, o controle de atos administrativos do Poder Executivo Federal tem na Controladoria-Geral da União - CGU seu órgão central, o qual tem estreita ligação com a AGU, por meio das Consultorias Jurídicas. O controle preventivo realizado por essas consultorias é o foco da AGU e a judicialização (o questionamento perante o Poder Judiciário) desses atos e políticas demonstra que alguma coisa não foi bem feita, sob a ótica da constitucionalidade e legalidade preventivas, que são o objeto das con-

sultorias e assessoramentos jurídicos. Assim, todo esse encadeamento necessita de adequada condução pela AGU.

(...)

Pode-se observar que os Poderes Legislativo e Judiciário têm suas próprias consultorias e assessoramentos jurídicos, sendo que, nesses casos, a AGU apenas atua quando a questão envolver a necessidade de atuação perante o Poder Judiciário. Assim, os Poderes da República cooperam mutuamente para que essa rede de controle preventivo de consultoria e assessoramento jurídico seja a melhor possível de modo a se evitar ou reduzir a judicialização.

Dessa maneira, no que se refere ao Controle Interno da Administração Pública, a AGU dedica-se às atividades de consultoria e de assessoria jurídica da Administração do Poder Executivo, atuando em sintonia com a Controladoria-Geral da União - CGU - que é o órgão do Poder Executivo Federal competente para o exercício do controle interno desse Poder. Nesse sentido, a atuação da AGU, no exercício de suas competências, ao apoiar-se nesse órgão de controle interno e procurar adotar as medidas de sua competência, a partir da apuração da CGU, revela a ligação que há entre esses dois órgãos atuantes da rede de controle, cooperando entre si para a efetividade dessa rede. Dessa maneira, dados extraídos de relatório estatístico, elaborado pela PGU, mostram o crescente número ações de improbidade administrativa propostas pela AGU, tendo por base os relatórios da Controladoria-geral da União. Os dados revelam que, em 2008, a AGU impetrou 291 dessas ações e até julho de 2009 já somam 155 ações de improbidade administrativa, tendo por base os relatórios do Órgão Central de controle interno do Poder Executivo Federal.

As Ações de Improbidade Administrativa são outro ponto que merece comentário. Tanto o Ministério Público como a AGU têm essa competência concorrente para o ajuizamento dessas ações, e a AGU, então, exerce essa competência. A maior parte dessas ações decorre dos trabalhos realizados pela Controladoria-Geral da União e pelo TCU e, num volume menor, as ações que decorrem de processos administrativos instaurados no âmbito dos próprios órgãos da Administração e que são encaminhados para a PGU. *Destaque-se o fato de que a AGU também ajuíza essas ações por iniciativa própria, com a devida cautela, de forma a que estejam devidamente caracterizadas e fundamentadas. Na verdade, a missão principal da AGU é defender a legalidade, a legitimidade e a constitucionalidade do ato, não podendo ser contraditória, respaldando, numa ponta, de modo preventivo, a prática do ato, por meio da consultoria e do assessoramento jurídicos e depois vir ela mesma a questionar judicialmente esse mesmo ato. Esse cuidado visa impedir que a AGU não atue de modo incoerente com sua missão precípua de defesa da legalidade, da legitimidade e da constitucionalidade dos atos. Assim, esse outro atuar, ajuizando Ações Cíveis Públicas e Ações de Improbidade Administrativa, é secundário, em relação à principal função de defesa do Estado, e busca ampliar a efetividade do controle governamental.* Como dito, esse outro atuar deve pautar-se pela coerência e segurança, tão necessárias para que a AGU se confirme como órgão de elevada relevância para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Como forma de aperfeiçoar o funcionamento da rede de controle da Administração Pública, a PGU tem buscado adaptar sua estrutura organizacional para responder de

modo adequado às necessidades de controle. Nesse sentido, o Ato Regimental nº 7, de 11 de outubro de 2007, criou diversos órgãos e, dentre eles, o Departamento de Patrimônio Público e Probidade Administrativa que cuida, de modo específico, da proposição dessas ações (tanto a civil pública, como a de improbidade), inclusive na busca de um melhor entrosamento com os órgãos da rede de controle (CGU e TCU). O objetivo da criação desse órgão é uma maior especialização, principalmente dos próprios Órgãos Superiores, como também ampliação da coordenação, supervisão e orientação do atuar jurídico. Acrescente-se a emissão de inúmeras Súmulas que disciplinam matérias relevantes e harmonizam relações entre órgãos, sempre na busca da pacificação social.

Ao analisar o fato histórico, observa-se que o Constituinte Originário, na oportunidade da feitura da Constituição Federal de 1988, desejou tirar do Ministério Público essa função precípua de defesa do Estado, deixando-o dedicado à defesa da Sociedade. Nesse momento, nascia a AGU, com a expressa competência de defesa dos interesses da República. Desse modo, a AGU ganhou, do MP, uma herança muito forte que levou para dentro da Instituição uma cultura jurídico-institucional no que se refere a essa preocupação com os interesses da sociedade e do Estado. Isso influenciou de modo positivo a formação do próprio modo de ser da AGU, com reflexos no seu atuar jurídico e contribuindo para a consolidação da AGU como Instituição imprescindível à existência do Estado Democrático de Direito.

(...)” (destacamos)

Visualiza-se que, com as cautelas acima levantadas, a atuação proativa da União pode muito bem caminhar paralelamente à

atividade de consultoria e assessoramento jurídico, bem como de defesa judicial e extrajudicial, sem quaisquer espécies de riscos a essas nobres funções jurídicas da Advocacia-Geral da União.

3. Considerações finais

Com o enfrentamento dos tópicos acima, espera-se haver tido a oportunidade de trazer à baila para a comunidade jurídica, em especial aos operadores no direito público, e à sociedade em geral, alguns aspectos relevantes da prática jurídica no âmbito da Advocacia-Geral da União, mais especificamente no campo do contencioso da União – Administração Direta –, exercida pela Procuradoria-Geral da União e seus órgãos de execução – Procuradorias Regionais, Estaduais e Seccionais, na esteira do dito no artigo “Arquitetura da estrutura jurídico-funcional da Advocacia-Geral da União após 17 (dezesete) anos de existência. Modelo ideal”, abaixo referido nos dados bibliográficos.

Também, não pode ser deixado de frisar a importância de que sempre haja um trabalho de sistematização da atuação da Advocacia-Geral da União e dos seus membros, como também de seus servidores técnico-administrativos, com vistas a incessantemente buscar respaldo e coerência nessa atuação.

Por fim, ressalte-se que as regulamentações acima citadas, como outras, são decorrência de uma inteligência coletiva brotada e despertada entre os membros da Advocacia-Geral da União, capitaneada e estimulada pelos dirigentes dos órgãos superiores desta Instituição.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: C. Bastos, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado: o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. *Fórum Administrativo*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 253-257, maio 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Agências reguladoras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 791, p. 739-756, set. 2001.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Reforma administrativa: Estado, o serviço público e o servidor*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

PERIN, Jair José. A intervenção do Estado no domínio econômico e a função das agências de regulamentação

no atual contexto brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 40, n. 159, p. 145-160, jul./set. 2003.

_____. Considerações críticas a respeito da divisão de competências entre a Justiça comum e as especializadas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 44, n. 175, p. 205-217, jul./set. 2007.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUTO, Carlos Araujo. *A AGU e a rede de controle governamental*. (Monografias, dissertações e teses). 35 f. Monografia (especialização) – Curso de Pós-Graduação em Auditoria Interna e Controle Governamental, Instituto Serzedelo Corrêa do Tribunal de Contas da União, 2009. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3764/agu_rede_souto.pdf?sequence=1>. Acesso em: 17 nov. 2011.

Divergências científicas e metodológicas no direito público e no ambiental

Eduardo Fortunato Bim

Sumário

1. Introdução. 2. A incompletude e a incerteza científica: a ciência como política e a ausência de neutralidade científica. 3. O confronto entre a ciência e o direito: inviabilidade de uma abordagem maniqueísta. 4. A constante mutação do estado da técnica: impossibilidade de se seguir os modismos científicos. 5. O papel do Judiciário e a *judicial deference doctrine*: foro inadequado para resolver disputas entre cientistas ou metodologias científicas. 6. Conclusão.

The need to be right is the sign of a vulgar mind (Albert Camus).

1. Introdução

Tem sido frequente a contestação dos métodos científicos utilizados em estudos que alicerçam decisões governamentais na seara do direito público, especialmente no direito ambiental. Embora o método científico seja o melhor, ele não é perfeito, pois engloba inúmeras teorias sobre o mesmo objeto, muitas vezes sem a precisão desejada.

Em alguns casos, usam-se argumentos insatisfatórios do ponto de vista cognitivo, quando não preconceituosos ou encampadores de credices a respeito da ciência e/ou técnica, arvorando-se em cientistas da incerteza ou, paradoxalmente, cientistas da certeza absoluta.

Como se isso não fosse suficiente, ainda existe a questão da avaliação do risco. Ex-

ção em um panorama no qual a ciência era determinista, o risco tornou-se regra, fenômeno que cunhou a expressão sociedade de risco (Ulrich Beck). Essa expansão da percepção do risco impacta a tomada de decisões quando cumulada com a ampliação do princípio da precaução.

Esse panorama ganha complexidade na seara ambiental devido à concepção de alguns sobre o princípio da precaução. Ademais, a proteção do meio ambiente deve ocorrer “segundo o *estádio mais avançado da ciência e da técnica*”,¹ sendo essa questão recorrente em face da inerente transdisciplinaridade do direito ambiental, que, para proteger o meio ambiente, adota os conceitos das ciências biológicas ou naturais, externalizando os conceitos jurídicos.

É sobre esse tema que o presente artigo trata: as incertezas científicas que o direito encara diariamente e que são mal traduzidas dentro das lides judiciais devido à falta de compreensão dos limites da ciência, tanto de seus métodos quanto de seus protagonistas. Essa situação não é nada confortável porque o papel do direito é dar certeza e segurança jurídicas, papel aparentemente utópico em face das incertezas científicas.

2. *A incompletude e a incerteza científica, a ciência como política e a ausência de neutralidade científica*

Não é de hoje que se lida com a incerteza científica em todas as áreas do conhecimento. O pensamento de que a ciência é precisa, de que responde a todas as perguntas ou tem um método seguro e eficaz está superado pelos estudos da história, da filosofia e da sociologia da ciência.²

¹ O que de forma alguma significa o acatamento simples e puro da melhor tecnologia disponível (*Best Available Technology or Techniques* - BAT), excluindo considerações sobre o custo excessivo (*Best Available Technology or Techniques not Entailing Excessive Cost* - BATNEEC) (CANOTILHO; LEITE, 2010, p. 29).

² Os desenvolvimentos modernos na filosofia da ciência têm apontado com precisão e enfatizado pro-

Em sua obra *Introdução ao Pensamento Complexo*, Edgar Morin (2007, p. 5) defende que os métodos simplificadores mutilam a realidade de tal forma que eles produzem “mais cegueira do que elucidação”. Embora Morin exemplifique que o conhecimento fragmentado³ não gera necessariamente um conhecimento global, ele aduz que todos os conhecimentos sobre a física, biologia, psicologia e sociologia não afastaram o desenvolvimento do erro, a ignorância ou mesmo a cegueira. O cientista precisa ser capaz de viver em um mundo desordenado (MORIN, 2007, p. 9). Como sabiamente já reconheceu a jurisprudência:

“(…) Sob o enfoque da Epistemologia não há certeza científica absoluta. A exigência de certeza absoluta é algo utópico no âmbito das ciências. A questão da verdade científica é um tema recorrente em Epistemologia porque a ciência busca encontrar o fato real. Todavia, há muito se percebeu que o absoluto é incompatível com o espírito científico e que na área das ciências naturais as pretensões não de ser mais modestas.”⁴

Por isso, o princípio da precaução deve ser visto com cautela em sua consagração na Declaração do Rio, quando aduz “ausência de absoluta certeza científica”, uma vez que

fundas dificuldades associadas à ideia de que a ciência repousa sobre um fundamento seguro adquirido através de observação e experimento e com a ideia de que há algum tipo de procedimento de inferência que nos possibilita derivar teorias científicas de modo confiável de uma tal base. Simplesmente não existe método que possibilite às teorias científicas serem provadas verdadeiras ou mesmo provavelmente verdadeiras” (CHALMERS, 1993, p. 13).

³ A especialização nada mais é do que a redução do objeto estudado. O rigor científico, segundo Boaventura de Sousa Santos, aumentaria “na proporção directa da arbitrariedade com que espantilha o real”. Acaba segregando o saber para “policar as fronteiras entre as disciplinas e reprimir os que as quiserem transpor”, fazendo do cientista um “ignorante especializado” (SANTOS, 1993, p. 46).

⁴ TRF da 1ª Região, 5ª T., m.v., AC 1998.34.00.027682-0, rel. Des. Fed. Selene Maria de Almeida, j. em 28/06/2004, DJ 01/09/2004, p. 14.

essa certeza absoluta não existe. Sempre haverá ausência de absoluta certeza científica e ignorar tal fato poderá hipertrofiar o princípio da precaução ao mesmo tempo em que paradoxalmente poderá anulá-lo, quando se exige prova irrefutável e se ignora a margem de discricionariedade técnica e política do Estado para regular o risco.

A compreensão do discurso científico deve ser feita com maturidade, evitando-se “um toque de Midas” da verdade e do absoluto, sob pena de se recair em um obscurantismo científico, que bem lembra o discurso religioso.⁵

Em obra clássica, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, Thomas S. Kuhn quebra o mito de que a construção científica é algo formal, neutro, lógico, defendendo a sua historicidade (história da ciência) e a sua inserção sociológica (sociologia da ciência). Essa construção vai além da mera observação da realidade, havendo tensões entre cientistas que transbordam a suposta tradicional racionalidade científica. Aduz que “a competição entre os segmentos da comunidade científica é o único processo histórico que realmente resulta na rejeição de uma teoria ou na adoção de outra” (KUHNS, 2006, p. 27).

O problema não é apenas dos limites cognitivos da ciência, considerada de uma maneira pura, mas também de sua história, de sua dinâmica e dos homens que dela participam. A construção do paradigma – bem como o de sua superação – de Thomas S. Kuhn bem demonstra isso. A ciência também tem razões que a própria ciência costuma desconhecer, sendo não raramente influenciada por razões políticas, ideológicas e/ou pessoais.

Max Weber (1999, p. 40) aduzia que a plena compreensão dos fatos ficava

⁵ “O entendimento de que a ciência procura a ‘verdade’ sobre a natureza e é baseada em comprovação de fatos inquestionáveis dependentes da pura observação científica conduz atualmente a uma aceitação do discurso científico assim como no passado se aceitava o discurso religioso” (CUNHA, 2008, p. 29).

prejudicada pelo próprio juízo de valor do cientista. Embora essa crítica possa ser entendida como defensora do mito da neutralidade científica, pode-se ver tal passagem como sinal de que os juízos de valor são capazes de alterar a compreensão dos fatos, como se hoje reconhece. Por isso não é raro encontrar posicionamentos doutrinários que rechaçam essa neutralidade e a-historicidade da ciência, como faz Sérgio Resende de Barros (2008, p. 146): “É pura ideologia considerar os intelectuais como neutros, não importa a subcategoria: cientistas, filósofos, professores, técnicos, clérigos, etc.”⁶

Somam-se a isso as advertências de Gérard Fourez (1995, p. 98) sobre a ausência de pureza racional do trabalho científico bem como⁷ sobre o fato de que “a comunidade científica busca também encontrar aliados que, eventualmente, subsidiarão as suas pesquisas; é, portanto, um grupo social que tem ‘algo a vender’, e que procura ‘compradores’” (1995, p. 98). Acrescenta, ainda, em relação à ausência de pureza do trabalho científico:

“Além disso, essa ‘racionalidade científica’ é um conceito relativa-

⁶ Boaventura de Sousa Santos (1993, p. 34) corrobora tal característica: “o que a ciência ganhou em rigor nos últimos quarenta ou cinquenta anos perdeu em capacidade de auto-regulação. As ideias da autonomia da ciência e do desinteresse do conhecimento científico, que durante muito tempo constituíram a ideologia espontânea dos cientistas, colapsaram perante o fenómeno global da industrialização da ciência a partir sobretudo das décadas de trinta e quarenta”.

⁷ “Para considerar um resultado científico como aceito e aceitável, os cientistas põem em jogo toda uma série de critérios que se pode mais facilmente determinar *a posteriori* do que *a priori*. Se um resultado vem do laboratório de um Prêmio Nobel, por exemplo, há mais chances de que ele seja aceito do que se vier de um laboratório menos conhecido. Já há algumas décadas, a sociologia da ciência tem examinado, no detalhe, como se realizavam as negociações concretas que conduziam a comunidade científica a aceitar esta ou aquela teoria. Nessas negociações entram elementos de várias ordens, desde relações de força até considerações de ordem financeira, passando por ambições de carreira, pressupostos filosóficos, políticos etc. (cf. STENGERS, 1987)” (FOUREZ, 1995, p. 85).

mente abstrato que, em geral, apenas reproduz a história da ciência vista pelos vencedores. Quando uma teoria científica é finalmente aceita, tem-se a tendência a dizer que ela é e que ela sempre foi racional. No entanto, no concreto da história, entra em jogo toda uma série de elementos que, pelo menos em nossa época, nunca foram considerados científicos” (FOUREZ, 1995, p. 85).

O próprio Karl Popper (apud HORGAN, 1998, p. 55) considera esse “lado” da ciência não muito prazeroso de se discutir ao aduzir em entrevista que, “como os cientistas recebem financiamento para o seu trabalho, a ciência não é exata como devia ser. Isso é inevitável. Há uma certa corrupção, infelizmente. Mas não gosto de falar sobre isso.”

Por isso são memoráveis as palavras de Isabelle Stengers, que vão muito além da questão sociológica ou mesmo da análise simples da história, ao agregar complexidade política e de vaidade acadêmica à questão:

“O cientista não é... o produto de uma história social, técnica, econômica e política, mas tira activamente proveito dos recursos do ambiente com a finalidade de fazer prevalecer as próprias teses, e *esconde* as próprias estratégias sob a máscara da objectividade. Por outras palavras, o cientista, de produto da própria época, tornou-se actor; e se, como afirmara Einstein, importa desconfiar do que ele diz fazer, mas importa sobretudo olhar para o que faz, não é porque a invenção científica exceda as palavras, mas porque as palavras têm função estratégica que é necessário saber decifrar” (STENGERS, 2000, p. 16).

É preciso quebrar o mito de que o cientista é “o representante acreditado de um modo de proceder em relação ao qual toda a forma de resistência se poderá dizer obscurantista ou irracional” (STENGERS, 2000,

p. 28). Com maestria Nietzsche asseverou o perigo desse tipo de fé:

“O que nos incita a olhar todos os filósofos de uma só vez, com desconfiança e troça, não é porque percebemos quão inocentes são, nem com que facilidade se enganam repetidamente. Em outras palavras, não é frívolo nem infantil indicar a falta de sinceridade com que elevam um coro unânime de virtuosos e lastimosos protestos quando se toca, ainda que superficialmente, o problema de sua sinceridade. Reagem com uma atitude de conquista de suas opiniões através do exercício espontâneo de uma dialética pura, fria e impassível, quando a realidade demonstra que a maioria das vezes apenas se trata de uma afirmação arbitrária, de um capricho, de uma intuição ou de um desejo íntimo e abstrato que defendem com razões rebuscadas durante muito tempo e, de certo modo, bastante empíricas. Ainda que o neguem, são advogados e frequentemente astutos defensores de seus preconceitos, que eles chamam ‘verdades’” (NIETZSCHE, 2001, p. 14).

Esse lado incerto, unilateral, vaidoso, político da ciência vem chamando a atenção nas lides judiciais, ainda que timidamente.⁸ Não é raro mascarar a luta política ou

⁸ Exemplo de alerta sobre essa questão está no voto do Min. Gilmar Mendes na ACO 876 MC-AgR/BA:

“(…) E essas questões de meio ambiente sempre vêm envolvidas com esses propósitos e alguns deles projetando um certo catastrofismo.

Aqui, também, não vamos esquecer, nesses debates, aparece sempre, desde aquele engajado na questão ambiental mais pura, mas há também o debate político que é absolutamente legítimo; aquele que se vale do procedimento que hoje a legislação concebe para a proteção do meio ambiente para travar a luta política – é apenas um juízo de constatação, não é um juízo axiológico. Não estou a dizer que isso seja inválido, mas o Tribunal não deve deixar de conhecer essas realidades” (STF, Pleno, ACO 876 MC-AgR/BA, rel. Min Menezes Direito, j. em 19/12/2007, DJe 31/07-2008, RTJ 205/02/537 e ss).

mesmo econômica,⁹ usar argumentos não relacionados com os interesses declinados, entre outras estratégias, mormente em questões que envolvem regulação, saúde ou meio ambiente. Por isso o STF não admite a confusão de argumentos jurídicos com outros que não compete ao Judiciário analisar.¹⁰

Frise-se que no direito ambiental, por exemplo, existem até mesmo aqueles que criticam a própria forma de abordagem desse ramo do direito, que sobrevaloriza as ciências biológicas e desconsidera que a maioria dos problemas ambientais tem causa antrópica (TÁMARA, 2007).

Em suma, não somente a ciência é incapaz de explicar tudo, como está longe de ser pura, neutra ou equidistante do mundo, sendo também movida por razões políticas, que englobam a vaidade do ser humano cientista. É necessário saber conviver com a ausência de neutralidade, a influência do homem na compreensão dos fatos bem como a motivação que muitas vezes se quer fazer acreditar que não existe no processo científico. Tal compreensão é fundamental para que não se veja nisso um pecado, mas parte natural das limitações que envolvem o processo científico.

⁹ Dayna Nadine Scott (2005) concorda com um revisor anônimo do trabalho de Bart Gremmen e Henk van den Belt (“*The precautionary principle and pesticides*”, *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* 12/197-198) quando esse aduziu que ativistas invocam o princípio da precaução como meio para transferir o ônus da prova da segurança com o objetivo de bloquear a introdução de tecnologias a que eles se opõem. E acrescenta que interesses privados bem organizados similarmente exigem provas conclusivas de dano como pré-condição para a regulação, e, em alguns setores, fizeram-no com sucesso por décadas (SCOTT, 2005, p. 75).

¹⁰ Constatou do acórdão da decisão sobre a transposição do Rio São Francisco que a “opção por esse projeto escapa inteiramente do âmbito desta Suprema Corte. Dizer sim ou não à transposição não compete ao Juiz, que se limita a examinar os aspectos normativos, no caso, para proteger o meio ambiente” (STF, Pleno, m.v., ACO 876 MC-Agr/BA, rel. Min. Menezes Direito, j. em 19/12/2007, DJe 31/07/2008, RTJ 205/02/537).

3. O confronto entre a ciência e o direito: inviabilidade de uma abordagem maniqueísta

Direito e ciência se diferenciam em seus métodos de atuação.

Marcia Angell (1996, p. 29) explica que uma abordagem maniqueísta (*adversarial approach*), na qual ou se ganha ou se perde, não faz parte do método científico. Por exemplo, um advogado pode perguntar a um biólogo porque ele está fazendo um segundo estudo sobre determinado assunto. Para o advogado o segundo estudo implicitamente mostra que existe algo de errado com o primeiro.

Quando o biólogo explica que nenhum estudo único é conclusivo, o advogado fica confuso. Similarmente, segundo a autora, ocasionalmente advogados perguntam por que o *New England Journal of Medicine* não publica estudos vindos do outro lado, “conceito que não tem significado em pesquisas médicas. A abordagem maniqueísta é muito efetiva para resolver muitos tipos de disputas, que não deixa dúvidas por que o Direito é baseado nela, mas ela não é o caminho para alcançar conclusões científicas” (ANGELL, 1996, p. 29).

O respeito saudável pelo método científico, quase sempre lento e às vezes frustrante, deve fazer parte do limite entre o direito e a ciência. Como bem escreveu Dan Gardner:

“Os cientistas também têm os seus vieses, mas o sentido da ciência é que, à medida que as evidências se acumulam, os cientistas discutem entre si com base em todo o corpo de evidências, não apenas em pedaços esparsos delas. No fim, a maioria decide numa direção ou em outra. Não é um processo perfeito, de jeito nenhum; é de uma lentidão frustrante e pode envolver erros. Mas é muito melhor do que qualquer outro método que os seres humanos têm usado para entender a realidade” (GARDNER, 2009, p. 270).

Não deve o direito tomar partido em discussões científicas não amadurecidas, embora isso seja inevitável, tanto pelo papel do direito de trazer certeza e segurança jurídicas como do *moto perpetuo* de contestação científica, retirando aquela unanimidade científica que utopicamente se almeja. Quando o direito é obrigado a tomar alguma decisão que implique uma escolha não pacífica em termos científicos, esta pode ser justificada pela margem de atuação/liberdade (discricionariedade) técnica ou pela política do órgão competente. Se tal não ocorrer, todas as decisões serão sempre impugnáveis por algum critério científico, ainda mais quando a decisão for relevante, quando todas as advertências do item anterior têm a capacidade de se acentuar.

A cautela se faz ainda mais necessária quando se trata de meio ambiente porque o princípio da precaução, da maneira pela qual é tratado por muitos, potencializa o desprezo pelo estado da técnica, pelo consenso científico, pressupondo o risco zero, o pior cenário ou ignorando que nada fazer também implica riscos, uma vez que quem age primeiro tem a seu favor o princípio da surpresa, podendo selecionar o enfoque do risco, omitindo outros enfoques que consequentemente mostrariam os demais riscos envolvidos.

Deslocar todo o ônus argumentativo para os ombros do empreendedor, com base em palpites ou teorias sem plausibilidade, coloca-o em posição praticamente indefensável, tendo em vista o terrorismo argumentativo, que não raras vezes supõe o *worst scenario* ou *zero-risk*, comum no direito ambiental, baseado mais na criatividade, na unilateralidade, em reduções/fragmentações e na especulação do que no amadurecimento e consenso científicos. Tal postura pode traduzir uma automática concessão da medida cautelar (GOMES, 2007b) e inserir critério material de ponderação que, no plano cautelar, desequilibra totalmente a paridade das partes (GOMES,

2007a),¹¹ desaguando mesmo na prova diabólica (*diabolica probatio*).¹²

Deve-se ver com cuidado a afirmação de que o princípio da precaução “carrega em si uma presunção de lesividade ambiental” (TESSLER, 2005, p. 662). Não se pode usar o princípio da precaução para deslocar o ônus ao potencial poluidor se a própria ciência não consegue explicar a inexistência do dano, quando não houver base científica razoável para provar a ameaça de dano ou mesmo se os possíveis danos forem fruto de enfoque unilateral e reducionista, negligenciando, não apenas a estatística da ocorrência do dano, como, principalmente, outros riscos em que se incorre ao não tomar aquela medida contestada.

O caso dos coincineradores de resíduos industriais perigosos em Souselas, Portugal, bem demonstra a capacidade do princípio da precaução de deslocar todo o ônus argumentativo científico sem base razoável. O processo de licenciamento foi criticado por não praticar a melhor ciência (em termos de método), com críticas desde o método em si, passando pela composição da comissão que analisou a questão e a não consagração de metodologias alternativas à queima dos resíduos.

Levada a questão ao Judiciário, o Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, depois de abrir exceção para conhecer um recurso de revista excepcional em sede de cautelares,¹³ decidiu que esse entendimento exacerbado do princípio da precaução levaria a uma situação insustentável:

¹¹ Acatando esse posicionamento da jurista portuguesa, cf. STA, 1ª Subseção do Contencioso Administrativo, v.u., Ac. 438/09, rel. Cons. Freitas Carvalho, j. em 02/12/2009 e STA, 1ª Subseção do Contencioso Administrativo, v.u., Ac. 961/09, rel. Cons. Adérito Santos, j. em 11/02/2010.

¹² Como parece defender Cass R. Sunstein (2008, p. 19) ao sustentar que o princípio da precaução parece exigir que o empreendedor demonstre que não existe risco algum, muitas vezes um fardo impossível de cumprir.

¹³ STA, 1ª Subseção do Contencioso Administrativo, v.u., Ac. 438/09, rela. Cons. Angelina Domingues, j. em 07/05/2009.

“(…) bastaria uma mera alegação genérica de que a ciência não garante que não há qualquer efeito danoso para o ambiente ou saúde, existindo, assim, sempre um risco potencial, para que qualquer decisão administrativa fosse paralisada, implicando, assim, que, perante a dúvida sobre a causa de um dano ou sobre a sua possível ocorrência, o julgador devia decidir sempre contra o autor do acto administrativo alegadamente causador de tal hipotético e eventual dano.”¹⁴

Por isso exigiu a prova, positiva, da probabilidade séria de os danos virem a ocorrer, sob pena de se impedir a realização de interesses públicos, que não deve ser obstaculizada “por meros receios de danos eventuais ou hipotéticos, que não se demonstra com grau de probabilidade séria que possam vir a ocorrer”.¹⁵

Como doutrina Paulo Bessa Antunes, ao rechaçar que a dúvida seja baseada na mera opinião de leigos,¹⁶ a dúvida, “para

¹⁴ STA, 1ª Subsecção do Contencioso Administrativo, v.u., Ac. 438/09, rel. Cons. Freitas Carvalho, j. em 02/12/2009.

¹⁵ STA, 1ª Subsecção do Contencioso Administrativo, v.u., Ac. 438/09, rel. Cons. Freitas Carvalho, j. em 02/12/2009

¹⁶ “A ciência moderna produz conhecimentos e desconhecimentos. Se faz do cientista um ignorante especializado faz do cidadão comum um ignorante generalizado” (SANTOS, 1993, p. 55). Exemplar ainda o caso julgado pelo Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, ao rechaçar a pretensão de usar o princípio da precaução na tutela cautelar baseado em alegados riscos de origem não apurada, com receios quase obscurantistas, que resultam de uma alegada “consciência social” ou da “percepção do homem médio”:

“A aplicação desta ideia de precaução aos procedimentos cautelares não pode ter a extensão que lhe deu o acórdão recorrido, bastando-se com a difusa imanência, na ‘consciência social’, de reticências e dúvidas sobre as alegadas potencialidades lesivas para a saúde da instalação de linhas eléctricas e dispensando os requerentes da demonstração, ainda que sumária, da existência de prejuízos irreparáveis, que invocaram, para a providência requerida.

Tal entendimento – como salientou o recente acórdão desta 1ª Secção Acórdão de 2 de Dezembro de 2009, proferido no Rº 438/09 – levaria a que bastasse

fins de que se impeça uma determinada acção, é fundada em análises técnicas e científicas, realizadas com base em protocolos aceites pela comunidade internacional. O que tem ocorrido é que, muitas vezes, uma opinião isolada e sem a necessária base científica tem servido de pretexto para que se interrompam projetos e experiências importantes” (ANTUNES, 2008, p. 35). Cass Sunstein também rechaça as credences ao doutrinar que um bom sistema democrático “coloca um grande prestígio na ciência e no que os especialistas têm para dizer. Ele rejeita o ‘populismo’” (SUNSTEIN, 2008, p. 2), mesmo sabendo que a ciência pode ser inconclusiva, que os especialistas podem errar e que os valores públicos desempenham um papel importante.

Não aceitando o critério dissidente ou ainda de resolver divergências entre cientistas, o TRF da 4ª Região manteve regulação da CNEN (Comissão Nacional de Energia Nuclear) – mesmo após os acidentes nucleares de Chernobyl (Ucrânia – 1986), de *Three Mile Island* (EUA – 1979) e, principalmente, do Césio 137 (Goânia/Brasil – 1987) – sobre a margem de radiação admissível em carne destinada ao consumo humano, que era igual à praticada na Europa. O tribunal foi categórico ao decidir que a legitimidade das normas “não pode, do ponto de vista jurí-

a mera alegação genérica de que a ciência não garante que não há qualquer efeito danoso para o ambiente ou para a saúde e de que, assim, sempre existe um risco potencial, para que qualquer decisão administrativa fosse paralisada, implicando que, perante a dúvida sobre a causa de um dano ou sobre a sua possível ocorrência, o julgador devesse decidir sempre contra o autor do acto administrativo alegadamente causador de tal hipotético e eventual dano. Seria exigir do autor de tal acto que não só fizesse prova de que o risco se situa nos limites legalmente admissíveis – como sucedeu, aliás, no caso das ora recorrentes [cf. alíneas I) e T), da matéria de facto provada] – mas, ainda, que demonstrasse a completa ausência desse risco, obrigando-o, para além dos limites do razoável, a uma *diabolica probatio*, com violação do direito de acesso à justiça e do princípio do processo equitativo (art. 20/1 e 4 CRP)” (STA, 1ª Subsecção do Contencioso Administrativo, v.u., Ac. 961/09, rel. Cons. Adérito Santos, j. em 11/02/2010).

dico, ser contestada com base em corrente científica dissidente”.¹⁷

4. A constante mutação do estado da técnica: impossibilidade de se seguir os modismos científicos

As constantes alterações do estado da técnica, incluindo a ambiental, impõem limitações cambiantes ao papel do Estado, uma vez que os padrões científicos são aqueles ditados pelo atual estado da técnica. Isso porque a ciência tende a ser provisória. Com os constantes aperfeiçoamentos científicos, o que atualmente pode ser considerado menos agressivo ao meio ambiente ou à saúde pode não sê-lo amanhã. Podem surgir novas técnicas mais sustentáveis e economicamente viáveis.

Por outro lado, novas tecnologias não são necessariamente as melhores, ainda que prometam sê-las. O Estado não pode se antecipar à ciência e nem *servir como campo de testes da ciência*. Não raramente saem estudos científicos em revistas conceituadas (v.g., *Nature* ou *Science*) ou defendidos em bancas acadêmicas sustentando determinada tese, mas sem que o tempo demonstre ou consolide a veracidade do que foi dito. Não se pode com essa base lançar o Estado em uma aventura científica ou sustentável, principalmente se essa aventura custar mais caro e restringir em demasia a isonomia. Conclusões equivocadas, falsas causas, desonestidade e incompetência intelectual são recorrentes, dentro e fora do mundo acadêmico.¹⁸

O Estado não é obrigado a seguir modismos ou estudos científicos novos e não amadurecidos na comunidade científica, principalmente nos casos de monopólio da

¹⁷ TRF da 4ª Região, Turmas Reunidas, m.v., EAC 90.04.09456-3, rel. Des. Fed. Teori Albino Zavascki, j. em 17/10/1990, DJU 05/12/1990, p. 29.421.

¹⁸ Ver a lista de Newton Freire-Maia sobre uma série de erros cometidos pelos cientistas (v.g., variáveis espúrias não constatadas, estatística, força da autoridade, deficiência da aparelhagem, limitações das teorias) (FREIRE-MAIA, 2008, p. 129-136).

informação por uma entidade ou grupos específicos, que podem ter interesse em apresentar um quadro caótico visando, por exemplo, reduzir o impacto sobre o meio ambiente ou simplesmente conseguir mais verbas para suas pesquisas. Tal situação também é comum em casos de medicamentos, principalmente aqueles experimentais.

5. O papel do Judiciário e a judicial deference doctrine: foro inadequado para resolver disputas entre cientistas ou metodologias científicas

É nesse contexto arenoso que o Judiciário é chamado a se manifestar, ainda que todas essas questões costumem ser ignoradas sob a equivocada visão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Faz-se necessário achar o lugar do Judiciário nesse mundo, sob pena de se chancelar o arbítrio científico e tornar a separação de poderes desnecessária. Como Hamilton disse em *O Federalista*, nº 78, se os juízes, no processo de interpretação da lei ou da constituição, “tentarem substituir o julgamento por vontade, as consequências serão as mesmas da predominância de seus desejos sobre os dos legisladores. Se tal procedimento fosse válido, não seria necessário que os juízes deixassem de pertencer ao Poder Legislativo” (HAMILTON, 1984, p. 579).

Uma teoria que evita a utilização abusiva do Judiciário é a da *judicial deference* ou *Chevron doctrine*.

A Suprema Corte estadunidense, em *Chevron v. NRDC (Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc - 1983)*, entendeu que a Administração Pública detém primazia na interpretação dos conceitos indeterminados das leis a ela dirigidas, somente podendo intervir o Judiciário em casos teratológicos. Porque o Judiciário deveria respeitar, em regra, a exegese do Executivo, a doutrina estabelecida no caso *Chevron* ficou conhecida como *judicial deference*, *Chevron deference* ou *Chevron doctrine*.

A deferência judicial remete “ao livre juízo da Administração a interpretação que esta se digne a fazer dos conceitos ambíguos, imprecisos ou indeterminados das Leis” (ENTERRÍA, 1996, p. 31). As cortes devem deferência às interpretações promovidas pelas agências (Poder Executivo), a menos que a lei seja clara ou a interpretação dada por elas seja desarrazoada.

Segundo o *Justice Stevens*, o primeiro passo (*first step*) para a aplicação da doutrina Chevron seria a ambiguidade da lei (SCALIA, 1989, p. 511,515). Se a lei contiver vaguidade ou indefinição, haverá espaço para que seu sentido dúbio seja precisado.

O segundo passo (*step two*) da doutrina Chevron seria a razoabilidade da regulamentação legal (SCALIA, 1989, p. 512). Destaque-se nesse ponto que não é a melhor interpretação da norma pela Administração Pública que se busca, apenas a razoável. Frise-se que, talvez com uma exceção (*AT&T Corp. v. Iowa Utilities Board*), a Suprema Corte nunca invalidou uma construção do Executivo com base no segundo passo (MAGILL apud DUFF; HERZ, 2005, p. 86).

Em *Smiley v. Citibank (South Dakota)* (1996), a Suprema Corte chegou a afirmar que a doutrina Chevron não seria afetada nem mesmo pela ausência de contemporaneidade da norma regulamentada, no caso maior do que 100 anos,¹⁹ ou pela revelação da necessidade de regulação pelo litígio atual sobre o alcance da norma,²⁰ incluindo o próprio processo na Suprema Corte,²¹ o que poderia indicar a necessidade de regulamentação pelo Executivo. E arrematou um dos aspectos mais polêmicos da *judicial deference*: o de que a existência de interpretação diferente no passado não é sinal de que a nova regulamentação seria inválida (“*Of course the mere fact an agency interpre-*

tation contradicts a prior agency position is not fatal”), desde que não haja mudança súbita e inexplicável ou que não considere a confiança legítima gerada na interpretação anterior.

O campo perfeito para a aplicação da doutrina Chevron reside exatamente na questão científica ou técnica, uma vez que por diversos motivos são intermináveis as disputas entre cientistas e/ou metodologias científicas, bem como as alterações de decisões embasadas nessa dinâmica. Salvo em casos nos quais a escolha regulamentar ou do caso concreto seja desarrazoada, deve prevalecer a decisão administrativa, até mesmo pelo campo discricionário/político reservado à Administração.

Em *Baltimore Gas & Electric Co. v. NRDC* (1983), a Suprema Corte estadunidense discutiu se a presunção de liberação zero (*zero-release assumption*) na atividade de licenciamento de usinas nucleares estaria de acordo com o NEPA (*National Environmental Policy Act*), que exige um *hard look* sobre a sua regulamentação. A Suprema Corte, repetindo o seu posicionamento adotado poucos anos antes (*Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC - 1978*²²), decidiu que o NEPA não exige que as agências adotem qualquer estrutura interna de decisão, sendo válida a avaliação genérica que a *Nuclear Regulatory Commission* (NRC) fez ao regulamentar tal atividade.

Asseverou que a eficiência administrativa e a consistência da decisão são alcançadas pela determinação genérica desses efeitos sem que seja necessário a sua repetição em procedimentos individuais, que poderão ser objeto de revisão pela Comissão (NRC) em qualquer caso.

Ademais, a presunção de liberação zero (*zero-release assumption*) era apenas uma das matérias tratadas em uma tabela inteira, com propósito limitado, e, principalmente

¹⁹ “The 100-year delay makes no difference... But neither antiquity nor contemporaneity with the statute is a condition of validity.”

²⁰ “That it was litigation which disclosed the need for the regulation is irrelevant.”

²¹ “Nor does matter that the regulation was prompted by litigation, including this very suit.”

²² Caso no qual foi decidido que “as cortes geralmente não têm autoridade para impor procedimentos híbridos superiores àqueles contemplados pelas leis de regência”.

– o que demonstra o reconhecimento da Suprema Corte estadunidense da complexidade da matéria científica –, a regulação da *Nuclear Regulatory Commission* (NRC) é previsão, em área de conhecimento especializado, na fronteira da ciência, devendo o Judiciário intervir excepcionalmente. Textualmente:

“A corte revisora deve lembrar que a Comissão faz previsões, dentro de sua área de conhecimento especializado, nas fronteiras da ciência. Quando examinar esse tipo de determinação científica, ao contrário de simples averiguação de fatos, a corte revisora deve ser geralmente mais deferente. Veja, *e. g.*, *Industrial Union Dept. v. American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607, 656 (1980) (plurality opinion); *id.*, at 705-706 (MARSHALL, J., dissenting). [462 U.S. 87, 104]” (tradução livre)

Por essa razão que o Judiciário estadunidense prudentemente se nega a julgar (autocontenção/*self-restraint*), na análise do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), divergências entre cientistas, como decidiram a Corte do Estado de Nova York (*Matter of John Fisher et al v. Rudolph Giuliani* – 2001 e *Chinese Staff and Workers Association et al. v. Amanda M. Burden* – 2010), a do 9º Circuito (*City of Carmel-by-the-Sea v. United States Department of Transportation* – 1997) e a do 7º Circuito (*Sierra Club v. Marita* – 1995).

Quando se trata de matéria técnica, o STJ chama tal prudência de *princípio da deferência técnico-administrativa*, mero desdobramento da doutrina Chevron. O STJ, depois de mencionar o *princípio da deferência técnico-administrativa*, bem sintetizou a questão nos seguintes termos:

“Em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível – cautela que não se confunde com

insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo”.²³

Entes públicos têm feito diversas escolhas técnicas. Entretanto, isso não significa que tais medidas sejam as mais acertadas ou incontestáveis, mas provavelmente apenas razoáveis.

A discussão técnica sempre estará aberta, sendo um *moto perpetuo* científico de contestação. Entretanto, reconhecer esse *moto perpetuo* científico não autoriza a ingerência judicial nessa matéria, antes a desaconselha, a não ser em casos flagrantemente desarrazoados, uma vez que essa cautela “não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo” (REsp 1.171.688). Frise-se que essa autocontenção judicial engloba as opiniões dos auxiliares do juízo. Não faria sentido deixar nas mãos do perito a escolha da teoria/metodologia científica mais correta e vedá-la ao magistrado. Ainda seria o Judiciário que estaria “resolvendo” a disputa científica.

Isso está longe de tornar a decisão administrativa imune a críticas ou ao controle judicial, apenas reconhece que as limitações da ciência tornam qualquer decisão naturalmente criticável, embora não inválida. Por isso um ponto fundamental da doutrina Chevron é o de que por ela não se averigua qual é a melhor interpretação do significado da norma, mas apenas uma razoável, vedando-se leituras arbitrárias. Como magistralmente a Suprema Corte estadunidense asseverou em *Smiley v. Citibank (South Dakota)* (1996), depois de se reconhecer o primeiro passo (*first step*): “a pergunta diante de nós não é se isso representa a melhor interpretação da lei, mas se isso representa uma interpretação razoável”.²⁴ Pelo mesmo motivo, o ambientalista português Vasco Pereira

²³ STJ, 2ª T., v.u., REsp 1.171.688/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 01/06/2010, DJe 23/06/2010.

²⁴ “... the question before us is not whether it represents the best interpretation of the statute, but whether it represents a reasonable one.”

da Silva, com apoio em doutrina alemã, defende que “a fiscalização judicial do poder discricionário tem por finalidade a verificação da conformidade da decisão com a lei e o direito, e não a procura de ‘uma ‘melhor’ apreciação ou de uma ‘melhor’ decisão discricionária” (Starck)” (SILVA, 2009, p. 24).

Eduardo Rocha Dias, depois de narrar o mito da suposta unidade de resposta do direito, da ciência e da técnica, aduz que tal pensamento “ruiu diante da demonstração das limitações do conhecimento científico e da incerteza ante a complexidade do real. Ao lado da ruptura da crença no progresso inexorável do homem e da ciência, também se questionou a possibilidade de o direito oferecer uma solução única para cada caso. Passou-se a buscar apenas a solução mais razoável, ou mais plausível, verossímil ou defensável” (DIAS, 2008, p. 289).

As decisões administrativas ou legislativas podem lidar, também, com a incerteza, o que não necessariamente invalida a decisão. Conforme o Tribunal Constitucional Alemão (caso *Kalkar I* - 1978), que teve a oportunidade de tratar da questão da incerteza perante regulamentação legislativa sobre o uso pacífico da energia nuclear:

“Em uma situação necessariamente marcada pela incerteza, faz parte em primeira linha da responsabilidade política do legislador e do governo tomar, com base em suas respectivas competências, as decisões por eles consideradas convenientes. Dada essa situação fática, não é tarefa dos tribunais colocar-se, com suas valorações, no lugar dos órgãos políticos cunhados [funcionalmente] para tanto, pois neste caso faltam parâmetros jurídicos [de decisão]” (SCHWABE, 2005, p. 860).

Concluindo, ainda, com precisão pela ausência do risco zero ou mesmo dos riscos meramente hipotéticos quando baseados em prognósticos não demonstráveis pela ciência experimental:

“Exigir do legislador, com vistas ao seu dever de proteção, uma regulamentação que exclua com precisão absoluta riscos sofridos por direitos fundamentais, que possivelmente pode surgir da permissão de instalações técnicas e suas operações, significaria desconhecer os limites da faculdade cognoscitiva humana e, no mais, baniria definitivamente toda autorização estatal para o uso da técnica. Para a conformação da ordem social, deve, a esse respeito, satisfazer-se com prognósticos baseados na razão prática. Incertezas [que estão] além dos limites da razão prática são inevitáveis, devendo, nesse caso, ser suportados como ônus socialmente adequados por todos os cidadãos” (SCHWABE, 2005, p. 860).

No contencioso da comunidade europeia, sobressai o caso *Pfizer*, quando a *Court of First Instance* (CFI), em de 11 de setembro de 2002 (*Case T-13/99 – Pfizer Animal Health SA/NV v. Council of the European Union*), recusou o pedido da Pfizer para anular a alteração na Diretiva 70/524/CEE, que vedava a comercialização de antibiótico utilizado como aditivo nos alimentos dos animais. A CFI asseverou que, em cenários de incerteza, de controvérsia entre cientistas e com uma boa base de dados em mãos, o decisor deve adotar as medidas que “lhe parecerem adequadas e necessárias para evitar a realização do risco” (*Case T-13/99 – Consideranda 163*), o que não significa imunidade ao controle judicial.

Nos casos nos quais não haja consenso, deve-se prestigiar a decisão administrativa pela imanente discricionariade nestes casos.²⁵ Até mesmo a escolha da metodologia deve ser respeitada.

²⁵ “É bom ressaltar que o EIA não aniquila, por inteiro, a discricionariade administrativa em matéria ambiental. O seu conteúdo e conclusões não extinguem a apreciação da conveniência e oportunidade que a Administração Pública pode exercer, como, por exemplo, na escolha de uma entre múltiplas alternativas, optando, inclusive, por uma que não seja ótima

Sierra Club v. Marita (1995) foi um dos casos no qual o Judiciário estadunidense se recusou a rever divergência entre critérios metodológicos na elaboração do EIA, rechaçando as acusações de que o Serviço Florestal (*Forest Service*) não teria usado ciência de “alta qualidade” na preparação do EIA por não considerar a conservação biológica. *Sierra Club* embasou a importância da conservação biológica em vasta literatura (*mountain of literature*) e na opinião de 13 especialistas. A 7ª Corte de Circuito estadunidense entendeu que o Serviço Florestal usou um método de análise adequado. Embora este não tenha empregado a conservação biológica em sua análise final, considerou-a no estudo. Ao constatar que o Serviço Florestal considerou a questão da conservação biológica, concluiu que tal ciência seria de aplicação incerta, mantendo a decisão administrativa contestada. Concluiu a referida corte que a Lei Nacional de Política Ambiental (NEPA) não exige que o Judiciário decida se um EIA é baseado na *melhor metodologia científica disponível* ou que resolva *divergências entre vários cientistas quanto à metodologia*.

Caso análogo ocorre no Brasil quando o órgão licenciador escolhe uma das espécies de estudos ambientais possíveis ou concepções científicas no interior deles. Deve-se, a não ser em casos teratológicos, prestigiar a decisão administrativa²⁶, devendo-se ter

em termos estritamente ambientais. Tudo desde que a decisão final esteja coberta de razoabilidade, seja motivada e tenha levado em conta o próprio EIA” (BENJAMIN; MILARÉ, 1993, p. 68).

²⁶ “LICENÇA AMBIENTAL. NÃO EXIGÊNCIA DO EIA/RIMA. ATO DISCRICIONÁRIO. ORGÃO AMBIENTAL COMPETENTE. O órgão ambiental tem competência para, dentro das suas atribuições legais, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definir os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento. Entendendo o IBAMA que descabe a exigência do EIA/RIMA para a concessão de licença ambiental, mas sim que o estudo adequado é o RCA, não compete ao Poder Judiciário intervir em ato discricionário da Administração Pública” (TRF da 4ª Região, 4ª T., AI 0008650-38.2010.404.0000/PR, rel. p/ ac. Des.

em mente que o ato administrativo goza de presunção de legitimidade.²⁷

Nem mesmo o princípio da precaução ou o da prevenção podem ser usados para justificar qualquer medida, ainda que seja em prol do meio ambiente²⁸ ou da saúde humana. Acertadamente o TRF da 4ª Região, mesmo após os acidentes nucleares de Chernobyl (1986), *Three Mile Island* (1979) e do Césio 137 em Goiânia (1987), manteve regulação da CNEN (Comissão Nacional de Energia Nuclear) sobre a margem de radiação admissível em carne destinada ao consumo humano, deixando expressamente consignada que a legitimidade das normas “não pode, do ponto de vista jurídico, ser contestada com base em corrente

Fed. Jorge Antonio Maurique, j. em 21/07/2010, *DJe* 19/08/2010).

²⁷ “(...) 1. O Ministério Público não é o órgão responsável pelos licenciamentos ambientais e, em princípio, gozam de presunção de legitimidade e adequação as atividades dos órgãos estadual e municipal, FLORAM e FATMA, que licenciaram e autorizaram o empreendimento questionado na Ação Civil Pública originária. 2. O parecer técnico que fundamenta a pretensão ministerial e a decisão inicial estão isolados nos autos. Há manifestações favoráveis ao empreendedor por parte da FATMA, FLORAM e IBAMA e o próprio Serviço de Patrimônio da União confessa que cometeu equívoco e que a área é área turística residencial” (TRF da 4ª Região, 3ª T., AG 2002.04.01.010666-0, rel. Des. Fed. Marga Inge Barth Tessler, j. em 22/10/2002, *DJ* 06/11/2002).

²⁸ “DIREITO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE DETERMINOU A RETIRADA IMEDIATA DE MATERIAL SUPOSTAMENTE NOCIVO AO MEIO AMBIENTE (‘BORRA DE SAL’) EM ÁREA COSTEIRA, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA. IMPROVIMENTO. AUSÊNCIA DE ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL CONCLUSIVO, CAPAZ DE CONSTATAR A OCORRÊNCIA DE EFETIVO DANO AO MEIO AMBIENTE. (...) - Diante da ausência de um estudo conclusivo realizado pelo Poder Público acerca dos resíduos supracitados (‘borra de sal’), capaz de demonstrar a ocorrência de um efetivo dano ao meio ambiente, e em conformidade com as informações constantes nos autos, colacionadas pela própria agravante, não prospera a decisão *a quo*, no que tange à retirada imediata da ‘borra de sal’ da área afetada, e, por consequência, a aplicação da multa diária de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)” (TRF da 5ª Região, 4ª T., v.u., AI 92.180-RN (0090093-52.2008.4.05.0000), rel. Des. Fed. Edilson Pereira Nobre Júnior, j. em 09/11/2010, *DJe* 18/11/2010).

científica dissidente”.²⁹ Recusou-se a trazer para a arena jurídica, que tem outro método para resolver os problemas, as divergências científicas quanto aos níveis de radiação toleráveis ao ser humano, mantendo o critério do órgão legitimado para decidir sobre essas questões.

A *Court of First Instance*, no caso *Pfizer* (*Case T-13/99*), foi categórica em manter a decisão das instituições comunitárias rechaçando julgar a divergência científica, eis que existiam opiniões de peritos eminentes para ambos os lados, realçando que esse papel seria do órgão comunitário:

“Não cabe ao Tribunal apreciar a procedência de uma ou de outra posição científica defendida perante ele e subsistir a apreciação das instituições comunitárias, a quem o Tratado conferiu esta missão, pela sua. Com base no que precede, o Tribunal considera todavia que os argumentos das partes, confortados de ambos os lados por opiniões de peritos eminentes, demonstram que existia, no momento da adoção do regulamento impugnado, uma grande incerteza quanto à relação entre a utilização da virgínicina como aditivo na alimentação animal e o desenvolvimento da resistência às estreptograminas no homem. Ora, na medida em que as instituições comunitárias puderam validamente considerar que dispunham de um fundamento científico bastante quanto à existência dessa relação, a mera existência de indicações científicas em sentido contrário não é suscetível de mostrar que as instituições comunitárias transpuseram os limites do seu poder de apreciação ao considerarem que existia um risco para a saúde humana” (*Case T-13/99* – Consideranda 393).

²⁹ TRF da 4ª Região, Turmas Reunidas, m.v., EIAO 90.04.09456-3, rel. Des. Fed. Teori Albino Zavascki, j. em 17/10/1990, DJU 05/12/1990, p. 29.421

A própria administração pública pode gerar ambiguidade necessária para a aplicação da doutrina *Chevron*. Por isso Giuseppe Melis (2003, p. 517) doutrinou que a dúvida interpretativa pode ser causada pela própria Administração ao adotar atos contraditórios.

Entretanto, tal dúvida deve ser resolvida independentemente de já ter gerado litígios judiciais ou mesmo se constituir em algo diferente do que foi decidido pela própria Administração Pública no passado, como reconheceu a Suprema Corte estadunidense em *Smiley v. Citibank (South Dakota)* (1996).

6. Conclusão

Reconhecer os limites da ciência, bem como desmistificar a sua neutralidade e onipotência é uma questão de educação científica; educação que tem consciência do papel da ciência e não a confunde com o do direito. Frequentemente o Judiciário e até os próprios cientistas se esquecem dos limites da ciência, o que inclui seus métodos bem como seus membros. Para os operadores do direito, essa confusão é bem mais fácil porque o direito serve à certeza e à segurança jurídicas.

A luta entre diversos paradigmas é fato corriqueiro no processo científico e gera não apenas ausência de uniformidade científica, mas também cautela em face de seu próprio progresso, com as naturais divergências entre os cientistas e os seus métodos.

A ausência de certeza científica não deve ser vista como uma coisa anormal, perigosa por si só, uma vez que é intrínseco à ciência não apenas a incompletude, mas conviver com diversos interesses, estando longe de ser neutra, equidistante ou mesmo imparcial. Também não implica um niilismo científico, o que tornaria tudo válido em face do reconhecimento da relativização da certeza científica. Essa constatação só acarreta a consideração de outros critérios, geralmente escamoteados nas lides judiciais, e a de que nem todas as

decisões gozam de absoluto consenso na comunidade científica.

Esse quadro, quando é enfrentado pelo direito, é traduzido na decisão de alguém que nunca está imune a críticas, contestações etc. Somente se poderia acoirar essa decisão de inválida, sob o prisma do controle jurisdicional, se ela fosse manifestamente desarrazoada.

O Judiciário deve se abster de resolver o litígio, que no fundo é científico, quando é provocado para resolver divergências entre cientistas ou entre as diversas metodologias científicas. Tal conduta de autocontenção (*self-restraint*), antes de ser um acovardamento diante da lide, é fruto do reconhecimento dos limites científicos, que também acabam limitando o Judiciário, englobando os auxiliares do juízo. Não faria sentido o juiz não escolher qual a teoria/metodologia científica seria a mais correta e essa escolha poder ser feita, por exemplo, pelo perito do juízo.

A discricionariedade administrativa ou a doutrina Chevron é um excelente parâmetro para se evitar a transposição dos limites da ciência. Somente se deve anular a escolha tomada quando ela for manifestamente desarrazoada, sob pena de violação à separação de poderes (CF, art. 2º). Se assim não fosse, não faria sentido considerar o Judiciário um poder separado dos demais, como advertiu Alexander Hamilton.

É comum ver a ciência, com as suas naturais limitações, sendo usada para alcançar fins políticos, ou seja, para contestar decisões governamentais que não agradam a alguém. Esquece-se de mencionar que a ciência não é exata, adota-se a corrente científica que traz o resultado almejado e se propõe ação judicial para tentar substituir a margem decisória (política e/ou técnica) do governo. Ao tentar mudar as decisões dos representantes do governo, ainda que não sejam imunes a críticas científicas e muito menos política, no fundo, objetiva-se a confrontação política, tentando suplantar a vontade cunhada na dinâmica democrática.

Referências

ANGELL, Marcia. *Science on Trial: the clash of medical evidence and the law in the breast implant case*. London: W. W. Norton, 1996.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROS, Sergio Resende de. *Contribuição Dialética para o Constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MILARÉ, Édis. *Estudo Prévio de Impacto Ambiental: teoria, prática e legislação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal?* Tradução de Raul Filker. São Paulo: Brasiliense, 1993.

CUNHA, Alexander Montero. *Ciência, Tecnologia e Sociedade na Óptica Docente: construção e validação de uma escala de atitudes*. 2008. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2008.

DIAS, Eduardo Rocha. *Direito à saúde e informação administrativa: o caso das advertências relativas a produtos perigosos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DUFF, John F.; HERZ, Michael (ED.). *A guide to Judicial and Political review of Federal Agencies*. Chicago: American Bar Association, 2005.

ENTERRÍA, Eduardo García de. Uma nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, ano 7, n. 25, 1996.

FOUREZ, Gérard. *A Construção das Ciências: introdução à filosofia e à ética das ciências*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: UNESP, 1995.

FREIRE MAIA, Newton. *Verdades da Ciência e outras verdades: a visão de um cientista*. São Paulo: UNESP, 2008.

GARDNER, Dan. *Risco: a ciência e a política do medo*. Tradução de Léa Viveiros de Castro e Eduardo Süsskind. Rio de Janeiro: Odisséia, 2009.

GOMES, Carla Amado. And now something completely different: a co-incineração nas malhas da precaução: anotação ao Acórdão do TCANorte de 29 de Março de 2007a. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 63, p. 55-59, mar./abr. 2007.

_____. As providências cautelares e o princípio da precaução: ecos da jurisprudência. Lisboa: [s.n.], 2007b. Disponível em: <<https://dspace.ist.utl.pt/>

bitstream/2295/156543/1/PROVPREC.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2011.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HORGAN, John. *O Fim da Ciência: uma discussão sobre os limites do conhecimento científico*. Tradução de Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

MELIS, Giuseppe. *L'Interpretazione nel Diritto Tributario*. Padova: CEDAM, 2003.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal, ou, prelúdio de uma filosofia do futuro*. Tradução de Márcio Pugliese. Curitiba: Hemus, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso sobre as Ciências*. 6. ed. Porto: Afrontamento, 1993.

SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. *Duke Law Journal*, Durham, n. 3, June 1989.

SCOTT, Dayna Nadine. Shifting the burden of proof: the precautionary principle and its potential for the democratization of risk. In: LAW COMMISSION OF CANADA (ED.). *Law and Risk*. Vancouver: UBC, 2005.

SILVA, Vasco Pereira da. Mais vale prevenir do que remediar: prevenção e precaução no direito do ambiente. In: PES, João Hélio Ferreira; OLIVEIRA, Rafael Santos de (Coord.). *Direito Ambiental Contemporâneo: prevenção e precaução*. Curitiba: Juruá, 2009.

STENGERS, Isabelle. *As Políticas da Razão: dimensão social e autonomia da ciência*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. *Laws of Fear: beyond the precautionary principle*. Cambridge: Cambridge University, 2008.

SCHWABE, Jurben. *Cinquenta Anos da Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

TÁMARA, Felipe Cárdenas. Los silenciamientos de la ciencia ambiental: una reflexión crítica sobre estructuras de opresión. *Nómadas: Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Madri, n. 16, feb. 2007. Disponível em: <<http://www.ucm.es/info/nomadas/16/felipe-cardenas.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2011.

TESSLER, Luciane Gonçalves. A importância do princípio da precaução na aferição da prova nas ações inibitórias ambientais. In: SILVA, Bruno Campos et al (Coord.). *Direito ambiental: temas atuais visto por nós advogados*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 1999.

Ativismo judicial

Proposta para uma discussão conceitual

Marcelo Casseb Continentino

Sumário

1. Introdução. 2. Um ponto de partida teórico. 3. A experiência norte-americana. 4. Riscos e sugestões para a discussão do conceito de ativismo judicial. 5. Análise de caso: a jurisprudência do STF em relação ao mandado de injunção.

1. Introdução

O presente texto surge de uma grande inquietação. É que não sei responder uma pergunta que, aparentemente, aos olhos de hoje, parece de fácil resposta: em suma, o Supremo Tribunal Federal é ou não é uma corte ativista? Não sei.

É que tal questão me remete socraticamente a uma outra: o que é o ativismo judicial? E o ponto, segundo me parece, é digno de nota e consideração, pois a linguagem cotidiana, política e acadêmica está impregnada por esse novo conceito, que veio para ficar na comunidade brasileira; e, além disso, espalha-se a outras instituições e órgãos (*v.g.*: ativismo ministerial, ativismo do CNJ etc.). Ao mesmo tempo, não me parece possível divisar um sentido bem delimitado ou, melhor dizendo, um parâmetro ou critério que defina satisfatoriamente a dimensão semântica do conceito. “Ativismo, como a beleza, está normalmente nos olhos do possuidor” (LINDQUIST; CROSS, 2009, p. 1).

Significaria, pois, ativismo judicial a extrapolação das funções inerentes ao Poder

Marcelo Casseb Continentino é Mestre e Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB)/Università degli Studi di Firenze. Professor de Direito Constitucional do Curso de Pós-Graduação da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco e da Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 6ª Região. Procurador do Estado de Pernambuco.

Judiciário? A usurpação de competência institucional alheia (Executivo ou Legislativo)? Erro da decisão? Decisão proferida por juiz inconsequente? A adoção de uma metodologia da interpretação escusa? O casuismo jurídico? Uma decisão progressista? Ou, ao invés, conservadora? Quem sabe, simplesmente, uma decisão da qual eu ou você discorda? Enfim, uma decisão que frustra uma expectativa prévia?

Pretendo tão somente problematizar o conceito de “ativismo judicial”, bem como apontar alguns riscos ligados ao uso indiscriminado e acrítico do termo, já que, inspirado no pressuposto teórico da historiografia da história conceitual, tenho que o conceito representa um importante elemento de compreensão da realidade social e, de igual modo, ele próprio molda e constitui essa mesma realidade.

2. Um ponto de partida teórico

Não é meu objetivo, aqui, enveredar por uma rigorosa aplicação da metodologia da história conceitual (*Geschichtliche Grundbegriffe*), de Reinhart Koselleck, Otto Brunner e Werner Conze, o que demandaria pesquisa de muito maior fôlego, mas não devo negar que a reflexão ora desenvolvida inspira-se em seus escritos e métodos.

Em primeiro lugar, penso ser importante anotar que um dos pilares sobre o qual se apoia a história conceitual é o estabelecimento de uma relação complementar entre a história social e a história dos conceitos, a fim de melhor compreender o processo de mudança social e política da sociedade¹. A transformação ou o surgimento de um conceito, dentro de uma comunidade linguística, está associado à própria modificação dessa comunidade, já que, como dito, as camadas semânticas de sentido, que se superpõem com o passar do tempo,

¹ Segundo Reinhart Koselleck (2009, p. 3), “o estudo dos conceitos e de sua história linguística é uma condição essencial ao conhecimento da história, tanto quanto ao reconhecimento do nexo que interliga esses conceitos e a sociedade humana”.

guardam uma relação complementar com a história social. Pensar em ativismo judicial, segundo vejo a questão, implica pensar um espectro mais amplo do que aquele propiciado por um olhar eminentemente jurídico.

Em segundo lugar, gostaria de destacar que o uso do conceito abrange, ao menos, duas dimensões distintas. Uma delas tem a ver com o âmbito semântico, isto é, a relação de correspondência entre o conceito e a realidade por ele retratada; o conceito descreve a realidade. A outra dimensão, pragmática ou performativa, tem a ver com a fixação de diretrizes e critérios para os sujeitos de uma comunidade discursiva; é dizer, podemos pensar no uso do conceito a partir de uma matriz teleológica, de uma finalidade normalmente dissimulada pelos agentes do discurso. Aqui, o conceito constitui a própria realidade.

Sob tal ângulo, é fácil compreender porque o conceito de ativismo judicial tem seu “nascimento” ligado a uma disputa política quanto ao papel da Suprema Corte Americana. É o resultado de uma narrativa que busca justificar como se daria o legítimo exercício da competência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Essa observação, obviamente, remete-me a uma abordagem panorâmica do uso do conceito, no contexto americano.

3. A experiência norte-americana

Atribui-se a Arthur Schlesinger (apud LINDQUIST; CROSS, 2009, p. 1-2) o mérito de haver cunhado o termo “ativismo judicial”. Em 1947, ele publicou, na popular Revista *Fortune*, o artigo “The Supreme Court: 1947”, em que analisou a atuação dos *justices*, distinguindo-os entre “ativistas” (*activists*) e “campeões da restringibilidade judicial” (*champions of judicial restraint*), os quais podem ser denominados “passivistas” (*self-restraint*).

Aqueles se caracterizariam por inocularem, em suas decisões, as suas próprias concepções do bem comum. Os passivistas,

por sua vez, seriam os juízes que procuravam preservar a margem de conformação do legislador, prezando pela maior deferência judicial. O que se conclui, desde logo, é que o ativismo encerra um juízo negativo sobre o exercício da jurisdição constitucional, já que o campo semântico do conceito de ativismo judicial corresponderia a um verdadeiro “insulto” (SUNSTEIN, 2003)².

É bem verdade que existem outras formas de enxergar esse mesmo fenômeno. Cass Sunstein, por exemplo, reconhecendo existirem diversos critérios de acordo com os quais se pode classificar um juiz ou uma corte de ativista, propõe seja conferido ao termo ativismo judicial uma conotação “descritiva”, ou seja, relacionada à frequência com que se declara a inconstitucionalidade das leis; e não uma conotação “normativa”, no sentido de que devemos realizar um juízo de valor e concluir que o ativismo é bom ou ruim. Por outro lado, como demonstra Sunstein (2003), o ativismo judicial é uma pecha que tanto pode acometer as cortes denominadas conservadoras (v.g.: *Lochner* ou *Rehnquist*), como também aquelas classificadas progressistas (v.g.: *Warren*)³.

Não é difícil de imaginar, portanto, que não se trata de um conceito de simples aproximação. A indefinição semântica é uma constante, daí por que acho que o estudo de Keenan Kmiec (2004, p. 1441-1477) traz uma importante contribuição ao tema. Ele retrata a *multidimensionalidade* do termo,

² Em suas palavras: “Algumas pessoas denominam uma decisão ‘ativista’ quando pensam que a corte desviou-se da correta abordagem da Constituição. Nessa visão, a palavra ‘ativista’ não é meramente uma descrição; é também e sempre um insulto. Quando as pessoas criticam a Corte em face de uma injustificável contração ou expansão dos direitos constitucionais, e chamam essa contração ou expansão ‘ativista’, elas usualmente querem significar que a Corte desalinhou-se do correto entendimento da Constituição. Classificar uma decisão como ativista é dizer que ela é errada” (SUNSTEIN, 2003).

³ Sobre as características gerais de cada uma das cortes e a história da Suprema Corte, remeto à obra de Bernard Schwartz (1993, *passim*).

e analisa cinco diferentes sentidos no uso do conceito de ativismo judicial.

O primeiro deles verificar-se-ia quando ocorre a anulação de ato normativo (seja do Executivo, seja do Legislativo) cuja constitucionalidade seria demonstrável ou defensável. Nessa hipótese, critica-se a atuação da Suprema Corte, pois se entende que, em tal situação, diante da presunção de constitucionalidade da lei, a corte deveria democraticamente prezar pela deferência ao legislador (*in dubio pro legislatore*) (COMELLA, 1997, p. 141). Como se sabe, numa sociedade multicultural na qual muitas e diversas são as visões sobre a justiça, a moral e a ética, é inevitável persistir o “desacordo razoável” (*reasonable disagreement*) sobre a interpretação das normas constitucionais (LIPKIN, 2008, p. 181-232)⁴.

Embora haja acordo quanto às cláusulas constitucionais gerais e abstratas (v.g.: devido processo legal, liberdade de expressão, vida, *equal protection* etc.), no momento da especificação constitucional, isto é, quando se vai aplicar a norma constitucional abstrata ao caso concreto, começam-se os confrontos em torno da melhor interpretação constitucional⁵. Portanto, não se poderia afirmar, *a priori*, que o Poder Judiciário teria alguma ascendência sobre o Legislativo, em matéria de interpretação constitucional.

A segunda dimensão do conceito de ativismo judicial estaria relacionada com a vedação à criação judicial do direito. Cortes ativistas seriam aquelas que, ao desprezarem os limites de suas próprias atribuições e o princípio da separação dos poderes, criariam direito novo, a pretexto de interpretá-lo. Na minha opinião, o problema dessa perspectiva reside em sua premissa: a existência de normas jurídicas

⁴ O estudo de Robert Lipkin (2008, p. 13-54) cuida, em particular, da correlação entre o conceito de ativismo judicial e o *reasonable disagreements*. A relação entre o pluralismo na interpretação constitucional e a legitimidade do *judicial review* foi por mim explorada.

⁵ Sobre a relação pluralismo, teoria da constituição, legitimidade e democracia, é sempre recomendável o trabalho de Frank Michelman (2000, p. 63-76).

claras, com conteúdo bem definido e delimitado. Só que, em matéria constitucional, isso é praticamente uma exceção, porquanto uma das características mais marcantes das normas constitucionais é sua estrutura normativa aberta, que se presta a diversas interpretações⁶.

A mesma dificuldade entendo estar presente na terceira dimensão do conceito de ativismo judicial, aquela configurada quando a corte se desvia de uma metodologia de interpretação aceita. É como se tivéssemos atingido o estado da arte em matéria de interpretação constitucional, ou seja, houvésemos obtido o consenso em torno do método constitucionalmente adequado e correto de interpretar a Constituição, o que, naturalmente, não aconteceu.

Assim ocorreu, por exemplo, com a decisão de *Brown v. Board of Education* (U. S. Supreme Court, 1954), quando a Corte Warren reverteu a premissa (*holding*) adotada na decisão *Plessy v. Ferguson* (1896), em que a Suprema Corte havia acolhido a doutrina do “*separate but equal*”, para proibir definitivamente a segregação racial entre brancos e negros nas escolas. Essa decisão, na época, foi fortemente atacada, ao argumento de representar puro ativismo, um abuso do poder judicial (ROOSEVELT, 2006, p. 14). Porém, nos dias de hoje, é difícil encontrar alguma pessoa a rejeitar seu conteúdo.

Kmiec destaca, ainda, que cortes ou juízes ativistas poderiam ser os que julgam orientados pelo resultado. Só que esse tipo de abordagem, como nas situações anteriores, não traz consigo um parâmetro satisfatório para mapear as orientações individuais dos juízes e/ou da corte em contraste com a “correta” interpretação da norma constitucional, que estivesse acima de qualquer suspeita ou controvérsia.

A quinta dimensão de análise do ativismo judicial seria pautada pelo respeito aos precedentes judiciais e, na minha visão,

⁶ Sobre as especificidades das normas constitucionais, confira a obra de Luis Roberto Barroso (2009, p. 196 e ss).

oferece um pouco mais de objetividade; contudo, não elimina a imprecisão do conceito. A noção de ativismo, destarte, ligar-se-ia a uma decisão judicial que não se enquadraria à orientação consolidada pela jurisprudência.

A Suprema Corte fixa a interpretação constitucional sobre uma matéria, e os juízes e os tribunais devem segui-la. Se as cortes inferiores ou juízes não se submeterem ao precedente, a resistência representaria o ativismo judicial. O ativismo judicial, portanto, decorreria da não aderência às interpretações anteriormente perfilhadas, sem uma justificativa plausível ou razoável. Não aplicar o precedente equivaleria a não aplicar o direito preexistente; isto seria o mesmo que julgar conforme a própria conveniência e subjetividade, ao sabor das circunstâncias⁷. Logo, um órgão não

⁷ A questão sobre a vinculação dos precedentes é muito mais complexa do que se poderia imaginar à primeira vista, embora tal discussão fuja aos objetivos deste trabalho. Isso porque, para bem compreendê-la, faz-se necessário examinar três noções correlatas: o princípio do *stare decisis*, a presunção de correção (*presumption of correctness*) das decisões judiciais e, em particular, a ideia de integridade ou coerência do direito. É particularmente instigante a avaliação que Akhil Reed Amar e Vikram David Amar (2002) fazem sobre a decisão da Suprema Corte Americana, no caso *Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey* (U. S. Supreme Court, 1992), em que a Corte, não obstante as recentes nomeações conservadoras de Bush, manteve a tese (*holding*) de *Roe v. Wade*. Akhil Reed Amar e Vikram David Amar reconhecem que uma importante discussão, enfrentada pela Suprema Corte, desenvolveu-se em torno da possibilidade de superar-se o precedente da própria Suprema Corte (no caso, *Roe*), tendo em vista que o princípio da *stare decisis* não seria um comando inexorável. Porém, a Suprema Corte não estaria livre, mas dependeria de alguma razão especial que justificasse a conclusão de *Roe* revelar algum erro. Nesse ponto, a Suprema corte enveredou por uma rica discussão em torno da respeitabilidade dos seus próprios precedentes, chegando ao entendimento de que *Roe* não precisava ser revisto, porque sua tese central não se tornou juridicamente inviável com o passar do tempo. Considerou, ainda, relevante indagar se a mudança de posicionamento não causaria iniquidade social, em relação às expectativas das pessoas, ou dano à estabilidade social, ao se criar uma vedação à conduta anteriormente admitida, bem como o aspecto referente ao suposto anacronis-

democrático que teria se substituído indevidamente às escolhas do legislador. Essa quinta dimensão, como veremos adiante, parece-me a que melhor pode haurir o desenvolvimento das reflexões em torno do conceito de ativismo judicial.

Por ora, contudo, quero apenas reter duas conclusões parciais. Em primeiro lugar, a formação do conceito de ativismo judicial surge com uma conotação marcadamente negativa, no contexto histórico-político americano. Em segundo lugar, o conceito não remete necessariamente a uma atuação indevida da Suprema Corte, a exemplo do que o caso *Brown* veio a evidenciar.

4. Riscos e Sugestões para a discussão do Conceito de Ativismo Judicial

Diante das observações acima, vejo um relevante risco no uso, ou melhor, na manipulação do conceito, pois, no cenário brasileiro, em geral, o conceito de ativismo judicial reveste-se de conotação negativa. Em geral, aqui, os autores⁸ tomam-no por sinônimo de extrapolação das funções inerentes ao Poder Judiciário.

Precisamente nesse ponto é que reside o problema, já que o legítimo exercício das funções inerentes ao Poder Judiciário é tudo menos objeto de consenso. Normalmente, quando se acusa uma decisão judicial de ativista, esquece-se de justificar o porquê. O uso do conceito de ativismo traz consigo um ônus argumentativo, o qual – pela força semântica negativa que adquiriu – termina por ser deixado de lado, interrompendo-se o debate crítico. Em outras palavras, assistimos a uma crítica superficial e não fundamentada das decisões judiciais e, em particular, do Supremo Tribunal Federal, o que, no fundo, revela uma mera ideologização da visão de nossa prática judicial e do seu discurso crítico.

mo da decisão, em contraste as condições sociais em relação às quais se decidiu *Roe*.

⁸ Por todos, vide o livro “Ativismo Judicial”, de Elival Ramos (2010, p. 129).

Portanto, o conceito de ativismo judicial, de maneira geral, tem sido vítima de um uso retórico e simplista, não se revelando minimamente eficaz para uma crítica sólida e consistente da jurisprudência brasileira.

Como já disse no início deste trabalho, não tenho a pretensão de equacionar a questão, porém acredito que alguns pontos devam ser levados em consideração antes de julgarmos se o Supremo Tribunal Federal é ou não uma corte ativista. São, naturalmente, simples sugestões, que, no entanto, podem ampliar o horizonte da análise.

Poderíamos, assim, começar por uma investigação do perfil dos ministros integrantes do STF, o que representaria um primeiro passo para alavancar os elementos da avaliação. Qual Presidente os nomeou? Quando? É que, embora não tenha levado a termo uma pesquisa específica, é possível identificar a existência de certos laços de natureza diversa (ideológica, axiológica, política etc.) entre o Presidente da República e os cidadãos indicados ao cargo de ministro do STF. É imprescindível perquirir sobre as decisões proferidas, a partir desse viés: será que os ministros nomeados pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso são mais conservadores em relação às leis emanadas pelo governo de Lula ou de Dilma? Será que os ministros nomeados pelo ex-presidente Lula são mais “tolerantes” com as leis editadas durante o governo do Partido dos Trabalhadores (PT)? Houve mudanças de posicionamento, por parte dos ministros, aparentemente injustificadas após a sucessão presidencial? Eis alguns tópicos que merecem uma indagação mais sistematizada.

Correlato com esse primeiro ponto, estou certo de que seja também importante fazer-se um exame das decisões, a partir de grupos temáticos. Por exemplo: qual a posição do STF em matéria de direitos fundamentais? Qual seu entendimento sobre a liberdade de expressão? E sobre o direito à vida ou à igualdade? Há diferenças quanto

aos direitos individuais e os sociais? Entre os direitos fundamentais sociais, a exemplo dos direitos à saúde, à greve ou à moradia, é uniforme o tratamento conferido pelo STF? Como se caracterizam suas decisões sobre a efetivação do mandado de injunção? É que não me afigura coerente alinhar sob um mesmo epíteto a jurisprudência do STF sobre liberdade de expressão (*v.g.*: decisão sobre a marcha pela maconha) e imunidades parlamentares. Esse tipo de exercício, por sua vez, deve ser feito tanto individualmente, em relação a cada um dos ministros, quanto institucionalmente, isto é, considerando-se o STF como instância única e indivisível.

Com base nessa segunda sugestão, caminhar, enfim, para aquele que me parece o mais importante de todos os critérios de observação. Tem a ver com a noção de integridade (DWORKIN, 1996, p. 1-38) ou coerência (FALLON JR, 1987, p. 1189-1286) do direito. Pensar o direito a partir dessa concepção nos faz compreender que juízes e intérpretes têm o papel de perpetuar o projeto constitucional como se fossem parceiros numa empresa comum. O direito, na metáfora de Dworkin, é imaginado como um “romance em cadeia”, cujos capítulos devem ser coerentemente escritos por cada uma das gerações e membros integrantes da comunidade político-jurídica sem que se deixe perder o fio, o elo da história.

Com isso, os precedentes judiciais assumem valor ímpar, pois apontam para a exigência, sobretudo dirigida aos juízes e tribunais, de construção de uma jurisprudência coerente. Por mais abstratos que sejam os princípios constitucionais, não é dado ao intérprete, ao julgar um caso concreto, desconsiderar toda a construção constitucional edificada sobre a interpretação de um princípio constitucional.

Em consequência, o “casuismo jurídico” é o inimigo número um da noção de coerência ou integridade no direito e, ao mesmo tempo, o elemento revelador do ativismo judicial. Decisões distintas proferidas por

um mesmo tribunal ou juiz em situações semelhantes deixam transparecer um forte potencial de ativismo, além de subjetivismo e de irracionalidade judicial.

Por fim, não tenho dúvidas de que a demarcação temporal contribuiria significativamente à reflexão do conceito de ativismo judicial. Ora, atravessamos um longo período sob o jugo ditatorial (1964-1985). Em tal quadra histórica, a atividade judicial foi, por tantas vezes, senão silenciada, drasticamente afetada (PAIXÃO; BARBOSA, 2008, p. 57-78). Não podemos, então, deixar de reconhecer que o Poder Judiciário e, em particular, o STF não foram o incontestado baluarte das liberdades, mas fatalmente foram órgãos que sentiram o peso do autoritarismo, o que, em grande medida, manifestou-se por meio de uma aplicação tecnicista e legalista do direito.

Porém, 1988 inaugurou um novo tempo histórico, no constitucionalismo brasileiro. O tempo do Estado Constitucional (COSTA, 2006, *passim*). Tempo da “descoberta do judiciário” (CASTRO, 1997, p. 147-156), que se consolida como importante canal de articulação de conflitos políticos e sociais. Tempo da Constituição, norma fundamental da organização política e jurídica, que consubstancia os principais valores éticos e morais da sociedade.

O tempo histórico do Estado Constitucional é caracterizado por uma nova compreensão da Constituição, que rompe com o Estado Liberal e instaura o paradigma segundo o qual os direitos fundamentais se fundam diretamente na Constituição, não mais sendo necessariamente dependentes da intermediação legislativa (FIORAVANTI, 1995, p. 434-439). Por consequência, é-nos lançado um novo desafio consistente em buscar o “ponto de equilíbrio” entre o espaço dos direitos e o espaço da legislação, ambas partes operantes do desenvolvimento do sistema constitucional.

É, destarte, inevitável reconhecer que o redesenho do nosso arcabouço institucional está em curso, o que altera as expectativas

em torno das atuações dos Poderes constituídos, em especial do Judiciário, o que evidentemente se refletirá nas decisões judiciais.

Não estou aqui defendendo uma postura de maior centralidade ou supremacia do Judiciário, algo já naturalizado em discursos como o “neoconstitucionalista”, mas, apenas, chamo a atenção para o fato de que a mudança histórico-social, sem dúvida alguma, tem uma íntima relação na simbiose do conceito de ativismo judicial. Portanto, o referencial histórico, rico em significação das possibilidades do presente e da história institucional, a meu ver, deve ser considerado na análise do conceito de ativismo judicial.

Do contrário, estaremos sempre diante de um uso conceitual meramente retórico cujo resultado único será o fechamento do diálogo e da crítica constitucional.

5. Análise de caso: a jurisprudência do STF em relação ao mandado de injunção

No presente tópico, a partir do exame da jurisprudência do STF em matéria relacionada ao direito de greve dos servidores públicos e seu reconhecimento em sede de mandado de injunção⁹, quero mostrar como os elementos expostos acima podem contribuir para a configuração do conceito de ativismo judicial. Nesse caso, como discutido, estão em consideração a delimitação temporal e temática, a mudança da composição do STF e, sobretudo, a ideia de coerência e integridade.

Como sabemos, foi no MI nº 107-3 QO/DF, sob a relatoria do Min. Moreira Alves, que o STF fixou a tese não concretista do mandado de injunção, isto é, que tal ação teria seu objeto limitado à constituição da mora legislativa, sem, contudo, efetivar o

⁹ Esse tema foi melhor desenvolvido por mim, sob outro enfoque, no texto “Efeitos da decisão no mandado de injunção: perspectivas” (CONTINENTINO, 2011, p. 78-99).

exercício do direito no caso concreto. Esse mesmo entendimento foi aplicado aos servidores públicos, quando o STF julgou o MI nº 20-4/DF (Rel. Min. Celso de Mello, j. 15/05/1994) e, por conseguinte, negou-lhes o direito ao exercício da greve, enquanto não fosse editada a lei constitucionalmente reclamada.

Contudo, no MI nº 670-9/ES (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007), no MI nº 708-0/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007) e no MI nº 712-8/PA (Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007), o STF reverteu o entendimento manifestado no MI nº 20-4/DF e reconheceu a legitimidade do direito de greve não só para o impetrante (tese concretista individual), mas também para todas as categorias de servidores públicos, acolhendo, assim, a tese concretista genérica. Desnecessário lembrar, nesse caso, que houve, inclusive, o pedido de desistência do impetrante (Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará), mas foi recusado pelo STF.

O ponto que nos interessa, portanto, é que o STF saiu de uma tese não concretista (MI nº 20-4/DF), na qual restou prejudicada a efetividade do mandado de injunção em nome dos princípios democrático e da separação dos poderes, e, de repente, radicalizou a posição, galgando a tese concretista genérica (eficácia *erga omnes*). Em minha avaliação, o Supremo deu um passo muito largo, sem atender o necessário ônus de justificação, o que sensibiliza o frágil equilíbrio entre os espaços dos direitos e das leis.

Esse descompasso é melhor visualizado pela ideia de integridade e coerência, que não foi respeitada pelo STF. Com efeito, antes da decisão no caso da greve, o STF havia julgado o MI nº 695-4 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 01/03/2007), no qual reconheceu a mora legislativa do Congresso e notificou-o para regulamentar o direito ao aviso prévio proporcional. Observe-se que, nesse caso, o STF não foi além, pois, conforme reconheceram os próprios Ministros, o pedido do impetrante era limitado à decla-

ração de mora e notificação, o que sinaliza a adoção da tese concretista individual.

No MI nº 721-7/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30/j. 30/08/2007), por sua vez, em que se pleiteava a contagem de tempo especial para aposentadoria de servidora pública, com a aplicação da legislação do regime geral de previdência, houve a mesma limitação dos efeitos da decisão ao caso concreto (tese concretista individual). Posteriormente, no MI nº 795-1/DF (Rel. Cármen Lúcia, j. 15/04/2009), o Min. Joaquim Barbosa suscitou questão de ordem, aprovada por maioria, para que o plenário autorizasse o julgamento monocrático dos demais casos de mesma natureza, de modo a racionalizar a atuação da Corte.

Por esse outro ângulo, entendo que a decisão conjunta do STF no caso da greve (com eficácia *erga omnes*, isto é, tese concretista genérica) não só não foi a mais adequada à história do mandado de injunção, como também não se revestiu de coerência, pois o próprio STF, nos casos de aposentadoria especial, limitou os efeitos da decisão ao caso concreto (eficácia *inter partes*, ou seja, tese concretista individual).

Quando comparo as duas situações, não consigo enxergar o porquê do tratamento diferenciado. No caso da greve, por exemplo, o pedido do MI nº 712-8/PA era limitado à categoria representada pelo impetrante. Também se discutia matéria referente a servidor público. Já havia precedentes, à época daquele julgamento, em que a Corte tinha adotado a tese concretista individual (MI nº 721-7/DF). Logo, não estava o STF entre adotar uma decisão “ineficaz”, a exemplo do MI nº 20-4/DF, ou adotar uma decisão com eficácia *erga omnes* (tese concretista genérica). Tal contradição permite-me dizer que, agora sim, em matéria de direito à greve em sede de mandado de injunção, o STF pode ser enquadrado como uma Corte ativista.

Por fim, quero dizer que o presente trabalho pretende, antes de tudo, ser uma contribuição a enfatizar o papel crítico que

a doutrina deve exercer sobre a prática do direito constitucional, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal. As críticas feitas ao conceito de ativismo judicial se justificam porquanto o termo não tem o condão de capturar, em sua inteireza, a pluralidade de situações apreciadas pelo Poder Judiciário e, como tal, fragiliza o papel dessa mesma crítica. A partir do caso examinado sobre o mandado de injunção e direito de greve dos servidores públicos, pretendi desenvolver esse argumento para defender um uso mais restrito e fundamentado do conceito de ativismo judicial.

6. Referências

AMAR, Akhil Reed; AMAR, Vikram David. *How should the supreme court weigh its own precedent? This Term, the Court Confronts Stare Decisis*. In: FINDLAW. Eagan, M.N.: Thomson Reuters, 2002. Disponível em: <<http://writ.news.findlaw.com/amar/20021213.html>>. Acesso em: 13 ago. 2010.

CASTRO, Marcus Faro de. O supremo tribunal federal e a judicialização da política. *Revista de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.

COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEPC, 1997.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Efeitos da Decisão no Mandado de Injunção: Perspectivas. *Revista Dialética de Direito Processual*, Brasília, n. 102, p. 78-99, set. 2011.

_____. *Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.

COSTA, Pietro. *Democrazia politica e stato costituzionale*. Napoli: Scientifica, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey*, 505 U.S. 833. Decided June 29, 1992. In: FINDLAW. Eagan, M.N.: Thomson Reuters, 2011a. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=505&invol=833>>. Acesso em: 21 ago. 2010.

_____. *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483. Decided May 17, 1954. In: FINDLAW. Eagan,

- M.N.: Thomson Reuters, 2011b. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=347&invol=483>>. Acesso em: 23 ago. 2010.
- FALLON JR, Richard. A Constructivist coherence theory of constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, Harvard, v. 100, n. 6, p. 1189-1286, Apr. 1987.
- FIORAVANTI, Maurizio. Le dottrine dello Stato e delle costituzione. In: ROMANELLI, Raffaele. *Storia dello Stato Italiano dall'Unità a oggi*. Roma: Donzelli, 1995. p. 407-457.
- KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of "judicial activism". *California Law Review*, California, v. 92, p. 1441-1477, 2004.
- KOSELLECK, Reinhart. Storia sociale e storia concettuale. In: KOSELLECK, Reinhart. *Il Vocabolario della Modernità: progresso, crisi, utopia e altre storie di concetti*. Tradução de Carlo Sandrelli. Bologna: Il Mulino, 2009. p. 3-25.
- LINDQUIST, Stefane A.; CROSS, Frank B. *Measuring judicial activism*. New York: Oxford University Press, 2009.
- LIPKIN, Robert Justin. We are all judicial activists now. *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, v. 77, n. 1, p. 181-232, 2008.
- MICHELMAN, Frank I. Human rights and the limits of Constitutional Theory. *Ratio Juris*, Malden, v. 13, n. 1, p. 63-76, Mar. 2000.
- PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo Augusto Andrade. A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, v. 1, n. 6, p. 57-78, 2008.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROOSEVELT, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of supreme court decisions*. New Haven: Yale University Press, 2006.
- SCHWARTZ, Bernard. *A history of the supreme court*. New York: Oxford University, 1993.
- SUNSTEIN, Cass R. A hand in the matter: has the Rehnquist court pushed its agenda on the rest of the country? *Legal Affairs*, v. 26, Mar./Apr. 2003. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/March-April-2003/feature_marapr03_sunstein.msp>. Acesso em: 23 jul. 2010.

Tabagismo, livre arbítrio e dignidade da pessoa humana

Parâmetros científicos e dogmáticos para (re)pensar a jurisprudência brasileira sobre o tema

Marília de Ávila e Silva Sampaio

Sumário

I - Introdução. II - Moldura constitucional do debate: dignidade da pessoa humana, proteção à vida e à saúde e a liberdade de realização de escolhas pelo indivíduo. III - Livre arbítrio, tabagismo e nexos de causalidade no dever de indenizar: quando a doutrina e jurisprudência desconsideram as evidências científicas. IV - Livre arbítrio sob a ótica da jurisprudência brasileira. V - Conclusão.

I - Introdução

A discussão judicial acerca da responsabilidade civil das indústrias do tabaco encontra-se fortemente marcada por uma postura contrária aos interesses das vítimas do uso do cigarro, negando-se o direito à indenização ao fumante ou sua família¹. Os argumentos mais utilizados nas decisões judiciais contrárias aos pedidos das vítimas do uso do tabaco são de que *i)* o fumante tem conhecimento dos efeitos deletérios

Marília de Ávila e Silva Sampaio é Juíza de Direito titular da 14ª Vara Cível de Brasília do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Direito Privado e em Direito Administrativo pela Universidade Católica de Brasília - UCB. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UNB. Doutoranda em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB.

¹ Em pesquisa realizada entre os anos de 2006/2007 pela Associação de Controle do Tabagismo - ACT, Coordenada por Clarissa Menezes Homsí, apurou-se que, em segundo grau de jurisdição da justiça estadual, de 56 decisões analisadas na pesquisa, uma foi totalmente favorável ao autor e quatro foram parcialmente favoráveis. As demais foram desfavoráveis ao autor. No total da pesquisa, 98 decisões são desfavoráveis ao autor, "seja ele fumante ou familiar, de acordo com a análise relativa ao período de pesquisa". Incluídas as decisões analisadas em janeiro e fevereiro de 2008, tem-se 101 decisões favoráveis à indústria do tabaco. (HOMSI, 2008, p. 26-27)

do cigarro em sua saúde, fazendo uso do produto no exercício de seu direito de liberdade e livre arbítrio; *ii*) a nicotina não retira do fumante sua capacidade de abandonar o hábito de fumar; *iii*) a propaganda acerca do produto não é deficiente, pois não incentiva as pessoas a fumarem; *iv*) o cigarro não é um produto defeituoso e, sim, um produto perigoso, não havendo nexos de causalidade entre os males alegados e o uso do cigarro; *v*) também não há nexos de causalidade a ensejar o dever de indenizar, diante da culpa exclusiva da vítima/consumidor e, por fim, *vi*) a atividade desenvolvida pelo fabricante de cigarros é lícita e autorizada pelo Estado, não havendo conduta culpável a ser imputada ao fabricante de cigarros.

Entre os muitos argumentos acima listados, destaca-se o de que os malefícios causados pelo fumo são de responsabilidade exclusiva do fumante, o qual deve arcar com as consequências de suas escolhas, uma vez que decorrentes do direito constitucionalmente tutelado de liberdade do indivíduo na esfera privada. Assim, sustenta a jurisprudência que a culpa exclusiva do fumante exclui o nexos de causalidade e, portanto, a obrigação de indenizar os prejuízos experimentados pelo uso do cigarro, na medida em que as decisões de começar a fumar e, sobretudo, de parar de fumar seriam decisões afetas exclusivamente à vontade do fumante, pois, se a publicidade é suficiente para esclarecer dos malefícios do produto, o fumante deve assumir os riscos de suas escolhas². Na visão de tais

² Confirmam-se dois precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema: a) "RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. FUMANTE. EXERCÍCIO DO LIVRE-ARBITRÍO. RUPTURA DO NEXO DE CAUSALIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 NÃO CONFIGURADA. (...) 2. É incontroverso nos autos que o Autor começou a fumar nos idos de 1988, mesmo ano em que as advertências contra os malefícios provocados pelo fumo passaram a ser veiculadas nos maços de cigarro. 3. Tal fato, por si só, afasta as alegações do Recorrido acerca do desconhecimento dos malefícios causados pelo hábito de fumar, pois, mesmo assim, com as advertências, explicitamente estampadas nos

maços, fumar é um hábito e não um vício que pode ser abandonado a depender da força de vontade do fumante.

Ocorre que as pesquisas científicas no campo da saúde comprovam o que há muito a indústria do tabaco já sabia: a nicotina é uma poderosa droga, causadora de dependência físico-química, com efeitos semelhantes aos de outras drogas ilícitas como a heroína e a cocaína, tendo recebido o tratamento de doença crônica epidêmica pela Organização Mundial de Saúde. Assim, não há como se limitar a discussão do tema a uma simples questão de escolha ou não do fumante, pois não se pode desconsiderar a influência da dependência física causada pela nicotina nesse processo.

O presente artigo não busca defender ou atacar a indústria do tabaco ou propugnar pela proibição da comercialização do tabaco ou pela restrição à liberdade de fumar, mas, sim, alertar para a falsa premissa em que se baseiam as decisões judiciais que tratam a questão do tabagismo como uma mera decisão do fumante, diante de algo que, a despeito de todas as evidências científicas irrefutáveis, vem sendo tratado como um simples hábito dentro do espectro de liberdade individual assegurado pela Constituição. Bem assim, e na esteira dos

maços, Miguel Eduardo optou por adquirir, espontaneamente, o hábito de fumar, valendo-se de seu livre-arbítrio." (Resp 886347/RS; 4ª Turma; Relator: Min. Honildo Amaral de Mello Castro; DJe de 08/06/2010); b) "RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. AÇÃO REPARATÓRIA AJUIZADA POR FAMILIARES DE FUMANTE FALECIDO. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. PRODUTO DE PERICULOSIDADE INERENTE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DEVER JURÍDICO RELATIVO À INFORMAÇÃO. NEXO CAUSAL INDEMONSTRADO. TEORIA DO DANO DIREITO E IMEDIATO (INTERRUPÇÃO DO NEXO CAUSAL). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. (...) 6. Em realidade, afirmar que o homem não age segundo o seu livre-arbítrio em razão de suposta 'contaminação propagandista' arquitetada pelas indústrias do fumo é afirmar que nenhuma opção feita pelo homem é genuinamente livre, porquanto toda escolha da pessoa, desde a compra de um veículo a um eletrodoméstico, sofre os influxos do meio social e do *marketing*. É desarrazoado afirmar-se que nessas hipóteses a vontade não é livre" (SALOMÃO, 2010).

argumentos expendidos pelos estudos técnico-científicos acerca do tema, demonstrar que pela teoria do risco, adotada pelo CDC em relações de consumo, existe, sim, a possibilidade de responsabilização das indústrias de tabaco por prejuízos causados aos fumantes e sua família, na medida em que quem cria o risco de dano tem o dever de reparar o prejuízo causado.

Conforme afirmou a Desembargadora Mônica Maria Costa (2011), do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Cível 0000051-90.2002.8.19.0210, decisão essa que reconheceu o direito à indenização por danos morais causados à família da vítima, fumante por mais de 35 anos, e que veio a óbito em razão de um câncer de cavidade oral com metástase cervical: “a aviltante licitude da atividade de cultivo, industrialização e comercialização do fumo não pode afastar a responsabilização pelos danos causados pelo consumo do produto, assim como ocorre com qualquer bem comercializado no mercado”.

II – Moldura constitucional do debate: dignidade da pessoa humana, proteção à vida e à saúde e a liberdade de realização de escolhas pelo indivíduo

Qualquer discussão de direito civil hoje deve ser enquadrada na moldura constitucional de tratamento do tema, sobretudo no que concerne aos valores constitucionalmente previstos, aplicáveis na releitura dos institutos do direito civil. No caso da responsabilidade civil das indústrias do tabaco, a discussão não poderia ter contornos diferentes. Conforme expõe Pietro Perlingieri, a doutrina do direito civil na legalidade constitucional impõe ao civilista um vasto e sugestivo programa de estudos, com vistas à concretização de objetivos específicos, quais sejam,

“individuar um sistema de direito civil harmonizado com os valores constitucionais e, antes de tudo, ao valor da pessoa humana; redefinir os

fundamentos, as *rationes* e assim as extensões dos institutos, ressaltando-lhes seus perfis funcionais; adequar as técnicas e os conceitos tradicionais e sobretudo renovar *funditus* a argumentação jurídica, propondo uma teoria da interpretação respeitosa da legalidade constitucional” (PERLINGIERI, 2008b, p. 8).

O mesmo autor explica que, “em um ordenamento complexo como o vigente, caracterizado pela indiscutível supremacia das normas constitucionais, estas não podem deixar de ter uma posição central. De tal centralidade deve-se partir para a individuação dos princípios e dos valores sobre os quais construir o sistema.” (PERLINGIERI, 2008a, p. 217).

De início, a Constituição estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, sendo um valor inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, mas que ao mesmo tempo é limite e tarefa dos poderes estatais. Conforme preleciona Ingo Sarlet,

“como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa humana reclama que este guie suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade, sendo, portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (...)” (SARLET, 2001, p. 108).

De igual modo, a Constituição Federal garante o direito à vida, sendo este o direito fundamental mais importante de todos, na medida em que é pré-requisito para o exercício de todos os demais direitos, bem como garante o direito à saúde, como di-

reito de todos e dever do Estado, devendo este garantir, por meio de políticas sociais e econômicas, a redução do risco de doenças e outros agravos, nos termos do seu art. 196.

Na dicção de Pietro Perlingieri, “a centralidade do valor da pessoa impõe reler as relações econômicas e, sobretudo, aquelas macroeconômicas, em sua chave moderna, onde a tutela da saúde, o meio ambiente, a paisagem são indispensáveis para o total desenvolvimento da pessoa” (PERLINGIERI, 2008a, p. 57).

Sobre a proteção constitucional do direito à saúde, resume Flavia Piovesan seus marcos principais em 4, a saber, *i*) o direito à saúde submete-se ao regime jurídico dos direitos fundamentais; *ii*) é salvaguardado por cláusula pétrea; *iii*) demanda do Estado o dever de adotar medidas que visem à redução do risco de doença e outros agravos; e *iv*) requer serviços para sua promoção, proteção e recuperação (PIOVESAN, 2011, p. 118).

Assim, diante da inafastável aplicação do regramento constitucional, reconhecendo no centro do sistema a dignidade do homem e conseqüentemente mudando o ponto de vista axiológico na discussão do tema em exame, forçoso é concluir com Perlingieri que, “em uma sociedade como a atual, torna-se árduo, se não impossível, individuar um interesse privado que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse chamado público” (PERLINGIERI, 2008a, p. 144).

Não nos parece, pois, ser sustentável, sem sofrer sérias críticas, por ser uma meia verdade, a posição de Teresa Ancona Lopes, ao afirmar que

“a interferência do público no privado, que começou com as restrições, de todos os tipos, ao fumo (e as conseqüentes ações contra esta indústria), veio mexer com a capacidade das pessoas de responderem, no uso da liberdade, por suas escolhas; perceberam os cidadãos que cabia ao Estado avaliar se suas condutas haviam sido perigosas, mesmo que no uso do livre

arbítrio. Ao Estado só cabe definir as políticas públicas de cada segmento e nunca interferir na vida íntima da família, onde caberá a seus membros decidir o que é melhor para cada qual” (LOPES, 2008, p. 15-16).

Ao contrário, ao Estado se impõe não somente a tarefa de estabelecer políticas públicas de controle e informação acerca dos malefícios do tabagismo, como, na hipótese de dano à saúde, tutelar o direito da vítima³, pois, como se verá no próximo tópico, fumar não é simplesmente um hábito. É uma doença crônica, responsável pelo maior número de mortes evitáveis por todo o mundo.

Merece registro, pela precisão e coerência, a opinião de Luiz Guilherme Marinoni, de que, “por lógica, se o Estado tem o dever de proteger a saúde e segurança da população, não há como aceitar que ele possa autorizar a venda de um produto que reconhece nocivo ou perigoso, sem que essa autorização seja fundada na necessidade de proteção da própria sociedade” (MARINONI, 2008, p. 37).

A ideia de que o fumante, no exercício de seu livre arbítrio, deve responder pelas conseqüências de suas escolhas, sendo-lhe negada a reparação dos prejuízos causados

³ Sobre a proteção do direito à vida, merece registro a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, na BVERFGE 39, que, ao tratar da questão da criminalização do aborto, assim se posicionou acerca do direito à vida e do dever de proteção do Estado: “O dever de proteção do Estado é abrangente. Ele não só proíbe – evidentemente – intervenções diretas do Estado na vida em desenvolvimento, como também ordena ao Estado posicionar-se de maneira protetora e incentivadora diante dessa vida, isto é, antes de tudo protegê-la de intervenções ilícitas provenientes de terceiros. Cada ramo do ordenamento jurídico deve orientar-se por esse mandamento, conforme sua respectiva definição de tarefas. O cumprimento do dever de proteção do Estado deve ser tão mais conseqüentemente perseguido quanto mais elevado for o grau hierárquico do bem jurídico em questão dentro da ordem axiológica de *Grundgesetz*. Dispensando maiores fundamentações, a vida humana representa um valor supremo dentro da ordem da *Grundgesetz*, é a base vital da dignidade humana e o pressuposto de todos os demais direitos fundamentais.” (Apud SCHWABE, 2005, p. 269)

pelo consumo do tabaco, subverte toda a moldura de proteção constitucional, desconsiderando sua pauta axiológica, sob o falso argumento de que o fumante possui livre arbítrio, ou seja, uma escolha livre de condicionantes externas, quanto ao vício do cigarro.

É esse o aspecto que será abordado no próximo item.

III – Livre arbítrio, tabagismo e nexos de causalidade no dever de indenizar: quando a doutrina e jurisprudência desconsideram as evidências científicas

Em parecer encomendado pela empresa Souza Cruz S.A, Álvaro Villaça Azevedo afirma que

“a dependência física ou psicológica até pode enfraquecer o poder de recusa, até pode dificultar a decisão do usuário da substância de decidir não mais consumi-la, ante a necessidade sentida pela pessoa dependente. Porém, essa dificuldade é inerente aos seres humanos que estão acostumados a consumir substâncias que lhes proporcionam prazer” (AZEVEDO, 2009, p. 71).

Em outro artigo, também encomendado, Gustavo Tepedino, citando opinião de Paulo Maximilian Wilhelm Schonblum, afirma que

“a questão do hábito no assunto em estudo é extremamente importante, levando-se em conta que não há vício ou dependência do cigarro e sim um hábito prazeroso, e, por isso mesmo, difícil de ser abandonado. A realidade do dia a dia, cientificamente comprovada por diversos estudos, denota que é possível parar de fumar, mesmo considerando todas as características da nicotina” (TEPEDINO, 2009, p. 230).

Não obstante tais opiniões⁴, as pesquisas realizadas tanto pelas empresas produtoras

de cigarros como por cientistas ligados à área de saúde pública demonstram cabalmente que o tabagismo é uma doença crônica⁵, sendo catalogado na Classificação Internacional de Saúde (CID - 10), sob o código F.17 - “transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo - síndrome de dependência”⁷.

V. Benjamim acerca do que chamou de “indústria do parecer”, que descreveu da seguinte forma: “o fenômeno é simples e bastante eficiente. Aproveitando-se de seu poder econômico e de articulação, os fornecedores e degradadores, sempre que desafiados judicialmente, contratam pareceres dos mais renomados juristas do país, preferencialmente de professores do julgador ou de ex-integrantes do tribunal competente para julgar eventual recurso. Num país em que a doutrina vale mais do que um precedente judicial no *common law*, bem se pode ver o impacto extraordinário dessa prática censurada” (BENJAMIM, 1995, p. 149).

⁵ O tabagismo é considerado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) a principal causa de morte evitável em todo o mundo. A OMS estima que um terço da população mundial adulta, isto é, 1 bilhão e 200 milhões de pessoas (entre as quais 200 milhões de mulheres), seja fumante. Pesquisas comprovam que aproximadamente 47% de toda a população masculina e 12% da população feminina no mundo fumam. Enquanto nos países em desenvolvimento os fumantes constituem 48% da população masculina e 7% da população feminina, nos países desenvolvidos a participação das mulheres mais do que triplica: 42% dos homens e 24% das mulheres têm o comportamento de fumar” (TABAGISMO, [2004?])

⁶ “Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo - intoxicação aguda - Estado conseqüente ao uso de uma substância psicoativa e compreendendo perturbações da consciência, das faculdades cognitivas, da percepção, do afeto ou do comportamento, ou de outras funções e respostas psicofisiológicas. As perturbações estão na relação direta dos efeitos farmacológicos agudos da substância consumida, e desaparecem com o tempo, com cura completa, salvo nos casos onde surgiram lesões orgânicas ou outras complicações. Entre as complicações, podem-se citar: traumatismo, aspiração de vômito, delirium, coma, convulsões e outras complicações médicas. A natureza destas complicações depende da categoria farmacológica da substância consumida assim como de seu modo de administração.” (Transtornos..., c2009)

⁷ Em artigo intitulado *Características psicológicas associadas ao comportamento de fumar tabaco*, Regina de Cássia Rondina e outros (RONDINA; GORAYEB; BOTELHO, 2007), todos pesquisadores da área de saúde, concluíram que “Cerca de 70% dos fumantes querem parar de fumar, mas poucos conseguem ter sucesso, sendo que a maior parte deles precisa de cinco a sete tentativas antes

⁴ Merece registro aqui a denúncia feita pelo hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça Antonio Herman

Segundo concluiu Lucio Delfino (2008, p. 373), em seu livro *responsabilidade civil e tabagismo*, “do mesmo modo que um hipertenso necessita adotar novos hábitos, sem abrir mão do auxílio de remédios, a maioria dos fumantes também necessita de ajuda, não bastando apenas sua força de vontade para que abdique do vício do cigarro. Numa única frase: o tabagismo não é só causa doenças como também é em si uma doença”.

E tudo isso em razão da presença de nicotina, que é a responsável pela “dependência química que escraviza o usuário”. Segundo o médico Dráuzio Varella ([200-?]), “não existisse nicotina nas folhas

de deixar o cigarro definitivamente. A dependência à nicotina é uma desordem complexa e difícil de ser superada. A motivação para deixar o hábito é um dos fatores mais importantes na cessação do tabagismo e está inter-relacionada a uma gama de variáveis hereditárias, fisiológicas, ambientais e psicológicas. Além da motivação, o fumante terá que enfrentar alguns fatores que dificultam o processo. Dentre esses, a intensidade da síndrome de abstinência é uma das principais causas que contribui para a manutenção do vício. Os sintomas variam em intensidade entre as pessoas e iniciam-se, geralmente, dentro de algumas horas após a interrupção, aumentando nas primeiras 12h e atingindo o auge no terceiro dia. O desconforto piora ao anoitecer, e as maiores queixas referem-se à compulsão aumentada, irritabilidade, ansiedade, dificuldade de concentração, agitação, sensação de sonolência ou embotamento, bem como reações de hostilidade. Tais alterações podem ser observadas por 30 dias ou mais, mas os sintomas de compulsão podem durar por muitos meses ou anos. Outro grande obstáculo é o grau de dependência nicotínica. Quando o fumante atinge seis ou mais pontos no teste de Fagerström (grau de dependência elevado ou muito elevado), é considerado como fumante pesado. Os fumantes pesados geralmente fumam o primeiro cigarro antes de 30min após acordar, têm a percepção de dificuldade de abandonar o vício, e pouca autoconfiança. Dentre as diversas formas de abordagens para esses pacientes, destaca-se a necessidade do fortalecimento da motivação, sem a qual esses pacientes não conseguirão deixar de fumar. Muitos deles afirmam que estão querendo parar de fumar; porém, na verdade, esse desejo expresso verbalmente não traduz com fidelidade seus verdadeiros sentimentos em relação ao tabagismo, pois não estão devidamente motivados para tal ato. O ganho de peso também se apresenta como fator que dificulta o abandono do hábito. Estudos clínicos e epidemiológicos relatam que os fumantes pesam menos que os não fumantes e ganham peso quando param de fumar. A

de fumo, o cigarro daria tanta satisfação quanto fumar um pé de alface”⁸

Ainda Lucio Delfino esclarece que,

“se comparada com a cocaína, heroína, maconha, álcool e outras drogas, devido a sua maior toxidez e letalidade, capacidade de desenvolver dependência mais intensa, por ser mais difundida, e de fácil acesso aos adolescentes, a nicotina classifica-

maioria dos estudos mostra que o uso da nicotina produz período de perda de peso (ou redução do ganho de peso), assim como a cessação do uso da droga leva a um período agudo de ganho de peso, seguido pelo retorno a níveis semelhantes aos observados nos controles. Ganhar peso em excesso acompanha, geralmente, alterações dos padrões de comportamento e personalidade, freqüentemente manifestadas sob a forma de depressão, abstinção, autopenicção, irritabilidade e agressão. O ganho de peso ao aumento do estresse intensifica o impulso de ingerir alimento, mantendo o círculo vicioso. No momento, são três as teorias explicativas mais aceitas para a relação tabagismo e peso corporal: a) aumento da taxa metabólica, com maior gasto de energia pelos fumantes; b) diferenças na qualidade e quantidade dos alimentos ingeridos pelos fumantes; e c) ação redutora do apetite, via nicotina.”

⁸ “O cigarro é um dispositivo projetado para administrar partículas de nicotina dispersas na fumaça. Absorvida nos alvéolos pulmonares, a droga cai na circulação e chega ao cérebro em velocidade vertiginosa: 6 a 10 segundos. Sabe Deus por que capricho, os neurônios de algumas áreas cerebrais possuem pequenas antenas (receptores) às quais a nicotina se liga. A ligação com os receptores abre canais na membrana desses neurônios, através dos quais transitarão diversos neurotransmissores, substâncias que interferem com a intensidade dos estímulos que trafegam de um neurônio para outro. Um deles é a dopamina, mediador associado às sensações de prazer e à compulsão que nos faz repetir as experiências que as proporcionaram, sejam sexuais, gustativas ou induzidas artificialmente por drogas psicoativas como cocaína ou maconha. A nicotina induz prazer e reduz o estresse e a ansiedade. O intervalo entre as tragadas é ajustado na medida exata para controlar a excitação e o humor. Fumar melhora a concentração, a prontidão das reações e a performance de algumas tarefas. A simples manipulação do maço, o gosto, o cheiro e a passagem da fumaça pela garganta são suficientes para trazer bem estar ao dependente. A razão mais importante para esses benefícios é o simples alívio dos sintomas da síndrome de abstinência. *Das drogas conhecidas, nenhuma causa abstinência mais avassaladora: irritabilidade, agitação, mau humor, ansiedade crescente e anedonia, a incapacidade de sentir prazer.*” (grifo nosso) (VARELLA, [200-?])

-se em primeiro lugar. (...) Para os tabagistas, é assaz difícil abandonar o tabaco, justamente devido à dependência implantada em seus organismos pelo consumo da nicotina. Há inúmeros registros indicando que os desejosos de parar em cessar a prática do tabagismo, valendo-se apenas desse desejo, quase sempre fracassam em suas empreitadas, essas que se repetem por várias e várias vezes, sem alcançar o sucesso esperado” (DELFINO, 2008, p. 376).

É precisamente nesse contexto que se apresenta a discussão acerca do livre arbítrio do fumante. Por livre arbítrio pode se entender

“a faculdade do homem de determinar-se a si mesmo, ou o poder de escolher com autonomia suas ações. O livre arbítrio garantiria, portanto, a cada indivíduo a capacidade de comportar-se de acordo com seu próprio alvedrio, *independente de qualquer interferência externa.*” (grifo nosso) (GUIMARÃES JUNIOR. 2011, p. 136).

Ocorre que historicamente a indústria do cigarro tratou de desmentir o fato de que nicotina causasse dependência química, bem como de esconder os resultados das pesquisas acerca dos devastadores efeitos do uso contínuo dessa substância, sobretudo se associada a outras substâncias igualmente nocivas, como é o caso do alcatrão e da amônia. Também não há uma disseminação equitativa das pesquisas acerca das doenças associadas ao consumo do tabaco e as práticas engendradas pelas empresas produtoras de disseminação da cultura de que o tabaco é uma substância socialmente aceita.

No julgamento do processo *Estados Unidos x Philip Morris*, a Juíza Gladis Kessler (2008, p. 18) reconheceu e documentou a fraude perpetrada por anos pelos fabricantes de cigarros nos Estados Unidos. Em sua sentença, afirma que

“desde 1950, décadas antes da comunidade científica, os réus perceberam,

graças a suas pesquisas, que a nicotina é uma droga viciante, que os fabricantes de cigarros lidam com drogas e que os cigarros são veículos de administração de drogas (...) graças a suas pesquisas internas e externas, os réus dispunham de informações que os levaram a concluir, bem antes das agências de saúde pública, que a principal razão por que as pessoas fumam é para obter nicotina, uma droga viciante. Os réus ocultaram esses dados intencionalmente (...) o memorando interno do *Tobacco Institute* de 9 de setembro de 1980 alerta que, se as empresas-membro reconhecessem publicamente que a nicotina é viciante, isto anularia seu argumento de defesa – que a decisão de fumar é de ‘livre arbítrio’”.

Nas palavras de Lucio Delfino (2008, p. 367), “não há como ignorar o caráter pérfido da postura assumida pela indústria do tabaco, omitindo e negando conhecimentos que possuía sobre os malefícios do tabagismo”, cuja publicidade jamais teve caráter informativo ou esclarecedor. A publicidade acerca do tabaco pode ser classificada como abusiva, na medida em que classificada como antiética. Segundo ensina Geraldo Farias Martins Costa (2002, p. 62),

“o princípio da não abusividade, instituído no art. 37, § 2º do CDC, está relacionado com a proteção dos valores morais mais caros à sociedade. (...) Valores e princípios, como a igualdade das pessoas, a tranquilidade, a paz de espírito, a defesa do meio ambiente, os direitos da criança, do adolescente e da mulher, os padrões sociais e estéticos, as tradições culturais, históricas e religiosas etc., não devem ser atingidos pelo exercício ao direito à publicidade.”

A conclusão acerca do exercício do livre arbítrio do fumante no início da prática do consumo do cigarro não poderia ser outra, conforme adverte a Ministra Nancy Andri-

ghi (ANDRIGHI; ANDRIGHI; KRUGER, 2011, p. 369):

“a escolha de fumar não decore necessariamente do exclusivo livre arbítrio. Isso por que a indústria fumageira não tratou historicamente de advertir o fumante a respeito de seus componentes, no sentido de que poderiam causar-lhe dependência e danos graves à saúde, inclusive morte.”

Os estímulos externos para o consumo do tabaco tiram o caráter de livre arbítrio do fumante, sobretudo quando não há, mesmo nos dias de hoje, informação adequada acerca dos reais efeitos do cigarro e de seus componentes químicos. A dependência química faz do fumante um viciado e, “onde há vício, não há livre arbítrio; onde há livre arbítrio não há vício” (GUIMARÃES JUNIOR, 2011, p. 136).

Isso tudo sem se mencionar os efeitos deletérios do tabaco na saúde dos não fumantes ou dos chamados fumantes passivos, principalmente bebês e crianças pequenas, pois, nessas circunstâncias, não há escolha acerca de inalar ou não a fumaça tóxica e comprovadamente cancerígena emanada do cigarro. As indústrias do tabaco, desde a década de 70, reconhecem que poluição tabagística ambiental – PTA é a conexão entre fumantes e não fumantes e que a fumaça ambiental do cigarro contém altas concentrações de carcinógenos, representando um sério risco para a saúde dos não fumantes, segundo dados coletados pela Juíza Kessler, no processo Estados Unidos x Philip Morris.

Segundo Lucio Delfino Alberto Magno (2008, p. 378), “era livre o homem que é causa de si e que não é coagido pelo poder do outro”. E segue o mesmo autor em conclusão à questão do livre arbítrio:

“frente ao cigarro, o homem não é causa de si, coagido que foi e é pelo influente poder econômico da indústria do tabaco, que, além de seduzi-lo a experimentar um produto mortífero, acaba por transformá-lo num

doente crônico, instalando em seu organismo uma dependência que, no mais das vezes, o impede de abdicar do tabagismo pelo simples exercício de sua vontade.”

IV – Livre arbítrio sob a ótica da jurisprudência brasileira

Quando o assunto é a responsabilidade civil das indústrias do tabaco, diante dos enormes prejuízos causados pelo consumo dessa substância, lamentavelmente o Poder Judiciário brasileiro “tem sido fortemente influenciado pelos argumentos da indústria e, inúmeras vezes julgam com base no senso comum. Qualquer iniciado no controle do tabagismo choca-se com os argumentos utilizados pelo Judiciário, totalmente contrários ao que hoje se sabe sobre a indústria e o cigarro”. A essa conclusão chegou Paula Jonhs, diretora executiva da aliança de controle do tabagismo, ao apresentar a pesquisa sobre ações judiciais indenizatórias promovidas contra a indústria do tabaco no Brasil.

A referida pesquisa concluiu ainda que a alegação de culpa exclusiva da vítima ou o livre arbítrio do autor para optar por fumar estão entre os fundamentos mais frequentes para excluir o dever de indenizar da indústria: “juntos, somam oitenta e três (83) ocorrências e aparecem em todos os estados” (HOMSI, p. 40).

Tome-se como parâmetro a *ratio decidendi* do voto do Ministro Luis Felipe Salomão (2010, grifo nosso), no Resp 1113804/RS, no qual afirma que,

“diante dos antecedentes históricos aqui citados, e também levando-se em conta o projeto de vida em sociedade criado pelo próprio homem, não se pode emprestar às propagandas de cigarro, praticadas há décadas, um valor absolutamente decisivo na escolha da pessoa em se enveredar pelo tabagismo. É negar que o homem é protagonista de sua própria vida, relegando-o a posição de

somenos importância, de simples massa de manobra em prol de desideratos de indústrias sedentas por lucros. Em realidade, afirmar que o homem não age segundo o seu livre-arbítrio em razão de suposta 'contaminação propagandista' arquitetada pelas indústrias do fumo é afirmar que nenhuma opção feita pelo homem é genuinamente livre, porquanto toda escolha da pessoa, desde a compra de um veículo a um eletrodoméstico, sofre os influxos do meio social e do marketing. É desarrazoado afirmar-se que nessas hipóteses a vontade não é livre."

É fato que o referido acórdão apresentou outros fundamentos agregados à conclusão de que o ato de fumar é uma opção genuinamente livre do homem, incluindo farta pesquisa histórica sobre as origens do "hábito" de fumar. Entretanto, chama a atenção, na leitura da decisão, o fato de não haver menção a uma única pesquisa da área de saúde sobre o tema.

Confira-se também voto da lavra do Desembargador Arnaldo Camanho de Assis (2007, grifo nosso), na APC 2005.01.1.044536-6, julgado pela Primeira Turma Cível do TJDF, que em relação ao tema assim se posiciona:

"os autos evidenciam que a recorrida, Souza Cruz, deu exato cumprimento às exigências legais e administrativas acerca da publicidade e informações em seus produtos. Não há, pois, como apontar defeito nas informações, nem como adjetivar de enganosa a publicidade da requerida. Entretanto, e como se sabe, fumar é ato de vontade, que depende da pessoa que resolve optar por fazer uso do cigarro — de resto um produto intrinsecamente perigoso à saúde, como é de notório conhecimento"

E transcreve a opinião do juiz prolator da sentença recorrida, nos seguintes termos: *"logo, o que pode ter causado malefícios à saúde do Autor foi o consumo do cigarro, porém, não a publicidade em si, de modo que não parece adequado*

relacionar abuso na publicidade a fim de responsabilizar a Ré por dano. A despeito da publicidade, o consumidor mantém o seu livre arbítrio" (Assis, 2007, grifo do autor).

Merece aqui registro a advertência de João Lopes Guimarães Junior (2011, p. 145), quando questiona essa tendência da jurisprudência brasileira de desconsiderar as contundentes conclusões da ciência acerca do tema:

"o que dizer quando ponderável tendência jurisprudencial se forma com apoio numa premissa de fato – o livre arbítrio do fumante – negada peremptória e conclusivamente pela comunidade científica, que chega a classificar o vício do tabagista como doença? Como admitir a negação pelo Judiciário, de uma constatação científica admitida pelos Poderes Executivo e Legislativo na Convenção-Quadro que aprovaram, e pelos próprios fabricantes de cigarros?"

É realmente preocupante quando as consistentes e conclusivas pesquisas científicas acerca do tema são substituídas por argumentos outros, principalmente aqueles ligados ao senso comum de que o consumo de cigarros gera um hábito prazeroso e, em razão disso, desconsiderando seu alto poder destruidor e mortal, pode o fumante a qualquer tempo abandonar tal consumo. Torna-se mais preocupante ainda quando se sabe do poderio econômico das empresas de tabaco, usado para manipular, esconder e dissimular os reais efeitos do consumo do tabaco.

Não pode, outrossim, o juiz desconsiderar a moldura axiológica constitucional que empresta à proteção da pessoa humana, aí compreendida a proteção à vida, saúde e segurança, o caráter de direito fundamental, opondo a isso o argumento falacioso de que o tabaco é uma substância de livre comercialização, retirando-se, assim, o direito daqueles que comprovadamente tiveram sua saúde ou sua vida ceifadas pelo consumo do tabaco.

Nesse sentido a conclusão do voto da Desembargadora Mônica Maria Costa (2011), do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao afirmar que, “depois de todos os males causados pela indústria do tabaco na sociedade, não se pode deixar que seus danos continuem se perpetuando no mundo jurídico, isentando-a da responsabilidade pela morte e pelas doenças desenvolvidas pelos usuários do produto que a mesma colocou no mercado, sabedora de seus males. Esse é o risco do negócio e é mínimo diante do vultoso valor arrecadado pelas empresas de cigarro em detrimento de muitas vidas ceifadas e inúmeras doenças causadas em virtude do uso do tabaco, ainda em grande quantidade e de forma crescente no mundo. Ora, quem criou o risco de dano tem o dever de impedi-lo, devendo a indústria de tabaco ser responsabilizada se esse risco vier a se consumir. A aviltante licitude da atividade de cultivo, industrialização e comercialização do fumo não pode afastar a responsabilização pelos danos causados pelo consumo do produto, assim como ocorre com qualquer bem comercializado no mercado”.

Segundo leciona Pietro Perlingieri (2008b, p. 35), “é necessário que, com força, a questão moral, entendida como um efetivo respeito à dignidade da vida de cada homem e, portanto, como superioridade deste valor relativamente a qualquer razão política da vida em comum, seja recolocada no centro do debate na doutrina e no Foro, como única indicação idônea a impedir a vitória de um direito sem justiça. A justiça é derrotada quando a sociedade se consolida no particularismo dos indivíduos e dos grupos (...)”.

V – Conclusão

Dos argumentos dos inúmeros precedentes jurisprudenciais acerca da responsabilidade civil das indústrias do tabaco, o que mais chama atenção dos estudiosos da área de saúde é justamente o que afirma que

fumar é um hábito e não um vício, exercido nos limites do livre arbítrio do fumante e de autonomia privada. Ocorre que, conforme se demonstrou, fumar não é um hábito, mas sim um vício de consequências nefastas para a saúde, e que, apesar de todas as evidências, essa realidade vem sendo sistematicamente ignorada pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

Os precedentes jurisprudenciais favoráveis aos fumantes são muito poucos, se comparados com os inúmeros precedentes que negam direito à indenização, simplesmente negando o nexo de causalidade do consumo de um produto sabidamente prejudicial, causador de um número assustador de mortes de seus consumidores por ano, mas que, por manobras de seus produtores, quer falseando ou ocultando historicamente os resultados das pesquisas sobre seus malefícios, quer incentivando, pelos meios de comunicação de massa, seu consumo, sempre associado a ideias positivas, continua sendo livremente comercializado e consumido, sobretudo por jovens e adolescentes.

Com isso, doutrina e jurisprudência subvertem a pauta axiológica constitucional, que localiza a cláusula geral de proteção integral da dignidade da pessoa humana, com a consequente proteção do direito à vida e à saúde, como princípio fundamental da República brasileira. Registre-se que não se trata de simplesmente atacar a indústria do tabaco, diante da “aviltante licitude” da produção e comercialização do fumo, que, segundo a maioria dos precedentes jurisprudenciais a favor da indústria do tabaco, é uma atividade lícita, permitida pelo Estado e fortemente tributada por ele.

Mas, diante dos evidentes efeitos deletérios do uso desse produto, que, segundo reconhece o Ministério da Saúde do Brasil, não possui níveis seguros de consumo, não pode a vítima de seus efeitos permanecer sem direito à reparação dos prejuízos experimentados, sobretudo sob o argumento de que exerceu seu livre arbítrio, quando

livre arbítrio não há. Isso é aviltar, em nome de uma atividade econômica, os direitos à saúde, à vida e à dignidade do ser humano.

Vale aqui, à guisa de conclusão, transcrever lição de Maria Celina Bodin de Moraes acerca da centralidade do princípio de proteção da dignidade da pessoa humana no ordenamento brasileiro e que tem direta relação com o ponto de vista aqui defendido, ou seja, o de que o livre arbítrio do sujeito não pode servir de fundamento para a elisão do direito à reparação dos prejuízos causados pelo consumo do tabaco:

“Albert Einstein foi o primeiro a identificar a relatividade de todas as coisas: do movimento, da distância, da massa, do espaço, do tempo. Mas ele tinha em mente um valor geral e absoluto, em relação ao qual valorava a relatividade: a constância no vácuo da velocidade da luz. Seria o caso, creio eu, de usar esta analogia, a da relatividade das coisas e a do valor absoluto da velocidade da luz, para expressar que também no direito, hoje, tudo se tornou relativo, ou ponderável, sim, mas em relação ao único valor capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico: o princípio da dignidade da pessoa humana” (MORAES, 2010b, p. 120).

Referências

- ANDRIGHI, Nancy; ANDRIGHI, Vera Lucia; KRUGER, Cassia Denise Gress. Responsabilidade civil objetiva da indústria fumageira por danos causados a direito Fundamental do consumidor do tabaco. In: RESPONSABILIDADE civil contemporânea: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.
- ASSIS, Arnaldo Camanho de (Relator). Apelação Cível 2005 01 1 044536-6 APC - 0044536-54.2005.807.0001 (Res.65 - CNJ) DF. *Diário de Justiça*, Brasília, 22 maio 2007. Seção 3, p. 647. Disponível em: <http://juris.tjdft.jus.br/docjur/270271/271106.doc>. Acesso em: 18 jun. 2011.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. A dependência ao tabaco e sua influência na capacidade jurídica do indivíduo: a caracterização de defeito no produto sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. In: LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre livre arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BENJAMIM, Antonio Herman. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís. *Ação civil pública (Lei 7.347/85), reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 70-151.
- COSTA, Geraldo de Faria Martins. *Superendividamento: proteção do consumidor de crédito no direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- COSTA, Monica (Relator). Apelação Cível n. 0000051-90.2002.8.19.0210: 8ª Câmara Cível. Apelantes Cláudio Rodrigues Bernhardt, Philip Morris Brasil S.A. Apelado: os mesmos. *Diário de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 22 mar. 2011.
- DELFINO, Lucio. *Responsabilidade civil e tabagismo*. Curitiba: Juruá, 2008.
- GUIMARÃES JUNIOR, João Lopes. Livre arbítrio do viciado: quando os juízes ignoram a ciência. In: HOMSI, Clarissa Menezes (Org.). *Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.
- HOMSI, Clarissa Menezes (Org.). *Um retrato da posição do Poder Judiciário quanto à relação fumante: indústria do tabaco: pesquisa sobre ações judiciais indenizatórias promovidas contra a indústria do tabaco*. São Paulo: Aliança de Controle do Tabagismo, 2008.
- KESSLER, Gladis. *Estados Unidos x Philip Morris*. Tradução: Renata Galhona. São Paulo: Aliança do Controle do Tabagismo; Brasília: OPAS, 2008. Texto original disponível em: <<http://www.publichealthlawcenter.org/sites/default/files/resources/doj-final-opinion.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2011.
- LOPES, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência do Tabaco*. São Paulo: Quatier Latin, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela do consumidor diante das noções de produto e serviço “defeituoso”: a questão do tabaco. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 56, n. 370, p. 29-40, ago. 2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a.

_____. Na medida da pessoa humana: estudos de Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010b.

OLIVEIRA FILHO, João Pires de (Apelante). *Processo 2005 01 044536-6*: ação de conhecimento civil e processo civil. cigarro. tabagismo. indenização por danos físicos. Relator Desembargador Arnaldo Camanho. Apelado Souza Cruz S/A. *Diário da Justiça*, Brasília, 22 maio 2007. Seção 3, p. 647

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008a.

_____. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL, 1., 2006, Rio de Janeiro. *Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. *Anais...* São Paulo: Atlas, 2008b.

PIOVESAN, Flávia; SUDBRACK, Umberto Gaspari. Direito à saúde e o dever de informar: direito à prova e a responsabilidade civil das empresas de tabaco. HOMSI, Clarissa Menezes (Org.). *Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

RONDINA, Rita de Cássia; GORAYEB Ricardo; BOTELHO, Clóvis. Características psicológicas associadas ao comportamento de fumar tabaco. *Jornal Brasileiro de Pneumologia*, São Paulo, v. 33, n. 5, p. 592-601, set./out. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-37132007000500016&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 18 jun. 2011.

SALOMÃO, Luis Felipe (Relator). Recurso Especial nº 1113804/RS. 4ª Tuma. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v. 22, n. 219, p. 424-451, jul./set. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução Leonardo Martins. Tradução Beatriz Henning. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

TABAGISMO: dados e números: tabagismo no mundo. Brasília: Instituto Nacional do Câncer, [2004?]. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=dadosnum&link=mundo.htm>>. Acesso em: 18 jun. 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra fabricantes de cigarro. In: LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre livre arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRANSTORNOS mentais e comportamentais devidos ao uso de fumo: intoxicação aguda. In: GLOSSÁRIO de transtornos mentais. São Paulo: Clínica Vera Cruz, c2009. Disponível em: <<http://www.clinicaveracruz.com.br/html/transtornos-mentais-comportamentais-fumo.htm>>. Acesso em: 18 jun. 2011.

VARELLA, Dráuzio. *Dependência de nicotina*. São Paulo: Estação Saúde - Educação e Cultura, [200-?]. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/dependencia-quimica/tabagismo/dependencia-de-nicotina/>>. Acesso em: 18 jun. 2011.

Direito humano à saúde e a questão da cidadania socioeconômica

Eduardo Pordeus Silva

Sumário

1. Introdução. 2. Direitos humanos: considerações gerais. 3. Direito à saúde e os mecanismos de sua efetivação. 4. Discussão sobre o desenvolvimento social e a perspectiva do direito humano à saúde. 5. Considerações finais.

1. Introdução

O tema acerca da promoção e da efetivação do direito à saúde está ligado, intimamente, ao debate da própria concretização dos direitos da pessoa humana. Nesse mesmo passo, a questão do desenvolvimento social é tratada como foco primeiro da política pública, em razão da necessidade de fomentar a inclusão social, garantindo a liberdade do cidadão, conforme explica o nobel de economia, Amartya Sen, em sua obra “Desenvolvimento como liberdade”, como também em “Ética e economia”.

As formas de violação da dignidade da pessoa humana são bastante variadas, especialmente quando se toma como referência a realidade socioeconômica brasileira, marcada por sérias formas de maltrato aos direitos fundamentais. Dessa forma, a meta de solidariedade deve ser a tônica do Estado e, com efeito, do planejamento e da execução das políticas sociais.

Nesse contexto, o Direito Sanitário surge como ramo do Direito que pode, justamente, interligar-se ao Direito Econômico, a fim de enfatizar a justiça social, uma vez

Eduardo Pordeus Silva é Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Doutorando em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor dos Cursos de Direito da Universidade Federal de Campina Grande e da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras.

que a ordem constitucional econômica tende a viabilizar, entre outros princípios, a redução das marginalidades regionais e sociais. Essa realidade justifica o objetivo da presente investigação, partindo do seguinte problema: em que medida o Direito Sanitário promove o desenvolvimento socioeconômico, segundo os princípios da ordem constitucional econômica?

Sabe-se que a política social adota metas e finalidades cujo foco visa atender as necessidades mais prementes de um grupo vulnerável, o que, em princípio, compete à assistência social. Nesse caso, o direito humano à saúde bem como o irrestrito acesso aos meios institucionais e instrumentais à sua observância devem estar na agenda da política, passando do estágio teórico à indispensável efetividade, de modo isonômico e em toda a sua amplitude.

Se, na verdade, trata-se de norma programática, é preciso, pois, um conjunto de metas que visam concretizar o referido direito humano, muito embora haja a dependência da questão financeira por parte do Poder Público. Entretanto, a torrente de princípios humanitários e constitucionais (liberdade, igualdade, solidariedade, dignidade humana, amplo acesso à jurisdição, entre outros) facilitou fortemente o prestígio do ser humano como centro das atenções do ordenamento jurídico, uma vez que consolida a prática jurídica em favor da dignidade da pessoa humana.

Essa maneira de pensar causa preocupação do ponto de vista dos direitos humanos, os quais prescindem de meio-termos, visto que exigem a sua plena eficácia e efetividade, sob pena de se tornarem figuras de linguagem.

Diante do exposto e sem exaurir o tema, a seguir serão apresentadas as visões sobre a conjugação do direito ao desenvolvimento incluído, como forma de efetivar o direito social à saúde. Essas visões trazem os destaques dados por especialistas das ciências humanas que também ressaltam a preocupação sobre o desenvolvimento social, haja vista que a ciência deve estar

a serviço da pessoa humana. E, como a saúde deságua no viés biopolítico, deve refletir o desenvolvimento socioeconômico do Estado.

2. *Direitos humanos: considerações gerais*

O debate acerca dos direitos humanos ganha pontualidade quando transcende da teoria à prática, tornando-se o foco apropriado para servir aos valores e aos princípios relevantes, condizentes com o bem-estar da pessoa humana.

Na definição de Culleton, Bragato e Fajardo (2009, p. 13), os direitos humanos são caracterizados como exigências da condição natural do ser humano e “[...] que, por isso, exigem seu reconhecimento, seu respeito e ainda a sua tutela e promoção por parte de todos, mais especialmente daqueles que estejam instituídos em autoridade”.

Hannah Arendt (2004) sustenta o debate a respeito da distinção entre a natureza humana e a condição humana. Segundo a autora, esta última retrata as formas de vida que o ser humano impõe a si mesmo em prol da sobrevivência. Tais condições visam suprir a existência humana e podem variar segundo o lugar e o momento histórico nos quais estão inseridas. Eis por que todos os seres humanos são condicionados, e aqueles que condicionam o comportamento de outros tornam-se condicionados, sistematicamente, pelo próprio movimento de condicionar.

A partir das considerações acima, a ideia de compreender os direitos humanos como algo inato, fruto da natureza humana, resta fragilizada, tendo em conta a decisão da comunidade política acerca do que é acatado como o modo mais adequado de convivência humana. Assim sendo, os direitos humanos estão condicionados à perspectiva da decisão racional, a qual dista da concepção naturalista desses direitos.

A conceituação manifestada cuida de reforçar a necessidade de que, no caso concreto, o Poder Público, investido da autoridade legitimada, tome medidas que venham

promover o pleno desenvolvimento da pessoa humana, respeitadas, obviamente, as diversidades e as diferenças sociais e culturais. Expõe Costas Douzinas (2009, p. 19): “Os direitos humanos se tornam o princípio de libertação da opressão e da dominação, o grito de guerra dos sem-teto e dos destituídos, o programa político dos revolucionários e dissidentes”.

Comenta-se ainda que apontados direitos são chamados de humanos, porque há neles o caráter essencial para a vida digna, haja vista a necessidade de proteção de valores e de bens elementares para que à pessoa humana seja facultado o desenvolvimento de suas capacidades potenciais (WEIS, 2010, p. 25).

Hodiernamente, os conceitos trabalhados e debatidos são tendentes a reforçar a questão relativa ao desenvolvimento integral do ser humano, posto que a qualidade de vida é o imperativo que fomenta a felicidade e a segurança social.

O desenvolvimento absorve a ideia de reparação das desigualdades diversas da sociedade, bem como a promessa de tudo, particularmente a de modernidade inclusiva, voltada para a mudança estrutural. Dessa maneira, a igualdade, a equidade e a solidariedade são trunfos identificados no processo de desenvolvimento, apontando consequências positivas para o pensamento econômico que é diferenciado do economicismo redutor (SACHS, 2008, p. 13-14).¹

Costas Douzinas (2009, p. 155-156) provoca a necessidade de implementação e de respeito aos direitos humanos, da seguinte forma: “Os direitos humanos são violados dentro do Estado, da nação, da comunidade, do grupo [...] a luta para mantê-los pertence aos dissidentes, às vítimas, àquelas pessoas cuja identidade é negada ou denegrida”.

¹ Conforme Veiga (2008, p. 21-22): “A riqueza não pode ser buscada como um fim em si mesmo, mas como meio para obter outras coisas que ele talvez inclua nas noções de bem-estar, poder ou uma combinação disso”.

“A energia necessária para a proteção, a proliferação horizontal e a expansão vertical dos direitos humanos vem de baixo, vem daqueles cujas vidas foram arruinadas pela opressão ou pela exploração e a quem não foram oferecidos ou não aceitou os abrandamentos que acompanham a apatia política.” (DOUZINAS, 2009, p. 157).

Os movimentos sociais têm o espaço de luta, no âmbito do Estado democrático de direito, e, dessa maneira, reafirmam o engajamento quanto às transformações que facilitam o desenvolvimento social. Por isso, não ampliar, via políticas sociais, as condições de efetivação das liberdades humanas implica agravamento maior da marginalização socioeconômica, de sorte que vulnera a condição de agente social do indivíduo.

Para condicionar esse desenvolvimento, é preciso remodelar as ações estatais, a fim de estabelecer metas concretas de inclusão social. O valor da solidariedade social tende, gradativamente, a caracterizar o Estado, com a finalidade de atender, de modo particular, às demandas coletivas. Certamente, o Estado brasileiro filia-se ao sistema jurídico consagrador dos valores fundamentais da dignidade da pessoa humana e da justiça social, de modo a não consolidar a exclusão social, mas sim obrigar o Poder Público a melhorar as condições de vida dos esquecidos e marginalizados (WEIS, 2010, p. 21).

Cabe aqui discorrer, sucintamente, acerca das discussões em torno do direito da solidariedade, o qual se encontra amparado na ideia de justiça social, segundo a qual o direito é direcionado em razão e em favor da sociedade, de forma a conciliar a liberdade individual e o bem-estar coletivo (FARIAS, 1998, p. 58).

Para Farias (1998, p. 62), a justiça social não exige apenas o aumento da qualidade da liberdade e da igualdade, mas exige a transformação no modo de pensar as relações existentes entre ser humano/

sociedade e ser humano/Estado. No mais, essa forma de justiça tem como meta a compreensão de efetivar o sistema pautado no processo de associação, de coordenação, de garantias recíprocas e de serviços mútuos, no qual a liberdade individual é conciliada com o regime da autoridade social.

Mediante essa situação, a noção da justiça social identifica o direito como justa medida à superação das antinomias da sociedade e do próprio sistema jurídico, de sorte que o direito é informado pela equidade (FARIAS, 1998, p. 63, 67). Sendo assim, torna-se interessante pensar o Direito e seus instrumentos enquanto meios aptos e favoráveis às mudanças já reclamadas pelos movimentos sociais e pelo próprio clamor social, aviltados pelas desigualdades sociais e toda sorte de exclusão.

3. Direito à saúde e os mecanismos de sua efetivação

A preocupação com a garantia do direito à saúde tem ocupado o espaço acadêmico e também os debates políticos. É fato conhecido que as discussões são lançadas, particularmente, nos âmbitos: i) econômico (produção e financiamento dos serviços sanitários); ii) social (garantias de direitos humanos e condicionantes sociais – alimentação, renda, transporte, moradia, entre outros); iii) administrativo (temas relativos à organização, à gestão dos serviços, em especial à questão do controle social), além de outros (SANTOS, 2010, p. 15-16).

Sob esse ponto de vista, o que se pretende é o não retrocesso da garantia do direito à saúde, a partir da adoção de estratégias políticas, aptas ao fortalecimento da política de salvaguarda do direito humano à saúde, muito embora se torne compreensível que as demandas sociais sejam amplas e crescentes em face da crise econômico-financeira caracterizadora do Estado brasileiro. Isso porque compete ao Estado prover as condições indispensáveis ao pleno exercício desse direito humano fundamental, consoante o art. 2º da Lei n. 8.080/90.

Nesse sentido, a razão maior de se dar muita ênfase às políticas sanitárias se pauta na promoção da qualidade de vida humana aceitável que, no entender de Santos (2010, p. 37), traduz-se no conjunto de utilidades capazes a afastar o risco de enfermidades, assim como a morte precoce, compreendendo que não há ética e isonomia, quando os excluídos têm expectativa de vida comprometida.

Nesse sentido, apontam-se variados gargalos na política social e econômica que visa à promoção, proteção e recuperação da saúde humana. Alguns deles são reconhecíveis, prontamente, na sociedade de consumo, entre os quais: os altos custos para a inovação tecnológica, ainda que vise atender as demandas sociais; a compreensão da saúde como mercadoria, forjando a carência de renda para ter acesso aos serviços sanitários, razão por que relega a segundo plano o direito à saúde como qualidade de vida; a exploração pelo capital, priorizando o lucro, em detrimento dos resultados, segundo a demanda por vida saudável; a falta de incentivo à política dos serviços de saúde quanto à prevenção (SANTOS, 2010, p. 17).

O Texto Constitucional brasileiro vigente (CF/88) reconhece, em seu artigo 6º, a saúde como direito social: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Há, portanto, uma íntima relação do direito sanitário com o direito à vida e à dignidade, afigurando-se como um direito público subjetivo.

Ainda, na Ordem Constitucional Social, a saúde encontra-se definida como direito de todos e dever do Estado, cuja efetivação fica a cargo das políticas sociais e econômicas que têm por objetivo a redução do risco de doença e de outros agravos, assim como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196, CF/88).

Conforme já foi explicitado, o referido direito subjetivo público deve caracterizar a existência digna, adotando, pois, o sistema que a protege, o Sistema Único de Saúde (SUS), afora as atribuições estampadas em lei ordinária. Em sendo assim, as ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo-se em um sistema único², organizado segundo as diretrizes elencadas na CF/88 (artigo 198): I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade.

Para Santos (2010, p. 26), o SUS incorpora uma complexa política pública com vistas a facilitar a concretização do direito à saúde, desobrigando-lhe, todavia, a responder, em absoluto, por todas as questões que tocam ou condicionam esse direito em relação à sociedade. Na verdade, o SUS não é o caminho exclusivo para tutelar a garantia do direito à saúde.

Além disso, note-se que a efetivação do direito à saúde contempla a necessidade dos chamados fatores determinantes

e condicionantes: “[...] a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País” (Lei n. 8.080/90, art. 3º).

4. Discussão sobre o desenvolvimento social e a perspectiva do direito humano à saúde

Entende-se que só é possível o desenvolvimento quando os benefícios do crescimento econômico se prestam à ampliação das capacidades humanas, representadas pelo conjunto de coisas que as pessoas podem ser ou fazer em suas vidas: ter uma vida digna, ter instrução, ter acesso aos recursos mínimos de sobrevivência e ser capaz de participar da vida em sociedade (VEIGA, 2006, p. 25). É razoável expor que o desenvolvimento “pressupõe mudança, transformação – e uma transformação positiva, desejada e desejável” (SOUZA, 1996, p. 5).

Ausente algum dos elementos apontados, não se pode identificar a plenitude da liberdade humana. Portanto, as pessoas precisam ser livres para que as escolhas sejam exercidas, para que garantam os seus direitos e participem das decisões políticas na vida em sociedade. Assim sendo, o conceito de desenvolvimento passa a ser redefinido, a partir da perspectiva de universalização e de exercício pleno dos direitos humanos, inclusive àqueles relativos à coletividade (o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado, à paz, entre outros).

Diante disso, parece não ter legitimidade a retórica da existência e do reconhecimento de direitos sociais (direitos econômicos, sociais e culturais) sem a concomitante concretização desses direitos fundamentais à vida digna. Nesse aspecto, podem ser mencionados: o direito ao trabalho, o direito ao lazer, o direito à saúde, o direito à previdência, o direito à moradia, entre outros.

² Eis o que estabelece a Constituição Federal de 1988 quanto ao Sistema Único de Saúde (SUS): “Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

Especificamente acerca do direito à saúde, apesar da CF/88 reconhecer tal direito social, estabelecendo mecanismos e meios que facilitam o seu pleno exercício (para evitar o risco de doenças) e exigindo a superação das desigualdades sociais (erradicação da pobreza e da marginalização), é real a desigualdade de oportunidades, fato que pode ser reforçado pelo deficiente financiamento dos serviços de assistência à saúde e, conseqüentemente, pela precariedade da saúde pública, quando aos pobres são negadas as oportunidades do pleno exercício do direito ao bem-estar físico e mental (SANTOS, 2010, p. 31).

Relativamente aos direitos civis e políticos, os direitos sociais são considerados “direitos-meio”, visto que determinam a criação de condições materiais que permitam às pessoas, em situação social vulnerável, desfrutar plenamente de suas liberdades (WEIS, 2010, p. 73).

Esse debate que provoca a necessidade de aprofundamento da fundamentação dos direitos sociais torna plausível os questionamentos postos sobre a unidade dos direitos humanos, porque trata de direitos civis e políticos como direitos plenamente eficazes e efetivos, do ponto de vista do agir do Estado social. As mesmas argumentações seriam remetidas para os denominados direitos sociais (direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais), os quais, muitas vezes, são chamados de direitos impossíveis.

Saliente-se que a locução “direitos impossíveis” é empregada por Bidart Campos (1989, p. 343) quando se reporta à impossibilidade de ofertar o desfrute de muitos direitos sociais, em face das disfunções do regime político, as quais dificultam a efetivação daqueles direitos. Cabe, na visão do autor, o reforço das medidas institucionais que o Estado de Bem-Estar Social estabelece no seu ordenamento jurídico.

A crise da aplicabilidade dos direitos sociais constitui tarefa severamente difícil, a partir da concepção da política social,

haja vista os problemas estruturais que caracterizam o Estado de Bem-Estar Social. Zockum (2009, p. 50) afirma que há dois limites relativos à temática dos direitos sociais: i) conteúdo substantivo (direitos sociais genericamente considerados); ii) conteúdo subjetivo (meios jurídicos aptos à sua efetivação), colocando-se, neste segundo aspecto, a questão do tema reserva do possível.

Nesse contexto, a reserva do possível é invocada pelo Estado para se desobrigar do cumprimento de suas obrigações constitucionais, sob o argumento de que não há disponibilidade financeira para a sua realização, ou que não há dotação orçamentária para a observação do dever imposto (ZOCKUM, 2009, p. 51).

Na visão de Zockum (2009, p. 58), as disposições normativas que condicionam, em seu núcleo, as garantias relacionadas ao mínimo vital são sempre exigíveis, motivo pelo qual apenas as normas de direito de menor importância, no caso concreto, podem ser efetivadas pelo Estado sob a reserva do possível.

Por outro lado, em face da homenagem à dignidade da pessoa humana, não se sustentam essas alegações, porque ferem o chamado mínimo existencial. Sendo assim, o que se exige, a todo custo, é a implementação de política pública para efetivar direitos carentes de concretização. Vale lembrar que mínimo existencial é aquele núcleo essencial que deve ser preservado para que o ser humano sobreviva com um padrão mínimo de dignidade (ZOCKUM, 2009, p. 54).

No que diz respeito à necessidade de efetivação dos chamados direitos econômicos, sociais e culturais, Weis (2010, p. 59) já advertiu que “[...] a existência de um direito é justamente a possibilidade de exercê-lo e de exigi-lo judicialmente, se necessário for”. No mesmo sentido, Zockum (2009, p. 49) observa que os direitos sociais condicionam a plena exigibilidade, de sorte que a pessoa humana pode pleitear imediatamente a

utilidade requerida. Conforme Culleton, Bragato e Fajardo (2009, p. 99), embora esses direitos sejam chamados de direitos sociais, “[...] são direitos cujo titular pode ser individualmente identificado”.

De todo o exposto, revela-se a exigência de se empreender políticas públicas que são, na conceituação de Carvalho Filho (2008, p. 110-111), “[...] as diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos das coletividades”.

Sendo assim, essas políticas seriam os arranjos institucionais complexos, inscritos em estratégias e programas de ação governamental, os quais são decorrentes de processos regulados, objetivando adequar meios e fins (BUCCI, 2008, p. 251), de forma que os fins do Estado (desenvolvimento humano, pluralismo, respeito às diversidades, promoção da dignidade humana etc.) sejam relacionados diretamente às ações concretas que confirmam efetividade máxima à ordem constitucional.

Em outros termos, explica-se que as políticas públicas são objeto de reivindicação constitucionalmente legitimada e sua imposição é o fornecimento de prestações positivas à sociedade (GRAU, 2003, p. 25; 2005, p. 215). Nesse aspecto, o direito à saúde é direcionado à efetivação mediante as políticas do Estado, à vista do postulado mínimo existencial, cujo foco primordial passa pela dignidade da vida humana.

5. Considerações finais

São evidentes os avanços e as conquistas ocorridas nos últimos anos, no que se refere à adoção efetiva de uma cultura de direitos humanos, especialmente de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais (DHESC), posto que essa temática ainda se encontra em estágio embrionário no Estado brasileiro; valendo ressaltar que o mencionado estágio insuficiente de implementação

dos direitos sociais está ligado a fatores de ordem cultural e política.

O direito à saúde é direito humano fundamental, e o respeito ao mesmo traduz-se no valor da dignidade da pessoa humana, a partir da observação e do combate aos desníveis sociais identificados na sociedade brasileira.

Por tudo isso é que à jurisdição se atribui, em tempos hodiernos, a tarefa de salvaguardar os direitos humanos, pelo manejo dos instrumentos constitucionais e processuais anteriormente referenciados, em particular aqueles que dizem respeito aos direitos sociais (saúde, educação, lazer, trabalho, entre outros direitos sociais).

A maior parte dos cidadãos desconhece que tem direitos e garantias. Dessa forma, a falta de informação sobre direitos humanos é um fator que contribui para que as políticas públicas não sejam reconhecidas, como forma de cumprimento de deveres e realização de direitos passíveis de serem exigidos, em especial na esfera do Poder Judiciário.

Mesmo nos casos de conhecimento da existência de direitos humanos, a falta de informação quanto aos caminhos que conduzam à garantia de que os mesmos sejam aplicados e a ausência de mecanismos efetivos para a cobrança desses direitos são, também, grandes desafios que precisam ser enfrentados. Nesse aspecto, são ainda tímidas as ações do Poder Judiciário, como órgão vetor das transformações sociais, porquanto não se trata de ente neutro e distante dos anseios do seu povo.

O Estado brasileiro atual contenta-se em ver os direitos humanos sob o prisma de sua aplicabilidade na vida diária de todas as pessoas, em particular quando se refere a setores socialmente excluídos de políticas, embora lhe seja atribuída, constitucionalmente, a tarefa de cumprir os postulados em favor dos ideais contidos no Estado democrático de direito.

Nesse contexto, ainda se recorre à força que a Constituição Federal vigente denota,

dentro dos seus limites geográficos. A agenda igualitária, que inspira a meta do Estado na promoção da cidadania para todos e no combate a todas as formas de discriminação, apresenta o rol de valores e preceitos jurídicos concernentes ao bem-estar, porque não se isenta da meta programática do não retrocesso social.

Torna-se conveniente que omissões perante direitos fundamentais, das quais afastando a aplicabilidade e o respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais, sejam deveras rebatidas. Ademais, a comunidade científica deve se pronunciar, bem como interventos por parte dos cidadãos e do Ministério Público devem ocorrer, no sentido de provocação ao Poder Judiciário, com o fim de garantir a não violação de direitos elementares e a observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, medidas concretas de política pública devem ser tomadas para que sejam efetivados valores substanciais e inafastáveis aos cidadãos brasileiros, por força dos princípios e dos objetivos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Outrossim, deve-se ressaltar que, no Estado de direito material, a mera enunciação de princípios, atrelada à compreensão formal da constituição, não cumpre os objetivos primordiais de realização dos direitos humanos.

Referências

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- BIDART CAMPOS, Gérman J. *Teoría general de los derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 225-260.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 107-126.
- CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. *Curso de direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. Porto Alegre: Unisinos, 2009.
- FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SANTOS, Lenir. Direito à saúde e qualidade de vida: um mundo de corresponsabilidades e fazeres. In: _____. *Direito à saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010. p. 15-62.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- SOUZA, Marcelo Lopes de. A teorização sobre o desenvolvimento em uma época de fadiga teórica, ou: sobre a necessidade de uma “teoria aberta” do desenvolvimento sócio-espacial. *Revista Territórios*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 5-22, jul./dez. 1996.
- VEIGA, José Eli da. *Meio ambiente e desenvolvimento*. São Paulo: Senac, 2006.
- WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- ZOCKUM, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009. (Coleção temas de Direito Administrativo, 21).

A competência legislativa concorrente de divergência do Direito alemão

Beatriz Bastide Horbach

Sumário

1. Introdução. 2. A crise do federalismo alemão. 2.1. As competências legislativas concorrentes antes de 2006. 2.2. A Comissão para a Modernização do Ordenamento Federal. 2.3. A Reforma Constitucional de 1.9.2006. 3. A competência legislativa concorrente de divergência. 3.1. Os *núcleos sólidos de divergência*. 3.2. As matérias que podem ser objeto de divergência (art. 72, III, primeira parte GG). 3.3. A *vacatio legis* instituída pelo art. 72, III GG. 3.4. A prioridade de utilização e o “efeito *ping pong*”. 3.5. Direito de divergência – casos especiais. 3.5.1. A relação com a União Europeia. 4. Conclusão.

1. Introdução

A preocupação com a preservação da esfera estadual é constante em países que adotam a forma federativa. Ao deparar-se com o enfraquecimento dos seus Estados-membros (*Länder*), a Alemanha entendeu que a reorganização das competências legislativas seria uma forma eficaz de combater o desequilíbrio entre os entes. Essa foi a base de uma grande reforma constitucional ocorrida em 2006¹.

Após a alteração da Lei Fundamental (ou *Grundgesetz* – GG), o ordenamento germânico passou a ter as seguintes espécies de competência legislativa concorrente: as competências básicas (*Kernkompetenzen*), do

Beatriz Bastide Horbach é Mestre em Direito pela Eberhard-Karls Universität Tübingen, Alemanha. Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

¹ Sobre a denominada “Reforma Federativa alemã”, consultar Horbach (2008).

art. 72, I GG; as competências necessárias (*Bedarfskompetenzen*), do art. 72, II GG; e, finalmente, as competências de divergência, (*Abweichungskompetenzen*), esta considerada a maior e mais importante inovação.

Os Estados alemães, ao fazerem uso da competência de divergência, podem legislar de forma contrária à legislação federal em determinadas matérias. É uma alteração que faz com que sejam revistos diversos conceitos, como o princípio da subsidiariedade, o princípio de que lei federal prevalece sobre lei local e o próprio princípio da fidelidade federal.

O presente artigo indicará os principais aspectos relacionados à competência legislativa concorrente de divergência, expondo seus precedentes e seu impacto na estrutura clássica do federalismo alemão.

2. A crise do federalismo alemão

A incorporação da República Democrática Alemã à República Federal da Alemanha, em 1990, representou um grande desafio ao federalismo alemão. O sistema federativo é considerado o principal mediador da Reunificação, especialmente no tocante à economia e à necessidade de melhora das condições sociais dos novos Estados. Nesse período, houve grande tendência ao fortalecimento do federalismo cooperativo (BAUER, 2006, p.8).

Entretanto, a prática do federalismo cooperativo alemão pós-Reunificação gerou um quadro complexo de entrelaçamento de competências dos entes e conseqüente enfraquecimento da responsabilidade política de cada um. Gradativamente, a União passou a exercer um maior domínio no âmbito das competências legislativas concorrentes, deixando pouco espaço para atuação dos Estados.

Essa foi a principal origem da recente *crise do federalismo alemão*, que ocupou a pauta política da Alemanha nos últimos anos, com intensos debates entre União e Estados. Após muitas negociações, a melhor terapia encontrada foi traduzida

na Reforma Federativa: o reordenamento das competências legislativas concorrentes.

2.1. As competências legislativas concorrentes antes de 2006

A harmonia dos entes federais alemães é mantida com base em princípios tradicionais como o do federalismo cooperativo e o da fidelidade federal (*Bundestreue*). Nas últimas décadas, porém, passou-se a observar o enfraquecimento desses pilares do federalismo germânico e uma tendência centralizadora da União (*Bund*), por meio de contínua diminuição do campo de atuação legislativa estadual.

Especificamente no tocante à competência concorrente², o texto do art. 72, II GG, que trata dessa matéria, já sofreu algumas alterações que tiveram como principal objetivo conter os exageros federais. De acordo com esse dispositivo, a União poderia legislar em matérias de competência concorrente apenas quando determinados requisitos estivessem presentes no tema a ser regulamentado: as denominadas cláusula de necessidade (*Bedürfnisklausel*), antes de 1994, e cláusula de imprescindibilidade (*Erforderlichkeitsklausel*), inserida na Lei Fundamental em reforma realizada em 1994.

A cláusula de necessidade especificava a regulamentação federal das matérias nela descritas quando algum dos seus três requisitos estivesse presente: 1) quando a questão não pudesse ser, de forma eficaz, regulada pelo poder legislativo estadual; ou 2) a regulamentação de um assunto via lei estadual pudesse prejudicar os interesses de outros *Länder* ou de todos, de forma geral; ou 3) em casos em que fosse necessário manter a unidade legal ou econômica, especialmente as condições de vida uniformes, (*Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet*) em todo o território federal.

² Antes da Reforma Constitucional de 2006, as competências legislativas eram divididas entre competências exclusivas, concorrentes e de quadro.

Esses requisitos poderiam ser alternativos, não cumulativos. Importante atentar-se à terceira hipótese, eis que esta podia abranger muitos assuntos e era de difícil definição. As expressões “manutenção da unidade legal ou econômica” e “manutenção de condições de vida uniformes em todo o território federal” são conceitos genéricos que passaram a ser utilizados e manipulados a favor da União.

Durante o período de vigência da cláusula de necessidade, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*) deparou-se com diversos casos em que foi demandado a avaliar se haveria necessidade de edição de leis federais ou se a União estaria extrapolando seu campo de atuação legislativa. A tendência era de reconhecimento da competência da União.

Nesse quadro de domínio federal, o art. 72, II GG foi alterado pela 42ª Emenda Constitucional, de 1994. A *cláusula de necessidade* deu lugar à denominada *cláusula de imprescindibilidade*, em nova tentativa de fortalecimento dos Estados. O art. 72, II GG foi reelaborado para diminuir as hipóteses de competência legislativa da União, que passou apenas a legislar nas matérias ali previstas *quando e na medida (wenn und soweit)* em que for necessária uma lei federal para manutenção das condições uniformes de vida no território federal ou para preservação da unidade jurídica ou econômica.

Ao mesmo tempo, foi inserido um inciso III a esse artigo, que determinava que a ausência da regulamentação, por parte da União, nas hipóteses previstas no inciso II, daria prerrogativa aos Estados de instituir a matéria omissa em âmbito local. A inexistência de conceitos e regras claras em relação a esses requisitos, entretanto, restou por autorizar a União a seguir fazendo uso, de forma abusiva, de seu poder legiferante.

O Tribunal Constitucional Federal interveio em diversos casos manifestando-se pela contenção da tendência unitarista gerada pela constante usurpação, por parte

da União, de competências legislativas estaduais. Um exemplo clássico é o *Altenpflegegesetz-Urteil*, que acabou por definir certos critérios para atuação federal³.

O *Altenpflegegesetz-Urteil* (decisão sobre lei que regulamenta a profissão de enfermeiro geriátrico) não apenas acabou com uma discussão que se estendia desde a década de 1980 entre os entes federados sobre essa classe profissional, mas também estabeleceu critérios para a elaboração de leis federais baseadas na cláusula de imprescindibilidade. O Tribunal Constitucional ressaltou que a lei federal que se enquadrasse em alguma das três condições dessa cláusula deveria ser voltada para concretização de “interesses especiais de integração federal” – *besondere bundesstaatliche Integrationsinteressen* (BVerfGE 106, 62, linha 317) – e, a partir dessa interpretação, procurou definir os critérios do art. 72, II GG, privilegiando a atuação dos Estados.

Entretanto, a interpretação dada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão a essas três hipóteses de utilização da cláusula de imprescindibilidade, ainda que tenha dado um norte ao problema, manteve, de certo modo, a situação de indefinição quanto ao real significado de expressões genéricas como “manutenção da unidade econômica” ou “manutenção das condições de vida uniformes”. Nesse sentido, a Corte declarou, por exemplo, que

³ BVerfGE 106, 62, decisão de 24 de outubro de 2002. No caso, o estado da Bavária utilizou-se do controle constitucional abstrato para contestar lei federal que regulamentou profissão de enfermeiro geriátrico (*Altenpflegegesetz*). Esta criou regras unificadas com o objetivo de garantir um padrão de especialização da profissão em todo o território federal. A lei foi considerada essencialmente constitucional pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, mas esse, por sua vez, listou alguns critérios para utilização do disposto no art. 72, II GG, pela União. Conferir também o *Juniorprofessor-Urteil* (BVerfGE 111, 226, decisão de 27 de julho de 2004). O Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal alemão declarou, por maioria (5x3), a inconstitucionalidade da lei federal que regulamentava a profissão de “Professor Junior” (*Juniorprofessur*), um cargo das instituições de ensino superior. A lei não preenchia os requisitos do art. 72, II GG.

a União apenas poderia legislar para “manutenção da unidade legal” nos casos em que a existência de diversas leis estaduais sobre um tema pudesse conduzir a uma fragmentação jurídica (*Rechtzersplitterung*) que tivesse intoleráveis consequências a todos os entes federados (BVerfGE 106, 62, 145). Esse entendimento deixa evidente a dificuldade em controlarem-se os critérios do art. 72, II GG.

2.2. A Comissão para a Modernização do Ordenamento Federal

Já no começo da década de 1990, era evidente que o sistema federativo alemão encontrava-se em crise, tomando fortes rumos centralizatórios, o que fez com que se chegasse a falar que a Alemanha estaria tornando-se um “Estado Federal Unitário” (Cf. HESSE, 1962). Daí surgiram diversas propostas e debates que culminaram na Reforma Constitucional de 2006.

Com o entendimento de que a estrutura federativa alemã necessitava modernizar-se, Parlamento Federal (*Bundestag*) e Conselho Federal (*Bundesrat*), respectivamente as câmaras baixa e alta do Legislativo alemão, reuniram-se em uma comissão conjunta que objetivava aprimorar a capacidade de ação e decisão da União e dos Estados; classificar, de forma clara, as responsabilidades políticas de cada ente; e intensificar a praticidade e a eficiência da execução de suas respectivas competências legislativas⁴. Assim, foi instituída a „Comissão para a Modernização do Ordenamento Federal“ (*Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung*).

A possibilidade de criação de um direito de divergência dos *Länder*, ideia que surgira já na década de 1970, foi bastante discutida nessa Comissão. Os Estados da Bavária, Bremen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen e Sachsen-Anhalt apresentaram pro-

posta do que denominaram direito material de intervenção. Por meio deste, os Estados passariam a ter direito a divergir de normas federais atuais ou futuras (DIETSCHKE, 2006, p. 187). Essa *competência interventiva* deveria vir elencada em um novo artigo da Lei Fundamental – o art. 72a GG.

Ainda foram indicados, basicamente, dois modelos procedimentais para o exercício do direito de intervenção. De acordo com um projeto, os Estados ficariam livres em relação ao modo e extensão da divergência. Poderiam então, caso entendessem mais conveniente, afastar apenas alguns pontos de uma lei federal, permanecendo as demais partes não divergidas válidas como direito federal em seu Estado.

Outro modelo proposto impunha a obrigação do legislador estadual de substituir o conteúdo da lei federal por inteiro no momento da utilização de seu direito de divergência. Como consequência, essa alternativa para um direito de intervenção seria uma “competência concorrente às avessas”, pela qual os Estados praticamente substituiriam a União no processo legislativo. Com o tempo, essa prática poderia inclusive conduzir a uma competência exclusiva dos *Länder* nessas matérias (DIETSCHKE, 2006, p. 189), motivo pelo qual tal recomendação foi, naturalmente, bastante criticada pela União.

Em contrapartida, representantes das frações do SPD e do CDU/CSU no *Bundestag* propuseram uma nova alternativa. Sugeriram a seguinte redação: “Caso a União utilize-se do seu poder legiferante nos casos de [...], os Estados podem promulgar leis divergentes da legislação federal” (DIETSCHKE, 2006, p. 189).

Foi indicado que, com isso, União e Estados poderiam atuar simultaneamente e com mesmos direitos neste campo de legislação concorrente, sendo que a legislação estadual divergente não afastaria o direito federal, mas adquiriria uma “prioridade de utilização” (*Anwendungsvorrang*). Ainda, foi apontado que o direito de intervenção

⁴ As reformas introduzidas estão motivadas no Boletim Oficial do *Bundestag*, BT Drucksache 16/813, de 7.3.2006.

poderia ser uma possibilidade de melhor efetivação do princípio da subsidiariedade.

Em parecer, o jurista Fritz W. Scharpf mostrou-se favorável à adoção do direito de divergência nos moldes do que fora apresentado na *Enquete-Kommission*, em 1976, primeira vez em que a possibilidade de um direito de intervenção foi cogitada. Nessa variante, foi proposto que o legislador estadual ficaria autorizado a divergir, no campo das competências concorrentes, de direito federal válido, até o ponto em que, por meio dessa divergência, os interesses constitucionalmente protegidos de outros *Länder* ou as necessidades gerais da Federação não pudessem ser atingidos (DIETSCHKE, 2006, p. 194).

Várias foram as propostas sobre como deveria ser o direito de divergência dos *Länder*. Todavia, a discussão acerca das distribuições de competências entre os entes federados e os problemas gerados pela conseqüente falta de vontade, por parte destes, de perdê-las ou não as ter de maneira integral, fez com que a Comissão fosse declarada inexitosa.

2.3. A Reforma Constitucional de 1.9.2006

Após muitas discussões e ausência de consenso entre União e Estados, a Comissão foi formalmente declarada fracassada. Mesmo assim, continuou-se a busca para solução dos impasses ali discutidos. Tanto o *Bundestag* quanto o *Bundesrat* não encerraram o debate sobre o direito de divergência dos Estados e se essa possibilidade deveria ser limitada a normas federais já existentes ou apenas em relação àquelas promulgadas após a emenda constitucional que a instituiu.

Com alguns ajustes políticos, a “Reforma Federativa”, “Reforma Federativa I”⁵, ou a “mãe de todas as reformas”, em

⁵ A “Reforma Federativa II” abrange alterações que terão como objetivo harmonizar o orçamento entre União e Estados.

referência a sua magnitude e a sua importância de influenciar o destino de outras mudanças, entrou em vigor no dia primeiro de setembro de 2006. Essa foi a maior reforma pela qual a Lei Fundamental de Bonn já passou – modificou 25 artigos – e teve como principal objeto a reorganização da distribuição de competências legislativas.

A nova divisão de competências entre os entes federados procurou melhorar o poder de competitividade e de tomada de decisões pela União e Estados, assim como deixar mais claras as responsabilidades políticas de cada um e melhor especificar a qual ente compete cada matéria (BT- Dr 16/813, p. 7).

Além da alteração do quadro de competências legislativas concorrentes, válido ressaltar que a reforma constitucional de 2006 revogou o art. 75 GG e, conseqüentemente, extinguiu do direito alemão a competência legislativa de quadro (*Rahmengesetzgebung*) por ele disciplinada. As competências de quadro, inseridas no ordenamento constitucional germânico pela Constituição de Weimar, de 1919, definiam competência federal para promulgar leis que estabelecessem linhas normativas essenciais (normas gerais) a determinada matéria, cabendo aos Estados preencher as lacunas, de acordo com suas peculiaridades e exigências.

Como já mencionado, a Reforma também criou três modalidades de competências legislativas concorrentes: as competências básicas (*Kernkompetenzen*), do art. 72, I GG; as competências necessárias (*Bedarfskompetenzen*), art. 72, II GG; e, finalmente, as competências de divergência (*Abweichungskompetenzen*) (IPSEN, 2006, p. 2804).

As competências básicas recaem sobre matérias para as quais o legislador constituinte considerou que deveria haver uma espécie de bloqueio das legislações estaduais, sem que fosse feita alguma espécie de verificação de sua necessidade. O contrário ocorre com as competências necessárias, que pressupõem que alguns

requisitos sejam preenchidos para que a União possa legislar nas matérias ali descritas. Finalmente, tem-se a terceira inovação no campo das competências legislativas concorrentes da Alemanha: a competência de divergência.

3. A competência legislativa concorrente de divergência

O art. 72, III GG, visto como o novo ponto-chave no âmbito das competências legislativas concorrentes entre União e Estados, dispõe que:

“Artigo 72

(3) Tendo a União (Bund) feito uso de sua competência legislativa, os Estados (Länder) podem, mediante lei, estabelecer regras divergentes sobre:

1. caça (exceto as licenças para caça);
2. proteção da natureza e cuidado da paisagem (exceto os princípios gerais de proteção à natureza, proteção às espécies e proteção da natureza marinha);
3. distribuição do solo;
4. organização do território;
5. administração dos recursos hídricos (exceto as regras sobre agentes contaminantes e instalações);
6. admissão em Universidades e titulações universitárias.

Leis federais sobre essas matérias entrarão em vigor não antes de 06 meses após sua promulgação, salvo se determinado em outro sentido, com aprovação do Bundesrat. Nas matérias listadas acima, prevalece, na relação União-Estados, a lei promulgada posteriormente.”

Dessa forma, nas áreas listadas nos itens 1 a 6 foi concedida aos Estados a possibilidade de elaboração de regras próprias e divergentes que possam atender de forma mais efetiva suas necessidades e características locais. A decisão de se o Estado utilizará ou não essa prerrogativa de divergência – ou seja, se lei federal valerá

integralmente em seu território, sem ação de norma estadual divergente – dependerá do ponto de vista político estadual (BT-Dr 16/813, p. 11).

Esse novo sistema de distribuição de competências legislativas instituiu uma técnica completamente inovadora que o Direito alemão – quiçá mundial – até agora ainda não vira. O aumento da autonomia dos Estados é, ao lado de elevar sua independência, uma maneira de incrementar o federalismo competitivo entre os entes, dando-se possibilidade de que seu poder concorrential e econômico seja fortalecido, antiga reivindicação estadual.

Essa questão não significa, porém, que o famoso federalismo cooperativo alemão, extremamente arraigado em sua cultura, passe a ser ignorado ou torne-se enfraquecido. Muito pelo contrário. Espera-se que justamente esse princípio constitua uma barreira para que os Estados não ajam apenas pensando em benefícios próprios, mas sim que tenham sempre em consideração que a unidade federativa deve ser igualmente preservada. Logo, uma competitividade extremada seria evitada, com suporte do federalismo cooperativo.

Como principal crítica ao direito de divergência, é muito discutido o desenvolvimento de um “federalismo de segunda classe” (*Zweiklassenföderalismus*). Ao passo que os Estados mais fortes, com uma boa estrutura local, serão capazes de implementar legislação estadual divergente, após estudos e investigações próprias, os mais fracos tenderiam a aceitar a legislação federal por inteiro, por ausência de meios de a ela se oporem, gerando, com isso, dois grupos de Estados (STOCK, 2006, p. 238).

É defendido, todavia, que os Estados que não fazem uso do seu poder de divergência não podem ser considerados, de pronto, pertencentes a uma espécie de “segunda classe”. Esses, considerados “mais fracos”, acabariam, entretanto, possuindo maiores condições de, tomando como base a legislação federal e as divergentes, de

outros Estados, elaborar a sua própria, decidindo quais normas seriam melhores para si e comparando experiências (STOCK, 2006, p. 238).

3.1. Os núcleos sólidos de divergência

Os Estados são independentes em relação à extensão da divergência, por meio de legislação estadual, de normas federais. Eles necessitam, porém, respeitar os preceitos constitucionais, internacionais e europeus, igualmente observados pela própria União ao fazer uso de sua competência legislativa.

Entretanto, o art. 72, III GG prevê algumas exceções ao direito de divergência dos Estados, dentro das próprias matérias em que esses podem divergir de leis federais. São os denominados “núcleos sólidos de divergência” (*Abweichungsfeste Kerne*).

Nesse sentido, *e.g.*, os Estados podem legislar sobre proteção da natureza e cuidado da paisagem, mas não podem divergir de legislação federal que verse sobre proteção ao meio ambiente, enquanto essa disser respeito aos princípios gerais de proteção à natureza, proteção às espécies e proteção da natureza marítima.

A exclusão de determinadas questões e a criação desses núcleos sólidos advêm do entendimento de que algumas matérias precisam ser regulamentadas de maneira única e mais efetiva pela União. Ainda, pela existência de determinações da União Europeia, que muito limitariam a atuação dos Estados.

3.2. As matérias que podem ser objeto de divergência (art. 72, III, primeira parte GG)

O aumento de autonomia especialmente nas matérias de meio ambiente e educação é considerado uma vitória dos Estados. Esses dois temas foram a principal causa de diversos entraves políticos que dificultaram o processo de alteração constitucional que culminou na Reforma Federativa.

Em relação ao meio ambiente, o objetivo inicial era aumentar o rol de competências

ambientais federais, que deveria ter, como consequência, a possibilidade de concretização, pela União, de um Código de Direito Ambiental – muito discutido nos últimos anos na Alemanha.

As disposições constitucionais ligadas ao meio ambiente encontram-se esparsas na Lei Fundamental. Por esse motivo, principalmente, representantes do Governo Federal eram favoráveis à inserção de um título “Direito Ambiental” ao rol das competências concorrentes, que também auxiliaria no desenvolvimento da tão esperada codificação (EPPLER, 2006, p. 208-209). Ao final dos debates, optou-se por uma solução mista, com o ordenamento dessa matéria em diversos artigos da Lei Fundamental.

O art. 72, III, primeira parte, número 2 da Lei Fundamental, prevê que os *Länder* podem legislar de forma diversa de lei federal, mas não são autorizados, porém, quando disser respeito a princípios de proteção da natureza, proteção das espécies ou proteção à natureza marítima. Nesse dispositivo, o termo “princípios” é visto como incerto e foi deixado ao legislador federal que formule uma concepção de qual seria seu efetivo significado. Um acordo feito ainda na fase prévia à Reforma estipula que esses seriam princípios que vinculam nacionalmente a proteção da natureza, especialmente a conservação da biodiversidade e manutenção do ecossistema (KLOEPFER, 2006, p. 261).

A proteção das espécies e da natureza marítima pertencem, como já visto, ao núcleo sólido do direito de divergência. A justificativa é que ambas são classificadas como fortes metas de proteção traçadas pelo direito internacional. Nisso, a União pode e deve elaborar regras únicas relativas à proteção à biodiversidade marítima, incluindo proteção das espécies e territórios marítimos, bem como avaliação de questões relativas à proteção da natureza via concretização de objetivos no campo marítimo, eis que esses seriam campos que demandam dispositivos uniformes em toda a Alemanha.

na. Essa seria também a melhor forma de atender às expectativas internacionais.

Em diversas áreas, mas especialmente a ambiental, o campo de atuação legislativa estadual restou consideravelmente limitado pelas diretrizes já existentes em âmbito comunitário, como será tratado mais adiante. De acordo com as determinações europeias sobre reforma agrária, *e.g.*, os Estados-membros da União Europeia estão obrigados a ter meios nacionais para a preservação do bom estado das terras agrícolas. Outra limitação seria a das recomendações do bloco sobre os requisitos do nitrato, águas subterrâneas e diretivas voltadas à existência de *standards* ecológicos comuns para preservação das águas (KLOEPFER, 2006, p. 264).

Ressalte-se que os Estados já estão fazendo uso do art. 72, III GG, no âmbito do direito ambiental. Em 1º de março de 2010, entrou em vigor uma nova versão do Código Federal de Proteção à Natureza (*Bundesnaturschutzgesetz*). Os Estados de Niedersachsen, Mecklenburg-Vorpommer e Schleswig-Holstein editaram normas estaduais divergentes de alguns dispositivos dessa lei federal.

No tocante ao direito à educação, a competência para legislar sobre “princípios gerais do ensino superior” estava elencada no rol das competências quadro, no art. 75 I Nr. 1 GG. A partir da Reforma, essa competência passou a ser concorrente, com possibilidade de divergência dos Estados em relação a admissões na Universidade e seu regime de titulação.

3.3. A *vacatio legis instituída* pelo art. 72, III GG

A Lei Fundamental concedeu aos Estados um determinado período para que elaborassem suas possíveis normas divergentes. Como forma de proteção, leis federais que versem sobre matérias de competência concorrente divergente apenas entram em vigor no mínimo seis meses após sua publicação.

Entretanto, há uma exceção a essa regra. O art. 72, III, linha 1 GG, prevê a hipótese de que essas leis passem a valer em período inferior à regra dos seis meses, desde que aprovado pelo *Bundesrat*. Esse sistema foi planejado para casos de urgência, *e.g.*, por conta de prazos de implementação de assuntos relativos à União Europeia. Para tanto, é necessária aprovação de 2/3 da maioria do *Bundesrat*.

A Lei Fundamental ainda estabeleceu um período de transição para que o direito de divergência dos Estados passasse a valer. De acordo com o art. 125b, I, linha 3 GG, os Estados apenas puderam legislar a partir de 1º de janeiro de 2010 sobre os campos com possibilidade de divergência tocantes à proteção da natureza, ao cuidado da paisagem e à administração dos recursos hídricos. Caso uma nova lei federal que versasse sobre essas matérias fosse promulgada antes de 1º de janeiro de 2010, o direito de divergência passaria automaticamente a valer para os Estados.

Esse é um prazo de carência (*Schonfrist*), que foi estabelecido para gerar possíveis benefícios em algumas áreas. No campo do Direito Ambiental, esse período auxiliaria a concretização do tão esperado e debatido Código de Direito Ambiental. Entretanto, ainda que tenha sido algo bastante discutido e bem articulado, esse Código não foi levado adiante. Sua proposta foi declarada inexistente no ano de 2009, tendo como causa a forte resistência do Estado da Bavária ao projeto.

3.4. A *prioridade de utilização* e o “efeito ping pong”

Uma lei estadual divergente não revoga a lei federal divergida no âmbito do seu respectivo território estadual, mas passa a ter uma “prioridade de utilização” (*Anwendungsvorrang*), ou seja, passa a valer antes daquela (*geht vor*).

Essa questão deixa claro que, com eventual revogação da norma estadual divergente, a lei federal automaticamente passa a valer nesse Estado. Por outro lado, quando

a União legislar sobre essas matérias, após a divergência estadual, passa essa lei federal a ter prioridade em relação às leis estaduais divergentes, por ser lei posterior.

O já citado vale nesse caso também: restando excluída a validade dessa nova norma federal, passa a vigorar, novamente, a antiga legislação estadual divergente. Para esse caso – da lei federal que se sobre põe à lei estadual divergente de antiga lei federal – ainda há mais uma hipótese: a de que os Estados elaborem, mais uma vez, legislação divergente da federal, passando a ter, novamente, preferência em relação à norma federal divergida (BT-Dr 16/813, p. 11). É o denominado *Ruckholrecht* (KLEIN; SCHNEIDER, 2006, p. 1552).

Essa possibilidade de que lei federal passe a ter prioridade de utilização em relação a leis estaduais divergentes de mesmo conteúdo, e que os Estados possam novamente divergir das leis federais que foram contrárias a suas antigas leis estaduais válidas, é mecanismo já denominado *Efeito ping pong* pelos doutrinadores alemães.

Essa “legislação ping pong” (ou “regra ping pong”) coloca em dúvida a eficácia do sistema de separação de competências divergentes, no momento em que se pode gerar um “vai e vem” infinito entre legislação federal e estadual. O texto legal não estabelece limites a essa possibilidade e uma interpretação sistemática não dá a entender que a União poderia prejudicar, de forma intencional, o poder estadual de divergência (KLEIN; SCHNEIDER, 2006, p. 1552). Entretanto, o risco de um jogo infinito de *ping pong* legislativo entre os Entes é considerado, ao menos teoricamente, possível.

Sob o ponto de vista prático e político, porém, acredita-se que o efeito *ping pong* não ocorrerá. Espera-se que a legislação federal promulgada após o exercício do direito de divergência estadual tenha como objetivo o compromisso de deixar desnecessárias as leis divergentes, ao procurar, com base nas experiências estaduais, aprimorar o direito único federal.

Violações intencionais ao poder estadual de divergência poderiam ser consideradas agressões ao princípio da fidelidade federal (*Bundestreue*) (KLOEPFER, 2006, p. 255).

Para a relação *Bund-Länder*, no âmbito da matéria aqui tratada, não é aplicada a clássica regra de que, colidindo normas do direito federal com estaduais, têm as leis federais preferência em relação às estaduais – princípio emanado do art. 31 GG (*Bundesrecht bricht Landesrecht*). O art. 72, III, linha 3, estabelece que, nesse caso, a legislação mais recente tem prioridade sobre a mais antiga.

No campo da legislação concorrente divergente, é válido, então, não mais o princípio da superioridade (*Superioritätsgrundsatz*) ou da primazia do direito federal, do art. 31 GG, mas, sim, o princípio da posterioridade (*Posterioritätsgrundsatz*), previsto no art. 72, III, linha 3 GG.

Para tornar a situação mais complicada, as normas estaduais divergentes não necessitam divergir por inteiro das leis federais. É possível, dessa forma, que em um Estado apenas uma parte de determinada lei federal seja aplicável, enquanto para outros pontos específicos os dispositivos estejam contidos em leis estaduais que dela divergiram.

Ainda, não há um direito legislativo privativo federal em relação às matérias do denominado núcleo duro do direito de divergência. É viável que os Estados promulguem legislação que verse sobre essas matérias, conquanto a União ainda não tenha se utilizado de sua competência legislativa. Caso utilize-se, os Estados passam a ser novamente inaptos a legislar nesses tópicos.

3.5. Direito de divergência – casos especiais

Outros dispositivos da Lei Fundamental, e não apenas o art. 72, 3 GG, também regem uma possibilidade de divergência dos Estados, em sentido amplo. Nos artigos que estabelecem regras do direito administrativo processual alemão, há a previsão

do art. 83 GG, que define que os Estados executarão as leis federais como se fossem assuntos locais, salvo se a própria Lei Fundamental dispuser em sentido diverso.

Nessa hipótese, os Estados poderão definir a forma de organização do procedimento administrativo e organização das autoridades. E, nesse aspecto, caso lei federal resolva dispor de forma contrária, o art. 84, I GG, prevê um direito de divergência similar ao do art. 72, III GG. Os Estados ficam autorizados a divergir de leis federais que disponham sobre organização e procedimento administrativo, devendo a União respeitar a mesma *vacatio legis* de seis meses, salvo autorização especial do *Bundesrat*.

Apenas em casos excepcionais – quando houver a necessidade especial de uma norma uniforme em toda a Federação – é que a União pode regulamentar procedimento administrativo sem possibilidade de divergência estadual. Também para esse caso será preciso aprovação do *Bundesrat*.

3.5.1. A relação com a União Europeia

A concretização de novos atos necessários para adequação do direito alemão à União Europeia (*Europatauglichkeit*) foi um dos objetivos traçados pelo projeto de emenda constitucional de 2006. Para tanto, alguns novos dispositivos foram inseridos à Lei Fundamental, como o art. 23, 6 GG. Este prevê que, quando sejam afetadas, em sua essência, competências legislativas exclusivas dos Estados nas matérias de educação escolar, cultura ou de radiodifusão, o exercício dos direitos de que goza a República Federal da Alemanha como Estado-Membro da União Europeia deverá ser transferido, pela Federação, a um representante dos Estados, designado pelo *Bundesrat*. O exercício dos direitos se realizará com a participação do Governo Federal e de acordo com este, sendo mantida a responsabilidade da Federação pelo Estado em seu conjunto.

Além dessa regra, o direito de divergência poderia contribuir como um meio eficaz

para manter uma boa relação dos Estados alemães no âmbito comunitário, que adquiriram mais competências em áreas para as quais eram bastante limitados. A partir da Reforma, passaram a ser capazes até de implementar regras inteiramente novas, não mais apenas complementares, nos limites traçados pelo art. 72, III GG.

Esse aumento de competências pode gerar, todavia, incerteza em relação a quem deve executar uma determinação da União Europeia. É questionado se a regulamentação de matérias comunitárias por lei federal que pode ser objeto de divergência, a qualquer tempo, de lei estadual seria considerada suficiente para manter a uniformidade nacional dessas questões. Tal temor tem como base o fato de o Tribunal de Justiça Europeu prezar que essa execução atente às necessidades de clareza e segurança jurídica (HÄDE, 2006, p. 937). O trabalho de fiscalização das instituições comunitárias fica, nesse aspecto, mais complicado.

Desse modo, no âmbito da União Europeia, a Federação alemã tem a possibilidade de implementar diretrizes comunitárias em todas as matérias de competência legislativa concorrente. Nas matérias passíveis de divergência, os Estados, ao fazer uso dessa prerrogativa, devem, contudo, assegurar que a diretriz comunitária será executada de forma efetiva em seu território (EPPLER, 2006, p. 198).

Os *Länder* também passam, consequentemente, a responder na hipótese de aplicação ineficaz das diretrizes europeias. É inclusive entendido que, quando uma lei estadual divergente for incompatível com as determinações da União Europeia, seria aplicada a regra do art. 31 GG, que prevê que lei federal vale sobre lei estadual (KOTULLA, 2007, p. 492).

4. Conclusão

A introdução do direito de divergência na Lei Fundamental alemã é, sem dúvida, um dos aspectos mais polêmicos e inova-

dores da Reforma Federativa. O fato de ter sido proposto pela primeira vez na década de 1970 e apenas em 2006 ter sido introduzido na ordem constitucional germânica evidencia seu caráter controverso.

Com a competência legislativa de divergência, peculiaridades regionais podem ser concretizadas de forma mais efetiva. Os Estados passam a ter maior autonomia em matérias que até então estavam sendo conduzidas pela União. Essa nova estrutura altera, de certa medida, alguns contornos clássicos do modelo federal da Alemanha.

Um dos princípios basilares do sistema federativo alemão é o princípio da primazia do direito federal. Segundo este, legislação federal teria prioridade em relação à estadual, nos termos do art. 31 GG. Essa preferência foi em parte substituída pela reforma do art. 72, III GG, que estipulou que lei estadual divergente passa a ter prioridade de utilização perante a lei federal. A Reforma Federativa deu, com isso, nova configuração à estrutura de subsidiariedade.

O princípio da subsidiariedade, que é elemento essencial do estado federal, estabelece que esferas independentes não devem interferir na competência de outros entes hierarquicamente inferiores, com exceção de casos específicos e necessários. Com a possibilidade aferida pelos Estados de divergir de legislações federais, bem como das que posteriormente se sobrepujaram (o denominado “efeito ping-pong”), a Alemanha inaugura uma faceta da subsidiariedade. Eventual futura intervenção legislativa federal em regra estadual divergente, sem necessidade, poderia ferir o núcleo desse princípio.

Outra questão é o papel do princípio da fidelidade federal (*Bundestreueprinzip*), que teve, após a Reforma, sua importância fortalecida e renovada no sistema germânico. De acordo com esse preceito, um Estado Federal apenas pode ter êxito, na prática, caso todas as suas esferas de poder estejam atentas e colaborarem com a unidade da Federação. Nesse caso, especialmente os

Estados alemães mais desenvolvidos devem estar atentos a essa regra e guiar suas escolhas legislativas atentos à integração.

O federalismo alemão já passou por tantas reformas que se chega a dizer (BAUER, 2006, p. 9) que a ordem federativa prevista na Lei Fundamental é uma espécie de “campo de construção permanente” (*Dauerbaustelle*). Nos últimos anos, quase todas as emendas constitucionais alteraram, direta ou indiretamente, questões ligadas à estrutura da Federação. Essa constatação faz com que doutrinadores afirmem que seu desenvolvimento estaria orientado pela máxima “após a Reforma é antes da Reforma” (*Nach der Reform ist vor der Reform*), por ser essa matéria uma fonte inesgotável de novos arranjos e propostas de renovação (BAUER, 2006, p. 9).

Ainda que seja cedo para apresentar conclusões claras acerca do sucesso do direito de divergência no sistema germânico, é fato que se trata de louvável tentativa, que pretende buscar soluções às crescentes demandas por maior autonomia local. Certamente, logo outros países, que hoje enfrentam situação semelhante, voltarão seus olhos – mais uma vez – às inovações do modelo federal alemão. O direito de divergência reforça, desse modo, a importância do federalismo alemão e de seu papel como modelo para outros sistemas no mundo.

Referências

BAUER, Hartmut. Kommentierung von Art. 20 GG (Bundesstaat). In: DREIER, Horst (Org.). *Grundgesetzkommentar*. Frankfurt am Main: Mohr Siebeck, 2006.

CALLIESS, Christian. Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung: Zugleich eine Besprechung des Altenpflegegesetz-Urteils des BVerfG. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, Kehl am Rhein, v. 30, n. 7-10, p. 181-197, 18 Juni 2003.

DEGENHART, Christoph. Art. 72. In: SACHS, Michael (Org.). *Grundgesetz Kommentar*. München: Beck, 2003.

_____. Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, München, v. 25, n. 11, p. 1209-1216, 2006.

_____. Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht. 22. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2006.

DIETSCHKE, Hans-Jörg. Die „konkurrierende Gesetzgebung mit Abweichungsrecht für die Länder“ - Zu den verschiedenen Modellen der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung eines neuen materiell-rechtlichen Gesetzgebungsinstruments. In: JAHRBUCH des Föderalismus: 2006: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung. Baden-Baden: Nomos, 2006. v. 7, p. 182-199.

EPPLER, Annegret. Föderalismus-Reform in Deutschland: die geplante Kompetenzverteilung in der Umweltpolitik. JAHRBUCH des Föderalismus: 2006: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung. Baden-Baden: Nomos, 2006. v. 7, p. 200-219.

FRENZ, Walter. Föderalismusreform im Umweltschutz. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, München, v. 25, n. 7, p. 742-746, 2006.

HÄDE, Ulrich. Zur Föderalismusreform in Deutschland. *JuristenZeitung*, Frankfurt am Main, v. 61, n. 19, p. 930-940, Okt. 2006.

HORBACH, Beatriz Bastide. A modernização do sistema federativo alemão: um estudo da reforma constitucional de 2006. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 303-320, jan./mar. 2008.

IPSEN, Jörn. Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle. *Neue Juristische Wochenschrift*, München, v. 39, p. 2801-2805, Sept. 2006.

_____. *Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht*. Neuwied: Luchterhand, 2006.

KLEIN, Oliver; SCHNEIDER, Karsten. Art. 72 GG n. F. im Kompetenzgefüge der Föderalismusreform: Ein Überblick zur Erfingung des generellen Abweichungsrechts. *Deutsches Verwaltungsblatt*, Köln, v. 121, n. 24, p. 1549-1555, 11 Jan. 2007.

KLOEPFFER, Michael. Föderalismusreform und Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen. *Zeitschrift für Umweltrecht*, Baden-Baden, v. 17, p. 338-339, Juli/Aug. 2006.

KOTULLA, Michael. Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und „Föderalismusreform“. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, München, v. 26, n. 5, p. 489-494, Mai 2007.

KÜHNE, Hartmut. Föderalismusreform - Laufen oder Stolpern?: Essay. *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Bonn, n. 13-14, p. 3-5, März 2005. Disponível em: <http://www.bpb.de/publikationen/N8XDFD,0,F%F6ederalismusreform_Laufen_oder_Stolpern_Essay.html>. Acesso em: 16 nov. 2011.

KUNIG, Philip. Art. 72. MÜNCH, Kunig (Org.). *Grundgesetzkommentar*. München: Beck, 2003.

SANDEN, Joachim. *Die Weiterentwicklung der föderalen Strukturen der Bundesrepublik Deutschland: Staatsrechtliche Studie zu einem postmodernen Ansatz der Bundesstaatsreform*. Berlin: Duncker & Humboldt, 2005.

SCHULTZE, Rainer-Olaf. Die Föderalismusreform zwischen Anspruch und Wirklichkeit. *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Bonn, n. 13-14, p. 13-19, März 2005. Disponível em: <http://www.bpb.de/publikationen/2WS03P,0,Die_F%F6ederalismusreform_zwischen_Anspruch_und_Wirklichkeit.html>. Acesso em: 16 nov. 2011.

STARCK, Christian. *Föderalismusreform*. München: Vahlen, 2007.

STOCK, Martin. Konkurrierende Gesetzgebung, postmodern: Aufweichung durch Abweichung? *Zeitschrift für Gesetzgebung*, Heidelberg, v. 21, n. 3, p. 226-249, Okt. 2006.

Desordem da linguagem moral e a proposta de uma fundamentação racional inserida na tradição

Milton Carvalho Gomes

Sumário

Introdução. A desordem na nossa linguagem moral. O fracasso do projeto iluminista. A proposta de uma racionalidade inserida na tradição. Conclusão.

Introdução

As discussões sobre a moralidade há muito tempo ocupam lugar de destaque no pensamento filosófico ocidental, seja em debates sobre o conteúdo da justiça ou sobre a natureza do “bom”. Entretanto, dificilmente se vê acordo quando se colocam em análise questões concretas, nas quais se pretende fundamentar racionalmente a decisão correta a tomar ou o modo correto de agir. O que se observa, ao contrário, é uma vasta divergência, aparentemente inconciliável, na qual cada indivíduo possui sua própria compreensão do “certo” e do “errado” fundada em bases pretensamente racionais. Não apenas os filósofos, mas cada pessoa parece possuir convicções individuais sobre o *certo* e o *errado*, que entende ser capaz de justificar de forma impessoal, não como fruto de uma mera opção arbitrária, mas de alguma forma de racionalidade.

A questão de esclarecer e fundamentar racionalmente o certo e o errado se mostra ainda mais complexa quando se inclui no debate personagens componentes de um cenário internacional, no qual os preceitos de justiça e moralidade afastam-se uns dos

Milton Carvalho Gomes é Procurador Federal e Mestrando em Direito das Relações Internacionais no Centro Universitário de Brasília - UNICEUB.

outros na medida em que se afastam suas histórias, tornando mais difícil não apenas o acordo sobre a matéria de fundo, mas também sobre os critérios para se verificar a racionalidade da fundamentação. A prática do Direito Internacional, especialmente em tema de Direitos Humanos, tem posto em destaque essas divergências, decorrendo daí a importância da discussão.

O presente artigo tem por finalidade contribuir para o debate acerca dos motivos da aparente interminabilidade do discurso moral, refletindo sobre a crítica de Alasdair MacIntyre ao modelo de fundamentação racional proposto pelo Iluminismo, nas obras “Depois da Virtude” (2001) e “Justiça de quem? Qual racionalidade?” (1991), e sua proposta de uma fundamentação racional inserida em uma tradição.

A desordem na nossa linguagem moral

Predomina em nossa cultura o consenso acerca da necessidade de fundamentação racional de qualquer decisão moral. Não se admite que uma posição seja defendida apenas como simples preferência pessoal de alguém, mas que seja ela fundada em premissas que possam ser legitimadas por sua racionalidade. Disso decorre a roupagem impessoal do argumento moral, que tem a função de transmitir a ideia de sua universalidade. Isso tem sido verificado no discurso jurídico moderno, no qual se busca tornar impessoal (MACINTYRE, 2001) a fundamentação de uma decisão moral, naturalizando certos aspectos da cultura e tomando-os como pontos de partida estritamente racionais (MOZDZENSKI, 2010).

Por outro lado, a concepção de fundamentação racional herdada do Iluminismo parece impedir qualquer acordo moral, ao exigir a existência de um primeiro princípio puramente racional e neutro, extraído da natureza humana, que fundamente determinado posicionamento sobre uma conduta moral, não havendo acordo sobre qual seria esse princípio. Esse desacordo moral crítico tem conduzido nossa cultura

a uma filosofia emotivista¹, para a qual todos os juízos valorativos ou morais não passam de expressões de preferência, expressões de sentimento ou atitudes, na medida em que são de caráter moral ou valorativo (MACINTYRE, 2001). A doutrina emotivista postula que a argumentação moral contemporânea é racionalmente interminável porque toda discussão moral é essencialmente interminável.

Alasdair MacIntyre (2001), em sua obra “Depois da Virtude”, põe-nos diante de um mundo imaginário, no qual houve uma grande catástrofe nas ciências naturais, todos os cientistas foram executados e a produção de conhecimento existente foi destruída quase que por completo. Sobraram apenas fragmentos quase incompreensíveis das ciências até então desenvolvidas. Mais tarde esse movimento destrutivo cessa, e tem início uma nova era de reconstrução das ciências naturais, a partir da tentativa de reunir os vestígios da antiga civilização, para a formação das novas ciências.

“Em tal cultura, usar-se-iam expressões como ‘neutrino’, ‘massa’, ‘gravidade específica’, ‘peso atômico’ em formas sistemáticas e, não raro, inter-relacionadas, que pareceriam em maior ou menor grau aos modos como eram usadas no passado, antes da perda da maior parte dos conhecimentos científicos. Porém muitas das teorias pressupostas pelo uso dessas expressões estariam perdidas e pareceria haver um elemento de arbitrariedade, ou mesmo de opção, em sua aplicação, que nos pareceria muito surpreendente” (MACINTYRE, 2001, p. 14).

¹ Segundo MacIntyre (2001), a teoria emotivista, que tem em C. L. Stevenson seu maior expoente, afirma que os juízos morais não são verdadeiros nem falsos, sendo simplesmente manifestação de preferências ou opções. Assim, não é possível um acordo moral por meio de critérios racionais, pois não existe nenhum. Eventual acordo, segundo essa teoria, pode ocorrer por meios não racionais, mas por sentimentos e emoções coincidentes entre os que discordam.

Descreve o filósofo, assim, um mundo no qual a linguagem das ciências naturais encontra-se em estado de grave desordem, que a filosofia analítica não conseguiria revelar. E não revelaria pois seus métodos são essencialmente descritivos da linguagem do presente, nada dizendo sobre como se formou a situação em estudo.

MacIntyre (1991) faz a descrição desse mundo imaginário para explicitar sua hipótese, na qual, em nosso mundo real, a linguagem da moralidade encontra-se na mesma situação de grave desordem que a linguagem das ciências naturais do mundo imaginário que criou. O que possuímos, segundo ele, são *simulacros de moralidade*, fragmentos de um esquema conceitual aos quais faltam os contextos de onde derivavam seus significados. Segundo o autor,

“muitos de nós são levados a adotar não um modo coerente de pensar e julgar, mas uma visão construída a partir de um amálgama de fragmentos sociais e culturais herdados tanto de diferentes tradições das quais nossa cultura originalmente proveio (puritana, católica, judaica), como de diferentes estágios e aspectos do desenvolvimento da modernidade (o Iluminismo francês, o Iluminismo escocês, o Liberalismo econômico do século XIX, o Liberalismo político do século XX)” (MACINTYRE, 1991, p.12).

Possuímos ideias de justiça e moral que são muitas vezes opostas e incompatíveis, vindas das diferentes tradições que formam nossa cultura. Tais argumentos morais conflitantes fundamentam-se em premissas conceituais que se pretendem puramente racionais, mas que são fundadas em um conceito de racionalidade que também é construído em um determinado contexto histórico, e que se pretende universal e imutável.

O caráter de interminabilidade do debate moral verificado em nossa sociedade decorre de uma noção confusa de racionalidade e justiça, sendo constantemente

utilizado nos argumentos, conceitos e premissas formuladas em momentos e contextos históricos muito diferentes dos atuais, sob a afirmação implícita de que tais premissas são puramente racionais e, por isso, eternas. Entretanto, a esses conceitos e premissas que se pretendem racionais faltam os contextos nos quais foram formulados, sendo amplas e heterogêneas as fontes morais das quais somos herdeiros.

O sintoma maior dessa desordem na linguagem moral identificada por MacIntyre (1991) é a grave contradição no fato de que as argumentações morais são tratadas, simultaneamente, como racionais e como manifestação de mera afirmação expressiva, em um modelo de justificação racional que pressupõe premissas universalmente válidas, sobre as quais não há acordo.

“Ser racional na prática, um grupo afirma, é agir baseado em cálculos de custos e benefícios, para si mesmo, de todos os cursos de ação possíveis e suas conseqüências. Ser racional na prática, afirma um grupo contrário, é agir sob restrições tais que qualquer pessoa racional, capaz de uma imparcialidade que não concede nenhum privilégio particular aos interesses próprios, concordaria que devem ser impostos. Ser racional na prática, diz um terceiro grupo, é agir de maneira a alcançar o último e verdadeiro bem dos seres humanos” (MACINTYRE, 1991, p.12).

O fracasso do projeto iluminista

Os debates morais atuais, segundo MacIntyre (2001), possuem três características comuns: a primeira é a *incomensurabilidade conceitual* dos argumentos adversários em cada debate; a segunda é que as ideias defendidas se fazem passar por argumentações racionais *impessoais* e, assim, costumam ser apresentadas de maneira apropriada a essa impessoalidade; e a terceira é que as premissas conceituais utilizadas provêm de origens históricas bastante diversas,

porém lhe são conferidas um tratamento a-histórico, universal e imutável.

A incomensurabilidade dos argumentos rivais implica na impossibilidade de se determinar qual deles é o melhor ou mais verdadeiro, ante a ausência de um critério neutro e externo para essa avaliação. Essa incomensurabilidade é fruto do que Bernstein (1983) chamou de “cartesian anxiety”, objetivo cartesiano inalcançado de identificar um ponto de partida ou uma premissa universal neutra, puramente racional, pela qual poder-se-ia verificar a correção ou incorreção de determinado argumento. Caso existisse essa premissa ou modelo conceitual racional neutro, argumentos rivais poderiam ser confrontados com ele, e teriam sua verdade ou inverdade revelada. O problema colocado por MacIntyre (1991) é a falta desse critério neutro para a verificação da verdade, pois todo argumento parte de um modelo de racionalidade proposto por ele próprio, que o afirma como verdadeiro, e o oponente, como falso.

Os problemas da incomensurabilidade conceitual e da roupagem impessoal da argumentação moral estão relacionados, segundo MacIntyre (1991), ao problema do tratamento anti-histórico das premissas utilizadas no debate, fruto da absorção da ideia iluminista de existência de uma razão universal que justificaria determinado posicionamento como verdadeiro. Nesse sentido, a existência de *standards* a-históricos é considerada uma ideia ilusória por Bernstein (1983, p. 67), concordando com Rorty:

“Rorty rightly claims that is an illusion to think that there is a permanent set of ahistorical standards of rationality which the ‘philosopher’ or epistemologist can discover and which will unambiguously tell us who is rational and who is not”.

Em grande parte, o caráter de interminabilidade do debate moral atual decorre do ideal de fundamentação racional herdado do Iluminismo, que exige primeiros princípios extraídos da natureza humana,

aceitos por todos em quaisquer épocas, fundamentos universais. Essa exigência é acolhida pela nossa cultura, que a manifesta dando feições impessoais aos argumentos e os tratando fora do contexto nos quais foram desenvolvidos, como se tivessem validade independente dele.

Prosseguindo na exposição do problema, MacIntyre (1991) afirma que o projeto iluminista de justificar a moralidade falhou, e que seu legado é a provisão de um ideal de justificação que se mostrou impossível atingir. Esse ideal de justificação pressupõe a descoberta dos princípios irrecusáveis por todas as pessoas racionais, princípios esses que jamais foram descobertos, gerando inúmeras divergências entre os próprios iluministas.

Era pretensão do Iluminismo encontrar um fundamento racional na natureza humana, negando valor à tradição e à autoridade. De acordo com Marques (2009), a negação da tradição é feita em todos os níveis, seja ético, político, religioso ou epistemológico.

Assim, diante da falha do projeto iluminista, parece necessária uma alteração no próprio esquema conceitual que estabelece as regras da fundamentação racional. Essa modificação conceitual deve assumir a impossibilidade de se encontrar um princípio de racionalidade universal e neutro, e ao mesmo tempo deve afastar a tese de inexistência de qualquer racionalidade no debate moral. Para MacIntyre (1991), o debate moral pode ser fundamentado racionalmente, mas partindo de uma concepção de racionalidade diferente da proposta pelo Iluminismo. Essa fundamentação racional deve buscar seu primeiro princípio na *tradição*.

A proposta de uma racionalidade inserida na tradição

Após concluir que a proposta de fundamentação racional do Iluminismo não encontrará respostas adequadas para os

problemas de ordem moral, MacIntyre defende uma ideia de fundamentação racional que reinsere um conceito excluído pelos iluministas e pelo liberalismo, a tradição. Segundo o autor,

“aquilo para o que o Iluminismo nos cegou, e que agora precisamos recuperar, é uma concepção de pesquisa racional incorporada numa tradição; uma concepção de acordo com a qual os próprios padrões da justificação racional avultem e façam parte de uma história na qual eles sejam exigidos pelo modo como transcendem as limitações e fornecem soluções para as insuficiências de seus predecessores, dentro da história dessa mesma tradição” (MACINTYRE, 1991, p.18).

O caráter do indivíduo moral é formado dentro do contexto histórico no qual está inserido, e suas convicções morais são legítimas na medida em que fundadas em algum tipo de racionalidade contida na sua tradição². A tradição é o lugar dinâmico no qual as ideias e valores são criados, desenvolvidos, transformados e sedimentados, e possui uma racionalidade própria, capaz de justificar a forma de vida de sua sociedade. Não há racionalidade fora da tradição, pois toda concepção de fundamentação racional será formulada socialmente, na dinâmica histórica de uma sociedade, a partir dos

conflitos existentes e das formas de solução encontradas para eles.

Uma tradição moral, segundo MacIntyre (1991), possui três estágios em seu desenvolvimento inicial: um primeiro em que as crenças, textos e autoridades ainda não foram questionados; um segundo no qual foram identificadas diversas inadequações, ainda não solucionadas; e um terceiro no qual há uma reação às inadequações, resultando em reformulações, reavaliações e avaliações, a fim de solucionar as inadequações. A maturidade de uma tradição de pesquisa ocorre após sua sobrevivência a uma crise epistemológica, que ocorre quando seus métodos de pesquisa não são mais suficientes para explicar e solucionar os novos problemas surgidos, dissolvendo certezas historicamente fundadas e exigindo uma “inovação conceitual imaginativa” (MACINTYRE, 1991, p. 389).

MacIntyre (1991) esclarece que a compreensão da pesquisa racional inseparável da tradição social na qual está incorporado exige que se tenha em mente quatro considerações. A primeira no sentido de que “o conceito de justificação racional que melhor se conforma ao tipo de pesquisa é essencialmente histórico. Justificar é explicar como um argumento chegou ao ponto em que está” (MACINTYRE, 1991, p. 19). Entende o autor que, dentro de uma tradição, certas teses têm o estatuto de primeiros princípios, e o que justifica esses primeiros princípios é a sua superioridade racional em relação a todas as tentativas anteriores de solucionar os problemas existentes. Esses primeiros princípios não têm um fundamento na natureza humana nem são de forma alguma universais, aceitos por todas as pessoas racionais. Pelo contrário, encontram seu fundamento dentro do próprio desenvolvimento histórico, por solucionarem os problemas propostos de forma melhor que as propostas anteriores o fizeram.

Uma segunda consideração apontada por MacIntyre (1991) para a compreensão

² Segundo Hans-Georg Gadamer (2008), o homem é um ser de historicidade, e a sua compreensão do mundo que habita não pode se dissociar de seus preconceitos, decorrentes da sua história e suas experiências. Estamos sempre inseridos em uma tradição, e a partir dela é que compreendemos e incorporamos determinados valores: “Em nosso constante comportamento com relação ao passado, o que está realmente em questão não é o distanciamento nem a liberdade com relação ao transmitido. Ao contrário, encontramos sempre inseridos na tradição, e essa não é uma inserção objetiva, como se o que a tradição nos diz pudesse ser pensado como estranho ou alheio; trata-se sempre de algo próprio, modelo e intimidação, um reconhecer a si mesmos no qual o nosso juízo histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição” (GADAMER, 2008, p.374).

da proposta de justificação racional dentro das tradições é que não apenas a forma de justificação, mas o que deve ser justificado é diferente do proposto pelo Iluminismo. Para os iluministas, as doutrinas rivais devem ser confrontadas sem que se dê importância para sua origem histórica, pois apenas seria verdadeira se pudesse ser aplicada universalmente, em todos os tempos e locais. Na proposta de MacIntyre (1991), as doutrinas e argumentos só podem ser compreendidos dentro do contexto histórico. Mesmo que surja a ideia de atemporalidade, esse conceito tem também uma história, que servirá para esclarecer seu sentido.

Uma terceira consideração é a de que a solução das divergências entre argumentos contrários de tradições diferentes é possível, mas apenas depois de uma compreensão prévia da natureza das tradições em questão. Segundo MacIntyre (1991), o problema da diversidade não é abolido, mas transformado de maneira a viabilizar sua solução.

Por fim, uma última consideração é no sentido de que a proposta de fundamentação racional inserida na tradição necessita de exemplificações, sendo a narrativa a única forma de saber o que uma tradição de pesquisa tem a dizer, tanto para os de dentro quanto para os de fora dela.

Diante da falha do Iluminismo em prover um critério puramente racional para justificar a moralidade, tendo sua pretensão de universalidade gerado o quadro de desacordo moral radical que se verifica em nossa cultura, a reafirmação do valor epistemológico das tradições parece ser uma forma de resgatar uma concepção de racionalidade possível de ser atingida. Por meio das narrativas e exemplificações, é possível compreender o que uma tradição possui como forma de compreender e explicar os problemas morais enfrentados por uma sociedade, buscando uma solução local que possibilite o acordo moral.

Conclusão

A busca por valores universais e por um modelo de racionalidade que se estabeleça sobre primeiros princípios neutros e extraídos da natureza humana, proposta do Iluminismo, deixou à nossa cultura uma herança de conflitos insolúveis e de profunda discordância moral. A incomensurabilidade conceitual dos argumentos morais rivais e a pretensa universalidade dos preceitos, expressos no caráter impessoal da linguagem moral, demonstram a grave desordem nessa linguagem.

Partindo desse diagnóstico, MacIntyre (1991) propõe uma concepção de fundamentação racional inserida na tradição moral, como forma de superar o caráter interminável do debate moral e afirmar a inexistência de preceitos e critérios universalmente válidos. Para o filósofo, “não há nenhuma base, nenhum lugar para a pesquisa, nenhum modo de se avançar, avaliar, aceitar e rejeitar argumentações raciocinadas que não seja fornecido por uma ou outra tradição particular” (MACINTYRE, 1991).

Portanto, a reinserção da tradição em uma concepção de racionalidade prática e de justiça é proposta por MacIntyre (1991) como forma de alcançar primeiros princípios possíveis, por meio das narrativas históricas e de exemplificações. A proposta sobre como começar uma pesquisa moral, trazida por esse autor, aponta possibilidades concretas de justificação racional, como forma de viabilizar a superação da grave desordem em nossa linguagem moral, que tem levado nossa cultura à crença em uma teoria emotivista.

Referências

BERNSTEIN, Richard J. *Beyond Objectivism and Relativism: Science, Hermeneutics and Praxis*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 1983.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2008. v. 1. (Coleção Pensamento Humano).

MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude: um estudo em teoria moral*. Bauru: EDUSC, 2001.

_____. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991. (Coleção Filosofia, 17).

MARQUES, Márcia Pereira. Alasdair MacIntyre e a defesa da concepção de pesquisa racional implícita

nas tradições morais. *Argumentos*, Fortaleza, ano 1, n. 1, p.23-27, 2009.

MOZDZENSKI, Leonardo Pinheiro. Análise crítica do discurso jurídico: uma proposta de investigação. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru/Asces*, Caruaru, v. 42 p. 1-120, 2010.

A lei complementar no direito brasileiro

Gustavo Carvalho Chehab

Sumário

Introdução. 1. Origem. 1.1. Direito estrangeiro. 1.1. Direito brasileiro. 2. Conceito. 3. Elementos constitutivos. 4. Diferenciação. 5. Natureza Jurídica. 6. Finalidade. 7. Classificação. 8. Objeto (âmbito material). 9. Posição hierárquica. 10. Invasão da reserva normativa. 11. Características. 12. Processo Legislativo e suas especificidades. 12.1. Iniciativa. 12.2. Emenda. 12.3. Discussão e votação. 12.4. Sanção e veto. 12. 5. Promulgação e publicação. Conclusão.

Introdução

A Constituição de um país apresenta as linhas mestras, os comandos gerais da organização política daquele Estado e os princípios e as garantias fundamentais dos seus cidadãos. As particularidades são descritas pela legislação infraconstitucional.

“As Constituições não têm o caráter analítico das codificações legislativas. São [...] largas sínteses, sumas de princípios gerais, onde, por via regra, só se encontra o *abstractum* de cada instituição nas suas normas dominantes [...]. Ao legislador cumpre, ordinariamente, revestir-lhes a ossadura delineada, impor-lhes o organismo adequado, e lhes dar capacidade real de ação” (BARBOSA, 1932-1934, apud BASTOS, 1999, p.25).

Gustavo Carvalho Chehab é Juiz do Trabalho Substituto na 10ª Região (DF e TO), especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo UniCEUB/DF e aluno especial do Mestrado em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público. Foi Juiz do Trabalho Substituto na 5ª Região (Bahia), professor universitário da Unime de Itabuna-BA e assessor e chefe de gabinete de Ministros do TST.

Para isso, a Constituição Federal brasileira prevê diversas espécies legislativas, entre as quais a Lei Complementar (art. 59, II). A plena compreensão do sistema normativo brasileiro e da sua hierarquia das fontes do direito requer um estudo da lei complementar, de seu conceito, elementos constitutivos, objetivo, origem, características e âmbito material de sua aplicação. Questões afetas à relação da lei complementar com a lei ordinária e ao processo legislativo e suas especificidades são importantes para o exame desse instituto, que ingressou no país de forma ocasional, mas que se perpetua ainda hoje na ordem constitucional.

1. Origem

1.1. Direito estrangeiro

A lei complementar prevista na Constituição Federal de 1988 teve origem na Lei Orgânica francesa. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 247), citando Vedel, assinala que a expressão “loi organique” (lei orgânica) foi “empregada no Direito francês, desde 1875, para ‘designar as leis relativas à organização dos poderes públicos’”. O art. 115 da Constituição francesa de 1848 (FRANÇA, 2006) trouxe, pela primeira vez, a menção da expressão “lois organiques”:

“Article 115. — Après le vote de la Constitution, il sera procédé, par l’Assemblée nationale constituante, à la rédaction des lois organiques dont l’énumération sera déterminée par une loi spéciale¹.”

Segundo Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 29), a lei especial referida acima “era a Lei 11 de dezembro de 1848, que tinha por escopo concretizar a lista de matérias [...]

¹ Tradução livre: Artigo 115 – Após a votação da Constituição, será procedida, pela Assembleia nacional constituinte, à redação das leis orgânicas cuja enumeração será determinada por uma lei especial.

previstas no referido dispositivo constitucional”.

Até a Constituição francesa de 1958, as *lois organiques* eram leis ordinárias que podiam ser modificadas nas mesmas condições das demais leis (FERREIRA FILHO, 2007, p. 247). Eram apenas qualificadas materialmente como orgânicas (BASTOS, 1999, p. 29).

A Constituição francesa de 4 de outubro de 1958 é que dispôs sobre as *lois organiques* no sentido atualmente atribuído à lei complementar do direito brasileiro, de “uma norma de direito que preenche uma posição intermediária – no que diz respeito a sua estabilidade na ordem jurídica – entre a Constituição e as leis ordinárias” (BASTOS, 1999, p. 29), com quórum qualificado para a sua aprovação.

Dispõe o art. 46 da Constituição francesa de 1958 (FRANÇA, 2008):

“Article 46

Les lois auxquelles la Constitution confère le caractère de lois organiques sont votées et modifiées dans les conditions suivantes.

Le projet ou la proposition ne peut, en première lecture, être soumis à la délibération et au vote des assemblées qu’à l’expiration des délais fixés au troisième alinéa de l’article 42. Toutefois, si la procédure accélérée a été engagée dans les conditions prévues à l’article 45, le projet ou la proposition ne peut être soumis à la délibération de la première assemblée saisie avant l’expiration d’un délai de quinze jours après son dépôt.

La procédure de l’article 45 est applicable. Toutefois, faute d’accord entre les deux assemblées, le texte ne peut être adopté par l’Assemblée nationale en dernière lecture qu’à la majorité absolue de ses membres.

Les lois organiques relatives au Sénat doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées.

Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu'après déclaration par le Conseil constitutionnel de leur conformité à la Constitution".²

Além do Brasil, o direito francês inspirou Constituições de outros países, como Marrocos, Senegal, Espanha, Itália e Portugal (BASTOS, 1999, p. 31-34). Na América do Sul, há previsão de lei complementar (orgânica), por exemplo, no Chile (art. 63, 1, da Constituição de 1980), na Colômbia (art. 151 da Constituição de 1991), no Peru (art. 106 da Constituição de 1993) e na Venezuela (art. 203 da Constituição de 1999).

1.2. Direito brasileiro

No Brasil, a Constituição de 1891 (BRASIL, 1891) consigna, pela primeira vez, o termo "lei orgânica", no art. 34, nº 33 e 34:

"Art 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional:

... *omissis* ...

33º) decretar as leis e resoluções necessárias ao exercício dos poderes que pertencem à União;

34º) decretar as leis orgânicas para a execução completa da Constituição."

O art. 39, nº 1, da Constituição brasileira de 1934 também previa a expedição de leis orgânicas pelo Poder Legislativo com a san-

² Tradução livre: Artigo 46 - As leis que a Constituição confere o caráter de leis orgânicas são aprovadas e alteradas nas seguintes condições.

O projeto ou a proposta não pode, em uma primeira leitura, ser submetida à deliberação e à votação nas assembleias antes dos prazos estabelecidos no parágrafo terceiro do artigo 42. No entanto, se o processo acelerado foi iniciado em conformidade com o artigo 45, o projeto ou a proposta pode ser submetida à deliberação na primeira assembleia antes do término de quinze dias após o depósito.

O procedimento do artigo 45 é aplicável. Todavia, na falta de acordo entre as duas Casas, o texto não pode ser aprovado pela Assembleia Nacional sem apreciação da maioria absoluta dos seus membros.

As leis orgânicas relativas ao Senado devem ser votadas em termos idênticos pelas duas Casas.

As leis orgânicas não podem ser promulgadas até que o Conselho Constitucional tenha declarado a sua conformidade com a Constituição.

ção do Presidente da República (BASTOS, 1999, p. 35).

Na aceção e características atuais, de espécie normativa distinta com aprovação por quórum especial, a lei complementar foi inserida no ordenamento nacional pela Emenda Constitucional 4 de 2/9/1961 (BRASIL, 1961), que tratou de introduzir o parlamentarismo no Brasil, nos seguintes termos:

"Art. 22. Poder-se-á complementar a organização do sistema parlamentar de governo ora instituído, mediante leis votadas, nas duas casas do Congresso Nacional, pela maioria absoluta dos seus membros.

... *omissis* ...

Art. 25. A lei votada nos termos do art. 22 poderá dispor sobre a realização de plebiscito que decida da manutenção do sistema parlamentar ou volta ao sistema presidencial, devendo, em tal hipótese, fazer-se a consulta plebiscitória nove meses antes do termo do atual período presidencial."

Com a renúncia do Presidente Jânio Quadros em 25/8/1961, houve uma crise institucional no Brasil, já que não foi aceita, por diversos setores, a posse do Vice-Presidente João Goulart. "A instituição do parlamentarismo no Brasil foi urgente, o que impediu maiores debates a respeito do tema. Assim, foi prevista a possibilidade de leis complementarem a organização do sistema parlamentar criado, cuja aprovação ocorreria mediante um *quorum* específico" (COELHO, 2007, p. 330).

Posteriormente, superada a fase parlamentarista brasileira, o Ato Institucional 2/1965 outorgou ao Presidente da República, em seu art. 30, a competência para baixar atos complementares. A expressão "lei complementar" apareceu pela primeira vez na Emenda Constitucional 17/1965 (art. 6º, § 8º). A Constituição de 1967 (arts. 49, II, e 53) e a Emenda Constitucional 1/1969 (arts.

46, II, e 50) também dispuseram sobre a lei complementar (BASTOS, 1999, p. 34-37), que permanece presente na Carta de 1988.

2. Conceito

O termo “lei” tem origem latina na palavra *lex*, de *legere* (escrever). Pode-se dizer que lei, em sua origem epistemológica, significa “o que está escrito” (SILVA, De P., 2003, p. 826, grifo do autor). Segundo Washington dos Santos, lei é uma regra de direito obrigatória, de origem estatal, para manter a ordem e o desenvolvimento numa comunidade (SANTOS, 2001, p. 145).

A palavra “complementar” vem do latim *complementum*, de *complere* (encher), e é utilizada para “indicar todo fato, ato ou coisa, que venha, posteriormente, *completar* o que se tinha anteriormente feito, ou o que anteriormente ocorrera [...] Indica a parte que se *vem anexar* à outra parte, para torná-la perfeita” (SILVA, De P., 2003, p. 321, grifo do autor).

Humberto Quiroga Lavié (1991, p. 350) define leis complementares (orgânicas) como “aquellas que regulan el funcionamiento de los órganos del Estado o de las instituciones básicas establecidas en la Constitución. Ellas suelen requerir [...] una mayoría especial para ser aprobadas, lo cual le otorga el carácter de semirrigidez”³.

Para José Afonso da Silva (2006, p. 314), leis complementares “são leis integrativas de normas constitucionais de eficácia limitada, contendo princípio institutivo ou de criação de órgãos, e sujeitas à aprovação pela maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso Nacional”.

Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 47-48) assinala que lei complementar é “aquela que contempla uma matéria a ela entregue de forma exclusiva e que, em consequência,

³ Tradução livre: são as que regem o funcionamento dos órgãos do Estado ou as instituições básicas estabelecidas na Constituição. Elas muitas vezes exigem [...] uma maioria especial para serem aprovadas, o que lhe outorga o caráter de semirrigidez.

repele normações heterogêneas, aprovada mediante um *quorum* próprio de maioria absoluta”.

3. Elementos constitutivos

Das definições acima, extrai-se que a lei complementar possui dois elementos constitutivos: um de ordem material e outro de ordem formal.

O elemento material é o campo de atuação que foi reservado à lei complementar pela Constituição, é o espaço (ou vazio) legislativo destinado pela Constituição para a atuação suplementar ou integrativa do legislador, eleito por este, segundo um juízo de relevância.

O aspecto formal refere-se ao *quorum* especial (e diferenciado) para a votação e aprovação do projeto de lei complementar. Em face da relevância da matéria e do aspecto integrativo da lei complementar, o constituinte procurou dificultar as alterações no ordenamento pátrio.

4. Diferenciação

Victor Nunes Leal (1997, p.3) destaca que todas as leis “se destinam a completar princípios básicos enunciados na Constituição”. A própria Constituição, em alguns casos, reserva à lei ordinária (comum) esse mesmo caráter (ex. normas gerais de licitação, art. 22, XXVII).

Todavia, no caso das leis complementares propriamente ditas, o constituinte atribui de forma expressa certas matérias à regulação por essa espécie normativa (elemento material), exigindo sua aprovação por *quorum* de deliberação superior às das leis ordinárias (elemento formal). Esses dois elementos constitutivos são os que diferenciam a lei complementar da lei ordinária (MORAES, 2008, p. 666-667) e tornam aquela peculiar (MENDES; COELHO, 2008, p. 881). “É o critério formal e material adotado pela Constituição que dá unidade de regime à lei complementar, sem o que

não se legitimaria o seu estudo como uma categoria científica autônoma” (BORGES, 1975, p. 72).

A lei complementar também não se confunde com as emendas constitucionais, pois não altera nem adita a Lei Fundamental. Para Marinkovic e outros (1994, v. 1, p. 12), “las leyes orgánicas constitucionales [equivalente às leis complementares no Brasil⁴] no son parte del contenido material de la Constitución”⁵.

5. Natureza Jurídica

Para Miguel Reale (1962, p. 110-111), as leis complementares são um “*tertium genus* de leis, que não ostentam a rigidez dos preceitos constitucionais, nem tampouco devem comportar a revogação (perda de vigência) por força de qualquer lei ordinária superveniente”.

Segundo José Levi Amaral Júnior (2003), “a Constituição de 1988, em seu art. 59, refere sete espécies normativas que, por estarem fundadas [...] no texto constitucional, têm natureza de *normas primárias*”.

A lei complementar é norma primária, pois é espécie normativa fundada diretamente na Constituição. Em que pese o posicionamento em contrário, abaixo analisado, é uma lei.

6. Finalidade

Segundo Sara de Figuerêdo (1985, p. 101), as leis complementares “objetivam regular os preceitos constitucionais que não são auto-aplicáveis, que não valem concretamente de *per si*”. Para Osmar José da Silva (2003), a lei complementar atua no plano da eficácia das normas constitucionais, regulando as normas programáticas (ou de eficácia limitada ou reduzida), por

⁴ CHILE (2011), art. 63, 1, com redação dada pela Reforma Constitucional 20.050.

⁵ Tradução livre: as leis orgánicas constitucionais [equivalentes às leis complementares no Brasil] não fazem parte do conteúdo material da Constituição.

meio de lei, com *quorum* deliberativo inferior ao das Emendas (apesar de superior ao da lei ordinária).

Também Marinkovic e outros (1994, v. 1, p. 11), citando Jorge Mario Quinzio, assinalam que as leis complementares, que compreendem as leis ordinárias, as orgánicas constitucionais (equivalente à nossa lei complementar), as de quórum qualificado e as de anistias e indultos gerais, “son aquellas que desarrollan y complementan el texto constitucional y en algunos aspectos materializan las disposiciones programáticas, que son preceptos constitucionales de carácter declarativo que consagran ciertos principios”⁶.

As leis complementares, para Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 27), “dão aplicação e desenvolvem determinados dispositivos constitucionais”, definidos expressamente pelo constituinte, que tencionou dificultar as alterações no ordenamento, mediante *quorum* especial e mais qualificado do que as demais leis.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 234), as leis complementares “servem para disciplinar certos âmbitos do comportamento julgados exponenciais e merecedores de maior estabilidade em face da possibilidade de revogação”.

7. Classificação

As leis complementares podem ser classificadas de diversos modos.

Relativamente ao órgão criador, a lei complementar pode ser elaborada pela União, Estados, Distrito Federal e, até, Municípios. “A lei complementar constitui-se espécie normativa acessível também aos Estados [, pois] [...] sujeitos a observarem, dentre outros princípios estabelecidos na Constituição Federal, os referentes ao pro-

⁶ Tradução livre: são aquelas que desenvolvem e complementam o texto constitucional e, em alguns aspectos, materializam as disposições programáticas, que são preceitos constitucionais de caráter declarativo que consagran certos princípios.

cesso legislativo” (BASTOS, 1999, p. 127). O § 3º do art. 25 da Carta Magna é claro ao permitir aos Estados a edição de lei complementar para instituir região metropolitana. O art. 62, II, da Lei Orgânica do Distrito Federal prevê a lei complementar como espécie normativa distrital. Alguns municípios brasileiros, como o Rio de Janeiro, Porto Alegre e Salvador, também prevêem, em suas leis orgânicas, a elaboração de lei complementar.

As leis complementares expedidas pelo Congresso Nacional, quanto à sua veiculação, podem ser nacionais ou federais. Leis nacionais são as que alcançam a União, os Estados e os Municípios e são “voltadas para todos os brasileiros” (ATALIBA, 1980, p. 62). A lei federal é a referente à União e dirigida aos seus administrados. É exemplo de lei complementar nacional a que trata de normas gerais sobre Direito Financeiro e Tributário (ATALIBA, 1980, p. 61). Lei complementar sobre empréstimo compulsório é exemplo de lei federal, pois somente a União pode instituir esse tributo (ALVES, 1991, p. 303).

Quanto a seus efeitos, Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 94) classifica as leis complementares em exaurientes e continuáveis. São exaurientes as leis complementares que “incidem de maneira direta sobre os fatos ou comportamentos regulados”, que, por se tratarem de normas plenas, “não prescindem de qualquer normação complementar” (ex. Loman). As leis complementares continuáveis necessitam de outra norma para aditá-las, isto é, permitem a existência simultânea de outra espécie normativa (em geral, uma lei ordinária) para regular a matéria (ex. Código Tributário Nacional).

8. Objeto (âmbito material)

A lei complementar possui âmbito material próprio (reserva normativa). Como se observa da 1ª parte do art. 46 da Constituição francesa de 1958, acima transcrito, as leis complementares (ou orgânicas, no

direito francês) são “as leis que a Constituição confere” esse caráter. Apropriada é a lição de Gregorio Badeni (2006, v. 1, p. 14):

“[...] Existen ciertas materias que son esenciales para la configuración del sistema político y cuya concreción el constituyente ha delegado en el legislador. De modo que la materia constitucional no está contenida solamente en la constitución, sino también en aquellas leyes reglamentarias que desarrollan aspectos sustantivos de la organización constitucional genérica y por imposición del propio texto constitucional⁷.”

É a Constituição quem define as matérias próprias da lei complementar, como assinala Manoel G. Ferreira Filho (2007, p. 249):

“Criando um *tertium genus*, o constituinte o fez tendo um rumo preciso: resguardar certas matérias de caráter paraconstitucional contra mudanças apressadas, sem lhes imprimir rigidez que impedisse a modificação de seu tratamento, logo que necessário. Se assim agiu, não pretendeu deixar ao arbítrio do legislador o decidir sobre o que deve ou o que não deve contar com essa estabilidade particular.”

A Constituição elencou, ao longo de seu texto e do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), dezenas de matérias afetas à lei complementar. Apenas nessas caberá a atuação complementadora do legislador; para as demais matérias, a regulação é da alçada da lei ordinária (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 882). São matérias próprias de lei complementar:

⁷ Tradução livre: [...] Existem certas matérias que são essenciais para a configuração do sistema político e cuja concretização o constituinte delegou ao legislador. De modo que a matéria constitucional não está contida somente na Constituição, mas também naquelas leis regulamentares que desenvolvem aspectos substantivos da organização constitucional genérica e por imposição do próprio texto constitucional.

1) proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa de empregados (art. 7, I); 2) inelegibilidade eleitoral (14, § 9º), 3) criação de Territórios, sua transformação em Estado ou reintegração a este (18, § 2º); 4) divisão, desmembramento e integração de Estados (18, § 3º); 5) criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios (18, § 4º); 6) trânsito ou permanência de tropas estrangeiras no Brasil (21, IV, 49, II, e 84, XXII); 7) autorização para os Estados legislarem sobre questões específicas da competência privativa da União (22, parágrafo único); 8) normas para a cooperação entre os entes federativos para o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar (23, parágrafo único); 9) instituição pelos Estados de região metropolitana, aglomerações urbanas e microrregiões (25, § 3º); 10) áreas de atuação de autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista e fundação (37, XIX); 11) adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria de servidores (40, § 4º); 12) procedimento de avaliação periódica de desempenho de servidor público estável (41, § 1º, III); 13) condições para integração de regiões em desenvolvimento e composição dos organismos regionais que executarão os planos regionais (43, § 1º, I e II); 14) número total de Deputados e a representação por Estado e pelo Distrito Federal (45, § 1º); 15) elaboração, redação, alteração e consolidação das leis (59, parágrafo único); 16) outras atribuições ao Vice-Presidente da República distintas da substituição e auxílio previsto na Constituição (79, parágrafo único); 17) Estatuto da Magistratura (93); 18) regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios (100, § 15); 19) organização e competência dos Tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais (121); 20) atribuições, estatuto de cada Ministério Público, destituição do seu Procurador-Geral, procedimentos administrativos que lhe são afetos e controle externo da atividade policial (128, §§ 4º e 5º, 129, VI e VII, e 29 do

ADCT); 21) organização e funcionamento da Advocacia-Geral da União (131 e 29 do ADCT); 22) organização da Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios (134, § 1º); 23) organização, preparo e emprego das Forças Armadas (142, § 1º); 24) conflitos de competência em matéria tributária, regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária e regime único de arrecadação de impostos (146, I a III e parágrafo único); 25) critérios especiais de tributação (146-A); 26) empréstimos compulsórios (148); 27) impostos sobre grandes fortunas (149); 28) instituição de impostos não previstos na Constituição (154, I); 29) competência para instituir imposto sobre *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos (155, § 1º, III); 30) regras tributárias sobre imposto de bens móveis, títulos e créditos (155, § 2º, XII); 31) imposto sobre serviços de qualquer natureza, salvo os previstos no artigo 155, II (156, III e § 3º); 32) estabelecer normas, valor e acompanhamento acerca dos fundos de participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios (161); 33) finanças públicas, dívida pública externa e interna, concessão de garantias pelas entidades públicas, emissão e resgate de títulos da dívida pública, fiscalização financeira da administração pública direta e indireta, operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades públicas, compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União (163); 34) exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual e normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta (165, § 9º, 166, § 6º, e 168); 35) limites de despesa de pessoal ativo e inativo (169); 36) procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação por interesse público (184, § 3º); 37) sistema financeiro nacional (192); 38) limites para concessão de remissão ou

anistia das contribuições sociais (195, § 11); 39) percentuais e critérios de rateio das verbas de saúde da União, normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde dos entes federativos, normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União na saúde (198, § 3º); 40) requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários nos casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e para segurados portadores de deficiência (201, § 1º); 41) regime de previdência privada complementar (202); 42) relação dos entes federativos, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas, permissionárias e concessionárias de serviço público em entidades fechadas de previdência privada (202, §§ 4º a 6º); 43) relevante interesse público sobre posse e domínio de terras indígenas (231, § 6º); 44) Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas (29, ADCT); 45) criação de contribuição ao PIS e ao PASEP (239); 46) opção de membros da Procuradoria da República pela Advocacia-Geral da União (29, § 2º, ADCT); 47) impostos municipais sobre vendas a varejo (34, § 7º, ADCT); 48) imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica (34, § 9º, ADCT); 49) regulamentação do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (79, ADCT); e 50) montante que a União entregará aos Estados e ao Distrito Federal em face dos créditos decorrentes de impostos a que se refere o art. 155, § 2º, X, "a" (91, ADCT).

9. Posição hierárquica

Sara de Figuerêdo (1985, p. 101) entende que as leis complementares são superiores

às ordinárias. Também Hugo de Brito Machado (1997, p. 54) sustenta que "a lei complementar é hierarquicamente superior à lei ordinária". Na doutrina estrangeira, Humberto Quiroga Lavié (1991, p. 351), entre outros, sustenta a preponderância hierárquica das leis complementares em relação às leis ordinárias.

Na Colômbia, as leis orgânicas (complementares) predeterminam o exercício da atividade legislativa (HENAO HIDRÓN, 1996, p. 235), o que, segundo Orlando García-Herreros (2007, p. 140), "les confere una categoria superior respecto de las demás leyes"⁸, a ponto de alguns doutrinadores colombianos considerarem que elas formam uma parte do bloco de constitucionalidade (GARCÍA-HERREIROS, 2007, p. 19,140). Essa função, no entanto, não está presente no direito brasileiro.

Michel Temer (1995, p. 142) entende que "não há hierarquia alguma entre a lei complementar e a lei ordinária. O que há são âmbitos materiais diversos atribuídos pela Constituição a cada qual destas espécies normativas". Geraldo Ataliba (1980, p. 61), revendo posição anterior, também esclarece que a lei ordinária tem lugar em área distinta da lei complementar, "como suas áreas são distintas, não há risco de superposição. Cada qual tem validade na sua esfera própria - constitucionalmente delimitada - sem nenhuma hierarquia" entre elas.

Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 59) sustenta que "a lei ordinária e a complementar não se subordinam reciprocamente [...], porquanto versam matérias distintas e buscam seus fundamentos de validade diretamente da Constituição". Acrescenta que a exigência do quórum qualificado de votação para as leis complementares é tão somente para dificultar mudanças em matérias tidas pelo constituinte como relevantes. Também Gilmar Mendes, Inocêncio M.

⁸ Tradução livre: Ihes confere uma hierarquia superior em relação às demais leis.

Coelho e Paulo Gustavo G. Branco (2008, p. 882) partilham do entendimento de que não há hierarquia entre lei ordinária e lei complementar. José J. Gomes Canotilho (1993, p. 835) assevera que as leis orgânicas (complementares) ocupam, hierarquicamente, o mesmo patamar das leis ordinárias.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a lei complementar está no mesmo plano da lei ordinária, não tendo hierarquia constitucional, conforme os precedentes: RE 419.629, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30/6/2006; AgRg-Ag 637.299, rel. Min. Celso de Mello, DJ 5/10/2007.

Eduardo Cordero Quinzacara (2010, p. 134) assevera que no Chile o Tribunal Constitucional, por influência da doutrina espanhola, chegou a defender que a lei orgânica constitucional (lei complementar) situava em um patamar inferior à Constituição e superior às demais leis, mas abandonou essa posição em face das fortes críticas da doutrina chilena. Para ele, “la Ley orgánica constitucional no constituye una categoría sustancialmente diversa a la ley, en la medida que los elementos que la configuran no tienen por objeto alterar su naturaleza, sino establecer reglas de procedimiento más rigurosas para su elaboración”⁹.

A lei complementar, portanto, não é superior, nem inferior à lei ordinária; ambas ocupam a mesma posição hierarquia na pirâmide das fontes do direito.

A divisão de matérias entre lei ordinária e complementar também não enseja uma hierarquia das normas gerais sobre as não gerais. Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 96) adverte que “não são as normas gerais que conferem a possibilidade de existência às não gerais. Estas extraem sua validade da Constituição, sem intermediação”. Tratando-se de normas de mesmo nível,

⁹ Tradução livre: a Lei orgânica constitucional não constitui uma categoria substancialmente diversa à da lei, na medida em que os elementos que a configuram não têm por objeto alterar sua natureza, mas estabelecer regras de procedimento mais rigorosas para sua elaboração.

não se pode pressupor uma inferioridade, é necessário conjugar as normas. Nesse caso, continua o doutrinador, a lei complementar continuável, em regra, “vai ser aplicável conjuntamente com a lei ordinária” (BASTOS, 1999, p. 97).

10. Invasão da reserva normativa

Geraldo Ataliba (1980, p. 61) adverte que a “lei complementar que verse matéria de lei ordinária é lei ordinária para todos os efeitos”. Fábio Alexandre Coelho (2007, p. 33-334) defende que, se a lei complementar tratar de matéria pertinente à lei ordinária, não haverá qualquer vício, pois o *quorum* de deliberação daquela é superior ao dessa; nesse caso, poderá uma lei ordinária revogar uma lei complementar. Nesse sentido é a jurisprudência do STF: ADC 1, rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/6/1995; ADI-MC 2.111, rel. Min. Sydeney Sanches, DJ 15/12/2003; RE 419.629, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30/6/2006.

Se ocorrer o contrário, a lei ordinária disciplinar matéria inerente à lei complementar, “a invasão de competência implicará na inconstitucionalidade da lei elaborada, não havendo qualquer possibilidade de aproveitamento” (CANOTILHO, 1993, p. 334). Corroboram essas teses as seguintes decisões: STJ, Resp 92.508, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 25/8/1997; STF, RE 172.058, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13/10/1995.

Cumprido assinalar que o Código Tributário Nacional foi recepcionado pela Constituição de 1988 como lei complementar (STJ, REsp 464372, rel. Min. Luiz Fux, DJ 2/6/2003; STF, RE 556.664, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 13/11/2008).

11. Características

Partindo da doutrina de José Joaquim Canotilho Gomes (1993, p. 835-836) e considerando as peculiaridades do direito brasileiro e os aspectos acima estudados, é possível aferir as seguintes características

das leis complementares nacionais: a) hierarquia – igual à da lei ordinária; b) tipicidade (ou taxatividade) – é a Constituição que enumera as hipóteses de lei complementar¹⁰; c) exclusividade em razão da matéria – “sempre que a Constituição reservou para ‘lei orgânica’ a disciplina jurídica de certas matérias”, então somente por ela poderá atuar o Legislativo (CANOTILHO, 1993, p. 835); d) solenidade própria – é o *quorum* especial previsto para sua aprovação; e) numeração independente – as leis complementares seguem numeração própria, distinta das demais espécies legislativas; f) indelegabilidade – é vedada a delegação de elaboração de lei complementar ao Presidente da República (art. 68 da Constituição brasileira).

A lei complementar pode veicular sobre normas gerais (ex. matéria tributária, art. 146, III, da Constituição) ou sobre um assunto específico (ex. proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa de empregados, art. 7, I).

12. Processo Legislativo e suas especificidades

O art. 69 da Constituição é absolutamente lacônico ao estabelecer que “as leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta”. O texto constitucional anterior era o art. 50 da Emenda Constitucional 1/1969 (BRASIL, 1969) que estabelecia:

“Art. 50. As leis complementares somente serão aprovadas, se obtiverem maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso Nacional, observados os demais termos da votação das leis ordinárias.”

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 248), citando lição de Maximiliano, sustenta que se deve aplicar à norma atual a mesma interpretação aceita para a anterior. Na verdade, como bem destaca Alexandre

de Moraes (2008, p. 667), o procedimento para a elaboração da lei complementar “segue o modelo padrão do processo legislativo ordinário, com a única diferença em relação à subfase de votação, pois [...] o *quorum* será de maioria absoluta”.

12.1. Iniciativa

Pelo art. 61 da Constituição Federal, a iniciativa das leis complementares é semelhante à das demais leis ordinárias, cabendo “a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos”.

Nos casos de iniciativa exclusiva do Presidente da República (art. 61, § 1º), estará o projeto de lei complementar eivado de vício formal de inconstitucionalidade caso não seja apresentado por ele. O mesmo ocorre no âmbito dos Estados, nas hipóteses em que somente o Governador tem a iniciativa de propor a lei complementar, e nos demais casos de competência privativa. Nesse sentido há precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF): ADI 1.201, Rel. Min. Moreira Alves, j. 27/4/1995; ADI 1.432, rel. Min. Sydney Sanches, j. 1/2/1996; ADI 1.051, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 2/8/1995.

Normalmente, os projetos de lei, inclusive de lei complementar, começam na Câmara dos Deputados (art. 64 da Constituição), que é a Assembleia dos representantes do povo.

12.2. Emenda

Emenda é, para o art. 118 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), uma proposição apresentada como acessória de outra ou, para o art. 211, VI, do Regimento Interno do Senado Federal (RISF), uma espécie de proposição. Ela pode ser do parlamentar ou da comissão.

A emenda, segundo a norma interna da Câmara dos Deputados, pode ser supressiva (erradica qualquer parte de outra

¹⁰ Idêntica característica há no Direito chileno (cf. MARINKOVIC; URQUIAGA; ALCALÁ, 1994, p. 11).

proposição), aglutinativa (funde outras emendas ou estas com o texto original), substitutiva (altera, substancial ou formalmente, o conjunto da proposta inicial), modificativa (altera a proposição sem a modificá-la substancialmente), aditiva (acrescenta a outra proposição) e de redação (sana vício de linguagem, incorreção de técnica legislativa ou lapso manifesto). É possível haver subemenda (emenda de outra emenda).

Os Regimentos do Senado (art. 230, I) e da Câmara (art. 119, § 2º) estabelecem como requisito a pertinência temática da emenda com o projeto de lei em tramitação. É vedada a apresentação de proposição que enseje aumento de despesas nos projetos de lei de iniciativa exclusiva ou se refiram à organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público (arts. 63 da Constituição, 230, IV, do RISF e 124 do RICD). No Senado, há, ainda, vedação de apresentação de emenda contrária ao projeto de lei (art. 230, II). A possibilidade de emenda não autoriza a invasão da iniciativa exclusiva.

12.3. Discussão e votação

Para as leis complementares, “incidem todos os dispositivos sobre a discussão e a votação aplicáveis ao processo legislativo de formação das leis ordinárias” (SILVA, J. A. da, 1998, p. 316-317), salvo quanto ao *quorum* de aprovação e aos turnos de votação na Câmara dos Deputados.

O art. 47 da Constituição estabelece, como regra geral, a deliberação pela maioria simples de votos, presente a maioria absoluta dos membros da Casa legislativa. Os arts. 69 da Carta Magna, 183, § 1º, do RICD e 288, III, “a”, do RISF, no entanto, estabelecem que, para a aprovação da lei complementar, é necessária a maioria absoluta dos membros de cada Casa, o que, hoje, significa 41 senadores (dos 81) e 257 deputados (dos atuais 513). A maioria absoluta dos membros das Assembleias

Legislativas também é necessária para os projetos de leis complementares estaduais.

O art. 148 do RICD ressalva o projeto de lei complementar da regra geral do turno único. O art. 270 do RISF não tem semelhante regra.

Na casa iniciadora (Câmara ou Senado, dependendo da iniciativa), o projeto de lei complementar será discutido, emendado (se for o caso) e aprovado pela maioria absoluta dos membros da Casa. Após, será remetido à Casa revisora (Senado ou Câmara) para ser discutido e aprovado pela maioria absoluta de seus membros. Havendo emendas na Casa revisora, o projeto retornará à Casa iniciadora, que aprovará as modificações por maioria absoluta de seus membros ou as rejeitará. Se qualquer das Casas rejeitar a proposta, será ela arquivada. Caso aprovada, segue para sanção.

O Regimento Interno da Câmara estabelece que os projetos de leis complementares tramitarão com prioridade (art. 151, II, “b”, 1). O Regimento do Senado não contém previsão semelhante, embora também discipline as situações de preferências (art. 311).

12.4. Sanção e veto

Pontes de Miranda sustentava que a lei complementar se aperfeiçoava pela aprovação no Congresso, sendo desnecessária sanção ou veto (FERREIRA FILHO, 2007 p. 251). José Afonso da Silva (2006, p. 318), com muita propriedade, adverte que: a) a sanção é uma regra geral, que só pode ser excluída expressamente, como é o caso das Emendas à Constituição; b) não há previsão de promulgação da lei complementar pelas mesas das duas Casas do Congresso Nacional; c) o art. 48 da Constituição estabelece que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre matérias ali elencadas, entre as quais hipótese inequívoca de reserva à lei complementar (plano plurianual), o que revela a necessidade da sanção.

Incumbe, portanto, ao Presidente da República, na forma das demais proposições de lei, sancionar e/ou vetar o projeto de lei complementar. Havendo veto total ou parcial, observar-se-á o disposto nos § 1º, 2º e 4º a 6º do art. 61 da Constituição.

12.5. Promulgação e publicação

Sancionada a lei complementar, seguirá sua promulgação e publicação, nos termos dos arts. 65 e 66 da Constituição. A promulgação “visa a dar ciência a todos de que uma lei foi votada e aprovada pelo Congresso e demais autoridades que participaram do seu processo de formação” (SILVA, J. A. da, 2006, p. 233). Na publicação, o texto é impresso e divulgado no Diário Oficial.

Conclusão

A lei complementar é importante instrumento no processo legislativo brasileiro. Oriunda do direito francês, foi inserida no país em face da urgência da implantação do parlamentarismo e incorporou-se definitivamente entre as espécies normativas primárias estabelecidas na Constituição. Ela possui âmbito de atuação próprio (objeto), definido na Constituição, tem hierarquia semelhante às demais leis ordinárias e é aprovada mediante o voto da maioria absoluta dos membros do Parlamento.

Caso invadida a reserva normativa destinada à lei ordinária, a lei complementar será lei ordinária para todos os efeitos, podendo ser alterada por lei comum. Se ocorrer o inverso, a lei ordinária usurpadora da matéria própria da lei complementar é inconstitucional.

A lei complementar destina-se a regular as matérias expressamente eleitas pelo constituinte, mediante deliberação com *quorum* especial, superior ao da lei ordinária e inferior ao da emenda constitucional, estabelecido para dificultar as alterações no ordenamento e para conferir maior estabilidade normativa. Trata-se de relevante

espécie normativa do processo legislativo brasileiro.

Referências

ALVES, José Carlos Moreira. Lei Complementar. Abertura do XV Simpósio Nacional de Direito Tributário. *Caderno de Pesquisas Tributárias*, São Paulo, n. 19, 1991.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Decreto autônomo: questões polêmicas. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 5, n. 49, jun. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_49/artigos/art_Levi.htm>. Acesso em: 11 maio 2011.

ATALIBA, Geraldo. Regime Constitucional e Leis nacionais e federais. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 13, n. 53-54, jan. /jun. 1980.

BADENI, Gregorio. *Tratado de Derecho Constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2006. t. I.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1932-1934.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Lei Complementar: teoria e comentários*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos : Instituto Brasileiro do Direito Constitucional, 1999.

BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais: EDUC, 1975.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Resolução Nº 17, de 1989: Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, [1989?]. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/RICD%20Resolucao%2010-2009.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2011.

_____. Congresso. Senado Federal. *Regimento interno*. Brasília: Senado Federal, 2011. v. 1.

_____. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: de 24 de fevereiro de 1891. Diário do Congresso Nacional*, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. p. 523. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 11 maio 2011.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [1988]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 11 mai. 2011.

_____. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 20 out. 1969. Seção 1, p. 8865. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 11 maio 2011.

_____. Emenda Constitucional n. 4, de 2 de setembro de 1961. Institui o sistema parlamentar de governo. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 2 set. 1961. Seção 1, p. 8034. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-4-2-setembro-1961-349692-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 11 maio 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CHILE. Constitución Política (1980). *Constitución Política de la República de Chile*. Texto actualizado a julio de 2011. Chile: Cámara de Diputados, 2011. 127 p. Disponível em <<http://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

COELHO, Fábio Alexandre. *Processo Legislativo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

COLÔMBIA. Constitución (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Senado de la República, [1991]. Disponível em <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html>. Acesso em 13 jun. 2011.

CONSTITUCIONES Políticas del Perú. Lima: Arquivo Digital de la Legislación en el Perú, [2006?]. Disponível em <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/ConstitucionP.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo. La potestad legislativa, los tipos de ley y sus relaciones internas en el derecho nacional. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 23, n. 1, jul. 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUERÊDO, Sara Ramos de. *Processo Legislativo*. 4. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1985.

FRANÇA. Constitution (1848). *Constitution du 4 novembre 1848: deuxième République*. Paris: Assemblée Nationale, [2006]. Disponível em <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/constitutions/constitution-deuxieme-republique.asp>>. Acesso em: 10 maio 2011.

_____. Constitution (1958). *Constitution du 4 octobre 1958*. Paris: Assemblée Nationale, 2008. Disponível em <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution_previous.asp>. Acesso em: 11 maio 2011.

GARCÍA-HERREROS, Orlando. *Apuntes de Derecho Constitucional Colombiano*. 2. ed. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2007.

HENAO HIDRÓN, Javier. *Panorama del Derecho Constitucional Colombiano*. 10. ed. Bogotá: Temis, 1996.

LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Derecho Constitucional Latinoamericano*. México: Universidad Autónoma de México, 1991.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MARINKOVIC, Mario Verdugo; URQUIAGA, Emilio Pfeffer; ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Derecho Constitucional*. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1994. v. 1.

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

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

REALE, Miguel. *Parlamentarismo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1962.

SANTOS, Washington dos. *Dicionário Jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Processo Constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Osmar José da. Lei complementar e eficácia constitucional. *Contador Perito.com*, Brasília, 7 out. 2003. Disponível em <<http://www.contadorperito.com/index.php?ag=5431&tp=3>>, Acesso em 12 mai. 2011.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

VENEZUELA. Constitución (1999). Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial Extraordinaria*, Caracas, 24 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

As políticas públicas, o direito de patente e o caso das doenças negligenciadas

Marcos Vinício Chein Feres
Murilo Ramalho Procópio
Elisa Mara Coimbra

Sumário

1. Introdução. 2. A integridade no Direito. 3 Sobre a propriedade industrial e patentes. 4. Função social da propriedade industrial. 5. O regime de propriedade industrial no contexto das doenças negligenciadas. 6. Conclusão.

1. Introdução

Moléstias conhecidas como doenças negligenciadas e caracterizadas pela falta de métodos terapêuticos, inclusive medicamentos, e pela dificuldade de acesso aos escassos tratamentos já existentes atingem principalmente os países em desenvolvimento. Em associação a esse contexto, falhas de mercado e de políticas governamentais¹ contribuem para o subdesenvolvimento de países da África e da América Latina, ao vitimar suas populações.

Diz-se falha de mercado porque a indústria farmacêutica privada, típica do sistema capitalista ocidental, não apresenta interesse em produzir medicamentos de baixa ou nenhuma perspectiva lucrativa, tendo em vista que os consumidores em potencial de seus produtos geralmente não possuem condições de comprá-los. Por conseguinte,

¹ Quando não há opções de tratamento, ou quando as opções existentes são inadequadas, uma doença pode ser considerada “negligenciada” ou até “extremamente negligenciada” em alguns casos.

Marcos Vinício Chein Feres é Mestre e Doutor em Direito Econômico pela UFMG; Professor Associado e Diretor da Faculdade de Direito da UFJF; Pesquisador - Universidade Federal de Juiz de Fora.

Murilo Ramalho Procópio é Acadêmico da Faculdade de Direito da UFJF; Bolsista de Iniciação Científica apoiado pela FAPEMG - Universidade Federal de Juiz de Fora.

Elisa Mara Coimbra é Graduada em Direito pela UFJF; Bolsista de Apoio Técnico II da FAPEMIG - Universidade Federal de Juiz de Fora.

o nível de inovação de drogas para tais doenças é muito baixo quando comparado com o nível de inovação de outras doenças (DRUGS..., [2010?]).

Não obstante, uma vez identificada a falha de mercado que obstaculiza a promoção do direito à saúde, cabe ao Estado elaborar políticas públicas, hábeis a oferecer alternativas de incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento de novos medicamentos e a garantir o posterior acesso à população. Entretanto, a maior parte das ações dos governos tem se resumido em apoiar pesquisas que não passam da fase pré-clínica, ou seja, não chegam a desenvolver um novo produto para ser colocado no mercado. Como consequência, os laboratórios multinacionais se perpetuam no domínio do desenvolvimento de novas drogas, propiciando o controle, por parte de tais empresas, de um grande número de patentes de compostos químicos. Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é a análise do sistema de patentes adotado pelo Brasil, uma vez que o regime desse instituto interfere diretamente no estímulo à inovação.

Entretanto, não só aspectos de eficiência e produtividade de leis e decisões estatais devem ser considerados ao se regular o melhor regime de patentes, mas, sobretudo, fundamentos e origem de cada direito envolvido. Antes de promover qualquer posicionamento a respeito das patentes, direitos sociais ou ciência e tecnologia, é necessário identificar o verdadeiro significado dos direitos envolvidos no contexto das doenças negligenciadas e da propriedade industrial, utilizando, para isso, a teoria do Direito como Integridade proposta por Ronald Dworkin, haja vista sua concepção de Direito como prática interpretativa.

Balizado por um método dedutivo de análise de conteúdo, proceder-se-á a identificação dos direitos, políticas e princípios relacionados ao tema, a fim de se estudarem as repercussões econômicas e sociais de algumas medidas implantadas pelo governo brasileiro nos últimos anos com relação à

propriedade industrial, bem como os fundamentos das mesmas. Para tal, o artigo é estruturado em três partes. A primeira versa sobre o marco teórico, constando sua análise e aplicabilidade ao caso; a segunda trata do sistema de patentes em si; e a terceira expõe criticamente incongruências e possibilidades ao sistema de patentes no Brasil, bem como algumas possibilidades à atuação estatal.

2. A integridade no Direito

Dworkin (2003) pode ser considerado um marco do pós-positivismo no Direito. Sua teoria, ao mesmo tempo que enfrenta questões problemáticas da contemporaneidade, estabelece uma reconstrução das concepções básicas acerca do direito e da filosofia jurídica, valendo-se, sobretudo, de uma moralidade jurídica socialmente construída.

Na obra *O império do direito*, Dworkin (2003) critica a concepção precipitada, mas bastante popular, de reconhecer o Direito como uma simples questão de fato. Tal limitação conceitual pode gerar ideias completamente equivocadas sobre o real conteúdo do Direito. Assim, ao pensar que o direito estaria restrito ao que se estabelece previamente por meio de leis, outros atos normativos ou por meio de decisões judiciais, discutir-se-ia apenas sobre a utilização ou não da discricionariedade do juiz em casos lacunosos ou, ainda, sobre tendências progressistas ou conservadoras deste na interpretação das leis. Observa-se que a fidelidade estrita às convenções pode estabelecer sérios conflitos no que diz respeito à justiça das decisões.

A teoria do Direito como Integridade fundamenta-se na concepção de Direito enquanto prática interpretativa historicamente construída. Dessa forma, as decisões, leis e outros atos institucionais que resultam da transformação das relações sociais ao longo do tempo constituem a própria Integridade de uma comunidade, exigindo uma postura

interpretativa sobre o conjunto normativo, ao estabelecer um verdadeiro processo de cognição sobre os fundamentos dos direitos envolvidos, a fim de preservar a moral institucional da sociedade.

O direito como integridade exige uma reconstrução crítica do ato de interpretar, reavaliando, a todo momento, a justiça, a equidade e o devido processo legal de decisões judiciais e legislativas de forma a obter uma consistência articulada, uma coerência e, sobretudo, uma integridade no processo de adequação da norma ao caso específico em estudo. Nesse contexto, realiza-se um eterno ir e vir entre o empírico e o abstrato de modo a se proceder uma interpretação construtiva e criativa dos fatos e das normas no contexto de aplicação e de criação do direito. O melhor direito, o mais íntegro, consiste naquele em que se realizam, de forma coerente, os valores da comunidade no processo construtivo de atribuição de sentido à norma diante de uma situação específica concreta. Aplicar o direito em sua melhor luz significa valorizar não só os elementos históricos por meio dos quais as leis, os precedentes e a Constituição vão se tornando estruturas articuladas de um processo de atribuição lógica e coerente de sentido, mas também as condições de possibilidade concretas por meio das quais se exige uma interpretação de todo o ordenamento jurídico coerente e articulada com os valores morais de uma determinada comunidade.

Assim, pretende-se, no presente artigo, explorar o conteúdo dos direitos referentes à propriedade industrial, a fim de que seja possível analisar os valores que norteiam a regulamentação legal e das políticas em prol das doenças tropicais, interpretando racionalmente o instituto das patentes por meio da Integridade. Contudo, para que seja possível alcançar os objetivos traçados até aqui, é essencial trazer para este estudo os fatos institucionais que marcam a orientação estatal no que diz respeito a patentes e inovação, relacionando tais ins-

titutos com o direito à saúde e as doenças negligenciadas.

3. Sobre propriedade industrial e patentes

A propriedade industrial faz parte de um regime jurídico mais amplo (Propriedade Intelectual) que envolve outras formas de proteção da atividade intelectual humana, seja ela no domínio artístico, literário, científico ou industrial. Segundo Barbosa (2002b), a Propriedade Intelectual “corresponde a uma parte do direito altamente internacionalizada, compreendendo o campo da propriedade industrial, os direitos autorais e outros direitos sobre bens imateriais de vários gêneros”.

A patente de invenção é um dos bens imateriais protegidos pelo direito à propriedade industrial, também representado pelo modelo de utilidade, registro de desenho industrial e marca. A aplicação desse instituto consiste em uma prerrogativa concedida pelo Estado para a exploração econômica exclusiva do inventor sobre o objeto patenteadado. A Convenção de Paris de 1883, da qual o Brasil é signatário, foi o marco regulatório para a proteção dos direitos relacionados à propriedade intelectual em diferentes países do mundo. Entretanto, conforme observa Gama Cerqueira (1946), a concessão de benefícios ao titular de uma produção intelectual existe desde a época das corporações de ofício, como verdadeiros privilégios oferecidos pelo Monarca.

Com a evolução das relações comerciais e a existência de um mercado mundial cada vez mais globalizado, desde as últimas décadas do século XX, a proteção dos direitos de propriedade intelectual relacionados à atividade comercial teve de ser novamente discutida. A prática da pirataria e a violação dos direitos internacionais de comércio exigiam um novo compromisso que diminuísse a tensão entre países desenvolvidos e emergentes. Assim, materializou-se o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de

Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (ADPIC), mais conhecido pela tradução em inglês de *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS).

No que diz respeito à natureza da propriedade industrial, não são raras as divergências doutrinárias acerca da melhor classificação para o instituto em questão. Gama Cerqueira (1946) apresenta, em seu Tratado de Propriedade Industrial, a evolução das teorias sobre a natureza jurídica do referido instituto, inicialmente como um simples privilégio até a classificação como um direito real. No entanto, qualquer que seja a natureza jurídica adotada, seja de direito real, de direito da personalidade ou de um mero privilégio, não é possível alcançar uma taxonomia isenta de objeções, a menos que sejam reconsideradas as próprias características dos tipos de direito existentes.

A despeito dessa afirmação, não é possível duvidar do caráter de propriedade dado à patente pelo constituinte, mesmo que haja diferenças significativas nos poderes conferidos ao titular-proprietário de coisa material e àqueles pertencentes ao titular de uma patente ou direito autoral. Nesse sentido, observa-se o inciso XXIX do art. 5º da Constituição da República:

“XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País” (BRASIL, 2003).

Pode-se dizer, então, que a patente é um dos bens imateriais relacionados à propriedade industrial e consiste no privilégio conferido pelo Estado ao autor da atividade intelectual de explorar economicamente o objeto de seu trabalho com exclusividade. A Lei nº 9.279/1996 é a responsável por regulamentar essa matéria, definindo o âmbito de proteção do direito à patente, as formas de concessão e os requisitos

procedimentais para que um objeto torne-se patenteável. Ademais, é estabelecida a forma como pedidos de patente ou registro advindos de países estrangeiros signatários de tratados internacionais em comum devem ser realizados.

De acordo com a Lei nº 9.279/96, o pedido de patente deve ser realizado mediante o cumprimento de algumas exigências procedimentais e encaminhado ao INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial –, que fornecerá ou não o ato concessivo correspondente, mediante análise técnica (novidade, atividade inventiva, aplicação industrial). O órgão também é responsável pelas operações de transferência de tecnologia e de franquias empresariais, concessão de registro de marcas, programas de computador, desenhos industriais e indicações geográficas.

No que diz respeito a patentes de medicamentos, a permissão para comercializar um novo medicamento no Brasil deve passar também por avaliação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Dessa forma, nesse caso, é necessário, além dos requisitos legais a serem analisados pelo INPI, quais sejam, a novidade, a atividade inventiva e a aplicação industrial, os requisitos relacionados à segurança e à eficácia do composto.

Nos últimos anos, vários debates foram realizados a fim de se entender o verdadeiro sentido da proteção da propriedade industrial no Brasil. Para uma parte dos estudiosos do tema, a propriedade industrial, no que tange à concessão e ao licenciamento de patentes de medicamentos, deveria ser significativamente revista. Tal posicionamento decorre da ideia de que a proteção do direito do inventor não é um fim em si mesmo e a concessão de patentes teria de servir ao desenvolvimento nacional e à inovação. A partir dessa ideia, uma série de restrições à concessão de patentes têm sido propostas, em especial o Projeto de Lei nº 230 de 2003. Basicamente, o projeto estabelece a possibilidade de o governo

produzir, por meio dos laboratórios oficiais, os medicamentos essenciais distribuídos pelo SUS, sem qualquer forma de remuneração ao titular da patente.

Por outro lado, existem posicionamentos que consideram a atual regulamentação da propriedade industrial como suficiente para tutelar os direitos em questão, sendo os atrasos no desenvolvimento da indústria e a falta de acesso aos medicamentos decorrentes de políticas econômicas e sociais ineficientes. Por causa disso, defendem que o licenciamento compulsório consiste na ferramenta legal mais justa e mais apropriada para corrigir eventuais abusos de poder econômico por parte do titular da patente.

A partir do problema exposto, é necessário questionar sobre qual a melhor forma de regulação dos direitos de propriedade industrial. Seria possível estabelecer mais limitações à proteção das patentes baseando-se em princípios? No caso das doenças negligenciadas, quais princípios estariam em jogo? Com intuito de responder essas indagações, será analisada a função social da propriedade industrial.

4. Função social da propriedade industrial

Importa ressaltar, ao analisar o art. 5º, inciso XXIX da Constituição, que o conteúdo jurídico do direito à propriedade intelectual está delimitado pela observância de uma função social. Essa concepção decorre de uma transformação no entendimento acerca do próprio direito de propriedade material, relativizando seu conteúdo. Dessa forma, a conceituação de propriedade (material ou intelectual) a partir do paradigma constitucional da função social é resultado de uma concepção de direito influenciada pela moral, assim como propõe a teoria de Dworkin (2003).

Isabel Vaz (1992), em *Direito Econômico das Propriedades*, apresenta as diferentes noções de propriedade, a depender do momento histórico. Exemplificativamente,

observa-se que os fundamentos iniciais da proteção ao direito de propriedade, no direito romano, estavam ligados aos locais onde se realizavam os cultos religiosos; enquanto, Locke, citado por Vaz (1992), no contexto do ideário cristão ocidental, considerava como passível de apropriação pelo homem tudo aquilo que derivava de seu próprio trabalho.

As transformações sociais e constitucionais ao longo dos séculos permitiram o estabelecimento de diferentes regimes econômicos e, conseqüentemente, diferentes formas de tutela da propriedade. Dessa forma, surgiram países de economia socialista, em que a propriedade é, em sua maior parte, pertencente à coletividade, e aqueles de economia capitalista, nos quais a propriedade é, em sua grande parte, de apropriação privada. É oportuno inferir, entretanto, que a divisão de regimes econômicos entre socialismo e capitalismo não mais corresponde a uma realidade dos regimes constitucionais atuais, uma vez que as diversas Constituições existentes mesclam características das duas formas de economia. Não obstante as diversas tentativas de classificação econômica das cartas constitucionais, o importante é notar que os princípios que determinam a ordem econômica de uma constituição configuram o substrato de fundamentação aos direitos de propriedade, entre eles, o da propriedade industrial.

Quanto à propriedade intelectual, inicialmente, a concessão de benefícios ao inventor estava ligada ao interesse dos detentores de poder político (monarca) em alianças com aqueles que possuíam o poder econômico (donos de corporações), não havendo critérios morais ou axiológicos que justificassem tal aplicação. Com as revoluções liberais, o entendimento sobre a propriedade intelectual baseou-se na ideia de que o indivíduo pode tirar proveito do fruto de seu trabalho, seja ele mecânico, seja ele intelectual. Dessa forma, estabeleceu-se uma finalidade para a utilização do

instituto, sem, no entanto, solucionar as eventuais hipóteses de abuso econômico. Com o passar do tempo, foram necessários instrumentos que permitissem a tutela da propriedade intelectual (principalmente quanto às patentes) em harmonia com os objetivos fundamentais dos Estados, manifestados por intermédio de princípios constitucionais.

Grau (2003), ao dispor sobre a Constituição Econômica de 88, ressalta que esta, por se tratar de uma constituição programática, vai além de uma mera formalização de um sistema normativo de fato, estabelecendo metas e diretrizes econômicas a serem perseguidas pelo Estado por meio de políticas públicas. Segundo a Teoria do Direito como Integridade, as decisões, as leis e até mesmo as políticas estatais devem ser reconduzidas a princípios, a fim de que possam alcançar legitimidade. Dessa forma, recorre-se novamente à obra de Grau (2003) para identificar os princípios que marcam a regulamentação dos direitos econômicos no Brasil, entre eles: a dignidade da pessoa humana, a livre iniciativa, a livre concorrência, o valor social do trabalho, a redução das desigualdades sociais entre outros. Entretanto, esses princípios devem ser harmonizados com outros, dando unidade e coerência ao Direito, em especial destacam-se a noção de justiça social e de desenvolvimento. Destarte, a proteção da propriedade industrial mostra-se coerente com os princípios que regulam a ordem econômica brasileira, cabendo identificar, no caso concreto, a relação deles com a propriedade industrial e outros direitos, como o direito social à saúde, por exemplo.

5. O regime de propriedade industrial no contexto das doenças negligenciadas

Durante as últimas décadas, alguns estudos sobre a situação das doenças negligenciadas foram elaborados, principalmente por fundações da área de saúde

em parceria com governos e grandes laboratórios. Todavia, o caráter filantrópico de tais entidades esbarra em limitações financeiras e impede a cobrança de resultados, havendo a necessidade de atuação estatal.

Assim, concomitantemente, no Brasil, a preocupação com o tema levou o governo a adotar algumas medidas, como o incentivo aos medicamentos genéricos, o fornecimento gratuito do tratamento contra a AIDS, a legislação sobre propriedade industrial de 1996 e o Plano de Ação do Ministério da Ciência e Tecnologia (2007-2010). Outro acontecimento de grande relevância nesse mesmo sentido refere-se aos licenciamentos compulsórios utilizados pelo governo brasileiro segundo as diretrizes do INPI. Todas essas medidas foram realizadas tendo em vista, entre outros fatores, a garantia constitucional do direito à saúde e a busca pela inovação e pelo desenvolvimento científico e tecnológico do país.

No contexto das doenças negligenciadas, a problemática relação entre a proteção intelectual e a descoberta de novos medicamentos tem fomentado o surgimento de diversos posicionamentos políticos acerca do melhor regime de patentes, sendo necessário reconhecer a ocorrência de uma forte carga ideológica, a qual considera a proteção das patentes como a grande e única responsável pelas desigualdades sociais existentes, principalmente no que diz respeito ao acesso a medicamentos para doenças tropicais. Ora, isso não é verdade, haja vista que a proteção dos direitos de propriedade industrial impulsionou a indústria farmacêutica, proporcionando um maior número de descobertas de medicamentos², o que acaba por gerar um incremento na qualidade de vida e na saúde como um todo. Todavia, também não é verdade que o simples aumento da proteção intelectual seja capaz de alcançar níveis significativos de desenvolvimento indus-

² De 2003 a 2007, o número de aplicações de patentes de medicamentos teve um crescimento médio de 5% (DRUGS..., [2010?]).

trial e de incremento da inovação, sendo necessárias outras intervenções econômicas a garantir a inovação e o acesso a novos medicamentos desenvolvidos. Percebe-se que o incentivo à inovação, como fundamento do direito de patente, não é suficiente em si para dar conta do mercado em todas as suas diferentes facetas. Falhas de mercado ocorrem que, em vista disso, exigem uma atuação mais incisiva do poder público para que outros direitos sejam garantidos e protegidos. Tendo em vista essas questões, é necessário verificar a validade jurídico-moral da admissão de restrições ao direito de patente diferentes daquelas já previstas na Lei nº 9.279/96.

A mesma racionalidade utilizada no Projeto de Lei nº 230/03 já mencionado neste estudo poderia ser trazida para o contexto das doenças negligenciadas, por via da sugestão de um regime de patentes em que os medicamentos para essas doenças pudessem ser produzidos pelos laboratórios oficiais sem remunerar o titular da patente pela exploração de seu objeto de pesquisa. Seriam invocados, dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que aqueles prejudicados pela falha de mercado ficam desprotegidos em relação ao acesso a tratamento de saúde mais eficiente e mais eficaz. Ainda nesse contexto, pode-se invocar outros princípios, como a justiça social e o desenvolvimento nacional. Compete, no entanto, verificar se esses princípios correspondem à melhor forma de enxergar o direito na situação fática em questão.

É óbvio que a atribuição de direitos de propriedade a um titular não pode servir de obstáculo ao exercício da dignidade da pessoa humana e nem da justiça social. Contudo, deve-se atentar para o fato de que a proteção de direitos da propriedade em si não corresponde a uma causa de violação desses princípios. Destaca-se que a concessão de patentes nem sempre leva ao abuso de poder econômico por parte de seu titular, em decorrência do monopólio

concedido. O reconhecimento das patentes tem propiciado, em inúmeras vezes, a descoberta de produtos úteis à vida humana, especialmente na área da saúde. Todavia, nos casos em que haja efetivamente a existência de abuso de poder econômico, o licenciamento compulsório surge como alternativa eficaz na conciliação de interesses coletivos e particulares, viabilizando uma produção medicamentosa a um custo mais baixo.

Considerar como possibilidade de correção da falha de mercado comum às doenças negligenciadas o licenciamento compulsório, além de ser juridicamente questionável, não leva em conta a realidade empírica das políticas de saúde, ignorando o fato de que as principais doenças negligenciadas que atingem o Brasil não possuem tratamentos completamente desenvolvidos e nem patenteados.³ Além disso, é preciso ter em foco, nessas situações de acesso à saúde, a estrutura dos laboratórios oficiais em produzir os referidos medicamentos, como aconteceu no caso do licenciamento compulsório do Efavirenz. Esse remédio, que a princípio seria produzido pelos laboratórios oficiais, passou a ser comprado de um laboratório indiano, a um preço bem mais razoável. É importante frisar, ainda, que, em muitos casos, as políticas públicas mais eficazes para doenças negligenciadas são aquelas que focam o saneamento básico. Dessa forma, mitigar a proteção da patente nesses termos poderia, ao invés de beneficiar, prejudicar a situação dos dependentes dos medicamentos, visto que compromete o princípio do estímulo à inovação, fundamento da legislação de proteção patentária, e, ao mesmo tempo, tal medida restritiva não gera uma produção eficiente e a baixo custo das drogas para doenças negligenciadas nem por empre-

³ Segundo a DNDi ([2010?]), os medicamentos existentes para Chagas e *leishmaniose* apresentam inconvenientes como elevado grau de toxicidade, dificuldade na administração e altas taxas de não adesão dos pacientes.

sas multinacionais, nem por laboratórios oficiais.

Observa-se, até aqui, que a proteção da propriedade industrial deve respeitar os princípios constitucionais que regulam as relações sociais e econômicas dos indivíduos. Entretanto, verifica-se que, embora existam problemas de acesso a medicamentos, no caso brasileiro estes não decorrem da concessão de patentes pela Lei nº 9.279/96.

A grande questão em torno das patentes de medicamentos para doenças negligenciadas está em conciliar a legislação sobre propriedade industrial com ações estratégicas voltadas especificamente para o desenvolvimento de novas drogas. Essa conciliação deve ser realizada mediante o aumento dos incentivos às pesquisas desenvolvidas nessa área. Tudo isso sem enfraquecer os mecanismos de correção de eventuais abusos do poder econômico. Outro objetivo fundamental a ser perseguido é a realização de políticas públicas destinadas exclusivamente a doenças negligenciadas. Nesse sentido, devem ser ressaltadas, como possíveis concretizações de políticas públicas eficientes, as parcerias de financiamento entre governo-indústria, o incremento dos laboratórios oficiais, os contratos de transferência de tecnologia, sempre levando em conta a necessidade de se priorizar essa categoria específica de doenças.

Relacionando a tutela da propriedade industrial no Brasil com o objeto do presente estudo, entende-se que, ao reconhecer os medicamentos como comercializáveis no mercado e até mesmo patenteáveis, o governo brasileiro é coerente com o conjunto de princípios que formam o sistema jurídico de direitos fundamentais.

Deve-se reconhecer, entretanto, que a Lei nº 9.279/96 não é suficiente (apesar de útil) para corrigir as falhas de mercado envolvendo as doenças negligenciadas. É preciso atentar, sobretudo, para uma falha de política pública no que diz respeito a doenças que mais afetam o país, como a *leishmaniose* e a Doença de Chagas. Estas

doenças são objeto de políticas de saúde estrategicamente pouco eficazes, como as do Plano de Ação do Ministério da Ciência e Tecnologia (2007-2010) (FERES; PROCÓPIO, 2010).

As doenças negligenciadas que atingem de forma brutal as camadas mais pobres da sociedade devem constituir uma prioridade nas pesquisas desenvolvidas tanto pelas instituições públicas quanto pelas particulares, por meio de incentivos distintos daqueles já oferecidos a outros produtos patenteáveis, em especial a reserva de investimentos em saúde para essa área.

O direito como integridade exige que se respeitem os direitos individuais de patente ao mesmo tempo em que requer uma interpretação construtiva e criativa de toda legislação existente de modo a se legitimarem políticas públicas as quais determinem uma ação direta no processo de desenvolvimento de novas drogas para doenças negligenciadas. É essencial que o poder público incentive a inovação científica e tecnológica na área de insumos à saúde no tocante a doenças negligenciadas sem ocasionar prejuízo ao direito individual de patente. O caminho está em se demonstrar ao particular o mercado público de consumo inevitável para drogas utilizadas no tratamento de doenças negligenciadas. Os custos com o desenvolvimento de vacinas e medicamentos para doenças negligenciadas podem, sim, ser recuperados, uma vez que o sistema único de saúde deve garantir o acesso de todos os necessitados ao tratamento mais eficaz. Direcionar recursos públicos para adquirir medicamentos melhores e mais modernos a fim de suprir um mercado financeiramente comprometido significa colocar em prática o princípio constitucional de garantia à saúde e ao tratamento eficaz das enfermidades.

Essas propostas, longe de configurarem lesões ao princípio da isonomia, refletem a noção de igualdade socialmente construída, ao considerar que condições sociais faticamente discriminatórias merecem intervenções discriminatórias por parte do direito.

6. Conclusão

As discussões sobre patentes, saúde e mercado são, sobretudo, discussões sobre o direito. Na tentativa de buscar respostas rápidas e prontas para questões políticas, sociais e econômicas dos dias atuais, os estudiosos do direito fundamentam suas opiniões, na maior parte das vezes, em argumentos formais e dogmáticos que não ultrapassem a barreira da interpretação legal-formalista. Esse posicionamento leva a uma aplicação incorreta do direito, tornando-o incapaz de se posicionar como ciência apta a enfrentar grandes problemas sociais da contemporaneidade. O direito como Integridade de Ronald Dworkin (2003) ressalta a importância de se considerar o direito como uma atividade de interpretação das normas e da jurisprudência pautada pela moral socialmente construída por uma comunidade. Somente com a reflexão moral sobre as normas que regulam as condutas sociais é que se torna possível verificar a coerência de um sistema normativo com os princípios que o integram.

No contexto da propriedade industrial e das doenças negligenciadas, existem posicionamentos pragmáticos que desconsideram o aparato principiológico envolvido na tutela da propriedade industrial, propondo limitações ao direito de propriedade sem um fundamento jurídico-moral válido. Da mesma forma, absorvendo ideias estritamente ligadas à eficiência econômica, surgem outros posicionamentos que ignoram a necessidade de se fornecer incentivos exclusivamente voltados para doenças dessa natureza – sem interesse farmacêutico.

É extremamente necessário estudar o direito à patente regulamentado no ordenamento brasileiro não apenas como uma série de prerrogativas concedidas a um titular, mas como um instrumento de concretização de princípios constitucionalmente consagrados, como livre iniciativa, dignidade da pessoa humana e justiça social. A aplicação desses princípios na noção de propriedade (material ou intelectual)

leva ao surgimento de uma verdadeira função social. Assim, ao analisar os diferentes aspectos sobre um regime de propriedades, deve-se levar em conta a adequação das normas positivadas com os princípios ligados a um determinado contexto social.

Neste presente trabalho, foi possível constatar que o direito à patente assim como toda a regulamentação da Lei nº 9.279/96 não configuram, *a priori*, um obstáculo ao desenvolvimento e à promoção de bem-estar social, no que diz respeito à produção e ao acesso a medicamentos. Entretanto, observa-se que essas mesmas doenças não têm sido corretamente tratadas por meio de políticas públicas, haja vista a deficiência de uma preocupação estatal positivamente discriminatória, ou seja, que privilegie recursos e ações estratégicas exclusiva ou prioritariamente para doenças dessa categoria.

Retirar a possibilidade de se patentear fármacos de doenças negligenciadas significa, além de uma violação formal de direito, uma incoerência com os princípios que regem as relações econômicas da Constituição Federal, o que, para uma visão de direito baseada na Integridade de Ronald Dworkin (2003), é inadmissível.

Referências

BARBOSA, Denis Borges. *A nova regulamentação da licença compulsória por interesse público*. [S.l.]: Denis Borges Barbosa, 2003.

Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/dohamirim.doc>>. Acesso em: 9 jul. 2010.

_____. *Bases constitucionais da propriedade intelectual*. [S.l.]: Denis Borges Barbosa, 2002a. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/bases4.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2010.

_____. *O conceito de propriedade intelectual*. [S.l.]: Denis Borges Barbosa, 2002b. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/110.doc>>. Acesso em: 9 jul. 2010.

_____. *Patentes de invenção: licenças compulsórias*. [S.l.]: Denis Borges Barbosa, 2002c. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/101.rtf>>. Acesso em: 9 jul. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.

_____. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 maio 1996. Seção 1, p. 8353.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

DRUGS FOR NEGLECTED DISEASES INITIATIVE: América Latina (DNDi). *Doenças negligenciadas: panorama*. Rio de Janeiro: DNDi América Latina, [2010?]. Disponível em: <<http://www.dndi.org.br>> Acesso em: 9 jul. 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELISSON, Sara Fisher; WOLFRAM, Catherine. *Pharmaceutical Prices and Political Activity*. Cambridge:

National Bureau of Economic Research, 2001. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w8482>>. Acesso em: 9 jul. 2010.

FERES, Marcos Vinício Chein; PROCOPIO, Murilo R. As políticas públicas e as doenças negligenciadas: análise do plano de ação para a ciência e a tecnologia a partir do Direito como Integridade. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 3648-3661. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>> Acesso em: 15 jun. 2011.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro. Forense, 1992.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION's (WIPO). *World intellectual property indicators*. Switzerland: WIPO, 2011. Disponível em: <<http://www.wipo.int/ipstats/en/>>. Acesso em: 9 ago. 2010.

O Poder de veto no ordenamento jurídico brasileiro

Rafael Vargas Hetsper

Sumário

1. Introdução. 2. O Poder de veto como peça da engrenagem do sistema de freios e contrapesos. 3. Desenvolvimento histórico do poder de veto. 4. O Poder de veto no Brasil. 5. Conclusão.

1. Introdução

Integrante do conjunto de dispositivos institucionais que compõe o *sistema de freios e contrapesos*, o qual configura a maioria dos Estados modernos fundamentados nos princípios da *teoria da separação dos poderes* elaborada por Montesquieu, o poder de veto encontra-se presente na Constituição Federal (CF) brasileira de 1988 como um dos principais poderes legislativos assegurados constitucionalmente ao chefe do poder Executivo nacional.

Com o objetivo de expor as principais minúcias do poder de veto enquanto instituto¹ *juspolítico*, bem como descrever o seu fluxo processual legislativo vigente no âmbito federal, o presente artigo versa sobre o poder de veto e o modo como ele está disciplinado na CF de 1988². Numa perspectiva

Rafael Vargas Hetsper é advogado, graduado em Direito pela Fundação Universidade Federal do Rio Grande (FURG), especialista em Sociologia e Política e mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel).

¹ Instituto porque ele constitui-se como “um conjunto de regras institucionalizadas, as quais regulam a relação entre o Executivo e o Legislativo no campo da produção de leis e, como tal, impõem constrangimentos e limites à ação dos atores em questão” (GROHMANN, 2003, p. 4).

² Embora já tenha ficado claro que o artigo versa sobre o veto do Executivo apresentado a projeto

teórico-metodológica fundamentalmente jurídica, o texto está estruturado em três seções. A primeira apresenta o conceito de veto e identifica o papel institucional que ele desempenha como um dos mecanismos do *sistema de freios e contrapesos*. A seção seguinte promove uma breve resenha da trajetória histórica do poder de veto, desde as suas mais remotas e imprecisas origens – pois variável, conforme o autor –, bem como indica os tipos desenvolvidos ao longo desse período e que foram incorporados aos diferentes ordenamentos jurídicos atualmente existentes. A terceira e última, por sua vez, está voltada à exposição do modo como ele está regulamentado no Brasil, notadamente na Constituição Federal em vigor.

de lei, é importante registrar que a expressão *poder de veto* aqui utilizada não se confunde com aquela formulada por Tsebellis (1997, 2009), a qual se refere a atores que precisam necessariamente manifestar a sua concordância (ou deixar de indicar a discordância) para que uma política pública possa ser implementada e os desdobramentos decorrentes dessa condição. Há, evidentemente, relação entre elas, pois o poder que o trabalho se propõe a estudar está contemplado pela concepção elaborada por aquele autor. No entanto, a expressão é aqui considerada em um sentido mais delimitado, a partir da concepção geral de *check and balances* inserida na *teoria dos três poderes*. Para dirimir a eventual ambiguidade, oriunda das diferenças de amplitudes entre os dois enfoques, talvez fosse recomendada a utilização da nomenclatura *veto legislativo*, tal como aplicada por Britto (1966). Contudo, neste trabalho a sugestão do autor se mostra redundante em função da consolidação do instituto como elemento incidental próprio do processo legislativo tendente à criação de leis. Sem embargo, Rodrigues (1981) e Vasconcelos (1994) empregam o termo em acepções diferentes da utilizada por Britto (1966): o primeiro usa-o para fazer referência à rejeição legislativa ao veto apostado pelo Executivo; e o segundo para se referir à resolução parlamentar sobre a conformidade da norma produzida pelo Executivo, quando do exercício da delegação de competência legislativa pelo parlamento no sistema inglês (o chamado *laying system*). Enfim, sem desconhecer um sentido mais amplo da expressão, o trabalho entende por *poder de veto* a prerrogativa do poder Executivo de negar sanção aos projetos de lei aprovados pelo Legislativo.

2. O Poder de veto como peça da engrenagem do sistema de freios e contrapesos

Em seu livro *Do Espírito das leis*³, ao teorizar normativamente sobre a forma de governo na Inglaterra, Montesquieu (1995) elaborou a *teoria da separação dos poderes*, teoria essa que viria a ser o fundamento para a maioria dos arranjos institucionais dos Estados contemporâneos.

Para o autor, o Estado era um mal necessário: ao mesmo tempo em que deveria ser forte o suficiente para garantir a ordem civil, não poderia ser tão forte ao ponto de manter o cidadão totalmente submisso a ele. Daí a necessidade de garantir prerrogativas do cidadão diante desse poder, assim como a de enfraquecer o Estado internamente, sem, no entanto, deixá-lo fraco externamente. A solução encontrada para contornar essa questão foi dividi-lo em três partes, pois a ideia era que, desse modo, ele continuaria a ser forte em seus relacionamentos externos, mas não tão forte em suas relações internas.

Após essa idealização, o Estado passou a ser concebido como uma unidade que se forma a partir de uma diversidade, ele seria a soma de três partes. Entretanto, isto não bastava para assegurar as garantias sociais, era preciso que essas partes possuíssem prerrogativas exclusivas e agissem de forma autônoma entre si. Tornava-se imprescindível que houvesse uma especialização das tarefas desempenhadas, o que fez com que cada uma delas fosse considerada um *poder*.

Acerca das especializações conferidas a cada um deles: ao poder nomeado de Legislativo caberia elaborar as leis; ao chamado Executivo, aplicar essas leis; e, ao intitulado Judiciário, julgar as lides em consonância com as leis criadas pelo Legislativo e aplicadas pelo Executivo. Esses poderes, por sua vez, deveriam apresentar uma natureza moderada, porquanto have-

³ Publicada pela primeira vez no ano de 1748.

ria uma supervisão permanente entre eles. Cada um passaria a puxar para um lado, com a mesma força que os demais – por intermédio de instrumentos de controle recíprocos –, no intuito de manter o Estado em uma posição de estabilidade e de equilíbrio institucional entre cada um dos três poderes que passariam a compor-lhe. Com isso, acabou-se por moderar o próprio Estado e, por via de consequência, as ações dele para com os cidadãos.⁴

A respeito da divisão funcional do poder estatal, Rojo (2000, p. 106, grifo do autor) afiança que ela “se refiere a la *organización de controles recíprocos*. Esta organización permite mantener un determinado equilibrio en la disposición y ejercicio del poder que una sociedad concentra en los órganos que crea para la acción del Estado”.

Pela máxima expressa no art. 2º da CF de 1988 – a qual afirma a independência e harmonia entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário –, verifica-se que o Estado brasileiro adotou o princípio da separação de poderes, pelo qual cabe a cada um deles uma função típica⁵: ao Legislativo a atividade legiferante; ao Executivo a administração pública; e ao Judiciário o exercício jurisdicional. Todavia, como o próprio Montesquieu (1995) havia indicado, a previsão de autonomia e de consonância entre os poderes, por si só, não assegura a salvaguarda aos direitos

⁴ Montesquieu não foi o primeiro a pregar a separação de poderes; antes dele, Locke (1978) já havia proposto semelhante arranjo em sua obra intitulada *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. O que de fato distingue e coloca Montesquieu em posição superior a seu antecessor é precisamente a ideia de especificação funcional das atribuições de cada um desses poderes, bem como a autolimitação estatal por meio de um controle recíproco entre os três poderes, com o objetivo de manter o Estado moderado.

⁵ Sobre esse mote, Moraes (2006, p. 389, grifo do autor) destaca que a Constituição Federal “atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo caracterizá-la com a *exclusividade absoluta*. Assim, cada um dos Poderes possui uma função *predominante*, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas”.

fundamentais e a estabilidade estatal. Por essa razão, dispõe a Carta constitucional de um mecanismo de controle mútuo entre os poderes do Estado – “um conjunto complexo de delegações cruzadas” (AMORIM NETO; TAFNER, 2002, p. 16) – que permite manter o equilíbrio entre eles. Em termos práticos, conforme se manifesta Ferraz (1994, p. 18), “cada um dos poderes tem, nas suas prerrogativas, as ‘armas’ contra os demais Poderes”.

Ao conjunto dos diversos instrumentos criados – ou importados – para esse fim, dá-se o nome de *sistema de freios e contrapesos*. De acordo com Moreira Neto (1989, p. 14), em uma perspectiva analítica do aparato constitucional brasileiro, as *interferências* entre os poderes do Estado, no que toca ao seu objeto, podem ser de quatro tipos: controle de cooperação, de fiscalização, de consentimento e de correção.⁶ O primeiro seria o “que se perfaz pela co-participação obrigatória de um Poder no exercício de função de outro” (MOREIRA NETO, 1989, p. 14); o segundo, “o que se exerce pelo desempenho de funções de vigilância, exame e sindicância dos atos de um Poder por outro” (MOREIRA NETO, 1989, p. 15); o terceiro, “o que se realiza pelo desempenho de funções atributivas de eficácia ou de exequibilidade a atos de outro Poder” (MOREIRA NETO, 1989, p. 17); e, o quarto, “o que se exerce pelo desempenho de funções atribuídas a um Poder de sustar ou desfazer atos praticados por um outro” (MOREIRA NETO, 1989, p. 18).

Para que não restem dúvidas em torno da aparente contradição que possa subsistir entre as noções de *poderes independentes e harmônicos* com a de *controles mútuos* entre esses mesmos poderes, Grohmann (2001, p. 86) é esclarecedor:

“um poder é independente quando suas prerrogativas são exclusivas, isto é, não são decididas em conjunto com outro poder. Decisão em con-

⁶ Moreira Neto (1989) não afasta a possibilidade de existência de formas combinadas de controle.

junto significa que um outro poder pode alterar a decisão do primeiro, que não haverá decisão se ambos não cooperarem de alguma forma.

O poder de checar é a capacidade de um poder controlar o outro, suas atividades e decisões. Contudo, não pode substituir ou concorrer para decidir nas funções e prerrogativas assinaladas ao outro poder. Significa a capacidade de impedir a efetividade da decisão tomada ou avaliar e punir os efeitos das decisões tomadas e efetivadas, não de formular alternativas.”

Inserido nesse catálogo de dispositivos institucionais está o poder de veto, previsto como atribuição privativa do Presidente da República (e por analogia aos seus congêneres nos planos subnacionais, governadores e prefeitos), reservada expressamente pelo art. 84, inciso V da CF.⁷

⁷ A título de informação, seguem abaixo exemplos de peças da engrenagem do sistema de freios e contrapesos presentes na CF de 1988.

Controle do Executivo sobre o Legislativo (art. 84, V): “Compete privativamente ao Presidente da República: [...] V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente”;

Controle do Executivo sobre o Judiciário (art. 101, parágrafo único): “Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”;

Controle do Legislativo sobre o Executivo (art. 49, V): “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”;

Controle do Legislativo sobre o Executivo e o Judiciário (art. 58, § 3º): “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”;

Controle do Judiciário sobre o Legislativo (art. 102, I, a): “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-

Desse modo, apreciado sob um enfoque jurídico, o *poder de veto* pode ser conceituado como a faculdade atribuída a poder diverso daquele que detém a incumbência de exercer a atividade legiferante, de obstar a transformação de um projeto de lei em lei propriamente dita. De forma mais específica, pode ser definido como “o poder que se atribui ao Executivo de impedir ou retardar a formação de lei” (RODRIGUES, 1993, p. 26), ou “o poder de desaprovação total ou parcial exercido pelo Poder Executivo sobre projeto de lei emanado do Poder Legislativo” (ISERN, 2002, p. 88). Circunscrito ao âmbito jurídico brasileiro, o instituto do veto pode ser caracterizado como a manifestação formal, exarada pelo chefe do poder Executivo, de discordância em relação a projeto de lei – *lato sensu*⁸ – aprovado no âmbito do poder Legislativo.

Sob um ponto de vista político, contudo, o *poder de veto* é um dos instrumentos pelos quais o chefe do poder Executivo pode opor-se à entrada em vigor de proposta de lei aprovada pelo Legislativo, com a intenção de efetivar e/ou preservar sua agenda de governo. Para Mainwaring e Shugart (2002, p. 50), “el veto es un Poder Legislativo reactivo, en el sentido de que permite al presidente defender el statu quo reaccionando al intento de la Legislatura por alterarlo”. Tal afirmação se conecta à problemática evidenciada por Sartori (1996, p. 173) de “como se podem fundir as ações de governo e a criação de leis sem grande perda tanto do poder executivo

-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”;

Controle do Judiciário sobre o Executivo (art. 103, § 2º, *in fine*): “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

⁸ *Lato sensu* uma vez que engloba tanto leis ordinárias e complementares quanto leis de conversão.

como do legislativo”, já que a divisão de poderes tende a garantir os mecanismos de controle estatal. Ainda segundo Sartori (1996, p. 174), “o poder de veto presidencial representa [...] sua defesa contra excessos da ação parlamentar e constitui uma característica típica do presidencialismo”, o que é corroborado por Isern (2002, p. 88), quando este fala que “o veto, como antítese da sanção, sem dúvida, objetiva coibir os excessos do Poder Legislativo, obrigando-o a reexaminar a matéria impugnada”. Mas por outro lado, se analisado sob a ótica de um Executivo dominante em relação a um Legislativo submisso no processo de criação de leis, configura-se como um poder de impedir a atividade legislativa legiferante. Essa asseveração encontra respaldo no argumento de que há, modernamente, uma tendência, por parte das democracias, de “governar por meio de leis [...]. O que implica que é impossível governar sem promulgar leis e, portanto, o apoio parlamentar é indispensável para a atividade governativa” (SARTORI, 1996, p. 173).

Por essas razões, seguindo a nomenclatura indicada por Moreira Neto (1989), pode-se dizer que o poder de veto é *juspolítico*, ou seja, consubstancia-se em um misto de jurídico e político.

3. Desenvolvimento histórico do poder de veto

Segundo Britto (1966), os mais antigos contornos institucionais do que viria a ser o *veto legislativo* encontram-se na Grécia monárquica (mais especificamente no seu modo de consulta popular), assim como no *intercessio*, no *auctoritas*, no tribunato da plebe romanos e no *liberum veto* polonês. No entanto, ele atribui o *status* de berço do instituto, nos moldes como hoje o vemos, à Inglaterra do século XV (representada por sua incipiente previsão na Magna Carta). De lá, por volta do final do século XVIII, o poder de veto alcança novos horizontes e “reaparece, sob várias formas, [...] nos Estados Unidos da América do Norte e na

Europa Continental” (ISERN, 2002, p. 71)⁹, de onde, então, ganha o mundo, carregando consigo as influências institucionais desses territórios, principalmente as norte-americanas e francesas.¹⁰

É do século XVIII também o imbricamento do poder de veto com a noção de separação dos poderes estatais. Quando da elaboração da *teoria da separação dos poderes* comentada anteriormente, Montesquieu (1995) organizou a tarefa de legislar como atribuição do poder Legislativo que, necessariamente, deveria contar com a participação do poder Executivo. Para ele, caso o poder Executivo não detivesse “o direito de vetar os empreendimentos do corpo legislativo, este último seria despótico porque, como pode atribuir a si o próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria todos os demais poderes” (MONTESQUIEU, 1995, p. 122). Como consequência, “o poder executivo [...] deve participar da legislação por meio do direito de veto, sem o que seria despojado de suas prerrogativas” (MONTESQUIEU, 1995, p. 123). Como síntese do pensamento de Montesquieu, Moya (2006, p. 32) afirma: “a fim de que exista um governo equilibrado, o ramo que tenha a faculdade de estatuir (legislar) não deve ter a faculdade de vetar; e aquele que tenha a faculdade de vetar deve estar impedido de estatuir”.

O termo *veto*, de seu turno, conquanto forjado ainda à época do tribunato da plebe (BRITTO, 1966), sempre identificou a faculdade conferida a um dos atores político-sociais de impedir ou de opor-se a uma decisão tomada por outro ator de mesma natureza, quando em disputa pelo poder político, posto que, seguindo-se o pensamento de Britto (1966, p. 7), “o veto não é mais do que uma limitação à sua

⁹ É o caso do veto parcial, estabelecido primeiramente na Constituição da Pensilvânia, em 1873.

¹⁰ Rodrigues (1993) ainda vai além. Valendo-se dos estudos arqueológicos de C. W. Ceram, identifica na civilização *hitita*, império situado à Ásia Menor, por volta de três milênios atrás, as mais longínquas raízes do poder de veto.

hegemonia”.¹¹ Desse modo, características político-institucionais à parte entre a Inglaterra do século XV e os Estados que contemporaneamente o prevêm, o *poder de veto* ainda conserva seu “caráter de participante no duelo entre os Príncipes e as Assembléias” (BRITTO, 1966, p. 12), ou, em termos atualizados, o caráter de partícipe da disputa entre Executivo e Legislativo.¹²

De volta à trajetória pela qual o poder do veto passou ao longo dos anos que separam sua origem de sua previsão atual, decorrente essa dos relacionamentos entre aqueles que criavam e aqueles que aplicavam as leis (BRITTO, 1966), tanto Britto (1966) quanto Rodrigues (1993) delimitam três configurações principais em relação à extensão do instituto.¹³

A primeira dessas conformações é o veto *absoluto*. Originária da Grécia monárquica (aproximadamente 350 a. C.) para Britto (1966), mas de estirpe hitita (por volta de 3.000 a. C.) para Rodrigues (1993), sua principal característica é a irrevogabilidade.

A segunda é o *limitado* ou *interruptivo*.¹⁴ De raiz anglo-americana (séculos XVII e XVIII), distingue-se por sua temporariedade. Enquanto o veto absoluto permite ao chefe do poder Executivo pôr termo final ao processo legislativo e impedir definitivamente a transformação de um projeto em lei, o limitado o autoriza a embargar temporariamente (até posterior deliberação

¹¹ Como restou explicitado em nota anterior, essa caracterização está correta, mas é um pouco ampla, assemelhada àquela formulada por Tsebellis (1997, 2009), razão pela qual o artigo circunscreve o poder de veto a um atributo do Executivo.

¹² Outro traço marcante do histórico do veto evidenciado por Britto (1966) é a sua transposição de detenção de um ator político-social para outro: na Grécia, passa das Assembleias para o povo; em Roma, da plebe para o Senado; já na Inglaterra, do povo para o monarca.

¹³ Guardadas as devidas preferências terminológicas dos autores.

¹⁴ É o arquétipo que molda o poder de veto brasileiro, como será detalhado na sequência.

legislativa¹⁵) a conversão da potencial lei em lei. Como se apreende, no tipo limitado é assegurado constitucionalmente ao Legislativo a oportunidade de ratificar a posição manifestada ao aprovar o projeto, o que ocorre quando do necessário exame das razões do veto. Obviamente, a decisão do Legislativo a respeito do veto – a manutenção dele ou a reafirmação da vontade parlamentar – está condicionada aos requisitos institucionais que a disciplinam, sobretudo o quórum para a votação.¹⁶

Já a terceira delas é o *translativo* ou *restitutório*. De ascendência alemã (século XX), consubstancia-se na prerrogativa de procrastinar a colocação de uma nova norma no ordenamento jurídico vigente por meio da transferência, por parte do chefe de Estado, de seu poder de veto em relação ao projeto de lei aprovado pelo Legislativo. Essa transferência, regra geral, é popular ou oligárquica (BRITTO, 1966), estando mais ligado ao veto de índole política.

Passado o foco à questão formal, duas são as maneiras pelas quais o chefe do poder Executivo pode fazer uso do seu poder de veto: tácita ou expressa. A forma tácita é vislumbrada por meio do veto de bolso (*pocket veto*) do modelo norte-americano (resultante da inação presidencial perante projeto de lei levado a sua apreciação, caracterizando-se pela postura de termo final à proposta, sem possibilidade de retorno à deliberação legislativa). A forma expressa, por sua vez, conforme sua extensão, manifesta-se por meio do veto total (*package veto*) e do veto parcial (*line item veto* ou *selective veto*).

Pela exigência do § 1º do art. 66 da CF de 1988 – de que o Presidente da República, ao efetuar o veto em determinado projeto

¹⁵ Na maioria das vezes não mais sob um quórum simples, mas, sim, sob um quórum qualificado.

¹⁶ Nesse ponto, Britto (1966) é mais detalhista do que Rodrigues (1993), visto que desdobra o veto denominado *limitado* de sua classificação em três outras formas: suspensivo, qualificado e reenvio. Aqui, porém, preferiu-se não aprofundar tais formas, por considerá-las espécies do gênero limitado.

de lei, comunique ao Presidente do Senado Federal, no prazo de 48 horas, os motivos que o levaram a desse modo proceder –, verifica-se o caráter expresso do veto brasileiro (a necessidade de manifestação positiva do Executivo). Ou seja, inexistente no Direito nacional o chamado veto de bolso.

4. O Poder de veto no Brasil

Desde a outorga da *Constituição de 1824*, o poder de veto – ou, textualmente àquela época, a recusa do Imperador de “prestar seu consentimento” (art. 64 da Constituição de 1824) – já se fazia presente no arcabouço jurídico brasileiro. Todavia a denominação do instituto e a sua previsão no formato parcial só apareceram em 1926, com a reforma constitucional da *Constituição de 1891*. Nenhuma dessas duas alterações, contudo, era novidade: o veto já era assim chamado pela literatura especializada desde o tempo do Império. Quanto ao veto parcial, este já era previsto em alguns estados-membros (RODRIGUES, 1981).

Apesar de ter sofrido uma série de alterações em seu arranjo institucional nas Cartas Magnas que se seguiram (1934, 1937, 1946, 1967, 1988) – com evoluções e retrocessos¹⁷ –, o poder de veto se manteve presente em todas elas.

Em se tratando de referências normativas, Rodrigues (1981) diz que as influências da Carta Imperial eram francesas. Foi somente com a passagem de Império para República que essas passaram a ser norte-americanas, nascedouro do presidencialismo contemporâneo e maior inspiração para o arranjo institucional brasileiro hodierno.

Na vigência da CF de 1988, a qual serve simultaneamente de base e de limitação às legislações subalternas relativas ao tema,

¹⁷ Exemplificativamente, se, por um lado, a Emenda Constitucional nº 17 de 1965 aprimorou o veto parcial ao especificar os elementos textuais passíveis de sua incidência; por outro, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 suprimiu, até a superveniência da CF de 1988, essas mesmas limitações formais que o cingiam a frações individuais da lei.

o poder de veto encontra seu regramento máximo no Título IV (Da organização dos poderes) do Capítulo I (Do poder Legislativo) da Seção VIII (Do processo legislativo) da Subseção III (Das leis), mais precisamente no art. 66.

Pela observância da localização do artigo relativo ao poder de veto no texto constitucional, vê-se a relação direta existente entre esse e o processo legislativo: o âmbito por excelência do veto é o processo legislativo.¹⁸ Segundo Moraes (2006), igualmente ao que ocorre com o veto, a definição do que vem a ser o *processo legislativo* apresenta uma dicotomia classificatória: jurídica e sociológica. Enquanto pela perspectiva jurídica ele é definido como o “conjunto coordenado de disposições que disciplinam o procedimento a ser obedecido pelos órgãos competentes na produção de leis e atos normativos que derivam diretamente da própria constituição” (MORAES, 2006, p. 599), pelo prisma sociológico ele é qualificado “como o conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercitarem suas tarefas” (MORAES, 2006, p. 599).

Além disso, não obstante seja o poder de veto uma atribuição legislativa assegurada ao chefe do poder Executivo¹⁹ de interferir na função de criação das leis, essa interferência não é ilimitada nem discricionária. Pelo contrário, ela encontra demarcações formais e materiais para o seu exercício, isso porque: formalmente o veto só pode abranger a totalidade do projeto ou a inte-

¹⁸ Conforme preceitua o art. 59 da CF de 1988, a terminologia processo legislativo abrange os processos de elaboração de: “I – emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções”.

¹⁹ Malgrado ainda haver uma discussão nos meios jurídicos e acadêmicos em torno da definição da natureza jurídica do veto, se executiva ou legislativa, optou-se pela corrente que o considera como uma atribuição legislativa. Entre outros, podem ser agrupados: Britto (1966) e Cunha (1981) do lado partidário do caráter legislativo do veto; e Rodrigues (1981) e Isern (2002) do lado defensor do caráter executivo do instituto.

gralidade de unidades de articulação legais; e materialmente só pode ser aposto mediante a devida fundamentação de suas razões.

Para esmiuçar o instituto do veto no Brasil, deve-se, primeiramente, distingui-lo quanto a sua abrangência. Ele pode ser classificado em total ou parcial: a manifestação é total quando o projeto de lei é considerado na íntegra inconstitucional e/ou contrário ao interesse público; e parcial quando a contrariedade apontada cinge tão somente a integralidade de artigo, parágrafo, inciso ou alínea do projeto apresentado (art. 66, § 2º, CF de 1988). Não pode, porém, a parcialidade recair sobre elementos textuais específicos, tais como frases e palavras, tendo em vista que o veto não serve para alterar a vontade legislativa expressa originalmente (TAVARES, 2003). Ademais, o caráter do veto parcial é negativo, o chefe do Executivo pode tão somente suprimir texto do projeto de lei, nunca podendo efetuar alteração de natureza positiva, ou seja, acrescentar algo ao texto.

A principal vantagem de se contar com a previsão da modalidade parcial do poder de veto é que o chefe do Executivo não fica adstrito a duas opções diametralmente opostas: sancionar ou vetar totalmente o projeto de lei, pois há a faculdade de retirar determinadas partes específicas do projeto, sem ter de se posicionar totalmente contrário à vontade legislativa – manifestada quando da propositura do projeto ou da oposição de emendas –, nem procrastinar ainda mais, em certas situações, o disciplinamento jurídico de determinados assuntos emergenciais que se encontram desprovidos de regulação estatal.

Conforme relata Ferreira Filho (2007), o fator preponderante para a adoção nacional do poder de veto parcial foi a necessidade de contenção da introdução de emendas legislativas, sobretudo incidentes nos projetos de lei orçamentária (as chamadas *caudas* ou *riders*), as quais se consubstanciavam em “disposições que, nada tendo que

ver com a matéria regulada no projeto, são nele enxertadas para que o Presidente tenha de aceitá-las, se não quiser fulminar todo o projeto” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 198-199). Ironicamente, porém, após ser institucionalizado, o veto parcial necessitou ter seu alcance refinado em função de uma inversão comportamental dos atores políticos. Em sentido contrário aos parlamentares, que procediam a inserções maliciosas nas proposições legislativas, o chefe do poder Executivo passou a retirar indiscriminadamente elementos textuais dos projetos de lei a ele submetidos, o que, em algumas situações, desnaturava toda a ideia principal do projeto aprovado pelo Legislativo.

Quanto à questão motivacional, as razões de veto restringem-se à invocação de inconstitucionalidade e/ou contrariedade ao interesse público. São elas, por conseguinte, de duas dimensões: uma jurídica e outra política.

A primeira das dimensões, a da inconstitucionalidade – ou da juridicidade –, pode ser acionada por meio de dois tipos de contrariedades normativas: formais e/ou materiais. O aspecto formal guarda relação com o cumprimento do conjunto de regras que rege o processo legislativo; com a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis; e com a correta competência para a postulação dos projetos de lei conforme o seu conteúdo. Ele se manifesta, portanto, “quando as normas inferiores são produzidas em desconformidade com o processo legalmente previsto para a sua formação” (ISERN, 2002, p. 19). O aspecto material, por sua vez, mantém correlação com o mérito propriamente dito da proposta de nova lei e a verificação da sua adequação com a ordem jurídica vigente, funcionando como uma instância de controle de constitucionalidade prévio das leis.²⁰ Ele

²⁰ A etapa de controle de constitucionalidade preventivo das leis, ou, melhor dizendo, “o método pelo qual se previne a introdução de uma norma inconstitucional no ordenamento, [o qual] ocorre

expressa-se, conseqüentemente, “quando a norma inferior contraria, substancialmente, princípio, comando ou preceito constitucional” (ISERN, 2002, p. 19).

A segunda das dimensões, a da contrariedade ao interesse público – ou da *inoprotunidade* (BRITTO, 1966) –, está vinculada a um juízo de valor subjetivo por parte do Executivo, dos prós e dos contras em relação aos efeitos que a proposta de lei a ser aprovada pode surtir quando vigente, não havendo parâmetros normativos para nortear sua deliberação.

Como não há nenhum impeditivo normativo para que um veto seja fundamentado tanto em razões de natureza constitucional quanto de conveniência política, três acabam sendo as motivações possíveis para a fundamentação do veto do Executivo: por inconstitucionalidade, por contrariedade ao interesse público, ou por ambas.

No atual sistema legal brasileiro, uma vez cumprido todo o trâmite legislativo, o projeto de lei aprovado pelo Legislativo (também chamado de autógrafo) é encaminhado ao Executivo para que o Presidente o analise e decida se o sanciona ou se o veta. O prazo para tanto é de 15 dias úteis (a contar da data de seu recebimento), e o silêncio presidencial nesse período indica sanção tácita ao projeto (art. 66, § 3º, CF de 1988). Após a emissão do veto, deve o Presidente da República notificar o Presidente do Senado Federal, no prazo de 48 horas, acerca das razões que fundaram sua decisão.²¹

É em face dessa dupla exigência constitucional que Ferreira Filho (2007) diz decorrer do veto um caráter composto. Para ele, o veto

antes ou durante o processo legislativo” (ISERN, 2002, p. 65), comporta duas fases: primeiramente por meio das Comissões de Constituição e Justiça das casas legislativas, quando da instrução processual; e, secundariamente, como supracitadamente referido, por meio do veto do Executivo.

²¹ Depois de emitido o veto, não há possibilidade de retratação.

“compreende [...] dois atos, a manifestação de vontade negativa – a discordância – e a comunicação fundamentada. Assim, aquela, dentro da quinzena, impede a sanção tácita do projeto, mas, somente conjugada com esta, aperfeiçoa o veto, o que deve ocorrer nas quarenta e oito horas seguintes à quinzena. Desse modo, se não houver tempestivamente essa comunicação, o veto não se aperfeiçoou e sancionado estará o projeto” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 201).

Indo ao encontro desse argumento, Britto (1966, p. 39) entende que “a justificativa escrita decorre de imposição legal, sem a qual as Câmaras devem desconhecer o ato do Presidente”.

O fato é que, ao receber o veto do Executivo, seja ele total ou parcial, o projeto de lei aprovado retorna ao poder Legislativo para nova deliberação. Entretanto, nesse retorno, não se discute mais o conteúdo do projeto, mas unicamente os fundamentos do veto sofrido, logo, o que é decidido é a sua manutenção ou a sua derrubada por meio da análise das razões alegadas. Se o veto em questão for do tipo parcial, somente o elemento vetado regressa ao Legislativo, pois os demais dispositivos de pronto recebem a sanção executiva.²²

Ao Congresso Nacional é garantido o prazo de 30 dias (a contar do recebimento do veto) para apreciá-lo em sessão conjunta.²³ Para que ele seja rejeitado, a CF de 1988 (art. 66, § 4º) exige a adesão, em votação secreta, da maioria absoluta dos membros do Legislativo – contados separadamente em cada Casa (Câmara dos Deputados e Senado Federal).²⁴ Ao analisar esse quesito,

²² Por revestir-se de característica política, o veto é insuscetível de apreciação judicial.

²³ Art. 66, § 6º, da CF de 1988: “Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final”.

²⁴ Na situação atual: 257 votos de deputados federais e 41 de senadores.

Mainwaring (2002, p. 70-71) observa que ele é vantajoso ao Presidente, pois faz com que as ausências ou as abstenções contem a favor do Executivo e aumentem o custo para aqueles que pretendem rejeitar o veto, os quais devem não só convencer os colegas a votarem contra o Executivo, como mobilizá-los para comparecer à sessão. Na prática, portanto, dos três comportamentos possíveis (favorável, contrário e abstenção/ausência), dois beneficiam a vontade do Executivo.

Ao contrário da manutenção, que se opera quando os motivos exarados pelo Executivo são acatados pelo Legislativo, a derrubada se processa quando o veto ao projeto de lei é rejeitado. Nesses casos, o projeto de lei²⁵ é remetido novamente ao Presidente, só que agora não mais para aquiescência, e sim para promulgação (art. 66, § 5º, CF de 1988). Superado o veto parcial, a parte vetada passa novamente a integrar a lei na qual ela diz respeito, conjugando ambas as mesmas regras no que diz respeito à vigência.

Especificamente em relação a esse ponto, interessante é o questionamento sobre a faculdade de o Congresso Nacional rejeitar parcialmente o veto do Executivo. A essa pergunta retórica, Ferreira Filho (2007, p. 200) responde que, no que toca ao veto parcial, “a apreciação das disposições vetadas há de ser fragmentária e nada obsta que o Congresso acolha as objeções contra frações do projeto e recuse outras”. Por outro lado, atinente ao veto total (apesar de a resposta ao problema já não ser tão evidente, haja vista a carência de discussões e, conseqüentemente, de argumentos sobre esse aspecto processual do veto), o mesmo autor também entende ser possível, pois “havendo a possibilidade de veto parcial, o veto total equivale à recusa de

cada disposição do projeto” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 202); como consequência “nada obsta logicamente que o Congresso reaprecie cada disposição do projeto *de per si*, ratificando umas, rejeitando outras” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 202). Sobre esse mesmo mote, defendendo igualmente o ponto de vista de Ferreira Filho (2007), só que de forma mais genérica, Britto (1966) entende que, por ter o parlamento soberania para decidir, pode ele superar o veto total tanto em sua integralidade quanto em sua parcialidade.

A alternativa que se contrapõe ao veto é a sanção. Tal medida significa a identificação dos interesses entre Legislativo e Executivo, e, regra geral, é por sua incidência que o projeto de lei transforma-se em lei de fato e de direito. Diferentemente do veto, que só se materializa por meio de uma manifestação de vontade formal expressa, a sanção pode ser tanto expressa quanto tácita: ela é expressa quando o Presidente aquiesce com o projeto de lei lhe enviado à deliberação pelo Legislativo, e tácita quando o Presidente não se manifesta sobre o projeto de lei que foi a ele remetido no prazo constitucional de 15 dias úteis, os quais são contados da data de recebimento (art. 66, § 3º, da CF de 1988).

Por ser a sanção, juntamente com o veto, uma das duas possibilidades de manifestação do Presidente quando da etapa do processo legislativo que lhe compete deliberar, em não sendo essa efetuada no momento oportuno, está prescrita a possibilidade de confirmação do projeto de lei aprovado no Legislativo por parte do chefe do Executivo. Mesmo que o Congresso Nacional delibere em reunião conjunta pela superação do veto, o destino processual da nova lei é a imediata promulgação, consoante prescreve o art. 66, §§ 5º e 7º, da CF de 1988.²⁶

²⁵ Isern (2002) diz ser equivocado o emprego da expressão *projeto de lei* no § 5º do art. 66 do texto constitucional. Seu argumento é de que “o que se promulga é a lei e não o seu projeto, como pretende o dispositivo referido” (ISERN, 2002, p. 83).

²⁶ No art. 66, § 5º, verifica-se que, “se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República”. Na mesma medida, no § 7º, que, “se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos

5. Conclusão

Com a intenção de caracterizar o poder de veto em sentido amplo, com vistas a evidenciar a sua natureza dual (misto de jurídico e político) e o seu regramento atualmente vigente no Brasil, o presente artigo apresentou seus conceitos e enfatizou o papel por ele desempenhado como um dos elementos do *sistema de freios e contrapesos* no Estado moderno, o qual tem como função precípua a estabilidade dos sistemas de governo fundados nos princípios da *teoria da separação dos poderes* concebida por Montesquieu em meados do século XVIII. Na mesma medida, indicou alguns elementos relativos à trajetória histórica do veto e distinguiu os seus tipos, ainda que não existentes no modelo brasileiro. Fundamentalmente, a complexificação das relações sociais ao longo do tempo promoveu o aperfeiçoamento do instituto conforme as necessidades e os interesses particulares de cada Estado, o que gerou a multiplicação das maneiras pelas quais o seu detentor poderia fazer uso dessa prerrogativa institucional. Demais, o trabalho buscou detalhar o modo como o poder de veto está presentemente disciplinado no ordenamento jurídico nacional, para isso amparando-se na CF de 1988. Basicamente, a forma prevista é a expressa, nos tipos total ou parcial, por razões de inconstitucionalidade e/ou contrariedade ao interesse público. Em relação aos termos, os prazos do Executivo são de 15 dias úteis para a análise do projeto de lei e 48 horas para a comunicação do veto ao Legislativo. Da parte do Legislativo, por sua vez, o prazo para reflexão sobre razões de veto advindas do Executivo é de 30 dias, sendo que a sua apreciação ocorre sob a forma secreta, na qual o quórum para a derrubada é a maioria absoluta.

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”.

Referências

AMORIM NETO, Octavio; TAFNER, Paulo. Governos de coalizão e mecanismos de alarme de incêndio no controle legislativo das medidas provisórias. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 1, p. 5-38, 2002.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum*: acadêmico de direito. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 9 jun. 2011.

_____. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 9 jun. 2011.

_____. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 9 jun. 2011.

_____. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, de 24 de janeiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 9 jun. 2011.

_____. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 9 jun. 2011.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 9 jun. 2011.

BRITTO, Luiz Navarro de. *O Veto Legislativo: estudo comparado*. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Exteriores, 1966.

CUNHA, Therezinha Lucia Ferreira. Veto e técnica legislativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 18, n. 72, p. 59-80, out./dez. 1981.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GROHMANN, Luis Gustavo Mello. O processo legislativo no Rio Grande do Sul: 1995 a 1998. In: SANTOS,

- Fabiano (Org.). *O Poder Legislativo nos estados: diversidade e convergência*. Rio de Janeiro: FVG, 2001.
- _____. *O Veto presidencial no Brasil: 1946-1964 e 1990-2000*. 2003. 253f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.
- ISERN, Luiz Francisco. *Controle de constitucionalidade por meio do veto municipal*. São Paulo: Método, 2002.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1978.
- MAINWARING, Scott. Pluripartidismo, federalismo fuerte y presidencialismo en Brasil. In: _____; SHUGART, Matthew (Org.). *Presidencialismo y democracia en América Latina*. Buenos Aires: Paidós, 2002.
- _____; SHUGART, Matthew. Presidencialismo y democracia en América Latina: revisión de los términos Del debate. In: _____. *Presidencialismo y democracia en América Latina*. Buenos Aires: Paidós, 2002.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do Espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. 2. ed. rev. Brasília: UnB, 1995.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre Poderes do Estado: Fricções entre o Executivo e o Legislativo na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 26, n. 103, p. 5-26, jul./set. 1989.
- MOYA, Mauricio Assumpção. *Executivo versus Legislativo: os vetos presidenciais no Brasil de 1988 a 2000*. 2006. 169f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- RODRIGUES, Ernesto. *O Veto no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. *O Veto no Direito Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- ROJO, Raúl Enrique. La justicia en la democracia. *Sociologías*, Porto Alegre, n. 3, p. 94-127, 2000.
- SARTORI, Giovanni. *Engenharia Constitucional: como mudam as constituições*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1996.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas*. Tradução de Micheline Christophe. Rio de Janeiro: FGV, 2009.
- _____. Processo decisório em sistemas políticos: *veto players* no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 89-117, 1997.
- VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *A separação dos poderes na Constituição Americana: do veto legislativo ao Executivo unitário: a crise regulatória*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

Os desafios da implementação da nova Lei de Acesso à Informação – Lei 12.527/11

Eneida Bastos Paes

Sumário

Introdução. 1. Direito e políticas públicas: conceitos e ferramentas de trabalho. 2. A importância do direito de acesso à informação nos “Estados democráticos modernos”. 3. Da necessidade de leis infraconstitucionais para a garantia do direito de acesso. 4. Fundamentos jurídico-sociais e fases de uma política pública. 5. A fase de implementação de uma política pública e suas circunstâncias. 6. A importância da burocracia na implementação das políticas públicas. Conclusão.

Introdução

A nova Lei de Acesso à Informação é essencial para melhorar as condições de acesso às informações governamentais no Brasil; contudo, pelas características sociais e políticas, o direito de acesso à informação tenderá a permanecer incompleto enquanto não for incorporado a uma política pública capaz de traduzir esse direito em um conjunto de ações que garantam o efetivo acesso à informação.

Creio que é necessário entender a dinâmica entre legislações que estabelecem direitos sociais e as políticas públicas que buscam garantir esses direitos. Essa dinâmica faz com que muitas políticas públicas desenhadas pelo texto constitucional permaneçam apenas como um conjunto de intenções.

Para melhor entender o assunto, o presente artigo foi organizado da seguinte forma.

Eneida Bastos Paes é Mestranda em Direito e Políticas Públicas no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Especialista em Vigilância Sanitária e Monitoramento de Mercado – UNB. Graduada em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP. Coordenadora do Núcleo de Elaboração Normativa e Acordos da Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União.

Primeiro busco construir o problema de acesso à informação e apresento as bases teóricas sobre as quais o tema se sustenta. Depois são apresentados os conceitos de política pública, focando principalmente na questão da implementação. Por fim, são apresentados todos os obstáculos que podem surgir na operacionalização de uma política pública. Esses obstáculos têm como efeito, em muitos casos, a atenuação ou mesmo a completa ineficácia das intenções iniciais do legislador ao criar uma determinada lei.

1. Direito e políticas públicas: conceitos e ferramentas de trabalho

O diálogo entre direito e políticas públicas pode ser uma oportunidade para entender as relações complexas que se estabelecem entre essas duas áreas de conhecimento.

Uma análise que levasse “em consideração a perspectiva jurídica seria limitada e insuficiente para compreender a riqueza e diversidade das variáveis que compõem o universo do fenômeno estatal nas suas relações” com o mundo social. Existe uma complementaridade entre as duas ciências: “a política pública integra adequadamente a dimensão jurídica e esta se auxilia dos insumos que as análises de política pública lhe provêm” (SARAIVA, 2006, p. 27).

Por outro lado, dificilmente alguém discordaria do jurista Eduardo Appio (apud BUCCI, 2006, p. 33), para o qual “um governo de juízes seria de todo lamentável, não pelo simples fato de que não tenham sido eleitos para gerirem a máquina administrativa ou para inovarem no ordenamento jurídico, mas pela simples razão de que não detêm mandato fixo”. Entretanto, também é verdade que nenhum governante, dentro de um Estado de Direito, consegue governar sem considerar o poder judiciário.

Poderia afirmar que a problemática entre direito e políticas públicas pode ser caracterizada pela insistência dos repre-

sentantes eleitos em descumprir o que está constitucionalmente determinado, seja por “falta de vontade política”, seja por desconhecimento da lei, seja pela falta de capacidade administrativa. Essa constatação é tão correta quanto ingênua e não ajuda a avançar no entendimento da problemática entre direito e políticas públicas. Não que ela esteja errada, é como dizer que o problema da pobreza é a falta de dinheiro. Não está errado, porém não explica muita coisa.

Poderia afirmar que o problema está na imperfeição das leis: seja porque existem imperfeições entre os fins propostos de uma política pública e o conjunto de instrumentos jurídicos e existentes para atingir esses fins, seja porque existe uma ausência de regras que viabilizem os fins propostos numa política pública. Essas constatações, embora estejam corretas, também não são suficientes para entender a problemática.

De fato, no caso específico da lei de acesso, a ausência de uma regulamentação completa do inciso XXXIII do art. 5º é, em parte, responsável pela carência desse direito. Entretanto, isso não significa que o estabelecimento de uma nova lei conseguirá garantir o direito de acesso, já que a garantia desse direito depende de um conjunto de políticas públicas que traduziriam esse direito num conjunto de normas, procedimentos e rotinas administrativas a serem seguidos pelo gestor e pela burocracia estatal.

A base de qualquer ação estatal, dentro dos “Estados democráticos modernos”, é o direito, a lei. O direito de acesso às informações governamentais é essencial ao funcionamento dos Estados.

2. A importância do direito de acesso à informação nos “Estados democráticos modernos”

É indiscutível a importância do direito de acesso à informação nos “Estados democráticos modernos”. Esse direito é fundamental para diminuir a assimetria

de informação entre o cidadão e seus representantes eleitos.

Os “Estados democráticos modernos” fazem da observância às normas jurídicas abstratas e impessoais e do respeito aos direitos dos outros o fundamento básico da convivência social (SARAIVA, 2006). Em contraste com as formas tradicionais e carismáticas de dominação, um “Estado democrático” terá seu poder originário em leis, num corpo jurídico específico.

Esse poder originário não se identifica, ou pelo menos não deveria se identificar, com nenhuma pessoa ou classe. A impessoalidade é garantida, ou pelo menos deveria ser garantida, entre outros fatores, pela existência de um corpo de funcionários profissionais e dissociados dos conflitos políticos pelo exercício do poder político: a burocracia.

Entretanto, quando falo em “Estados democráticos modernos”, estou me referindo a um conjunto bastante diverso de países; o próprio conceito de Estado sendo visto como uma contingência histórica, conforme assevera Ernst Wolfgang Boeckenfoerde (apud SCHIERA, 1986, p. 425).

O conceito de “Estado” não é um conceito universal, mas serve apenas para indicar e descrever uma forma de ordenamento político surgida na Europa a partir do século XIII até os fins do século XVIII ou início do XIX, na base de pressupostos e motivos específicos da história europeia e que após esse período se estendeu – libertando-se, de certa maneira, das suas condições originais e concretas de nascimento – a todo mundo civilizado.

Assim, a visão de Estado deve se afastar do formalismo que por vezes o define como um todo orgânico e que existe independentemente das condições sociais e históricas. Se de fato existe um Estado, ele existe mais como um “tipo ideal” (dentro do conceito de “tipos ideais” propostos por Weber)¹.

¹ Para Weber (1981), a realidade se constitui num emaranhado infinito de acontecimentos, impossíveis de serem descritos, ou analisados, como um todo. O tipo ideal é obtido acentuando-se unilateralmente

O que mais se aproxima desse tipo ideal são os chamados “Estados ocidentais”: um conjunto de países europeus cuja filosofia política e forma de organização se tornou dominante, pelo menos como ideia, na maior parte do mundo². Entretanto, como lembra Badie (1989, p. 148), nesse processo, as ideias foram sendo adaptadas as condições locais de cada país:

“As idéias de Estado, de nação, de democracia, de soberania popular circulam ao redor do mundo e deixam suas marcas nas culturas das sociedades que as recebem. Ao mesmo tempo, as importações estão longe de serem passivas: uma das principais propriedades das culturas é sua alta capacidade de inovação, que se adapta a ambientes diferenciados e novos desafios, e também sua capacidade de reinterpretar a influências culturais importadas. Na maioria das vezes, as palavras permanecem, mas remetem de fato para realidades profundamente diferentes. Estado e democracia, por exemplo, no mundo islâmico adquirem um significado não somente original, mas que muitas vezes são contraditórios com significado adquiridos no ocidente”³.

diversos aspectos da realidade. A construção desses tipos ideais tem como único propósito a ordenação da realidade, de forma provisória e artificial. A expressão ideal sublinha precisamente o fato básico de que os tipos sociológicos só existem no plano de ideias, não na realidade. Eles servem como um metro e auxiliam o pesquisador no seu trabalho.

² A obra de Badie (2000) é uma referência importante nessa discussão, principalmente seu livro “O Estado Importado”.

³ “Les idées d’Etat, de nation, de démocratie, de souveraineté populaire circulent de par le monde et marquent de leur empreinte les cultures des sociétés réceptrices. Mais en même temps, ces importations sont loin d’être passives: une des principales propriétés des cultures est leur fort capacité d’innovation qui suppose notamment l’adaptation à des environnements et des enjeu nouveaux, mais aussi la réinterprétation des traits culturels importés. Les plus souvent, les mots subsistent pour renvoyer, en fait, à des réalités profondément différentes, Etat et démocratie reconstituant, par exemple, en monde islamique, des

Impossível ler Badie e não se recordar da famosa passagem de Sérgio Buarque de Holanda, em *Raízes do Brasil*, quando ressalta, justamente, o caráter importado de nossas instituições:

“Trouxemos de terras estranhas um sistema complexo e acabado de preceitos, sem saber até que ponto se ajustam às condições de vida brasileira e sem cogitar das mudanças que tais condições lhe imporiam. Na verdade, a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se naturalizou entre nós. (...) A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos e privilégios” (HOLANDA, 1995, p. 160, grifo nosso).

Para fins do meu trabalho, entendo Estado como uma comunidade organizada politicamente, ocupando um território definido e dirigida por um governo, que possui soberania reconhecida internamente e por outros países⁴.

Trata-se de uma forma de “dominação legítima”, no sentido de que está baseada no consenso, na aceitação de um determinado princípio de legitimação (WEBER, 1963). Nos “Estados democráticos modernos”, a legitimidade dessa forma de dominação tem sua fonte num mandato oriundo do voto. Os antigos “súditos” do Estado são agora cidadãos que entregam o poder de decisão da coisa pública a um conjunto

significations non seulement originales, mais bien souvent antithétiques de celles qu’elles revêtent en Occident” (BADIE, 1986, p. 148).

⁴Para além dessa definição mais jurídica, o Estado também é visto como uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território – traduzindo livremente o célebre conceito de Max Weber (1993): “El Estado es aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio – el concepto del ‘territorio’ es esencial a la definición – reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima”.

de representantes eleitos, num processo democrático.

Trata-se também de um Estado legal, baseado em esquemas abstratos de regras e procedimentos, no qual “a passagem da esfera da legitimidade para a esfera da legalidade” surgiu como estabelecimento do direito, conjunto abstrato de regras e procedimentos que dão suporte ao chamado Estado de direito. Ao mesmo tempo, é um Estado fundado sobre a liberdade política e “sobre a igualdade de participação” dos cidadãos, e não mais súditos, no exercício do poder (SCHIERA, 1986, p. 430).

A participação ampla no processo decisório da “*polis*”, a democracia, é também vista em termos de um tipo ideal, já que nesses “Estados democráticos modernos” o grau de liberdade de escolha e participação dos cidadãos é submetido a uma série de limitações, sejam econômicas, sejam sociais. Por esse motivo, alguns autores de ciência política preferem utilizar o termo “poliarquia” em vez de democracia para se referirem a esses regimes. A poliarquia seria usada para definir os regimes nos quais existe uma disputa aberta pelo poder entre os grupos, “ampla” participação do conjunto de cidadãos (DAHL, 1997).

É claro que o direito a “ampla” participação existe dentro de certos limites. Em condições normais, como lembra Weber (1963), a política exclui a participação direta de empresários e trabalhadores. São as organizações desses dois grupos que fazem a intermediação de interesses. O objetivo desses grupos pode ou não coincidir com os seus supostos representados, e o objetivo das lutas partidárias é o controle de cargos. Conforme já constatava esse autor, no início do século passado, alguns partidos se transformaram em simples organizações de controle de cargos, distribuindo empregos e modificando seu programa de acordo com a possibilidade de conseguir mais votos.

Os programas partidários, por sua vez, seriam “embalados” e colocados no “mercado de bens políticos”. Na visão pluralista

de Schumpeter⁵ (1951), os problemas levantados nos programas partidários não seriam decididos nem levantados pelo cidadão. Os problemas são decididos e levantados para ele. Os eleitores não decidiriam diante dos problemas; seriam os políticos que tomariam as decisões diante dos problemas, após fazer uma seleção, considerando certos problemas e deixando outros de fora e, ainda, tendo de antemão uma série de opiniões particulares a respeito desses problemas.

Trata-se, portanto, de democracias cujo modelo de funcionamento em muito difere da *polis* grega, que, aliás, tinha de fato uma participação política bastante reduzida, já que excluía mulheres, escravos, entre outros grupos, restando assim um contingente de não mais do que 10% da população que podia exercer o poder político e participar da vida da *polis*. O próprio tamanho daquele tipo de agrupamento político mostra que aquela democracia dificilmente seria viável nos Estados democráticos modernos.

Como já mostrava Weber, no início do século XX, o exercício da política nos Estados democráticos modernos era uma atividade que tendia à especialização e à profissionalização. Certamente, esse quadro, nas últimas décadas, tende a uma especialização cada vez maior.

Ao lado dos profissionais do campo político que procuram fazer valer a visão mais conforme aos seus interesses, cumpre incluir toda uma série de grupos com interesses específicos, como os jornalistas, especialistas em “opinião pública” dos institutos de pesquisas e “cientistas” de todo tipo, politólogos e ensaístas, cujos comentários pretendem conter e pressupor o “distanciamento” propiciado pela reflexão. (...) As questões que os políticos se colocam, e que são simplesmente as questões que os jornalistas formulam aos políticos em nome da “opinião”, são frequentemente as mesmas que os institutos de pesquisa formulam ao público a pedido de seus clientes, jornais e

⁵ O pluralismo é a reformulação do utilitarismo no contexto da moderna economia industrial.

partidos políticos, interessados nos índices de “opinião” e sobretudo na valorização pública desses índices, meio de vencer na luta contra os concorrentes (PINTO, 2000, p. 173).

Trata-se, assim, da crescente especialização e diferenciação dessas sociedades, conforme já foi assinalado por Durkheim, Bourdieu, Habermas e outros (MARTUCCELLI, 1999).

Bourdieu, para explicar o funcionamento das sociedades modernas, irá utilizar o conceito de campo (BOURDIEU, 1983; 1990; 1996). Define o campo como sendo o produto entre agentes (atores sociais) portadores de um *habitus* (conjunto de disposições duráveis) e um espaço social no qual esses agentes se encontram. Esse espaço é descrito pelo autor nos seguintes termos:

“[...] um campo de forças, cuja necessidade se impõe aos agentes que nele se encontram envolvidos, e como um campo de lutas, no interior do qual os agentes se enfrentam, com meios e fins diferenciados conforme sua posição na estrutura do campo de forças, contribuindo assim para a conservação ou transformação da estrutura” (BOURDIEU, 1996, p. 50).

O importante a ressaltar é que existe uma separação cada vez maior entre o cidadão e as estruturas sociais. Cada campo, funcionando na sua própria lógica, acaba por trazer uma “opinião pública” que é resultado não da escolha do eleitor, mas antes das disputas travadas em seu nome.

O acesso à informação, a liberdade de expressão e o princípio da transparência aparecem como oportunidade de os cidadãos recuperarem um pouco de sua autonomia. As novas tecnologias de informação, como a internet, talvez possibilitem a formação de novos consensos fora dessas tradicionais fontes de formação da opinião.⁶

⁶ O controle e manipulação da informação pelo Estado não é algo que acontece somente nos Estados autoritários, como era o caso da antiga União Soviética ou na China. As formas de controle da informação e vigilância que existiam no antigo Estado soviético em nada se comparam ao controle e vigilância existentes

O direito à informação sobre os assuntos do Estado aparece, assim, como uma forma de o cidadão entender o funcionamento do Estado e participar da execução de suas políticas, fiscalizando-as. Visa ainda a legislação sobre acesso à informação proteger a informação governamental de destruição e manipulações indevidas. Devido à posição monopolista⁷ do Estado na guarda e armazenamento de determinadas informações, somente uma legislação adequada, aliada a uma política pública efetiva, garantirá o acesso à informação.

3. Da necessidade de leis infraconstitucionais para a garantia do direito de acesso

“Jaz conseqüentemente a Administração Pública debaixo da legislação que deve enunciar e determinar a regra de Direito” (LIMA, 1964).

Em todos os Estados Modernos, a Administração está vinculada à regra de direito. Historicamente decorre do princípio da separação dos poderes, de um lado, e, de outro lado, da concepção da lei como “expressão da vontade geral” (RIVERO, 1981).

O princípio da legalidade, como pode ser entendido a partir da Constituição Federal (arts. 37 e 5º, II), prescreve que à Administração Pública somente é permitido agir por imposição ou autorização legal. Ou seja, inexistindo lei, não haverá atuação administrativa legítima.

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamen-

tos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (MEIRELLES, 1991, p. 78).

Pela ideia corrente de aplicação do princípio da legalidade, bastante difundido nos termos descritos acima por Hely Lopes Meirelles, parece que esse princípio vem para acudir exclusivamente o cidadão e vincula a administração à “lei” propriamente dita.

“A Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. No princípio da legalidade, trata-se de uma relação de subordinação para com a lei. Pois se assim não o fosse, poderiam as autoridades administrativas impor obrigações e proibições aos administrados, independente de lei” (IURCONVITE, 2006).

É certo que o princípio da legalidade serve ao propósito de limitação dos poderes da Administração Pública e do administrador público. Serve para dar mais “segurança” às relações entre administrador e administrado, garantindo que qualquer alteração das regras seria precedida da elaboração de uma norma. A aplicação do princípio da legalidade impediria que, em decorrência das mudanças políticas ocorridas na esfera administrativa, fossem afetados os direitos do administrado, de um modo oculto e pessoal – modificando as regras que regem essa relação em desfavor do cidadão.

As regras que vinculam o administrador, a burocracia estatal, não são só as expressas em leis, em sentido estrito, mas ao direito, de um modo mais amplo. Da prevalência da lei não se pode concluir que a Administração tenha deixado de estar submetida ao direito onde a lei não alcança, pois, “se as exigências da legalidade se estendessem a todos os elementos da atividade administrativa, esta seria puramente passiva” (RIVERO, 1981). A burocracia estatal, como já vimos, não tem

hoje na China, um feito que se torna possível justamente pelas inovações tecnológicas. A nova grande muralha da China, o *firewall* digital que censura e vigia os movimentos dos internautas chineses, da capacidade que o Estado tem em utilizar as novas tecnologias de informação para justamente controlar o acesso da informação.

⁷ O setor público é, quase sempre, “o maior produtor individual, coletor, consumidor e disseminador de informação” (UHLIR, 2006).

uma postura “puramente passiva” diante das ações do Governo.

Analisando, então, o princípio da legalidade sob a ótica interna da Administração Pública, é possível ver que o princípio da legalidade é um fator de “segurança” também para o administrador, ou melhor, para a burocracia de estado.

A previsão legal, detalhada, minuciosa dos processos e procedimentos a serem seguidos em sua relação com o administrado é uma situação ideal de trabalho. Quanto maior o detalhamento da norma maior a segurança que ela oferece ao burocrata. A norma, quanto mais clara mais fácil sua interpretação e aplicação.

“Uma vez fixada a lei, a única tarefa que incumbe às autoridades públicas é a de assegurar a sua tradução na realidade: tal é o papel do Executivo” (RIVERO, 1981, p. 20).

Assim, a ação do Estado Democrático está sempre vinculada ao direito ou a uma expressão sua – a lei. A lei obriga o administrador, a burocracia, e o administrado. Considerando, então, a importância das leis na organização e funcionamento do Estado, foram criadas diretrizes internacionais para as políticas públicas de fomento ao acesso à informação, bem como para a elaboração ou revisão das leis de acesso à informação.

Quanto às diretrizes para elaboração de políticas públicas de acesso à informação, tem-se que a previsão constitucional desse direito, em primeiro plano, e a elaboração de uma lei específica para trazer as normas de direito de acesso à informação, na sequência, são imprescindíveis.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO divulgou, em 2003, suas “Diretrizes Políticas para o Desenvolvimento e a Promoção da Informação Governamental de Domínio Público”, um estudo elaborado por Paul F. Uhlir⁸. Nesse documento está

⁸ Esse estudo foi concluído em 2003 como resultado da ação prevista para o biênio 2002-2003 da UNESCO que tinha como meta empreender ações para

posto que o estabelecimento do “direito legal ao acesso e utilização da informação pública” é elemento-chave de uma “política nacional de informação” (UHLIR, 2006, p. 23, grifo do autor). Para a UNESCO, a elaboração das leis de acesso à informação pode provocar a reversão da presunção de sigilo em favor do “princípio da disponibilidade”. Essa “reversão”, contudo, só será possível se em sua elaboração as leis seguirem princípios e diretrizes apontadas para esse fim.

Alguns princípios para elaboração ou revisão das leis de acesso à informação estão postos em estudo de Direito Comparado elaborado por Toby Mendel também para a UNESCO, publicado no Brasil em 2009. Nesse estudo, o autor aponta “um conjunto de padrões que devem embasar a legislação sobre direito a informação” (MENDEL, 2009) tais como: máxima divulgação; obrigação de publicar; promoção de um governo aberto; limitação da abrangência das exceções; procedimentos que facilitem o acesso; custos proporcionais ao gasto ou acesso gratuito; reuniões abertas; a divulgação tem precedência; e, proteção para os denunciadores. Todos esses “padrões” serão analisados em detalhe mais adiante, quando iremos tratar da aplicação deles à legislação vigente no Brasil.

Parece assim evidente a necessidade de uma lei e de um decreto que a regulamente e que garanta ao cidadão melhor acesso às informações públicas e que, também, possa guiar com clareza as ações da burocracia na prestação desse serviço – serviço essencial à democracia. Mas, como iremos mostrar, existe também a necessidade de uma política pública que traduza esse direito em realidade.

facilitar o acesso à informação no domínio público, com o objetivo final de construir um repositório eletrônico geral para todas as informações de natureza pública relevantes para a área de competência da UNESCO. O estudo de Uhlir foi revisado pela UNESCO com a colaboração de representantes de quatorze países que a integram. O texto final foi publicado em português em 2006-2008.

4. Fundamentos jurídico-sociais e fases de uma política pública

Parece indiscutível que uma lei “adequada” e um regulamento “detalhado” são necessários para que o direito de informação seja garantido. Entretanto, tão importante quanto a norma legal é a necessidade de uma política pública que operacionalize esse direito.

Para Bucci (2006, p. 4), “a política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental”, sendo constituída por um “conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimento à máquina de governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito”.

A definição de Bucci não se afasta daquela definição clássica de Thoening: “Uma política pública se apresenta na forma de um programa de ação relativo a uma ou mais autoridades públicas ou governamentais” (THOENING, 1985, p. 6).

É inquestionável o papel do direito na conformação das políticas públicas. É sobre um conjunto de regras e legislações que se assenta o quadro institucional de uma determinada política pública. As políticas públicas são, na maioria das vezes, escolhas políticas de representantes eleitos. Entretanto, não existe ação do agente público (incluindo aí os representantes eleitos e burocracia de Estado) que possa escapar do escrutínio do direito, já que “nos termos do clássico princípio da legalidade, ao Estado só é facultado agir com base em habilitação legal” (BUCCI, 2006).

Temos, então, que qualquer política pública está ligada a uma ação do Estado e, portanto, não existe sem uma legislação que, na sua origem primeira, está assentada na Constituição. Bem entendido, não se trata de dizer que uma política pública

seja coordenada diretamente pelo Estado como executor final. Também não se está afirmando que uma política pública depende sempre da aprovação de uma lei. Ela, entretanto, existe sempre num quadro jurídico-legal estabelecido.

Esse conjunto de medidas articuladas tem por objetivo uma intervenção na realidade social para produzir uma mudança no “estado de coisas” ou até mesmo para manter determinado “estado de coisas”. Numa perspectiva mais operacional, a política pública pode ser encarada como um sistema de “decisões públicas que visa a ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade”. Essas decisões são orientadas por “objetivos e estratégias de atuação e alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos” (SARAIVA, 2006, p. 29).

Segundo Saraiva (2006), o processo de política pública mostra-se como forma de lidar com as incertezas decorrentes das rápidas mudanças do contexto econômico e social.

Por esse motivo, o processo de elaboração e implementação de uma política pública não é simples. Não é um processo “tranquilo” no qual cada ator conhece e executa o papel esperado. A perplexidade perante a turbulência e aparente não governabilidade das políticas públicas e da ação governamental é uma realidade que afeta não apenas o cidadão, mas também os atores e analistas envolvidos.

Esse contexto de imprevisibilidade faz com que as “modernas teorias do caos” sejam referências “que mais se aproximam de uma visualização adequada da dinâmica social” presente na implementação de uma política pública. De todo modo, para fins analíticos, a literatura sobre o tema divide as políticas públicas em três etapas principais: formulação, implementação e avaliação (SARAIVA, 2006, p. 29).

Neste artigo farei referência somente à fase de formulação e implementação de uma política.

⁹ Une politique publique se presente sous la forme d'un programme d'action propre à une ou plusieurs autorités publiques ou gouvernementales” (THOENING, 1985, p. 6).

A elaboração envolve um momento propriamente político, quando uma determinada questão entra na agenda de discussões legislativas. Nesse estágio a resposta do Legislativo será diferenciada segundo os atores políticos que o compõem. Ou seja, determinada composição política poderá enfatizar em suas políticas públicas este ou aquele assunto, mas sempre dentro de um quadro jurídico-legal. O Legislativo é, dentro dos estados democráticos modernos, a instituição que delimita os limites de atuação de um determinado governo: aprovando as leis de interesse do governo e as propostas orçamentárias capazes de dar suporte às políticas públicas.

Não é por outra razão que qualquer governo, no regime presidencialista, procurará constituir uma maioria nas casas legislativas. A formação da “base aliada” é condição de governabilidade. Um governo sem maioria no Congresso é um governo sem governabilidade.

Também nos regimes parlamentaristas, um governo se mantém no poder enquanto conseguir, no processo eleitoral ou pela negociação com outros partidos, uma maioria parlamentar. Quando, por qualquer razão, a oposição acredita que pode obter um número de assentos superior ao do atual governo, geralmente ocorre voto de desconfiança que conduz a um processo eleitoral.

Enfim, parece desnecessário ressaltar mais o papel do Legislativo nas democracias contemporâneas. Principalmente na criação das leis que delimitam o campo de atuação do Estado. Não é por outro motivo que Weber (1963) caracteriza esse tipo de Estado como sendo uma “dominação legal”, baseada em leis.

Nos Estados Democráticos modernos, será o governo, à frente do Estado num determinado momento, por meio da burocracia e dos funcionários, que conduzirá as políticas públicas. Ou seja, será o governo que irá colocar em ação as legislações propostas pelo Parlamento, ele será responsável pela implementação das políticas públicas.

5. A fase de implementação de uma política pública e suas circunstâncias

Nunca é demais ressaltar a importância da existência de leis “adequadas” para a fase de implementação de uma política pública. Sem um arcabouço legal adequado e adaptado à realidade social, dificilmente uma política pública conseguirá ser implementada.

De fato, as políticas públicas nascem de compromissos políticos que, muitas vezes, envolvem negociações complexas e são difíceis de serem traduzidos em ações concretas. Por outro lado, os acordos podem ter sido facilmente alcançados no plano político, sem que tenham sido consideradas as complexidades da implementação.

Finalmente, não se pode desconsiderar também o fato de que talvez algumas políticas sejam deliberadamente “complexas, obscuras, ambíguas ou mesmo sem sentido”. Assim, muitas políticas são meramente simbólicas e “formuladas sem nenhuma intenção concreta de implementação” (HILL, 2006, p. 67). Essa hipótese é válida em diferentes arranjos políticos.

Qualquer sistema em que haja uma separação clara entre a formulação e a implementação de políticas, seja devido à divisão entre o legislativo e o executivo (como nos Estados Unidos), seja pela divisão entre os níveis de governo ou ministérios e os órgãos de implementação (presente na maioria dos sistemas, mas principalmente nos federativos), oferece oportunidades para a promulgação de políticas simbólicas (HILL, 2006, p. 68).

Não obstante esses fenômenos, mesmo quando existe uma vontade política no sentido de formular e implementar uma determinada política pública, ainda assim, a implementação apresenta-se sempre como um desafio.

A implementação é sempre caracterizada pela diversidade e pelas limitações do meio social, sendo “constituída pelo planejamento e organização do aparelho administrativo e dos recursos humanos,

financeiros, materiais e tecnológicos necessários para executar uma política". Em outras palavras, é a preparação para "pôr em prática a política pública, a elaboração de todos os planos, programas e projetos que permitirão executá-la" (SARAIVA, 2006, p. 34).

Até algumas décadas atrás, as questões envolvidas na implementação estavam restritas aos estudiosos de administração. Hogwood and Gunn constatavam, em 1984, que:

"Foi apenas nos últimos doze anos que os cientistas sociais, especialmente os cientistas políticos, ganharam interesse no processo de implementação, aceitando que ele é parte do processo mais amplo dentro de uma política pública. Conforme já assinalamos (...) o foco estava sobre o 'momento de escolha' na qual uma decisão era 'tomada' ou uma política era 'feita'. O que acontecia depois disso era, aparentemente, de pouco interesse para os cientistas políticos ou, mais precisamente, era preocupação de um grupo diferente de especialistas de áreas como a administração pública ou de gerenciamento do setor público. Desde a publicação de Pressman e Wildavsky 'Implementação', em 1973, no entanto, tem havido uma onda de livros e artigos sobre a implementação considerada como sendo um elemento chave no estudo das políticas públicas¹⁰ (HOGWOOD; GUNN, 1984, p. 196).

¹⁰ "It is only in the past dozen years that social scientists, especially political scientists, have taken an interest in the process of implementation or accepted that it is part of the larger process of policy-making. We have already noted (...) [that] the focus was upon the 'moment of choice' at which a decision was 'taken' or a policy 'made'. What happened thereafter was apparently of little interest to political scientists or, more accurately, it was the concern of a different group of specialists in fields such as public administration or management in the public sector. Since the publication of Pressman and Wildavsky *Implementation* in 1973, however, there has been a surge of books and articles

As razões para esse interesse nas questões envolvidas na implementação estão ligadas ao entendimento dos estudiosos de que a "implementação exitosa" de uma política é algo que acontece muito raramente. Segundo Hogwood and Gunn (HOGWOOD; GUNN, 1984), uma "implementação exitosa" seria possível se as seguintes condições fossem conseguidas:

1. As circunstâncias externas ao agente responsável pela implementação não apresentarem obstáculos intransponíveis;
2. A política dispuser de tempo adequado e recursos suficientes;
3. Existir uma combinação precisa de recursos efetivamente disponível ao responsável pela política;
4. A política a ser implementada basear-se numa teoria de causa-efeito válida;
5. A relação entre causa e efeito for direta e existirem poucos, ou nenhum, vínculos de interferência;
6. As relações de dependência (com fatores externos ao universo da política) forem mínimas;
7. Existir uma compreensão e acordo sobre os objetivos da política;
8. As tarefas propostas pela política estiverem totalmente especificadas e na sequência correta;
9. Existir uma perfeita comunicação e coordenação na implementação da política;
10. As autoridades conseguirem pedir e obter perfeita obediência dos agentes envolvidos/atingidos pelas políticas.

Ora, parece evidente que esses dez fatores, pelo menos no mundo real, nunca estarão alinhados e muitos deles são inatingíveis, como o décimo, que existe como possibilidade apenas em regimes autoritários.

Na introdução à primeira edição do seu estudo pioneiro¹¹, Pressman e Wildavsky argumentam que:

dealing with implementation as a key element in the study of public policy" (HOGWOOD; GUNN, 1984, p. 196).

¹¹ O livro teve sua primeira edição no início dos anos setenta e recebeu o provocativo título: "Imple-

“As pessoas agora parecem pensar que a implementação é fácil, eles ficam, contudo, frustrados quando eventos que esperam não ocorrem ou dão errado. Nós devemos considerar nosso esforço um sucesso se mais pessoas começarem a entender que a implementação, na melhor das circunstâncias, é extremamente difícil”¹² (PRESSMAN; WILDAVSKY, 1984, p. XXI).

Os autores irão defender a ideia de que a implementação, muito mais do que a simples execução de uma política pública, deveria ser vista como um momento de aprendizado¹³. A implementação de uma política pública deveria, assim, ser usada para “correção de rota”, inclusive reformulações no escopo legal da legislação que lhe dá suporte. De acordo com os autores, longe de ser uma tarefa simples, isso seria o grande problema, tornar as dificuldades da implementação uma parte da formulação inicial da política (PRESSMAN; WILDAVSKY, 1984, p. 143).

Isso levaria os analistas a se debruçarem sobre a realidade social, sobre o ambiente cultural nos quais uma política pública será implementada. “Bastaria”, assim, analisar a “cultura política” para

mentation: how great expectations in Washington are dashed in Oakland: or, Why it's amazing that Federal programs work at all, this being a saga of the Economic Development Administration as told by two sympathetic observers who seek to build morals on a foundation of ruined hopes”.

¹² “People now appear to think that implementation should be easy; they are, therefore, upset when expected events do not occur or turn out badly. We would consider our effort a success if more people began with the understanding that implementation, under the best of circumstances, is exceedingly difficult” (PRESSMAN; WILDAVSKY, p. XXI).

¹³ “The individual who fails to learn from experience is forever lost in a chaotic world. He repeats his errors. Worse still, he has no way of navigating among the rocks and shoals of life. One direction is as good or as bad as another. He can make no sense out of his world because he is unable to use his past experience to do better in the future” (PRESSMAN; WILDAVSKY, 1984).

determinar qual a legislação mais adequada numa determinada sociedade? Sim, se a “cultura política” fosse algo facilmente decomposto em unidades de análise. O problema com todas as explicações que utilizam um conceito tão amplo quanto o de “cultura” é, exatamente, sua amplitude. Conforme Wildavsky (apud SWEDLOW, 2002, p. 278, tradução nossa), “se a cultura política é tudo, então talvez não seja nada”, ou seja, “se a cultura política permeia tudo e está em toda parte, então ela não pode explicar nada sem fazer referência a si mesma, criando tautologias que nada esclarecem¹⁴”.

Enfim, para meu argumento, não se trata de desconsiderar aquilo que normalmente se considera traços principais da “cultura política” no Brasil: personalismo, patrimonialismo, clientelismo, autoritarismo, entre outros (SCHMIDT, 2001).

Trata-se somente de trazer para a análise todos os fatores que podem afetar a efetivação do direito de acesso num país com as características do Brasil. Uma mudança na “cultura administrativa” certamente não se faz só com promulgação de uma legislação, a lei pode ser um ponto de partida, um meio ou uma “chave de ouro” que finaliza os esforços bem sucedidos da implementação exitosa de uma política de acesso.

Como lembra Bourdieu, “a regra de direito supõe a conjunção da adesão a valores comuns (marcada, ao nível do costume, pela presença de sanções espontâneas coletivas como a reprovação moral) e da existência de regras e sanções explícitas em procedimentos regularizados” (BOURDIEU, 1989, p. 244).

A política de acesso à informação, como mostraremos, depende de uma legislação adequada e de uma mudança na cultura administrativa, ou seja, a formação de uma

¹⁴ “If political culture is everything, then maybe it is nothing. (...) If political culture permeates everything and is everywhere, then it cannot explain anything without reference to itself, creating unenlightening tautologies” (SWEDLOW, 2002, p. 278).

cultura de acesso à informação, o que envolve a burocracia estatal e gestores públicos.

6. A importância da burocracia na implementação das políticas públicas

“Trata-se, pois, de combater o princípio da arcana práxis, ou princípio do segredo, que, sendo próprio do Estado de polícia, não deixa, contudo, de manifestar a sua permanência no Estado de Direito, no atuar de uma burocracia que procura encerrar-se em uma prática esotérica de difícil acesso ao cidadão comum” (BASTOS; MARTINS, 2004, p. 177).

Segundo Weber (1993), a burocracia é o exemplo mais típico do domínio legal, uma das formas de dominação legítima¹⁵. Porque as pessoas seguiriam as regras burocráticas por acreditarem que as mesmas são justas e democráticas.

Para Weber (1993, p. 1060), no Estado moderno “o verdadeiro domínio, que não consiste nem em discursos parlamentares e tampouco em proclamações de monarcas, mas na gestão diária da administração, está necessariamente nas mãos da burocracia”¹⁶.

A burocracia pode ser vista por, pelo menos, dois ângulos. Por um lado, é baseada na especialização; por outro, baseada na disciplina. No primeiro caso, é invocada como um meio para a realização de um fim; um indivíduo obedece a norma ou ordem porque ela é percebida como o melhor método conhecido para a consecução de um objetivo. Na segunda concepção, ela é uma forma de administração em que a obediência seria um fim em si mesmo. O indivíduo obedece à ordem, afastando os julgamentos sobre sua racionalidade ou moralidade, principalmente por causa da

¹⁵ Weber trabalha com três tipos de dominação legítima: carismática, tradicional e legal.

¹⁶ “El verdadero dominio, que no consiste ni en los discursos parlamentarios ni en proclamas de monarcas sino en el manejo diario de la administración, se encuentra necesariamente en manos de la burocracia” (WEBER, 1993, p. 1060).

posição ocupada pela pessoa que ordena, dentro de uma estrutura de regras legais (WEBER, 1993).

De todo modo, essa aparente neutralidade da burocracia existe somente como um modelo ideal. A burocracia administrativa também desempenha um papel determinante na elaboração das leis que chegam ao legislativo e também na aplicação dessas leis¹⁷.

“Ao contrário dos trabalhadores que compõem os escalões inferiores da maioria das organizações, a burocracia operativa (*street-level bureaucrats*) tem uma margem de manobra considerável na determinação da natureza, quantidade e qualidade dos benefícios prestados pelas organizações das quais faz parte. Policiais decidem quem irão prender e quem terá seu comportamento ignorado (ou feito vista grossa). Juízes decidem quem deve receber uma pena suspensa e quem deve receber pena máxima”¹⁸ (LIPSKY, 1980, p. 13, tradução nossa).

Assim, se a burocracia tem uma considerável discricionariedade na determinação da quantidade e qualidade dos produtos, serviços ou benefícios, então não poderíamos entender a implementação de uma política como uma simples relação de comando e execução. Isso seria possível

¹⁷ Não se trata de negar a importância do Legislativo, afinal, trata-se da autoridade instituidora das leis. De fato, o estudo das instituições políticas e dos grupos de interesse que orbitam o Legislativo é de vital importância para entender o formato que assume uma determinada legislação. É claro que os funcionários políticos desempenham um papel importante, o que estamos querendo destacar aqui é o fato de que a burocracia administrativa também desempenha um papel político.

¹⁸ “Unlike lower-level workers in most organizations, street-level bureaucrats have considerable discretion in determining the nature, amount, and quality of benefits provided by their agencies. Policemen decide who to arrest and whose behavior to overlook. Judges decide who shall receive a suspended sentence and who shall receive maximum punishment” (LIPSKY, 1980, p. 13).

somente se os objetivos da organização e da burocracia fossem coincidentes.

Esses objetivos, entretanto, são conflitantes e não estão alinhados com os objetivos daqueles que estão à frente da agência com um mandato político, eles, “A burocracia operativa (*street-level bureaucrats*) está interessada em processar seu trabalho de acordo com suas próprias preferências, e as políticas institucionais cujas sanções advindas do não-processamento são grandes demais para serem ignoradas”. De fato, existe um código não escrito que mantém a relação entre os dois grupos num equilíbrio que é, na maioria das vezes, muito precário. Por exemplo, a “brutalidade é contrária às regras da polícia, mas um certo grau de vista grossa por parte de supervisores pode ser considerado necessário para persuadir os policiais a arriscarem-se numa ação policial¹⁹” (LIPSKY, 1980, p. 19, tradução nossa).

Nessa perspectiva, cada parte da burocracia do Estado estaria imbuída de determinadas ideias, visando expandir seu papel, aumentar seus salários, preservar sua posição na organização, etc.

“No mínimo, os trabalhadores têm interesse em minimizar o perigo e desconfortos do trabalho e maximizar a renda e satisfação pessoal. (...) Uma das questões na qual os interesses da burocracia operativa (*street-level bureaucrats*) divergem daqueles dos gestores é a necessidade que ela tem de processar cargas de trabalho de forma rápida, livre das ameaças reais e psicológicas. O fato de a burocracia ter que exercer um poder discricionário no processamento de grandes quantidades de trabalho, com recursos inadequados, significa

¹⁹ “Street-level bureaucrats are interested in processing work consistent with their own preferences and only those agency policies so salient as to be backed up by significant sanctions (...) brutality is contrary to police policy, but a certain degree of looking-the-other-way on the part of supervisors may be considered necessary to persuade officers to risk assault” (LIPSKY, 1980, p. 19).

que eles devem desenvolver atalhos e simplificações para lidar com a pressão dessas responsabilidades”²⁰ (LIPSKY, 1980, p. 18).

Assim, as relações entre Estado e burocracia são bastante complexas e não podem ser compreendidas em termos de comando e obediência.

“A relação que estabeleço entre a burocracia operativa (*street-level bureaucrats*) e os gestores tem duas características principais. Primeiro, em grande medida, é uma relação concebida como sendo intrinsecamente conflituosa. (...) Segundo, é uma relação de dependência mútua. Assim, os gestores normalmente tentam honrar as preferências dos trabalhadores, se forem recompensados reciprocamente pela burocracia ao desempenhar suas funções. Em alguma medida, a reciprocidade irá caracterizar todas as relações de trabalho; entretanto, no contexto das burocracias operativas (*street-level bureaucrats*), os recursos detidos pelos burocratas são muito maiores do que os possuídos pelos trabalhadores em outros contextos de trabalho²¹” (LIPSKY, 1980, p. 25).

²⁰ “At the very least, workers have an interest in minimizing the danger and discomforts of the job and maximizing income and personal gratification. (...) One way in which the interests of street-level bureaucrats depart from those of managers is their need to process work loads expeditiously, free from real and psychological treats. The fact that street-level bureaucrats must exercise discretion in processing large amounts of work with inadequate resources means that they must develop shortcuts and simplifications to cope with the press of responsibilities” (LIPSKY, 1980, p. 18).

²¹ “The relationship I have described between street-level bureaucrats and managers has two primary characteristics. First, it is a relationship best conceived in large part as intrinsically conflictual. (...) Second, it is a relationship of mutual dependence. Thus managers typically attempt to honor workers’ preferences if they are rewarded by reciprocity in job performance. To a degree reciprocity will characterize all working relations; in the street-level bureaucracies, however, the resources of lower-level workers are greater than those often possessed by subordinates in other work contexts” (LIPSKY, 1980, p. 25).

A burocracia não estaria somente interessada em executar as rotinas da administração, mas também em impor suas ideias de como organizar a sociedade. Essas ideias, como parece evidente, não são consensuais entre as diversas burocracias de Estado.

Não existiria uma única resposta da “burocracia”, já que cada grupo de burocratas estará posicionado em campos distintos, com lógicas de funcionamento e limites específicos:

“A Burocracia como ‘produtora’ das políticas de governo não é produtora calculista, mas antes um conglomerado de grandes organizações e atores políticos. Eles divergem substancialmente sobre o que o governo deve fazer em assuntos determinados e competem para influenciar as decisões e ações governamentais”²² (ALLISON; HALPERIN, 1972, p. 42).

Esse conjunto de diferentes ideias em disputa sobre o papel do Estado e os limites de sua intervenção oferecerá ao poder político diferentes opções de escolha, de acordo com os interesses dos grupos à frente do Estado numa determinada conjuntura. Da mesma forma que nas eleições a competição entre os partidos permite que os cidadãos escolham uma opção dentro da gama de opções partidárias, também o governo irá escolher entre as alternativas existentes dentro da burocracia de Estado (PETERS, 1981).

Como vimos, as vicissitudes da implementação têm sido apontadas como uma das dimensões cruciais do sucesso ou insucesso de uma política pública. As questões não previstas no desenho de uma política pública, a objeção dos grupos de interesse,

²² “Bureaucracy: the ‘maker’ of government policy is not one calculating decision-maker, but rather a conglomerate of large organizations and political actors who differ substantially about what their government should do on any particular issue and who compete in attempting to affect both governmental decisions and the actions of their government” (ALLISON; HALPERIN, 1972, p. 42).

a ausência de cultura administrativa, entre outros fatores, têm sido apontadas como obstáculos que inviabilizam muitas políticas públicas (SILVA; MELO, 2000).

Na visão clássica das políticas públicas, a implementação é considerada como a execução daquilo que tinha sido formulado. A implementação é vista como a execução, de cima para baixo (*top down*), daquilo que foi desenhado. Não se considera a política como um processo, sendo que os fracassos são considerados como sendo desvios de rota daquilo que foi planejado inicialmente (SILVA; MELO, 2000).

Certamente, é o Legislativo que, em última instância, avaliza as políticas públicas. Assim, é importante entender as normas constitucionais e os resultados eleitorais que estabelecem limites à capacidade dos governos de implementarem as políticas públicas. Em outras palavras, o “conjunto de normas institucionais determina lógicas distintas de tomada de decisão, que definem os parâmetros da ação do governo e da influência dos grupos de interesse” (IMMERGUT, 1996, p. 40).

Não se trata de negar que esses grupos de interesse desempenhem um papel importante na forma como são aprovadas e executadas as políticas públicas. O problema é: o que garante que a aprovação de uma legislação e sua regulamentação serão suficientes para modificar as relações sociais ou a cultura administrativa?

Uma política pública é muito mais do que a conjunção de uma legislação e recursos financeiros e organizacionais. Ela é a implementação desses recursos dentro de uma determinada sociedade.

Desse modo, qualquer política pública pode tornar-se sem efeito tendo em vista as objeções daqueles que irão implementar o conjunto de medidas propostas. Essas objeções podem acontecer de várias maneiras: a política pode ser implementada na letra, mas não no espírito, podem ocorrer atrasos propositais na implementação, ela pode ser implementada com excesso de zelo, entre

outros fatores (ALLISON; HALPERIN, 1972).

Assim aparece fortemente a importância daqueles agentes encarregados da implementação de uma determinada legislação, no caso da lei de acesso, a burocracia que detém essas informações.

Conclusão

“Nada no mundo faz meu sangue subir à cabeça mais rápido que o *Freedom of Information Act* – FOIA [Lei Federal de Acesso à Informação Estadunidense]. Venho me batendo contra esta lei há mais de 20 anos. Perdi a conta do número de funcionários do governo que me olharam nos olhos, deram um pequeno sorriso e disseram: ‘Bem, você pode sempre acionar a Lei Federal de Acesso à Informação’. Eles sabem que quando dizem essas palavras estão me condenando à Sibéria, e que eles compraram meses ou mesmo anos de atraso e obstrução [ao direito de acesso ao documento]. Não importa se o que estou pedindo é, sem sombra de dúvida, um registro público e que um dia um juiz acabará por obrigá-los a liberar o documento. De fato, eu já processei o governo sob o FOIA muitas vezes, e eu nunca perdi”²³ (BARSTOW, 2010, p. 80, tradução nossa).

²³ “Nothing in the world makes my blood boil faster than the federal Freedom of Information Act (FOIA). I have been pounding my head against this law for over 20 years and I cannot count the number of times government officials have looked me in the eye, given me a little smile, and said, ‘Well, you could always file a Freedom of Information Act request’. They know when they say those words that they are condemning me to Siberia, that they have bought themselves months if not years of delay and obstruction. It doesn’t matter that what I am asking for is completely and obviously a public record and that someday a judge will ultimately order them to release the documents. In fact, I have sued the government under the FOIA many times, and I have never lost” (BARSTOW, 2010, p. 805).

As dificuldades relatadas por Barstow são um exemplo claro da importância da existência de leis de acesso que sejam acompanhadas por uma política pública adequada. A existência da lei garante o direito, mas não sua efetivação. Sem um conjunto de procedimentos do poder executivo, em toda ocasião que o direito for violado, restará o caminho do Judiciário. Entretanto, os custos do litígio se transformam numa barreira ao acesso aos direitos constitucionalmente garantidos.

Esse custo do litígio existe, mesmo com os mecanismos criados pela Constituição de 1988, que não somente “conservou como ampliou consideravelmente a presença da representação funcional, recriando o Ministério Público, a quem incumbiu a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Além do que “consagrou o instituto das Ações Cíveis Públicas e o tema do acesso à Justiça; e sobretudo admitiu a sociedade civil organizada na comunidade dos intérpretes da Constituição” (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 42).

A litigação é um fenômeno mundial e, no caso do Brasil, a “invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário” (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 41). Entretanto, existem limites claros a esse tipo de recurso como forma de proteção aos direitos. A via judiciária é quase sempre mais cara e mais lenta que a via administrativa.

Os direitos fundamentais, no mundo contemporâneo, ainda passam por um momento delicado com relação às suas garantias e, principalmente, com relação à sua eficácia; hoje em dia o problema em relação aos direitos do homem não é ter de justificá-los, mas sim protegê-los (BOBBIO, 1992).

Na tentativa de proteger o direito de acesso à informação e adequar sua legislação interna às exigências impostas por

tratados internacionais, alguns países têm feito grandes modificações nas legislações pátrias e, até mesmo, no texto constitucional a fim de garantir, da forma mais segura e perene possível, esse direito.

No caso do Brasil, o Governo federal, em matéria de prestação de contas, vem liderando iniciativas internacionais relacionadas ao direito de acesso à informação²⁴. Em outras palavras, atualmente é possível saber, por exemplo, quanto gastou e em que gastou o agente público com o Cartão de Pagamentos do Governo Federal, vulgo cartão corporativo do Governo²⁵.

Entretanto, documentos históricos ou mesmo processos administrativos mais recentes para a formação de opinião sobre políticas públicas ou questões fiscais e de tributação são de difícil acesso e ainda existe a cultura administrativa da necessidade de “demonstração de interesse” e “justificativa do pedido”.

Mesmo tendo as cortes internacionais defendido o entendimento segundo o qual um órgão público, quando requerido acesso a um documento ou informação, não deve “controlar o interesse pessoal do solicitante”²⁶ (UHLIR, 2006), a prática administrativa ainda exige a justificativa do interessado.

²⁴ Em 2011, Brasil e EUA lançaram a iniciativa para transparência durante a Assembleia Geral da ONU, em um evento que discute a *Open Government Partnership* (OGP, ou Parceria sobre Transparência Governamental, em tradução livre), iniciativa que tem entre seus objetivos melhorar os governos dos países envolvidos tornando-os mais transparentes e mais preparados para prestar contas e combater a corrupção. Mais informações estão disponíveis na internet, no seguinte endereço: <http://www.opengovpartnership.org/about>.

²⁵ A respeito da transparência com uso dos cartões, sugere-se a leitura do artigo “Sobre cartões e jornalismo” de Pedro Formigli (2008). Esse artigo traz um bom retrato sobre as dificuldades do governo e da mídia em se adaptar às recentes iniciativas de transparência pública.

²⁶ Esse conceito não é recente; na Suécia, onde a lei de acesso data do século XVIII, é proibido ao servidor público perguntar o nome do solicitante, não se cogita, muito menos, perguntar o motivo da solicitação.

A legislação nacional, além de não trazer conceitos importantes relacionados ao direito de acesso à informação, era muito espaçada, ou seja, não estavam concentrados em um único ato normativo todos os aspectos relacionados ao assunto.

A necessidade da revisão da legislação brasileira sobre o tema se tornou mais clara pela crescente demanda²⁷ por acesso à informação.

No caso do Brasil, nosso entendimento é que o mandamento constitucional do art. 5º, XXXIII, gerava uma normatização incerta que produzia um choque entre burocracia estatal e os cidadãos, já que os agentes estatais ficavam presos entre o dever de informar e o dever de preservar a informação sigilosa.

A Lei de Acesso à Informação brasileira foi construída a partir dos novos parâmetros internacionalmente reconhecidos para fins de direito de acesso à informação. Ela incorporou novos conceitos que ampliam o entendimento comum sobre o princípio da publicidade, chamam a atenção para o princípio da transparência e já apontam para a adoção do princípio da máxima transparência.

Parece inegável a importância dessa nova legislação. Sem uma legislação atual e apropriada, torna-se impossível uma política pública bem definida sobre o tema, aumentando as tensões entre Estado e Sociedade, pois não existem padrões claros na legislação – como seria desejável num sistema pautado pela legalidade. Esses padrões devem ser guiados pelo princípio da transparência e pela prevalência da abertura sobre o sigilo. A aplicação desses padrões

²⁷ Com relação à busca por informação do Governo Federal disponibilizada na internet, a demanda cresceu muito nos últimos 5 anos. De acordo com as estatísticas sobre números de acesso à página do Portal da Transparência na internet, em 2005 foram realizados 285.968 acessos. Esse número teve crescimento constante, chegando a 2.938.152 no ano de 2010 (Acesso realizado em 10 de novembro de 2001 ao site: http://www.portaltransparencia.gov.br/sobre/Estatisticas_visitacao/agosto-2011.pdf).

se torna mais fácil se o direito de acesso à informação for entendido como um direito humano, fundamental,²⁸ e não como direito material de obtenção de certidões e dados pessoais. Sem essa garantia, prevalece a interpretação restritiva do direito previsto no inciso XXXIII da Constituição Federal.

Por outro lado, os estudos de sociólogos e outros cientistas políticos aqui mencionados mostram que a existência da lei pode não ser suficiente para garantir a transparência em todos os níveis da federação. É necessária também a existência de uma política pública capaz de garantir a efetividade desse direito.

No processo de implementação, existem diversos entraves que podem tornar uma legislação inoperante. No caso das leis de acesso, a burocracia de Estado pode representar um entrave a essa implementação, seja por razões pessoais, seja pela falta de capacitação adequada para desempenhar as novas funções que lhe serão atribuídas com a nova lei de acesso à informação.

Referências

ALLISON, Graham T.; HALPERIN, Morton H. Bureaucratic Politics: a paradigm and some policy implications. *World Politics*, Cambridge, v. 24, p. 40-79, Spring 1972. Disponível em: <<http://www.jstor.org/pss/2010559?searchUrl=%2Faction%2FdoBasicSearch%3FQuery%3DBureaucratic%2BPolitics%2B%2Ba%2Bparadigm%2BAND%2Bsome%2Bpolicy%2Bimplications%26gw%3Djtx%26prq%3DBureaucratic%2BPolitics%2B%2Ba%2Bparadigm%2BAND%2Bsome%2Bpolicy%2Bimplications%26Search%3DSearch%26hp%3D25%26wc%3Don%26swp%3Don&Search=yes>>. Acesso em: 21 dez. 2011.

BADIE, Bertrand. *Culture et politique*. 2. ed. Rev. et augm. Paris: Économica, 1986.

²⁸ Como afirmado em Mendel (2009): "De origem bem mais recente, contudo, é o reconhecimento do direito à informação como um direito humano fundamental, um aspecto do direito de liberdade de expressão que, ao amparo do direito internacional, garante não apenas o direito de transmitir, mas também de buscar e receber informações e ideias".

_____. *The Imported State: the westernization of the political order*. Stanford: Stanford University Press, 2000.

BARSTOW, D. T. The Freedom of Information Act and the Press: Obstruction or Transparency? *Social Research*, New York, v. 77, n. 3, p. 805-810, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 2 v.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Tradução de Jeni Vaitsman. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

_____. A força do direito. In: _____. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

_____. *Coisas ditas*. São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. *Razões práticas: sobre a teoria da ação*. Campinas: Papyrus, 1996.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 nov. 2011. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm>. Acesso em: 21 dez. 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DAHL, Robert Alan. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: Edusp, 1997.

FORMIGLI, Pedro. Sobre cartões e jornalismo. *Revista da CGU*, Brasília, n. 4, p. 10-18, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/RevistaCgu/Arquivos/4edicao.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2011.

HILL, M. Implementação. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas Públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. v. 2.

HOGWOOD, Brian W.; GUNN, Lewis A. *Policy Analysis for the Real World*. Oxford: Oxford University Press, 1984. Disponível em: <<http://www.questia.com/PM.qst?a=o&d=28066655>>. Acesso em: 21 dez. 2011.

HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Cia Letras, 1995.

IMMERGUT, Ellen M. As Regras do Jogo: a lógica da política de saúde na França, na Suíça e na Suécia.

Revista Brasileira Ciências Sociais, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 139-165, fev. 1996.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. *O princípio da legalidade na Constituição Federal*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, v. 11, 28 ago. 2006. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2647/O_PRINCIPIO_DA_LEGALIDADE_NA_CONSTITUICAO_FEDERAL>. Acesso em: 28 set. 2011.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Sulina, 1964.

LIPSKY, Michael. *Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*. New York: Russell Sage Foundation, 1980.

MARTUCCELLI, Danilo. *Sociologies de la modernité: l'itinéraire du XXe siècle*. Paris: Gallimard, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1991.

MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. 2. ed. rev. e atual. Brasília: UNESCO, 2009.

PETERS, B. Guy. The Problem of Bureaucratic Government. *The Journal of Politics*, Cambridge, v. 43, n. 1, p. 56-82, Feb. 1981. Disponível em: <<http://www.jstor.org/pss/2130237?searchUrl=%2Faction%2FdoBasicResults%3Fhp%3D25%261a%3D%26wc%3Don%26acc%3Doff%26gw%3Djtx%26jpsi%3D1%26arts%3D1%26Query%3DThe%2BProblem%2Bof%2BBureaucratic%2BGovernment%26sbq%3D%2528The%2BProblem%2Bof%2BBureaucratic%2BGovernment%2529%2BAND%2B%2528The%2BProblem%2Bof%2BBureaucratic%2BGovernment%2529%26prq%3DThe%2BProblem%2Bof%2BBureaucratic%2BGovernment%26swp%3Don%26si%3D51%26jtxsi%3D51&Search=yes>>. Acesso em: 21 dez. 2011.

PINTO, Louis. *Pierre Bourdieu e a teoria do mundo social*. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

PRESSMAN, J. L.; WILDAVSKY, A. *Implementantion: how great expectations in Washington are dashed in Oakland: or, Why it's amazing that Federal programs work at all, this being a saga of the Economic Development Administration as told by two sympathetic observers who seek to build morals on a foundation of ruined hopes*. 3. ed. California: University of California Press, 1984.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: _____; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas Públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. v. 1.

SCHIERA, P. Estado Moderno. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCL, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmem C. Varrialle et al. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

SCHMIDT, J. P. Condicionantes culturais das políticas públicas no Brasil. In: LEAL, Rogério Gesta; BONESSO ARAUJO, Luiz Ernani (Org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001.

SCHUMPETER, J. *Capitalisme Socialisme et Démocratie*. Paris: Payot, 1951.

SILVA, P. L. B.; MELO, M. A. B. C. O Processo de Implementação de Políticas Públicas no Brasil: características e determinantes da avaliação de programas e projetos. *Caderno de Pesquisa NEPP*, Campinas, n. 48, 2000. Disponível em: <<http://www.nepp.unicamp.br/d.php?f=42>>. Acesso em: 21 dez. 2011.

SWEDLOW, B. Toward Cultural Analysis in Policy Analysis: Picking Up Where Aaron Wildavsky Left Off. *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, Berkeley, v. 4, n. 3, p. 267-85, Nov. 2002.

THOENING, Jean-Claude. L'analyse des politiques publiques. In: GRAWITZ, Madeleine; LECA, Jean. *Traité de science politique: les politiques publiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1985. v. 4.

UHLIR, Paul F. *Diretrizes políticas para o desenvolvimento e a promoção da informação governamental de domínio público*. Brasília: UNESCO, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001373/137363por.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2011.

VIANNA, Luis Werneck.; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, São Paulo, v. 19, n. 2, 2007.

WEBER, Max. A política como vocação. In: _____; GERTH, Hans Henrich; MILLS, Charles Wright. *Ensaio de Sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1963.

_____. A "Objetividade" do Conhecimento nas Ciências Sociais. In: _____; COHN, Gabriel; COHN, Amélia. *Max Weber: Sociologia*. São Paulo: Ática, 1981.

_____. *Economía y Sociedad esbozo de sociología comprensiva*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1993.

Dois Constituintes de 1946

Jarbas Maranhão

Sumário

Lembrando Daniel Faraco. Goffredo da Silva Telles Júnior. Educador. Advogado. O Político – A Constituinte de 1946.

Reúno neste trabalho os dois artigos que escrevi em homenagem à memória dos saudosos parlamentares *Daniel Faraco* e *Goffredo Telles Júnior*, ambos integrantes da *Constituinte Nacional de 1946*.

Daniel Faraco eleito pelo Partido Social Democrático (PSD), secção do Rio Grande do Sul, e Goffredo Telles Júnior eleito na coligação Partido de Representação Popular com o Partido Social Democrático, em São Paulo.

Foram, respectivamente, o antepenúltimo e o penúltimo Constituintes de 1946 desaparecidos, pois o último será o autor dessas linhas, único sobrevivente da histórica Assembleia; rica de valores, oriundos da diversidade partidária e ideológica que a constituiu.

Conservadores, progressistas, liberais, reformistas, revolucionários, direitistas, esquerdistas, democratas, individualistas, solidaristas, presidencialistas, parlamentaristas, moderados e exaltados, porém, todos, afinal, na evolução dos debates deixando à margem os radicalismos, chegaram à compreensão da necessidade imperiosa de construir, e construíram, um sistema

Jarbas Maranhão foi Secretário de Estado, Deputado à Constituinte Nacional de 1946, Deputado Federal reeleito, Senador da República, Presidente do Tribunal de Contas de Pernambuco, Professor de Direito Constitucional, Integrante de várias Academias, a exemplo da Centenária Academia Pernambucana de Letras e da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas, sediada no Rio de Janeiro.

fundado no mandamento da liberdade e nos princípios fundamentais de justiça e solidariedade social.

Sem dúvida, a Constituição de 1946 foi um avanço na história de nosso país.

Lembrando Daniel Faraco

Daniel Agostinho Faraco ou simplesmente Daniel Faraco, como era mais conhecido, foi meu colega na Constituinte Nacional de 1946.

Para essa Assembleia foi eleito Deputado Federal pelo Rio Grande do Sul na legenda do antigo e extinto Partido Social Democrático. Foi o seu primeiro mandato como parlamentar.

Nasceu em Florianópolis, Santa Catarina, em 29 de agosto de 1911 e faleceu naquela cidade em 22 de março de 2009.

Ingressou no Banco do Brasil em 1928, Instituição onde fez carreira, havendo sido gerente em Lajeado - RS, Tubarão - SC e Chefe do Serviço de Gerência do aludido Banco em Porto Alegre.

Ensinou Economia Política em Santa Catarina e em Porto Alegre.

Exerceu o jornalismo, como colaborador em jornais do Rio Grande do Sul.

Antes de sua eleição para a Constituinte de 1946, publicou livros na área de sua predileção, tais como *Elementos de Economia Política*; e o trabalho intitulado *Preços, salários, crises e a economia organizada*.

Alguns detalhes que fugiram de minha lembrança eu os encontrei nos estudos do prezado, jovem e ilustre amigo Professor Sérgio Soares Braga, da Universidade Federal do Paraná.

Na Constituinte, observei como ele foi ativo nos debates da questão social e do desenvolvimento econômico.

Entendia que se tornava necessário o planejamento e a presença do Estado para favorecer um crescimento mais rápido da economia nacional.

Na defesa de seus pontos de vista, ocupou a Tribuna da Constituinte várias vezes,

debatendo os problemas afetos ao trabalho e ao capital, ao combate à inflação. E - repito - ao planejamento e, quando se fizesse necessário, ao intervencionismo do Estado.

Combateu as soluções puramente liberais e da mesma forma as soluções totalitárias, oriundas da direita e da esquerda radicais.

Deu, assim, contribuição significativa aos problemas socioeconômicos da época.

Uma de suas emendas aprovadas foi a que instituiu o Conselho Nacional de Economia, incumbido de pesquisar, estudar e sugerir, com base científica, ao Governo Federal as soluções indicadas para os problemas da economia brasileira.

“Posicionou-se a favor da participação dos trabalhadores nos lucros, na administração e na propriedade das empresas”.

Achou necessário um mandato presidencial de seis anos. Optou pelo regime presidencialista. Apesar de defender soluções avançadas em favor dos trabalhadores, foi contrário ao recurso da greve para a defesa da melhoria dos salários.

Foi claramente contra o divórcio. Batalhou em favor de “medidas transitórias e permanentes de combate à inflação”. Também entendeu que os cortes das despesas públicas, defendido por muitos, não era a medida indicada para aquele fim.

Nesses últimos tempos, mantivemos um relacionamento mais do que cordial, afetivo, depois que nos encontramos em Brasília numa homenagem da Câmara dos Deputados aos Constituintes de 1946, homenagem por sinal da iniciativa de meu filho Ricardo Maranhão.

Passamos a conversar, algumas vezes, pelo telefone, do Rio para Florianópolis ou de Florianópolis para o Rio.

Observei em Brasília que ele estava sempre acompanhado e ele me informou que era um médico e amigo, que o assistia.

Tinha a delicadeza de me enviar trabalhos e publicações de sua autoria. Ensaios sobre Direito Constitucional e Economia Política e especificamente sobre as Cons-

tuições de 1946 (que ele designava como germinal) e a de 1988. Artigos sobre voto, eleições, etc. etc. Livros, tais como *A Igreja e os problemas da estrutura Econômica*.

Em 1978, publicou *Parlamento vale a pena? E o Parlamentarismo?*, com a 2ª edição em 1993.

Em 1988, publicou o livro *A Economia no cotidiano* e em 1999 a obra intitulada *A Economia em desalinho – o nosso problema econômico no decênio e observado trimestralmente*. Período marcado, em toda parte, pelo neoliberalismo e a crença de que o mercado somente promoveria o progresso, sem nenhuma crise, como a que o mundo vive em nossos dias.

E ele cita Ortega y Gasset – “Há no presente a presença do passado e do porvir. O que sucede hoje tem raízes no que aconteceu ontem, e o que ocorrerá amanhã terá muito de consequência do que ocorre agora.”

E ele insiste: “o passado, o presente e o futuro estão a interpelar-nos. Qual será a nossa resposta?”

Havia entre mim e ele uma diferença de quase cinco anos de idade.

Até há pouco tempo éramos quatro os sobreviventes da Constituinte de 1946.

Não faz muito perdemos Lair Tostes, Deputado Federal pelo PSD de Minas Gerais e ex-Secretário de Interior e Justiça, em seu Estado, como igualmente fui, em Pernambuco.

Com o desaparecimento de Daniel Faraco, restamos Goffredo da Silva Telles Júnior e eu.

Goffredo Telles Júnior, eleito numa coligação do Partido de Representação Popular – PRP com o Partido Social Democrático – PSD, nasceu em São Paulo em 16 de maio de 1915.

Advogado e professor universitário, alcançou grande projeção com o documento intitulado *Carta à Nação Brasileira*. Diante de meus olhos, um de seus livros intitulado

A Constituição, Assembléia Constituinte e o Congresso Nacional (Editora Saraiva).

Sem dúvida, estamos sentindo profundamente a perda de Daniel Faraco.

Goffredo da Silva Telles Júnior

Goffredo Carlos da Silva Telles (nome de batismo); Goffredo da Silva Telles Júnior (nome adotado) ou Goffredo Telles Júnior nasceu na cidade de São Paulo, em 16 de maio de 1915, e faleceu na mesma capital a 27 de junho de 2009.

Foi professor universitário, advogado e político.

Educador

Traço luminoso em seu espírito foi o de Educador. Tinha o fascínio da Ciência Jurídica.

Formado em 1937, fez doutorado em 1938 e foi livre docente em 1940. Em seguida, catedrático e professor titular da Cadeira de Introdução à Ciência do Direito, tudo na mesma Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), onde foi Vice-Diretor e exerceu a Diretoria em alguns períodos.

Organizou os cursos de Filosofia, Teoria Geral do Direito e os de Pós-Graduação, havendo ainda representado sua Escola no Conselho Universitário da USP.

Ensinou, sempre com entusiasmo, na histórica Faculdade do Largo de São Francisco e nela tornou-se o *Professor-Símbolo*.

Muitos de seus discípulos notabilizaram-se pelo saber ou contribuição valiosa dada ao País.

Ajudou a fundar a Academia Paulista de Direito e o Instituto Brasileiro de Filosofia.

Em sessão pública no Salão Nobre da Faculdade de Direito, em setembro de 1993, leu sua segunda Carta aos Brasileiros, em defesa da Constituição.

Presidiu a Associação Paulista dos Professores de Ensino Superior; o Conselho Pedagógico da Escola de Governo, para a formação de governantes; foi da Comissão

de Ética da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência; Conselheiro do Instituto Brasileiro de Altos Estudos.

Recebeu o Prêmio XI de Agosto, outorgado pelo Centro Acadêmico XI de Agosto, no vigésimo Aniversário da Carta aos Brasileiros; Professor Honoris Causa de outras Faculdades; Membro Honorário de Academias de Letras.

Uma vida de trabalhos e serviços relevantes que o fez merecedor dessas e várias outras homenagens.

Dois dias antes de falecer, sentiu-se feliz ao receber o título de *Professor Emérito da Faculdade de Direito*, onde lecionou praticamente sem cessar. Faculdade que era muito para sua vida, nela sempre presente, mesmo depois de aposentado. E título que lhe foi outorgado à unanimidade, mas, que lhe fora negado, em 1985, com dois votos contrários, motivados por questões políticas. E, em razão disso – como declarou o atual Diretor, Professor João Grandino Rodas –, “quem concedeu o título foi a própria USP – um título de Professor Emérito de toda Universidade”.

Segundo dados bibliográficos, ensinou por quase 45 anos, de vez que, aposentado compulsoriamente, aos setenta anos de idade, “continuou, em seu próprio escritório, a dissertar sobre a *Disciplina da Convivência Humana*, a grupos numerosos de estudantes em cordial visita”.

Advogado

Advogou por toda sua vida. Teve a seu lado, no exercício dessa atividade, a dedicação de sua mulher, a advogada Maria Eugênia Raposo da Silva Telles, e a filha do casal, Olívia, também advogada. De seu casamento anterior com a escritora e acadêmica Lygia Fagundes Telles, teve outro filho, Goffredo Telles Neto, falecido em março de 2006 aos 52 anos de idade.

Uma de suas teses tem o seguinte título: *Abrangência dos Direitos Humanos* (1983), apresentada no Congresso Nacional dos Advogados Pró-Constituinte.

Presidiu a Conferência Internacional sobre a Dívida Externa dos Países em Desenvolvimento (1986), proferindo discursos sobre o tema e objetivos da Conferência; presidiu a Associação Brasileira de Juristas Democratas.

Foi alvo de muitas condecorações, de medalhas, prêmios, colares, títulos.

O título de Sócio Benemérito do Instituto dos Advogados de São Paulo. Diploma de Honra e a Láurea de Advogado. Advogado-Símbolo, pelo Conselho da OAB/SP, em 1987. Condecorado com o Colar do Mérito Judiciário, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em 6/2/1997.

Eleito Membro Honorário da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (2002).

Foi Membro do Conselho Penitenciário do Estado por quase 30 anos. Secretário de Educação e Cultura da capital de São Paulo.

O Político – A Constituinte de 1946

Goffredo da Silva Telles Júnior, meu colega na Constituinte Nacional de 1946, foi – como se costuma dizer – um homem público, pois dividiu sua vida entre o Magistério, a Advocacia e a Política.

Permaneceu no Congresso, como Deputado Federal, até o final de 1950, não mais se candidatando em nenhuma eleição.

Foi Secretário de Educação e esteve sempre atento ao Processo Político Brasileiro, marcando sua presença em favor da Democracia e da Ética.

Assim, em 1977, escreveu e fez, publicamente das Arcadas, a leitura da *Carta aos Brasileiros*, que se tornou famosa pelo momento histórico em que foi lida e por pugnar pelo Estado Democrático ou de Direito.

Mais recentemente lançou outra carta. Dessa vez contra as corrupções denunciadas. A propósito ele escreveu:

“O Direito é a disciplina da convivência humana, é a ordenação da disciplina dessa convivência... os setores normais da população vivem a clamar por ética... Toda corrupção constitui atentado ao respeito pelo

próximo” – concluiu ele em saudação aos calouros de sua Faculdade, em 2007.

Na Constituinte de 1946, foi um dos que defenderam o nome de Deus no Preâmbulo da Lei Suprema.

Pugnou pela autonomia Municipal e melhores recursos financeiros para os Municípios.

Uma discriminação de rendas mais realista foi uma de suas motivações.

Debateu sobre minérios e areias monazíticas do País.

Discursou em defesa da Amazônia e contra o Instituto Internacional da Hileia Amazônica.

Preocupou-se com o salário dos trabalhadores, a Polícia Militar e problemas de nossa Economia Agrária.

Fez discursos analisando Teorias e Doutrinas Políticas.

Foi favorável à concessão de anistia aos punidos por atividades políticas.

Defendeu a manutenção dos Conselhos Administrativos até a promulgação das Constituições Estaduais.

Entre as emendas que apresentou, propôs a regulamentação da competência do Presidente da República no processo da elaboração de Leis e outra visando ao aperfeiçoamento das normas referentes à Contribuição de Melhoria.

Escreveu para Revistas Jurídicas e publicou *Justiça e Júri no Estado Moderno* (tese em 1938); *A Definição do Direito* (1941); *O Sistema Brasileiro de Discriminação de Rendas* (1946); *A Lei dos Homens* (1946); *Tratado da Conseqüência* (1949).

Lineamentos de uma Constituição Realista para o Brasil (1959); Lineamentos de uma Democracia Autêntica (1963); *O Direito Quântico*; *Ensaio sobre o fundamento da Ordem Jurídica*; *A criação do Direito* (2 vols.); *Filosofia do Direito* (2 vols.); *Tratado da Conseqüência*, *Curso de Lógica Formal*; *A Democracia e o Brasil*; *O Sistema Brasileiro de Discriminação de Rendas*; *Resistência aos Governos Injustos*; *Carta aos Brasileiros*, proclamação de princípios ao ensejo do

Sesquicentenário dos Cursos Jurídicos do Brasil (1977); *Iniciação à Ciência do Direito*.

Publicou pela Editora Saraiva *A Constituição, A Assembléia Constituinte e o Congresso Nacional* (1986); livro no qual, em magnífica síntese, assinalou os fundamentos e as finalidades dos *Textos Supremos*; deu as características do *Poder Constituinte* e a competência da *Assembleia* dele decorrente.

Passou, em seguida, ao estudo dos *Poderes Constituídos*: Poder Legislativo – Câmara dos Deputados e Senado Federal – e bem assim os Poderes Executivo e Judiciário.

Esta obra deixa clara sua posição doutrinária no campo da Ciência Política.

A mim me parece ser Goffredo Telles Júnior um social-democrata ou um democrata socialista, como se definia Norberto Bobbio.

Pela sua significação, ele dedicou esse livro à sua filha, nos seguintes termos:

“Olívia

*Este livro nasceu abençoado por você.
Ele é seu.”*

Goffredo Telles Júnior faleceu aos 94 anos de idade.

Os setores mais elevados no mundo do Direito, da Educação e da Política lamentaram a sua perda.

A perda do *Jurista*, que alcançou, na evolução de sua existência, uma saudável concepção de vida.

A perda do *Educador*, que se devotou à formação de profissionais, destinados a lutar por justiça.

A perda do *Cidadão*, exemplo para os brasileiros de nosso tempo e para as gerações que se sucedem.

Uma vida de trabalho e serviços relevantes que o fizeram merecedor de tantas homenagens. Outras virão no reconhecimento do que ele fez em benefício do todo social.

O Titanic continua navegando...

Hugo Hortêncio de Aguiar

Sumário

1. Introdução. 2. A mística do nome. 3. A manobra do 1º Piloto. 4. Uma era de exaltação marítima. 5. As lições. 5.1. O Poder Público. 5.2. Empresas de transporte. 6. As mudanças efetuadas pelas convenções marítimas internacionais. 7. A atual legislação marítima brasileira. 8. Conclusão.

Introdução

Embora pareça um contrassenso escrever um artigo sobre o Titanic, após tantas publicações sobre o assunto e uma exploração insistente pelo cinema e pelos meios de comunicação em geral, a impressão é apenas aparente, pois o evento continua muito atual, por diversas razões que justificam a sua inclusão no rol de exposições aqui realizadas, sendo as principais as seguintes:

- Os inúmeros pontos polêmicos até hoje sem diagnóstico definitivo, que poderiam, se esclarecidos, amenizar um pouco os efeitos de tão grande tragédia. Um dos pontos mais discutidos foi a manobra do 1º Piloto para desviar a embarcação do *iceberg* que, por constituir o episódio mais decisivo no drama do Titanic, vamos tentar descrever com pormenores, para trazermos um pouco de emoção à narrativa;

- Os ensinamentos que podemos usufruir do tema são numerosíssimos e convincentes, e caracterizam muito bem a vaidade humana, a busca insana de lucros

Hugo Hortêncio de Aguiar (*In Memoriam*) foi Coronel do Exército reformado, falecido em 14 de outubro de 2011, aos 88 anos, foi amigo e colaborador desta Revista. Este seu trabalho, não inteiramente concluído, consigna sua 11ª participação como autor.

e a arrogância do poder sendo destruídos num instante;

- Alguns curiosos e sugestivos aspectos legislativos que o Titanic focalizou;
- Em 14 de abril de 2012 completarmos um século do sinistro, e o assunto foi de novo focalizado pelos meios de comunicação.

2. A mística do nome

Houve muitas tentativas para “anglicizar” o nome do Titanic (Taitênic, em inglês), que fazia parte de uma série de navios terminados em “ic”, como o Olympic, o Oceanic, o Atlantic, o Britanic, todos eles ingleses, como seus proprietários, fabricantes e tripulantes, o que daria, sem dúvida, um certo direito à escolha da pronúncia. Mas a acentuação “ic” final, bem ao estilo francês, foi o que notabilizou o grande navio.

Lembre-mo-nos de que, em 1912, o mundo ocidental ainda vivia os últimos repiques da *belle époque*. Tudo que fosse ostentação, luxo, educação refinada devia respirar um pouco do clima francês. Os colégios mais caros, particularmente os femininos, pela cultura ornamental da mulher, aqui na América do Sul, ensinavam o francês como segunda língua, depois da nativa. Nos internatos, era comum o uso do francês no dia a dia.

Toda jovem considerada “de boa família” quase sempre tocava piano, constando de seu repertório, obrigatoriamente, músicas de Chopin, que, embora polonês, tinha ascendência francesa por parte de pai e projetou-se artisticamente em Paris.

Tudo o que era arte era inspirado na França, como acontecia com a decoração do Titanic. As viagens da Inglaterra para os Estados Unidos ou Canadá e vice-versa (Halifax, Boston ou Nova Iorque), linha normal dos grandes transatlânticos, faziam escala em Cherburgo, na costa da França, não somente para acolher os passageiros da Europa, mas para dar à viagem um

colorido mais elegante, com os milionários de requinte parisiense. De modo que o Titanic, com exceção dos ambientes em que o idioma inglês é patrioticamente exclusivo, é universalmente referido por sua pronúncia francesa.

Mas não era isso que dava ao portentoso navio um ar de mistério. Nem mesmo as suas dimensões colossais ou as dramáticas circunstâncias de seu desaparecimento, ou os estranhos pormenores que poderiam ter evitado o desastre. Na verdade, nunca saberemos mesmo qual a verdadeira razão que torna um evento ou uma realização humana mais transcendente que seu significado literal.

Os termos Titanic e Apocalipse são dois exemplos.

O primeiro, em inglês, sugere qualidade “forte como um Titã”. No entanto, o navio era e continua a ser mais do que isso, pois detém ainda o diploma de vítima de uma das grandes tragédias da humanidade, que esconde muitos mistérios. O segundo, o Apocalipse, com tradução do grego “revelação”, sugerindo um esclarecimento da doutrina cristã, desperta automaticamente a ideia de “fim de mundo”. É o misticismo suplantando a conotação semântica.

3. A manobra do 1º Piloto (ver croqui nº 1)

Como dissemos na Introdução, esse item está sendo incluído com bastantes pormenores, não somente para variar um pouco o tom de repertório de preceitos que, afinal de contas, representam um dos nossos objetivos, mas também para dar aos leitores uma informação segura, quase completa, fundamentada em pesquisas técnicas de fontes capacitadas, sobre o episódio mais decisivo em toda a odisseia do Titanic.

Realmente a manobra do 1º Piloto William McMaster Murdoch tem sido muito discutida. Alguns opinam que o 1º Piloto deveria ter revertido a marcha, mas

mantido o curso e entestado o bloco de gelo. Uma das críticas mais consideradas foi a do arquiteto naval Edward Wilding, da empresa Harland & Wolff, construtora do navio. Segundo ele, o navio deveria ter mantido o curso e a velocidade, enfrentando o *iceberg*, com a proa sofrendo as avarias e a morte de no mínimo duzentas pessoas, que ali ocupavam acomodações. Mas o navio não teria afundado.

A nossa opinião é absolutamente contrária.

Em primeiro lugar, porque é instintiva a decisão de evitar um choque frontal. Em segundo lugar, uma massa de 60.000 toneladas (incluída a carga embarcada), a uma velocidade de mais de 40 km/hora, batendo de frente numa montanha de gelo inquebrantável, além dos estragos diretos que comprometeriam violentamente dois ou três compartimentos dianteiros, com a morte certa de duas centenas de pessoas, produziria efeitos indiretos presumíveis, como incêndios, deslocamento de estruturas, pânico e muitas outras coisas que podemos imaginar. Apesar do resultado infeliz, julgamos a manobra do 1º Piloto muito correta.

A nossa descrição do episódio é fruto de uma pesquisa demorada e paciente sobre o assunto.

Há elementos que são invariáveis, como as dimensões do navio, as sinaleiras de transmissão de ordens (da ponte de comando para a casa de máquinas), e outros que, embora variáveis, são confirmados por todas as fontes, como a falta de luar, a escuridão fora do comum, as mensagens sobre *icebergs* e campos de gelo à frente, a falta de binóculo dos vigias, a velocidade aproximada do navio, que os oficiais e suboficiais sobreviventes confirmaram, pois tinham lido várias vezes no diário de bordo.

Há, por sua vez, elementos que são absolutamente aleatórios, como a velocidade reduzida, o tempo de reversão dos motores, a distância inicial do *iceberg* (varia com o observador), o desvio do navio para

a esquerda (variável com muitos fatores), o tempo exato (em segundos) gasto nas etapas críticas percorridas depois do alarme. De modo que há uma infinidade de soluções para a escolha da manobra provável realizada. A nossa é a que atende adequadamente a todos esses elementos, sem violentar nenhuma informação já confirmada e aceita como correta por mais de uma fonte.

Vejam os pormenores, com auxílio do croqui nº 1.

A linha A-B é o ponto do Oceano Atlântico em que o vigia Frederick Fleet, que sobreviveu ao naufrágio, avistou o *iceberg* a cerca de 500 metros, em frente e um pouco para a direita, como mostra o desenho.

Eram 23h40min do dia 14 de abril de 1912.

A linha C-D corresponde ao ponto em que o vigia Fleet deu o alarme para a Ponte de Comando, 3 segundos após ter avistado o *iceberg*, gastos assim: 1 segundo para tocar o sino de alerta; 1 segundo para ligar o telefone e 1 segundo para avisar “*Iceberg à Frente!*”. O navio se deslocara mais 34 m, 50, a uma velocidade de 41 km 67/hora ou 11 m 50/segundo, sua velocidade àquele momento.

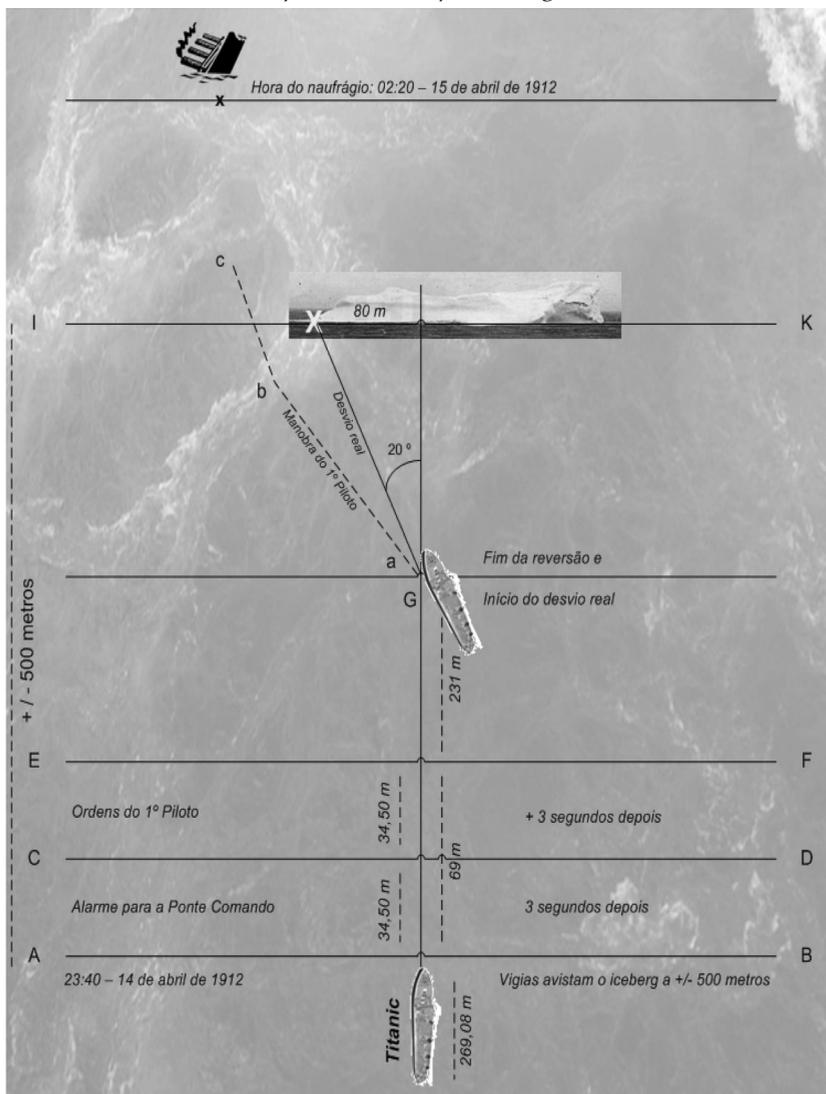
Na Ponte de Comando estavam, então, o 1º Piloto Murdoch, o Sexto Oficial James Mood e o timoneiro Robert Hitchins (que fazia o seu quarto no leme). Quem recebeu o telefonema do vigia foi Moody, que ainda agradeceu ao vigia pelo alarme, gastando, no cumprimento, 1 segundo. Murdoch, o 1º Piloto, numa reação instantânea, ao mesmo tempo em que ordenava pela sinaleira à Casa de Máquinas uma “*Ré Total!*”, determinava ao timoneiro “*Firme a Estibordo!*”, gastando em suas ordens apenas 1 segundo. Apesar da atuação relâmpago do 1º Piloto, o navio andara mais 34 m 50 nesses últimos 3 segundos e, desde o início, já se aproximara 69 metros do *iceberg*, então a aproximadamente $\frac{1}{4}$ de milha de distância (a milha marítima, ou nó, mede 1852 metros).

Há uma grande polêmica sobre a distância do *iceberg* quando avistado, porque a National Geographic, dezembro, 1985, p. 702, cita ¼ de milha como provável. Mas os seguintes fatores devem ser considerados:

A noite estava muito escura. Os vigias [Frederick Fleet e Reginald Lee] não dispunham de binóculos que, mesmo no escuro, favorecem muito. O vigia

Fleet declarou no inquérito (ao qual foi submetido nos Estados Unidos, posteriormente ao desastre) que não sabia calcular distâncias no mar, muito menos à noite. A tendência, segundo o vigia, é diminuir a distância de alvos em superfícies do mesmo tom, como mares, planícies geladas, terra plana de mesma vegetação.

Croqui nº 1: O Mapa da Tragédia



- Linha a, b, c (pontilhada): manobra concedida pelo 1º piloto
 - X ponto de choque: Muito perto de meia-noite, com velocidade de 34,2 Km/hora ou 9m,50/s.
- Obs. Não há escala métrica. As distâncias essenciais estão indicadas por números.

Além disso (acrescemos), os cálculos da manobra combinam com a distância de mais de um quarto de milha (500 metros), realmente muito pequena para as dimensões do navio (269,08 metros de comprimento).”

Logo após o desligamento da pressão do vapor nos motores, o navio ficou solto, “debreado”. Como o leme foi forçado ao máximo, o navio oscilou, balançou. É o mesmo que um automóvel, numa velocidade expressiva, sofrer uma debreagem total e ser manobrado para a esquerda ou para a direita. A linha pontilhada, logo acima da E-F, indica-o. Marinheiros consultados dizem que, mesmo durante a reversão (motores a Ré), enquanto o navio não “engrena” totalmente, o efeito da pressão da água impulsionado pelas hélices contra a placa do leme (na popa) é muito menor, o que fez com que o navio não tivesse sofrido desvio sensível até o ponto G, quando voltou a se equilibrar no fim da reversão.

Assim, quando começou a desviar visivelmente para bombordo¹ (esquerda), o Titanic já tinha navegado $69 + 231 = 300$ metros, desde a visão do *iceberg*, agora com sua ponta esquerda a 220 metros, pois a distância aumentou um pouco com o desvio. A velocidade no trecho anterior, entre as linhas E-F e I-K, foi, em média, 39,6 km/h ou 11 m/s. Essa nova distância de 220 m, entre o ponto J e o *iceberg*, seria percorrida a uma velocidade de 36 km/h ou 10 m/s, no tempo de 22 s.

Como o desvio foi pequeno, e o novo rumo só conseguiu um ângulo de 20° com o rumo original, o desvio no *iceberg* foi de apenas 80 metros. Infelizmente, seriam necessários, pelo menos, 2 metros a mais. Esse desvio pequeno é que tomou conta dos pesquisadores, intrigados com o problema da eficiência do mecanismo do leme (direção, na ponte de comando, transmissões e

placa de leme, na popa), ainda hoje não perfeitamente esclarecido. O que sabemos, nós, que não somos marinheiros, é que um leme tão alto (23 m, 16 de altura e muito pesado) era realmente difícil de ser manobrado por meio de uma haste de ferro encaixada na sua cabeça, a girar um eixo contínuo, que fazia pressão apenas na parte superior.

Quanto à ordem do 1º Piloto “Firme a Estibordo”, ela significava levar a popa (parte de trás) para “estibordo” (direita) e a proa (parte da frente) para “bombordo” (esquerda), o que de fato aconteceu, como está bem claro no croqui². Esse tipo de sistema de direção foi mudado em 1928³.

O navio colidiu com o *iceberg* a uma velocidade de 34 km, 200/hora ou 9 m 50 s. Imaginemos a potência da batida de uma massa de 60.000 toneladas naquela velocidade!

O contato foi a estibordo, desde uns cinco metros da ponta da proa até a Casa de Máquinas nº 5, num comprimento de cerca de 90 metros.

Sabemos hoje que não houve um rasgão enorme, como era suposto inicialmente, porém compressão nas chapas de aço do casco e deslocamento de rebites, causando frestas de diversas dimensões. Quais exatamente as avarias, nunca foi bem esclarecido, porquanto o casco avariado ficou parcialmente enterrado no leito marinho.

Algo foi confirmado pela lógica: a saliência do gelo, que produziu as avarias, não era pontiaguda, senão o efeito teria sido arrasador. O contato foi muito abaixo da linha d’água, por isso o barulho do choque não foi muito grande, porque abafado por uma massa de água de vários metros de altura. Quanto à colisão, esta só poderia ser evitada se o 1º Piloto tivesse tido espaço e tempo para manobrar “ao contrário”. E

² Outra solução (muito aceita) seria fazer o desvio (maior um pouco) e manter a velocidade. Mas atingiria o *iceberg* mais depressa. Se houvesse choque, seria menor a área de contato, porém com maior potência.

³ Após a Convenção sobre a Salvaguarda da Vida Humana no Mar, em Londres.

a ordem teria sido naturalmente “Firme a Bombordo”, fazendo com que o navio, em vez de rumar para o *iceberg*, sofresse uma limitada mas salvadora translação lateral, numa segunda manobra.

A linha pontilhada (pontos pequenos) “a-b-c” mostra no croqui a ideia do 1º Piloto, que revelou seu propósito ao Comandante, todavia o desvio do navio foi muito pequeno e o *iceberg* estava muito perto.

O navio, já nas mãos do Capitão Smith, sofreu algumas marchas e contra-marchas e terminou parando de vez a pouco mais de 500 metros depois do *iceberg*, distância essa contada da proa.

Apesar de todo o seu profissionalismo, o 1º Piloto não pôde evitar o pior. Com 10 minutos passados da colisão, o Titanic estava inundado por cerca de 3.000 toneladas (ou metros cúbicos) de água, o que significava 3.000.000 (três milhões) de litros. Seu naufrágio foi previsto pelo arquiteto naval Thomas Andrews, um dos seus construtores, com uma precisão admirável para as circunstâncias. Ele calculou que o navio afundaria em no máximo 2 horas. Afundou às 2 h 20, eis que o cálculo fora feito depois de 20 minutos da colisão, perto da meia-noite. Assim, a hora exata do naufrágio foi 2 h 20 de 15 de abril de 1912 (hora local, correspondendo à mesma hora de Brasília, que está no mesmo fuso horário do local do acidente).

Depois da colisão com o *iceberg*, o Titanic levou exatamente 2 horas e 40 minutos para naufragar, pois colidira com o *iceberg* às 23 h 40 do dia 14 de abril de 1912. Contando com mais de 10 minutos que levou para chegar ao fundo do oceano, a viagem inaugural e última do Titanic teve a duração total de 4 dias, 17 horas e 30 minutos, não esquecendo que temos de somar mais de 3 horas ao fuso básico de Greenwich, de onde partiu às 12 horas do dia 10 de abril de 1912. Apesar de tantas adversidades, temos que reconhecer que a manobra do 1º Piloto William McMaster Murdoch, uma das vítimas fatais do naufrágio, foi digna de um profissional

de valor, e que era a decisão mais acertada para o momento e que, mesmo com um resultado não muito feliz, ainda conseguiu salvar 705 vidas.

Mesmo assim, como sempre acontece, razões foram alegadas para justificativa da tragédia e muitos culpados indiciados pelas críticas da opinião pública e da imprensa. Mas a imputação da culpa pouco adiantou, uma vez que os pretensos culpados também foram vítimas.

Um dos comentários era que se o Sexto Oficial James Moody, que estava na Ponte de Comando ao lado do 1º Piloto, não tivesse perdido tempo em agradecer ao vigia pelo alarme (ao telefone), e o tivesse transmitido imediatamente ao 1º Piloto, a manobra teria ganho 1 ou 2 segundos, o que representaria uma pequena vantagem frente ao *iceberg*.

Divagações desse tipo não adiantam. O correto é a prevenção.

As medidas apresentadas nos cálculos da manobra estão baseadas em duas considerações fundamentais: a velocidade do navio, às 23 h 40, como sendo de 41 km, 670, por hora (11 m, 578 por segundo) e a distância do *iceberg* quando avistado, a cerca de 500 metros. É uma solução, pelo menos, razoável.

4. Uma era de exaltação marítima

Não havia ainda transporte aéreo. O transporte terrestre era ferroviário, interestadual, só havendo praticamente a Transiberiana ligando Europa e Ásia e alguns trechos nos Bálcãs ligando nações. O transporte rodoviário fazia parte de sonhos, realizados apenas por modelos especiais de automóveis para milionários especiais. Era o princípio do século XX.

O transporte marítimo, pelo contrário, estava no apogeu, particularmente quanto a navios de passageiros, numa disputa acirrada entre a Inglaterra, a Alemanha e os Estados Unidos pela primazia da velocidade, do conforto e do luxo dos transatlânticos,

pois esse era o nome dos transportadores marítimos de passageiros, através do Atlântico, trazendo-os da Europa para a América, terra de liberdade e promessa de vida nova.

O desenvolvimento da indústria naval era tão grande e a recompensa financeira tão garantida que, apesar de tantos acidentes, um transatlântico de luxo era a expressão mais alta do prestígio nacional e o seu comandante um predestinado, que galgara um alto degrau na escala social.

Essa mística durou até a Segunda Guerra Mundial.

Até nas costas brasileiras, ainda nos anos 40, os nossos navios do Lloyd Brasileiro e da Companhia de Navegação Costeira (ITA) guardavam sinais dessa ostentação ambulante, porque era exigido, para o jantar a bordo, traje de passeio completo e o material das refeições, além da louça finíssima, era todo de prata. Nos transatlânticos de maior porte, o jantar era servido com os passageiros de Summer-jacket, se homens, e o correspondente para as senhoras. Naturalmente isso era um reflexo dos costumes sociais de que o Titanic, segundo os analistas, era um retrato perfeito.

Foi nesse clima de arrogância e vaidade que vamos encontrar, a bordo desse imenso navio, Bruce Ismay, seu proprietário e o Capitão Edward John Smith, seu comandante.

Ismay, principal executivo da White Star Line, Companhia de Navegação proprietária de grandes transatlânticos, quase todos terminados em "ic", como o Titanic, o Olympic, e outros já citados, vivia para os lucros empresariais. Era um magnata do império da navegação e não podemos acusá-lo diretamente porque o aço do casco do Titanic não tinha a dosagem certa ou pela possível deficiência do leme. Porém autorizar a viagem de um navio daquele porte com botes salva-vidas para pouco mais de 1/3 da lotação permitida era, na melhor das hipóteses, um crime culposo. Essa desproporção era devido a uma legislação de vinte anos passados, que não se atualizara. A desculpa era que, se houvesse

acidente com um navio tão seguro, e já dispondo de rádio, haveria condições para a chegada de outros barcos e o transbordo seria fácil.

Somos de opinião que não só Bruce Ismay, mas também os órgãos de fiscalização, como igualmente o Comandante Smith e, por que não dizer, até os influentes e magnatas passageiros das suítes de luxo eram parceiros nessa criminosa irresponsabilidade. Mas a maneira de pensar de então servia de explicação para tanta negligência, pois ainda hoje argumentam, era uma prática normal na época.

- Nos primeiros quatro dias, até sábado, o Titanic realizou uma viagem calma, com bastante equilíbrio, ajudado por um tempo favorável, céu claro, ventos leves e o mar quase sem ondas. Naquelas condições atmosféricas, Bruce Ismay, ainda em Queenstown⁴, achara que nos dois últimos dias previstos de viagem, 15 e 16 de abril, 2ª e 3ª feiras, o navio poderia alcançar sua velocidade máxima e chegar um dia antes do programado, o que seria uma grande propaganda para a empresa. Houve uma discussão de Ismay com o chefe das máquinas, contrário à ideia. O Capitão Smith parece não ter participado da discussão.

Embora tivesse depois manifestado sua posição contra o aumento da velocidade, a verdade é que no dia 14, domingo à tarde, as caldeiras de reserva já estavam sendo preparadas para o aumento de velocidade no dia seguinte. Se o tempo estava agradável e o mar tranquilo, havia um perigo potencial que aumentava dia a dia, com a aproximação da área perigosa, dos *icebergs*, resultado do degelo do Polo Norte, vindo de correntes marinhas a partir da Península Labrador. Já no dia 10 de abril, um navio de bandeira francesa, o Niagara, informara

⁴ Atual Cobh, cidade costeira do sudeste da Irlanda.

sua colisão com um *iceberg* a menos de 200 km da rota futura do Titanic. Além desse aviso, cerca de vinte navios deram notícias sobre esse perigo até o dia 14 de abril. No domingo, pelo menos seis mensagens de navios próximos informaram a presença dos blocos e campos de gelo, alguns na rota do navio e mesmo nas coordenadas da futura colisão.

Com tantas informações, muitos da tripulação sabiam existir um risco iminente e os oficiais, por sua própria conta, já calculavam a hora do provável encontro com o campo de gelo.

Sobre a rota dos navios entre a Europa e os Estados Unidos, há um ponto de grande importância a ressaltar. O curso das embarcações obedecia a uma rota programada, conveniada entre as empresas marítimas, para evitar *icebergs*. Essa rota, compreendida em um grande círculo, partindo de uma praia na Irlanda do Norte, passando pelo ponto de coordenadas 42° Norte e 47° Oeste, terminava em uma ilha do estado de Massachussetts. Era chamado “desvio sul”, permitido à navegação comercial regular. Naturalmente era traçado nas cartas de navegação em função da linha máxima de flutuação dos *icebergs* do Norte para o Sul. Pois bem. Esse ponto 42° N 47° W distava apenas pouco mais de 300 km do local da tragédia e a continuação da linha imaginária do grande círculo, regulador da rota “segura”, passava a pouco mais de 100 km da rota do Titanic, prova evidente de que o barco navegava no limite certo permitido pelo acordo, e, assim, seu comandante correspondia à confiança que a Companhia depositava nele, diminuindo o trajeto e aumentando a velocidade, embora arriscando a vida de passageiros e tripulantes, como veremos.

Toda essa argumentação, ainda hoje valendo, está ligada a uma informação documentada de que dispomos, mas datada de 1969. Esta documentação contém uma interrogação grave.

A linha máxima de flutuação dos *icebergs*, ao sul da Terra Nova, Canadá, desce

muito para o Sul, formando uma linha imaginária como um bolsão, cujo ápice está a cerca de 1.200 km da terra firme.

Isso quer dizer que os *icebergs* poderiam alcançar até centenas de km ao sul da rota conveniada pelas empresas de navegação e que, tanto o Titanic como o Niagara, de bandeira francesa, que colidiu com um deles, como a maioria dos navios acidentados pelo gelo, todos navegavam absolutamente enquadrados pela área de desdobramento de *icebergs*. Até o Carpathia, quando recebeu o pedido de socorro, como também os que faziam rota entre Nova Iorque e a Europa, navegava dentro dessa área perigosa do Atlântico Norte.⁵

Então surge a pergunta: em 1912, as empresas de navegação tinham conhecimento desse perigo potencial? Ao que tudo indica, não havia na época tecnologia para um levantamento geodésico e cartográfico dentro dos padrões modernos. Isso está claro. Entretanto já havia mapeamentos de superfícies dos mares, não sabemos se já determinando limites de flutuação de *icebergs*. Se assim fosse, seria um erro clamoroso. A nossa documentação é de 1969, mas já faz referências a levantamentos oceanográficos no Atlântico, a partir de 1857 para navios ingleses, a partir de 1872 para navios americanos e a partir de 1874 para os alemães.

Esse desdobramento de *icebergs* que atingem latitudes mais tropicais é consequência de vários fatores geográficos, sendo um dos mais importantes o forte degelo nas calotas polares devido a invernos fracos. Foi o que sucedeu em 1912 nas latitudes polares do hemisfério norte, permitindo que blocos de gelo, como os que circundam a Ilha de Terra Nova, Canadá, avançassem mais para o Sul. Esse fenômeno, aliado

⁵ Saibam os que praticam esportes marítimos no litoral do Rio Grande do Sul, Uruguai e Argentina saibam que a linha de flutuação máxima dos *icebergs* oriundos do Sul, da Antártida, chega a 300 km da cidade e porto de Rio Grande, a 400 km de Porto Alegre e a 150 km de Mar Del Plata (Argentina). Serve como aviso.

à corrente do Golfo do México, que se deslocou, naquele ano, também mais para o Sul, agravou o problema. Contra tantas adversidades, a vaidade humana não podia lutar. E foi vencida. Tragicamente.

5. As lições

Tudo no Titanic era impressionante, até a capacidade de produzir ensinamentos. Um verdadeiro manancial, se utilizarmos apenas os pontos polêmicos que ainda hoje constituem a matéria mais atraente para os pesquisadores e são verdadeiras lições de vida.

Mas o presente artigo não suportaria uma carga tão diversificada de informações, bem como a paciência dos leitores. Restringimo-nos aos enfoques essenciais na área do transporte que, além do nosso objetivo principal, estão referidos aos procedimentos dos responsáveis pela grande tragédia.

Procuramos, para facilidade da exposição, fazer as comparações por esferas de responsabilidade.

5.1. O Poder Público

Com toda a imagem de seriedade que a Inglaterra, então “governadora dos mares”, procurava projetar até os confins da Terra, não pode haver explicação para que um navio de 46.000 toneladas (peso vazio) fosse licenciado para navegar baseado em legislação de dezenas de anos passados. Um dispositivo legal admitia uma provisão de botes salva-vidas para pouco mais de 1/3 de sua lotação máxima autorizada. Como um escandaloso preceito de lei, desse tipo, estava em validade num país sempre distinguido pelos apegos aos direitos de cidadania é um alerta para os responsáveis, em todos os demais países do mundo, em tudo que é da competência do Estado, com relação a transportes aéreos, marítimos e terrestres.

Não podemos analisar todas as medidas preventivas, porque são milhares,

mas um só caso, de caráter tão chocante como o dos botes salva-vidas, serviria como norma, nos nossos dispositivos legais sobre transporte, para não incorrerem em erros tão primários. No entanto, a bem da verdade, não sabemos de nenhum exemplo escabroso que possa macular a nossa legislação.

Embora alguns pontos sejam polêmicos, como limite de velocidade, grau de punição, idade para motoristas, condições de utilização de estradas precárias etc., de um modo geral, quanto ao poder público, a nossa situação é favorável, com o nosso Código Nacional de Trânsito e a legislação complementar adequados para o país. As nossas falhas de fiscalização no cumprimento das leis não são prerrogativas da área de transporte, mas consequências de um processo cultural, histórico, de causas profundas, cujo saneamento tem que ser homeopático, paciente e persistente, amparado por decidida vontade política.

Essa falha na atualização da legislação comercial marítima inglesa, constituindo realmente um crime culposo, teve um efeito desastroso nas empresas de navegação inglesas, principalmente na White Star Line, proprietária do Titanic, cujo executivo principal, Bruce Ismay, disputando a primazia das travessias atlânticas, só buscava o conforto, o luxo e a velocidade dos navios em detrimento da segurança.

Assim, vários foram os pontos negativos da história do Titanic, desde a sua construção até o seu naufrágio, de responsabilidade da empresa proprietária e de seus operadores, dos quais ressaltaremos apenas aqueles que melhor sejam aproveitados como lição e exemplo para as nossas atuais empresas de transportes.

5.2. Empresas de transporte

Se quanto ao Estado a nossa posição é aceitável, o mesmo não podemos dizer com relação às empresas de transporte, tanto as de capital privado quanto as estatais, particularmente as terrestres.

Elas lutam contra a deficiência técnica de manutenção, a carestia dos combustíveis, as estradas precárias e, acima de tudo, o elemento humano de baixa qualificação profissional. Para aumentar o desgaste, a presença inquietante do crime organizado nas estradas e cidades. Por mais justo ressarcimento que haja, não há compensação para paradas operacionais, provocadas ou acidentais. Então são usados artifícios de fortuna, os “quebra-galhos”, para a manutenção artificial e aparente. Quando esses recursos escusos atingem aspectos essenciais da segurança, ao preço da vida dos passageiros, os responsáveis estão copiando a mesma atitude dos proprietários do Titanic, que programaram a sua viagem inaugural sem o combustível necessário para um eventual desvio de rota ou se acomodaram à situação deficiente de botes salva-vidas.

Do mesmo modo que as empresas de navegação do Atlântico Norte exigiam o tráfego de seus navios por águas oceânicas saturadas de *icebergs*, para economizarem tempo e combustível, as nossas empresas de transporte terrestre, usando às vezes estradas precárias, forçam o cumprimento de horários, agravando a segurança.

Essas considerações são extensivas ao transporte aéreo, onde não somente as falhas na manutenção, como também a exigência de cumprimento rigoroso de horários de voo, com mau tempo, podem acarretar consequências catastróficas. Como todos bem sabemos, o espaço aéreo, que é a estrada do avião, em condições atmosféricas adversas, é perigosíssimo.

Como os caros leitores devem ter observado, deixamos para o último lugar as considerações sobre o transporte marítimo (incluindo o fluvial), que deveria, mais do que os outros, usufruir os ensinamentos deixados por seu majestoso representante, de vida tão fugaz e trágica no Atlântico Norte.

Mas em nossa descompromissada coleta de dados, temos colhido observações muito

curiosas e uma delas é que, em se tratando de uma modalidade de transporte não muito utilizada pela maioria da população, é natural que o número de acidentes não chegue a impressionar a mídia sensacionalista. E ainda mais curioso: a maioria dos acidentes, com as embarcações já deficientes, é por superlotação. Exatamente uma falha que o Titanic não apresentava.

De qualquer modo, as considerações que fizemos para o transporte terrestre são aplicáveis às outras duas modalidades, respeitadas as características de cada uma, e num grau de intensidade maior ou menor. Contudo, foi o caráter fraco de Smith o fator responsável pela não tomada da decisão correta, que seria parar o navio, como fez acertadamente o tão acusado comandante do Californian⁶, ou pelo menos, diminuir sensivelmente a marcha do Titanic, para atender a qualquer eventualidade.

Mas a bordo estava Bruce Ismay, principal executivo (presidente) da White Star Line, proprietária do navio, que, desde o início da viagem, pressionava para chegar mais cedo em Nova Iorque, e o Capitão Smith, que devia saber, mais do que todos, dos perigos que sua embarcação corria, não o quis contrariar. Faltou-lhe personalidade.

Como já dissemos, não foi a única oportunidade em que essa falha de comportamento foi demonstrada. A primeira fora um dia antes da partida de Southampton, quando o comando de sua tripulação foi alterado, tendo que receber um novo imediato, naturalmente por imposição da Empresa. Tal remanejamento de pessoal causou embaraço entre os oficiais, tendo em vista a responsabilidade de uma viagem inaugural de um navio daquele porte. A segunda vez fora pouco antes da saída, quando escondeu do inspetor da “Board of Trade” o incêndio ainda não apagado numa carvoaria do navio, porquanto isso poderia atrasar a viagem. Outra vez, foi ignorado

⁶ Seu nome era Stanley Lord.

por Bruce Ismay, quando este discutia com o chefe das máquinas a velocidade do navio. E, finalmente, ignorando os avisos e omitindo-se em tomar uma decisão correta talvez por comodidade e garantia de sua posição de comando.

Infelizmente, tal qualidade não foi tão somente apanágio do comandante do Titanic, Capitão Smith. Ela tem sido encontrada com muita frequência entre os responsáveis pelas atividades de empresas de transportes de toda modalidade, seja na condição de proprietários seja de executivos, seja na condição de fiscais seja de operadores (comandantes em avião ou embarcação, motoristas em ônibus ou caminhões).

Impedir uma viagem, ou a continuação dela, pela verificação de um defeito mecânico que afete a segurança, ou mesmo por condições meteorológicas adversas, em geral atende o natural senso de responsabilidade e exige uma forte decisão.

Uma decisão que vai contrariar os interesses imediatos da Organização e enfrentar quase sempre a discordância da maioria dos passageiros, interessados em chegar ao destino o mais cedo possível, pelos compromissos de rotina.

Esses passageiros, a despeito de advogarem a necessidade de medidas de segurança, emocionalmente reclamam sempre, constituindo a terceira esfera de responsabilidade, na condição de particulares.

- Os particulares que possuem pequenos aviões, barcos esportivos (somente uma minoria) e, principalmente, automóveis, também não escapam ao escantilho de ensinamentos, de grande abrangência, que o naufrágio provocou. Talvez sejamos, os particulares, os mais atingidos por nossa área de atuação, diversificada e ampla, mas a distribuição dos eventos negativos no tempo e no espaço, pulverizando o sensacionalismo, não atende às exigências da mídia sedenta de emoção, mesmo à custa

do sofrimento alheio, excetuados os casos especiais.⁷

Assim, os observadores desavisados não se dão conta das cifras alarmantes de acidentes com meios de transporte particulares, individuais, todas as modalidades, com indiscutível maioria para os veículos terrestres.

No início do presente item com o título de “As Lições”, ressaltamos que a nossa ênfase seria para os ensinamentos na área de transporte, tão somente para brevidade da exposição. Todavia, chegamos à conclusão que nem assim deixaria de ser vasta e conhecida, com recomendações para o exercício da atividade, e que estaríamos repetindo apenas conselhos e cuidados. Em outras palavras, estaríamos ensinando “Pai Nosso a vigário”.

Um documentário de televisão veio em nosso socorro. Estava incluído num seriado do Canal 51-NET, intitulado *Powerzone*, mas o Capítulo era *High Speed Impacts*. Foi no dia 19/06/2003, entre 22 h e 24 h (*Discovery Channel*).

Em substituição a páginas e mais páginas de falhas humanas e materiais da viagem do Titanic, transferidas sob a forma de ensinamentos para o nosso dia a dia ao volante, o documentário, com a reconhecida autoridade dos especialistas da Nasa, era um sumário de testes experimentais realizados com aviões de combate durante a “guerra fria”, tentando neutralizar os efeitos dos impactos violentos das aeronaves em queda acidental ou mesmo em paradas bruscas no solo. Como parte dessas experiências, que buscavam aumentar a segurança do pessoal e do material, passou a ser aplicada a veículos motorizados terrestres, dadas determinadas semelhanças, as estatísticas revelaram aspectos curiosos, verdadeiros ensinamentos:

- Era maior a mortalidade de pilotos de jato ao volante ou como passa-

⁷ Carros particulares não fazem, regularmente, transporte coletivo, embora disponham de acomodações para quatro ou cinco passageiros.

geiros de veículos terrestres (quase sempre em carros particulares) do que em exercícios aéreos;

- A grande maioria dos acidentes com carros particulares acontecia em trechos de pista horizontal e plana;
- A utilização de aparelhos de segurança (cintos, sacos plásticos, almofadas etc.), usados corretamente, pode neutralizar impactos violentíssimos, tanto no solo, quanto de avião em queda acidental. Testes foram realizados, inclusive com cientistas voluntários da Nasa, com protótipos da altura de 100 metros, em queda livre, tendo o cientista saído ileso e reclamando apenas de dor de cabeça. Naturalmente os modelos dessa aparelhagem de segurança já são mais modernos e eficientes do que os por nós comercializados;
- Um dos motivos de morte ou lesão grave em acidentes de avião é o desprendimento de objetos contusos ou pesados dentro da cabine, particularmente dos bagageiros, o que aconselha ao passageiro viajar com a menor bagagem de mão possível. Essa recomendação é extensiva aos carros particulares, com especial atenção para os objetos colocados atrás do banco traseiro;
- As asas dos aviões comerciais de passageiros passaram a ser embaixo do conjunto, porque funcionam como amortecedores da fuselagem, em impacto forte. Contudo, o combustível é transportado nas asas e, com o choque, há perigo de incêndio. O fogo, como os três outros elementos básicos da natureza, continua um desafio para a tecnologia.

O que há de substancial nesse documentário é que resumiu uma citação interminável de ensinamentos que a viagem do Titanic nos transferiu, aos motoristas particulares, ao mesmo tempo que sintetizou brilhantemente, com dois exemplos, e utilizando o elemento humano ideal para a

comparação (o piloto de jato militar), toda a filosofia para a devida assimilação na condução dos nossos modestos veículos.

A primeira imagem transmitida é a da disciplina absoluta de voo, individual ou em conjunto, nas operações de treinamento, mesmo em tempo de paz. O observador leigo no assunto nem de longe pode imaginar, nos voos de formação de combate, a que limites de concentração, disciplina e técnica operacional chega o piloto de jato militar, nessa atividade tão perigosa. No entanto, os acidentes são relativamente reduzidos. Tradução para nós: cumprimento rigoroso das normas de trânsito, por mais adversas que elas se apresentem.

A segunda imagem é complementar da primeira. Quando termina um dia de treinamento exaustivo, o piloto de jato, como uma mola de aço comprimida que se distende, utiliza o seu automóvel para o lazer e, numa compensação natural e instintiva, procura a descontração que, nos desavisados, pode levar ao relaxamento das regras de trânsito (excesso de velocidade, ultrapassagens, utilização do celular ao volante, etc) e o resultado é o número elevado de acidentes. Tradução para nós: mesmo nas condições mais favoráveis de estrada, tempo e tráfego, continuar observando as regras de trânsito, com especial atenção para o limite de velocidade.

Um sentimento que o conjunto de testes insiste em nos infundir é a confiança na aparelhagem de segurança, particularmente o *air-bag*, equipamento que representa hoje uma grande evolução em relação ao cinto de segurança. Contudo, mesmo o cinto de segurança, se bem usado, pode atenuar ou até impedir lesões em acidentes graves.

6. As mudanças efetuadas pelas convenções marítimas internacionais

A Convenção Marítima Internacional de Haia, de 1914, adotada por 13 países, foi realizada com o objetivo de adotar padrões instrumentais e operacionais mais compa-

tíveis com os avanços navais, de forma a preservar a integridade das pessoas físicas nas viagens marítimas.

O desastre do Titanic suscitara dúvidas e temores reais quanto à segurança desse meio de transporte, seja quanto aos equipamentos de salvamento e resgate de passageiros disponíveis, seja quanto às condições de navegabilidade das embarcações e até quanto à capacidade técnica de seus condutores.

Essa Convenção visou ao estabelecimento de normas resolutivas no sentido de aumentar as chances de sobrevivência das pessoas e preservação do patrimônio material no caso de sinistros marinhos. Por exemplo, até o surgimento do Titanic, os maiores navios a vapor existentes não tinham uma tonelagem superior a 10.000 toneladas e os barcos de salvamento atendiam apenas àquelas dimensões de embarcações. Não se questionou, por ocasião do surgimento de grandes transatlânticos, como o Titanic e o Olympic, a atualização dos padrões físicos de segurança das embarcações.

A partir da Convenção de Haia, de 1914, e da Convenção sobre a Salvaguarda da Vida Humana no Mar (firmada em Londres, em 1928), foram adotados novos regramentos voltados à prevenção dos acidentes, principalmente tendo em vista as rotas oceânicas, exigindo-se, entre outras ações:

1) um número de botes salva-vidas proporcional ao peso e às dimensões das respectivas embarcações;

2) velocidades limitadas em faixas sujeitas a *icebergs*, neblinas ou mares agitados;

3) operações portuárias, fluviais e de transbordo rigorosamente monitoradas pelas autoridades competentes;

4) limites rigorosos para a idade dos barcos e tonelagem bruta transportada;

5) reforço da estrutura dos cascos das embarcações.

De lá pra cá, tem crescido a preocupação normativa com a segurança nos mares, mormente nos tempos atuais, em

que a proteção do meio ambiente não se restringe apenas à segurança dos navios, mas também às áreas onde eles navegam e aos ecossistemas passíveis de serem afetados por um derramamento de óleo, de produtos tóxicos ou corrosivos. Hoje, esses produtos são transportados por barcos cada vez maiores e em rotas cada vez mais congestionadas em face do crescimento do transporte em todas as suas modalidades.

Por conseguinte, a preocupação com a segurança marítima tem desdobramentos muito maiores do que aquela do tempo do Titanic, em que os cuidados eram circunscritos às vidas ou aos bens materiais transportados, sem considerações de ordem ambiental ou ecológica. Hoje, o direito marítimo não prescinde dos cuidados com o meio ambiente.

De certa forma, ainda que pareça resolvida a questão da segurança dos navios de passageiros no mar, mediante a aplicação regular de uma legislação punitiva para os que cometerem delitos ou praticarem irregularidades, há que haver uma fiscalização permanente, de forma a não permitir que o relaxamento das normas, citado no item anterior, se transforme em regra, inviabilizando todo progresso realizado na área de segurança naval de 1928 até agora.

Porquanto a globalização da segurança impõe, na atualidade, a preservação não apenas de homens e patrimônios transportados, mas também de um patrimônio biológico que diz respeito a toda a vida global. Hoje em dia, a ação do homem na condução de uma embarcação pode desencadear muito mais dano do que outrora. Na verdade, as estatísticas mostram que 93% dos danos causados ao meio marinho decorrem de ação humana.

Assim, como exemplo, a simples operação de lavagem dos tanques de um navio passou a ser monitorada doravante como uma questão de segurança de todos por suas implicações ambientais, em razão da possibilidade de descontrolar ecossistemas. Também vazamentos eventuais de óleo,

ou outros produtos tóxicos conhecidos, poderão destruir aves, peixes, corais e flora marinha.

Em contrapartida, em que pesem os danos que o homem pode gerar na natureza, sabe-se que esse mesmo homem pode, e deve, intervir no sistema marinho com o propósito de extrair dele subprodutos úteis para a preservação da vida.

Assim, impõe-se uma exploração sustentável dos recursos oceânicos, com assunção de responsabilidades, de forma a salvaguardar a segurança e integridade dos trabalhadores do mar e de seus inúmeros beneficiários em terra.

7. A atual legislação marítima brasileira

O nosso país, por falta nossa ou por circunstâncias políticas, há muito que não conta com um transporte marítimo doméstico de nacionalidade brasileira. Todavia, fez assento em todos os foros internacionais em que se deliberou sobre segurança de cidadãos, pátrios ou não, em nossos mares ou alhures.

Em tempos não muito distantes, aprovamos duas convenções importantes, uma a “Convenção Internacional para Busca e Salvamento”, de 1979 (DLG 705/2009), e outra, para “Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima e de Plataformas Fixas”, de 1988 (DLG 921/2005).

O Decreto nº 83.540/79, por sua vez, regulamenta a “Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo”, de 1969.

A legislação brasileira sobre segurança marítima está conformada a padrões internacionais, incluídos os ecológicos, dos tempos atuais, tendo assinado as principais convenções sobre acidentes ambientais, principalmente sobre derrames de óleo e substâncias tóxicas, como a de Bruxelas (1969) e a de Basileia (1989).

Nossa legislação, em que pese ter enfatizado, com excelência, a proteção dos

ecossistemas internos (como fazem as Leis nºs 6.938/81 e 9.985/2000), padece, todavia, de algumas falhas no planejamento e execução de ações operacionais, de controle e prevenção, quando os acidentes acontecem no mar ou nos portos fluviais ou costeiros.

No que se refere às atitudes de abordagem a embarcações irregulares ou contenção de sinistros nas plataformas de exploração de petróleo, tem-se revelado pouco eficiente o princípio da advertência para evitar desastres ambientais. Preconiza-se, porém, hoje, o princípio da “Precaução” (egresso do direito ambiental alemão), em que se exigirá melhor adaptação ao evento futuro, de forma a que se permita um melhoramento das metodologias de prevenção de acidentes e maior constância no monitoramento regular do fluxo de navios na entrada e saída dos portos.

A adoção da Precaução, por princípio, apoia-se na capacidade de o Estado “dotar-se de meios de prevenção de surgimento de danos antes mesmo de existir certeza da existência de risco e implementar sistema de pesquisa que detecte riscos para o ambiente”. A Eco 1992, celebrada no Rio de Janeiro, consagrou esse princípio, que “impõe às autoridades a obrigação de agir diante de uma ameaça de dano irreversível ao meio ambiente mesmo que conhecimentos científicos até então acumulados não confirmassem o risco”.

8. Conclusão

Muitos acidentes têm acontecido, antes e depois do naufrágio do Titanic. Uns provocados pela força da natureza ou pela guerra, outros pela arrogância dos que querem dominar (ou ignorar) o meio ambiente, mesmo violentando os seus princípios básicos, tumultuando o equilíbrio dos quatro elementos fundamentais do universo: a terra, a água, o ar e o fogo. Desses, a água e o ar são poderosos, perigosos e ainda escondem mistérios. A terra, por ser onde vive o homem, é a que revela o maior nú-

mero de antagonismos dos mais diversos tipos. E, finalmente, o quarto elemento, o fogo, pode atuar em qualquer dos outros três, agravando os efeitos.

Com o avanço da tecnologia moderna, há uma presunção admitida, por uma expressiva parcela de pensadores, que nenhum acidente pode ocorrer fora das cogitações racionais e que os eventos fortuitos, também chamados acidentais, vão saindo cada vez mais das estatísticas até um nível mínimo, cujo limite ainda não é possível definir. Naturalmente que os tecnocratas advogam esse conceito e, quando não podem justificar racionalmente o sinistro, apelam para explicação alternativa, enquanto procuram as verdadeiras causas. Isso tem lugar em todos os círculos de estudo da sofisticada tecnologia de nossos dias, como a Nasa, que até hoje procura justificar o desastre da *Columbus* e que ainda não conseguiu evitar incêndios em aeronaves, em consequência de impactos violentos. De qualquer modo, os cientistas lutam em benefício da vida humana, o que é elogiável, mas nem sempre os seus propósitos vêm revestidos da mais sadia e desejável intenção humanística.

E os acidentes, que são valiosos censores das experiências científicas, continuam acontecendo, e desde muito tempo atrás, sendo, porém, logo esquecidos, particularmente os marítimos. Não por sua dimensão, como veremos a seguir:

- Em 1873, perto de Halifax/Canadá, o *Atlantic*, de tonelage bastante grande, bateu nas rochas, morrendo 546 pessoas, entre elas muitas mulheres e crianças;
- Em 1893, no Atlântico Norte, o *Naronic*, o maior cargueiro de seu tempo, desapareceu sem deixar vestígio;
- Vários outros graves acidentes aconteceram em tempo de paz com navios maiores ou menores;⁸

⁸ Essa temporada de graves acidentes compreende somente os acontecidos a partir de 1900, com os navios *Baltic*, *Majestic*, *Adriatic* e *Olympic* (irmão do *Titanic*). Houve outros, anteriores, no século XIX.

• Durante as Primeira e Segunda Guerras Mundiais, inúmeros navios de guerra foram afundados, alguns em situação dramática, e com grande número de perdas humanas;⁹

• Já nos nossos dias, três embarcações: nas costas da Bélgica, o *Herald of Free Enterprise*, munido de toda tecnologia moderna; um *ferry-boat* no mar Báltico, o *Estonia*, cuja comporta de automóveis rompeu-se após uma tempestade, e um *ferry-boat* nas Filipinas, cada qual com mais de 4.000 perdas humanas (quase três vezes mais que o *Titanic*), chegaram a impressionar o noticiário internacional por alguns dias, mas caíram no esquecimento, inclusive os já citados acima;

• Frise-se, entretanto, que os dois mais graves desastres ambientais dos últimos dez anos, o do *Exxon Valdez*, na costa do Alasca (EUA), e o do *Prestige Elite*, na costa norte da Espanha, em que pesem os danos ambientais marítimos, não lamentaram perdas humanas, em função do eficiente resgate feito por helicópteros das respectivas marinhas costeiras.

Somente o acidente com o *Titanic* permaneceu indelevelmente gravado. Tentam justificar tal impressão pela dramaticidade, por ter sido até sua época o maior em número de mortos, pelo afundamento ao som de orquestra, pela impropriedade da hora, por circunstâncias menores contraditórias, pelos avisos repetidos de perigo iminente à frente. Na verdade, como dissemos no início deste artigo, nunca saberemos a razão fundamental do misticismo, que supera qualquer locubração racional.

O navio dispunha de uma tecnologia avançadíssima para sua época. Tudo o que

⁹ Impressiona o naufrágio do *Lusitânia*, um dos gigantes da *Cunard Line*, ocorrido em apenas três minutos, após um torpedeamento, em 1915. Porém, o maior da história foi o do cruzador alemão *Wilhelm Gustloff*, torpedeado pelos russos em 1945, em cujo naufrágio pereceram aproximadamente 9.000 pessoas.

era necessário para a segurança, o conforto e a rapidez daquele magnífico hotel de luxo flutuante foi posto à disposição dos operadores de tão majestoso conjunto, realmente uma expressão da realização industrial. Mas houve uma falha, uma só omissão, decisiva com relação à segurança dos passageiros – a falta de botes salva-vidas – e o Titanic sofreu uma das maiores tragédias do mundo e, sem dúvida, pelo seu significado, a maior dos mares. Traduzindo sinteticamente, sobrou tecnologia na construção do grande transatlântico, mas faltou humanismo na sua utilização.

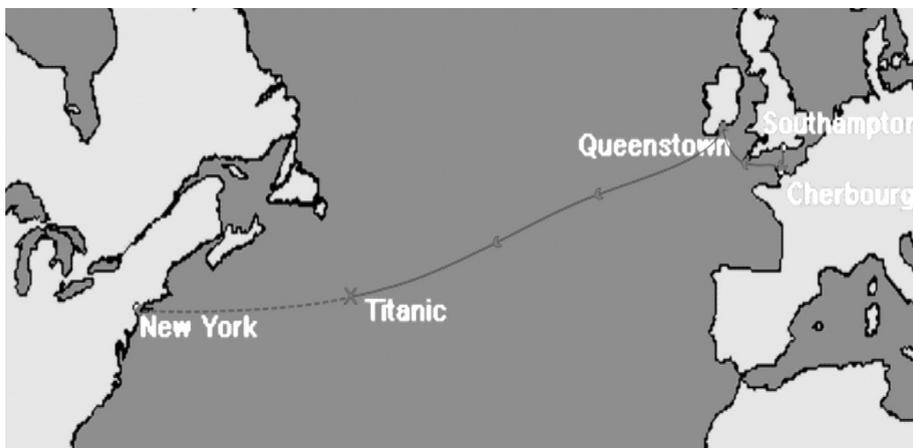
Toda aquela angústia poderia ter sido evitada se o Comandante Edward Smith tivesse mandado parar o navio, como fizeram outros, ou mesmo diminuído a marcha. Avisos insistentes não faltaram sobre perigos em frente, alguns com precisão matemática. Mas era isso que deixava o Comandante de mau humor. Não os *icebergs*, mas as repetidas interferências radiotelegráficas nas comunicações do Titanic

com o Cape Cod, em Massachussetts ou com outros grandes navios da White Star Line. O navio era grande, seguro, considerado por muitos como insubmersível, e ele, Edward John Smith, um Comodoro já com 25 anos de comando de navios, não estaria disposto a mudar o plano de viagem em virtude de possíveis blocos de gelo à frente, que ele costumava ultrapassar com a velocidade do seu barco¹⁰. Além disso, e esse foi o fator mais importante, a bordo estava Bruce Ismay, Presidente da Empresa, que o acolhera como Comandante, mesmo depois de uma temporada de graves acidentes com navios da Companhia. Nesta pretensa última viagem, com aposentadoria à vista, nada de atritos com Ismay, que estava empenhado em chegar a Nova Iorque o mais cedo possível.

Prevaleceram a fraqueza de personalidade, a irresponsabilidade e a vaidade.

Veja-se, a seguir, o mapa da rota descrita pelo Titanic, em sua primeira e última viagem.

Croqui nº 2: Rota oceânica do Titanic e local do naufrágio.



É verdade que não está em nosso alcance garantirmos que jamais um acidente nos aconteça.

A argumentação imediata e confortável é que não adianta nos preocuparmos com tantos cuidados se existem os casos fortuitos, e os “irresponsáveis” andam à solta.

Mas temos que fazer a nossa parte. É um preceito moral, uma obrigação legal e um dever de cidadania. Uma questão de mentalidade formada, que se opõe à ideia de

¹⁰ O Comandante Smith, apesar de muito respeitado pelos colegas e oficiais subalternos, era conhecido por não ter muita “sorte”.

destino incontrollável dos acontecimentos. Naturalmente que a apreciação de um fato isolado se reveste bastante de fatalismo. Entretanto, quando a avaliação é de um conjunto de fenômenos, o diagnóstico racional deve prevalecer e é a base de consolidação das leis, convenções, acordos e costumes que regem a convivência comunitária.

Assim sendo, e complementando o que foi afirmado no início da "Conclusão", somos de opinião que nem o critério de avaliação científica, sozinho, nem somente a judicosa aplicação desse benefício pelo usuário devem dominar o processo de aperfeiçoamento geral. Particularmente nesta área de transporte, agora focalizada, a conciliação entre os consistentes padrões da tecnologia moderna e uma mentalidade de seu aproveitamento na edificação comunitária por parte do usuário pode trazer resultados surpreendentes.

Não vamos atingir o ideal, mas já estaremos recompensados se o noticiário das TVs, rádios e jornais não incluir sumários do teor seguinte:

- Casal morre em queda de avião monomotor, pilotado pelo marido, no interior de São Paulo. A causa do desastre foi o mau tempo. O casal deixa, órfãos, um filho de 13 e uma filha de 11 anos, que se acham hospitalizados, traumatizados com a notícia do acidente, sob a responsabilidade de parentes próximos;

- Embarcação superlotada naufraga na costa fluminense, resultando em vários mortos, inclusive crianças. Sobreviventes afirmam que não havia coletes salva-vidas para todos;

- Família inteira (casal e três filhos) morre em ultrapassagem de veículos. A Polícia Rodoviária acredita, com os primeiros exames, que o estado precário da pista e o excesso de velocidade foram as causas do acidente.

Mais culpados que os infratores nos acidentes acima relatados, que não utilizaram judiciosamente os meios em prol da família ou da coletividade, são os ainda

não atingidos por qualquer tipo de acidente, seja aéreo, marítimo ou terrestre, que defendem uma posição de indiferença em face de tantos sinistros, alegando uma atitude filosófica de seleção do mais forte contra os antagonismos que sempre existirão. São os encantados pelo imediatismo consumista dando o ritmo do mundo, que não pode parar um só minuto, desafiando os que eles consideram desajustados com a vida moderna, pela maneira platônica ou romântica com que ainda pretendem viver.

Vão argumentar, com certeza, que se nos preocuparmos com tudo que de negativo pode suceder, não estaremos "vivendo". Esse pensamento, de destinação epicurista, só perdura, infelizmente, até a primeira experiência pessoal em acidentes.

Revestidos de três atributos integrantes, entre muitos outros, da imbecilidade humana e que são a despersonalização, a irresponsabilidade e a vaidade, expressos comumente na atividade de transporte por indiferença, imprudência ou arrogância, nós vemos esses marginais do idealismo humanístico no interior de um navio enorme, representante de um mundo e de uma época, envolto na mais profunda escuridão, sem saber o destino que lhe está à frente.¹¹

Uns conversam animadamente, enquanto outros, os demais passageiros, dormem tranquilamente nos camarotes o sono da "inocência".

Que navio é esse, que, como um cego, ou louco, corre na direção de um precipício já anunciado?

Sua imagem mística, envolta ainda em alguns mistérios, a sua saga histórica, quase bíblica, fugaz e dramática, e a sua figura majestosa de ostentação e poder permanecem gravadas para sempre como lenda, para os indiferentes, advertência, para os imprudentes, e pesadelo, para os arrogantes.

É o Titanic, que continua navegando...

¹¹ No domingo seguinte ao naufrágio, o bispo de Winchester declarou no sermão que "o iceberg tinha o direito de estar ali, mas o Titanic, não!"

Referências

- A História do Titanic. *Seleções Reader's Digest*, Rio de Janeiro, set. 1986. Suplemento.
- BALLARD, Robert D.; MICHEL, Jean-Louis. How We found Titanic. *National Geographic*, Washington, DC, p. 696-720, Dec. 1985.
- BRASIL. *Código de Águas*: e legislação correlata. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, 2003. v. 1.
- BREWSTER, Hugh; MARSCHALL, Ken. *Inside the Titanic*. Toronto: Madison Press, 1997.
- MARRIOTT; Leo. *Titanic*. New York: Smithmark, 1999.
- MARTINS; Eliane M. Octaviano. Desenvolvimento Sustentável e Transportes Marítimos. *Verba juris*: anuário de pós-graduação em Direito, João Pessoa, v. 6, n. 6, p. 249-268, jan./dez. 2007.

Um imigrante iguala-se realmente a um cidadão nacional, em direitos civis, políticos, econômicos e sociais?

O direito comparado: modelos brasileiro e europeu

Marcelo de Lima

Sumário

1. O Estatuto do Estrangeiro e modelo de acolhimento jurídico brasileiro. 2. O plano político interno: o Conselho Nacional de Imigração brasileiro. 3. Modificações em curso: breves considerações sobre o Projeto de Lei n. 5.655/09. 4. O modelo de acolhimento da União Europeia: a diversidade de Estados e a política comum. 5. O Estatuto dos Nacionais de Países Terceiros Residentes de Longa Duração (ENPTLD) da União Europeia e algumas considerações sobre o tratamento dispensado ao imigrante. Conclusão.

1. O Estatuto do Estrangeiro e o modelo de acolhimento jurídico brasileiro

O título do presente trabalho pode parecer pleonástico, mas não o é. O *caput* do art. 5º da Constituição Federal prevê que nacionais e estrangeiros são equiparados, em termos jurídicos. Não obstante, e mesmo que a história da formação populacional do Brasil tenha sido acentuadamente marcada pela colonização e pelos fluxos migratórios¹, a legislação vigente sobre o tema, produzida no início da década de 1980, não aparenta ter dispensado tratamento adequado aos imigrantes. A permanência do “alienígena”² não naturalizado

¹ Nesse tocante, com relação ao grande e notório fluxo migratório iniciado no século XIX, ver FAUSTO, 2006, p. 113 et seq.

² O dicionário Michaelis diz, sobre o termo “alienígena”: “De origem no estrangeiro; estranho, foras-

ou não cidadão no solo brasileiro é penosa, ao menos se avaliada sob o plano legal. A contraposição entre a Constituição Federal e o Estatuto do Estrangeiro, diploma nacional que cuida da matéria, gera impasses de complexa solução. A redação do texto legal é extensa e confusa: dotado de 141 artigos e, ainda, de um correspondente decreto regulamentador, o Estatuto enseja leituras distintas, conforme seja interpretado restritiva ou abertamente.

O Estatuto do Estrangeiro (lei federal n. 6.815, de 19 de agosto de 1980) foi sancionado antes de 1988, durante a fase de resfriamento do Regime Militar (cf. FAUSTO, 2006, p. 277 e ss.). A leitura do art. 95 da lei não hesita na concessão de direitos: determina que “o estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis”. Mesmo elaborado sob a Constituição anterior à de 1988, durante o período militar, o Estatuto concederia a princípio tratamento generoso: uma primeira leitura não oferece óbices à interpretação de que estrangeiros possuem um largo rol de direitos e garantias fundamentais, previstos não somente a partir do art. 5º da atual Constituição Federal, mas também na vasta legislação brasileira e nos tratados e convenções sobre direitos humanos que, pelo seu quórum de aprovação, possam vir a ter valor de emenda constitucional (art. 5º, § 3º, CF, com redação acrescentada pela Emenda n. 45/04).

Não se tem a intenção de formular uma lista exaustiva dos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira e na

teiro”. Já o dicionário Priberam aponta: “[do] latim *alienigena*, -ae, estranho, estrangeiro 1. Que ou quem é de outro país. = estrangeiro; forasteiro; 2. Que ou quem é de fora da Terra. = extraterrestre”. A própria etimologia da palavra a delinea como pejorativa, determinando estranheza e até certa anomalia. Uma reflexão mais profunda sobre o termo poderia até mesmo revelar, numa interpretação mais abstrata, algum desapareço pela diversidade cultural e por aquilo que foge ao padrão de um “cidadão médio” geograficamente determinado (MICHAELIS, 2007).

legislação, porém destaquemos para os fins deste estudo que, entre eles, se encontram a liberdade de comunicação (art. 5º, inciso IX, CF); a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que haja atendimento às qualificações profissionais legais (inciso XIII); a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz (inciso XV); as liberdades de reunião (inciso XVI) e de associação (inciso XVII); a possibilidade de criar associação para fins lícitos sem interferência estatal (inciso XVIII); a impossibilidade de extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (inciso LII); o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo (inciso LV); e o relaxamento da prisão ilegal pela autoridade judiciária (inciso LXV). O art. 6º da mesma Carta prevê, como direitos sociais, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a assistência aos desamparados e outros.

Decerto, o texto constitucional brasileiro também restringe a liberdade e a participação do imigrante, como podemos observar na impossibilidade de alistamento como eleitor (art. 14, § 2º, CF), proibição de repasse de recursos a partido político (art. 17, inciso II) ou vedação à participação direta ou indireta de seu capital na assistência à saúde (art. 199, § 3º), por exemplo.

Não obstante, e mesmo diante dessas ressalvas constitucionais, o Estatuto do Estrangeiro, talvez por ter sido sancionado anteriormente a 1988, não se demonstra compatível com o rol de direitos civis, econômicos e sociais, mencionado no parágrafo anterior. Suas disposições colidem com as do texto constitucional, submetendo o imigrante a regime mais restritivo, imotivadamente. Tomemos como exemplo o art. 18 da lei federal n. 6.815/80. Sua redação diz que “a concessão do visto permanente poderá ficar condicionada, por prazo não superior a 5 (cinco) anos, ao exercício de atividade certa e à fixação em região determinada do território nacional”. Suponhamos que o artigo em comento seja aplicado de fato (tendo em vista que, diante do verbo

“poderá”, sua aplicação é facultativa). Verifica-se uma hipótese de interferência na esfera privada do estrangeiro que não tem fundamento constitucional. De acordo com o art. 95 do Estatuto, há igualdade de direitos. A Constituição, por sua vez, foi ainda mais protetiva quanto aos não nacionais, ao pregar em seu art. 5º, *caput*, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Se ao nacional não são exigidas semelhantes permanência e atividade certa (art. 18 do Estatuto), diante das liberdades de locomoção e de exercício de qualquer trabalho, também presentes na Constituição, não é razoável que o imigrante deva obedecer ao disposto nesse artigo, dada sua inconstitucionalidade.

Outro ponto interessante do Estatuto está no art. 45, que cuida da atualização de registro do estrangeiro. Sua redação menciona que “a Junta Comercial, ao registrar firma de que participe estrangeiro, remeterá ao Ministério da Justiça os dados de identificação do estrangeiro e os do seu documento de identidade emitido no Brasil”. Torna-se difícil encontrar a finalidade desse dispositivo. A ordem econômica brasileira não se pautaria pela livre iniciativa e pela valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*, CF)? Por que o Ministério da Justiça, órgão do Poder Executivo, deveria ter ciência e controle das atividades econômicas praticadas por particular, se tal exigência não tem razão de ser quanto aos nacionais brasileiros?

O art. 48 da lei federal n. 6.815/80 prevê que a admissão de estrangeiro em trabalho ou sua matrícula em estabelecimento de ensino se condiciona ao registro perante o Ministério da Justiça. Até esse ponto, a exigência parece razoável, considerando que tal registro teria certa equivalência com o registro civil ou documento de identificação convencional, exigidos dos

brasileiros. Contudo, a redação do parágrafo único surpreende ao obrigar que as entidades (públicas ou privadas) e os estabelecimentos de ensino remetam ao mesmo órgão administrativo dados de identificação do estrangeiro admitido ou matriculado, além de informações sobre a duração do contrato de trabalho e do curso educacional. Com qual fundamento jurídico tal diferenciação entre estrangeiros e nacionais seria possível?

Uma discriminação semelhante parece estar registrada no art. 99 do Estatuto. O natural de país limítrofe, domiciliado em cidade contígua ao território nacional, não pode estabelecer-se com firma individual ou exercer cargo ou função de administrador, gerente ou diretor de sociedade comercial ou civil, de acordo com tal norma. O que poderíamos dizer então do Tratado de Assunção, que, ao constituir o Mercosul, previu “a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países”³? Evidentemente, a norma brasileira não poderia prever a formação de tal bloco regional, mas o dispositivo ora comentado, justamente por ser excessivamente restritivo, fechou-se a essa hipótese e tornou-se naturalmente anacrônico.

Os procedimentos de deportação, expulsão e extradição do estrangeiro também apresentam pontos controversos. A deportação acontecerá caso sua permanência no território nacional se trate de “estada irregular” (art. 57 do Estatuto) e, “desde que conveniente aos interesses nacionais, (...) far-se-á independentemente da fixação do prazo de que trata o *caput*” (§ 2º). O estrangeiro irregularmente ingresso “poderá ser dispensado de qualquer penalidade relativa à entrada ou estada irregular no Brasil ou formalidade cujo cumprimento possa dificultar a deportação” (art. 60 do Estatuto); e, “enquanto não efetivada a deportação, poderá ser recolhido à prisão por ordem do Ministro da Justiça, pelo prazo

³ Art. 1º do Tratado de Assunção (BRASIL, 1991).

de 60 (sessenta) dias” (art. 61), prisão essa prorrogável (art. 61, parágrafo único).

Se a deportação não for medida exequível, “ou quando existirem indícios sérios de periculosidade ou indesejabilidade do estrangeiro, proceder-se-á à sua expulsão” (art. 62 do Estatuto). Tal expulsão é cabível se ele “atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais” (art. 65). Nem a mendicância escapa: ela constitui igualmente razão para expulsão (art. 65, parágrafo único, alínea “c”). E, mesmo havendo processo em curso, pode o estrangeiro ser expulso, se for medida conveniente ao mesmo “interesse nacional” (art. 67). Se tiver cônjuge brasileiro e for casado há mais de 5 anos, ou se tiver filho brasileiro sob sua guarda, não se procede à expulsão (art. 75), mas se houver “o abandono do filho, o divórcio ou a separação, de fato ou de direito, a expulsão poderá efetivar-se a qualquer tempo” (§ 2º).

Destaque-se igualmente que, no que concerne à liberdade de associação e de expressão, a lei brasileira por mais uma vez o desfavorece. Concede-se uma suposta liberdade de associação (art. 109 do Estatuto), mas as entidades civis, “se constituídas de mais da metade de associados estrangeiros, somente poderão funcionar mediante autorização do Ministro da Justiça” (parágrafo único). Por outro lado, o art. 110 da mesma lei federal n. 6.815/80 não teme em ser expresso: “o Ministro da Justiça poderá, sempre que considerar conveniente aos interesses nacionais, impedir a realização, por estrangeiros, de conferências, congressos e exposições artísticas ou folclóricas”. É quase redundante mencionar, nesses exemplos, a violação ao art. 5º, incisos IX e XVII, da Constituição Federal.

Outras hipóteses de dissonância entre a lei e a Constituição Federal, maiores ou menores, poderiam ser apontadas. A consequência mais relevante dessas disparidades

é restringir (ou impedir) a igualdade de direitos civis, políticos (ressalvado o alistamento eleitoral), econômicos e sociais entre brasileiros e imigrantes. Muitas dessas discrepâncias são, aliás, aprofundadas pelo decreto federal n. 86.715/81, que regulamentou o Estatuto do Estrangeiro.

Porém, o desígnio deste trabalho não é listá-las exaustivamente, mas, sim, noticiar que parece existir uma forte incongruência entre o texto da lei ordinária (e consequentemente do decreto) e a Constituição atual. Essa discordância, num plano hierárquico de normas, conduz-nos à conclusão de que certos dispositivos do Estatuto são inconstitucionais. Se juridicamente esse fato já acarreta problemas, o plano fático demonstra que o agente público, notadamente do Poder Executivo (Ministério da Justiça), acaba posto diante de dilemas, quando deseja aplicar a legislação. E o estrangeiro acaba por ser prejudicado pela incerteza jurídica, ainda não corrigida pelo ordenamento, e pela aplicação da lei anterior, mais prejudicial.

Não se retiram do Estatuto do Estrangeiro seus méritos relativos. A obtenção da naturalização não é tarefa tão penosa no modelo brasileiro, embora seja relativamente burocrática (arts. 111 a 124 do Estatuto e 119 a 134 do decreto⁴). A Constituição Federal tratou de complementar as hipóteses infraconstitucionais e de ampliar as hipóteses de aquisição da nacionalidade (art. 12, inciso II, alíneas “a” e “b”, e § 1º, CF). O Estatuto também reconheceu o direito de asilo (arts. 28 e 29, e 57 e 58 do decreto), mesmo que de modo restritivo. Não obstante, a reforma dessa lei é de suma importância, pois adaptar tal diploma ao atual ordenamento constitucional e

⁴ Informações constantes não somente da legislação, mas também do Ministério da Justiça (BRASIL, [2006?]). No tocante à permanência de estrangeiros no país, frise-se a louvável iniciativa recente do Governo brasileiro de anistiar entre 50 e 60 mil pessoas que adentraram irregularmente no território brasileiro, conforme estimativas oficiais (BRASIL, 2009).

inserir-lo em novo paradigma normativo são passos decisivos para se alcançar um tratamento jurídico menos confuso e mais digno aos imigrantes.

2. O plano político interno: o Conselho Nacional de Imigração brasileiro

Além das normas aplicadas concreta e diretamente aos imigrantes, o Estatuto do Estrangeiro e seu decreto fazem alusão a um órgão definidor da política migratória: o Conselho Nacional de Imigração. Originariamente criado pela lei federal n. 6.815/80, sua existência passou a ser normativamente disciplinada, num segundo momento, pelos decretos federais n. 86.715/81, nos arts. 142 a 145; n. 840/93; e n. 3.574/00. Segundo a norma regulamentadora, trata-se de um “órgão de deliberação coletiva, vinculado ao Ministério do Trabalho [e Emprego], com sede na capital federal” (art. 142 do decreto n. 86.715/81), integrado por representantes do aludido Ministério, dos Ministérios da Justiça, das Relações Exteriores, da Agricultura e do Abastecimento, da Saúde, da Ciência e Tecnologia, da Educação, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, além de representantes dos trabalhadores, empregados e da comunidade científica (art. 2º do decreto federal n. 840/93).

O Conselho Nacional de Imigração possui atribuições estratégicas na definição da política de acolhimento a estrangeiros. Orienta e coordena as atividades de imigração, formula objetivos para a elaboração da política migratória, estabelece normas de seleção de imigrantes a fim de obter e avaliar as necessidades de mão de obra especializada e captação de recursos, promove e fomenta estudos de problemas relativos à imigração. Define, ainda, as regiões determinadas do território nacional onde o estrangeiro deve se fixar, citadas no item 1 desse artigo, e dirime dúvidas e casos omissos sobre a admissão de imigrantes, além de opinar sobre alterações legislativas

nessa matéria, propostas por órgão federal (art. 144 do decreto federal n. 86.715/81)⁵.

3. Modificações em curso: breves considerações sobre o Projeto de Lei n. 5.655/09

Perceba-se, no entanto, que o disciplinamento jurídico e político da situação do estrangeiro poderá ser modificado, a médio prazo. Está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 5.655/09, remetido pelo Poder Executivo, cuja finalidade é modernizar a legislação sobre o tema e substituir o Estatuto anterior.

O projeto de lei apresenta avanços relevantíssimos, que poderão alterar radicalmente o tratamento dos fluxos migratórios. Ao contrário das regras de três décadas atrás, quase todos os dispositivos foram compatibilizados com a Constituição Federal de 1988, inclusive com repetição em certos trechos (arts. 5º, 7º, incisos II e IV do projeto, por exemplo).

A perspectiva humanizadora representa um dos pilares da nova norma em debate (art. 2º do projeto). No plano procedimental, estipula-se que “a política nacional de migração contemplará a adoção de medidas para regular os fluxos migratórios de forma a proteger os direitos humanos dos migrantes, especialmente em razão de práticas abusivas advindas de situação migratória irregular” (art. 3º). Direitos sociais fundamentais, como educação, saúde, trabalho e acesso à Justiça (art. 5º, incisos VI a IX), agora ganham destaque expresso, ao passo que, no tímido art. 95 do Estatuto do Estrangeiro vigente, estipula-se igualdade formal pouco incisiva.

⁵ Tentou-se contato com representantes do Conselho Nacional de Imigração. A intenção seria, por intermédio da formulação de certas perguntas, constatar a prática da política migratória brasileira. Todavia, não se obteve êxito na tentativa. O site do CNI (<http://www.mte.gov.br/cni/default.asp>), embora contenha informações centrais sobre a política migratória, não oferece, por razões compreensíveis, dados “oficiosos” sobre a questão (BRASIL, [200-?]).

Fruto de consulta pública e de diversas sugestões, conforme salienta o Ministro da Justiça Tarso Genro, a minuta de lei revela-se, em grande parte, como superação de um paradigma bastante influenciado pela Segurança Nacional, um dos carros-chefe do Regime Militar. O mesmo Ministério destaca, em rápida exposição de motivos, as modificações mais relevantes:

“(i) a atuação de estrangeiros em regiões consideradas estratégicas, como é o caso das áreas indígenas, homologadas ou não, e das áreas ocupadas por quilombolas ou por comunidades tradicionais, somente poderá ocorrer mediante prévia autorização dos órgãos competentes; (ii) ampliação de quatro para dez anos do prazo mínimo para naturalização ordinária, podendo ser reduzido para cinco anos em situações específicas; (iii) regulação da naturalização extraordinária; (iv) a incorporação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre extradição visando solucionar controvérsias como a possibilidade de extradição de brasileiro naturalizado, por envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, quando o crime for caracterizado com prova da materialidade e indícios de autoria e a flexibilização da exigência de dupla incriminação, dentre 34 outros; (v) a transformação do Conselho Nacional de Imigração em Conselho Nacional de Migração (...)” (BRASIL, 2009).

Contudo, é imperativo observar que o projeto não supera antigas falhas, até a presente redação. O imbróglio mais evidente continua a residir na questão da vaga, indeterminada e arbitrária *raison d'État*, como motivação para restringir direitos individuais. O art. 66, inciso II, prevê que “não se concederá visto ou residência ou não se permitirá a entrada no País do estrangeiro considerado nocivo ao interesse

nacional”. O art. 111 do texto, em linha semelhante, dispõe que poderá haver expulsão (retirada compulsória) do imigrante que, “de qualquer forma, atentar contra os interesses nacionais”. Concede-se ao Estado brasileiro, em especial ao Poder Executivo federal, margem de decisão muito ampla, sem um correspondente mecanismo de proteção ao imigrante.

Perpetuam-se, portanto, discrepâncias entre normas constitucionais e infraconstitucionais. Elas não permanecerão como exclusividade do Estatuto do Estrangeiro vigente, acaso o projeto seja aprovado com a redação atual. Se a legislação em vigor possui como pretexto, a seu favor, o rígido e antidemocrático contexto histórico em que foi editada, o novo projeto não pode mais apoiar-se em semelhante justificativa. Ambos os textos vigentes (do Estatuto e de seu regulamento) foram formulados sob a égide da Doutrina da Segurança Nacional, com repetitiva menção ao “interesse nacional”. Porém, é forçoso notar que esse pensamento encontra-se superado.

Segundo a conceituação de Mário Pessoa (1971), expoente dessa linha de pensamento, “segurança nacional é a completa funcionalidade das coisas essenciais que se prendem direta ou indiretamente à Coletividade Humana, por esta preservada através do seu respectivo Estado” (PESSOA, 1971, p. 99). Esse conceito – intencionalmente abstrato, aberto e pautado num duvidoso direito à soberania e à conservação do Estado – suscita controvérsias na atual ordem constitucional pós-1988. Se o direito interno demonstra que houve superação desse paradigma ideológico, com a promulgação da nova Constituição que limita expressamente os poderes do Estado e dos agentes públicos, o Direito Internacional também indica com veemência, após a Segunda Guerra Mundial, que a soberania não pode sob hipótese alguma sobrepor-se a esferas individuais de direitos, visto que está em vigor um autêntico conjunto supranacional de normas, que impedem atitudes estatais

arbitrárias no plano externo, mas também no interno (FERRAJOLI, 2007).

Logo, insistir no “interesse nacional” como fundamento para restrição de direitos implica perpetuar ótica obtusa, já vencida pela promulgação da Constituição e pelo fortalecimento do sistema democrático. Direitos e deveres básicos estão, no atual ordenamento jurídico, objetivados e claros – ainda que haja naturais controvérsias interpretativas, em especial na esfera judicial, sobre o conteúdo e a aplicação desses mesmos direitos e deveres. Permitir que algo tão subjetivo quanto o “interesse nacional” possa limitar as prerrogativas de um indivíduo, sem fundamentação adequada, é reconhecer que não existe equiparação jurídica entre estrangeiros e nacionais.

Ademais, deve-se ponderar que o anteprojeto encaminhado pelo Executivo continua a nutrir visão instrumentalizada do fenômeno migratório. Talvez influenciado pelo peso econômico dos imigrantes, o art. 4º do projeto ressalta que “a política migratória objetivará, primordialmente, a admissão de mão-de-obra especializada adequada aos vários setores da economia nacional, ao desenvolvimento econômico, social, cultural, científico e tecnológico do Brasil, à captação de recursos e geração de emprego e renda, observada a proteção ao trabalhador nacional”.

Embora se possa afirmar que a equação jurídica esteja balanceada – eis que se preveem benefícios não só para o Estado e a economia nacional, mas também para o trabalhador estrangeiro –, a previsão do art. 4º do projeto parece induzir à ideia de que a imigração deva estar condicionada à produtividade do indivíduo, ou a seu papel laboral dentro do país. Note-se que o trabalho consta de nossa Constituição como direito social (arts. 6º e 7º da CF, notadamente), e não como obrigação imposta a todos. A permanência do estrangeiro em território nacional não deveria estar atrelada a tal circunstância, pois não se exige dos brasileiros idêntica conduta. Nivelar

estrangeiros e nacionais, nos termos do art. 5º, *caput*, da CF, implica conceder-lhes simultaneamente um regime isonômico, e não apartá-los segundo um critério que adote dois pesos e duas medidas.

Enfim, anote-se que o projeto em questão iniciou seu trâmite no Congresso Nacional em 20/07/2009 e já percorreu o Plenário e as Comissões de Relações Exteriores e de Defesa Nacional e de Turismo e Desporto.

4. O modelo de acolhimento da União Europeia: a diversidade de Estados e a política comum

A escolha do modelo migratório da União Europeia (UE) como parâmetro de comparação não foi aleatória. Primeiramente, optou-se por abordá-lo em virtude da diversidade de Estados que a compõem, por oposição ao modelo brasileiro (de único Estado⁶). O próprio lema do bloco regional (“*in varietate concordia*”, ou “unidos na diversidade”) deixa entrever a dimensão da multiplicidade de 27 países integrantes (até o ano de 2007) e 23 línguas oficiais. A variedade acarreta uma política migratória que leva em consideração a realidade de todos os seus membros, situação que enriquece a quantidade de variáveis e critérios avaliados na tomada de decisões.

Por outro lado, a escolha desse modelo justifica-se pelo fato de o continente europeu ser sabidamente um local visado pelos fluxos migratórios, pelas mais diversas razões. A prática exige dos Estados-Membros da UE soluções jurídicas eficazes para a

⁶ Não se ignora aqui a existência do Mercosul e relativa circulação de pessoas dentro do bloco. No entanto, no que tange ao grau de desenvolvimento, é fácil perceber que, em decorrência da evolução histórica da União Europeia, este último bloco encontra-se em patamar muito mais avançado quanto à organização, à definição e à efetivação de uma política migratória comum a todos os países. Por essa razão optou-se por abordá-lo: seu modelo é mais “concreto”. No entanto, não se afirma aqui de modo algum, em decorrência desse fato, que tal modelo seja “exemplar” ou favorável ao nacional de um país terceiro, conforme se verá.

imigração. Dentro do espaço Schengen de livre circulação, composto pelos países ora comentados, não se impede nem se fiscaliza sistematicamente o trânsito de pessoas entre um país e outro⁷, a despeito do que ocorria outrora, mesmo que vistos de acesso aos países de destino sejam obrigatórios em certos casos. Assim, problemas relativos ao fluxo migratório de um país acabam por tornar-se quase sempre problemas de todos.

O modelo da UE chama a atenção por seu nível de organização e pelo detalhamento da política executada⁸. É dispensada atenção substancial à questão migratória, tendo em vista as implicações do tema no espaço europeu. A população de imigrantes, vinda de países que não compõem o bloco, atingiu em janeiro de 2006 a ordem de 18,5 milhões de pessoas ou, em termos relativos, 3,8% da população total da UE⁹. É quase desnecessário concluir que tamanha quantidade de nacionais de países terceiros gera impactos profundos sobre cada país de destino, em termos sociais, econômicos e culturais.

A política migratória insere-se no contexto mais amplo do Programa da Haia (EUROPA..., 2009), adotado pelo Conselho Europeu em 2004. Tal Programa, de caráter plurianual, define dez prioridades a serem atingidas pelos Estados-Membros da União Europeia, ao longo de cinco anos, em matéria de liberdade, segurança e justiça. Em linhas gerais, são elas: a) reforçar os direitos fundamentais e a cidadania (combate a discriminações de qualquer tipo, proteção

a mulheres e crianças, direitos políticos e outros); b) lutar contra o terrorismo (intercâmbio de informações, prevenção, combate às causas); c) definir uma abordagem equilibrada sobre a migração, tanto legal como ilegal; d) desenvolver uma gestão integrada das fronteiras externas da UE; e) instaurar um procedimento comum em matéria de asilo; f) maximizar o impacto positivo da imigração (evitar o isolamento de imigrantes, fortalecer o diálogo intercultural); g) encontrar um justo equilíbrio entre o respeito da vida privada e a segurança no compartilhamento de informações; h) elaborar um conceito estratégico para a criminalidade organizada (mormente em termos aduaneiros); i) garantir um verdadeiro espaço europeu de justiça (acesso à justiça, normas processuais, direito de defesa, reconhecimento mútuo de decisões em matérias civil e comercial); e j) partilhar responsabilidades e assegurar a solidariedade (notadamente quanto às finanças comunitárias e à flexibilidade do Plano de Ação).

A despeito de todas as dificuldades concretas que a gestão da imigração implica, a política da UE é relativamente realista e reconhece não só a necessidade de coibir a imigração ilegal, mas também de promover a integração dos imigrantes, como se depreende do Programa da Haia e do Manual de Integração para Decisores Políticos e Profissionais (EUROPA..., [200-?]). Ademais, demonstra-se lucidez no que concerne à necessidade de combater formas de discriminação que atingem com vigor os imigrantes, como a xenofobia e preconceitos por razões étnicas ou raciais. É louvável também a iniciativa oficial comunitária de vincular a integração dos imigrantes a outras políticas públicas relacionadas ao fenômeno da entrada de estrangeiros, em especial quanto a habitação, emprego e educação.

A política de integração de imigrantes pauta-se em princípios básicos comuns (PBCs), a serem seguidos em todos os países da UE, cujos objetivos levam em

⁷ Conforme informações oficiais da União Europeia, constantes do sítio (EUROPEAN COMMISSION).

⁸ Todos os principais documentos (diretivas, comunicações, esclarecimentos) e pontos sobre a política migratória da UE encontram-se na Internet, no site "Justice et affaires intérieures - Liberté, Sécurité et Justice - Immigration" (EUROPA..., [200-?]).

⁹ Segundo os dados oficiais do *Troisième rapport annuel sur la migration et l'intégration* da Comissão das Comunidades Europeias (EUROPA..., 2007). Note-se que, embora o relatório não precise tal informação, o número parece dizer respeito tão somente ao fluxo migratório regularizado, não clandestino.

consideração “a promoção dos direitos fundamentais, a não discriminação e a igualdade de oportunidades para todos”¹⁰. Os PBCs influenciam sobremaneira, não sem muitas restrições, tanto a execução das políticas quanto a própria definição de normas comunitárias, como o Estatuto dos Nacionais de Países Terceiros Residentes de Longa Duração (ENPTRLD), que será visto a seguir. São onze os PBCs:

1. A integração é um processo dinâmico e bidirecional de adaptação mútua de todos os imigrantes e residentes nos Estados-Membros;

2. A integração implica o respeito pelos valores fundamentais da União Europeia;

3. O emprego é um elemento essencial no processo de integração, sendo fundamental para a participação dos imigrantes, para o contributo que eles prestam à sociedade de acolhimento e para tornar visível esse contributo;

4. O conhecimento básico da língua, da história e das instituições da sociedade de acolhimento é indispensável para a integração; proporcionar aos imigrantes a possibilidade de adquirir esse conhecimento básico é essencial para lograr uma integração bem sucedida;

5. Os esforços na educação são cruciais para preparar os imigrantes, em especial os seus descendentes, para serem participantes mais ativos e com maior êxito na sociedade;

6. O acesso às instituições, aos bens e aos serviços públicos e privados, por parte dos imigrantes, numa base de igualdade em face dos cidadãos nacionais e de forma não discriminatória, é um fundamento essencial para uma melhor integração;

7. A interação frequente entre imigrantes e cidadãos dos Estados-Membros é um mecanismo fundamental para a integração.

¹⁰ Segundo a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, de 01/09/2005, que cuida da agenda comum para a integração (enquadramento para a integração de nacionais de países terceiros na União Europeia) (COMISSÃO, 2005a).

Os fóruns em que participem uns e outros, o diálogo intercultural, a formação sobre imigração e culturas imigrantes, assim como o fomento das condições de vida em ambientes urbanos incrementam as interações entre imigrantes e cidadãos dos Estados-Membros;

8. A prática de diversas culturas e religiões é uma garantia da Carta dos Direitos Fundamentais que deve ser salvaguardada, salvo em caso de incompatibilidade com outros direitos europeus invioláveis ou com a legislação nacional;

9. A participação de imigrantes no processo democrático e na elaboração de políticas e medidas de integração, especialmente em nível local, apoia a sua integração;

10. A inclusão de políticas e de medidas de integração em todos os domínios políticos e níveis de governo e de serviços públicos pertinentes é um ponto a ter em consideração na formulação e na implementação de políticas públicas;

11. É preciso definir objetivos claros, desenvolver indicadores e mecanismos de avaliação para ajustar a política, avaliar os progressos em termos de integração e tornar mais eficaz o sistema de intercâmbio de informações.

Visando avaliar em que medida os objetivos dos PBCs são atingidos pelos Estados da UE, costumam ser publicados relatórios anuais de acompanhamento da migração e da integração. O último relatório publicado disponível, datado do final de 2007 (EUROPA..., 2007), detalha as medidas aplicadas no âmbito comunitário e naquele de cada Estado, nos mais diversos campos: planejamento urbano, educação, defesa de populações vulneráveis, destinação de recursos financeiros etc. A parte final do relatório elenca o que tem sido feito em cada país e revela que a imigração já ocupa um grande espaço na definição de políticas públicas de cada integrante do bloco – em certos casos, inclusive por intermédio de órgãos governamentais especializados.

Numerosos são os atos da UE que regulam a imigração em circunstâncias espe-

cíficas (trabalho, reagrupamento familiar, estudos/formação, imigração clandestina e retorno ao país de origem etc.) (EUROPA..., [200-?]). Há também preocupação bastante minuciosa com a gestão da migração econômica¹¹. Para além da política comum, os Estados integrantes do bloco possuem ainda, individualmente, autonomia considerável para definir suas próprias regras sobre imigração e aquisição da nacionalidade, embora um núcleo mínimo de direitos fundamentais deva ser respeitado.

5. O Estatuto dos Nacionais de Países Terceiros Residentes de Longa Duração (ENPTRL) da União Europeia e algumas considerações sobre o tratamento dispensado ao imigrante

Contudo, tendo em vista a delimitação teórica do presente trabalho, avaliar-se-á brevemente e sobretudo o Estatuto dos Nacionais de Países Terceiros Residentes de Longa Duração (ENPTRL), estabelecido pela diretiva 2003/109/CE do Conselho da União Europeia, em 25 de novembro de 2003 (CONSELHO..., 2003). A escolha justifica-se pelo fato de que essa diretiva regulamenta a situação de estrangeiros que não obtiveram naturalização, analogamente ao regime brasileiro do Estatuto do Estrangeiro, ressalvadas as situações mais específicas já mencionadas (refugiados, normas de reagrupamento familiar, estudos/formação etc.). O ENPTRL tam-

¹¹ Vide o "Livro Verde" (COMISSÃO..., 2005c) publicado sobre esse tema. Por fundamentos nem sempre razoáveis, como a pressão da opinião pública, é curioso perceber que a política migratória vinculada a emprego e oportunidade de trabalho é ainda tímida, com relação aos nacionais de países terceiros, por insistir pesadamente num princípio de prioridade dos cidadãos europeus no mercado de trabalho. Mencionam-se frequentemente os direitos fundamentais do imigrante e a necessidade de integração e não discriminação pelas empresas, mas não se lhe concedem, entretanto, um terreno prático adequado e garantias sociais mais expressivas, desvinculadas da existência do contrato de trabalho.

bém estipula em que medida imigrantes e cidadãos igualem-se em termos jurídicos, além informar as restrições às quais os não nacionais estão submetidos¹².

De início, é interessante destacar que o ENPTRL, em seus *consideranda* preliminares, não estipula a igualdade de direitos entre cidadãos europeus e estrangeiros de países terceiros, diferentemente do modelo brasileiro: um estrangeiro com residência legal na UE "deveria beneficiar (...) de um conjunto de direitos uniformes tão próximos quanto possível dos que gozam os cidadãos da União Europeia"¹³ (CONSELHO..., 2003). Os mesmos *consideranda* dispõem também que, "a fim de adquirir o estatuto de residente de longa duração, o nacional de um país terceiro deverá provar que dispõe de [certos requisitos] (...), para evitar tornar-se um encargo para o Estado-membro"¹⁴ (CONSELHO..., 2003); por outro lado, esclarecem igualmente que Reino Unido, Irlanda e Dinamarca não se submetem às regras do ENPTRL¹⁵ (CONSELHO..., 2003).

Para os fins do Estatuto em tela, considera-se residente de longa duração o imigrante que "[tenha] residência legal e ininterrupta no (...) território [do Estado-Membro] durante os cinco anos que

¹² No que tange à imigração irregular ou clandestina, que não será explorada com exaustão no presente trabalho, vide a diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, relativa às normas e procedimentos comuns, aplicáveis nos Estados-Membros, no caso de regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular (CONSELHO..., 2008).

¹³ Essa disposição será confirmada pelo texto normativo posteriormente, no art. 11, que trata da igualdade de tratamento (CONSELHO..., 2003).

¹⁴ Cuida-se de um estranho paradoxo: o Considerando n. 7 ressalta a necessidade de recursos suficientes à subsistência e seguro de doença, ao passo que o Considerando n. 9 afirma, logo em seguida, que "razões econômicas não deverão constituir fundamento para indeferir a concessão do estatuto de residente de longa duração, nem devem ser encaradas como um obstáculo às condições relevantes" (CONSELHO..., 2003).

¹⁵ Considerandos n. 25 e 26 (CONSELHO..., 2003).

antecedem imediatamente a apresentação do respectivo pedido” (ENPTRL, art. 4º, item 1). São basicamente três os requisitos para a aquisição dos direitos do ENPTRL: a) auferir recursos estáveis e regulares suficientes à subsistência, sem recorrer à assistência social do Estado de destino; b) seguro de doença; e c) outras condições de integração de imigrantes, que variam de país para país (ENPTRL, art. 5º, itens 1 e 2). Os Estados da UE possuem autonomia, individualmente, para escolher quais documentos comprobatórios serão exigidos do nacional de um país terceiro, com relação a esse ponto, e a aquisição do Estatuto só ocorre mediante pedido do imigrante às autoridades competentes do Estado-Membro (ENPTRL, art. 7º, item 1). Havendo deferimento ou não, a decisão do país deve ser comunicada ao requerente formalmente por meio de notificação, indicando as alternativas legais das quais dispõe, fato que denota ao menos preocupação com o direito à informação do imigrante e com a possibilidade de recorrer administrativa ou judicialmente¹⁶.

Uma vez adquirido o Estatuto, o imigrante o detém em caráter permanente, por validade mínima de cinco anos, com renovação automática se as regras de direito interno dos países da UE não dispuserem contrariamente, exceto nos casos de fraude, expulsão da UE ou ausência prolongada do território (superior a um ano) (ENPTRL, art. 8º, itens 1, 2 e 3; e art. 9º, item 1). Como já aduzido, a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros residentes de longa duração, nascidos fora da UE, não se dá em todos os planos, mas somente em matéria de emprego (salvo no serviço público), ensino e formação, reconhecimento de diplomas profissionais, assistência/proteção social, benefícios fiscais, acesso a bens e serviços e a alojamento, liberdade de associação e sindicalização e livre acesso a

todo o território do país de destino. Malgrado essas disposições, tal igualdade pode sofrer supressões completas ou ampliações, consoante a escolha política de cada Estado (ENPTRL, art. 11).

Se os nacionais de países terceiros gozam de alguma proteção contra a expulsão (ENPTRL, art. 12) e de relativa mobilidade e permanência nos outros países da UE (ENPTRL, arts. 14 e ss.), o direito comunitário não retirou dos Estados o poder da argumentação jurídica em prol do “interesse nacional” e da *raison d’État* – ainda que mais disfarçadamente, se comparado com o caso brasileiro. O ENPTRL prevê que

“os Estados-Membros podem recusar a concessão do estatuto de residente de longa duração por razões de ordem pública ou de segurança pública. Ao tomarem as decisões pertinentes, os Estados-Membros devem ter em consideração a gravidade ou o tipo de ofensa à ordem pública ou à segurança pública cometida, ou os perigos que possam advir da pessoa em causa, tendo também na devida conta a duração da residência e a existência de ligações ao país de residência” (ENPTRL, art. 6º, item 1).

Diante do que foi visto, percebe-se que o modelo europeu de acolhimento imigratório é comparativamente mais organizado, exaustivo e eficiente que o brasileiro, pois não é compartimentado – vale dizer, integra-se a outras políticas públicas de maneira mais clara –, apresenta uma estrutura de princípios e práticas quase sempre coerente e defende, ao menos no papel, que os nacionais de países terceiros gozam de direitos humanos não lesionáveis arbitrariamente, assim como os cidadãos europeus.

Não obstante, nota-se, como aproximação do modelo brasileiro, que a UE concede excessiva liberdade aos países do bloco para restringir e até mesmo retirar dos imigrantes direitos comuns, gozados sem dificuldade pelos cidadãos jurídica e

¹⁶ ENPTRL, art. 7º, item 2. Quanto à recorribilidade da decisão, vide art. 10º, itens 1 e 2.

plenamente reconhecidos: se no Brasil são mais evidentes, no Estatuto do Estrangeiro, restrições quanto à liberdade de associação, de ir e vir, de livre iniciativa e de permanência no território (deportação imotivada), por exemplo, o ENPTRLD parece não raro ir além e vetar mais expressamente o acesso ao mercado de trabalho e a benefícios sociais¹⁷, unicamente por decisão do país de destino, até nas hipóteses de permanência regularizada. Ademais, mesmo o rol de matérias em que o ENPTRLD estipula a igualdade de tratamento pode ser quase inteiramente suprimido, a depender da decisão do membro da UE.

A fresta jurídica do interesse nacional (por vagas razões de ordem pública) (ENPTRLD, art. 6º, item 1), semelhantemente ao que ocorre no caso brasileiro, permite também outras restrições graves a direitos individuais, pautadas em critérios arbitrários e pouco objetivos. A legislação (seja a brasileira, seja a europeia) não define tampouco informa em quais hipóteses precisas deverá haver aplicação do dispositivo. Decerto, sabe-se que é impossível que o legislador preveja todas as hipóteses de incidência da norma, mas cumpre a ele ao menos determinar os tipos de conduta que poderiam justificar providências tão gravosas, como a impossibilidade de residir num dado país ou de gozar de assistência médica ou emprego.

Outra fragilidade substancial do modelo europeu é que, mesmo reconhecida a importância demográfica, social e econômica dos imigrantes, continua-se a manter um regime jurídico inexplicavelmente restritivo. O relatório anual de 2007 sobre a migração e a integração da Comissão das Comunidades Europeias corrobora sem hesitar: os imigrantes de países terceiros representam não somente mão de obra importantíssima e necessária às metas em matéria de crescimento e emprego, mas

também criadores de empresas cujo impacto positivo na economia da UE é indispensável (EUROPA..., 2007). Logo, mesmo sob um prisma estritamente pragmático, racional e pouco solidário, os fluxos migratórios são vantajosos para a UE, se tratados organizadamente. E numa perspectiva mais abrangente, se levarmos em conta tanto o relatório anual quanto o posicionamento da UE relativo à migração laboral (COMISSÃO..., 2005b), uma “reserva de mercado” para os cidadãos europeus em detrimento dos demais imigrantes fere a isonomia; por oposição ao efeito final desejado pelo bloco regional, tal “reserva” acaba por implicar perda econômica – sem mencionar a perda demográfica que, no caso da UE, possui implicações sociais consideráveis, em razão do envelhecimento populacional.

Enfim, cumpre observar um último ponto sobre a UE: o adjetivo “europeu” parece não designar somente o pertencimento a um espaço geográfico. Trata-se de termo muito abrangente que, se exprime alguma unidade espacial, rende-se muito mais a questões pragmáticas na atualidade. Tomemos o caso da ampliação da UE. Pode-se alegar que os novos países incorporados ao bloco comunitário guardam origens culturais comuns, decerto, mas tal preocupação não está no centro dessa escolha de incorporação. Questões econômicas, sociais e demográficas possuem peso mais significativo, quando da adesão de novos Estados ao bloco. A título exemplificativo, citemos a integração do Leste europeu à UE, separado do ocidente por um abismo político durante décadas de oposição entre socialismo e capitalismo; ou a discussão atual sobre a incorporação da Turquia – país de onde defluiu, aliás, a maior quantidade de imigrantes em direção ao espaço Schengen (cerca de 2,3 milhões de pessoas, na população europeia de 2006) (EUROPA..., 2007). Notamos, assim, que aquilo que não era “europeu” pode vir a tornar-se, não tanto por razões culturais, nacionalistas, comunitárias ou “benevo-

¹⁷ Vide, nesse tocante, o ENPTRLD, art. 11, itens 2, 3 e 4.

lentes". Sustentar que um cidadão europeu deva possuir mais direitos que os nacionais de países externos ao bloco acaba, pois, por ser raciocínio discutível.

Conclusão

O presente artigo buscou traçar, de modo direto e sucinto, pontos jurídicos e fáticos de relevo, por intermédio de considerações sobre a legislação brasileira e europeia sobre imigração. Não se teve por objetivo, decerto, analisar e comentar com minúcia cada dispositivo desses conjuntos normativos, considerando que uma tarefa desse porte seria hercúlea e pouco produtiva. As regras e princípios mencionados são de fácil acesso e estão, em sua totalidade, disponíveis na Internet para análise cuidadosa do leitor. Esta breve síntese de pensamento enfatiza sobretudo alguns dos temas que merecem grande atenção, por suas repercussões ulteriores no disciplinamento jurídico do imigrante.

Se o direito comparado evidencia que a realidade brasileira está bem distante da europeia, ressalta igualmente que ambas se aproximam, no que concerne à dificuldade de ajustar-se a crescentes fluxos migratórios. Os modelos jurídicos carecerão sempre de constante revisão e adaptabilidade, em virtude da natural contingência do espaço globalizado. Não obstante, reconhecer semelhante contingência não é suficiente. A verificação comparada de ambas as estruturas deixa entrever algo mais importante: que as soluções jurídicas perpassam, necessariamente, pela efetiva inclusão dos imigrantes na esfera democrática, de modo que a isonomia venha a simbolizar um pré-requisito e ponto de partida – e não um óbice recorrente, reforçado pelo ordenamento interno de cada região¹⁸.

¹⁸ Para uma análise mais completa sobre a liberalização da imigração, sob o prisma do cosmopolitismo e da mitigação da soberania estatal, vide as referências bibliográficas ao final deste artigo, que serviram de referencial teórico para o presente estudo.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, Geraldo Eulalio do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALIENÍGENA. In: MICHAELIS: moderno dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2007.

AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. *Ius gentium em Francisco de Vitoria: a fundamentação dos direitos humanos e do direito internacional na tradição tomista*. 2006. 248 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

BEITZ, Charles R. Cosmopolitan ideals and national sentiment. *The Journal of Philosophy*, New York, v. 80, n. 10, p. 591-600, Oct. 1983.

_____. Social and cosmopolitan liberalism. *International Affairs*, New York, v. 75, n. 3, p. 515-529, Jul. 1999.

BOSWELL, Christina. Theorizing migration policy: is there a third way? *International Migration Review*, v. 41, n. 1, p. 75-100, 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5.655*, de 20 de julho de 2009. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/674695.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

_____. Decreto nº 350, de 21 de novembro de 1991. *Diário oficial da União*, Brasília, 22 nov. 1991. Seção 1, p. 26443. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/trassuncao.htm>>. Acesso em: 14 out. 2009.

_____. Ministério da Justiça. Estrangeiros: nacionalidade e naturalização. Brasília, [2006?]. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ7787753DITEMID2944EB5C96A349E290E0A33E3CD6D581PTBRNN.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

_____. _____. Estrangeiros. Brasília, 26 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJFA922A8FITEMID6F7F8B4C45474202B000A17E7A65DE4EPTBRNN.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração. Brasília, [200-?]. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/cni/default.asp>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

BROWN, Eric; KLEINGELD, Pauline. Cosmopolitanism. In: STANFORD Encyclopedia of Philosophy. Stanford: Stanford University, 2006. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/cosmopolitanism/>>. Acesso em: 15 out. 2009.

CANEY, Simon. Cosmopolitan justice and cultural diversity. *Global Society*, Canterbury, v. 14, n. 4, p. 525-551, 2000.

_____. Cosmopolitan justice and equalizing opportunities. *Metaphilosophy*, v. 32, n. 1-2, p. 113-134, 2001.

_____. Cosmopolitanism and the Law of Peoples. *The Journal Of Political Philosophy*, v. 10, n. 1, p. 95-123, 2002.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Comunicado da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das regiões: agenda comum para integração: enquadramento para integração de nacionais de países de terceiros na União Européia*. Bruxelas: Comissão Européia, 2005a. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0389:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 19 set. 2009.

_____. *Comunicado da Comissão: plano de ação sobre a migração legal*. Bruxelas: Comissão Européia, 2005b. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005DC0669:PT:NOT>>.

_____. Livro verde: sobre uma abordagem da União Européia em matéria de gestão da migração econômica. Bruxelas: Comissão Européia, 2005c. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004DC0811:PT:NOT>>. Acesso em: 19 set. 2009.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA. Directiva 2009/109/CE do Conselho da União Européia. *Jornal Oficial da União Européia*, 25 nov. 2003. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:016:0044:0053:PT:PDF>>. Acesso em: 19 set. 2009.

_____. Directiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia. *Jornal Oficial da União Européia*, 16 dez. 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:PT:PDF>>. Acesso em: 19 set. 2009.

DUBY, Georges (Org.). *Histoire de la France: des origines à nos jours*. Paris: Larousse, 2007.

EUROPA: sínteses da legislação da UE. Programa de Haia: 10 prioridades para os próximos cinco anos. *União Européia*, 13 nov. 2009.

EUROPA: Le portail de l'Union européenne. *Justice et affaires intérieures: Liberté, Sécurité et Justice : Immigration*. L'Union Européenne, [200-?]. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/immigration/fsj_immigration_intro_fr.htm>. Acesso em: 19 set. 2009.

_____. *Troisième rapport annuel sur la migration et l'intégration*. L'Union Européenne, 11 set. 2007. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/immigration/docs/com_2007_512_fr.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2009.

EUROPEAN COMMISSION. Your Europe: Citizens. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/youreurope/nav/pt/citizens/travelling/schengen-area/index.html>>. Acesso em: 09 set. 2009.

FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio S. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A filosofia política e jurídica em A paz perpétua, de Kant. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 7, p. 405-435, 2000.

HELD, David. Cosmopolitan Democracy and the Global Order: a new agenda. In: BOHMAN, James; LUTZ-BACHMANN, Matthias (Org.). *Perpetual Peace: essays on Kant's Cosmopolitan Ideal*. Cambridge: MIT, 1997.

KANT, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*. Madri: Tecnos, 1996.

LIMA, Marcelo de. *Pelo real tratamento isonômico entre estrangeiros e nacionais: o acolhimento jurídico ao imigrante, sob o prisma da mitigação da soberania estatal e do cosmopolitismo*. 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MISCEVIC, Nenad. Nationalism. In: STANFORD Encyclopedia of Philosophy. Stanford: Stanford University, 2001. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/nationalism/>>. Acesso em: 14 out. 2009.

NEUMAN, Gerald L. The uses of International Law in Constitutional Interpretation. *The American Journal of International Law*, Washington, v. 98, n. 1, p. 82-90, 2004.

NUSSBAUM, Martha C. Kant and Cosmopolitanism. In: BOHMAN, James; LUTZ-BACHMANN, Matthias (Org.). *Perpetual Peace: essays on Kant's Cosmopolitan Ideal*. Cambridge: MIT, 1997.

PESSOA, Mário. *O direito da segurança nacional*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1971.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RUIZ, Rafael. *Francisco de Vitoria e os direitos dos índios americanos: a evolução da legislação indígena espanhola no século XVI*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

SCOTT, James Brown. *The Spanish Origin of International Law: lectures on Francisco de Vitoria (1480-1546) and Francisco Suarez (1548-1617)*. Washington: Georgetown University, 1964.

WALDRON, Jeremy. What is cosmopolitan? *The Journal of Political Philosophy*, v. 8, n. 2, p. 227-243, 2000.

**Seção Resenha Legislativa da
Consultoria Legislativa do Senado Federal**

O uso da prova emprestada no processo penal

Claudio Demczuk

Sumário

1. O conceito de prova emprestada. 2. Os fundamentos da prova emprestada. 3. Forma e valor da prova emprestada. 4. Requisitos de admissibilidade da prova emprestada. 4.1. Garantias constitucionais ligadas a sua validade. 4.2. Outros requisitos (divisão clássica). 5. Os efeitos da ilegitimidade da prova emprestada. 5.1. Inobservância dos requisitos constitucionais. 5.2. Inobservância dos requisitos de legalidade da prova. 6. A prova emprestada no projeto do Novo Código de Processo Penal. 7. A prova emprestada com “valor precário”. 8. A interceptação telefônica como prova emprestada.

1. O conceito de prova emprestada

Prova emprestada é aquela tomada de um processo, em que foi originalmente produzida, para também gerar efeitos em outro processo, em atenção ao direito à prova das partes ou em razão de economia processual.

É preciso ter em conta, no entanto, que o vocábulo *prova* possui natureza polisêmica. Não só no discurso jurídico, mas também na linguagem comum, filosófica ou científica. Seguindo a lição de Gomes Filho (2005, p. 307-308), três seriam as suas principais acepções nesses campos: prova como demonstração, prova como experimentação ou prova como desafio.

Para o emprego do termo prova na linguagem processual, destaca o autor, ainda,

Claudio Demczuk de Alencar é advogado e Consultor Legislativo do Senado Federal. Foi Chefe de Gabinete do Ministro de Estado da Justiça (2003-2006).

os seguintes significados: a) *elemento de prova*, correspondente a cada um dos dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato; b) *meio de prova*, enquanto o procedimento por intermédio do qual os elementos de prova são incorporados ao processo; já a expressão c) *fonte de prova* é utilizada para designar a pessoa ou a coisa da qual se pode obter o elemento de prova; e, por fim, o d) *resultado da prova* está a significar a própria conclusão que se extrai dos diversos elementos de prova existentes.

Aplicando tais conceitos, podemos desdobrar o instituto da prova emprestada como sendo o elemento de prova, cujo meio de prova foi o empréstimo de outro processo, capaz de alcançar, no processo de destino, o mesmo resultado de prova que indicou no processo de origem.

2. Os fundamentos da prova emprestada

Fixamos como fundamentos da disciplina da prova emprestada os princípios da duração razoável do processo e da unidade de jurisdição.

Com a incorporação ao texto constitucional da garantia da duração razoável dos processos (art. 5º, LXXVIII, da CF), ganhou especial relevo o postulado da economia processual, que já preconizava o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais.

Ainda assim, é importante repisar que o processo penal não pode ser tão rápido, de modo a acarretar o atropelo das garantias do acusado, nem tão lento de forma que o próprio processo se transforme em pena pela estigmatização do acusado. Como bem acentuam Lopes Júnior e Badaró (2009, p. 134): “O processo penal reclama tempo suficiente para a satisfação, com plenitude, de seus direitos e garantias processuais”.

A prova emprestada, destarte, pode ter a função de evitar dilações indevidas

na tramitação do processo, desde que devidamente observados seus requisitos constitucionais de admissibilidade.

Em outra frente, muito embora seja possível falar nas suas diferentes espécies, a jurisdição, em si mesma, é tão una e indivisível quanto o próprio poder soberano de que é manifestação. Isso permite entender o Poder Judiciário com o único, sendo as suas subdivisões internas decorrentes das regras de definição da competência.

Diante do princípio da unidade da jurisdição, portanto, é razoável se considerar válida a apreciação da prova por juiz diverso daquele que presidiu a sua produção, o que constitui pressuposto para o empréstimo de prova.

3. Forma e valor da prova emprestada

O traço marcante da disciplina da prova emprestada é exatamente a contraposição entre sua forma e valor probatório. Embora ingresse sempre no processo de destino como documento, a prova emprestada terá o mesmo valor do meio de prova de origem. Assim, por exemplo, a prova testemunhal emprestada valerá como autêntico testemunho e não como mera declaração por escrito (prova documental).

A doutrina destaca, no entanto, que a atribuição do valor de sua essência à prova emprestada é apenas potencial¹. Ou seja, diante de algum outro elemento incompatível com a manutenção desse valor, e apenas diante de circunstância tal, poderia o juiz motivadamente conferir à prova emprestada menor eficácia probatória.

Imagine a ocorrência de dois testemunhos diametralmente colidentes, um produzido no próprio processo, em que uma testemunha afirma um alibi em favor do acusado, e outro emprestado, em que outra testemunha reconheça o acusado como o

¹ “Terá a potencialidade de assumir exatamente a eficácia probatória que obteria no processo em que foi originariamente produzida” (TALAMINI, 1998, p. 147).

autor do crime que presenciou. Em situação desse jaez, seria possível a absolvição do acusado, reconhecendo-se menor valor à prova emprestada, fundamentada no prejuízo à imediação das partes e do juiz².

Ainda assim, o mais recomendável seria o juiz determinar a repetição da produção da prova que se pretendia emprestar no próprio processo de destino, o que, aliás, será sempre o remédio preferível para corrigir controvérsias acerca do empréstimo de prova.

Até porque desnecessário repisar que a regra geral é a produção dos elementos de prova no próprio processo, sendo, portanto, excepcional o uso da prova emprestada.

E a edição da Lei nº 11.719 de 2008, com a adoção da identidade física do juiz e consequente revogação do parágrafo único do art. 502 do Código de Processo Penal, em nada alterou a possibilidade de o juiz encarregado da sentença determinar a repetição de provas já produzidas, e com mais razão também as excepcionalmente emprestadas, porque essa faculdade continua lhe sendo assegurada pelo art. 132, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Civil, aplicável por analogia ao processo penal.

Vale ressaltar, entretanto, que o recurso à repetição da prova deve ser empregado com parcimônia, sob pena de esvaziar o instituto da prova emprestada e afrontar o direito à prova da parte que requereu o empréstimo.

Ademais, há que se salientar a irrelevância, no direito brasileiro³, dos possíveis destinos do processo primitivo para a admissibilidade e eficácia da prova emprestada. Com razão Talamini (1998, p. 156), quando assevera que:

“O que se transporta de um processo para o outro não é a convicção a que

² Note-se que a situação não é exclusividade da prova emprestada, podendo ocorrer em outros casos semelhantes, como a prova produzida por carta precatória.

³ O direito italiano, por exemplo, exige o trânsito em julgado da ação civil para que seus depoimentos sejam emprestados ao processo penal.

chegou o julgador e sim as peças que documentaram a produção probatória. Feito o traslado, o juiz do segundo processo poderá chegar a conclusão diversa da adotada pelo primeiro juiz relativamente à mesma prova.”

Acerca do valor da prova emprestada, destarte, admite-se se falar em potencialidade apenas enquanto tema sobre o qual deva incidir a livre apreciação do juiz, limitada pelo dever de motivar, como ocorre em toda matéria probatória. Porém, se devidamente atendidos os inúmeros requisitos para a admissão do empréstimo, como se verá a seguir, seu valor deverá ser sempre o correspondente a uma prova plena, exatamente como outra de sua espécie originária.

4. Requisitos de admissibilidade da prova emprestada

4.1. Garantias constitucionais ligadas a sua validade

4.1.1. Princípio do contraditório

O princípio do contraditório possui dupla concepção para o processo penal, podendo corresponder a um valor de verdade, bem como a um valor de garantia. No primeiro passo compreende-se o contraditório enquanto o melhor método para a pesquisa da verdade, em que, por meio da sucessão de provas e contraprovas, há a obtenção de conhecimento sobre os fatos objeto do processo para além de qualquer dúvida razoável, fazendo ceder (ou não) a presunção de inocência do acusado. No segundo, assegura-se às partes a informação sobre os atos e conteúdo do processo e a possibilidade de contrariá-los em situação de paridade de armas com a parte *ex adversa*.

Note-se que, no processo penal, o exercício da contrariedade há de ser pleno e efetivo, devendo o mesmo ser estimulado

pelo juiz, enquanto, no processo civil, tem se aceitado apenas a oportunidade para contraditar. E aí já temos uma primeira anotação quanto à prova emprestada: é inviável a transposição para ação penal de elemento de prova colhido com mera oportunidade do contraditório, como aquela colhida em audiência de que não participou o advogado da parte, embora devidamente intimado de sua realização.

O princípio do contraditório em matéria probatória se expressa pelo contraditar provando e por meio de contraprovas. É o direito de participação das partes na atividade instrutória, entendido não como simples presença, mas como real possibilidade de influenciar o convencimento do magistrado. Entre seus diversos corolários, podemos destacar, para os objetivos do presente estudo, os seguintes:

a) a invalidade da prova produzida sem a presença das partes ou do juiz;

b) a impossibilidade de valoração das provas obtidas fora do contraditório judicial ou sem a prévia intervenção e manifestação das partes;

c) a obrigação de assegurar às partes a utilização dos meios de prova necessários para a comprovação de suas alegações, em igualdade de condições para pleitear a produção da prova e sem disparidade nos critérios para a sua admissão; e,

d) a garantia de ver consideradas, no momento do julgamento, todas as provas constantes do processo e, em especial, aquelas produzidas a seu requerimento.

Daí por que, partindo do consagrado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, não se poderá admitir, de nenhuma forma, o uso da prova emprestada como instrumento para burlar as exigências do princípio do contraditório (e também da ampla defesa).

É que a advertência acima indicada ganha destaque diante da simplificação operada pela doutrina e jurisprudência, segundo a qual o requisito referente ao contraditório para a admissão da prova

emprestada estaria satisfeito com a participação, no processo de origem, da parte que suportará seus efeitos e sobre a qual falaremos mais à frente.

4.1.2. Princípio do juiz natural

A Constituição Federal estabelece que ninguém será *processado* nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII, da CF). Em matéria de prova emprestada, no entanto, há divergência na doutrina quanto aos efeitos do princípio do juiz natural sobre sua disciplina.

O conceito da garantia do juiz natural, como sabemos, desdobra-se em três regras de proteção: só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; e entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem constitucional taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem que seja.

Ada Pellegrini Grinover (1993, p. 66), interpretando a terceira regra acima, estabelece para a admissão da prova emprestada a necessidade de “que contraditório no processo originário tenha sido instituído perante o mesmo juiz, que também seja o juiz da segunda causa”, pois apenas a presença concomitante das partes e do juiz pode dar validade à prova e porque, especialmente em se tratando de prova originariamente oral, o princípio da imediação torna indispensável o contato direto do juiz com a fonte de prova para corretamente proceder à sua valoração.

Eduardo Talamini (1998, p. 150-151), por sua vez, argumentando com a disciplina do aproveitamento dos atos não decisórios, prevista no art. 567 do Código de Processo Penal, entende possível a utilização como prova emprestada dos elementos de prova colhidos por juiz incompetente para o julgamento da ação penal de destino.

Em obra coletiva, Grinover, Magalhães e Scarance (1997, p. 118) também chegam a admitir essa possibilidade, fazendo a

seguinte advertência: “o juiz do segundo processo, percebendo não ser o órgão judiciário, perante o qual a prova foi produzida em contraditório, o juiz constitucionalmente competente para a segunda causa, deverá tomar as maiores cautelas no aproveitamento da prova emprestada.”

Diante de tal quadro, temos como preferível assentar apenas a impossibilidade do empréstimo para o processo penal da prova produzida sem a presença do juiz⁴, atraindo à discussão do tema igualmente os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal (art. 5º, XXXV e LIV, da CF).

Com efeito, estando assegurada às partes a produção da prova perante magistrado imparcial e independente, é razoável que a estrita competência do juízo para processar a prova⁵ possa ceder diante do princípio da economia processual, e com mais razão até, em regime que erigiu a duração razoável dos processos a preceito constitucional (art. 5º, LXXVIII, da CF).

4.2. Outros requisitos (*divisão clássica*)

É tradicional (ARANHA, 2006, p. 256; INELLAS, 200, p. 118), na doutrina sobre a prova emprestada, fazer referência a quatro requisitos para a admissibilidade do empréstimo. São eles: a) serem os fatos apurados semelhantes; b) ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes ou no qual figure como parte quem lhe suportará os efeitos; c) a observância do procedimento sobre a natureza originária da prova; e d) a observância do procedimento sobre a prova documental.

Passemos à análise pormenorizada de cada um deles.

⁴ Ou em procedimento de natureza inquisitória ainda que presidido por um magistrado, como são os disciplinares envolvendo integrantes do Poder Judiciário.

⁵ Frise-se: cede apenas a competência para processar a prova, já que em matéria de prova emprestada o julgamento continuará a cargo do juiz natural.

4.2.1. Fatos semelhantes

A identidade ou semelhança do fato probando nos dois processos pode ser entendida como expressão do pressuposto genérico de pertinência e relevância a ser considerado para a admissão de qualquer meio probatório (TALAMINI, 1998, p. 153).

A nosso sentir, no entanto, não é apenas isso. É necessário que exista uma afinidade entre os objetos dos dois processos, de modo a não acarretar prejuízo para a defesa da parte contra quem se pretende usar o empréstimo.

Em regra, poderemos empregar a prova emprestada entre processos de natureza sancionatória, como entre uma ação civil de improbidade administrativa e uma ação penal. Em outros casos, porém, a divergência no escopo de apuração dos processos deverá obstar o empréstimo, como, por exemplo, entre uma ação do direito de família em que existe a notícia do uso de entorpecente por um dos genitores, às vezes até eventualmente confessada, e uma ação penal instaurada para apurar crime da Lei de Drogas contra essa mesma pessoa.

4.2.2. Em processo contra a mesma parte

O requisito de ter sido a prova emprestada originalmente produzida em processo em que tenha figurado como parte aquele contra quem se pretenda fazer valer a prova constitui simplificação para efeitos didáticos da própria observância do princípio constitucional do contraditório, em muito facilitada pelo fato de que no processo penal um dos polos da ação é quase sempre ocupado pelo Ministério Público.

Desse modo, é importante que o operador do direito não perca de vista as demais implicações da observância do contraditório para a disciplina da prova emprestada, como acima se pontuou.

Pode ocorrer, por exemplo, de se pretender emprestar prova colhida em processo de jurisdição voluntária, como um

inventário, para processo de jurisdição contenciosa, como uma ação penal. Em casos tais, ainda que presente a mesma parte nos dois processos, não se poderá admitir o empréstimo, sob pena de vulnerar o contraditório, com intensidades distintas, diante do menor grau de cognição exigido pelo processo originário (TALAMINI, 1998, p. 149).

4.2.3. *Observância das regras sobre a natureza originária da prova*

A observância das regras previstas para a produção da prova, vista em sua natureza jurídica original, deve ser apurada tanto no processo primitivo, quanto no processo de destino.

A esse respeito, merecem destaque as normas sobre a produção da prova testemunhal (art. 202 e ss. do CPP), em especial a que prevê os impedimentos para funcionar como testemunha (art. 206 do CPP), e que deverão ser analisados perante os réus do primeiro e do segundo processo. Também, assim, as regras sobre as demais provas típicas, como reconhecimento de pessoas e coisas (art. 226 e ss. do CPP) e a acareação (art. 229 e 230 do CPP).

É de se ressaltar que algumas vezes o empréstimo da prova restará impossível em razão do contraste entre as disposições do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal. Imagine-se, por exemplo, a produção de uma perícia em uma ação civil por perito nomeado nos termos do art. 421 do CPC. Embora a produção na origem seja regular, a sua eventual transposição para uma ação penal como prova emprestada acabará obstada diante da disposição do art. 159 do CPP, que exige a realização da perícia por perito oficial, salvo se o laudo da perícia do cível estiver subscrito por duas pessoas idôneas e portadoras de diploma de curso superior (§§ 1º e 2º do art. 159 do CPP).

Outra questão interessante sobre o tema diz respeito à prova documental. Devida-

mente estabelecida a distinção entre documento e documentação⁶, é de se notar que o traslado de documento pré-constituído já apresentado em outro processo não constitui prova emprestada, mas nova produção da mesma prova documental, sendo irrelevante, portanto, a sua produção válida ou inválida no primeiro processo.

4.2.4. *Observância do procedimento sobre a prova documental*

Como já salientado, a prova emprestada ingressa no processo de destino sempre na forma de sua documentação. De rigor, assim, a observância nesse segundo processo das regras atinentes à produção da prova documental, em especial a intimação da parte contrária para que se manifeste sobre o documento juntado.

O Código de Processo Penal, em suas disposições sobre o tema (arts. 231 a 238), é fato, não prevê essa exigência formal, mas a sua aplicação decorre ao menos da própria disposição constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da CF) também no processo penal.

Isso porque, como acentua Talamini (1998, p. 153), “a parte tem o direito de se manifestar sobre a admissibilidade do empréstimo, sobre o valor que, concretamente, no segundo processo, a prova trasladada venha a merecer – e assim por diante”.

Para tanto, ainda, é indispensável que a parte que propõe o empréstimo apresente a documentação de todo o *iter* probatório. No caso de prova testemunhal, por exemplo, deve ser juntado não só o termo de declarações, mas também a assentada em que pode estar registrada eventual contradita ou outro fato relevante sobre a credibilidade da testemunha.

⁶ Em apertada síntese, o documento constitui fonte de prova, em geral pré-constituída, enquanto a documentação representa a forma como a prova é registrada ou como se materializa.

5. Os efeitos da ilegitimidade da prova emprestada

5.1. Inobservância dos requisitos constitucionais

A inobservância dos requisitos constitucionais para a admissibilidade das provas emprestadas guarda analogia com o regime das provas ilícitas (art. 5º, LVI, da CF). Em verdade, tratando de infração a normas de conteúdo processual, ainda que inseridas no texto constitucional, a terminologia mais correta é prova ilegítima.

Para Grinover (1993, p. 64-65), a prova produzida ao arpejo dos princípios do contraditório e do juiz natural traduz hipótese de inexistência jurídica e ineficácia do ato, significando uma não prova, porque eivada de nulidade absoluta⁷, a excluir qualquer possibilidade de se configurarem meras irregularidades sem sanção.

Assim, a prova emprestada inconstitucional: 1º) não poderá ser anexada aos autos do processo; 2º) se indevidamente juntada, terá de ser desentranhada; 3º) caso permaneça nos autos, não poderá ser considerada no julgamento; 4º) se utilizada pelo juiz, acarretará a nulidade absoluta da decisão condenatória, podendo ser desconstituída mediante revisão criminal. Em grau de apelação, no entanto, o tribunal poderá proferir nova decisão, desconsiderando a prova *contra constitutionem*, sem incorrer em supressão de instâncias.

Convém destacar, por oportuno, que a eventual repetição da prova no segundo processo não constitui saneamento do empréstimo, mas nova produção autônoma da prova em si.

⁷ Em se tratando de nulidade absoluta, destarte, não há que se perquirir a respeito da demonstração do prejuízo e tampouco sobre a parte que eventualmente lhe tenha dado causa, porque a prova depois de inserida nos autos não é da acusação ou da defesa, mas do juiz, segundo o princípio da comunhão da prova.

5.2. Inobservância dos requisitos de legalidade da prova

Como é curial, os efeitos da ilegitimidade da prova emprestada variam de acordo com a natureza do vício verificado. No tocante aos requisitos de legalidade da prova, é de se distinguir, portanto, as causas de admissão indevida da prova emprestada das hipóteses de produção indevida do empréstimo.

5.2.1. Admissão indevida da prova emprestada

São causas de admissão indevida da prova emprestada: a) o desrespeito às regras da prova em sua natureza original no processo primitivo; b) o desrespeito às regras da prova em sua natureza original no processo de destino; e c) a inobservância dos limites e condições para a juntada da prova documental. A todas essas hipóteses corresponde a sanção de desentranhamento da prova e providências sucessivas, na mesma forma do que ocorre com a prova emprestada inconstitucional.

No primeiro caso, é de ser ressaltado que não há como corrigir, no segundo processo, os vícios ocorridos no primeiro, sendo viável, entretanto, novo requerimento pela admissão da prova emprestada depois de sanados os vícios na origem. Na segunda hipótese, igualmente, diante das tarifações legais de prova, também não há o que fazer.

O terceiro caso, por sua vez, demanda uma explicação adicional. É a hipótese sobre a admissibilidade da prova documental, pensada nos termos do art. 479⁸ do Código de Processo Penal, que estipula no procedimento dos crimes contra a vida uma condição para a leitura de documento

⁸ Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

no plenário do Tribunal do Júri. Descumprido o prazo indicado, de três dias úteis, a prova emprestada consubstanciada em documento deverá ser desentranhada; caso permaneça nos autos, não poderá ser lida no plenário; caso o júri dela tome conhecimento, deverá ser dissolvido; e assim sucessivamente, também a exemplo das provas ilícitas.

5.2.2. *Produção indevida do empréstimo*

No caso da produção indevida do empréstimo, ou seja, de inobservância das regras sobre a produção da prova documental no processo de destino, procede-se na forma da disciplina geral das nulidades com a repetição de atos processuais, quando necessário.

Se não se deu conhecimento à parte contrária da juntada da prova emprestada, basta se proceder à citada intimação para convalidar o empréstimo, desde que antes de sua apreciação pelo órgão julgador.

6. *A prova emprestada no projeto do Novo Código de Processo Penal*⁹

A disciplina da prova emprestada no ordenamento jurídico brasileiro está inteiramente calcada na construção da doutrina e seu aproveitamento pela jurisprudência, carecendo de normas estatuídas pelo direito positivo.

Embora também não constasse do anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas presidida pelo Min. Hamilton Carvalhido, a redação final aprovada pelo Senado Fe-

deral se propôs ao enfrentamento do tema da prova emprestada.

Infelizmente, no entanto, o avanço foi pequeno e os possíveis retrocessos, expressivos. Como pontos positivos, podemos destacar apenas a fixação do prazo para manifestação da parte contrária e a estipulação de um contraditório prévio sobre a admissibilidade da prova emprestada, segundo o que se pode depreender da disposição constante do § 1º do art. 169 do Projeto de Lei nº 8.045 de 2010.

Entre os pontos negativos, está a redução da garantia do contraditório à fórmula da mera participação daquele contra o qual será utilizada a prova emprestada, a que já nos referimos, e a preocupante possibilidade de empréstimo para o processo penal de prova produzida em processo administrativo e, portanto, sem a indispensável presença do juiz.

A nosso sentir, essa última disposição, caso ao final venha a ser convertida em lei, será inconstitucional por afrontar os princípios do juiz natural e da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, LIII e XXXV, da CF).

Há tempo, contudo, para uma correção de rumos já que a competente revisão do projeto pela Câmara dos Deputados recém se iniciou. Nesse passo, seria de todo recomendável o recurso ao direito comparado, em que a nova disciplina da juntada de *verbali* do processo penal italiano merece destaque, até porque relativamente recente, tendo sido alterada em março de 2001.

7. *A prova emprestada com "valor precário"*

Como já se ressaltou, a ausência dos requisitos constitucionais para a admissão da prova emprestada importa seu desentranhamento dos autos por analogia à proibição de emprego das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CF).

Não é incomum, entretanto, encontrar na jurisprudência decisões admitindo uma

⁹ Art. 169. Admite-se a prova emprestada quando produzida em processo judicial ou administrativo em que tenha participado do contraditório aquele contra o qual será utilizada.

§ 1º Deferido o requerimento, o juiz solicitará à autoridade responsável pelo processo em que a prova foi produzida o traslado do material ou a remessa de cópia autenticada.

§ 2º Após a juntada, a parte contrária será intimada a se manifestar no prazo de 3 (três) dias, sendo admitida a produção de prova complementar.

valoração mitigada da prova indevidamente emprestada, *verbis*:

“PROVA EMPRESTADA - INOBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO CONTRADITÓRIO - VALOR PRECÁRIO - PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO.

- A prova emprestada, especialmente no processo penal condenatório, tem valor precário, quando produzida sem observância do princípio constitucional do contraditório. Embora admissível, é questionável a sua eficácia jurídica. Incorre, contudo, cerceamento de defesa, se, inobstante a existência de prova testemunhal emprestada, não foi ela a *única* a fundamentar a sentença de pronúncia” (Supremo Tribunal Federal, HC nº 67.707, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, *v.u.*, j. 07.11.1989, DJ 14.08.92).

Também na doutrina não é difícil verificar a ocorrência do mesmo entendimento:

“Se o réu não participou ativamente na produção do elemento instrutório que se empresta, deixando dessa maneira de exercer seu direito à contrariedade, essa prova terá valor precário ou de simples adinículo. Vale dizer: sozinha, não encontrará ensanchas para respaldar um decreto de preceito condenatório, porque não foi colhida sob o crivo do contraditório; complementada e corroborada, contudo, por outros elementos da instrução, poderá servir de orientação ao magistrado para a formação de seu livre convencimento” (PEDROSO, 2005, p. 148).

Ora, semelhante construção acaba por tornar utilizável prova reconhecidamente inconstitucional. E pior. Como anota Talamini (1998, p. 160), ou bem esses outros elementos de prova já seriam suficientes para fazer ceder a presunção de inocência do acusado, e aí a prova indevidamente emprestada seria mesmo dispensável, ou é exatamente a conjugação desses elementos

com a prova inconstitucional que vai permitir a prolação do decreto condenatório, fazendo determinante a prova ilegítima.

8. A interceptação telefônica como prova emprestada

A própria Constituição Federal estabelece, entre os direitos e garantias individuais, ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de *investigação criminal* ou *instrução processual penal*” (art. 5º, XII, da CF).

A doutrina se dividiu na interpretação do dispositivo constitucional. Enquanto Talamini (1998, p. 158), Gomes (1997, p. 76-74) e Greco Filho (2009, p. 23) têm como impossível o empréstimo das gravações obtidas por interceptação telefônica para procedimento de natureza não penal, Barbosa Moreira (apud TALAMINI, 1998, p. 157), Grinover, Scarance e Magalhães (1997, p. 183) admitem o transporte da prova nas mesmas circunstâncias, porque, uma vez rompida a intimidade, lícitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar.

Mais recentemente, contudo, a controvérsia foi, ao menos parcialmente, enfrentada também pelo Supremo Tribunal Federal, que admitiu o empréstimo das provas obtidas pela disciplina da Lei nº 9.296/96 para procedimento administrativo disciplinar instaurado contra magistrados, *verbis*:

“Tendo isso em conta, embora salientando não ser possível encontrar, como tese de alcance absoluto, esse interesse legitimante nos objetos dos processos meramente civis em que haja disputa sobre bens ou interesses privados e disponíveis, considerou-se não afrontar à Constituição Federal ou à lei o entendimento de que a prova decorrente de interceptação

lícita, autorizada e realizada em procedimento criminal, inquérito ou processo-crime, contra certa pessoa, na condição de suspeito, indiciado ou réu, possa ser-lhe oposta, na esfera própria, pelo mesmo Estado, encarnado por órgão administrativo ou judiciário a que esteja o agente submetido, como prova do mesmo ato visto sob a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar” (BRASIL, 2011).

Nesse julgamento, ficou vencido apenas o Min. Marco Aurélio, que pontuou: “É cedo, demasiadamente cedo, para haver a extensão pretendida. O procedimento que corre no Supremo é embrionário; não existe sequer ação penal em curso”.

Fazemos o registro de tal trecho da divergência para salientar que o STF permitiu o compartilhamento das interceptações telefônicas ainda na fase do inquérito policial e antes que fosse exercido o contraditório diferido sobre os elementos de prova coligidos no procedimento de origem.

Essa constatação importa na necessidade de oportunizar o contraditório também no procedimento de destino, inclusive sobre a legalidade da própria interceptação, o que sempre será mais custoso para o acusado longe do juízo que a determinou.

É bem verdade que a Lei nº 9.296/96 não disciplinou adequadamente um rito próprio que garantisse a efetividade do contraditório, ainda que diferido. Previa apenas um incidente de apensação, no parágrafo único de seu art. 8º, que, se já se mostrava insuficiente, acabou completamente esvaziado com a instituição dos novos procedimentos pela Lei nº 11.719/08.

Ademais, o compartilhamento com a esfera administrativa da prova obtida por interceptação telefônica não é indispensável ou urgente, pois constituirá efeito da condenação criminal a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, nos termos do art. 92, I, do Código Penal.

Por essa razão, entendemos ser possível vislumbrar, na pressa para compartilhar

os dados probatórios, um componente de abrandamento das garantias processuais, entre as quais merece destaque a perda de eventual foro por prerrogativa de função, propiciada pela expedita condenação na esfera disciplinar.

Vale registrar, por derradeiro, que, no processo penal italiano, segundo Tonini (2002, p. 252), “os resultados das interceptações são utilizáveis como prova somente no âmbito do procedimento em que são determinadas”, sendo viável, no entanto, seu uso enquanto mera *notitia criminis* para permitir tão somente a abertura de nova investigação.

Referências

AMBOS, Kai, CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001.

ANTUNES, Carla Heidrich et al. Prova emprestada: algumas considerações. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 1, n. 5, p. 28-37, maio/jun. 2000.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 65, p. 175-208, mar./abr. 2007.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 2.424. Interceptação telefônica e transferência de dados: 3. Relator: Ministro Cezar Peluso. Diário da Justiça Eletrônico, Rio de Janeiro, n. 203, 20 out. 2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo464.htm#Interceptação Telefônica e Transferência de Dados - 3](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo464.htm#Interceptação%20Telefônica%20e%20Transferência%20de%20Dados)>. Acesso em: 2 abr. 2012.

COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 133, p. 85-120, mar. 2006.

DEMERCIAN, Pedro; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DEMO, Roberto Luís Luchi. Direito penal e outros ramos do direito: interdependência, comunicação, encontros e desencontros: uma visão holística aos diversos planos do direito a partir do direito penal. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 52, n. 324, p. 89-113, out. 2004.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. Finalidade da interceptação telefônica e a questão da "prova emprestada". *Repertório IOB de jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, São Paulo, n. 4, p. 76-74, 2 quin. fev. 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 303-318.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.1, n. 4, p. 60-69, out./dez. 1993.

_____; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

INELLAS, Gabriel César Zaccaria de. *Da prova em matéria criminal*. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

MACHADO, Agapito. Prova emprestada: interceptação telefônica: validade? *Revista Cearense Independente do Ministério Público*, Fortaleza, v.1, n. 3, p. 19-25, out. 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e execução penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Provas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e prática*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

SILVESTRE, Jorge Augusto Buzetti. A flexibilização no uso da prova emprestada. *Repertório IOB de jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, São Paulo, n. 2, p. 77-71, 2 quin. jan. 2011

STOCO, Rui; FRANCO, Alberto Silva (Coord.). *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 140, p.145-162, out./dez. 1998.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

